

Peter Pagh

Offentlige kontrakter og EF-retten



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
1992

Offentlige kontrakter og EF-retten

© 1992 Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse eller
mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf er
uden forlagets skriftlige samtykke ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Tryk: Narayana Press, Gylling
Printed in Denmark 1992
ISBN 87-574-6680-7

Forord

Flere betydelige sager i de seneste år har været med til at skabe en helt anden forståelse for EF-rettens betydning. Specielt sagen om bygningen af den faste forbindelse over Storebælt skabte vel betydelig forståelse for, hvorledes EF-retten griber ind i den *politiske* beslutningsproces, og dermed begrænser offentlige ordregiveres muligheder for at favorisere nationale leverandører og entreprenører. Senere fulgte bl.a. sagerne om den danske fortolkning af 2 døgn-reglerne ved grænsehandel og sagen om AMBI'en som viste, at EF-retten ikke blot er de offentlige myndigheders ret, men også *borgernes og virksomhedernes ret*.

Hidtil har det været antaget, at specielt grundstammerne i den danske obligationsret - Aftaleloven og Købeloven - stort set er uberørt af EF-retten, når bortses fra en udvidet forbrugerbeskyttelse i EF-retten og det objektive ansvar for en række produktskader. Dette er imidlertid ikke rigtigt.

Med nærværende bog søges belyst, hvordan EF-retten specielt i kraft af statsstøttereglerne og reglerne om offentligt udbud af kontrakter også i betydeligt omfang griber ind på det aftaleretlige område i de tilfælde, hvor den ene af parterne er en offentlig myndighed eller en eksklusiv virksomhed. Samtidigt ændrer EF-retten offentlige myndigheders erstatningsansvar uden for kontrakt, idet selve muligheden for et tilbud fremkalder en mulighed for erstatning i kraft af de særlige klageregler.

For enhver, der som kontraktspart eller rådgiver kommer i forbindelse med disse *offentlige kontrakter*, er det vigtigt at være opmærksom på den særlige regulering af kontraktindgåelsen, da overtrædelser af udbudsdirektiverne og statsstøttereglerne også har meget vidtgående *privatretlige følger*, der ændrer og udvider dansk rets regler om misligholdelsesvirkninger i kontrakt.

Manuskriptet blev afsluttet i slutningen af maj 1992, hvor Rådet ikke endelig har vedtaget direktivet om offentligt udbud af *tjenesteydelser*. Da der imidlertid ikke kan forventes nævneværdige ændringer i det senest offentliggjorte udkast har jeg valgt at kommentere fortolkningsproblemer på grundlag af dette forslag.

Efter folkeafstemningen om Traktaten om den Europæiske Union den 2. juni 1992 har der været betydelig usikkerhed om EF-rettens fremtidige stilling. Uanset denne uklarhed er der dog grund til at understrege, at selv en dansk

Forord

udmeldelse af EF næppe ændrer på betydningen af EF's regler om udbud af offentlige kontrakter, idet disse direktiver efter aftalen mellem EF og de enkelte EFTA-lande (EØS-Traktaten) også finder anvendelse i EFTA-landene på linie med de mange direktiver om det *indre marked*, jvf. EØS-Traktaten artikel 65 og Annex XVI. Endvidere gennemfører EØS-Traktaten artikel 63 og Annex XV en vidtgående begrænsning af adgangen til *statsstøtte* for EFTA-landene.

Efter afslutningen af manuskriptet er jeg blevet opmærksom på Domstolens afgørelse i *sag 347/88* (EF-domssaml. 1990 I, p. 4747), hvor Domstolen fandt en offentligt godkendelsesordning af olieforhandlerselskabers indkøbsprogrammer i strid med EØF-Traktatens artikel 30 og 37, hvilket yderligere underbygger professor Bernhard Gomards bemærkninger om, at EF-retten forudsætter, at virksomhederne drives på markedsøkonomiske vilkår.

I forbindelse med udarbejdelse af bogen har embedsmænd i en række ministerier været behjælpelig med fremskaffelse af materialer og oplysninger, som jeg benytter lejligheden til at takke for, ligesom advokatfirmaet *Qvist, Dahl & Partnere* takkes for betydelig bistand. En helt særlig tak sender jeg til seniorstipendiat, *Peter Gjørtler*, som har fremsat gode råd og kritik i forbindelse med udarbejdelsen af manuskriptet, samt til professor Mads Bryde Andersen, der har været behjælpelig med at fremskaffe materiale vedrørende informationsteknologien.

Peter Pagh, juni 1992

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1. Offentlige kontrakter	11
1.1. Produktion og salg af offentlige ydelser	12
1.2. Offentlige myndigheders køb af ydelser	14
 Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten	16
2.1. Forbud mod nationalitetsdiskriminering	17
2.1.1. Fri bevægelighed af varer – artikel 30	18
2.1.2. Fri bevægelighed af tjenesteydelser	20
2.1.3. GATT-aftalen	22
2.1.4. Sammenfatning	23
2.2. Forbud mod statsstøtte	25
2.2.1. EØFT artikel 92's statsstøttebegreb	27
2.2.2. Hvornår berører støtten samhandelen	30
2.2.3. Forholdet mellem artikel 30 og artikel 92-94	31
2.2.4. Lovlig statsstøtte efter EF-retten	32
2.2.4.1. Processuelle regler	32
2.2.4.2. De materielle betingelser for statsstøtte	33
2.2.4.2.1. Særligt om støtte til miljøbeskyttelse	34
2.2.5. Retsvirkningen af overtrædelse af artikel 92-94 ...	36
2.2.5.1. Hvornår kan private støtte ret på reglerne	36
2.2.5.2. Hvornår bliver private forpligtet af reglerne	40
2.2.5.3. Tilbagebetalingspligten	42
2.2.5.4. Statsstøtte og kontraktsansvaret	45
2.2.5.4.1. Kontraktsansvar, hvis statsstøtte ikke godkendes ..	46
2.2.5.4.2. Kontraktsansvar, hvis statsstøtte godkendes	48
2.2.5.5. Sammenfatning af retsvirkning af EØFT art. 92-94 .	49
2.3. Offentlige virksomheder	50
2.3.1. Offentlige kapitalindskud i virksomheder	50
2.3.2. Hvilke beføjelser kan tillægges offentlige virksomheder	52
2.3.3. Forbindelse mellem offentlige virksomheder og myndigheder	54
2.3.4. Begrænsninger for eksklusive rettigheder	56
2.3.5. Det indre marked for energi m.v.	57

Indholdsfortegnelse

Kapitel 3. Den sekundære EF-ret om offentlige indkøb	59
3.1. Baggrunden for reglerne om udbud ved offentlige køb	60
3.2. Ikke udtømmende harmonisering	60
3.3. Historisk oversigt	61
3.4. Offentlige køb medfører sjældent grænseoverskridende ydelser	63
3.5. Princippet i EF-reglerne om udbud	65
 Kapitel 4. Hvilke kontrakter er omfattet af udbudsreglerne	 67
4.1. Udbud af bygge- og anlægskontrakter	68
4.1.1. Hvilke ydelser er omfattet	68
4.1.2. Hvilke ordregivere er omfattet	69
4.1.2.1. Er almenyttige boligselskaber omfattet	72
4.1.3. Tærskelværdierne	74
4.1.4. Kontrakter der er undtaget	74
4.1.4.1. Statens sikkerhed	74
4.1.4.2. De undtagne sektorer	75
4.1.4.3. Mellemfolkelige aftaler	76
4.1.5. Den danske gennemførelse	76
4.2. Vareindkøb	76
4.2.1. Hvilke ydelser er omfattet	77
4.2.2. Hvilke ordregivere er omfattet	78
4.2.3. Tærskelværdierne	81
4.2.4. Kontrakter der er undtaget	82
4.2.5. Den danske gennemførelse af indkøbsdirektivet	83
4.2.6. Særligt om indkøb af kommunikationsudstyr	84
4.2.6.1. Hvilke ordregivere er omfattet	84
4.2.6.2. Hvilke kontraktsemner er omfattet	85
4.2.6.3. Tærskelværdi	85
4.2.6.4. Dansk gennemførelse	85
4.3. Kontrakter om tjenesteydelser	86
4.3.1. Hvilke ydelser er omfattet af tjenesteydelsesdirektivet	86
4.3.2. Hvilke ordregivere er omfattet	87
4.3.3. Tærskelværdier	88
4.3.4. Kontrakter der er undtaget	88
4.4. Energi- og vandforsyning, transport og telekommunikation	88
4.4.1. Hvilke ydelser er omfattet	89
4.4.2. Hvilke ordregivere	89
4.4.3. Tærskelværdier	91
4.4.4. Kontrakter der er undtaget	91

4.4.5.	Ikrafttrædelsesproblemer	92
4.4.6.	Den danske gennemførelse	92
4.5.	Udbud af EF-projekter og opgaver	93
Kapitel 5.	Udbudsprincipperne	95
5.1.	Offentliggørelse i tre omgange	95
5.2.	Forhåndsmeddelelsen	95
5.3.	Udbudsformerne	96
5.3.1.	Offentligt udbud	97
5.3.1.1.	Fristregler	97
5.3.1.2.	Alternative bud	98
5.3.2.	Begrænset udbud	98
5.3.2.1.	Fristregler	99
5.3.3.	Udbud efter forhandling	100
5.3.3.1.	Udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse	101
5.3.3.2.	Udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse	101
5.3.3.2.1.	Ikke kvalificerede ansøgere	101
5.3.3.2.2.	Uopsættelige forhold	102
5.3.3.2.3.	Supplerende anlægsarbejder og leverancer	103
5.3.3.2.4.	Øvrige grunde	104
5.3.3.2.5.	Undtagelserne efter dansk ret	105
5.3.4.	Projektkonkurrence	106
5.3.5.	Undtagelser ved efterforskning og udvinding af brændsel	106
5.4.	Offentliggørelse af kontraktindgåelsen	107
5.5.	Særlig attesteringsordning	107
Kapitel 6.	Standardisering af tekniske specifikationer	109
6.1.	Rangfølgen i de tekniske specifikationer	110
6.2.	Udformningen af standarder	111
6.3.	Særligt om informationsteknologi (IT)	112
6.3.1.	De offentlige indkøb af IT	115
6.4.	Udbudsmaterialets angivelse af varemærker og firmanavne	117
Kapitel 7.	Mulighed for at begrænse tilbudsgivere	118
7.1.	Udtømmende angivelse af lovlige kriterier	119
7.2.	Tilbudsgivernes bevismidler	120
7.3.	Offentlighed om de anvendte kriterier	123

Indholdsfortegnelse

Kapitel 8. Lovlige kriterier ved kontraktindgåelsen	124
8.1. Kun to lovlige kriterier ved valg mellem bud	124
8.1.1. Princippet om laveste bud	125
8.1.2. Økonomisk mest fordelagtige bud	128
8.1.3. To generelle undtagelser	129
8.2. Krav til sagsbehandling	131
8.3. Forskel mellem EF-reglerne og national ret	133
 Kapitel 9. Retsvirkningen af udbudsdirektiverne	134
9.1. Princippet om umiddelbar anvendelighed	135
9.1.1. EØF-Traktaten	135
9.1.2. Den sekundære ret	137
9.1.2.1. Beslutninger	137
9.1.2.2. Hvornår er direktiver umiddelbarbart anvendelige	138
9.1.2.3. Hvem forpligtes umiddelbart af direktiver	139
9.1.2.4. Udbudsdirektiverne er umiddelbart anvendelige	143
9.2. Særlige klageregler ved overtrædelse af udbudsdirektiverne	144
9.2.1. Hvilke nationale retsmidler i klageproceduren	146
9.2.1.1. Midlertidige foranstaltninger og annulation	146
9.2.1.2. Erstatning	147
9.2.1.3. Forligsprocedure	148
9.2.2. Hvad kan der klages over	149
9.2.3. Hvem kan der klages over	149
9.2.4. Hvem kan anlægge klagesager	150
9.2.5. Hvilke organer skal behandle klagesagerne	151
9.2.6. Kommissionens påtalebeføjelser	152
9.3. Resumé af de ordregivende myndigheders retsstilling	153
 Efterskrift	155
 Bilag 1	159
 Litteratur	183
 Register over EF-regler	185
 Register over danske regler	187
 Sager fra domstolen	188
 Stikordsregister	190

KAPITEL 1

Offentlige kontrakter

Når offentlige myndigheder indgår aftaler om køb og salg af varer eller andre ydelser, optræder de *offentlige myndigheder* i retlig henseende ikke som myndighed, men som privatretlig kontraktpart. Udgangspunktet er derfor, at myndighederne ved indgåelse af kontrakter om køb og salg af ydelser ikke er undergivet de offentligeretlige spilleregler for myndighedshandlinger,¹ men i princippet alene de privatretlige regler – først og fremmest Aftaleloven og Købeloven.

