

RUTH NIELSEN

Udbud af offentlige kontrakter

4. udgave

JURIST- OG ØKONOMFORBUNDETS FORLAG

Udbud af Offentlige Kontrakter

Denne å[* er omfattet af lov om ophavsret.

Uanset evt. aftale med Copy-Dan er det ikke tilladt at kopiere eller indscanne siden til undervisningsbrug eller erhvervsmæssig brug.

Bogen er udgivet af Djøf Forlag (www.djoef-forlag.dk)

Ruth Nielsen

Udbud af Offentlige Kontrakter

4. reviderede udgave



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2010

Denne å[* er omfattet af lov om ophavsret.

Uanset evt. aftale med Copy-Dan er det ikke tilladt at kopiere eller indscanne siden til undervisningsbrug eller erhvervsmæssig brug.

Bogen er udgivet af Djøf Forlag (www.djoef-forlag.dk)

Ruth Nielsen
Udbud af Offentlige Kontrakter

4. reviderede udgave, 1. oplag

© 2010 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Bo Helsted
Tryk: Scandinavian Book, Århus

Printed in Denmark 2010
ISBN 978-87-574-2072-2

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Lyngbyvej 17
Postboks 2702
2100 København Ø

Telefon: 39 13 55 00
Telefax: 39 13 55 55
e-mail: forlag@djoef.dk
www.djoef-forlag.dk

Denne å[* er omfattet af lov om ophavsret.

Uanset evt. aftale med Copy-Dan er det ikke tilladt at kopiere eller indscanne siden til undervisningsbrug eller erhvervsmæssig brug.

Bogen er udgivet af Djøf Forlag (www.djoef-forlag.dk)

Indholdsfortegnelse

Forord	17
---------------------	-----------

Kapitel 1. Emne, problemer og retskilder

1. Emne	19
1.1. De retlige rammer	21
1.2. Hovedspørgsmål og -synsvinkler	22
1.2.1. Retsdogmatisk fortolkning	23
1.2.2. Gråzone mellem offentlig ret og privatret	24
1.2.3. Social markedsøkonomisk ramme	26
1.3. Udbudsprocessen	27
1.4. Offentlige kontrakter om andet end anskaffelser	29
2. EU-regler	30
2.1. Primærretten: Traktaterne, Chartret om grundlæggende rettigheder og almindelige EU-retlige principper	30
2.1.1. EU-Traktaten og EUF-Traktaten	32
2.1.2. Almindelige EU-retlige principper og grundlæggende rettigheder	33
2.2. Sekundærregulering (forordninger, direktiver, afgørelser)	35
2.2.1. Udbudsdirektivet fra 2004	36
2.2.2. Forsyningssvirksomhedsdirektivet	39
2.2.3. Kontroldirektiverne	40
2.2.4. Den historiske baggrund	40
2.2.5. Andre direktiver	42
2.3. EU-Domstolens praksis	43
2.4. Ikke-bindende retsakter. Soft law	45
2.5. EU-rettens forrang, direkte virkning og pligt til EU-konform fortolkning	46
2.5.1. Forholdet til folkeretten	46
2.5.2. Forholdet til national ret	47
3. Folkeret/Government procurement Agreement (GPA)	48
3.1. GPA	50
3.2. Implementering af GPA i EU	51

Indholdsfortegnelse

4. Danske retskilder	53
4.1. Implementering af EU-reglerne om udbud	54
4.1.1. Lovgivning i snæver forstand	54
4.1.2. Bekendtgørelsen om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter	56
4.2. Retspraksis	58
4.2.1. Domspraksis	58
4.2.2. Praksis fra Klagenævnet for Udbud	59
4.2.3. Kontraktpraksis. Agreed documents	59
4.3. Almindelige retsprincipper og forholdets natur	59
4.4. Samspillet mellem privatret og offentlig ret	61
4.4.1. Fragmenteret, blandet privatretlig og offentligretlig model	61
4.4.2. Generelt om sondringen mellem offentlig og privatret	61
4.4.3. Forholdet til aftaleloven	63
4.4.4. Forholdet til forvaltningslovsgivningen	65

