

EU's UDBUDSREGLER

– i dansk kontekst

2. udgave

GRITH SKOVGAARD ØLYKKE & RUTH NIELSEN



JURIST- OG
ØKONOMFORBUNDETS FORLAG

EU's udbudsregler – i dansk kontekst

Grith Skovgaard Ølykke & Ruth Nielsen

EU's udbudsregler – i dansk kontekst



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2017

Denne bog er omfattet af lov om ophavsret og må ikke videregives – herunder udlånes, sælges eller kopieres – i digital form.

Indholdet må alene anvendes af licensstager i henhold til de til enhver tid gældende licensbetingelser.

© Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Grith Skovgaard Ølykke & Ruth Nielsen
EU's udbudsregler – i dansk kontekst

2. udgave, 1. oplag

© 2017 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: Ida Skovgaard Kortsen
Tryk: Toptryk, Gråsten

Printed in Denmark 2017
ISBN 978-87-574-3767-6
ebog ISBN 978-87-7198-029-5

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

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

Indholdsfortegnelse

Forord	25
Kapitel 1. Emne, problemer og retskilder 27	
1. Emne og problemstillinger	27
1.1. Retsdogmatisk fortolkning	32
1.2. Gråzone mellem offentlig ret og privatret	33
1.3. Social markedsøkonomisk ramme	35
1.4. Offentlige kontrakter om andet end anskaffelser	37
1.5. De relevante retskilder	38
2. EU-regler	39
2.1. Reglernes formål	39
2.2. Primærretten	41
2.2.1. TEU og TEUF	41
2.2.2. Almindelige EU-retlige principper og grundlæggende rettigheder	42
2.3. Bindende sekundærregulering (forordninger, direktiver, afgørelser)	43
2.3.1. Udbudsdirektivet fra 2014	43
2.3.2. Koncessionsdirektivet	45
2.3.3. Andre udbudsdirektiver	47
2.3.4. Den historiske baggrund for udbudsdirektiverne	47
2.3.5. Direktiver om andet end udbud	51
2.4. EU-Domstolens praksis	51
2.5. Ikkebindende retsakter: soft law	52
2.6. Retsvidenskabelig litteratur/den juridiske forskning	53
3. Folkeret, især GPA 2014	55
3.1. Baggrund og overblik	56
3.2. Anvendelsesområde	57
3.3. Iknediskrimination	59
3.4. Udbudsprocedurer	60
3.5. Tekniske specifikationer	61
3.6. Udvalgelse og tildeling af kontrakt	61
3.7. Håndhævelse	61

Indholdsfortegnelse

3.8. Implementering i Danmark	62
4. Danske retskilder	62
4.1. Lovgivning i snæver forstand	62
4.1.1. Dansk lovgivning om udbud – historisk set	62
4.1.2. Implementering ved en udbudslov	63
4.2. Bekendtgørelser og cirkulærer	65
4.3. Retspraksis	69
4.3.1. Domspraksis	69
4.3.2. Praksis fra Klagenævnet for Udbud	69
4.3.3. Kontraktpraksis	69
4.4. Almindelige retsprincipper og forholdets natur	70
4.5. Samspillet mellem privatret og offentlig ret	71
4.5.1. Fragmenteret, blandet privatretlig og offentligretlig model	71
4.5.2. Generelt om sondringen mellem offentlig og privatret	71
4.5.3. Forholdet til aftaleloven	73
4.5.4. Forholdet til forvaltningslovgivningen	76
5. Forholdet mellem EU-ret, folkeret og national ret	77
5.1. EU-ret og national ret	77
5.2. Forholdet mellem folkeret og national ret	79
5.3. EU-ret og folkeret	81
Kapitel. 2. Almindelige EU-retlige principper	85
1. Indledning	85
2. Fri bevægelighed og offentlige kontrakter	89
2.1. Hvem er bundet af fri bevægelighedsreglerne?	89
2.2. Varernes fri bevægelighed	93
2.2.1. Art. 34 TEUF	93
2.2.2. Gensidig anerkendelse	95
2.2.3. Art. 36 TEUF og Cassis de Dijon-doktrinen	96
2.3. Etableringsretten	97
2.4. Fri udveksling af tjenesteydelser	98
2.5. Grænseoverskridende interesse	99
2.5.1. Et grænseoverskridende element	100
2.5.2. Kontraktens tildeling er af klar grænseoverskridende interesse	100
2.5.3. Begrebet »grænseoverskridende interesse«	102

3.	Ligebehandlingsprincippet	104
3.1.	Det primærretlige ligebehandlingsprincip	105
3.1.1.	Anvendelsesområde	105
3.1.2.	Sammenhæng med andre principper.....	106
3.2.	Udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip	110
4.	Ikkeforskelsbehandling (non-discrimination (engelsk og fransk), Nichtdiskriminierung (tysk))	112
4.1.	Direkte diskrimination.....	113
4.2.	Indirekte diskrimination	114
4.3.	Undtagelse vedrørende myndighedsudøvelse	117
4.4.	Indlændingediskrimination (omvendt diskrimination)	118
4.5.	Diskriminationsforbuddet i GPA 2014	119
4.6.	Forhandlingsforbud	120
5.	Gennemsigtighedsprincippet.....	123
5.1.	Gennemsigtighedsprincippet som grundprincip i udbudsdirektiverne	123
5.2.	Uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde	124
6.	Ordregivers tilbagekaldelse (annullation) af udbuddet	127
7.	Proportionalitetsprincippet	130
Kapitel 3. Ordregivere og økonomiske aktører		133
1.	Indledning	133
2.	Ordregivende myndigheder.....	135
2.1.	Staten, regionale, lokale myndigheder og sammenslutninger heraf	138
2.1.1.	Staten	138
2.1.2.	Regionale og lokale myndigheder.....	138
2.2.	Offentligretlige organer	139
2.2.1.	Almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommercial karakter.....	141
2.2.1.1.	Almenhedens behov	141
2.2.1.2.	Behov, der ikke er af industriel eller kommercial karakter	143
2.2.1.3.	Behov af industriel eller kommercial karakter	147
2.2.1.4.	Organer der opfylder forskelligartede behov	148
2.2.2.	Juridisk person	151
2.2.3.	Nært knyttet til staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer	152
2.2.3.1.	Offentlig finansiering	153
2.2.3.2.	Offentlig kontrol	157