Netop dette forhold indebærer en betydelig risiko for, at de offentlige myndigheder sammenblander samfundshensyn af forskellig slags med kommercielle hensyn, hvorved der let kan ske en betydelig forvrejning af konkurrencevilkårene på det private marked. Særligt nærliggende er en sådan sammenblanding af motiver naturligvis i de tilfælde, hvor den offentlige myndighed har monopol på enten at levere en ydelse eller er den eneste væsentlige aftager af en ydelse. Udgangspunktet efter dansk ret er derfor, at der kræves lovhjemmel for at opkræve gebyrer for ydelser, som det offentlige har monopol på, men at gebyrer, der dækker de faktiske omkostninger til den helt specifikke ydelse, kan accepteres uden lovhjemmel.² En opkrævning af gebyrer, der dækker de faktiske omkostninger flere gange, må dog forudsætte særskilt hjemmel i lov, idet der ellers formentlig er tale om et brud med Grundlovens princip i § 43 og § 46 om, at der skal være dobbelthjemmel for opkrævning af skatter.³

Risikoen for en sammenblanding af interesser vokser selvfølgelig, hvor en meget stor del af den økonomiske aktivitet er ejet helt eller delvis af staten

1. Jvf. f.eks. Forvaltningslovens § 2. Se også Justitsministeriets vejledning til loven pkt. 10, der udtrykkeligt undtager »indgåelse af kontraktsforhold eller andre privatretlige dispositioner«.
2. Bent Christensen, »Forvaltningsret, opgaver, hjemmel, organisation«, 1991, p. 287.
3. Se f.eks. Lov nr. 386, 1992, der lovgjorde Justitsministeriets opkrævning af gebyrer i anledning af Rigsrevisionens kritik. Loven har efter sit indhold ikke tilbagevirkende kraft, hvormed der ikke er taget stilling til tilbagebetalingskrav, bortset fra, at beløb for personnavnebevis for børn skal tilbagebetales.

Kapitel 1. Offentlige kontrakter

eller kommunerne, hvilket bl.a. har givet betydelige EF-retlige problemer i f.eks. Italien, hvor en meget stor del af de varerproducerende virksomheder er offentligt ejet.

1.1 Produktion og salg af offentlige ydelser

I modsætning til mange andre EF-lande har udgangspunktet i Danmark været, at den almindelige vareforsyning skulle klares af den private sektor, mens opgaverne inden for undervisnings-, sundheds- og socialsektoren var og fortsat overvejende er en offentlig opgave. Kun hvor der ellers forelå en monopolstilling, som havnevæsen, telefon-, el-forsyning m.v., er staten gået ind med ansvarlig kapital. Dette betyder ikke, at den ovf. omtalte interessekonflikt ikke har været kendt i Danmark før EF-medlemskabet. Ved *udbud af offentlige ydelser* har denne risiko for sammenblanding af interesser i Danmark koncentreret sig om det offentliges monopolstilling.

Dansk ret har søgt at løse nogle af problemerne på udbudssiden ved forskellige begrænsninger i prisfastsættelsen i de tilfælde, hvor offentlige virksomheder og myndigheder har monopol på en ydelse. Således forudsætter Varmeforsyningsloven, nr. 382, 1990, § 21, stk. 4, at pris og leveringsbetingelser kun har gyldighed, såfremt de er anmeldt til Gas- og varmeprisudvalget, der har mulighed for efterfølgende at ændre betingelser og priser. Noget tilsvarende gælder for el-forsyning, jvf. EL-forsyningsloven, nr. 54, 1976, § 10, stk. 3. Den strenge censur af vilkår, som disse prisudvalg udøver ved bedømmelse af pris og leveringsbetingelser, vil domstolene formentlig være meget tilbageholdende med at tilsidesætte, jvf. f.eks. *U.1987.422.H.*

Brugernes pris for vandforsyning af almindeligt drikkevand fra både kommunale og »almene« vandforsyningsanlæg fastsættes af Kommunalbestyrelsen og kan ikke indbringes for højere administrativ myndighed⁴ – mens prisen for salg af vand mellem vandforsyningsværker fastsættes af amtsrådet, hvis der er uenighed mellem parterne om prisen.⁵ En nærmere vejledning om fastsættelsen af vandværkstakster er udsendt af Miljøstyrelsen.⁶ Uanset Vandforsyningslovens endelighedsbestemmelser vil urimelige takster kunne indbringes for domstolene, der dog formentlig vil være tilbageholdende med at tilsidesætte takster, da disse aktuelt også skal ses i sammenhæng med, at vandforsyningsvirksomhederne kan pålægges en forsyningspligt.

4. Jvf. Vandforsyningsloven nr. 337, 1985, § 53

5. Jvf. Vandforsyningsloven § 46, stk. 3.

6. Miljøstyrelsens vejledning nr. 1, 1986 om vandværkstakster.

1.1. Produktion og salg af offentlige ydelser

For benyttelse af offentlige spildevandsanlæg (incl. kloak) er der tilsvarende tale om en énsidig prisfastsættelse fra kommunalbestyrelsens side,⁷ idet det dog er forudsat i Lov om betalingsregler for spildevandsanlæg, at prisen normalt fastsættes på grundlag af det faktiske vandforbrug, og at prisen kun må dække omkostningerne.⁸ Ved uenighed om fordeling af udgifterne til private spildevandsanlæg afgøres spørgsmålet tilsvarende af kommunen.⁹ I alle tilfælde er anke til højere administrativ myndighed over taksterne udelukket, men sagen kan naturligvis indbringes for domstolene. De tidligere kommunale betalingsvedtægter, der var gældende ved 1987-lovens vedtagelse, kan dog have gyldighed frem til 1.1.1993¹⁰ – og også det nærmere indhold af disse vedtægter kan efter omstændighederne få betydning for lovligheden af taksterne.¹¹

For bortskaffelse af affald indeholder Miljøbeskyttelsesloven, nr. 358, 1991, § 48, stk. 1, en hjemmel til, at Kommunalbestyrelsen fastsætter gebyret på grundlag af driftomkostningerne, incl. planlægning, registrering og »forskudsvis dækning af planlagte investeringer på affaldsområdet«. De aktiviteter, som kan kræves dækket over affaldsgebyret, er således ganske vidtgående, men dækker næppe opbygning af en egentlig affaldsfond.¹² Fordelingen af udgifterne kan fastsættes på forskelligt grundlag, som omkostninger ved bortskaffelse fra den enkelte virksomhed/husstand eller på grundlag af nogle fælles takster. Men efter Lov nr. 808, 1990 om kommunernes beskatning kan gebyret for affaldsbortskaffelse også fastsættes på grundlag ejendommenes vurderingsværdi – ligesom kommunen også kan vælge at dække omkostningerne over de kommunale skatter, jvf. U.1977.779.

På grundlag af forureneren betaler princippet og forbudet mod statsstøtte uden godkendelse i EØFT artikel 92,¹³ er det dog tvivlsomt, om kommunerne fremover kan betale afhentning af industriens affald over kommuneskatterne eller foretage en fordeling, der har karakter af et indirekte tilskud – medmindre der forhånds er sket godkendelse heraf ved EF-kommissionen.

For de egentlige statsvirksomheder, som f.eks. DSB, Post- og telegrafvæsenet og TV-licens-opkrævningen, gælder ligeledes visse offentligtretlige

7. Jvf. Lov om betalingsregler for spildevandsanlæg nr. 863, 1987, § 3.

8. § 2, stk. 3 og 4.

9. Lov om betalingsregler for spildevandsanlæg, § 5.

10. Jvf. Lov om betalingsregler for spildevandsanlæg § 11.

11. Se f.eks. U.1988.1031, hvor Højesteret tilsidesatte Miljøstyrelsens fortolkning af Bjerringbro kommunes betalingsvedtægter.

12. Jvf. Karnov, 1991, p. 7931.

13. Se afsnit 2.2.

Kapitel 1. Offentlige kontrakter

begrænsninger i prisfastsættelsen.¹⁴ Med budgetreformen blev der midlertid gennemført en betydelig bevillingsmæssig frihed for statsvirksomhederne.¹⁵

For kommunerne er der udviklet et uskrevet sæt regler, under ét betegnet kommunalfuldmagten, der på én gang sikrer kommunerne mulighed for at forestå forsyningsvirksomhed som vand-, og el-forsyning, spildevandsrensning, affaldsbehandling m.v. – men som samtidigt skal *sikre borgerne mod*, at dette kommunale monopol på ydelser bliver brugt til at skabe indtægter ud over de faktiske omkostninger.¹⁶

Ved kommunernes salg af fast ejendom gjaldt der frem til 1. juli 1991 ikke nogen nærmere regler ud over, at salg til kommunalbestyrelsesmedlemmer og kommunalt ansatte forudsatte offentligt udbud. Med henblik på at imødegå den betydelige kritik, der var fremkommet i anledning af en række kommunale ejendomssalg, vedtog Folketinget derfor en ændring af Kommunestyrelsesloven (§ 68) ved Lov nr. 385, 1991, hvorefter salg af kommunal ejendom fremover forudsætter offentligt udbud.

Som det nærmere omtales i afsnit 2.2, er det imidlertid ikke udelukket, at sådanne salg af offentlige ydelser kan komme i konflikt med EF's regler om statsstøtte.

1.2 Offentlige myndigheders køb af ydelser

For de offentlige myndigheders indkøb af ydelser var der i dansk ret før EF-medlemskabet dels begrænsninger i kraft af Licitationsloven.¹⁷ og dels begrænsninger, der følger af almindelige forvaltningsretlige grundsætninger som legalitetsprincippet, lighedsprincippet og forbud mod magtfordrejning.

14. Ændringer af priser inden for disse områder har således overvejende været undergivet de statsretlige bevillingsregler og enten forudsat hjemmel i Finansloven med bemærkninger eller særlig finansudvalgs bevilling. Se herom f.eks. »Udtalelse vedrørende Danmarks Radios bevillingsretlige stilling«, Betænkning nr. 587, bilag 3, p. 57-64.

15. Se Budgetvejledningen 1985, pkt. 59.1.14, der indfører nettoprincippet og efterfølgende Budgetvejledningen 1989, pkt. 51.5.

16. Se Bent Christensen, »Forvaltningsret, opgaver hjemmel, organisation«, 1991, p. 292-293, der understreger, at disse økonomiske aktiviteter ikke må forrykke den traditionelle grænse mellem den offentlige og private sektor eller væsentligt påvirke konkurrencen i den private sektor. Kommunerne har dog mulighed for at sælge biprodukter af den offentlige aktivitet, ligesom de kan lade opgaver udføre af egne ansatte.

17. Der alene gælder for arbejder og leverancer inden for bygge- og anlægsvirksomhed, men som også gælder for private. Om Licitationsloven og forholdet til EF-retten – se nærmere herom f.eks. Hørlyck, »Entrepriseret og licitationsbetingelser«, 1982 (p. 380-434) samt »Entrepriseretlige noter«, 1990 (p. 106-108).

1.2. Offentlige myndigheders køb af ydelser

Disse begrænsninger har imidlertid efterladt et ikke ubetydeligt spillerum for de offentlige myndigheders kontrakt dispositioner. Der er rimelig god grund til at antage, at ønsket om at gavne den lokale økonomi og beskæftigelse ved antagelse af lokale leverandører har spillet en ikke ubetydelig rolle i kommunernes privatretlige dispositioner. Tilsvarende er der ikke tvivl om, at den nationale beskæftigelseseffekt af større offentlige anlægsarbejder ofte har haft betydning både for bevillingen til arbejderne og for valg af entreprenører. Før EF-medlemskabet var der ikke i dansk ret noget til hinder for, at disse nationaløkonomiske hensyn indgik i afgørelsen – blot der var fornøden lovhjemmel.

EF-medlemskabet ændrede imidlertid denne retstilstand på flere afgørende punkter. I bogens kapitel 2 omtales først de generelle principper i EF-retten, der har betydning for offentlige kontrakter – herunder specielt forbudet mod nationalitetsdiskrimination og reglerne om statsstøtte samt de offentlige virksomheders særlige status i EF-retten.

