

Introduktion til udbudsretten

1. Indledning

Hvert år indkøber det offentlige Danmark for knap 300 mia. kr.¹ Det svarer til f.eks. 14 storebæltsbroer eller 882 afholdte Eurovision-arrangementer (inkl. budgetoverskridelser). Det offentlige har brug for at foretage en lang række forskellige anskaffelser for at kunne varetage dets opgaver. Det drejer sig om alt fra opførelse af nye skoler og hospitaler til madservice og rengøring på f.eks. plejehjem og anskaffelser af it-systemer til f.eks. økonomistyring og meget mere.

På EU-plan er det anslået, at de offentlige myndigheder bruger ca. 18 % af EU's BNP på indkøb af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder.² Det er altså store beløb, det offentlige køber ind for årligt. Derfor er det også vigtigt, at skatteydernes penge forvaltes hensigtsmæssigt, og at det sikres, at det offentliges indkøb er så effektivt som muligt.

Udbudsreglerne regulerer det offentliges indkøb, når indkøbet foretages hos en ekstern part, og reglerne finder anvendelse på det offentliges køb af varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder af en vis værdi og under bestemte betingelser. Det er i den forbindelse væsentligt at bemærke, at udbudsreglerne alene handler om, *hvordan* der foretages offentlige anskaffelser, og altså ikke regulerer, *hvad* det offentlige anskaffer sig. Udbudsreglerne er

1. Rapport fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen »*Status for Offentlig Konkurrence 2014*«. I tallet er ikke medregnet køb af bygninger og faste ny investeringer til opførelse af nye bygninger og anlæg, transportmidler og maskiner mv., se rapporten s. 7. Medregnes disse indkøb, er der tale om offentlige indkøb af varer, tjenesteydelser og bygninger mv. for i alt 370 mia. kr. Det svarer til offentlige indkøb for ca. 1 mia. kr. om dagen.
2. Se Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv om offentlige indkøb, KOM(2011) 896 endelig, s. 2. (Herefter refereret til som Kommissionens forslag til 2014-udbudsdirektivet). Kommissionens forslag er bl.a. blevet diskuteret af forskellige forfattere i Grith Ølykke, Carina Risvig og Christina Tvarnø (red.) »*EU Procurement Directives: Modernization, Growth & Innovation*« Djøf Forlag 2012.

bl.a. med til at sikre, at der skabes gennemsigtighed om ordregiveres indkøb og teste, om offentlige opgaver løses bedst til prisen.

Udbudsreglerne består hovedsageligt af en række EU-retlige udbudsdirektiver, udbudsloven og tilbudsloven. Lige så vigtigt er dog, at udbudsreglerne suppleres af en række grundlæggende principper, herunder særligt principperne om gennemsigtighed og ligebehandling.

Dette kapitel behandler udbudsreglernes formål (afsnit 2), de udbudsretlige retskilder (afsnit 3) og de udbudsretlige principper (afsnit 4). Det er tanken med kapitlet, at det skal give en indledning til, hvad udbudsret er, samt en forståelse for baggrunden for de udbudsretlige problemstillinger, som bogen behandler.

1.1. Indledende bemærkninger om bogens struktur

Bogens struktur er, så vidt det har været muligt, opbygget efter, hvornår kapitlernes problemstillinger opstår i en udbudsproces. Lidt simplificeret vil bogen behandle følgende spørgsmål:

- Hvem der skal følge udbudsreglerne og hvornår (kapitel 1-10)
- Hvordan tilrettelægges et udbud (kapitel 11-17)
- Hvordan kan sekundære hensyn, som f.eks. miljø tages i betragtning (kapitel 18)
- Udbudsreglernes forhold til konkurrenceretten (kapitel 19)
- Hvornår må der foretages ændringer i en indgået kontrakt (kapitel 20)
- Hvor og hvordan kan der klages over udbud, og hvad kan der opnås aktindsigt i (kapitel 21-22).

Bogens del I omhandler *udbudsrettens formål og grundlæggende principper*, som består af kapitel 1, der giver en introduktion til udbudsretten og kapitel 2, der omhandler, hvem der er forpligtet til at følge udbudsreglerne.

Bogens del II omhandler *udbudsrettens kontrakter og undtagelser*. Denne del af bogen består af kapitel 3-10, der alle har til formål at redegøre for, hvornår en given kontrakt er omfattet – eller ikke omfattet – af udbudsreglerne. Det afgørende for, om udbudsreglerne finder anvendelse, er, at der er tale om en offentlig kontrakt (kapitel 3) med en værdi af en vis størrelse (kapitel 4). En række særlige typer af offentlige kontrakter gennemgås i særskilte kapitler (kapitel 5-7). Kapitel 5 omhandler rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer, mens kapitel 6 omhandler kontrakter, der er omfattet af lightregimet (udbudslovens afsnit III), og kapitel 7 omhandler kontrakter med en anslået værdi under EU's tærskelværdier (udbudslovens afsnit IV og V). En lang række kontrakter er dog også undtaget fra udbudsloven, f.eks. fordi de er

omfattet af andre regelsæt (kapitel 8), fordi det offentlige selv kan varetage en given opgave, omtalt som in-house (kapitel 9), eller fordi en bestemt anskaffelse er undtaget fra udbudsreglerne (kapitel 10).