Kapitel. 2. Almindelige principper

1. Offentlige kontrakter skal indgås med respekt af visse almindelige principper	67
2. Fri bevægelighed og offentlige kontrakter	69
2.1. Hvem er bundet af fri bevægeligheds-reglerne?	69
2.2. Varernes fri bevægelighed	70
2.2.1. Art. 34 TEUF	70
2.2.2. Gensidig anerkendelse	72
2.2.3. Art. 36 TEUF og Cassis de Dijon-doktrinen	72
2.3. Etableringsretten	74
2.4. Fri udveksling af tjenesteydelser	75
2.5. Direkte diskrimination	75
2.6. Indirekte diskrimination	76
2.7. Undtagelse vedrørende myndighedsudøvelse	77
2.8. Indlændingdiskrimination	78
2.9. Diskriminationsforbuddet i GPA	79
3. Ligebehandlingsprincippet	81
3.1. Det primærretlige ligebehandlingsprincip	81
3.2. Udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip	86
3.2.1. EU-Domstolens praksis	87
3.2.2. Praksis fra Klagenævnet for Udbud	88
4. Forhandlingsforbud	89

5.	Habilitetsspørgsmål. Teknisk dialog	92
5.1.	Rådgiverinhabilitet	92
5.1.1.	Tilpasningen af udbudsdirektiverne til GPA i 1997-98	93
5.1.2.	EU-Domstolens praksis	94
5.1.3.	Klagenævnet for Udbuds praksis	94
5.2.	Tilbudsgiverinhabilitet	96
6.	Gennemsigtighedsprincippet	96
6.1.	Gennemsigtighedsprincippet som grundprincip i udbudsdirektiverne	97
6.2.	Uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde	97
6.3.	Klagenævnet for Udbuds praksis	100
7.	Proportionalitetsprincippet	101
8.	Gensidig anerkendelse	102
9.	Princippet om effektiv judiciel beskyttelse	103
10.	Ordregivers tilbagekaldelse (annulation) af udbuddet	105

Kapitel 3. Ordregivere

1.	Emne og problemstilling	109
2.	Ordregivende myndigheder	110
3.	Staten, regioner og kommuner og sammenslutninger heraf	111
3.1.	Funktionel afgrænsning af begreberne stat mv.	111
3.2.	Stat, kommuner mv. er ordregivende myndigheder også, når de indgår kontrakter, der ikke opfylder almenhedens behov	112
3.3.	Fælleskommunale selskaber	113
4.	Offentligretlige organer	115
4.1.	Tre kumulative betingelser	115
4.2.	Udbudsdirektivets definition	115
4.3.	EU-retligt begreb	117
4.4.	Almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter	117
4.5.	Juridisk person	121
4.6.	Nært knyttet til staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer	121
4.6.1.	Offentlig finansiering	122
4.6.2.	Offentlig kontrol	122
4.6.3.	Det offentlige udpeger mindst halvdelen af ledelsen	124
4.7.	Skal et offentligretligt organ have offentligretlig hjemmel? ..	124
5.	Forsyningssvirksomheder	125

Indholdsfortegnelse

6.	Indkøbscentraler	127
6.1.	Valgfrit for medlemslandene. Danmark har valgt at reglerne om indkøbscentraler gælder i dansk ret	127
6.2.	Definition	127
6.3.	Brug af en indkøbscentral fritager en ordregiver fra udbudspligt, hvis indkøbscentralen overholder udbudsreglerne	128
7.	Private ordregivere	128
7.1.	Koncessionshavere som opdragsgivere	128
7.2.	Private ordregivere, der modtager offentlige tilskud	128
7.3.	Andre private ordregivere	129
8.	Overdragelse af en kontrakt, der er indgået af en ordregiver, til en privat aktør	130
9.	Hvilke ordregivere er forpligtet af EUF-Traktaten og almindelige EU-retlige principper?	130
10.	Tilbudsloven	133
11.	Økonomiske aktører (tilbudsgivere og ansøgere)	134