Den resterende del af bogen – kapitel 3 til 9 – handler om de særlige udbudsregler ved offentlige virksomheders og myndigheders køb af ydelser.

KAPITEL 2

Nogle hovedprincipper i EF-retten

Det overordnede princip i EØF-Traktaten er, at de offentlige myndigheders kontraktmæssige dispositioner og tilsvarende dispositioner fra offentlige og eksklusive virksomheder er undergivet alle EØF-traktatens almindelige begrænsninger for kontraktindgåelse, jvf. EØFT artikel 90.

Ved kontrakter med offentlige myndigheder er det først og fremmest EØF-Traktatens forbud mod nationalitetsdiskrimination og begrænsninger af statsstøtte, der har betydning. De offentlige virksomheders kontrakter er også berørt af disse regler, men er herudover bl.a. undergivet de begrænsninger, der følger af EF's konkurrenceregler og forbud mod konkurrencefordrejende foranstaltninger. Forbudet mod misbrug af dominerende stilling i EØFT artikel 86 og mod konkurrencebegrænsende horisontale og vertikale aftaler i artikel 85 gælder således også for offentlige virksomheder.¹⁸ Også aftaler mellem de bydende f.eks. i form af brancheorganisationers etiske regler vil kunne komme i konflikt med disse bestemmelser, jvf. f.eks. Kommissionens beslutning 92/204, hvor en prisaftale og nogle vedtægtsbestemmelser i en hollandsk brancheorganisation inden for bygge- og anlægssektoren førte til alvorlige sanktioner. Kommissionen ophævede de pågældende bestemmelser, og de 28 medlemsforeninger blev idømt bøder på mellem 162.000 ECU og 4.792.500 ECU.¹⁹

Ved siden af traktatbestemmelserne har Kommissionen endvidere vedtaget et særligt direktiv 80/723²⁰ med henblik på at gøre forbindelserne mellem offentlige virksomheder og myndigheder gennemskelige for Kommissionen.

18. Jvf. f.eks. sag 41/83, EF-domssaml. 1985, p. 873 om British Telecommunication (BT), der havde udnyttet en offentligretligt betinget hjemmel til at fastsætte vilkår og betingelser for tilslutning til telesystemet til at begrænse private firmaers brug af systemet. Domstolen bemærkede, at BT, som et offentligt foretagende, er »en økonomisk enhed, der udfører erhvervsmæssig virksomhed, hvorfor der er tale om en virksomhed i artikel 86's forstand«, samt at hensynet til den Internationale Telekommunikationskonventions regler ikke »kunne gå så vidt som til at krænke Traktatens konkurrenceregler« (pkt. 48).

19. EFT. 1992, L.92/1.

20. EFT. 1980, L. 195/35 – ændret ved direktiv 85/413, EFT. 1985, L. 229/30.

2.1. Forbud mod nationalitetsdiskriminering

I dette kapitel omtales reglerne om nationalitetsdiskrimination (2.1), om statsstøtte (2.2) og de mange specielle regler for offentlige virksomheder (2.3). De meget omfattende regler om offentlige myndigheder's og virksomheders indkøb gennemgås mere indgående i kapitel 3 til 9.

2.1 Forbud mod nationalitetsdiskriminering

EØF-Traktatens forbud mod nationalitetsdiskrimination har som formål juridisk at ligestille EF-borgere og virksomheder på det økonomiske område, hvilket naturligvis er en forudsætning for en effektiv konkurrence. Som udgangspunkt retter disse regler sig mod medlemsstaternes *myndigheds-handlinger*, men da nationalitetsdiskriminationen ofte sker skjult og f.eks. kan være udtrykt ved valg af kontraktspart eller i kontraktsvilkårene, har domstolene givet de forskellige bestemmelser i EØF-Traktaten om nationalitetsdiskrimination²¹ en meget udvidende fortolkning. Forbudet mod at diskriminere på grundlag af nationalitet omfatter derfor i realiteten også alle dispositive handlinger, der udgår fra medlemsstaternes myndigheder og fra borgerne, herunder også handlinger der udgår fra offentligt kontrollerede virksomheder. Forbudet indebærer, at medlemsstaterne og offentlige virksomheder i medlemsstaterne som hovedregel er afskåret fra at favorisere medlemsstatens egne virksomheder både ved valg af kontraktspart og med hensyn til indholdet i kontrakten. EØF-Traktaten artikel 90 indebærer endvidere, at hverken medlemsstaternes myndigheder eller offentlige virksomheder ved privatretlig kontraktindgåelse må tilsidesætte EØF-Traktatens konkurrenceregler,²² ligesom de skal respektere EØF-Traktatens generelle mål om at undgå konkurrencefordrejende foranstaltninger,²³ jvf. loyalitetsprincippet i EØF-Traktaten artikel 5.²⁴

21. Jvf. EØF-Traktaten artikel 7 og artikel 52, der dog kun kan påberåbes af andre medlemsstaters borgere, således at EØF-Traktaten ikke i sig selv udelukker nationalitetsdiskrimination af egne borgere. Herudover er der bl.a. et indirekte forbud mod nationalitetsdiskriminering i artikel 30, artikel 59 og artikel 92, der dog alle forudsætter, at medlemsstaternes handlinger eller beslutninger påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

22. Specielt EØFT artikel 85 og artikel 86. Det fremgår af bl.a. Domstolens afgørelse af 10. december 1991 i sag 179/90, at når en virksomhed har et lovbeskyttet monopol på en ydelse til tredjemand, er der fast praksis for, at virksomheden indtager en dominerende stilling omfattet af EØFT artikel 86 – og at en medlemsstat overtræder artikel 90, jvf. artikel 86, så snart de tildelte beføjelser til virksomheden medfører et faktisk misbrug.

23. EØFT artikel 3, litra f).

24. Se f.eks. Domstolens afgørelse af 13. december 1991 i sag 18/88 – utrykt.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

Alt dette indebærer i praksis, at når offentlige myndigheder og virksomheder optræder som privatretlig kontraktspart, er udgangspunktet, at såvel køb som salg af ydelser skal ske på grundlag af almindelige kommercielle markedsvilkår uden hensyn til andre samfundsmæssige forhold.

Virkeligheden har imidlertid vist, at medlemsstaterne netop ved ordregivningen ofte søger at favorisere egne virksomheder og egne økonomiske forhold, jvf. bl.a. sagen om udbudsmaterialet i forbindelse med bygning af Storebæltsbroen,²⁵ hvor der i udbudsmaterialet var angivet et hensyn til beskæftigelse af dansk arbejdskraft, som det er vanskeligt at forene med EØF-Traktatens artikel 7, artikel 30, artikel 48 og artikel 59. Her skal blot anføres, at hvis leverancerne af materialer fra underleverandører skal begunstige dansk beskæftigelse, kommer betingelsen uvægerligt i strid med artikel 30, da udtrykket »foranstaltninger med tilsvarende virkning« af Domstolen tillægges en meget vid fortolkning, der også omfatter potentielle og indirekte begrænsninger af handelen med varer mellem medlemsstaterne.²⁶

Beretningen fra Kommissionsdomstolen vedrørende »køb dansk klausulen« i A/S Storebæltsforbindelsens udbudsbetingelser offentliggjort 1. juli 1991 indeholder ikke noget nærmere om de EF-retlige bestemmelser.²⁷

På grundlag af en række afgørelser ved Domstolen omtales i det følgende først EØFT's forbud mod diskriminerende tekniske handelshindringer for varer (2.1.1) og for tjenesteydelser (2.1.2). Efterfølgende omtales det udvidede forbud mod nationalitetsdiskriminering i GATT-aftalen om statslige indkøb (2.1.3).

2.1.1 Fri bevægelighed af varer – artikel 30

Sagerne ved Domstolen illustrerer, at baggrunden for, at en offentlig virksomhed eller myndighed kommer i konflikt med EØF-Traktatens artikel 30's princip om frie varebevægelser, ofte er ønsker om at skabe enten beskæftigelse og/eller industriel udvikling af det lokale erhvervsliv.

Med henblik på at fremme den økonomiske og industrielle udvikling i det industrielt underudviklede Syditalien havde Italien således vedtaget regler om, at 30% af de offentlige myndigheders indkøb af varer i Syditalien er forbeholdt

25. Sag 243/89 – endnu ikke afsluttet.

26. Jvf. Dassonville-sagen, 8/74, EF-domssaml. 1974, p. 837.

27. Da diskriminationsforbudet fortolkes meget vidt, var et af de centrale punkter i Kommissionsdomstolens arbejde at belyse, hvorfor og hvorledes en retligt uforpligtende henstilling om køb dansk var kommet ind i udbudsmaterialet, samt om denne klausul samt nogle efterfølgende opklarende drøftelser havde nogen indflydelse på, at den entreprenør, der indgik kontrakten med Storebæltsbroen A/S, antog det danske firma Monberg og Thorsen som underentreprenør.

2.1. Forbud mod nationalitetsdiskriminering

lokale virksomheder, hvor ca. 40% af den italienske befolkning bor, hvilket har givet anledning til to sager ved Domstolen.

Du Pont de Nemours Italiana-sagen²⁸ var en præjudiciel forelæggelse for Domstolen om denne 30% regel. De konkrete omstændigheder var følgende: En lokal sundhedsforvaltning (USL) havde i en udbudsbekendtgørelse opdelt leverancen af radiologiske film og væsker i to dele, hvoraf de 30% var forbeholdt virksomheder i Syditalien.

Sagen drejede sig i første omgang om, hvorvidt EØFT artikel 30 isoleret var overtrådt ved den italienske ordning – men i anden omgang om, hvorvidt bestemmelsens rækkevide fortrængtes af henholdsvis EØF-Traktatens bestemmelser om statsstøtte i artikel 92 og artikel 93 eller af direktiv 77/62 om fremgangsmåder ved offentlige vareindkøb.²⁹

Domstolen fandt, at den italienske ordning var i strid med EØFT artikel 30, idet Domstolen understregede, at forbudet i EØFT artikel 30 omfatter enhver bestemmelse for handelen, som direkte eller indirekte, øjeblikkeligt eller potentielt kan hindre samhandelen inden for EF (pkt. 8), og at det yderligere i præamblen til direktiv 77/62 om offentlige vareindkøb er anført, at »begrænsninger i de frie varebevægelser i forbindelse med offentlige indkøb er forbudt i henhold til EØFT artikel 30«. ³⁰

Konkret anførte Domstolen, at selv om den omhandlede »præferenceordning i samme omfang virker begrænsende for varer, der er fremstillet i virksomheden i den pågældende medlemsstat«, og selv om ikke alle produkter fra den pågældende medlemsstat nyder en fortrinsstilling i forhold til udenlandske varer«, kan dette ikke bevirke, at den omhandlede ordning ikke er omfattet af forbudet i EØFT artikel 30.³¹

Videre bemærkede Domstolen, at selv om direktiv 77/62 artikel 26 indeholder et forbehold med hensyn til den italienske lov, fremgår det af bestemmelsen, at dette forbehold ikke medfører en fravigelse af reglen i EØFT artikel 30 – hvortil Domstolen supplerende bemærkede, at den italienske lov endvidere var ændret.

En mere skjult måde at opnå en tilsvarende begunstiggelse af bestemte nationale producenter kan ske ved, at udforme udbudsmaterialets tekniske specifikationer, så de i realiteten kun kan opfyldes af en bestemt national

28. Sag 21/88, EF-domssaml. 1990, p. 889.

29. EFT.1977, L. 13/1.

30. Præmisserne pkt. 9.

31. Præmisserne pkt. 17 og 18.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

producent – men også dette vil kunne komme i strid med EØF-Traktatens artikel 30, som det skete i en *sag 45/87*.³²

Sagen drejede sig om en irsk kommune, der i forbindelse med etablering af drikkevandsforsyning indrykkede en annonce i EF-Tidende med udbudsmaterialet. Af udbudsmaterialet fremgik nogle tekniske specifikationer for nogle rør, der kun kunne opfyldes af én irsk virksomhed. Efter klager fra en spansk producent anlagde Kommissionen sag mod Irland efter EØF-Traktatens artikel 169 om traktatbrud. Kommissionen gjorde gældende, at Irland havde overtrådt bestemmelserne i direktiv 71/305 om fremgangsmåder ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter,³³ mere specielt forbudet mod diskriminerende tekniske specifikationer i artikel 10, stk. 2. Endvidere gjorde Kommissionen gældende, at Irland havde overtrådt EØF-Traktaten artikel 30, uden at have angivet de i artikel 36 anførte grunde.

