

Introduktion til EU-udbudsretten

Treumer, Steen

Document Version
Final published version

Publication date:
2008

License
CC BY-NC-ND

Citation for published version (APA):
Treumer, S. (2008). *Introduktion til EU-udbudsretten*. Juridisk Institut. CBS.

[Link to publication in CBS Research Portal](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us (research.lib@cbs.dk) providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 10. Aug. 2022



CBS Law Studies
WP 2008-01

Introduktion til EU-udbudsretten

Professor Steen Treumer

Copenhagen Business School
Law Department
www.cbs.dk/law

ISBN-10: 87-992891-0-5
ISBN-13: 978-87-992891-0-3
EAN 9788799289103

Introduktion til EU-udbudsretten

Steen Treumer

1. Introduktion

Denne tekst er udarbejdet i efteråret 2008 med særligt henblik på undervisningen i faget "Videregående EU-ret" på CMJ-studiet på CBS i efteråret 2008. Teksten er en videreudvikling af kapitel 2 i undertegnede ph.d.-afhandling "Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler", der blev udgivet i 2000. Forslag til forbedringer er velkomne.

Der indledes med en behandling af udviklingen af EU's udbudsregler i afsnit 2, der efterfølges af en fremstilling af formålet med EU's udbudsdirektiver i afsnit 3 og af udbudsdirektivernes grundindhold i afsnit 4. Afslutningsvis behandles national håndhævelse af udbudsreglerne i afsnit 5.

2. Udviklingen af EU's udbudsregler

Det europæiske marked for offentlige kontrakter har været karakteriseret ved, at det offentlige i den enkelte medlemsstat koncentrerede sine indkøb hos nationale leverandører, og nationale leverandører er i vidt omfang blev foretrukket og beskyttet i forhold til udenlandske leverandører.¹

Det er bemærkelsesværdigt, at spørgsmålet om forskelsbehandling i forbindelse med offentlige indkøb til trods herfor kun blev ofret ringe opmærksomhed i de første mange år af EF's historie fra 1958 indtil midten af 1980'erne, hvor reguleringen af fremgangsmåderne for offentlige indkøb for

¹ Baggrunden for det begrænsede antal af grænseoverskridende indkøb skyldes langt fra kun ordregivernes bevidste favorisering af nationale leverandører. Se hertil Poul Thøis Madsens analyse i Ph.D.-afhandlingen, Offentlige indkøb og det indre marked - konsekvenser af EF-udbud med særligt henblik på innovationsprocesser, Aalborg Universitet, 1996, af en række barrierer for udenlandske leverandørers salg til ordregivere i Danmark. Forfatteren fremhæver bl.a. de såkaldte logistiske barrierer, dvs. behovet for at være til stede på markedet, og at langt de fleste væsentlige internationale firmaer allerede er etableret i Danmark gennem datterselskaber o.lign., jf. s. 132-36. Se ligeledes J.M. Fernández Martín, The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis, s. 121 ff.

alvor blev sat på den politiske dagsorden i forbindelse med realiseringen af det indre marked.

Traktaten indeholdt ikke og indeholder ikke bestemmelser med særlig henblik på regulering af fremgangsmåderne for offentlige indkøb,² men flere af Traktatens bestemmelser har dog betydning for åbningen af markedet for offentlige kontrakter for udenlandske leverandører. Disse bestemmelser er navnlig bestemmelserne om varernes og tjenesteydelseernes frie bevægelighed i artikel 28 og artikel 49 (tidligere artikel 30 og 59), bestemmelserne om etableringsfriheden i artikel 43 (tidligere artikel 52) og om arbejdskraftens frie bevægelighed i artikel 39 (tidligere artikel 48) samt det generelle forbud mod nationalitetsdiskrimination i Traktatens artikel 12 (tidligere artikel 6).

EF-domstolen har direkte anvendt Traktatens bestemmelser på offentlige indkøb i flere tilfælde. Til eksempel fastslog Domstolen, at Danmark bl.a. havde overtrådt Traktatens daværende artikel 30, 48 og 59 i C-243/89, Kommissionen mod Danmark, (Storebæltssagen),³ der er en af de mest kendte sager på udbudsområdet både i Danmark og i udlandet.⁴ Det er paradoksalt, at Danmark som følge af Storebælt-sagen har opnået herostratisk berømmelse på udbudsområdet, når der henses til den betydelige aktivitet, der efterfølgende har været udfoldet fra dansk side for at sikre, at EU's udbudsregler efterleves.

Danmarks kontrolsystem er et af de mest effektive i EU, jf. nærmere i afsnit 5, og EU's udbudsdirektiver er i det væsentlige blevet gennemført rettidigt og korrekt i modsætning til retstilstanden i mange andre medlemsstater. I Kommissionens Grønbog om offentlige indkøb, KOM (96) 583 fra ultimo 1996 anførtes det s. 5, at kun tre medlemsstater fuldt ud havde gennemført udbudsdirektiverne i national ret. Det er ikke udtrykkelig nævnt i Grønbogen, men Danmark var en af disse medlemsstater.

² Se dog Traktatens artikel 183, stk. 4 (tidligere artikel 132, stk. 4) vedrørende adgang til deltagelse i licitationer finansieret af Fælleskabet, artikel 296 (tidligere 223) vedrørende handel med våben og artikel 163, stk. 2 (tidligere artikel 130 F) vedrørende forskning og teknologisk udvikling.

³ C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Saml. 1993 I s. 3353.

⁴ C-45/87, Kommissionen mod Irland, (Dundalk-sagen), Saml. 1988 s. 4929 er en anden af de mest kendte udbudssager, hvor EF-domstolen har anvendt Traktatens bestemmelser (den daværende artikel 30) på et offentligt indkøb.

I starten af 1970'erne blev de første udbudsdirektiver udstedt,⁵ med henblik på at standse medlemsstaternes favorisering af nationale virksomheder ved offentlige indkøb, som et supplement til Traktatens bestemmelser. Direktiverne vedrørte ikke alle former for offentlige kontrakter, men alene bygge- og anlægskontrakter og vareindkøb, og det var først i 1990'erne, at alle former for offentlige kontrakter blev direktivregulerede med udstedelsen af forsyningsvirksomhedsdirektivet og tjenesteydelsesdirektivet. Den første generation af udbudsdirektiver førte dog ikke til den ønskede åbning af markedet for offentlige kontrakter, hvilket blev fastslået af Kommissionen i dennes rapporter til Rådet i henholdsvis 1984 og 1986 om spørgsmålet.⁶

Kommissionen kunne konstatere, at de offentlige indkøbere generelt undlod at følge de fremgangsmåder, der var beskrevet i udbudsdirektiverne, hvilket af Kommissionen blev fortolket som et udslag af bevidst tilsidesættelse af regelsættet. Direktiverne var desuden "gennemført" ved administrative forskrifter i flere medlemsstater, hvilket ikke understøttede reglernes bindende karakter og reducerede opmærksomheden i relation til regelsættet betydeligt.⁷ De oprindelige udbudsdirektiver tog desuden ikke højde for, at der manglede effektive kontrolmekanismer i medlemsstaterne, og at tilbudsgiverne gennemgående ikke var sikret kompensation for overtrædelser af udbudsdirektiverne i form af erstatning. Hertil kommer, at den centrale håndhævelse af regelsættet var nærmest ikke-eksisterende, hvilket illustreres af, at der fra 1977 til 1984 alene blev anlagt 2 traktatbrudssøgsmål på udbudsområdet.⁸ På denne baggrund synes det alt andet end overraskende, at de første udbudsdirektiver ikke havde den tilsigtede virkning.

⁵ Direktiv 71/305 EFT 1971 L 185/ 5 (bygge- og anlægsgdirektivet) og direktiv 77/62 EFT 1977 L 13/1 (vareindkøbsdirektivet).

⁶ KOM (84) 717 og KOM (86) 375.

⁷ De første udbudsdirektiver blev i Danmark gennemført ved cirkulærer. Se Boligministeriets cirkulære nr. 214 af 4. oktober 1974 om EF-Rådets direktiver vedrørende liberalisering og samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (bygge- og anlægsgdirektivet) og cirkulære nr. 101 af 19. juni 1978 om EF-rådsgdirektiv om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (vareindkøbsdirektivet). Det var først i 1990, at udbudsdirektiverne blev gennemført ved lov i Danmark. Se hertil Gregers Larsens danske rapport til F.I.D.E. 1990, s. 55 ff.

⁸ Jf. J. M. Fernández Martín, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, s. 22.

Herefter fulgte en gennemgribende regulering af udbudsområdet gennem udstedelsen af en række direktiver, der både vedrører fremgangsmåden for indgåelse af offentlige kontrakter, og som normalt betegnes EU's udbudsregler eller EU's udbudsdirektiver, samt to kontroldirektiver udstedt med henblik på sikring af hurtig og effektive kontrolmekanismer på udbudsområdet.⁹ Den grundlæggende revision af udbudsreglerne kulminerede først i 1990'erne med udstedelsen af det første forsyningsvirksomhedsdirektiv i 1990 og tjenesteydelsesdirektivet i 1992.¹⁰

⁹ Se referencerne til disse direktiver i indledningen til afsnit 4, hvor det grundlæggende indhold af det materielle regelsæt omtales nærmere i afsnit 4, mens kontrolreglerne behandles i afsnit 5.

¹⁰ Henholdsvis direktiv 90/531 (forsyningsvirksomhedsdirektivet) og direktiv 92/50 (tjenesteydelsesdirektivet).

Udbudsområdet gennemgik i løbet af få år først i 1990'erne en grundlæggende forvandling fra et retsområde i dvaletilstand til et område i rivende udvikling, hvilket på rammende vis er beskrevet af J.M. Fernández Martín, der s. 16 anfører, at "Public Procurement was transformed from a dormant topic to a highly dynamic one and became the object of abundant academic works, conferences and seminars, supranational legislative measures and a hyperactive Commission policy". Denne udvikling er efterfølgende blevet yderligere forstærket, og udbudsområdet er et område som mange danske jurister og erhvervsjurister beskæftiger sig indgående med i praksis. Det er derfor ikke overraskende, at der siden midten af 1990'erne er fremkommet indtil flere fremstillinger af udbudsretten i Danmark, og emnet er ligeledes analyseret i en lang række artikler om emnet. Tilsvarende afvikles der hvert år adskillige konferencer og seminarer i både Danmark og i udlandet om udbudsretten.

Anvendelsen af betegnelsen EU's udbudsregler om EU's udbudsdirektiver er i øvrigt noget misvisende, idet den afleder opmærksomheden fra, at ordregivere i medlemsstaterne også skal overholde Traktatens regler og principper, når de indgår offentlige kontrakter, der falder uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde, men inden for Traktatens anvendelsesområde. EF-domstolen har bl.a. udledt en gennemsigtighedsforpligtelse, der indebærer, at der ske være en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, jf. sagen C-324/98, Telaustria. Der sker derfor offentliggørelse og afvikling af udbudsprocedurer i relation til en lang række kontrakter, der falder udenfor udbudsdirektiverne. Afklaringen af hvilke kontrakter der omfattes af denne gennemsigtighedsforpligtelse, og dens nærmere indhold, har efterfølgende givet anledning til en lang række sager. Det er for nylig fastslået af EF-domstolen, at kontrakter der er under udbudsdirektivernes tærskelværdier¹¹ i visse tilfælde vil være omfattet af ovennævnte gennemsigtighedsforpligtelse. Retstilstanden er dog fortsat uafklaret på nogle punkter, herunder i relation til hvilke handlepligter gennemsigtighedsforpligtelsen konkret udløser.