Kapitel 4. Udbudsprocedurer

1.	Emne og problemstilling	137
2.	Udbudsformer	138
2.1.	Generelt om valg af udbudsform	138
2.2.	Offentligt udbud	140
2.3.	Begrænset udbud	142
2.4.	Konkurrencepræget dialog	144
2.4.1.	Valgfrit for medlemslandene	144
2.4.2.	Definition. Hvornår kan konkurrencepræget dialog anvendes?	145
2.4.3.	Udbudsbekendtgørelse	146
2.4.4.	Dialogfase	146
2.4.5.	Tilbudsfasen	147
2.4.6.	Tildeling. Økonomisk mest fordelagtige bud	147
2.4.7.	Betaling	148
2.5.	Udbud med forhandling	148
2.5.1.	Udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse	148
2.5.2.	Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse	150
2.6.	Projektkonkurrence	153

3.	Offentliggørelse af bekendtgørelser	154
3.1.	Vejledende forhåndsmeddelelser eller køberprofil på internettet	154
3.2.	Udbudsbekendtgørelse med henblik på at indgå en offentlig kontrakt eller en rammeaftale	155
4.	Udbudsbetingelserne og -materialet i øvrigt	157
4.1.	Beskrivelse af den ønskede anskaffelse: Tekniske specifikationer. Funktionsudbud	158
4.2.	Kontraktens indhold	160
4.3.	Information om relevante forpligtelser vedrørende skatter, miljø og arbejdsmiljø	160
4.4.	Alternative tilbud	161
4.5.	Oplysninger om underentreprise	161
5.	Frister mv.	161
5.1.	Hasteprocedure	162
5.2.	Vedstællesesfrist	162
6.	Spørgsmål til tilbudsgivere og udbydere	162
6.1.	Præsentation af tilbudsgivere	163
6.2.	Åbning af tilbud	164
7.	Formkrav. CPV nomenklaturen	164
8.	Sagsbehandlingsregler	165
8.1.	Begrundelsespligt	165
8.2.	Rapporteringspligt	166
8.3.	Aktindsigt	166
8.4.	Fortrolighed	168

Kapitel 5. Udbudspligtige kontrakter

1.	Indledning	169
2.	Begrebet offentlig kontrakt	169
2.1.	Gensidigt bebyrdende aftale	169
2.2.	Gaver og sponsoraftaler	170
2.3.	Skriftligt	170
2.4.	Privatretlige contra offentligretlige kontrakter	171
2.5.	Anskaffelser (køb mv.) contra salg og lignende	171
2.6.	Underentreprise	172
3.	Ydelser: Bygge- og anlægsarbejde, vareindkøb eller tjenesteydelser	172
3.1.	Offentlige bygge- og anlægskontrakter	172
3.1.1.	Totalentreprise	174
3.1.2.	Køb eller leje af fast ejendom	174