Indholdsfortegnelse

2.2.3.3. Det offentlige udpeger mindst halvdelen af ledelsen	159
3. Ordregivere i forsyningsvirksomhedsdirektivet	160
4. Lejlighedsvise fælles udbud	163
5. Indkøbscentraler	167
5.1. Definitioner.....	168
5.2. Fordeling af ansvar for overholdelsen af udbudsdirektiverne..	170
5.3. Brug af indkøbscentraler i andre medlemsstater	171
5.4. Enheder etableret af ordregivere fra forskellige medlemsstater.....	172
6. Private ordregivere	173
7. Overdragelse af udbudspligten.....	176
7.1. Overdragelse af udbudspligten til private	176
7.2. Overdragelse af udbudspligten til en anden ordregivende myndighed	177
7.3. Overdragelse af en kontrakt, der er indgået af en ordregiver, til en privat aktør	178
8. Ordregivere under lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren	179
9. Økonomiske aktører (ansøgere og tilbudsgivere)	179
9.1. Offentlige økonomiske aktører	181
9.1.1. Kontrakter mellem to ordregivende myndigheder ..	181
9.1.2. Offentlige ansøgeres/tilbudsgiveres eventuelle privilegier.....	183
9.1.3. Offentlige tilbudsgiveres udbudspligt ved valg af underleverandører.....	185
9.2. Konsortier	186
9.2.1. Konsortiets sammensætning	188
9.2.2. Konkurrenceretlig vurdering af konsortier	189
9.2.2.1. Konsortier som konkurrencebegrænsende aftaler ..	192
9.2.2.2. Fritagelse for forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i forbindelse med konsortier	198
9.3. Økonomiske aktører, der i visse tilfælde kan begunstiges	199
9.3.1. Beskyttede værksteder.....	199
9.3.2. Nonprofitorganisationer med medarbejderejerskab	201
9.4. Økonomiske aktører der er tidligere (nuværende) kontraktpart.....	205

Kapitel 4. Udbudsprocedurer	207
1. Indledning	207
2. Før udbuddet.....	209
2.1. Køberprofil	209
2.2. Forhåndsmeddelelser.....	210
2.2.1. Almindelig forhåndsmeddelelse	211
2.2.2. Forhåndsmeddelelse som basis for indhentning af tilbud	211
2.3. Indledende markedsundersøgelse og teknisk dialog	213
3. Udbudsformer	214
3.1. Offentligt udbud	216
3.2. Begrænset udbud	217
3.3. Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog.....	218
3.3.1. Anvendelsen af procedurerne.....	220
3.3.1.1. Betingelser vedrørende kontraktens objekt.....	220
3.3.1.2. Betingelser vedrørende en allerede gennemført men uafsluttelig udbudsprocedure	221
3.3.2. Faserne	223
3.3.2.1. Udvaegtelsesfasen	224
3.3.2.2. Forhandlings-/dialog fasen.....	226
3.3.2.3. Afsluttende fase – endelige tilbud.....	230
3.3.2.4. Tilbudsbevaluering og tildeling	232
3.4. Innovationspartnerskab	233
3.4.1. Anvendelsen af innovationspartnerskab	234
3.4.2. Faserne	236
3.4.2.1. Udvaegtelsesfasen	236
3.4.2.2. Forhandlingsfasen.....	238
3.4.2.3. Tilbudsbevaluering og tildeling	240
3.4.2.4. Gennemførelsen af innovationspartnerskabet.....	240
3.4.2.5. Indkøbsfasen.....	242
3.4.3. Er innovationspartnerskabet reelt en nyskabelse? ..	243
3.5. Udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse	244
3.5.1. Betingelser der gælder for alle kontraktobjekter	245
3.5.1.1. Betingelser vedrørende en allerede gennemført men uafsluttelig udbudsprocedure	246
3.5.1.2. Betingelsen om at kun én kan leve.....	247
3.5.1.3. Betingelsen om at fristerne ikke kan overholdes....	254

Indholdsfortegnelse

3.5.2.	Yderligere betingelser der gælder for vareindkøbskontrakter	257
3.5.2.1.	Varen skal fremstilles med henblik på forskning, forsøg, undersøgelse eller udvikling.....	257
3.5.2.2.	Supplerende leveringer.....	258
3.5.2.3.	Varebørs.....	258
3.5.2.4.	Særlig fordelagtige vilkår	259
3.5.3.	Yderligere betingelser der gælder for tjenesteydelseskontrakter og bygge- og anlægskontrakter.....	259
3.6.	Projektkonkurrence	261
3.6.1.	Anvendelsesområde	262
3.6.2.	Annoncering og kriterier for deltagelse	262
3.6.3.	Bedømmelseskomité og konkurrencens afgørelse ..	263
4.	Offentliggørelse af bekendtgørelser	265
4.1.	Udbudsbekendtgørelser.....	266
4.2.	Tildelingsbekendtgørelser	268
5.	Udbudsdokumenterne.....	270
5.1.	Adgang til udbudsdokumenterne	271
5.2.	Sondring mellem tekniske specifikationer, kontraktvilkår og tildelingskriterier	274
5.3.	Beskrivelse af den ønskede anskaffelse: tekniske specifikationer	276
5.3.1.	Udformningen af tekniske specifikationer.....	277
5.3.1.1.	Funktionskrav	279
5.3.1.2.	Standarder mv.	280
5.3.1.3.	Mærker.....	281
5.3.1.4.	Elektroniske kataloger	284
5.3.1.5.	Produktkategorier	285
5.3.2.	Forbud mod henvisning til bestemt fabrikat mv.	288
5.3.3.	Ændringer i de tekniske specifikationer	290
5.4.	Alternative tilbud og sideordnede tilbud	292
5.4.1.	Alternative tilbud	292
5.4.2.	Sideordnede tilbud	293
5.5	Optioner	294
5.6.	Delkontrakter	298
5.7.	Kontraktvilkår.....	301
5.8.	Opsigelse af en offentlig kontrakt.....	303
5.9.	Information om relevante forpligtelser vedrørende skatter, miljø og arbejdsmiljø	304