3. Formålet med EU's udbudsdirektiver

Hovedformålet med udbudsdirektiverne er at åbne markedet for offentlige kontrakter i Fællesskabet for effektiv konkurrence gennem et regelsæt, der sikrer ligebehandling af tilbudsgiverne og gennemsigtighed ved tildelingen af offentlige kontrakter.

¹¹ Se om tærskelværdier i afsnit 4.1.3.

Der har i medlemsstaterne været tradition for at benytte offentlige indkøb til at varetage bredere samfundspolitiske mål i stedet for blot at sigte mod det kommercielt bedste indkøb. Offentlige indkøb har bl.a. været anvendt som økonomiske redskaber til at beskytte national industri mod udenlandske konkurrenter, til at fremme den økonomiske vækst i underudviklede regioner, til at fremme den generelle økonomiske aktivitet eller til at sikre fortsat aktivitet og beskæftigelse i bestemte sektorer.

Udbudsdirektiverne skal ses i sammenhæng med denne tradition, og regelsættet er en reaktion på offentlige indkøberes favorisering af tilbudsgivere fra deres egen medlemsstat samt en reaktion på, at offentlige kontrakter ofte ikke blev indgået med de virksomheder, der kunne tilbyde de kommercielt bedste løsninger af det offentliges behov.

Udbudsdirektiverne er et udtryk for en fundamentalt anderledes tilgangsvinkel til offentlige indkøb, og reguleringens sigte er at tvinge den offentlige indkøber til at føre en indkøbspolitik, der i det væsentlige modsvarer en privat virksomheds indkøbspolitik, hvor der følges et strengt økonomisk rationale, og hvor valget af medkontrahent principielt styres af, hvem der kan levere den ønskede ydelse bedst og billigst.

Udbudsreglerne er baseret på en klassisk økonomisk antagelse om, at effektiv konkurrence vil føre til den bedste udvikling for Fællesskabet. Den øgede konkurrence antages at føre til besparelser for den offentlige indkøber og at modvirke uhensigtsmæssig og uretmæssig brug af skatteydernes indbetalinger. Tilsvarende antages den effektive og øgede konkurrence at føre til væsentlig økonomisk vækst, da konkurrencen fremmer kravene til virksomhedernes tilpasning og produktudvikling og fører til en styrkelse af de europæiske virksomheders konkurrenceevne.¹²

De økonomiske fordele, som forventedes ved effektiv konkurrence på markedet for offentlige kontrakter i Fællesskabet, blev gjort til genstand for udførlig behandling i den såkaldte Cecchini-rapport.¹³ De økonomiske forudsigelser i denne rapport har været gjort til genstand for kritik og er blevet

¹² Kommissionen anførte i Grønbogen om offentlige indkøb i EU, KOM (96) 583, afsnit 2.1.2.3., at det grundlæggende formål med udbudsdirektiverne er forblevet uændret og beskriver formålet som "at skabe de nødvendige konkurrencevilkår for, at ordrer på offentlige indkøb tildes uden forskelsbehandling, at målsætningen om en rationel anvendelse af offentlige midler opfyldes gennem valg af det bedste tilbud, at leverandørerne har adgang til et fælles marked, der frembyder gode afsætningsmuligheder, og at de europæiske virksomheders konkurrenceevne derved styrkes".

¹³ The Cost of non-Europe in Public Sector Procurement, WS Atkins Management Consultants, Udgivet af Kommissionen, Luxembourg 1988.

betegnet som usammenhængende og overoptimistiske, og det er blevet fremhævet, at rapporten ikke tager hensyn til de afledte omkostninger som følge af virksomhedernes tilpasning til de ændrede konkurrencevilkår.¹⁴

Udbudsdirektiverne indskrænker i vidt omfang ordregiverens skønsbeføjelser bl.a. ved at kræve, at ordregiverens medkontrahent som udgangspunkt skal vælges på grundlag af kommercielle kriterier,¹⁵ og tilstræber at fremme den effektive konkurrence ved at sikre en høj grad af ligebehandling og gennemsigtighed ved tildelingen af offentlige kontrakter.

¹⁴ Jf. J.M. Fernández Martín, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, s. 42 med henvisninger.

¹⁵ Udbudsdirektiverne foreskriver, at ordregiverne skal anvende tildelingskriterierne laveste bud eller det økonomisk mest fordelagtige bud. Disse tildelingskriterier omtales nærmere i afsnit 4.2.4.

Ligebehandlingsprincippet, der foreskriver, at ordregiveren skal behandle tilbudsgiverne lige, kan udledes af hovedformålet med udbudsdirektiverne, og princippet er det bærende princip i EU's udbudsdirektiver. Det fremgår eksplicit af udbudsdirektiverne, at ordregiverne skal overholde princippet om ligebehandling.¹⁶

Ligebehandlingsprincippet suppleres af et andet væsentligt princip, der normalt benævnes *gennemsigtighedsprincippet (transparensprincippet)*,¹⁷ hvis formål er at gøre aftaleindgåelsen gennemsigtig med henblik på at mindske muligheden for misbrug og at lette kontrol og håndhævelse af udbudsreglerne. Det fremgår ligeledes af udbudsdirektiverne, at ordregiverne har pligt til at handle på en gennemsigtig måde, jf. udbudsdirektivets artikel 2 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10. Først så sent som i 1996 fastslog EF-domstolen i sagen C-87/94, Kommissionen mod Belgien, at udbudsdirektiverne skal fortolkes under hensyntagen til princippet om gennemsigtighed. EF-domstolen anførte i præmis 54, at fremgangsmåden ved sammenligning af tilbud på alle stadier skal overholde såvel princippet om ligebehandling af tilbudsgivere som princippet om gennemsigtighed. EF-domstolen henviste forinden denne konstatering til, at det af direktivets¹⁸ treogtredivte betragtning fremgår, at det har til formål at sikre et minimum af gennemsigtighed ved tildelingen af de kontrakter, som det finder anvendelse på. Det fremgår heraf, at gennemsigtighedsprincippet støttes på en formålsfortolkning af udbudsdirektiverne.

Gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet er nært forbundne, og principperne vil ofte kunne anføres i sammenhæng til støtte for en given fortolkning, hvilket var tilfældet i C-87/94, Kommissionen mod Belgien, i præmis 88 vedrørende Domstolens betragtninger om kravene til ordregiverens oplysninger til tilbudsgiverne om tildelingskriterierne.¹⁹

¹⁶ Se udbudsdirektivets artikel 2 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 10.

¹⁷ Princippet betegnes til tider transparensprincippet inspireret af den engelske betegnelse (the principle of transparency). Se til eksempel KonkurrenceNyt, Nr. 13 s. 2. I denne fremstilling anvendes betegnelsen gennemsigtighedsprincippet i overensstemmelse med den danske oversættelse af EF-domstolens afgørelse i C-87/94, Kommissionen mod Belgien, og Kommissionen terminologi i Grønbogen, Offentlige Indkøb i EU, KOM (96) 583 endelig udgave af 27. november 1996.

¹⁸ Direktiv 90/531, betragtning 45 efter ændringerne introduceret med direktiv 93/38.

¹⁹ I præmissen anføres bl.a. følgende om pligten til angivelse af tildelingskriterier i udbudsbetingelserne: "Alle tilbudsgivere har således kendskab til de kriterier for tildeling, som deres tilbud skal opfylde, samt disses relative betydning. Dette krav

sikrer jo, at principperne om ligebehandling af tilbudsgiverne og gennemsigtighed overholdes”.

Ligebehandlingsprincippet kan karakteriseres som det overordnede princip, idet gennemsigtighedsprincippet primært tjener som et middel til at sikre den ligebehandling af tilbudsgiverne, der tilsigtes med udbudsdirektiverne.

3.1. Lav prioritering af den offentlige interesse

Udbudsdirektivernes forholdsvis lave prioritering af hensynet til den offentlige indkøber skal særligt fremhæves.

Udbudsdirektiverne²⁰ er baseret på en antagelse om, at ordregiveren generelt sikres den ønskede ydelse til den bedste pris og kvalitet ved at følge forskrifterne i udbudsdirektiverne, der sikrer en høj grad af ligebehandling og gennemsigtighed, hvilket imidlertid delvis er på bekostning af hensynet til ordregiveren i forhold til den konkrete kontrakt.

Ordregiveren må betale en høj pris for generelt at blive sikret bedste pris og kvalitet gennem regelsættet. Udbudsdirektiverne foreskriver iagttagelsen af ressourcekrævende procedurer, hvor kravene til ligebehandling og gennemsigtighed for det første er særdeles høje og for det andet gennemgående ufravigelige, selv hvor ordregiveren har en klar kommerciel interesse i at kunne fravige regelsættet i det konkrete tilfælde.

Hensynet til ordregiverens kommercielle interesse berettiger normalt ikke til en indskrænkende fortolkning af de særdeles formelle regelsæt, selv hvor konsekvenserne af en restriktiv fortolkning i det konkrete tilfælde leder til et klart u hensigtsmæssigt eller mindre tilfredsstillende resultat for ordregiveren. Dette vil f.eks. være tilfældet, hvor hensynet til ligebehandling af de øvrige konkurrenter afskærer ordregiveren fra at tage et tilbud i betragtning fra en tilbudsgiver, der har indleveret det kommercielt bedste bud. En sådan situation kan forekomme, hvor tilbudsgiveren har taget forbehold for et grundlæggende vilkår i udbudsbetingelserne, og alternativ budgivning er afskåret i henhold til udbudsbetingelserne. Den manglende fleksibilitet ved fortolkningen af EU's udbudsregler kommer mest markant til udtryk i relation til forhandlingsforbudet, der omtales nærmere i afsnit 4.2.2.

²⁰ Betragtningen gælder i mindre grad forsyningsvirksomhedsdirektivet, der afviger ved sin fleksibilitet i forhold til udbudsdirektivet. Sidstnævnte afløste bygge- og anlægsdirektivet, indkøbsdirektivet og tjenesteydelsesdirektivet ved den seneste revision af udbudsdirektiverne.

Hensynet til ordregiveren og en eller flere af de tilbudsgivere, der deltager i konkurrencen om den offentlige kontrakt, vil ofte ikke være tilstrækkeligt tungtvejende til at kunne karakteriseres som såkaldte saglige grunde, der kan berettige til en forskelsbehandling i den konkrete sag. Hensynet til den effektive konkurrence er mere tungtvejende end hensynet til ordregiveren og til de deltagende tilbudsgiveres interesser²¹ i den konkrete udbudsprocedure, hvilket kommer til udtryk i udbudsreglernes formalisme, der begrænser ordregiverens skøn, og den restriktive fortolkning af ligebehandlingsprincippet.