Indholdsfortegnelse

3.1.3. Finansiering af bygge- og anlægskontrakter ved Sale and Lease Back	175
3.1.4. Kontrakter mellem to ordregivere	177
3.2. Offentlige indkøbsaftaler	177
3.3. Offentlige tjenesteydelsesaftaler	178
3.4. Blandede kontrakter	179
4. Kontraktens værdi	180
4.1. Tærskelværdier	180
4.2. Beregning af kontrakters værdi	181
4.2.1. Delkontrakter	181
4.2.2. Successive kontrakter	183
4.2.3. Tidsbegrænsede og langvarige kontrakter	183
5. Kontraktens varighed: tidsbegrænsede kontrakter, meget langvarige kontrakter	183
6. Ændringer i en eksisterende kontrakt eller indgåelse af ny kontrakt	187
7. Rammeaftaler	189
7.1. Baggrund	189
7.2. Generelt om reglerne om rammeaftaler i udbudsdirektivet 2004	191
7.3. Definition af en rammeaftale i udbudsdirektivet 2004	192
7.4. Ikke krav om gensidigt bebyrdende	192
7.5. Hvor mange parter?	193
7.6. Hvilke ydelser?	193
7.7. Beregning af værdien af en rammeaftale	193
7.8. Varighed af rammeaftaler	193
7.9. Udbudsprocedure ved indgåelse af rammeaftaler	194
7.10. Tildeling af kontrakter inden for en rammeaftale	194
7.10.1. Rammeaftaler med én (og kun en) økonomisk aktør	194
7.10.2. Rammeaftaler med flere økonomiske aktører	194
7.10.3. Fornyet konkurrence inden for rammeaftalen	195
7.11. Ændring af vilkår i rammeaftalen. Hvor fleksibel kan en rammeaftale være?	195
7.11.1. Meget upræcise vilkår i rammeaftalen	196
7.11.2. Prisændringer	196
8. Situationer, der er undtaget fra direktiverne	197
8.1. De i udbudsdirektiverne nævnte undtagelser	197
8.2. Kollektive overenskomster	199

Kapitel 6. Koncession, in-house, OPP og lignende

1.	Indledning	203
2.	Koncessioner	204
2.1.	Definitioner og EU-regulering	204
2.2.	Koncessioner vedrørende bygge og anlæg	205
2.3.	Tjenesteydelseskoncessioner	207
2.3.1.	Det »gamle« tjenesteydelsesdirektiv	207
2.3.2.	Udbudsdirektivet fra 2004	208
2.3.3.	EU-Domstolens praksis. Almindelige EU-primærretlige principper. Krav til offentliggørelse ...	208
2.3.4.	Generelt om danske regler og praksis	212
2.3.5.	Klagenævnets praksis	213
2.4.	Krav ved indgåelse af koncessioner	215
2.5.	Den igangværende debat om koncessionsaftaler mv.	216
3.	Udførelse af opgaver i eget regi (in-house)	216
3.1.	Valget mellem in-house og ex-house	217
3.2.	Grænsen mellem in-house og ex-house. Samme juridiske enhed eller flere juridiske enheder	217
3.3.	Ordregiveres præstation af ydelser for hinanden	217
3.3.1.	Staten	217
3.3.2.	Kommunerens udførelse af opgaver for hinanden	218
3.4.	Kommunale fællesskaber efter Kommunestyrelsесlovens § 60	218
3.5.	Udbudsdirektivets art. 18	219
3.6.	Koncern forbundne forsyningsvirksomheder	219
3.7.	EU-Domstolens praksis om in-house-problematikken	220
3.7.1.	Teckal-sagen	220
3.7.2.	Stadt Halle-sagen	221
3.7.3.	CoNaMe-sagen	224
3.7.4.	Parking Brixen	224
3.7.5.	Hamburg-sagen	225
3.7.6.	Andre sager	226
3.7.7.	Sammenfatning af EU-Domstolens in-house-praksis	228
3.8.	Klagenævnets praksis	229
4.	OPP (Offentlig Privat Partnerskab) og Samlet udbud	230
4.1.	Kontraktuelt OPP	231
4.1.1.	Skal udbudsdirektivet overholdes i forbindelse med en OPP-kontrakt, partnering-kontrakt eller lignende?	231
4.1.2.	Hvilken udbudsform kan bruges?	231

Indholdsfortegnelse

4.1.3. Partnering	231
4.2. Institutionelt OPP	233
4.2.1. Offentlige ordregiveres stiftelse af selskaber	233
4.2.2. Privatisering	233
4.3. Samlet udbud	235