Med henblik på at hindre, at den irske kommune indgik og gennemførte kontrakten, mens sagen trak ud ved Domstolen, begærede Kommissionen Domstolens kendelse om foreløbige foranstaltninger for at standse kontraktindgåelsen.

Ved foreløbig kendelse af Domstolens præsident (i henhold til procesreglementet artikel 84, stk. 2) traf Domstolens præsident beslutning om, at kontraktindgåelsen skulle standses, jvf. EØFT artikel 186.³⁴ Ved en efterfølgende kendelse fandt Domstolen dog, at der på grund af de sundhedsmæssige problemer sammenholdt med skadevirkningerne for andre bydende ikke var grundlag for midlertidige forholdsregler.³⁵

Ved Domstolens afgørelse af hovedsagen bemærkede Domstolen, at da direktiv 71/305, artikel 3, stk. 5 udtrykkeligt undtager bl.a. vandforsyning fra anvendelsesområdet, kunne dette direktivs bestemmelser ikke finde anvendelse. Derimod fandt Domstolen, at de tekniske specifikationskrav var en *teknisk handelshindring* i strid med EØFT artikel 30 og ikke begrundet i de i EØFT artikel 36 nævnte ikke-økonomiske hensyn, hvorfor Irland blev dømt.

2.1.2 Fri bevægelighed af tjenesteydelser

Sag 45/87 mod Irland illustrerer, at EF-rettens princip om frie varebevægelser kan antastes af kontrakter om tjenesteydelser. Omvendt kan også kontrakter om køb af varer komme i konflikt med EØF-Traktatens artikel 59's princip om fri bevægelighed af tjenesteydelser og artikel 52's princip om fri etableringsret,

32. EF-domssaml. 1987, p.783, p.1369 og 1988, p.4929.

33. EFT.1971, L. 185/5.

34. EF-domssaml. 1987, p. 783.

35. EF-domssaml. 1987, 1369,

2.1. Forbud mod nationalitetsdiskriminering

hvilket kan illustreres med *sag 3/88*,³⁶ der var et traktatbrudssøgsmaal om overtrædelse af bl.a. EØFT artikel 52 om fri etableringsret og artikel 59 og fri udveksling af tjenesteydelser.

Sagens baggrund var nogle italienske lovbestemmelser, hvorefter alene selskaber, som den italienske stat helt eller delvist ejede, kunne indgå kontrakter om EDB-leverancer til den italienske stat. I forbindelse med sagen gjorde den italienske stat bl.a. gældende:

- at der ikke var tale om nationalitetsdiskrimination, da også udenlandske selskaber, som var helt eller delvist ejede af den italienske stat, kunne deltage i leverancerne.
- at de offentlige myndigheder for at kunne kontrollere kontrakterne var nødt til at have ejerskab over selskaberne, således at kontrakterne kunne tilpasses ændrede omstændigheder, der ikke kunne forudsiges ved kontraktindgåelsen.
- at EDB-leverancer var omfattet af undtagelsen i EØFT artikel 55, stk. 1 – hvorefter artikel 52 og artikel 59/60 ikke omfatter »Virksomhed som varigt eller lejlighedsvis er forbundet med udøvelsen af offentlig myndighed«.
- at EDB-leverancerne berørte statens sikkerhed og privatlivets fred, idet EDB-leverancer vedrørte registrering over økonomiske transaktioner med henblik på at retsforfølge økonomisk kriminalitet (offentlig sikkerhed og privatlivets fred), samt vedrørte oplysninger om skatte- og afgiftsområdet og den offentlige sundhed – og derfor var omfattet af undtagelsen i artikel 56, stk. 1.

Domstolen bemærkede, at ligebehandlingsprincippet som udtrykt i EØFT artikel 52 og artikel 59 også omfatter et forbud mod enhver form for skjult forskelsbehandling – og at den italienske regel »stiller de reelt italienske selskaber bedre«.³⁷ Herefter undersøgte Domstolen, om de særlige undtagelser kunne gøres gældende.

Til det italienske anbringende om »ændrede omstændigheder, der ikke kunne forudsiges ved kontraktindgåelsen«, bemærkede Domstolen, at den italienske regering rådede over de nødvendige retlige midler til at tilpasse gennemførelsen af kontrakterne til fremtidige uforudsigelige forhold, idet der kunne træffes mindre indgribende foranstaltninger for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, bl.a. ved at pålægge medarbejderne en strafsanktioneret tavshedspligt.

36. EF-domssaml. 1989, p. 4035.

37. Præmisserne pkt. 9.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

Til det italienske anbringende om, at kontrakterne var omfattet af undtagelsen i EØF-Traktaten artikel 55, stk. 1, for »Virksomhed som varigt eller lejlighedsvis er forbundet med udøvelsen af offentlig myndighed«, bemærkede Domstolen, at de pågældende arbejdsopgaver vedrørte EDB-systemers udarbejdelse, programmer og drift og derfor »er af teknisk karakter og uden sammenhæng med udøvelse af offentlig myndighed«.³⁸

Domstolen tog ikke i præmisserne direkte stilling til Generaladvokatens bemærkninger om, at begrebet »offentlig myndighed« i artikel 55, stk. 1 må have en snævre fortolkning end begrebet »offentlig administration« i artikel 48, stk. 4, eller Generaladvokatens fremhævelse af, at arbejdet udførtes under forvaltningens ledelse og tilsyn, hvorfor »midlertidig drift af EDB-systemer« ikke er omfattet af bestemmelsen. Domstolens præmisser indikerer dog, at der ved bedømmelsen af undtagelsen i artikel 55, stk. 1, må lægges vægt på forvaltningens mulighed for at lede og føre tilsyn.

Domstolen afviste ligeledes, at EDB-kontrakterne var omfattet af den særlige undtagelse på grund af statens sikkerhed i artikel 56, stk. 1, idet Domstolen anførte, at det ikke var godtgjort, at den offentlige orden vil være truet, såfremt etablering og drift af EDB-systemerne overdrages selskaber fra andre medlemsstater, og at den fortrolige karakter af oplysningerne kan sikres ved tavshedspligt.³⁹ Selv om Domstolen ikke direkte anførte Generaladvokatens begrundelse, indeholder denne dog en præcisering, som kort skal omtales, da argumentationen vil kunne få betydning i andre sager. Generaladvokaten havde anført, at udtrykket »den offentlige sikkerhed« ikke skal fortolkes på grundlag af formålet, men af »grundene til, at de indeholder begrænsninger for udenlandske statsborgere« og således, at dens virkninger begrænses til, hvad der er nødvendigt for at værne de hensyn, det er dens formål at beskytte« – altså proportionalitetsprincippet.⁴⁰ Domstolen fandt derfor artikel 52 og artikel 59 tilsidesat.

2.1.3 GATT-aftalen

Det generelle diskriminationsforbud i EØF-Traktaten artikel 7 omfatter »kun« EF-borgere, ikke borgere fra tredjelande. For statslige myndigheders indkøb eller leasing af varer gælder der imidlertid et endnu mere vidtgående forbud mod nationalitetsdiskrimination, idet også ikke EF-landes borgere er beskyttet

38. Præmisserne pkt. 13.

39. Præmisserne pkt. 15.

40. Jvf. også sag 352/85, EF-domssaml. 1988, p. 2085.

2.1. *Forbud mod nationalitetsdiskriminering*

på baggrund af EF's tiltrædelse af GATT's aftale om statslige indkøb,⁴¹ i det følgende betegnet GATT-aftalen.

Det følger nemlig af GATT-aftalens artikel II, stk. 1, at de statslige indkøbere ikke må behandle udbydere af varer fra en kontraherende stat dårligere end indenlandske leverandører eller enhver anden leverandør, ligesom artikel II, stk. 2,⁴² udelukker, at de statslige indkøbere ikke må diskriminere udenlandske leverandører, der har etableret sig i det pågældende område. Artikel V, stk. 1 præciserer yderligere, at der heller ikke må foregå nogen nationalitetsdiskrimination ved godkendelse af udenlandske leverandører, ligesom GATT-aftalen forudsætter, at udbydere fra de kontraherende stater har adgang til at give bud, hvilket dog kan begrænses med henvisning til »indkøbssystemets effektivitet« (art V, stk. 7).

GATT-aftalen indeholder i hovedsagen de samme principper om offentligt udbud, som kendes i EF-retten, idet GATT-aftalen dog ikke foreskriver noget fælles offentliggørelsessted, men alene angiver de publikationer, i hvilken offentliggørelse skal finde sted, jvf. artikel V, stk. 1 og 3.

GATT-aftalens bestemmelser om tredjelandes borgeres adgang til at indgå kontrakter med statslige indkøbsinstitutioner på lige vilkår med landets egne borgere må anses som både præcise og ubetingede. Bestemmelserne er derfor umiddelbart anvendelige og vil kunne påberåbes af udenlandske leverandører ved medlemsstaternes domstole, jvf. Domstolens afgørelse i Kupferberg-sagen.⁴³

2.1.4 **Sammenfatning**

Det fremgår af det ovenstående, at rækkevidden af forbudet mod nationalitetsdiskrimination er ganske betydeligt – og at det ikke kun omfatter offentlige myndigheder, men at også offentlige og eksklusive virksomheder umiddelbart er berørt af bestemmelsen, hvilket senest er kommet til udtryk i Domstolens afgørelse af 13.12.1991 i *sag 18/88*. Her bemærkede Domstolen, at en medlemsstat kan tillægge et telefonselskab en myndighedsopgave som typegodkendelse af telefoner, der kan tilsluttes nettet, men på grund af den nærliggende muligheden for at overtræde artikel 30 forudsætter dette, at disse godkendelser kan indbringes for de almindelige domstole, da disse skal påse overholdelsen af artikel 30.⁴⁴

41. Se Rådets afgørelse 80/271 (EFT. 1980, L. 71/1 og 44).

42. Indføjet ved protokol i 1987, tiltrådt af Rådet ved afgørelse 87/565 (EFT. 1987, L. 345/24).

43. *Sag 104/81*, EF-domssaml. 1982, p. 3641.

44. På linie med denne afgørelse, se Domstolens afgørelse i *sag 179/90* af 10. december 1992 om havnevirksomhed.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

Det må på denne baggrund anses for tvivlsomt, om industriministerens beslutning om opførelse af to større kraftværker, der tilsyneladende er fremskyndet med henblik på at undgå udbudsreglerne efter direktiv 90/531, kan holde for en nærmere prøvelse efter EF-retten.⁴⁵ Selv om de særlige udbudsregler for bl.a. el-selskaber først træder i kraft 1. januar 1993,⁴⁶ er både Danmark og el-selskaberne nemlig bundet af både det almindelige diskriminationsforbud i artikel 7 og forbudet mod begrænsninger af den fri udveksling af varer og tjensteydelser i artikel 30 og artikel 59 samt forbudet mod indirekte statsstøtte i artikel 92.

For det første er det problematisk, at bygningen af kraftværkerne overlades til tre danske firmaer i forening uden forudgående udbud – idet en sådan ordning helt afskærer den fri udveksling af tjensteydelser – uden at der foreligger de begrundelser, som EØF-Traktaten forudsætter.

For det andet vil udformning af entreprisbetingelserne med f.eks. angivelse af den dansk fremstillede SNOX-brænder i høj grad begrænse udenlandske leverandørers muligheder, hvilket formentlig vil blive anset som en inddirekte handelshindring i strid med EØFT artikel 30. Det vil den forbindelse være nærliggende at sammenholde sagen om de nye kraftværker med *sag 45/87* mod Irland,⁴⁷ *sag 21/88*⁴⁸ og *sag 3/88*⁴⁹ mod Italien, hvilket yderligere peger på en overtrædelse af EF-retten.

Samtidigt er Danmark efter loyalitetsprincippet i EØFT artikel 5 forpligtet til ikke at modarbejde det vedtagne direktiv 90/531 – selv om Danmark ikke særskilt er forpligtet til at sætte reglerne i kraft før 1.1.1993 – hvorfor der også selvstændigt kan argumenteres for, at Danmarks fremskyndelse af arbejderne for at sikre ordrer til danske firmaer, er et brud på loyalitetsprincippet i artikel 5.

Såfremt der er tale om en overtrædelse af EF-retten, vil kontraktindgåelse om opførelse af kraftværkerne formentlig kunne standses ved foreløbige forholdsregler, jvf. *sag 45/87*, hvor Domstolen dog på grund af konkrete omstændigheder undlod at standse arbejderne.