Det er bydende nødvendigt at være opmærksom på dette forhold, der grundlæggende afviger fra den gennemgående tendens i interesseafvejningen i national ret, der er nært beslægtede med EU's udbudsregler, såsom forvaltningsret og traditionelle udbudsregler i medlemsstaterne.

Der har i national regulering af indgåelse af offentlige indkøb været en klar tendens til at vægte hensynet til det offentlige højt igennem alle stadier i aftaleindgåelsen om den offentlige kontrakt, og ikke sjældent vægtes hensynet til det offentlige højere end hensynet til ligebehandling af tilbudsgiverne ved at tillade forskelsbehandling begrundet i det offentliges interesse.²²

En glimrende illustration af tendensen i national ret foreligger med den danske højesterets afgørelse i den såkaldte Grenaa-sag, U 1975.379 H,²³

²¹ Hensynet til den effektive konkurrence fører til en høj grad af beskyttelse af de *virksomheder, som ikke har deltaget i konkurrencen*, men som antages at ville have deltaget i konkurrencen om den offentlige kontrakt, hvis udbudsreglernes krav til ligebehandling og gennemsigtighed havde været opfyldt.

²² Se J.M. Fernández Martín, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, s. 223-24, hvor det fremhæves, at hensynet til det offentlige traditionelt har været tungtvejende ved national regulering af offentlige indkøb. Det anføres her, at "In all national orders public interest considerations are usually involved in the field of public procurement. It is not by chance that distinct principles alien to the ordinary law of contract apply to the area of public contracts. In Spain and France, the public interest is reflected not only at the enforcement level but also in the regulation of public contracts itself, through the attribution of numerous prerogatives which benefit public authorities." I forlængelse heraf anføres det, at "This public interest aspect of public authorities has largely been ignored by the main public procurement Directives".

²³ Kommenteret af adskillige herunder højesteretsdommer Jørgen Trolle i UfR 1975 B 391 ff. og Lasse Simonsen, *Prækontraktuelt Ansvar*, s. 515 ff.

der vedrører en licitation afholdt i efteråret 1971, dvs. før Danmarks medlemskab af EF.

Grenaa Kommune havde udbudt et skolebyggeri ved en offentlig licitation. Et firma blev lavestbydende (herefter L), men ikke desto mindre indgik kommunen aftale med næstlavestbydende (herefter N) for at sikre beskæftigelsen på Grenaa-egnen, og det var åbenbart og ubestridt under sagen, at denne fremgangsmåde stred mod en bekendtgørelse fra Undervisningsministeriet om skolebyggeri. Bekendtgørelsen bestemte, at arbejde af den pågældende karakter ikke måtte forbeholdes bydende fra et bestemt geografisk område, og at billigste bud skulle antages, medmindre det måtte formodes, at den bydende ikke ville være i stand til at gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig måde eller i rette tid. En tilsvarende regel var fastsat ved cirkulære for statsligt byggeri og for kirkebyggeri.

L rejste krav om erstatning for den positive opfyldelsesinteresse, der beløb sig til godt 300.000 kr. efter L's opgørelse, og L støttede sig særligt til, at bekendtgørelsen, der var indrykket i lovtidende, var rettighedsskabende for borgerne.

Højesteret fandt ikke, at L efter karakteren af og formålet med de i bekendtgørelsen indeholdte regler havde nogen ret til som lavestbydende at få entreprisen overdraget.²⁴ Højesteret gav hermed kommunen medhold i dennes argumentation, hvorefter bekendtgørelsen var en tjenestebefaling, og efter dansk forvaltningsret²⁵ medførte en tilsidesættelse af en tjenestebefaling ikke ret til erstatning for borgerne, medmindre tjenestebefalingen i første række sigter på at værne disses interesser. Det var oplyst, at hovedsigtet med den lovbekendtgørelse, som bekendtgørelsen hvilede på, var at gøre byggeriet så billigt som muligt, og dermed kunne en tilsidesættelse af tjenestebefalingen ikke begrunde en ret til erstatning for L.

En sådan fortolkning er et udtryk for en typisk offentligretlig tilgangsvinkel, hvis resultat er, at hensynet til tilbudsgivernes berettigede forventninger tillægges ringe vægt. Som fremhævet i Trolles kommentar²⁶ til dommen var det almindeligt ved byggeri for statens og det offentliges regning, at den

²⁴ L kunne heller ikke støtte en sådan ret på udbudsmaterialet, da der i dette var henvist til AB 1951, hvorefter udbyderen har valgfrihed mellem budene.

²⁵ Se i overensstemmelse hermed Jens Garde m.fl. Forvaltningsret, Almindelige Emner, 3. udgave, 1997 s. 348 note 296, hvor det anføres, at dommen utvivlsomt er stærkt farvet af den klassiske forvaltningsrets læresætning om, at tjenestebefalinger ikke skaber ret og pligt for borgerne.

²⁶ UfR 1975 B 391 ff.

offentlige bygherre antog det laveste bud, og L havde derfor en vis berettiget forventning om at få entreprisen, hvis han afgav det laveste bud. En beskyttelse af en sådan interesse er bestemt ikke uvæsentlig, hvilket i den konkrete sag fremgik af, at tilbudsgiveren havde brugt ca. 30.000 kr. til udfærdigelse af budet.²⁷

²⁷ Jf. Trolles kommentar citeret tidligere.

L havde ikke nedlagt en subsidiær påstand om dækning af de faktiske udgifter ved deltagelsen i licitationen, dvs. den negative kontraktsinteresse. Trolle bemærker i domskommentaren, at det havde været rimeligt, at kommunen havde anført, at der ved valget af budene ville blive taget et vist hensyn til den lokale beskæftigelse, og at L var blevet lokket til at byde uden at vide, at chancerne var noget mindre. Disse bemærkninger kan støtte en antagelse²⁸ om, at L havde kunnet få dækket den negative kontraktsinteresse, hvis L havde søgt denne erstattet.

En kontrakt som omhandlet i Grenaa-sagen ville skulle løses helt anderledes efter EU's udbudsregler. Efter Traktatens bestemmelser i artikel 39 og 49 (tidligere artikel 48 og 59) og EU's udbudsdirektiver er det ulovligt at lade hensynet til lokal beskæftigelse influere og/eller være udslagsgivende for valget af tilbudsgiver. L ville utvivlsomt være berettiget til erstatning for kommunens usaglige forskelsbehandling og overtrædelsen af det pågældende direktiv. Hvis tildelingskriteriet er laveste bud, og det er åbenbart og ubestridt, at ordregiveren ikke har tildelt kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet laveste bud, må det antages, at den pågældende tilbudsgiver har krav på dækning af den positive opfyldelsesinteresse.²⁹ Det bemærkes særligt, at det følger af de såkaldte kontroldirektiver,³⁰ der supplerer udbudsdirektivernes materielle regler, at medlemsstaterne har pligt til at sikre, at den, der lider tab som følge af overtrædelse af udbudsreglerne, kan få erstatning.

Grenaa-sagen viser, at EU's udbudsdirektiver til trods for deres til tider belastende formalisme på visse punkter er et fremskridt set i forhold til traditionel dansk udbudsret, hvis beskyttelse af tilbudsgivernes interesser var begrænset, og hvor den retstilstand, der blev udtrykt i Grenaa-sagen, i meget høj grad ensidigt tilgodeså det offentlige offentliges interesse på bekostning af tilbudsgivernes interesser.

4. Udbudsdirektivernes grundindhold

²⁸ Jf. Orla Friis Jensen, *Almindelige Emner*, 3.udg. s. 492, der på denne baggrund anfører, at det synes holdt åbent, om ikke kommunens optræden i den konkrete sag havde kunnet begrunde et erstatningskrav for de faktiske udgifter, selskabet havde haft til udarbejdelse af tilbud.

²⁹ Se hertil nærmere i *Public Procurement Law Review* 2006 nr. 4 s. 159-240, der er en række internationale artikler redigeret af Steen Treumer om erstatning. Se særligt s. 161 med henvisning til teori og retspraksis.

³⁰ Se nærmere i afsnit 5.

Betegnelsen EU's udbudsdirektiver eller EU's udbudsregler er normalt en henvisning til det materielle regelsæt, der består af udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet. Udbudsdirektivet er den almindelige betegnelse for Direktiv 2004/18 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, mens forsyningsvirksomhedsdirektivet er en henvisning til Direktiv 2004/17 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport og posttjenester.³¹

Det materielle regelsæt suppleres af de såkaldte kontroldirektiver,³² der er nærmere omtalt i afsnit 5. Disse direktiver er udstedt med henblik på at sikre effektive og hurtige klagemuligheder i tilfælde af overtrædelser af EU's udbudsregler. I det følgende anvendes betegnelsen EU's udbudsdirektiver om det materielle regelsæt til trods for, at denne betegnelse er lettere misvisende, da betegnelsen ikke tager højde for, at kontroldirektiverne tillige har særlig tilknytning til EU's regulering af udbudsområdet.

EU's udbudsdirektiver er gennemført i dansk ret ved en række bekendtgørelser. Den danske lovgiver har afstået fra at omskrive direktiverne, men har i stedet valgt at optage direktiverne som bilag til bekendtgørelserne, der kun indeholder særdeles få indledende bestemmelser, der ikke ændrer direktivernes indhold væsentligt. Ved denne form for gennemførelse af direktiverne sikres det i så høj grad som muligt, at der er overensstemmelse mellem direktiverne i deres oprindelige form og den danske gennemførelseslovgivning.

³¹ Disse direktiver afløste Direktiv 93/37 EFT 1993 L199/54 (bygge- og anlægsgdirektivet); direktiv 93/36 EFT 1993 L199/1 (vareindkøbsdirektivet); direktiv 92/50 EFT 1992 L209/1 (tjenesteydelsesdirektivet); direktiv 93/38 EFT 1993 L199/84 (forsyningsvirksomhedsdirektivet). Direktiverne i de klassiske sektorer var efterfølgende blevet ændret med direktiv 97/52 EFT 1997 L328/1 og forsyningsvirksomhedsdirektivet ændret med direktiv 98/04 EFT 1998 L101/1.

³² Direktiv 89/665 af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs-samt bygge-og anlægskontrakter og Direktiv 92/13 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand og energiforsyning samt transport og telekommunikation. Disse direktiver er siden blevet ændret ved Direktiv 2007/66, der skal implementeres i national ret senest 20. december 2009.

EU's udbudsdirektiver har siden 1993 omfattet alle typer af offentlige indkøb. Udbudsdirektivet vedrører kontrakter inden for de såkaldte klassiske sektorer, dvs. bygge- og anlæg, varer og tjenesteydelser, hvis modstykke er forsyningssektoren, der oprindeligt blev holdt uden for udbudsdirektivernes regulering og først relativt sent er blevet omfattet af EU's udbudsregulering.³³ Forsyningssektoren omfatter ordregivere, der opererer inden for vand- og energiforsyning, transport og posttjenester, og reguleres gennem det særskilt direktiv, der betegnes forsyningsvirksomhedsdirektivet. Direktivet indeholder en tværgående regulering af bygge- og anlæg, varer og tjenesteydelser, hvor de foreskrevne fremgangsmåder gennemgående er fælles for de tre områder.