Kapitel 7. Udlicingering

1. Indledning	237
2. Regelgrundlag	238
3. Organisering af offentlig virksomhed	240
3.1. EU-retlige krav om adskillelse af myndighedsfunktion og leverandørfunktion	240
3.2. Forvaltningsretlige aspekter	241
4. Udbud af statslige drifts- og anlægsopgaver	243
4.1. Hvad kan udliciteres?	243
4.2. Pligt til udbud	245
4.3. Kontrolbud og annullation af udbuddet	245
4.3.1. Hvad er et kontrolbud?	246
4.3.2. Tilbud fra virksomheder som ordregiveren ejer eller kontrollerer	247
4.3.3. Nærmere regler om kontrolbud efter udbudsirkulæret	247
4.3.4. Kontrolbud og gennemsigthedsprincippet	248
4.3.5. Ligebehandlingsprincippet, forhandlingsforbud, kontrolbud og udlicingering	248
4.3.6. Ordretildeling	249
4.4. Gennemførelse af statslig udlicingering	249
4.5. Udlicingering på skrømt	250
4.6. Privates udfordringsret (fra 1.1.2003-31.1.2010) og kommuner og offentlige institutioners udfordringsret overfor bureaukratiske regler	250
5. Kvalitetskontrakt, udbudsstrategi, udfordringsret, mv. i den kommunale sektor	251
5.1. Kvalitetskontrakter og udbudsstrategier	251
5.2. Udfordringsret for kommuner og regelforenkling	252
5.3. Gennemførelse af kommunale udbud. Kontrolbud	252
5.4. Frit leverandørvalg og udbud efter den sociale servicelov	253
6. Personalemæssige forhold i forbindelse med udlicingering	254
6.1. Virksomhedsoverdragelsesdirektivet	255
6.2. Udlicingering/contracting out	257

6.3.	Successive udbudsrunner	258
6.4.	Contracting in	260
6.5.	Udlån af tjenestemænd	260
6.6.	Regulering af tilbudspriser på. overtagelse af medarbejdere	262
Kapitel 8. Egnethedsvurdering og udvælgelse		
1.	Indledning	263
2.	Adskillelse mellem udvælgelse af tilbudsgivere og tildeling af kontrakt	266
3.	Udelukkelse af ansøgere og tilbudsgivere	268
3.1.	Ansøgerens eller tilbudsgiverens personlige forhold	268
3.1.1.	Obligatoriske udelukkelsesgrunde	269
3.1.2.	Fakultative udelukkelsesgrunde	271
3.2.	Udelukkelse af økonomiske aktører på. for nært forhold til det offentlige	274
3.3.	Er udelukkelsesgrundene ud��mmende angivet i udbudsdirektivet?	277
3.4.	Efterprøvning af retten til at udøve det pågældende erhverv .	280
4.	Finansiel og økonomisk formåen	281
4.1.	Bevismidler	281
4.2.	Andres økonomiske og finansielle formåen	282
5.	Teknisk og/eller faglig formåen	283
5.1.	Bevismidler	284
5.2.	Andres faglige og tekniske formåen	285
5.3.	Supplerende dokumenter og oplysninger	286
5.4.	Hidtidige erfaringer med en ansøger/tilbudsgiver	286
5.5.	Kvalitetssikring	287
6.	Udvælgelse af ansøgere ved begrænset udbud, udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog	287
6.1.	Begrænset antal udvalgte	288
6.2.	Udvælgelseskriterier og -metoder	289
6.2.1.	Forsyningssvirksomheder	289
6.2.2.	Almindelige principper	290
6.2.3.	Offentliggørelse af udvælgelseskriterier	290
6.2.4.	Skal de bedste ansøgere udvælges?	290
6.2.5.	Lodtrækning	291
6.3.	Meddelelse til ansøgere og tilbudsgivere	292
7.	Økonomiske aktører	292
7.1.	Krav om bestemt juridisk form	292
7.2.	Ændring i sammenslutninger af tilbudsgivere	293