5.10. Underleverandører og enheder hvis formåen den økonomiske aktør baserer sig på.....	304
5.10.1. Underleverandører.....	305
5.10.1.1. Ingen rammer for brugen af underleverandører.....	306
5.10.1.2. Mulige rammer for brugen af underleverandører	307
5.10.2. Enheder hvis formåen den økonomiske aktør baserer sig på	309
5.11. Supplerende oplysninger	312
6. Frister	314
6.1. Elektronisk kommunikation.....	316
6.2. Forhåndsmeddelelse	317
6.3. Hasteproceduren.....	317
6.4. Kortere frister for ikkestatslige ordregivere.....	317
6.5. Tilfælde hvor fristerne skal forlænges	318
6.6. Vedståelsesfrist.....	320
7. Formkrav.....	320
7.1. CPV-nomenklaturen.....	321
7.2. Kommunikationsmidler	323
7.3. Sprogkrav.....	325
8. Sagsbehandlingsregler.....	326
8.1. Meddelelser og begrundelsespligt.....	326
8.1.1. Meddelelser og begrundelse.....	327
8.2. Aktindsigt	330
8.3. Fortrolighed	334
8.4. Monitorerings- og rapporteringspligter	334
8.4.1. Medlemsstaternes monitorerings- og rapporteringspligter	335
8.4.2. Ordregivende myndigheders rapporteringspligter...	336
9. »Light-regimet« for sociale og andre specifikke tjenesteydelser.....	337
9.1. Anvendelsesområdet for »light-regimet«	338
9.2. Procedurekrav i »light-regimet«	340
9.2.1. Indledning af en udbudsprocedure	340
9.2.2. Udbudsprocedurer	342
9.2.3. Særligt om brug af kriterier af relevans for sociale tjenesteydelser	343
9.3. Kontrakter der kan reserveres til en bestemt type virksomhed	345
10. Kontrakter under tærskelværdierne med/uden grænseoverskridende interesse.....	346
10.1. Kontrakter under tærskelværdierne <i>med</i> klar grænseoverskridende interesse.....	346

Indholdsfortegnelse

10.2. Kontrakter under tærskelværdierne <i>uden</i> klar grænseoverskridende interesse.....	347
Kapitel 5. Udbudspligtige kontrakter	351
1. Indledning	351
2. Begrebet »offentlig kontrakt«	352
2.1. Gensidigt bebyrdende aftale.....	353
2.1.1. Udbudspligtige kontrakttyper der ikke er gensidigt bebyrdende.....	355
2.1.2. Gaver og donationer	356
2.2. Skriftligt.....	357
2.3. Mellem en eller flere ordregivende myndigheder og en eller flere økonomiske aktører.....	358
2.4. Ydelser: Bygge- og anlægsarbejde, vareindkøb eller tjenesteydelser	361
2.4.1. Offentlige bygge- og anlægskontrakter	361
2.4.1.1. Totalentreprise	363
2.4.1.2. Sondringen mellem bygge- og anlægskontrakter og byggetilladelser.....	363
2.4.1.3. Sondringen mellem køb/leje af bygninger og bygge- og anlægskontrakter	366
2.4.2. Offentlige vareindkøbskontrakter	369
2.4.3. Offentlige tjenesteydelseskontrakter.....	370
2.4.4. Blandede kontrakter	370
2.4.4.1. Forskellige kontraktobjekter	372
2.4.4.2. Forskellige udbudsdirektiver.....	375
2.4.4.3. Blandede kontrakter hvis hovedformål bringer dem uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde.....	378
3. Kontraktens værdi	380
3.1. Tærskelværdier.....	381
3.2. Beregning af kontrakters værdi.....	381
3.2.1. Opdeling af kontrakter.....	383
3.2.2. Delkontrakter	384
3.2.3. Delydelsesreglen.....	384
3.2.4. Successive kontrakter	385
3.2.5. Den anslæde værdi af forskellige kontrakttyper/-objekter	386
3.2.6. Projektkonkurrencer	387