Den politiske vilje til at formalisere og detailregulere forsyningssektoren har været langt mindre end for så vidt angår de klassiske sektorer, hvilket afspejler sig på en lang række punkter i forsyningsvirksomhedsdirektivet. Et af de steder, hvor forsyningsvirksomhedsdirektivets fleksibilitet kommer klarest til udtryk, er i relation til ordregiverens valgfrihed mellem udbudsformerne offentligt udbud, begrænset udbud og udbud efter forhandling jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 40, stk. 2. Det er væsentligt at være opmærksom på, at forsyningsvirksomhedsdirektivets regler gennemgående er mere fleksible end udbudsdirektiverne inden for de klassiske sektorer.

4.1. Udbudsdirektivernes anvendelsesområde

4.1.1. Eksterne leverancer

Udbudsreglerne gælder kun for eksterne anskaffelser (ex-house). EU's udbudsregler tager ikke stilling til spørgsmålet, om hvorvidt en opgave skal løses internt (in-house), eller om ydelsen skal anskaffes eksternt, og EU's udbudsregler finder først anvendelse, når ordregiveren har besluttet, at en ydelse skal anskaffes fra eksterne leverandører.

Ordregiverens beslutning om at afsøge markedet eksternt kan være et udslag af nationale forskrifter, der pålægger ordregiveren at udbyde den pågældende ydelse. I Danmark er statslige institutioner pålagt en vis pligt til

³³ Med direktiv 90/531 af 17. september 1990, der skulle inkorporeres senest 1. juli 1992. Dette direktiv fik en kort levetid, da det blev ophævet og erstattet af direktiv 93/38, der skulle være inkorporeret senest 1. juli 1994. Den hurtige ændring skyldtes udvidelsen af regelsættet til også at omfatte tjenesteydelseskontrakter jf. KOM (91) 347 endelig udg. SYN 361 af 6. november 1991 s. 4.

udlicitering ved finansministeriets cirkulære om udbud og udfordring af statslige drifts- og anlægsopgaver.³⁴

4.1.2. Indkøbere omfattet af udbudsdirektiverne

Udbudsdirektiverne inden for den klassiske sektor omfatter offentlige myndigheder og såkaldte offentligretlige organer, der er almennyttige organer, der er undergivet en form for offentlig kontrol. Forsyningsvirksomhedsdirektivet regulerer både private og offentlige virksomheder inden for forsyningssektoren. De private virksomheder er beskæftiget med nærmere angivne aktiviteter inden for vand- og energiforsyning samt transport og posttjenester, og denne virksomhed drives på grundlag af særlige eller eksklusive rettigheder, der er blevet indrømmet af en kompetent myndighed i en medlemsstat.

³⁴ Cirkulære nr. 159 af 17. december 2002.

EF-domstolen har fortolket begrebet *offentlige myndigheder* i bred betydning. EF-domstolen fastslog i afgørelsen C-31/87, Beentjes, Saml. 1988 s. 4635, at bygge- og anlægsgeselskabet fandt anvendelse på et organ, der ikke var en selvstændig juridisk person, når dets sammensætning, opgaver og midlerne til at udføre disse opgaver viste, at det handlede i statens navn.

Det er af væsentlig større interesse, at EF-domstolen ligeledes har anlagt en udvidende fortolkning af begrebet *offentligretlige organer*. Det følger af udbudsdirektivet, at en indkøber skal opfylde 3 betingelser for at være et offentligretligt organ omfattet af udbudsdirektivernes anvendelsesområde. Organet skal 1) have til opgave at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter, 2) være en juridisk person og 3) driften skal finansieres for mere end halvdelen af vedkommende af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller være underlagt disses kontrol eller være udpeget af disse organer for mere end halvdelen af vedkommende af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

Det er navnlig betingelsen om imødekommelse af almenhedens behov, der med sin uklare formulering har givet anledning til fortolkningstvivl, og det nærmere indhold af denne betingelse blevet præciseret af EF-domstolen ved dennes besvarelse af præjudicielle søgsmål om spørgsmålet.

EF-domstolen har fortolket betingelsen udvidende ved at fastslå,³⁵ at det er *uden betydning, at et sådant organ frit kan udøve andre former for virksomhed herunder, kommerciel virksomhed*, foruden at imødekomme almenhedens behov.

EF-domstolen præciserede desuden, at det er *uden betydning, at imødekommelsen af almenhedens behov kun udgør en relativt ubetydelig andel af den samlede virksomhed*, som udøves af organet, når blot organet fortsat påtager sig at opfylde de behov, som det specielt er forpligtet til at imødekomme.³⁶ Afgrænsningen af, om der er tale om et offentligretligt organ, er dermed uafhængig af, i hvilket omfang det pågældende organ imødekommer almenhedens behov.

Som det fremgår, skal begrebet offentlige indkøb fortolkes udvidende, og betegnelsen af EU's udbudsregler som en regulering af *offentlige indkøb* forekommer at være lettere misvisende, når der henses til EF-domstolens meget vidtgående fortolkninger af ordregiverbegrebet, og i særdeleshed til fortolkningen af begrebet offentligretlige organer, samt det forhold, at private

³⁵ Jf. C-44/96, Mannesmann, Saml. 1998 I s. 73, præmis 25.

³⁶ Jf. C-44/96, Mannesmann, Saml. I 1998 s. 73, præmis 25 og C-360/96, Arnhem, dom af 10. november 1998 og afgørelsens præmis 54 ff.

virksomheder utvivlsomt omfattes af reguleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Det følger af EF-domstolens praksis, at det afgørende moment ved afgrænsningen af ordregiverbegrebet er det pågældende organs funktion, dvs. om virksomheden overhovedet imødekommer almenhedens behov.

4.1.3. Tærskelværdier

Det er en forudsætning for udbudsdirektivernes anvendelse, at den anslåede værdi af den pågældende kontrakt overstiger visse beløbsgrænser, de såkaldte tærskelværdier, der er fastsat i udbudsdirektiverne og som varierer afhængigt af kontraktstype og ordregiver. Tærskelværdien for varer og tjenesteydelser er eksempelvis normalt 991.589 kr. for statslige ordregivere og 1.535.844 kr. for en kommunal ordregiver omfattet af udbudsdirektivet.³⁷

4.2. Ordregivernes forpligtelser ifølge udbudsdirektiverne

Ved udbudsdirektiverne er ordregiverne pålagt en lang række handlepligter med særligt henblik på at sikre ligebehandling og gennemsigtighed ved det offentlige indkøb. Disse handlepligter varierer i et vist omfang, afhængigt af hvilket direktiv der regulerer det pågældende indkøb. Ordregivernes forpligtelser i henhold til samtlige udbudsdirektiver har imidlertid en række fællestræk af helt grundlæggende karakter, som skal behandles nærmere i nærværende afsnit.

4.2.1. Udbudsbekendtgørelser i EF-tidende om udbudsproceduren

Et af de vigtigste og helt grundlæggende krav, der følger af EU's udbudsdirektiver, er kravet om, at en ordregiver, der har til hensigt at foretage et indkøb omfattet af udbudsdirektiverne, skal offentliggøre en såkaldt *udbudsbekendtgørelse* i EU-tidende.

Udbudsbekendtgørelsen er en summarisk beskrivelse af den offentlige kontrakt, og det primære sigte med bekendtgørelse af kontrakten er at sikre ligebehandling af potentielle tilbudsgivere ved at informere markedsaktørerne om den offentlige kontrakt i et omfang, der sætter virksomhederne i stand til at vurdere, om de vil deltage i konkurrencen om den offentlige kontrakt.

Udbudsbekendtgørelsen skal udformes i overensstemmelse med modellerne i bilagene til udbudsdirektiverne, og den skal indeholde de heri

³⁷ Der henvises til oversigterne på Konkurrencestyrelsens hjemmeside, der opdateres løbende.

krævede oplysninger. De krævede oplysninger er i sagens natur helt grundlæggende og vedrører eksempelvis arten og mængden af de varer, der skal leveres, leveringssted og -frist, sikkerhedsstillelse og garantier, muligheden for afgivelse af alternativt bud, udvælgelses- og tildelingskriterier samt sidste frist for modtagelse af bud.

Forud for udbudsbekendtgørelsen har ordregiverne i visse tilfælde pligt til at bekendtgøre en forhåndsmeddelelse i EF-tidende, når ordregiveren har til hensigt at indgå en kontrakt omfattet af udbudsdirektiverne, og der er truffet beslutning herom, uden at denne beslutning dog kan konkretiseres ved iværksættelse af en udbudsprocedure. Denne forhåndsmeddelelse kaldes ofte en periodisk vejledende bekendtgørelse, fordi en ordregiver ifølge udbudsdirektiverne skal indrykke en bekendtgørelse, når dennes samlede ordrer i årets løb antages at overstige en fastsat beløbsgrænse.

Ordregiverne har desuden pligt til at indrykke en bekendtgørelse, når der er blevet indgået aftale.

De udbudsbekendtgørelser, der offentliggøres i EU-tidende, har i vidt omfang vist sig at være mangelfulde, da visse af de oplysninger, der skal opgives, ikke figurerer i bekendtgørelserne. Krydskontrol af de offentliggjorte meddelelser har desuden afsløret, at pligten til at offentliggøre forhåndsmeddelelser og bekendtgørelser om tildelte ordrer i vid udstrækning ikke overholdes.³⁸

4.2.2. Udbudsformer og forhandlingsforbud

Udbudsdirektiverne foreskriver, at ordregiveren skal anvende bestemte udbudsprocedurer ved indgåelsen af aftaler omfattet af regelsættet. Der findes en række udbudsformer i udbudsdirektiverne, men her skal alene særligt omtales de fire vigtigste hovedtyper: offentligt udbud, begrænset udbud, udbud efter forhandling og konkurrencepræget dialog.³⁹

Ved offentligt udbud kan alle interesserede afgive tilbud, og ordregiveren kan ikke forud for budgivningen frasortere virksomheder, hvis tilbud umiddelbart skønnes at ville være uden interesse.

Ved begrænset udbud og udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse af bekendtgørelse er udbudsproceduren derimod opdelt i to faser. I den første fase udvælges en gruppe af virksomheder blandt de

³⁸ Jf. Kommissionens Grønbog, Offentlige Indkøb i EU, KOM (96) 583 af 27. november 1996 s. 11.

³⁹ Se i øvrigt om udbudsformerne i Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne 2006, kapitel 6, der findes på Styrelsens hjemmeside.

virksomheder, der har ansøgt om at blive opfordret til at afgive tilbud. Alene de virksomheder, der er blevet udvalgt af ordregiveren, har adgang til at udarbejde tilbud, og disse tilbud bedømmes i den efterfølgende tildelingsfase.

Det vigtigste fællestræk mellem udbudsformerne offentligt udbud og begrænset udbud er, at *forhandling om ændringer i kontraksgrundlaget mellem ordregiveren og de virksomheder, der deltager i udbudsproceduren, som udgangspunkt er udelukket*. Dette forhold betegnes almindeligvis forhandlingsforbudet. Offentligt og begrænset udbud er højt formaliserede udbudsprocedurer, hvilket står i skarp modsætning til den fleksible procedure udbud efter forhandling.