45. Oplyst i dagspressen, at sagen er fremskyndet med henblik på at omgå udbudsproceduren og sikre danske leverandører – se dagbladet Politiken den 13. april 1992.

46. Se direktiv 90/531 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand-energiforsyning samt transport og telekommunikation artikel 37, der dog forudsætter, at de nationale gennemførelsesforanstaltninger er afsluttet 1. juli 1992 (EFT. 1990, L. 297/1).

47. EF-domssaml. 1987, p. 4929.

48. EF-domssaml. 1990, p. 889.

49. EF-domssaml. 1989, p. 4035.

Selv om Kommissionen ikke vil anlægge sag, har konkurrerende virksomheder også selv mulighed for at reagere ved sagsanlæg, som det skete i den ovf. omtalte sag om EDB-indkøb.⁵⁰ De nationale domstoles mulighed for at gribe ind og standse kontraktindgåelsen eller annullere kontrakten har tidligere beroet på de nationale regler. Men med direktiv 89/665⁵¹ om klageprocedurerne i forbindelse med offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter er der skabt nogle fælles procesuelle mindste-garantier, hvorefter der i alle medlemsstater skal kunne træffes midlertidige foranstaltninger om at standse kontrakterne eller annullere disse.

Direktiv 89/665 finder godt nok som udgangspunkt alene anvendelse på de kontrakter, der er omfattet af de særlige udbudsdirektiver. Men med henvisning til direktivets tredje indledende betragtning er der god grund til at antage, at disse retsmidler også skal kunne finde anvendelse, hvor det er den danske stat, der indirekte medvirker til en overtrædelse af EØFT artikel 30 og artikel 59. I den tredje indledende betragtning anføres således, at »adgangen til på fællesskabsplan at konkurrere om offentlige kontrakter kræver en betydelig udvidelse af garantierne for gennemsigtighed og ikke forskelsbehandling, og for at der opnås en faktisk virkning«, hvilket logisk må forudsætte, at de foreløbige retsmidler kan gøres gældende – uanset om der er tale om overtrædelse af de særlige udbudsdirektiver – eller der er tale om overtrædelse af EØF-Traktaten. Direktiv 89/665 gælder imidlertid ikke for kontrakter inden for energi-sektoren, og det særlige direktiv 92/13 om klageprocedurer over tilsidesættelse af udbudsproceduren inden for bl.a. energiforsyning⁵² er endnu ikke trådt i kraft.

Dette vil imidlertid ikke efter de danske civilprocesuelle regler afskære en udenlandsk konkurrent fra at forsøge et fogedforbud mod gennemførelsen af kontrakten på grundlag af overtrædelse af EØF-Traktaten. Tvivl om retsgrundlaget vil i et vist omfang kunne afbødes ved krav om sikkerhedsstillelse.

2.2 Forbud mod statsstøtte

Når offentlige myndigheder indgår aftaler om køb eller salg af ydelser, kan der som ovf. omtalt meget ofte være et økonomisk støtteelement til medkontrahenten. Hvis kontrakten bedømmes isoleret efter dansk ret, beror lovligheden af den økonomiske støtte på, om der er fornøden hjemmel – hvorved forudsættes,

50. Sag 21/88, EF-domssaml. 1990, p. 889.

51. EFT. 1989, L. 395/33.

52. EFT. 1992, L. 76/14.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

at offentlige myndigheder kan begunstige bestemte private kontrahenter – og at selv lighedsprincippet kan tilsidesættes, når der er fornøden og udtrykkelig hjemmel i lov.⁵³ Sådanne kontrakter bevarer deres privatretlige karakter – uanset støtteelementet – og opfyldelsen af de gensidigt bebyrdende pligter skal fortolkes på grundlag af den almindelige obligationsret – selv om de i realiteten forudsætter en forudgående hjemmel.

EF-retten anskuer ikke selve problemstillingen anderledes, men EF-retten supplerer det nationale hjemmelskrav med et krav om, at hvis støtten berører samhandelen mellem medlemsstaterne, skal der være hjemmel efter EØF-Traktatens artikel 92-94 til kontraktens støttelement.

Når der bortses fra de særlige problemer med offentlige virksomheder (der behandles særskilt ndf.), rejser dette en række spørgsmål. For det første må det undersøges, hvornår der overhovedet er tale om en støtte omfattet af EØFT artikel 92-94 (afsnit 2.2.1). EØFT artikel 92 forudsætter, at støtten påvirker handelen mellem medlemsstaterne. Det må derfor nærmere undersøges, hvornår denne betingelser er opfyldt, og om der gælder en bagatelgrænse som i konkurrenceretten (afsnit 2.2.2).

Endvidere vil det i visse situationer være vanskeligt at vurdere, om indgåelse af en kontrakt skal anses for en handelshindring omfattet af EØFT artikel 30 – eller om det alene har karakter af støtte. Dette har nemlig betydning i to sammenhænge: dels er der forskel på, hvornår en teknisk handelshindring efter artikel 30 og en statsstøtte efter artikel 92 er tilladt – og dels er EØFT artikel 30 umiddelbart anvendelig for borgerne – hvilket ikke er tilfældet for EØFT artikel 92.⁵⁴ Dette forhold mellem artikel 30 og artikel 92 belyses nærmere i afsnit 2.2.3.

Det er imidlertid ikke al statsstøtte omfattet af EØFT artikel 92, stk. 1, der er ulovlig efter EF-retten. Artikel 93 fastlægger en kompetencefordeling, der er forskellig fra de fleste andre traktat-regler, hvorefter Kommissionen og i visse tilfælde Rådet kan vedtage, at en ordning er forenelig med artikel 92. Det er på denne baggrund naturligt at omtale såvel de materielle som de procesuelle betingelser for statsstøtte (afsnit 2.2.4).

Domstolen har i flere afgørelser fastslået, at en overtrædelse af EØFT artikel 92 ikke kan skabe umiddelbar ret for borgerne, da der ikke er tale om et

53. Se f.eks. Bent Christensen, *Forvaltningsret, opgaver, hjemmel, organisation*, 1991, p. 283. Bent Christensen antager dog, at kommunerne uden særlig bemyndigelse kan stille infrastruktur til rådighed for virksomheder for at skabe beskæftigelse, idet han supplerende anfører, at beskæftigelsesproblemerne og de mange nye kommunale opgaver gør kravet om lov hjemmel for kommunal støtte til erhvervmæssige beskæftigelsesforanstaltninger tvivlsomt (p. 295).

54. Jvf. *Costa-Enel-sagen* 6/64, EF-domssaml. 1964, p. 1251.

ubetinget forbud – men Domstolen har samtidig anerkendt, at manglende underretning om en statsstøtteordning skaber umiddelbar ret for borgerne. I en nylig præjudiciel afgørelse er Domstolen gået et skridt videre, idet Domstolen har fastslået, at statsstøtten er ulovlig, indtil Kommissionen godkender støtten, og at en godkendelse ikke bevirker, at den tidligere ulovlige støtte bliver lovlig.⁵⁵

Domstolen har endvidere anerkendt, at Kommissionens accept af en statsstøtteordning efter følgende kan annulleres efter et annulationssøgsmål efter EØFT artikel 173 fra en konkurrent⁵⁶ – ligesom Kommissionen ved en beslutning kan forlange den indirekte støtte tilbagebetalt, når der ikke er sket forelæggelse efter artikel 93. Spørgsmålet om retsvirkning af overtrædelse af reglerne om statsstøtte omtales i afsnit 2.2.5.

2.2.1 EØFT artikel 92's statsstøttebegreb

EØF-Traktatens artikel 92, stk. 1 angiver, at »statsstøtte eller støtte, som ydes under enhver tænkelig form og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder« er forbudt, når »den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne«, bortset fra de i traktaten angive undtagelser. Dermed er angivet, at det ikke kun er direkte tilskud, men at også alle former for lempelser til bestemte virksomheder eller bestemte grupper af virksomheder er omfattet af begrebet.

Således vil f.eks. en statslig kapitaludvidelse i et selskab efter omstændighederne kunne være omfattet, jvf. Domstolens afgørelse i *sag 142/87*.⁵⁷ Tilsvarende kan en præferencetarif,⁵⁸ en rentegodtgørelse af eksportkreditter⁵⁹ og en ordning, hvorefter en vis procentdel af de offentlige indkøb skal ske hos lokale producenter,⁶⁰ være omfattet af støttebegrebet i artikel 92.

55. Domstolens afgørelse af 21. november 1991 i sag 354/90.

56. Jvf. sag 169/84, EF-domssaml. 1990, p. 3084.

57. EF-domssaml. 1990, p. 959, sag 142/87.

58. Se f.eks. sag 169/84, EF-domssaml. 1990, p. 3084 og Kommissionens beslutning 85/215 – EFT. 1985, L. 97/49.

59. Se sag 57/86, EF-domssaml. 1988, p. 2855. Sagen vedrørte en rentegodtgørelse for eksportkreditter i Grækenland, som efter det oplyste alene skulle neutralisere de negative virkninger af en forhøjet rente, hvilket skulle modsvare eksportørernes stilling efter en tidligere ordning. Domstolen bemærkede imidlertid, at det er uden betydning, »at rentegodtgørelsen i sammenligning med den tidligere ordning er økonomisk neutral for så vidt angår den hellenske eksports konkurrencedygtighed, idet den nugældende ordning bedømt separat begunstiger visse virksomheder« (pkt. 10).

60. Jvf. sag 21/88, EF-domssaml. 1990, p. 889 og Domstolens afgørelse af 11.7.1991 i sag 351/88.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

Også selektive afgiftsmæssige begunstigelser er omfattet af statsstøttebegrebet,⁶¹ hvilket aktuelt førte til en større undersøgelse hos Kommissionen af lovligheden af den danske CO2-afgift. En kommunes salg af en grund til et privat firma kan ligeledes risikere at blive anset for støtte efter artikel 92 – hvis kommunen ikke kan godtgøre, at handelen svarer til markedsprisen,⁶² ligesom kommunal etablering af mere omfattende infrastruktur til en bestemt virksomhed kan blive omfattet af artikel 92.⁶³

EØFT artikel 92 forudsætter heller ikke, at støtten udbetales af staten, idet der ikke er grund til at sondre mellem, »om støtten ydes direkte af staten eller af offentlige eller private organer, som staten opretter eller udpeger som ansvarlig for forvaltning af støtten«.⁶⁴ Herefter vil midler, som opstår gennem forskellige statslige ordninger, altid være omfattet – uanset hvem der forvalter støtten.

Samlet må det antages, at enhver offentligretlig eller privatretlig handling fra myndighedernes side, der økonomisk begunstiger bestemte producenter, som udgangspunkt vil være omfattet af artikel 92. Det må derfor antages, at såfremt nogle kommuner etablerer mere omfattende og usædvanlig infrastruktur i forbindelse med anlæg af bestemte nye virksomheder, kan dette medføre problemer i forhold til EF-retten, hvis ordningen ikke er blevet godkendt af Kommissionen.

Folketinget har i maj 1992 vedtaget nye regler om kommunernes deltagelse i erhvervsudviklingsaktiviteter.⁶⁵ En gennemgang af loven viser imidlertid en snæver afgrænsning af støttebegrebet i loven end det, som EF-retten anvender. I lovens § 2, stk. 4 anføres, at »gennem (...) (de) omhandlede erhvervsudviklingsaktiviteter må der ikke ydes *direkte finansiel støtte* til enkelte erhvervsvirksomheder«. I bemærkningerne til lovforslaget præciseres indholdet derhen, at bestemmelsen indebærer, at en støtte ikke må »have til formål at støtte *skrantende virksomheder*« eller »på anden måde direkte finansiel støtte til *enkelte erhvervsvirksomheder*«. Derimod angives i bemærkningerne, at de lovlige egnsudviklingsprojekter »skal være kollektive, d.v.s. rette sig mod alle

61. Jvf. f.eks. Kommissionens beslutning 92/35 om afgiftslempelser til en fransk firmagrube, der drev væddemål – EFT.1992, L. 14/35.

62. Jvf. Kommissionens beslutning 92/11 om Toyota's køb af større areal i Derbyshire i UK (EFT.1992, L. 6/36). Dette skulle nu være imødegået med Lov nr. 385, 1991, der foreskriver offentligt udbud før salg af kommunal ejendom, idet EF-retten på nuværende tidspunkt ikke kræver et egentligt EF-udbud af disse ejendomme.