4.	Kontraktens varighed	388
4.1.	Udbudsdirektivets eksplisitte regler om varighed af kontrakter.....	388
4.2.	Langvarige og tidsubegrænsede kontrakter	389
5.	Ændringer i en eksisterende kontrakt eller indgåelse af ny kontrakt .	392
5.1.	Ændringer som ikke leder til fornyet udbudspligt.....	394
5.1.1.	Revisionsklausuler og optioner	395
5.1.2.	Supplerende anskaffelser.....	396
5.1.3.	Uforudsete omstændigheder.....	398
5.1.4.	Ændring af kontraktpart	400
5.1.5.	Ikkevæsentlige ændringer	404
5.1.6.	De minimis-ændringer.....	404
5.1.7.	Offentliggørelse af en bekendtgørelse om ændringer af en kontrakt i dens løbetid.....	405
5.2.	Ændringer der er væsentlige og leder til fornyet udbudspligt..	406
6.	Rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer	410
6.1.	Rammeaftaler	411
6.1.1.	Parterne i rammeaftalen, deres forpligtelser samt objektet.....	413
6.1.2.	Tildeling af kontrakter inden for en rammeaftale....	416
6.1.2.1.	Rammeaftaler med én økonomisk aktør	416
6.1.2.2.	Rammeaftaler med flere økonomiske aktører	416
6.1.2.3.	Fornyet konkurrence inden for rammeaftalen	418
6.2.	Dynamiske indkøbssystemer	420
6.2.1.	Indgåelse af et dynamisk indkøbssystem.....	421
6.2.2.	Parterne i et dynamisk indkøbssystem.....	422
6.2.3.	Tildeling af kontrakter.....	424
7.	Kontrakter undtaget fra udbudsdirektiverne	425
7.1.	En særlig undtagelse for elektronisk kommunikation	427
7.2.	Offentlige kontrakter, der tildeles i henhold til internationale regler	427
7.3.	Særlige undtagelser for bestemte tjenesteydelseskontrakter	428
7.3.1.	Erhvervelse eller leje af jord/bygninger.....	428
7.3.2.	Broadcasting-undtagelsen	429
7.3.3.	Voldgift og mægling	429
7.3.4.	Juridiske tjenesteydelser.....	430
7.3.5.	Finansielle tjenesteydelser, herunder lån	431
7.3.6.	Ansættelseskontrakter	432
7.3.7.	Visse tjenesteydelser udført af nonprofitorganisationer	435

Indholdsfortegnelse

7.3.8.	Offentlig personbefordring med jernbane eller metro	436
7.3.9.	Politiske kampagnetjenester	436
7.4.	Tjenesteydelseskontrakter tildelt på grundlag af en eksklusiv rettighed	437
7.5.	Forskning og udvikling	441
Kapitel 6. In-house		443
1.	Indledning	443
2.	Valget mellem in-house og ex-house.....	446
2.1.	Statslige ordregiveres udbudspligt: udbudscirkulæret	447
2.2.	Andre ordregivere: ingen eksplisit udbudspligt	448
2.3.	Kontrolbud	449
3.	Teckal-dommen: den udvidede in-house-regel	451
4.	Udbudsdirektivets regler om in-house	453
4.1.	Den udvidede in-house-regel	454
4.1.1.	Kontrolkriteriet	455
4.1.2.	Virksomhedskriteriet	459
4.1.2.1.	Procentdel af in-house-enhedens aktiviteter	459
4.1.2.2.	Opgaver der skal medregnes	461
4.1.2.3.	Regler for beregning af »procentdelen af aktiviteterne«	463
4.1.3.	Privat kapitaldeltagelse	464
4.1.3.1.	Hovedreglen: forbud mod privat kapitaldeltagelse ..	465
4.1.3.2.	Undtagelsen: lovpligtig ikkekontrollerende og ikkeblokerende privat kapital deltagelse	468
4.1.3.3.	Privat kapital i den kontrollerende ordregivende myndighed	472
4.2.	Reciprokke og horizontale in-house-transaktioner	473
4.3.	Flere ordregivende myndigheders fælles kontrol	476
4.3.1.	»Fælles kontrol« som koncept	477
4.3.2.	Ordregivers indehavelse af kapital: ejerandel	479
4.3.3.	Beslutningstagende organer, medejende ordregiveres indflydelse på beslutninger og de involverede interesser	480
4.4.	Administrative aftaler mellem enheder i den offentlige sektor	484
4.4.1.	Public service-opgaver	489
4.4.2.	Forbud mod privat deltagelse og favorisering af private virksomheder	490

5.	Offentlig Privat Partnerskab.....	492
5.1.	Kontraktuelt OPP	494
5.2.	Institutionelt OPP	496
5.2.1.	Institutionelt OPP uden udbud til valg af privat part	497
5.2.2.	Institutionelt OPP med udbud til valg af privat part	499
5.3.	Bekendtgørelsen om kvalitet, OPP og totaløkonomi i offentligt byggeri	502
6.	Danske regler om handel mellem ordregivende myndigheder	503
6.1.	Staten	503
6.2.	Kommuners og regioners udførelse af opgaver for hinanden..	505
6.3.	Kommunale og regionale selskaber.....	507
6.4.	Kommunale fællesskaber efter kommunestyrelsесlovens § 60	509
6.5.	Samlet udbud	510
Kapitel 7. Koncessioner		511
1.	Indledning	511
2.	Baggrunden for koncessionsdirektivet og overblik over dets indhold	515
2.1.	Vedtagelse og overordnet om indholdet	515
2.2.	Forholdet til tidligere gældende ret og udbudsdirektivet fra 2014	517
3.	Koncessionsbegrebet	517
3.1.	Vederlag	519
3.2.	Driftsrisiko	521
3.3.	Koncessioner versus licenser, tilladelser og rettigheder mv. ..	524
3.4.	Tildeling af koncessioner ved lov eller forvaltningsakt	528
3.5.	Koncessionens varighed	528
4.	Anvendelsesområde	529
4.1.	Tærskelværdi og metoder til beregning af den anslæde værdi af en koncession	529
4.2.	Undtagelser fra koncessionsdirektivets anvendelsesområde....	529
4.2.1.	Undtagelser af særlige kontraktobjekter	530
4.2.2.	Joint ventures	531
4.2.3.	Offentligt-offentligt samarbejde og in-house- transaktioner	532
5.	Offentliggørelse af koncessionsbekendtgørelse	534
6.	Principper og proceduremæssige garantier	535

Indholdsfortegnelse

7.	Udvælgelse og kvalitativ vurdering af ansøgere	536
7.1.	Udelukkelse	537
7.2.	Egnethed	538
7.3.	Reserverede kontrakter.....	539
8.	Tildelingskriterier	539
9.	Social klausul.....	540
10.	Ændring og opsigelse af koncessionskontrakter.....	541
11.	Håndhævelse.....	542