Udbud efter forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse adskiller sig fundamentalt fra offentligt udbud og begrænset udbud, idet ordregiveren henvender sig til de økonomiske aktører som de selv udvælger og kan forhandle om kontraktvilkårene og på grundlag af disse forhandlinger træffe afgørelse om, hvilken tilbudsgiver der skal indgå kontrakt med.⁴⁰

Udbud efter forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse adskiller sig helt afgørende fra udbud efter forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse, offentlige udbud og begrænset udbud. Der skal ikke indrykkes en udbudsbekendtgørelse, og der stilles ikke krav om, at ordregiveren skal give et vist antal virksomheder mulighed for at konkurrere om kontrakten, hvilket er ensbetydende med, at ordregiveren direkte kan indlede forhandlinger med en enkelt virksomhed om indgåelse af kontrakt. Denne udbudsform vil ikke blive nærmere behandlet, da den ikke stiller krav om konkurrence om kontrakten.

Når der i det følgende henvises til udbud efter forhandling, refereres der til udbud efter forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse, medmindre andet særligt er angivet.

Med den seneste revision af udbudsdirektiverne blev der indført en ny udbudsprocedure, konkurrencepræget dialog, der tillader forhandlinger mellem ordregiver og tilbudsgivere indtil opfordringen til at afgive tilbud.⁴¹ Den primære bestemmelse der regulerer denne procedure er udbudsdirektivets artikel 29, men suppleres af en række bestemmelser i udbudsdirektivet samt betragtning 31 i præamblen til udbudsdirektivet. Denne

⁴⁰ Se hertil Klagenævnets kendelse af 18. november 1996, European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S og præmisserne til påstand I,5.

⁴¹ Omtales bl.a. af Adrian Brown, "The Impact of the New Procurement Directive on Large Public Infrastructure Projects: Competitive dialogue or Better the Devil you Know?", Public Procurement Law Review 2004 nr. 4, s. 160 ff. og Steen Treumer, "Competitive Dialogue", Public Procurement Law Review 2004 nr. 4 s. 178 ff. Se også Ruth Nielsen, Udbud af offentlige kontrakter, 2005 s. 128 ff.

procedure er imidlertid reserveret til "særligt komplekse kontrakter",⁴² og blev indført som en reaktion på den grundlæggende kritik af EU's udbudsregler. Adskillige praktikere og teoretikere havde fremført, at udbudsreglerne ikke var tilstrækkeligt fleksible og navnlig at det ovenfor anførte forhandlingsforbud åbenbart førte til uhensigtsmæssige resultater i en række tilfælde.

Forhandlingsforbudet er relevant ved afviklingen af langt de fleste EU-udbud, da det er den absolutte hovedregel, at udbudsformerne offentligt eller begrænset udbud skal anvendes ved afviklingen af udbudsprocedurer, der er reguleret af udbudsdirektivet, jf. dets artikel 28.

⁴² Der kan bl.a. læses nærmere herom i Steen Treumer, "The Field of Application of Competitive Dialogue", *Public Procurement Law Review* 2006, nr. 6, s. 307ff.

Det er klar undtagelse, at udbudsformen udbud efter forhandling med eller uden forudgående udbudsbekendtgørelse kan finde anvendelse.⁴³ EF-domstolen har gentagne gange understreget, at undtagelsesbestemmelserne, der tillader brug af udbud efter forhandling, skal fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden for, at betingelserne for deres anvendelse er opfyldt, påhviler ordregiveren.⁴⁴

Der gælder en generel undtagelse til hovedreglen om obligatorisk anvendelse af enten offentligt udbud eller begrænset udbud i relation til forsyningssektoren. Forsyningsvirksomhedsdirektivet adskiller sig fra de øvrige direktiver ved at tillade ordregiveren at vælge frit mellem udbudsformerne offentligt udbud, begrænset udbud og udbud efter forhandling, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 40, stk. 2.

Forsyningsvirksomheder vil i praksis ofte foretrække at anvende udbud efter forhandling som følge af den høje grad af fleksibilitet, der følger denne udbudsform. Hvis en forsyningsvirksomhed i stedet har valgt at iværksætte et offentligt udbud eller et begrænset udbud, kan ordregiveren under udbudsprocedurens forløb fortryde valget af udbudsform og ønske at skifte til udbud under forhandling. Spørgsmålet er, om ordregiveren er forpligtet til at tildele kontrakten efter den oprindeligt valgte udbudsform, eller om valgfriheden mellem udbudsformerne betyder, at det står ordregiveren frit for at omgøre valget med virkning for den igangsatte udbudsprocedure. Belgien gjorde i sagen C-87/94, Kommissionen mod Belgien,⁴⁵ gældende, at en ordregiver har en sådan valgfrihed. EF-domstolen afviste klart i afgørelsens præmis 35, at der skulle bestå en sådan valgfrihed, og fastslog, at en ordregiver, der har udskrevet et udbud efter en bestemt udbudsform, er forpligtet til at respektere de regler, der gælder for den valgte udbudsform indtil den endelige tildeling af kontrakten.⁴⁶

⁴³ Jf. udbudsdirektivets artikel 28, 3. punktum.

⁴⁴ Se C-199/85, Kommissionen mod Italien, Saml. 1987 s. 1039, C-71/92, Kommissionen mod Spanien, Saml. 1993 I-5923, C-328/92, Kommissionen mod Spanien, Saml. 1994 I-1569, C-57/94, Kommissionen mod Italien, Saml. 1995 I-1249, C-318/94, Kommissionen mod Tyskland, Saml. 1996 I-1949. Disse sager vedrører alle spørgsmålet om anvendelse af udbud efter forhandling *uden* forudgående bekendtgørelse, og anvendelsen af denne udbudsform er i samtlige disse sager blevet bedømt som uberettiget.

⁴⁵ C-87/94, Kommissionen mod Belgien, (1996) Saml. I s. 2043.

⁴⁶ EF-domstolens terminologi er på dette punkt uklar. Det må antages, at der med vendingen "indtil den endelige tildeling af kontrakten" menes indtil *indgåelse* af kontrakt.

Der kan udledes en generel tendens til overdreven brug af undtagelsesbestemmelserne om udbud efter forhandling i udbudspraksis, og dette problem blev fremhævet af Kommissionen i Grønbogen om offentlige indkøb.⁴⁷ Kommissionen anførte nærmere, at flere tratktatkrænkelserprocedurer, som Kommissionen har ført, og en række domme afsagt af EF-domstolen vidner om, at ordregiverne har gjort brug af udbud efter forhandling langt ud over de grænser, der følger af en restriktiv fortolkning, bl.a. ved at påberåbe sig tvingende grunde, der ikke eksisterede, eller som måtte tilskrives dem selv eller ubegrundede argumenter om, at der kun fandtes én entreprenør, der ville være i stand til at udføre den pågældende kontrakt.

Denne tendens til at misbruge undtagelsesbestemmelserne om udbud efter forhandling synes at være en del af en generel tendens fra ordregivernes side til generelt at fortolke udbudsdirektiverne så fleksibelt som muligt. I relation til forhandlingsforbudet er tendensen ekstra tydelig som følge af, at forhandlingsforbudet i udpræget grad begrænser handlefriheden hos både ordregiveren og de deltagende virksomheder, og som følge af at en restriktiv fortolkning af forhandlingsforbudet ikke sjældent fører til, at ordregiveren i forhold til den enkelte kontrakt opnår et økonomisk set mindre tilfredsstillende resultat, end hvis forhandling havde været tilladt.

I Kommissionens Grønbog blev det nævnt,⁴⁸ at udbud efter forhandling synes at give et økonomisk mere tilfredsstillende resultat end de traditionelle udbudsformer, dvs. offentligt udbud og begrænset udbud, samt at udbud efter forhandling har vist sig at være et rationelt middel til at nedbringe den offentlige indkøbers omkostninger, samtidig med at indkøberen når de tilsigtede målsætninger. Kommissionen understreger dog i sammenhængen, at udbudsformen er mindre velegnet til at opfylde målsætningen om gennemsigtighed i kontrakterne.

Det er blevet nævnt i den juridiske litteratur af Krüger,⁴⁹ at mange ordregivere i praksis søger at "skræddersy" kontrakten til egne behov ved kontakt til tilbudsgiverne og derved overtræder forhandlingsforbudet.

I dansk udbudspraksis genfindes tendensen til at søge at fortolke forhandlingsforbudet indskrænkende, og forbudet overtrædes forholdsvis ofte at dømme efter de tvister, der har været forelagt Klagenævnet for Udbud.

⁴⁷ Se KOM (96) 583 af 27.11. 1996 s. 10-11.

⁴⁸ S. 11, afsnit 3.16.

⁴⁹ Jf. Kai Krüger s. 183 i Sue Arrowsmith og Arwel Davies (eds.), *Public Procurement: Global Revolution*, 1998.

Adskillige sager afgjort ved Nævnet har vedrørt spørgsmålet om lovligheden af drøftelser og forhandlinger mellem ordregivere og tilbudsgivere, og Klagenævnets kendelser har forholdsvis ofte resulteret i en konstatering af, at ordregiverne har overtrådt grænserne for den lovlige dialog med tilbudsgiverne.

4.2.3. Kvalifikation af tilbudsgivere

Et vigtigt led i udbudsproceduren er ordregiverens kvalitative udvælgelse blandt de virksomheder, der har vist interesse for den udbudte kontrakt. Udvalget foretages på grundlag af en række kvalifikationsbetingelser, der er opstillet af ordregiveren og bekendtgjort til de potentielle tilbudsgivere ved udbudsprocedurens start.

Kvalifikationsbetingelserne betegnes normalt udvælgelseskriterier eller prækvalifikationskriterier og skal angives i udbudsbetingelserne og skal holde sig inden for de rammer, der er fastlagt i udbudsdirektiverne, og de oplysninger, der kræves af de potentielle tilbudsgivere, kan vedrøre virksomhedens hæderlighed, økonomi og finansielle formåen, faglige og tekniske kvalifikationer.⁵⁰

Efter direktivernes system udgør ordregiverens udvælgelse af de kvalificerede virksomheder og ordregiverens tildeling af kontrakten to adskilte faser, der er underlagt forskellige regler,⁵¹ hvor regler og kriterier, der benyttes i de to faser, må ikke sammenblandes. Det kan få afgørende betydning, hvis ordregiveren sammenblander udvælgelsesfasen med tildelingsfasen. En sådan sammenblanding kan ske ved, at ordregiveren i tildelingsfasen inddrager forhold, der skal bedømmes i udvælgelsesfasen, og kan føre til, at kontrakten ikke tildeles den tilbudsgiver, der har afgivet det bedste bud, men derimod en tilbudsgiver, der har større finansiell formåen eller større erfaring. I praksis overtrædes udbudsreglerne hyppigt ved ordregivernes sammenblanding af de to faser, hvilket vil blive nærmere omtalt i slutningen af nærværende afsnit.

Fremgangsmåden for udvælgelsen varierer afhængigt af den valgte udbudsform. Ved udbudsformerne *begrænset udbud*, *udbud efter forhandling* og *konkurrencepræget dialog* opfordrer ordregiveren interesserede virksomheder til at ansøge om at deltage i udbudsproceduren. Den videre deltagelse i udbudsproceduren og dermed virksomhedens

⁵⁰ Se udbudsdirektivets artikel 44 til 49 om egnethedsundersøgelsen og udvælgelsen af deltagere.