63. Jvf. Kommissionens beslutning 92/11.

64. Jvf. sag 57/86, EF-domssaml. 1988, p. 2855, pkt. 12.

65. Lov nr. 383, 1992 om kommuners og amtskommuners deltagelse i erhvervsudviklingsaktiviteter.

2.2. Forbud mod statsstøtte

eller *en gruppe af virksomheder*», og det nævnes, at der bl.a. kan ske »etablering af *branchevækstgrupper*«⁶⁶ (alle fremhævelser er mine).

Loven og bemærkningerne indicerer, at kommunerne lovligt kan etablere branchestøtte uden forudgående godkendelse af Kommissionen, hvilket helt sikkert må afvises. Ligeledes antyder udtrykket »direkte finansiel støtte«, at kommunerne kan give indirekte støtte uden forudgående godkendelse af Kommissionen, hvilket ligeledes må afvises, jvf. formuleringen af EØFT, art. 92, stk. 1 og ovf.

Lov nr. 383, 1992 rejser også et andet problem, nemlig om kommuner og amter kan sælge skattefinansieret indsamlet viden til markedsprisen uden, at der i realiteten bliver tale om statsstøtte. Der kan nemlig rejses den indvending, at den indsamlede viden, som udbydes på markedet, kun er indsamlet i kraft af skattedækning, hvorfor produktion af denne tjenesteydelse forudsætter statsstøtte. Det kunne være ligegyldigt, hvis den pågældende viden ikke netop konkurrerer på markedet med private rådgivningsfirmaer – men når den pågældende viden er i konkurrence, er der betydelig risiko for konkurrenceforvriddning. I Danmark har det offentliges salg af viden på markedet ikke hidtil stødt på alvorlig modstand, formentlig bl.a. fordi der tidligere var et forbud mod en videre bearbejdning med henblik på salg af den indsamlede viden. Med formuleringen af lovens § 3 er der imidlertid åbnet op for en videre bearbejdning af kommuners og amtskommuners viden. Samtidigt skabes der lovmæssig hjemmel til kommunernes eksport af viden, hvorfor en konflikt med EF's statsstøtte-regler er nærliggende, medmindre der opnås en godkendelse af ordningen i Kommissionen eller Rådet – hvilket ikke er angivet i bemærkningerne til lovforslaget.

Hvis der er tale om offentlige virksomheder, er der tale om en støtte, hvis der er forskel »mellem de vilkår, på hvilke midlerne blev stillet til rådighed af staten for den offentlige virksomhed, og de vilkår som en privat investor vil finde acceptable at tilstå en tilsvarende privat virksomhed, når den private investor handler under normale markedsvilkår«, hvilket også fører til et krav om en rimelig forrentning af et evt. offentlig indskud af kapital i en virksomhed.⁶⁷ Ved bedømmelse af om kapitalindskudet kan anses for givet på markedsvilkår, vil det være af betydning, om der i forbindelse med kapitalindskudet er gjort en indsats for at genoprette selskabet ved omstrukturering, samt

66. Se Lovforslag L.78, Folketinget 1991-92.

67. Jvf. Kommissionens meddelelse af 24. juli 1991 om anvendelse af EØFT artikel 92 og 93 og artikel 5 i direktiv 80/723 på offentlige virksomheder i fremstillingssektoren, pkt. 11 og pkt. 27-31. (EFT.1991, C.273/1). Meddelelsen omfatter kun fremstillingssektoren, men som det anføres i pkt. 3, udelukker dette ikke, at Kommissionen også anvender principperne på andre offentlige virksomheder.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

om investeringsbeløbets størrelse står i rimeligt forhold til det sandsynlige udbytte-niveau.⁶⁸

Statsstøttebegrebet omfatter dog ikke de tilfælde, hvor alle sektorer får lige meget.⁶⁹

2.2.2 Hvornår berører støtten samhandelen

For at statsstøtten er omfattet af reglerne i EØF-Traktaten artikel 92-94, er det en betingelse, at støtten »påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne«. Forbudet omfatter efter formuleringen ikke en potentiel mulighed for påvirkning – men efter Kommissionens og Domstolens praksis er en støtte omfattet, blot det sandsynliggøres, at støtten påvirker.

Der forudsættes således ikke, at støtten gives til en virksomhed, der har en markedsandel på mere end 5%, som det kendes inden for konkurrenceretten.⁷⁰ Det forhold, at støtten gives til en virksomhed, der overvejende eksporterer til ikke EF-lande, er heller ikke tilstrækkelig til, at støtten kommer uden for artikel 92-94's anvendelsesområde – i hvert fald ikke hvis der er rimelig sandsynlighed for, at den støttemodtagende virksomhed vil genoptage afsætningen til EF.⁷¹

Samlet må derfor anføres, at for at en støtte påvirker samhandelen, forudsættes det alene, at Kommissionen påviser, at støtten påvirker en virksomheds stilling i forhold til andre virksomheder i EF samhandelen⁷² – idet det herefter er medlemsstaterne, der har bevisbyrden for, at samhandelen ikke

68. Jvf. Kommissionens meddelelse i forbindelse med kapitaltilførsel fra det 100% statsejede italiensk selskab, Italimpianti's til datterselskabet CMF SUD SpA, der bygger stålprodukter, og som bl.a. har fået en stor ordre på Østbroen for Storebælt. Som sagen foreligger oplyst, er der stærke indicier for, at det italienske firma netop har fået ordren på stålkonstruktioner på baggrund af en kapitaltilførsel på 22 mio. ECU – se EFT. 1992, C.122/6.

69. Jvf. Eberhard Grabitz og Christian Zacker »Scope for action by the EC Member States for the improvement of environmental protection under EEC Law: The example of environmental taxes and subsidies«, Common Market Law Review, 1989, p. 423 – p. 429ff.

70. Jvf. Tubemeuse-sagen 142/87, EF-domssaml. 1990, p. 959, hvor Domstolen anførte, »at den omstændighed, at en støtte er forholdsvis ubetydelig, eller den støttemodtagende virksomhed er af beskeden størrelse, ikke på forhånd (udelukker), at samhandelen mellem medlemsstaterne kan være påvirket – præmisserne pkt. 43.

71. Jvf. Tubemeuse-sagen 142/87, EF-domssaml. 1990, p. 959 – præmisserne pkt. 38.

72. Jvf. Philip Morris-sagen 730/79, EF-domssaml. 1980, p. 2671, hvor Domstolen anfører, at »når en finansiel støtte, som ydes af en stat, styrker en virksomheds position i forhold til andre virksomheder, som den konkurrerer med i samhandelen inden for Fællesskabet, må det antages, at samhandelen påvirkes« (pkt. 11).

påvirkes alligevel.⁷³ Selv om udtrykket »påvirker samhandelen« i EØFT artikel 92 kunne indicere et faktisk forhold, der er snævrere end den indirekte eller potentielle påvirkning af samhandelen efter EØFT artikel 30, bevirker bevisbyrden, at den praktiske forskel mellem fortolkningen af disse dele af de to bestemmelser ikke er stor.

2.2.3 **Forholdet mellem artikel 30 og artikel 92-94**

Når der ydes indirekte statsstøtte i kontrakter med private, er der ofte en risiko for, at dette bevirker en begrænsning i samhandelen i strid med EØFT artikel 30. Der vil derfor let kunne forekomme situationer, hvor begge bestemmelser er overtrådt.

Dette kunne måske forekomme uden betydning, men da overtrædelse af de to regler både har forskellige retsvirkninger og er underlagt et meget forskelligartet kompetencesystem, er spørgsmålet om, hvilken bestemmelse der anvendes, ikke uden betydning.

I *sag 74/76*⁷⁴ har Domstolen understreget, at EØFT artikel 30's meget vide anvendelsesområde ikke omfatter »hindringer som er omhandlet i andre særlige traktatbestemmelser«. Domstolen understregede, at det vil være forkert at ligestille »en støtte som sådan« med en kvantitativ restriktion efter artikel 30, idet »en så udvidet fortolkning af artikel 30, (der) ligestiller en støtte ifølge artikel 92 med en af artikel 30 omfattet kvantitativ restriktion, ville bevirke en ændring af rækkevidden af EØFT's artikel 92 og 93 og ændre den kompetencefordeling, som EØFT har tilsigtet«. Domstolen bemærkede dog, at hvis der foreligger krænkelse af andre traktatbestemmelser end artikel 92 og 93 kan det dog ikke udledes, at den direkte virkning af disse andre traktatbestemmelser ikke kan påberåbes.

I en efterfølgende *sag 21/88*⁷⁵ har Domstolen klart understreget, at en overtrædelse af EØFT artikel 92 og 93 ikke udelukker, at borgere også kan påberåbe sig EØFT artikel 30. Sagen var en præjudiciel forelæggelse efter EØF-traktatens artikel 177, om henholdsvis EØFT artikel 30 og artikel 92/93 var overtrådt med en italiensk regel om, at 30% af offentlige myndigheders vareindkøb i Syditalien var forbeholdt lokale virksomheder.

Der var ikke større tvivl om, at begge bestemmelser var overtrådt – men netop fordi sagen var anlagt ved de italienske domstole af et konkurrerende firma, var det vigtigt at afgøre forholdet mellem de to bestemmelser.

73. Jvf. *sag 57/86*, EF-domssaml. 1988, p. 2855 – spec. præmisserne pkt. 15.

74. EF-domssaml. 1977, p. 557.

75. EF-domssaml. 1990, p. 889.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

Med henvisning til en tidligere afgørelse i *sag 103/84*⁷⁶ bemærkede Domstolen, at »art. 92 ikke i noget tilfælde kan tjene som grundlag for at ophæve virkningen af Traktatens bestemmelser om frie varebevægelser«. ⁷⁷ Herefter fastslog Domstolen, at »den omstændighed at en national foranstaltning eventuelt kan bestemmes som en støtteordning efter Traktatens artikel 92 ikke er tilstrækkelig begrundelse for at undtage foranstaltningen fra forbudet i følge Traktatens artikel 30«. ⁷⁸ Det må herefter antages, at når både EØFT artikel 30 og artikel 92 er overtrådt, kan borgerne umiddelbart påberåbe sig artikel 30 – ligesom det må antages, at Kommissionens godkendelse af en støtte efter EØFT artikel 93 ikke udelukker at en ordning kan anses som værende i strid med EØFT artikel 30.

En efterfølgende sag ved Domstolen om det i hovedsagen samme problem endte ikke overraskende med en tilsvarende konklusion. ⁷⁹

2.2.4. Lovlig statsstøtte efter EF-retten

2.2.4.1 Procesuelle regler

EØF-Traktatens artikel 92, stk. 2 og stk. 3 angiver nogle forhold, der kan medføre, at en statsstøtte anses for forenelig med EF-retten. Disse to undtagelser fra artikel 92, stk. 1, må imidlertid sammenholdes med artikel 93, stk. 3, der forudsætter, at medlemsstater, der indfører eller ændrer en støtteordning, giver Kommissionen underretning »så betids«, at Kommissionen kan nå at fremsætte evt. indsigelser. Dette underretningssystem kan dog fraviges, når Rådet har vedtaget særlige forordninger efter EØFT artikel 94, hvilket ikke er sket i nævneværdigt omfang.

En støtteordning kan træde i kraft 2 måneder efter, at Kommissionen er underrettet, medmindre Kommissionen har betænkeligheder og derfor rejser yderligere spørgsmål med henblik på en stillingtagen efter artikel 93, stk. 2, jvf. *sag 120/73*. ⁸⁰

Undlader medlemsstaten at underrette Kommissionen om en støtteordning, kan Kommissionen nedlægge foreløbigt forbud mod videre statsstøtte, ligesom

76. EF-domssaml. 1986, p. 1759.

77. *Sag 21/88*, præmisserne pkt. 20.

78. *Sag 21/88*, præmisserne pkt. 21.

79. Se *sag 351/88*, afsagt d. 11.7.1991, der tilsvarende var en præjudiciel forelæggelse om en italiensk ordning, hvorefter virksomheder med produktionsanlæg i Syditalien forbeholdes en procentandel af offentlige indkøb var i strid med henholdsvis artikel 30 og 92. Domstolen bemærkede, at artikel 30 er til hinder for en sådan ordning, og det forhold, at der er tale om en støtteforanstaltning omfattet af artikel 92, er ikke tilstrækkeligt til at undtage ordningen for forbudet efter artikel 30.