Kapitel 8. Kvalitativ udvælgelse: udelukkelse, egnethedsvurdering og udvælgelse	543	
1.	Indledning	543
2.	Adskillelse mellem udvælgelse af tilbudsgivere og tildeling af kontrakt.....	547
3.	Det fælles europæiske udbudsdokument – ESPD	550
3.1.	ESPD'ets indhold	552
3.2.	Hvilke ESPD'er skal et tilbud indeholde?	552
3.3.	Verifikation.....	553
3.2.1.	Tidspunktet for verifikation	553
3.2.2.	Dokumentationsbyrden	555
3.2.3.	Kontrol af oplysninger og dokumentation	556
3.2.4.	Supplering eller uddybning af dokumentation	557
3.2.5.	Undtagelse for tildeling under rammeaftaler	561
3.3.	e-Certis.....	561
3.4.	Officielle lister og certificeringsorganer	562
4.	Udelukkelse af ansøgere og tilbudsgivere	564
4.1.	Ansøgerens eller tilbudsgiverens personlige forhold	564
4.1.1.	Obligatoriske udelukkelsesgrunde	565
4.1.1.1.	Forfalden gæld til det offentlige.....	567
4.1.1.2.	Undtagelse fra de obligatoriske udelukkelsesgrunde	572
4.1.2.	Fakultative udelukkelsesgrunde	572
4.1.2.1.	Tilsidesættelse af forpligtelser gældende inden for miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning	573
4.1.2.2.	Konkurs/insolvens	575
4.1.2.3.	Alvorlige forsømmelser.....	575
4.1.2.4.	Karteladfærd	579
4.1.2.5.	Interessekonflikt	581
4.1.2.6.	Rådgiverinabilitet	584
4.1.2.7.	Tidligere misligholdelse af en offentlig kontrakt	586

4.1.2.8. Urigtige oplysninger.....	588
4.1.2.9. Uregelmæssigheder i forbindelse med den konkrete udbudsprocedure	589
4.1.2.10. Forfalden gæld til det offentlige.....	590
4.1.3. Dokumentation	591
4.1.4. Inter partes-procedure før udelukkelse	594
4.1.5. Self-cleaning.....	595
4.1.6. Tidsmæssig begrænsning af udelukkelse.....	597
4.2. Er udelukkelsesgrundene udtømmende angivet i udbudsdirektivet?	598
5. Udelukkelse af underleverandører og enheder, hvis formåen den økonomiske aktør baserer sig på	602
6. Egnethed til at udøve det pågældende erhverv	605
7. Økonomisk og finansiel formåen.....	607
7.1. Omsætningskrav.....	608
7.2. Årsregnskab.....	609
7.3. Øvrige krav.....	610
7.4. Dokumentation	611
8. Teknisk og faglig formåen	613
8.1. Dokumentation	615
8.2. Kvalitetssikringsstandarder og miljøledelsesstandarder	617
9. Udvælgelse af ansøgere der inviteres til at afgive tilbud.....	618
9.1. Objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler	619
9.2. Antal ansøgere der inviteres til at afgive tilbud.....	621
10. Ændringer af udvalgte ansøgere/tilbudsgivere inden kontrakttildelingen.....	623
10.1. Økonomiske aktørers muligheder for at få godkendt ændringer	626
10.2. Ordregivers mulighed for at foretage ændringer	628
Kapitel 9. Tildeling af kontrakten	629
1. Indledning	629
2. Før tilbudsevalueringen.....	630
2.1. Præsentation af tilbudsgivere	631
2.2. Åbning af tilbud.....	631
2.3. Antagelige tilbud	633
2.3.1. Ikkeforskriftsmæssige tilbud: formelle mangler og fejl	635
2.3.1.1. Hvornår fremsættes et nyt tilbud?	638

Indholdsfortegnelse

2.3.2.	Ikkeforskriftsmæssige tilbud: indholdsmæssige mangler – forbehold	643
3.	Tildelingskriterier	646
3.1.	Pris eller omkostninger.....	649
3.1.1.	Livscyklusomkostninger	650
3.1.2.	Kontraktobjekter omfattet af national prisregulering.....	654
3.2.	Bedste forhold mellem pris og kvalitet.....	655
3.2.1.	Forbundet med kontraktens genstand	657
3.2.2.	Præcisionskrav og kontrol.....	660
3.2.2.1.	Forbud imod at ordregiver har ubegrænset valgfrihed.....	660
3.2.2.2.	Specifikationer, der giver mulighed for en effektiv kontrol.....	662
3.2.2.3.	Kontrol i tvivlstilfælde	663
3.2.3.	Vægtning af kriterierne	665
3.2.4.	Skønhedskonkurrencer	667
4.	Offentliggørelse af tildelingskriterierne, deres vægtning og af evalueringsmetoden.....	667
5.	Tilbudsevalueringen	671
5.1.	Evalueringsmetoder.....	673
5.2.	Unormalt lave tilbud.....	674
5.2.1.	Hvornår er et tilbud unormalt lavt?	677
5.2.2.	Identifikation af tilsyneladende unormalt lave tilbud	680
5.2.3.	Afvisning af unormalt lave tilbud	682
5.2.4.	Undersøgelsesproceduren	684
5.2.4.1.	Begrundelser for tilsyneladende unormalt lave tilbud	685
5.2.4.2.	Unormalt lave tilbud på kontrakter under tærskelværdierne.....	691
5.2.5.	Administrative forpligtelser	692
5.3.	Elektroniske auktioner.....	693
5.3.1.	Anvendelse af elektroniske auktioner.....	694
5.3.2.	Krav om forudgående offentliggørelse ved brug af elektronisk auktion	698
5.3.3.	Fremgangsmåde ved afholdelse af elektronisk auktion	699
5.3.3.1.	Invitation til at deltage i den elektroniske auktion...	700
5.3.3.2.	Forløbet af den elektroniske auktion.....	701