⁵¹ Jf. C-31/87, Beentjes, Saml. 1988 s. 4635.

mulighed for at kunne komme i betragtning ved ordregiverens tildeling af kontrakten afhænger af, om virksomheden udvælges af ordregiveren. Denne fase af udbudsproceduren betegnes som prækvalifikation eller prækvalifikationsfasen. I konkurrencepræget dialog kan der desuden ske en yderligere indskrænkning af deltagerantallet ved, at ordregiveren begrænser de løsninger der skal diskuteres under dialogen, jf. udbudsdirektivets artikel 29, stk. 4.⁵²

⁵² Se nærmere herom Sune Troels Poulsen og Simon Evers Hjelmborg, UfR 2007 B 34 ff. Jens Fejø gør i stedet gældende, at alle der er blevet prækvalificeret til stadighed vil deltage i konkurrencen, altså også i tilbudsfasen, jf. denne i Jens Fejø og Steen Treumer (red.), EU's udbudsregler-implemtering og håndhævelse i Norden s. 39.

Ved prækvalifikation kan det lovligt forekomme, at der både fravælges ikke-kvalificerede og kvalificerede virksomheder. Det følger klart af udbudsdirektiverne, at ordregiveren kan fastsætte en margin for det mindste og det største antal virksomheder, man vil opfordre til at afgive tilbud, og en fravælgelse af kvalificerede virksomheder vil blive aktuel, hvor antallet af ansøgninger fra kvalificerede virksomheder overstiger den angivne margin. Det fremgår endvidere af udbudsdirektivet,⁵³ at ordregiveren skal angive de objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler, de agter at anvende, det mindste, der vil blive opfordret til at afgive tilbud, og eventuelt et største antal ansøgere. Såfremt eventuel fravælgelse af kvalificerede ansøgere ikke er varslet ved udbudsbekendtgørelsen, må konsekvensen antages at være, at alle kvalificerede ansøgere skal opfordres til at afgive bud. Det er uklart efter udbudsdirektiverne, hvilke kriterier og metoder der kan anvendes af ordregiveren ved fravælgelsen af kvalificerede virksomheder.⁵⁴

Fremgangsmåden ved et *offentligt udbud* afviger fra fremgangsmåden ved begrænset udbud og udbud efter forhandling, idet alle virksomheder kan afgive tilbud ved et offentligt udbud. Det er først efter indleveringen af tilbudene, at ordregiveren udvælger de kvalificerede virksomheder blandt tilbudsgiverne ved anvendelsen af denne udbudsform. Efter udvælgelsesfasen går udbudsproceduren over i tildelingsfasen, og kvalificerede virksomheder har ret til at få deres tilbud taget i betragtning.

Et af de generelle problemer i udbudspraksis, der er blevet fremhævet af Kommissionen, er ordregivernes ulovlige anvendelse af kriterier, der falder uden for rammerne af udbudsdirektivernes beskrivelse af udvælgelseskriterierne.⁵⁵

I forlængelse heraf nævner Kommissionen, at mange ordregivere sammenblander udvælgelsesfasen og tildelingsfasen ved at tage hensyn til forhold, der vedrører udvælgelsesfasen, under tildelingsfasen, og at dette i nogle tilfælde fører til, at ordren ikke tildeles det bud, der forekommer at være det bedste i forhold til den udbudte kontrakt.

⁵³ Jf. udbudsdirektivets artikel 44, stk. 3. Sammenlign med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 54, hvorefter udvælgelseskriterierne skal stilles til rådighed for interesserede økonomiske aktører.

⁵⁴ For en nærmere behandling af dette emne henvises til Steen Treumer i PPLR 1998 s. 147 ff. og samme i UfR 1997 B 237 ff. Det skal særligt bemærkes, at artiklen i PPLR indeholder en udvidet og delvis ændret analyse af emnet set i forhold til artiklen i UfR.

⁵⁵ Jf. Kommissionens Grønbog, Offentlige Indkøb i EU, KOM (96) 583. 27. november 1996 s.12.

Denne tendens genfindes i dansk udbudspraksis, og i en lang række af de klagesager, der har været rejst for Klagenævnet for Udbud, kan det ses, at ordregiverne har anvendt udvælgelseskriterier i tildelingsfasen bl.a. ved i udbudsmaterialet at indsætte kriterier, der efter deres karakter er udvælgelseskriterier som delkriterier i tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud. Et aktuelt eksempel fra EF-domstolens praksis på sammenblanding er sagen C-532/06, Lianakis, hvor EF-domstolen underkendte en græsk ordregivers fremgangsmåde og anvendelse af såkaldte "tildelingskriterier".

Sondringen mellem udvælgelses- og tildelingskriterier er imidlertid på ingen måde oplagt, og der må antages at være en række tilfælde, hvor kriterier og dokumentation, der som udgangspunkt relaterer sig til udvælgelsesfasen kan indgå i tildelingsfasen. Det vil bl.a. være tilfældet i relation til erfaring, referencer og den relative risiko for manglende levering. Disse tilfælde vil forekommer navnlig i relation til tjenesteydelser. Ved Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. september 2005, Navigent A/S mod Arbejdsmarkedsstyrelsen blev inddragelse af erfaring som tildelingskriterium eksempelvis accepteret. Andre tilsvarende eksempler på lovlig "sammenblanding" findes i Klagenævnets praksis og i praksis fra udenlandske domstole og klagenævn. Emnet er genstand for et temanummer af Public Procurement Law Review, der redigeres af undertegnede og vil blive publiceret i 2009.

4.2.4. Tildelingskriterier

Det følger af udbudsdirektiverne, at ordregiveren kun har valget mellem at tildele kontrakten på grundlag af kriteriet den laveste pris eller det økonomisk mest fordelagtige bud, og at potentielle tilbudsgivere skal gøres bekendt med ordregiverens valg af tildelingskriterium i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet. Det fremgår desuden af udbudsdirektiverne, at ordregiveren normalt skal angive hvorledes den relativt vil vægte delkriterierne i det økonomisk mest fordelagtige bud.⁵⁶

⁵⁶ Jf. udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, stk. 2.

Formålet med denne begrænsning er at indskrænke ordregiverens skønsbeføjelser og at sikre, at ordregiverens valg af medkontrahent tager sit udgangspunkt i rent kommercielle kriterier. Med afgørelsen i C-513/99, Concordia fraveg man udgangspunktet, idet EF-domstolen accepterede, at miljøhensyn kan indgå som delkriterier i det økonomisk mest fordelagtige bud, selv om et sådant kriterium ikke indebærer en direkte økonomisk fordel for ordregiveren.⁵⁷ Begrænsningen af formålet med de mulige tildelingskriterier er et af de vigtigste elementer i udbudsdirektiverne, der på afgørende vis tvinger den offentlige indkøber til at handle som en privat virksomhed, der forfølger et strengt økonomisk rationale, hvor valget af medkontrahent principielt styres af, hvem der kan levere den ønskede ydelse bedst og billigst.

Det er hovedreglen, at ordregiverne foretrækker anvendelsen af tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud frem for kriteriet den laveste pris, da sidstnævnte kriterium udelukker ordregiverens skøn.

Tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud skal præciseres nærmere af ordregiveren, der har pligt til at fastlægge, hvilke delkriterier der skal være bestemmende for, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige. Udbudsdirektiverne opregner en række forskellige delkriterier og nævner bl.a. pris, kvalitet, teknisk værdi, æstetisk og funktionsmæssig karakter, miljøegenskaber, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand samt leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid. Udbudsdirektivernes opremsning er ikke udtømmende, men kriterierne har generelt⁵⁸ den fællesnævner, at de vedrører forhold af betydning for ydelsens økonomiske værdi. Som det fremgår af de opregnede eksempler i direktiverne, kan ordregiveren opstille både kvantitative og kvalitative kriterier, og disse kriterier skal være tilpasset den konkrete kontrakt.⁵⁹ Pris og leveringstid er eksempler på kvantitative kriterier, der er objektive og enkle at vurdere i modsætning til de kvalitative kriterier såsom kvalitet og æstetisk karakter, der i høj grad åbner for ordregiverens skøn og subjektive vurdering af tilbudet.

Udbudsdirektiverne nævner begge delkriteriet pris. Det må antages, at en ordregiver skal tage hensyn til prisen ved tildelingen af en kontrakt omfattet af

⁵⁷ Dette var en klar tilsidesættelse af Kommissionens mangeårige opfattelse, der også var kommet til udtryk i Kommissionens fortolkningsmeddelelse på området.

⁵⁸ Dette er ikke nødvendigvis tilfældet i relation til f.eks. delkriterierne æstetik og miljøhensyn.

⁵⁹ Jf. C-274/83, Kommissionen mod Italien, Saml. 1985 s. 1077.

EU's udbudsregler, og at prisen derfor skal indgå som et af delkriterierne i det økonomisk mest fordelagtige bud.⁶⁰ Klagenævnet har truffet en afgørelse af betydning for spørgsmålet, hvor Nævnets antog, at prisen skulle tillægges betydning ved evalueringen af de indkomne tilbud, jf. kendelsen af 10. februar 1997, Dafeta Trans ApS mod Lynettefællesskabet I/S. Ordregiveren i denne sag havde anvendt tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, og et af de anførte delkriterier var prisen. Ved evalueringen af budene havde ordregiveren anvendt en model, der særligt favoriserede en tilbudsgiver, da modellen reelt kun kunne føre til valg af den favoriserede tilbudsgiver uanset tilbudsprisen hos de øvrige tilbudsgivere. Klagenævnet udtalte, at ordregiveren havde haft pligt til at tillægge prisen betydning ved evalueringen af tilbudene, da ordregiveren havde anvendt tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud. Nævnet tilføjede dog forsigtigt, at dette i hvert fald måtte være tilfældet i den foreliggende sag, hvor prisen var angivet som et delkriterium i udbudsbetingelserne.

⁶⁰ Det giver umiddelbart ikke mening at tale om en vurdering af det *økonomisk* mest fordelagtige bud, hvor prisen ikke inddrages i afvejningen. Spørgsmålet er trivielt for så vidt angår kriteriet laveste pris.

Som tidligere nævnt har ordregiveren pligt til at angive tildelingskriteriet i enten udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet. Det er ikke tilstrækkeligt, at ordregiveren blot angiver, at tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud, men ordregiveren har pligt til at gøre tilbudsgiverne bekendt med delkriterierne i det økonomisk mest fordelagtige tilbud.⁶¹

Der har været flere tilfælde i praksis, hvor ordregiverne har tilsidesat denne pligt. En variant er, at ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen angiver, at tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, men efterfølgende fuldstændigt undlader at angive delkriterier i det supplerende udbudsmateriale.⁶²

En mere uigennemsigtig variant, der ofte vil være et dække for tilsigtet diskrimination, består i, at ordregiveren anvender både bekendtgjorte og ikke bekendtgjorte delkriterier, hvor de ikke bekendtgjorte delkriterier typisk vil favorisere en enkelt tilbudsgiver. Dette var tilfældet i C-87/94, Kommissionen mod Belgien,⁶³ hvor ordregiveren havde tildelt en favoriseret tilbudsgiver kontrakten under fravigelse af de tildelingskriterier, der var anført i udbudsmaterialet. Fra dansk udbudspraksis kan der henvises til Klagenævnets kendelse af 23. januar 1996, Praktiserende Arkitekters Råd mod Glostrup Kommune, hvor kommunen havde angivet 10 delkriterier i udbudsmaterialet, men desuden havde anvendt et ulovligt 11. kriterium, hvor der lagdes vægt på, om tilbudsgiveren havde særlige relationer til Glostrup Kommune.