80. EF-domssaml. 1973, p. 1471.

konkurrenter ved de nationale domstole kan få underkendt støtten som ulovlig. Hvis medlemsstaten underretter Kommissionen og iværksætter støtten uden at afvente Kommissionens godkendelse, vil også den støtte, der er udbetalt frem til godkendelsen, være ulovlig, og konkurrenter vil uden Kommissionens medvirken kunne få underkendt den støtte, der er udbetalt frem til godkendelsen, ved de nationale domstole, jvf. *sag 354/90*.⁸¹

Efterkommer medlemsstaten Kommissionens påbud og meddeler alle nødvendige oplysninger, men iværksætter støtten uden at afvente godkendelse og Kommissionen er vidende herom, er det mere usikkert, om der er tale om en overtrædelse af EØFT artikel 92 og 93, før Kommissionen har afsluttet sine undersøgelser, jvf. *sag 301/87*, hvor Domstolen understregede, at Kommissionen kunne suspendere støtte efter forudgående kontradiktion af medlemsstaten.⁸²

2.2.4.2 *De materielle betingelser for statsstøtte*

Den lovlige støtte efter EØFT artikel 92, stk. 2, drejer sig om sociale støtte foranstaltninger, støtte i forbindelse med naturkatastrofer og andre usædvanlige forhold⁸³ samt støtte, der hænger sammen med Tysklands deling – hvilket er opretholdt i Unionstraktaten. Efter artikel 92, stk. 3, litra a), og c) kan Kommissionen endvidere meddele godkendelse af støtte til områder, der er økonomisk underudviklede eller har en betydelig arbejdsløshed – eller som led i strukturpolitikken til udvikling af visse erhvervsgrene. Begge bestemmelser fortolkes dog ganske restriktivt, således at der skal være tale om meget underudviklede områder, ligesom Kommissionen ved godkendelse skal sikre, at strukturstøtten ikke blot flytter problemet til andre medlemsstater. Herudover kan gives støtte til projekter af fælles interesse, hvilket primært omfatter forskning og miljøbeskyttelse. Endelig indeholder EØFT artikel 92, stk. 3, litra d), en generel bemyndigelse til, at Rådet med kvalificeret flertal kan godkende »andre former for støtte«.

Hvor EF har indført en fælles markedsordning i en bestemt sektor, som det er tilfældet med landbruget, er det udelukket, at medlemsstaterne med henvisning til strukturproblemer kan få tilladelse til støtte, jvf. Domstolens afgørelse i *sag 86/89*.⁸⁴

I denne sag havde Italien givet støtte til druemost bl.a. med henvisning til, at EF's støtteordninger favoriserede de landbrug og vinproducenter, der

81. Utrykt dom af 21.11.1991.

82. EF-domssaml.1990, p. I-307.

83. Jvf. EØFT artikel 92, stk. 2, litra a) og b).

84. EF-domssaml. 1990 I, p. 3891.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

forhøjede vinens alkohol-procent ved tilsætning af saccharose. Italien fandt derfor, at EF's støtteordninger indebar en konkurrencefordrejning mellem regioner, der anvendte henholdsvis druemost og saccharose.

Uanset disse strukturforskelle bemærkede Domstolen imidlertid, at når »EF har indført en fælles markedsordning i en bestemt sektor, tilkommer det EF at søge løsning på problemerne«.⁸⁵

Er der tale om generel driftsstøtte, der ikke går til bestemt(e) projekter, er det Kommissionens opfattelse, at en sådan støtte »falder (...) principielt ikke ind under de undtagelser fra uforenelighed med det fælles marked, der er opregnet i EØF-Traktatens artikel 92«.⁸⁶

Der er endvidere grund til at antage, at speciel statsstøtte til virksomheder inden for fremstillingssektoren⁸⁷ eller bygge- og anlægssektoren⁸⁸ vil blive bedømt særligt strengt.

2.2.4.2.1 Særligt om støtte til miljøbeskyttelse

Udgangspunktet er, at statsstøtte med henblik på miljøbeskyttelse er forbudt, jvf. »forureneren betaler princippet«. Det nærmere indhold af forureneren betaler princippet skal dog fortolkes i lyset af EØFT artikel 92 og 93, idet en statsstøtte til miljøbeskyttelse efter omstændighederne kan godkendes efter EØFT artikel 93. Ved bedømmelse af, om støtten er lovlig, udgør Rådets henstilling 75/436 om påligning af omkostninger og de offentlige myndigheders indgriben på miljøområdet⁸⁹ dog et fortolkningsbidrag.

En skattelignende afgift på f.eks. olie, der alene anvendes til nationale støtteforanstaltninger til vedvarende energi, vil således være omfattet af EØFT's bestemmelser om statsstøtte.⁹⁰

85. Præmisserne pkt. 19.

86. Jvf. Kommissionens meddelelse vedrørende kapitaltilførsler til CMF SUD SpA, EFT.1992, C.122/6.

87. Jvf. Kommissionens meddelelse af 24. juli 1991 om anvendelse af EØFT artikel 92 og 93 på offentlige virksomheder i fremstillingssektoren, EFT.1991, C.273/1.

88. Således angiver Kommissionen i meddelelse om kapitaltilførsler til CMF SUD SpA, »at den konkurrenceforvridning, som opstår på grund af driftsstøtte i bygge- og anlægssektoren er særlig alvorlig på grund af markedets specielle karakteristika« – EFT.1992, C.122/6.

89. EFT.1975, L. 194/1.

90. Jvf. Domstolens afgørelse af 11.3.1992 i de forenede sager 78-83/90, hvor Domstolen yderligere bemærkede, at hvis provenuet ved en sådan skattelignende afgift fuldt ud udligner omkostninger ved den indenlandske vedvarende energiproduktion anses den for en indirekte told i strid med EØFT artikel 12 – og hvis den delvist udligner som værende i strid med EØFT artikel 95's forbud mod afgiftsdiskrimination.

2.2. *Forbud mod statsstøtte*

For at støtte til miljøforanstaltninger vil kunne opnå godkendelse fra Kommissionen, er udgangspunktet, at de mål, som den økonomiske støtte tilsigter, sker i EF's – og ikke i støttemodtagerens interesse – således at støttemodtageren reelt giver en modydelse.⁹¹ Det forudsættes endvidere, at målene ikke kan nås på anden måde, og at støtten går til opfyldelse af pligtige strenge miljøkrav, som rammer enkelte virksomheder særligt hårdt – ikke frivillig miljøforebyggelse.⁹² Der må endvidere antages, at der gælder nogle obligatoriske betingelser for, hvornår de materielle betingelser for støtte er opfyldt,⁹³ der kan sammenfattes i følgende. Der skal være tale om betydelige og nødvendige miljøbeskyttelsestiltag, der medfører forøgede investeringer. Støtten skal begrænses til virksomheder, der har været etableret i mindst 2 år og lette virksomhedernes mulighed for at opfylde de nye krav. Det må forventes at Kommissionen fremover vil skærpe kravene til godkendelse af støtte til miljøbeskyttelse, jvf. L. Krämer, EEC-Treaty and Environment Protection, 1990, p. 21.

På nogle områder er der i hele EF gennemført særordninger, som adskiller sig fra ovennævnte ved, at der ikke er tale om statsstøtte, men om EF-støtte. Således må nævnes landbrugs- og energiområdet. På landbrugsområdet kan nævnes forordning 797/85 om forbedring af landbrugsstrukturernes effektivitet,⁹⁴ med henblik på ugunstigt stillede områder jvf. artikel 3, stk. 1 samt med henblik på særligt miljøfølsomme områder, artikel 19. Endvidere må nævnes forordning 1760/87,⁹⁵ der har åbnet op for yderligere tilskud til ekstensivering af landbrugsdriften, samt en udvidelse af støtten til mil-

91. I Kommissionens beslutning 84/417 og 418 (EFT.1984, L.230/28 og 31), der vedrørte hollandsk støtte til et olieraffinaderi angiveligt bl.a. med henblik på forbedrede normer for miljøkontrol, især m.h.t. vandforurening« anføres det eksplicit, at artikel 92, stk. 3 fastsætter, »hvilke målsætninger, der skal følges i EF's og ikke i den støttemodtagende virksomheds interesse. Disse undtagelser fortolkes snævert... Især kan der kun indrømmes støtte, når Kommissionen finder det godtgjort, at dette vil bidrage til at nå de i undtagelsesbestemmelserne fastsatte mål, som de støttemodtagende virksomheder ikke vil kunne nå ved egen hjælp under normale markedsvilkår alene« (præmisserne pkt. V).

92. I den ovf. omtalte beslutning om støtte til hollandsk olieraffinaderi anfører således »Den nederlandske regering har ikke bevist, at disse investeringer til miljøformål er nødvendige som følge af, at der i Nederlandene er pålagt virksomhederne nye normer, som er en forudsætning for at opnå støtte til miljøbeskyttelse« (præmisserne pkt. IV).

93. Se: »Scope for action by the EC Member States for the improvement of environmental protection under EEC Law: The example of environmental taxes and subsidies« af Eberhard Grabitz og Christian Zacker. Common Market Law Review, 1989, p. 423, 431-433 ff.

94. EFT.1985, L. 93/1.

95. EFT.1987, L. 167/1.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

jøfølsomme områder, jvf. forordningen artikel 19-19c. På energiområdet ydes der EF-tilskud til fremme af industrielle forsøgsprojekter med energibesparende løsninger, jvf. forordning 3640/85.⁹⁶

2.2.5 Retsvirkningen af overtrædelse af artikel 92-94

Som det er fremgået af de foregående afsnit, bygger EØF-Traktatens regler om statsstøtte på et særligt kompetencesystem. Det er derfor ikke overraskende, at Domstolen i flere sager har fastslået, at bestemmelsen om statsstøtte i artikel 92 ikke er umiddelbart anvendelig for borgerne, da bestemmelsen netop ikke er ubetinget.⁹⁷ Artikel 93, stk. 1, forudsætter, at Kommissionen påser overholdelse af reglerne, og artikel 93, stk. 2, åbner mulighed for, at en statsstøtte godkendes af Kommissionen – eller at en medlemsstat opnår Rådets accept af, at en statsstøtte er forenelig med EF-retten.

Det vil imidlertid være forkert at drage den konklusion, at EØF-Traktatens regler om statsstøtte slet ikke er umiddelbart anvendelige for borgerne. Af det foregående er fremgået, at hvis en medlemsstat iværksætter en støtteordning omfattet af EØFT artikel 92 uden at underrette Kommissionen, kan konkurrenter ved de nationale domstole få underkendt støtten som ulovlig.⁹⁸ Det fremgår ligeledes af Domstolens praksis, at selv om en støtteordning godkendes af Kommissionen, vil den støtte, der er udbetalt frem til godkendelsestidspunktet, være ulovlig, idet Kommissionens beslutning om godkendelse »ikke har til følge, at de ugyldige retsakter efterfølgende lovliggøres«.⁹⁹

For en nærmere undersøgelse af den umiddelbare retsvirkning af EØF-Traktatens statsstøtte-regler er det hensigtsmæssigt at sondre mellem to muligheder – nemlig om EF's regler om statsstøtte skaber henholdsvis ret eller pligt for borgerne og de private virksomheder.

2.2.5.1 Hvornår kan private støtte ret på reglerne

Det er naturligt, at de private borgere og virksomheder, som mister markedsandele eller kan godtgøre, at de er udsat for ubillig konkurrence på grund af en statslig støtte til en *anden virksomhed*, har en retlig interesse i EF's regler om statsstøtte, hvilket er grundbetingelsen for, at der foreligger den retlige interesse, der er forudsætningen for, at en EF-regel er umiddelbart anvendelig

96. EFT.1985, L. 350/29.

97. Se f.eks. sag 78/76, EF-domssaml. 1977, p. 595.

98. Jvf. Domstolens afgørelse af 11. marts 1992 i de forenede sager 78-83/90.

99. Domstolens afgørelse af 21. november 1991 i sag 354/90. Se Også Peter Gjørtlers kommentar i Lov & Ret, 1992, nr. 2, p. 32.

2.2. *Forbud mod statsstøtte*

for private, i hvert fald hvis der skal opnås en præjudiciel forelæggelse ved Domstolen.¹⁰⁰

Det kan overvejes, om en skatteyder tilsvarende har mulighed for at anlægge sag om ulovlig statsstøtte, da skatteyderen jo finansierer det offentlige tilskud. Denne mulighed må dog afvises, hvilket er helt oplagt i tilfælde af statslige tilskud, hvor tilskudets marginale effekt på skattetrykket helt udelukker muligheden. Men også hvor der er tale om et kommunal støtte, må skatteyderes søgsmålskompetence med hensyn til EF's statsstøtteregler udelukkes. Borgerne må henvises til at klage til det kommunale tilsyn, der til gengæld må have mulighed for at indbringe spørgsmålet om tilbagebetaling af ulovlig statsstøtte for de nationale domstole, idet de næppe har beføjelser til at forelægge en klagesag for Kommissionen.