5.3.3.3.	Afslutning af den elektroniske auktion	702
5.3.3.4.	Tildeling af kontrakten efter afslutningen af den elektroniske auktion.....	703
6.	Tildelingsbeslutningen	703
6.1.	Afvisning af at tildele kontrakten til det bedste tilbud	704
6.2.	Tilbagekaldelse af tildelingsbeslutningen.....	704
Kapitel 10. Miljømæssige, sociale og arbejdsmæssige krav, mv.		707
1.	Indledning	707
1.1.	Brug af offentlige kontrakter til at fremme miljømæssige, sociale, arbejdsmæssige og andre samfundsmæssige mål	708
1.2.	Kontrol med de økonomiske aktørers overholdelse af gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsmæsseslovgivning	709
2.	Regler om miljømæssige, sociale og arbejdsmæssige krav i udbud.....	711
2.1.	EU's primærret	711
2.2.	Den tværgående sociale klausul i udbudsdirektivet fra 2014 og koncessionsdirektivet fra 2014	714
2.3.	Udstationeringsdirektivet	717
2.4.	Håndhævelsesdirektivet vedrørende udstationering	718
2.5.	EU-Domstolens praksis.....	720
2.6.	Soft law	720
2.7.	Folkeret, især ILO-traktater	722
2.7.1.	ILO-konventioner	722
2.7.2.	Miljøretlige konventioner.....	725
2.8.	Dansk ret	725
2.8.1.	Bestemmelsen om miljø-, social- og arbejdsmæssigeslovgivning i udbudsloven	725
2.8.2.	Udstationeringsloven	728
2.8.3.	Miljøregler	728
2.8.4.	Klagenævnets praksis	729
2.8.5.	Soft law	729
3.	Offentlige kontrakter som middel til at nå samfundsmaål	730
3.1.	Hvilke mål?	730
3.2.	Betingelser for at miljømæssige, sociale og arbejdsmæssige krav i udbud er lovlige	732
3.3.	Faser i udbudsprocessen.....	733

Indholdsfortegnelse

4.	Udstationering	737
4.1.	Kernen af arbejdsvilkår, der skal følge arbejdsstedets mindsteregler	737
4.2.	Forholdet til international privatret	739
4.3.	Mindsteløn	740
4.4.	Diskriminations- og restriktionsforbuddet i TEUF	741
4.5.	Anmeldepligt vedrørende udstationering	743
4.5.1.	RUT-registret	743
4.5.2.	Forholdet til art. 56 TEUF	744
4.5.3.	Forholdet til håndhævelsesdirektivet vedrørende udstationering	748
4.6.	Bedre adgang til oplysninger	749
4.7.	Effektive klageordninger for udstationerede arbejdstagere	750
4.8.	Informationssystemet for det Indre Marked (IMI)	750
5.	Arbejdsklausuler, kollektive overenskomster og kollektive kampskridt	751
5.1.	Arbejdsklausuler	751
5.1.1.	ILO-konvention nr. 94 om arbejdsklausuler	751
5.1.2.	Cirkulæret om ILO-konvention nr. 94 om arbejdsklausuler	755
5.2.	Håndhævelse af kollektive overenskomster	757
5.3.	Kollektive kampskridt	758
6.	Kædeansvar	762
6.1.	Gældende ret før implementering af håndhævelsesdirektivet vedrørende udstationering i juni 2016	763
6.2.	Kædeansvar efter håndhævelsesdirektivet vedrørende udstationering	763
6.3.	Fejimplementering af art. 12 i håndhævelsesdirektivet vedrørende udstationering i dansk ret	768
Kapitel 11. Håndhævelse	771	
1.	Indledning	771
2.	EU-retlige rammer for håndhævelsen af udbudsreglerne	772
2.1.	Traktatbrudssager efter art. 258 TEUF	774
2.2.	Håndhævelsesdirektiverne	775
2.2.1.	Håndhævelsesdirektivets rammer for nationale håndhævelsessystemer	778
2.2.2.	Interventionsmekanismen i håndhævelsesdirektivet	778
2.2.3.	Attestation	779

3.	Anvendelsesområdet for den danske implementering af håndhævelsesdirektivet	779
4.	Behandling af udbudssager ved Klagenævnet for Udbud, de almindelige domstole og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen	782
4.1.	Klagenævnet for Udbud	782
4.1.1.	Sammensætning og sagsbehandlingsregler	783
4.1.2.	Hvem kan der klages over?	785
4.1.3.	Hvad kan der klages over?	785
4.1.4.	Hvem kan klage?	788
4.1.4.1.	Klageadgang i henhold til EU-retten	788
4.1.4.2.	Klageadgang i dansk ret	791
4.1.5.	Omkostninger ved at klage.....	793
4.1.6.	Klagefrister	795
4.1.6.1.	Klagefrister ved overtrædelser af EU- udbudsreglerne	795
4.1.6.2.	Klagefrister for overtrædelse af reglerne for kontrakter under tærskelværdierne.....	799
4.1.7.	Afvisning af klager	800
4.1.8.	Klagenævnets reaktionsmuligheder	801
4.2.	Prøvelse af udbudssager, herunder Klagenævnets kendelser, ved domstolene.....	801
4.3.	Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kompetencer	804
5.	Standstill	805
6.	Reaktions- og sanktionsmuligheder	808
6.1.	Foreløbige forholdsregler.....	810
6.1.1.	Opsættende virkning.....	810
6.1.2.	Suspension	816
6.2.	Annulation af ordregiverens beslutninger	817
6.3.	Påbud om lovliggørelse.....	821
6.4.	Erstatning.....	822
6.4.1.	Ordregiveres erstatningsansvar	824
6.4.1.1.	Ansvarsgrundlag	824
6.4.1.2.	Økonomisk tab.....	827
6.4.1.3.	Årsagssammenhæng (kausalitet)	829
6.4.1.4.	Erstatningsudmålingen: positiv opfyldelsesinteresse og negativ kontraktinteresse ...	831
6.4.2.	Statsligt erstatningsansvar for manglende opfyldelse af EU-retten	838