Det ses desuden hyppigt i praksis, at en ordregiver har opfyldt sin forpligtelse til at bekendtgøre tildelingskriteriet, men at et eller flere af de angivne tildelingskriterier ikke lovligt kan anvendes i tildelingsfasen. Dette vil f.eks. være tilfældet, hvis ordregiveren har angivet et delkriterium, der efter sin karakter er et udvælgelseskriterium, og dermed har sammenblandet

⁶¹ Se C-532/06, Lianakis om underkriterier til delkriterierne i det økonomisk mest fordelagtige bud.

⁶² Se Klagenævnets kendelser af 22. juni 1995, Kommunernes gensidige Forsikringsselskab mod Boligselskabet VIBO og Assurandør Gruppen København I/S og af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz mod Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet. Situationen har endvidere været behandlet i en af de få engelske udbudssager i R. v. Portsmouth City Council mod P. Bonaco Builders, der efterfølgende blev appelleret til Court of Appeal, hvis afgørelse i R.v. Portsmouth City Council mod P. Peter Coles, Colwick Builders Limited samt George Austin Limited endelig afgjorde sagen.

⁶³ C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Saml. 1996 I s. 2043 (præmis 74).

udvælgelsesfasen med tildelingsfasen, hvilket er et almindeligt forekommende problem som fremhævet tidligere i afsnit 4.2.3 om kvalifikation.

En anden mulighed er, at ordregiveren har angivet et delkriterium, der under ingen omstændigheder kan tages i betragtning ved hverken tildelingen eller udvælgelsen, hvilket eksempelvis er tilfældet, hvis ordregiveren giver præference til virksomheder med lokal tilknytning eller i det hele har anvendt et alternativt tildelingskriterium.⁶⁴

Endelig fremgår det af Klagenævnets kendelse af 10. februar 1997, Dafeta Trans ApS mod Lynettefællesskabet I/S, at det var eller i hvert fald har været almindelig dansk udbudspraksis⁶⁵ at anføre delkriterierne i det økonomisk mest fordelagtige bud i *uprioriteret* rækkefølge uanset de *dagældende* udbudsdirektivs krav om, at ordregiveren så vidt muligt skulle angive delkriterierne i prioriteret rækkefølge. I den pågældende sag ønskede kun ét af Klagenævnets medlemmer ex officio at påtale, at delkriterierne var anført uprioriteret uden saglig begrundelse. Klagenævnet tog dog senere afstand fra dansk udbudspraksis i relation til dette spørgsmål i kendelsen af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium, hvor Nævnet klargjorde, at en ordregiver har pligt til sagligt at vurdere, om det er muligt at opstille tildelingskriterierne i prioriteret rækkefølge.

4.2.5. Tidsfrister

⁶⁴ Se til eksempel C-274/83, Kommissionen mod Italien, Saml. 1985 s. 1077 hvor en italiensk lov ud over tildelingskriterierne laveste pris og det økonomisk mest fordelagtige tilbud tillod anvendelsen af et kriterium om tildeling af kontrakten til den tilbudsgiver, hvis tilbudspris svarede til gennemsnittet eller kom dette nærmest. EF-domstolen fastslog, at loven stred mod udbudsreglerne. Et eksempel fra praksis fra Klagenævnet for Udbud er kendelse af 22. maj 1997, Højgaard & Schultz mod Hundested Almennyttige Boligselskab, hvor klagenævnet ex officio tog stilling til ordregiverens angivelse af ulovlige tildelingskriterier i udbudsmaterialet.

⁶⁵ Dette fremgår af nævnsmedlem Viggo Olesens udtalelse i kendelsen.

Udbudsdirektiverne indeholder en række forskellige tidsfrister, der skal overholdes i forbindelse med afviklingen af udbudsproceduren. Direktiverne foreskriver, at potentielle tilbudsgivere skal have et vist tidsrum til at anmode om at blive prækvalificeret eller til at afgive tilbud,⁶⁶ og disse minimumsfrister er indsat for at sikre, at kredsen af potentielle tilbudsgivere får en reel mulighed for at deltage i udbudsproceduren. En kort tidsfrist kan vanskeliggøre eller umuliggøre en potentiel tilbudsgivers deltagelse, og en sådan tidsfrist vil typisk ramme virksomheder fra andre medlemsstater hårdere end virksomheder fra ordregiverens egen medlemsstat på grund af en række forhold. Eksempelvis vil fremsendelsen af det supplerende udbudsmateriale fra ordregiveren til udenlandske virksomheder være mere tidskrævende, og det samme forhold kan gøre sig gældende ved fremsendelsen af ansøgningen om prækvalifikation eller fremsendelsen af tilbudet. Tilsvarende forøges tidsforbruget for den udenlandske virksomhed p.g.a. behovet for oversættelse af udbudsmaterialet og behovet for oversættelse af virksomhedens anmodning om prækvalifikation eller tilbud.

Der er har været en klar tendens hos ordregiverne til at overtræde de ovennævnte bestemmelser om tidsfrister, hvilket er blevet fremhævet af Kommissionen.⁶⁷ Kommissionen anførte, at det er forholdsvis hyppigt forekommende, at ordregiverne fastsætter frister for deltagelse i udbudsprocedurene, som er kortere end de minimumsfrister, der er fastsat i direktiverne, hvilket er i klar modstrid med de gældende regler og kan have til følge, at konkurrencen påvirkes væsentligt og eller at konkurrencen om den offentlige kontrakt reelt udelukkes. Tilsvarende har Kommissionen på baggrund af en undersøgelse antaget, at ordregiverne hyppigt overtræder fristreglerne ved uberettiget brug af den såkaldte hasteprocedure, hvor fristerne for modtagelse af anmodninger om deltagelse og modtagelse af bud er væsentligt forkortede. Direktiverne for de klassiske sektorer gav kun mulighed for at anvende hasteproceduren i undtagelsestilfælde,⁶⁸ men undersøgelsen afdækkede, at en stor del af de kontrakter, der blev indgået efter tjenesteydelsesdirektivet, blev indgået efter hasteproceduren.

Direktiverne indeholder desuden forskellige maksimumsfrister. Ved offentligt udbud skal ordregiveren som hovedregel fremsende udbudsbetingelserne og det supplerende materiale senest 6 dage efter

⁶⁶ Se eksempelvis udbudsdirektivets artikel 38.

⁶⁷ Kommissionens Grønbog, Offentlige Indkøb i EU, KOM (96)583. 27. november 1996 s. 11-12.

⁶⁸ Se eksempelvis artikel 12 i vareindkøbsdirektivet.

modtagelsen af anmodningen herom, forudsat at anmodningen er fremsat rettidigt. Tilsvarende skal ordregiveren som hovedregel meddele supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne senest 6 dage før tilbudsfristens udløb, forudsat at anmodning om yderligere oplysninger er fremsat i tide, jf. udbudsdirektivets artikel 39.

5. National håndhævelse af udbudsreglerne

Det er udgangspunktet, at proces- og sanktioneringsspørgsmål henhører under national ret,⁶⁹ men udbudsområdet udmærker sig ved, at de generelle krav til medlemsstaternes håndhævelse af EU-retten suppleres ved de to såkaldte kontroldirektiver, der som tidligere nævnt⁷⁰ for nylig har været under revision. Nedenstående tager udgangspunkt i de gældende regler og afrundes med enkelte bemærkninger om den seneste revision af direktiverne.

Disse direktiver blev udstedt, efter at Kommissionen i forbindelse med den grundlæggende revision af EU's udbudsdirektiver fra 1985 og fremefter havde erkendt, at særlige tiltag var nødvendige for at sikre hurtig og effektiv håndhævelse af de materielle udbudsregler i EU's udbudsdirektiver. Det skal her blot fremhæves, at Kommissionens oprindelige forslag var langt mere vidtgående end de forslag, der omsider blev vedtaget af Rådet. Det blev bl.a. foreslået, men ikke vedtaget, at Kommissionen skulle være beføjet til at sanktionere overtrædelser af udbudsreglerne med pålæggelse af bøder.⁷¹

Kontroldirektivet 89/665 vedrører håndhævelsen af udbudsdirektivet, men direktiv 92/13 relaterer sig til forsyningsvirksomhedsdirektivet, og sidstnævnte direktiv blev udstedt i forbindelse med, at udbudsreglerne i 1992 blev udstrakt til forsyningssektoren.

Kontroldirektiverne har navnlig til formål at sikre,⁷² at der i medlemsstaterne findes klageinstanser, der som minimum har beføjelse til 1) at træffe

⁶⁹ Se Erik Werlauff, Fælleseuropæisk Procesret. Europaretlige krav til dansk retspleje, 1997 for en overordnet behandling af dette emne. Werlauff påviser, at udviklingen bevæger sig bort fra det oprindelige udgangspunkt, og at EU-retten i stigende grad stiller særlige krav i relation til proces- og sanktioneringsregler.

⁷⁰ Jf. afsnit 4 fodnote 32.

⁷¹ Forhistorien til kontroldirektiverne omtales indgående i J.M. Fernández Martín, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*. Se desuden omtalen af direktiv 92/13 i *Public Procurement Law Review* 1992 s. 259 ff. af Laurence Gormley, der medvirkede ved udarbejdelsen af direktivet som ansat i Kommissionen.

⁷² Jf. præamblerne i kontroldirektiverne. Se direktiv 89/665 betragtning 5 og 6.

midlertidige foranstaltninger, så de kan afbryde en udbudsprocedure eller stille gennemførelsen af beslutninger, som måtte være truffet af ordregiveren i bero, 2) at annullere ulovlige beslutninger og 3) at yde erstatning til virksomheder, der har lidt skade på grund af en overtrædelse.

De fleste medlemsstater har betroet håndhævelsen af udbudsreglerne til det etablerede domstolssystem, mens en række medlemsstater herunder, Danmark, Tyskland og Østrig, har etableret særlige klagenævn til behandling af sager om overtrædelse af EU's udbudsregler. Sidstnævnte gælder i øvrigt også Norge, der følger EU's udbudsregler som konsekvens af EØS-aftalen.