Bogens del III omhandler *fremgangsmåderne ved tildeling af offentlige kontrakter*. Her er udgangspunktet for behandlingen af emnerne lagt efter faserne i udbudsprocessen. Kapitel 11 omhandler forberedelse af udbuddet, herunder ordregivers muligheder for at foretage markedsundersøgelser og indgå i dialog med markedet, samt den potentielle risiko for rådgiverinhabilitet, der kan opstå, når leverandører inddrages forud for udbudsprocessen. Kapitel 13 omhandler de forskellige udbudsprocedurer, som ordregiver kan benytte, herunder hvornår de enkelte udbudsprocedurer kan anvendes, og hvordan udbudsprocessen forløber. I udbudsprocessen offentliggøres en udbudsbekendtgørelse og udbudsmateriale. Disse emner er behandlet i kapitel 12. Kapitel 14 sætter fokus på virksomhedernes mulighed for at deltage i et udbud, herunder reglerne for, hvornår virksomheder skal og kan udelukkes, reglerne om egnethedskrav til virksomheder og reglerne om udvælgelse af virksomheder. Kapitel 15 redegør for kravene til tildeling af kontrakt, herunder hvilke kriterier der kan opstilles og evalueringsmetoder. Kapitel 16 redegør for ordregiverens mulighed for at indhente supplerende oplysninger hos tilbudsgiverne. Kapitel 17 omhandler kravene til underretning, begrundelse og standstill, der skal afgives, når udbuddet er afsluttet.

Bogens del IV omhandler *sekundære hensyn*. Udbudsreglerne regulerer, som anført ovenfor, ikke, hvad det offentlige køber, herunder om det offentlige skal købe bæredygtigt ind. Ordregivere vil derfor ikke altid have fokus på disse hensyn. I kapitel 18 ses der på hensyn som miljø og sociale hensyn, og hvordan ordregivere kan varetage disse hensyn, mens kapitel 19 gennemgår forskellige konkurrenceretlige problemstillinger, der kan være relevante i en udbudsproces.

Bogens del V omhandler *ændring af kontrakt* og har fokus på, hvilke muligheder der er for at foretage ændringer i en kontrakt, efter at kontrakten er indgået (kapitel 20).

Bogens del VI omhandler *håndhævelse og aktindsigt*. Kapitel 21 gennemgår reglerne om aktindsigt, mens kapitel 22 gennemgår reglerne om klage og håndhævelse af udbudsreglerne.

2. Udbudsreglernes formål

Udbudsretten bygger både på en EU-retlig del (Traktaterne og udbudsdirektiverne) og en national del (udbudsloven og tilbudsloven). Se nærmere om re-

gelsættet nedenfor under afsnit 3. De forskellige retskilder forfølger ikke nødvendigvis altid de samme formål. Man kan overordnet sige, at der er en række EU-retlige formål med udbudsreglerne (afsnit 2.1) og en række nationale formål (afsnit 2.2). De EU-retlige formål har første prioritet, da de nationale regler bygger på EU-retten, og dermed vil de nationale formål således kun være sekundære.

2.1. Udbudsreglernes (primære) EU-retlige formål

EU kan som bekendt vedtage foranstaltninger med henblik på oprettelse af det indre marked eller sikring af dets funktion.³ EU's udbudsdirektiver er netop vedtaget med hjemmel i de af Traktatens bestemmelser, der indebærer, at EU kan vedtage foranstaltninger med henblik på indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, der vedrører det indre markeds oprettelse og funktion.⁴ Udbudsreglerne skal derfor ses i det lys, at de har til formål at skabe (og sikre), at der findes et indre marked for offentlige kontrakter med fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser, etableringsretten mv.⁵

Udbudsdirektiverne fastlægger derfor en række regler for indgåelse af offentlige kontrakter med det mål at fremme konkurrencen om offentlige opgaver samt skabe lige adgang for virksomheder i hele EU til at få del i de offentlige kontrakter. Reglerne medvirker således til at sikre, at medlemsstater ikke favoriserer egne nationale virksomheder, men giver virksomheder i alle EU-medlemsstater lige adgang til offentlige kontrakter.

Om udbudsreglerne på EU-plan har EU-Domstolen udtalt, at udbudsdirektiverne først og fremmest har til formål at »... fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og varer og følgelig tilsigter at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde goder eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat«,⁶ og at »hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne

3. TEUF artikel 26, stk. 1.
4. Retsgrundlaget for EU's kompetence til at regulere på udbudsområdet findes i TEUF artikel 53, stk. 1, artikel 62 og artikel 114. Se også 2014-udbudsdirektivet. For uddybning af Traktatens bestemmelser om EU's kompetence og udbudsreglerne se Sue Arrowsmith »EU Public Procurement Law – An Introduction« s. 60-61, der kan findes på <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eu-publicprocurementlawintroduction.pdf> (sidst besøgt december 2015).
5. Om det indre marked angives i TEUF artikel 26, stk. 2, at »Det indre marked indebærer et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i traktaterne.«
6. Jf. C-237/99, *Kommissionen mod Frankrig*, pr. 41.