Indholdsfortegnelse

6.5.	Kontrakten skal/kan erklæres for »uden virkning«	839
6.5.1.	Sanktionen »uden virkning« ved ulovlig direkte tildeling i dansk ret	842
6.5.1.1.	Betydningen af at en kontrakt er »uden virkning« i dansk ret.....	846
6.5.1.2.	Konsekvenser af at en kontrakt er »uden virkning«	847
6.5.1.3.	Alternative sanktioner	850
6.5.2.	Frivillig forudgående offentliggørelse – profylaksebekendtgørelser	851
6.6.	Kontrakter uden for anvendelsesområdet for sanktionen »uden virkning«	855
6.7.	Tvangsbøder	858
Kapitel 12. Udbudsret i kontekst af konkurrence- og statsstøtteret ..		859
1.	Indledning	859
2.	Grundlaget for samspil mellem udbuds-, konkurrence- og statsstøtteretten	862
2.1.	Udbudsretten.....	863
2.1.1.	Adressater	863
2.1.2.	Anvendelsesområde	864
2.2.	Konkurrenceretten	865
2.2.1.	Adressater	865
2.2.2.	Anvendelsesområde i en udbudskontekst	868
2.2.3.	Håndhævelse.....	871
2.3.	Statsstøtteretten.....	872
2.3.1.	Adressater	872
2.3.2.	Anvendelsesområde i en udbudskontekst	873
2.3.3.	Håndhævelse.....	874
3.	Udbudsdirektivet fra 2014 i et konkurrenceretligt perspektiv.....	877
3.1.	Ordregivende myndigheders tilrettelæggelse af udbudsproceduren	878
3.2.	Ordregivende myndigheders udnyttelse af købermagt.....	879
3.3.	Tilbudsgivernes konkurrencebegrænsende adfærd	883
4.	Udbudsdirektivet fra 2014 i et statsstøtteretligt perspektiv	886
4.1.	Altmark-dommen og dens effekt på statsstøtteområdet	888
4.2.	Et konkurrencepræget, gennemsigtigt og ubetinget udbud	892
4.3.	Tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse og lignende	895
4.3.1.	Begreberne	897

Indholdsfortegnelse

4.3.2. Tjenesteydelser af almen (økonomisk) interesse i udbudsdirektivet fra 2014	900
4.4. Brug af udbud til at minimere/effektivisere statsstøtte.....	901
5. Reglernes samspil om at skabe konkurrence om offentlige kontrakter.....	902
Forkortelser	905
EU-Domsregister	911
Litteratur	927
Stikordsregister	945

Denne bog er omfattet af lov om ophavsret og må ikke videregives – herunder udlånes, sælges eller kopieres – i digital form.

Indholdet må alene anvendes af licenstager i henhold til de til enhver tid gældende licensbetingelser.

© Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Forord

Denne bog handler om udbud af offentlige kontrakter i Danmark og EU med hovedvægten på EU-reglerne, herunder EU's udbudsdirektiv fra 2014. Bogen har primært et teoretisk sigte. Vi tager udgangspunkt i en analyse af EU's udbudsregler i bred forstand og diskuterer i denne anden udgave af bogen også implementering heraf i dansk ret, som trådte i kraft 1.1.2016.

EU's primærret af betydning for udbud (traktaterne, de almindelige retsprincipper og grundlæggende rettigheder) er udviklet gradvis i de ca. 60 år EF/EU har eksisteret. I de første år blev reglerne om offentlige udbud overvejende set som et eksempel på anvendelse af logikken bag EU's indre marked. Efter Lissabon-Traktatens ikraftræden (den 1.12.2009) betegner art. 3 TEU den variant af markedsøkonomi, EU bygger på, som social markedsøkonomi med høj konkurrenceevne. I forarbejderne til udbudsdirektivet fra 2014 ses offentlige udbud som et markedsbaseret instrument til at realisere Europa 2020-strategien om intelligent, dvs. videns- og innovationsbaseret, bæredygtig og inklusiv vækst.

Ud over primærretten er der på EU-niveau vedtaget særlige direktiver om udbud, i 2014 et generelt udbudsdirektiv (2014/24/EU), et koncessionsdirektiv (2014/23/EU) og et forsyningssvirksomhedsdirektiv (2014/25/EU). Udbudsdirektivet fra 2014 er hovedemnet i nærværende bog, der også indeholder et kapitel om koncessionskontrakter, mens forsyningssvirksomhedsdirektivet ikke gennemgås nærmere i denne bog. Som vejledning til læseren informeres om, at det bevidst er valgt at tildele de oftest omtalte retsakter kallenavne, for at øge læsevenligheden af fremstillingen. Hvis læseren søger en reference på en retsakt, der nævnes, findes denne i listen af forkortelser. I de første ca. 40 år af EF/EU's eksistens blev der kun afsagt få EU-domme om udbud, men i perioden siden slutningen af 1990'erne har EU-Domstolen afsagt et betydeligt antal domme om udbud af offentlige kontrakter. Et fyldigt udvalg af disse inddrages i nærværende bog.

Bogen består af 12 kapitler. Grith Skovgaard Ølykke er hovedforfatter af bogen. Hun blev udpeget til sagkyndigt medlem af Klagenævnet for Udbud i perioden 2016-2020 af Uddannelses- og Forskningsministeriet. I bogen gives kun udtryk for hendes uafhængige vurderinger som forsker. Grith har haft

Forord

hovedansvaret for ni af kapitlerne (kap. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11 og 12), mens Ruth Nielsen har haft hovedansvaret for de øvrige tre kapitler (kap. 1, 2, og 10). Vi har begge læst og taget stilling til udsagnene i alle kapitlerne og er enige i de vurderinger af gældende ret, der fremsættes.