Inkorporeringen af kontroldirektiverne var i sin tid forsinket eller mangelfuld i flere tilfælde, og Grækenland, Belgien og Spanien ønskede ikke at introducere en gennemførelseslovgivning, hvilket blev støttet på en påstand om, at kontroldirektivernes krav allerede fulgte af gældende ret i de respektive medlemsstater. EF-domstolen konstaterede i sagen C-236/95, Kommissionen mod Grækenland, at Grækenlands undladelse var i strid med EU-retten. Tysklands gennemførelseslovgivning i relation til kontroldirektiverne har været mangelfuld, og i konsekvens heraf blev denne lovgivning revideret på grundlæggende vis.⁷³

For nylig er kontroldirektiverne blevet ændret ved Direktiv 2007/66, der skal implementeres i national ret senest 20. december 2009. En af de vigtigste ændringer er, at der i ændringsdirektivet lægges op til, at visse overtrædelser kan føre til at indgået kontrakt bliver uden virkning, jf. artikel 2 d. Det drejer sig om overtrædelser af de såkaldte standstill-bestemmelser⁷⁴ og de tilfælde, hvor kontrakten er blevet indgået ulovligt uden forudgående udbud. Sidstnævnte overtrædelse er i princippet den mest alvorlige overtrædelse af EU's udbudsregler. Denne udvikling skal ses i sammenhæng med, at det for nylig er blevet fastslået, at en konsekvens af en overtrædelse af EU's udbudsregler kan være, at en ordregiver har pligt til at afvikle den indgåede kontrakt, jf. C-503/04, Kommissionen mod Tyskland. I den pågældende sag var overtrædelsen blevet fastslået af EF-domstolen ved et traktatbrudssøgsmål anlagt i medfør af Traktatens artikel 226. Det må antages, at også overtrædelser af udbudsreglerne fastslået ved nationale

⁷³ Se bl.a. Andrés Martin-Ehlers, *Europarecht*, 1998 s. 648 ff. og Jochem Gröning, ZIP nr. 5 s. 181 ff. om det ændrede kontrolsystem i Tyskland.

⁷⁴ Standstill-bestemmelserne er ligeledes også indført ved ændringsdirektivet, men dog baseret på forugående praksis fra EF-domstolen i navnlig C-81/98, Alcatel. Se nærmere om sagen Ruth Nielsen, *Udbud af offentlige kontrakter*, 2005 s. 334 ff. Vigtigst er standstill-bestemmelsen i artikel 2 a hvorefter kontraktindgåelsen efter beslutningen om tildelingen af en kontrakt tidligst kan finde sted efter 10 dage fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet afsendt.

domstole og klagenævn kan indebære, at ordregiver har pligt til at afvikle kontrakten.⁷⁵ Spørgsmålet er imidlertid ikke endeligt afklaret, men der verserer flere retssager om spørgsmålet.⁷⁶

⁷⁵ Se Steen Treumer, "Towards an Obligation to Terminate Contracts Concluded in Breach of the EC Public Procurement Rules: the end of the Status of Concluded Public Contracts as Sacred Cows", Public Procurement Law Review 2007 nr. 6, s. 371 ff. med henvisninger. Klagenævnet for Udbud anlagde en anden fortolkning i kendelsen af 3. maj 2005, Taxi Stig mod Vestsjællands Amt (påanket til Østre Landsret). Denne sag er imidlertid afsagt før EF-domstolens afgørelse i C-503/04, Kommissionen mod Tyskland.

⁷⁶ En tysk præjudiciel forelæggelse og 2 sager ved Østre Landsret, der er udløbere af klagesager indbragt for Klagenævnet for Udbud.

5.1 Det danske kontrolsystem

I Danmark er kontroldirektiverne blevet gennemført ved lov om Klagenævnet for Udbud (herefter klagenævnsloven)⁷⁷ og bekendtgørelsen om Klagenævnet for Udbud (herefter klagenævnsbekendtgørelsen).

Det danske kontrolsystem på udbudsområdet er et af de mest effektive i EU, der sikrer en hurtig og billig adgang for de berørte virksomheder til at påtale overtrædelser af EU's udbudsregler, og retsbeskyttelsen af tilbudsgiverne er forbedret på adskillige punkter i forhold til kontroldirektivernes mindstekrav. Dette gælder bl.a. i forhold til de favorable bestemmelser om sagsomkostninger⁷⁸ og udvidelsen af kredsene af de klageberettigede til at omfatte en lang række udvalgte organisationer og myndigheder⁷⁹. På tilsvarende vis er der adgang til at tillægge en klage opsættende virkning, selv hvor der er indgået kontrakt, samt adgang til annullation af ordregiverens beslutning om indgåelse af kontrakt. Dette forhold har bl.a. resulteret i, at Danmark er blandt de medlemsstater, hvor der har verseret flest udbudsvister ved de relevante kontrolorganer, og sagsantallet er højt sammenlignet med antallet af sager i flere større medlemsstater.⁸⁰

Klagenævnet for Udbud er den vigtigste kontrolinstans på udbudsområdet i Danmark. Professor, dr.jur. Jens Fejø, Juridisk Institut, CBS har været sagkyndigt medlem af Klagenævnet siden dets etablering. Klagenævnet for udbud kan konstatere overtrædelser af EU's udbudsregler, give pålæg om

⁷⁷ Lov nr. 414 af 31. maj 2000 med efterfølgende ændringer.

⁷⁸ Klager har den fordel, at Nævnet kan pålægge ordregiveren at godtgøre klagerens sagsomkostninger, og Nævnet har ikke kompetence til at pålægge klageren at godtgøre ordregiverens sagsomkostninger.

⁷⁹ Klage kan indgives af enhver, der har retlig interesse heri, samt af en række *danske* organisationer og offentlige myndigheder, der er tilladt klageadgang af erhvervsministeren. Det er uheldigt, at tilsvarende udenlandske organisationer og myndigheder ikke er tillagt klageadgang, da dette er nationalitetsdiskriminerende og hovedformålet med EU's udbudsregler er, at fremme grænseoverskridende tilbudsgivning og et indre marked for offentlige kontrakter.

⁸⁰ Jf. Adrian Brown, *Public Procurement Law Review* 1998 s. 89 ff. Brown arbejder for advokatkontoret Herbert Smith, der i 1996 på vegne af Kommissionen koordinerede en komparativ undersøgelse af kontrolreglerne i samtlige 15 medlemsstater, der tillige omhandlede rets- og klagenævnspraksis i medlemsstaterne.

lovliggørelse af udbudsproceduren, give opsættende virkning og tildele erstatning for overtrædelse af EU's udbudsregler. Navnlig sidstnævnte kompetence, der blev tillagt Klagenævnet flere år efter dets etablering, har styrket interessen for at anvende Klagenævnet for Udbud. Der er i indtil flere sager tildelt erstatning, herunder for den positive opfyldelsesinteresse.

Klagenævnet er en forvaltningsmyndighed, der særligt behandler spørgsmålet om overtrædelse og sanktionering af et regelsæt, der hidrører fra EU, hvilket rejser spørgsmålet om, hvorvidt Nævnet er kompetent til at forelægge præjudicielle søgsmål for EF-domstolen i medfør af Traktatens artikel 234 (tidligere artikel 177). Ved kendelse af 15. juli 1998, besluttede Klagenævnet for Udbud at forelægge præjudicielle søgsmål i relation til kendelsen af 22. januar 1998, Unitron Scandinavia A/S m.fl. mod Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri. EF-domstolen bekræftede, at Klagenævnet for Udbud er kompetent til at forelægge præjudicielle søgsmål, jf. C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, afgørelse af 18. november 1999. EF-domstolen synes at have anset dette forhold for oplagt, hvilket fremgår af Domstolens lakoniske stillingtagen til spørgsmålet i præmis 15.⁹⁵

Konkurrencestyrelsen indtager ligeledes en vigtig rolle i håndhævelsessystemet, men har ikke selvstændig kompetence til at træffe egentlige afgørelser i klagesager. Konkurrencestyrelsen har siden 1. februar 1996 haft til opgave at identificere formodede overtrædelser af EU's udbudsregler samt at behandle klager over påståede overtrædelser. Konkurrencestyrelsen har ikke kompetence til at træffe afgørelse i disse sager, men kan indbringe sagen for Klagenævnet for Udbud, hvis en ordregiver har overtrådt udbudsreglerne og ikke efterkommer Konkurrencestyrelsens henstillinger. Styrelsen har kun undtagelsesvis indleveret en klage til Nævnet. Enhver kan klage, hvilket er en væsentlig forskel fra sagsbehandlingen ved Klagenævnet, der forudsætter, at klagen er indleveret af part med retlig interesse eller en organisation eller myndighed tillagt klageadgang.

Når Konkurrencestyrelsen finder klagen velbegrundet, retter Sptyrelsen henvendelse til den pågældende ordregiver, der anmodes om at redegøre for

⁹⁵ Sml. med EF-domstolens afgørelse i C-54/96, Dorsch, Saml. 1997 I s. 4961, hvor EF-domstolen anlagde en særdeles bred fortolkning af domstolsbegrebet i Traktatens artikel 234 i relation til de tyske tilsynsmyndigheder på udbudsområdet. EF-domstolen fandt, at tilsynsmyndighederne var forelæggelsesberettigede, til trods for, at Kommissionen bestred dette under henvisning til, at flere af betingelserne herfor ikke var opfyldt, og til trods for, at dette synspunkt blev delt af flere i tysk teori. Se Hans Joachim Prieß, *Public Procurement Law Review* 1996 CS 51 og Arnold Boesen s. 54 i Laurence Gormley (ed.), *Gordian Knots in European Public Procurement Law*, 1997.

sin opfattelse af sagen inden for en kortere tidsramme. Klageren har mulighed for at opretholde anonymitet i forhold til ordregiveren, hvilket er væsentligt af hensyn til potentielle klageres frygt for blacklisting. Virksomheder, der deltager i udbudsproceduren, har ofte i praksis store betænkeligheder ved at påklage ordregiverens eventuelle overtrædelser af udbudsreglerne, da virksomhederne frygter, at klagen vil medføre gengældelsesforanstaltninger, ved at ordregiveren bevidst og på usagligt grundlag vil lade den klagende virksomhed ude af betragtning som medkontrahent i den aktuelle og i fremtidige udbudsprocedurer.

På baggrund af de indkomne oplysninger, og i mange tilfælde efter at have afholdt møde med ordregiveren, orienterer Styrelsen ordregiveren om sin opfattelse af retsstillingen og om, hvordan udbudet eventuelt kan lovliggøres. I langt de fleste tilfælde efterkommer ordregiveren Konkurrencestyrelsens henstillinger.

En forurettiget part kan i stedet vælge at indbringe sagen for de ordinære domstole, der tidligere havde eksklusiv kompetence til at tilkende erstatninger for overtrædelser af udbudsreglerne. Det fremgår af forarbejderne til Klagenævnsloven fra 1991, at domstolene fandtes mindre velegnede til at udfylde behovet for en kontrolinstans, der hurtigt traf såvel midlertidige som endelige beslutninger, hvilket særligt var baggrunden for oprettelsen af Klagenævnet. Da forudsætningerne for denne vurdering ikke har ændret sig afgørende siden oprettelsen af Klagenævnet, er det ikke overraskende, at der kun er et fåtal af sager, hvor en udbudssag er indbragt direkte for domstolene, dvs. uden først at have været behandlet ved Klagenævnet for Udbud. Et begrænset antal af Klagenævnets kendelser er blevet indbragt for domstolene, der dog i flere sager har anlagt en anden fortolkning af udbudsreglerne end Klagenævnet. Typisk har domstolene været mere tilbageholdende med at fravige det traditionelle udgangspunkt efter dansk ret. Denne tendens har f.eks. klart gjort sig gældende i forhold til de udbudsretlige erstatningssøgsmål.