Der er ikke systematisk taget hensyn til materiale fremkommet efter 1. maj 2017.

Studentermedhjælp ved Juridisk Institut, stud.merc.jur. Iris Hadzimahovic, har ydet værdifuld hjælp ved en systematisk søgning på Klagenævnet for Udbuds praksis vedrørende udbudsloven, hvilket vi vil takke for. Endvidere har specialkonsulent i Center for Jura, Salg og Indkøb i Lyngby-Taarbæk Kommune, ph.d. Mette Ohm læst og kommenteret visse afsnit, der er nye i denne anden udgave af bogen, har med stor velvillighed delt sin indsigt i udbudsreglernes praktiske anvendelse og har energisk deltaget i diverse diskussioner om retsstillingen, hvilket forfatterne er meget taknemmelige for.

Frederiksberg, juni 2017

Grith Skovgaard Ølykke og Ruth Nielsen

KAPITEL 1

Emne, problemer og retskilder

1. Emne og problemstillinger

Denne bog handler om gældende ret om udbud af offentlige kontrakter under EU's udbudsregler set i en dansk kontekst, navnlig indgåelse af kontrakter vedrørende offentlige anskaffelser af varer og tjenesteydelser. Offentlige myndigheder bruger ca. 18 % af EU's BNP på varer, tjenester og bygge- og anlægsarbejder.

Offentlige kontrakter (bortset fra ansættelseskarakter og enkelte andre særligt undtagne kontrakter) om *anskaffelser* (til forskel fra salg og lignende) skal i de vigtigste tilfælde indgås gennem EU-udbud. Grænserne mellem EU-ret og dansk ret om udbud bliver i stigende grad udvirkede, idet de danske regler om emnet på afgørende måde er bestemt af EU-retten. I mindre grad spiller også folkeretlig regulering, navnlig GPA 2014 (Government Procurement Agreement) og visse ILO-konventioner, samt visse traditioner i dansk forvaltningsret, kontraktret, licitations- og entrepriseret en rolle.

De hovedspørgsmål, der behandles i denne bog, er,

- 1) hvilken retsbeskyttelse har de økonomiske aktører (tilbudsgivere, underentrepreneur med flere) af deres adgang til EU's indre marked og det globale marked for offentlige kontrakter om anskaffelser af varer og tjenesteydelser samt
- 2) hvilke frihedsgrader har ordregivende myndigheder til at bestemme, om de vil indgå offentlige kontrakter, og til i givet fald at indgå kontrakter med *hvem* de vil (det personelle aspekt), *hvor* de vil (det processuelle aspekt) og med det *indhold* de vil (det materielle aspekt), herunder stille de krav de vil til kontraktens udførelse.

Den retlige ramme for besvarelse af det første hovedspørgsmål er først og fremmest fri bevægelighedsreglerne i TEUF navnlig fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de principper,

Kapitel 1. Emne, problemer og retskilder

der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed. For offentlige kontrakter over tærskelværdierne indeholder udbudsdirektiverne og GPA 2014 bestemmelser til samordning af de nationale udbudsprocedurer, så det sikres, at disse principper udmøntes i praksis, og offentlige indkøb åbnes for konkurrence. I kapitel 3-9 gives en mere detaljeret beskrivelse og analyse af fri bevægelighedsreglerne i relation til offentlige kontrakter.

I tillæg til fri bevægelighedsreglerne findes der i art. 18, stk. 2, i udbudsdirektivet fra 2014 en social klausul, der pålægger medlemsstaterne at sikre de økonomiske aktørers overholdelse af en række miljø-, sociale og arbejdsretlige regler, se nærmere nedenfor og i kapitel 10.

Før Danmarks medlemskab af EF/EU pr. 1.1.1973 var den retlige ramme for besvarelse af det andet hovedspørgsmål princippet om formueretlig aftalefrihed, der indebærer, at en retlig aktør, hvad enten den pågældende er privat eller offentlig som potentiel aftalepart selv må bestemme, om man vil indgå en kontrakt, i givet fald med hvem, hvordan og med hvilket indehold. Offentlige myndigheders aftalefrihed var dog underlagt almindelige forvaltningsretlige principper om saglighed og den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning.

Ved Danmarks indtræden i EF/EU blev dette udgangspunkt væsentligt ændret for det offentlige som aftalepart, idet offentlige ordregivere siden den 1.1.1973 ved indgåelse af alle offentlige kontrakter med grænseoverskridende interesse og af direktivregulerede offentlige kontrakter skal respektere TEUF's forbud mod nationalitetsdiskrimination og restriktionsforbud samt for direktivregulerede kontrakter procedurerereglerne i direktiverne. Det betyder at valgfriheden med hensyn til, hvem man vil indgå kontrakt med (det personelle aspekt af aftalefriheden) og hvordan (det processuelle aspekt), blev væsentlig indskrænket i forhold til det almindelige formueretlige princip om aftalefrihed. Derimod gælder det materielle, indholdsmaessige aspekt af aftalefriheden, dvs. friheden til at bestemme, om man vil indgå en kontrakt og i givet fald med hvilket indhold, fortsat for offentlige ordregivere.

I perioden fra EF/EU's oprettelse i 1958 til Maastricht-Traktatens ikrafttræden og Den europæiske Unions (EU's) oprettelse i 1993 var det indre marked det helt dominerende projekt i EF/EU. Den juridiske kerne i det indre marked var og er regler om fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser, kapital og personer, herunder arbejdskraft og etableringsfrihed for selvstændige næringsdrivende og selskaber. Fri bevægelighed i en indre markeds kontekst var og er et middel til at sikre fri markedsadgang på tværs af nationale grænser og afvikling af handelshindringer og konkurrenceforvidning.

Det indre marked er stadig et meget vigtigt delprojekt i EU, men det står ikke længere alene. Ved Maastricht-Traktaten 1992 indledtes ØMU'en (Den