Konkurrenter til støttemodtageren kan støtte umiddelbar ret på EF's regler om statsstøtte i to tilfælde, nemlig i forhold til de nationale domstole og i forholdet til Kommissionen ved Domstolen.

Det første tilfælde forudsætter enten, at en medlemsstat har undladt at underrette Kommissionen om en ny eller ændret støtte omfattet af artikel 92, eller at en medlemsstat har iværksat støtten uden at afvente Kommissionens godkendelse.

Har en medlemsstat undladt at underrette Kommissionen om ordningen, har Domstolen fastslået, at i et sådant tilfælde kan private påberåbe sig artikel 92 ved de nationale domstole, indtil Kommissionen er underrettet.¹⁰¹ Når Kommissionen konstaterer en støtteordning, har medlemsstaten krav på at udtale sig, inden Kommissionen træffer beslutning.¹⁰² Meddeler den pågældende medlemsstat efterfølgende alle nødvendige oplysninger, er Kommissionen forpligtet til at undersøge, om støtten er uforenelig med EF-retten. Hvis medlemsstaten derimod undlader at fremkomme med de nødvendige oplysninger, er Kommissionen berettiget til at vurdere sagen på det foreliggende grundlag og om fornødent at ophæve den nationale støtteordning, ligesom Kommissionen kan bestemme, at den modtagne støtte skal tilbagebetales.¹⁰³

Er statsstøtten iværksat uden at afvente Kommissionens undersøgelser og godkendelse, vil støtten skulle tilsidesættes ved de nationale domstole for

100. Jvf. Foglia/Nevello-sagen 104/79, EF-domssaml. 1980, p. 745.

101. Se f.eks. sag 91 og 127/83, EF-domssaml. 1984, p. 3535, hvor Domstolen bemærkede, at artikel 92/93 kun kan »påberåbes af private, hvis de pågældende foranstaltninger er støtteforanstaltninger i den i artikel 92 forudsatte betydning, og hvis den i artikel 93, stk. 3 fastsatte kontrolprocedure ikke er blevet overholdt« (pkt. 11).

102. Jvf. sag 301/87, EF-domssaml. 1990, p. 307 – præmisserne pkt. 19.

103. Jvf. sag 301/87, EF-domssaml. 1990, p. 307, pkt. 22.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

perioden frem til godkendelsen, da godkendelsen ikke skaber retsvirkning bagud.¹⁰⁴

Det følger heraf, at konkurrenter til en støttemodtager ved de nationale domstole kan få ophævet en ikke godkendt støtteordning og formentlig har krav på, at støttemodtageren tilbagebetaler den modtagne støtte for den ulovlige periode. Det sidste må dog formentlig bero på de nationale regler om tilbagesøgning og gælder næppe ubegrænset.

Indtil specielt Domstolens afgørelse i *sag 354/90* var retsstillingen ikke helt klar med hensyn statsstøtten for den periode, der gik, mellem Kommissionen modtog underretning, og godkendelsen forelå. Domstolen havde således i en tidligere sag fastslået, at når Kommissionen konstaterer en støtteordning, »uden at den har modtaget underretning herom, kan de efter at have givet vedkommende medlemsstat lejlighed til at fremsætte sine bemærkninger hertil ved en midlertidig beslutning, indtil resultatet af undersøgelserne foreligger, pålægge medlemsstaten straks at suspendere udbetalingen af støtten«. ¹⁰⁵ Dette kunne antyde, at kun Kommissionen kan suspendere støtteordningen midlertidigt, hvilket efter Domstolens afgørelse i *sag 354/90* helt sikkert ikke er tilfældet.

Afgørelsen i *sag 301/87* sammenholdt med *sag 354/90* kan forklares således, at hvis Kommissionen er vidende om en igangværende støtteordning, som den aktuelt undersøger med henblik på godkendelse – så er ordningen ikke i strid med EF-retten, medmindre Kommissionen beslutter at pålægge medlemsstaten at suspendere udbetalingen. Dette resultat begrundes med, at efter Domstolens anførelse i *sag 301/87* forudsætter Kommissionens suspension af støtten, at medlemsstaten forudgående har krav på kontradiktion, hvilket indikerer, at Kommissionens passivitet over for en overtrædelse medfører, at støtten bliver lovlig. Antagelsen medfører, at bedømmelsen af, om en statsstøtte er ulovlig efter EF-retten, beror på en sontring mellem to tilfælde. Det ene tilfælde er, hvor Kommissionen behandler en anmodning om godkendelse af støtte, uden at være vidende om, at støtteordningen faktisk er sat i værk. Og det andet tilfælde er, hvor Kommissionen har viden om, at der udbetales støtte, mens den behandler en ansøgning om godkendelse. I det første tilfælde vil konkurrenter kunne få tilsidesat støtten ved de nationale domstole frem til Kommissionens godkendelse foreligger, jvf. *sag 354/90*, mens konkurrenterne i det andet tilfælde vil være afskåret fra at få støtten tilsidesat fra det tidspunkt, hvor medlemsstaten ansøger om godkendelse, og indtil godkendelsen foreligger.

104. Jvf. Domstolens afgørelse af 21.11.1991 i *sag 354/90*.

105. *Sag 301/87*, EF-domssaml. 1990, I, 307, præmisserne pkt. 19.

2.2. *Forbud mod statsstøtte*

De to afgørelser kan imidlertid også forstås på den måde, at *sag 354/90* angiver konkurrenternes materielle retsstilling, mens *sag 301/87* alene er en præcisering af de procesuelle retsskridt, Kommissionen skal gennemføre, hvis den vil påtale en overtrædelse, således at Domstolens fremhævelse af kontradiktion blot modsvarer kravet om en begrundet udtalelse efter EØFT artikel 169. Hvis det sidste synspunkt antages, er resultatet, at statsstøtte under alle omstændigheder er ulovlig, indtil godkendelsen foreligger, og at konkurrenter kan få tilsidesat statsstøtteordninger ved de nationale domstole – mens Kommissionens adgang til selvstændigt at gribe ind forudsætter en forudgående kontradiktion af medlemsstaten.

Hvis lovligheden af en støtteordning kan bero på Kommissionens viden, er den praktiske konsekvens, at konkurrenter, der vil have standset en ikke godkendt statsstøtteordning, ikke har meget gavn af at klage til Kommissionen, men i stedet bør opfordres til at anvende de nationale domstole. Løsningen forekommer ikke hensigtsmæssig, idet den medfører, at det bliver næsten umuligt for de nationale domstole at afgøre sager om overtrædelse af statsstøtte-reglerne, da bevisproblemer om Kommissionens viden må forventes at føre til meget tilfældige resultater.

På denne baggrund er konklusionen, at ikke godkendt statsstøtte, der er omfattet af artikel 92, altid er ulovlig og kan tilsidesættes ved de nationale domstole – mens Kommissionen skal foretage høring af medlemsstaten, hvis Kommissionen selvstændigt vil gribe ind. Helt klarhed om resultatet er der dog ikke, hvilket bl.a. fremgår af, at Kommissionen i meddelelsen om kapitaltilførsel til CMF SUD SpA henleder den italienske regerings opmærksomhed på, at støtte, der er udbetalt, uden at støtten er godkendt, »eventuelt kan kræves tilbagebetalt fra støttemodtageren«.¹⁰⁶ Hvis ovenstående konklusion er rigtig, foreligger der nemlig kun et »eventuelt« i den forstand, at medlemsstaterne ikke ex officio skal påse tilbagebetaling, men at det forudsætter en forudgående dom.

Når underretning er sket til Kommissionen, og denne godkender statsstøtten, er formodningen naturligvis imod, at en konkurrent har nogen retsmidler imod Kommissionens beslutning. Dette gælder dog ikke helt ubetinget, hvilket fremgår af *sag 169/84*,¹⁰⁷ hvor Kommissionen henlagde en oprindelig indsigelse mod en statsstøtte på grundlag af oplysninger, der efterfølgende viste sig at være faktisk forkerte.

Sagens baggrund var et hollandsk prispræferencesystem for naturgasleverancer til kunstgødningsproducenter, som havde medført, at Kommissionen i

106. EFT.1992, C.122/6

107. EF-domssaml. 1990, p. 3084.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

henhold til EØFT artikel 93, stk. 2, havde startet en overtrædelsesprocedure. Holland meddelte imidlertid, at dette system var ophævet og erstattet af et nyt prissystem, som Kommissionen fandt var foreneligt med EF-retten, hvorefter sagen blev hævet.

På denne baggrund anlagde et firma annulationssøgsmål med påstand om, at Kommissionens beslutning om at hæve sagen skulle annulleres, idet firmaet anførte, at beslutningen var behæftet med åbenbare fejl ved vurderingen af det nye prissystem. Domstolen indhentede på grundlag af den indledende skriftveksling en sagkyndig erklæring, som på en række punkter bestred det faktiske grundlag, som Kommissionens beslutning byggede på.

Sagen endte med, at Kommissionen blev forpligtet til at genoptage sagen, idet Domstolen anførte, at den sagkyndige erklæring godtgjorde, at de hollandske ammoniakproducenter også havde fordel af det nye prissystem, hvorfor den særlige pris i realiteten har »karakter af en specialpris for en sektor«, ¹⁰⁸ samt at den omhandlede pris ikke kunne begrundes i besparelser på grund af forbrugets størrelse ¹⁰⁹ eller på grund af de særlige kontraktlige muligheder for afbrydelse af leverancer, ¹¹⁰ hvorfor prisen måtte bero på andre forhold. ¹¹¹ Domstolen fastslog, at Kommissionen har »begået en åbenbar fejl ved vurderingen af de faktiske omstændigheder«. ¹¹²

Domstolens afgørelse i denne sag fastslår således, at urigtige faktiske oplysninger kan medføre annulation af en godkendt statsstøtte. Dette indebærer ikke, at Domstolen i almindelighed vil tilsidesætte Kommissionens betydelige skønsmålinger efter EØFT artikel 93. Men hvis Kommissionens godkendelse indebærer en væsentlig ændring af den udviklede praksis ved godkendelse af statsstøtte, som samtidigt strider mod andre Traktatbestemmelser, er det nærliggende at antage, at Domstolen også vil annullere sådanne beslutninger.

2.2.5.2 Hvornår bliver private forpligtet af reglerne

Den gruppe af private borgere og virksomheder, der har interesse i at afgrænse, hvornår EF-reglerne om statsstøtte forpligter dem, er naturligvis de private, der opnår støtte omfattet af den vide definition i artikel 92, stk. 1. Som det er fremgået af redegørelsen om artikel 92's vide anvendelsesområde, er det ikke kun offentligretlige støtteordninger, der kan være omfattet.

108. Præmisserne pkt. 22 og 23.

109. Præmisserne pkt. 31.

110. Præmisserne pkt. 42.

111. Præmisserne pkt. 50.

112. Præmisserne pkt. 32, 42, 48 og 51.

2.2. Forbud mod statsstøtte

Også en for den private kontrahent meget fordelagtig kontrakt kan efter omstændighederne blive anset for indirekte støtte og omfattet af reglerne i artikel 92 og 93, hvilket kan illustreres med Kommissionens beslutning 92/11.¹¹³

Baggrunden for sagen var, at Toyota Motor Corporation og den britiske regering i 1989 havde besluttet at opføre en ny fabrik i Derbyshire til produktion af ca. 200.000 personbiler om året efter en indkøringsperiode. Meddelelse herom var tilgået Kommissionen sammen med oplysning om, at de lokale myndigheder vil bistå med projektering af infrastruktur, herunder klargøring af grunden, og at Kommissionen vil modtage anmeldelse, såfremt der var noget heri, der faldt ind under artikel 92. I begyndelsen af 1990 underrettede UK Kommissionen om indholdet af en pakke af lokale foranstaltninger til fordel for Toyota, der alene vedrørte nogle ændringer af infrastrukturen uden for Toyota's grund – og derfor efter den britiske opfattelse ikke faldt ind under artikel 92. På dette tidspunkt opstod der presseforlydender om, at Toyota i virkeligheden havde købt grunden for billigt af kommunen, hvilket gav anledning til, at Kommissionen foretog en række undersøgelser. Resultatet af disse undersøgelser viste, at kommunen ikke havde fået foretaget en vurdering af grunden, inden aftalen om salg med Toyota blev indgået. Endvidere vurderede en lokal vurderingsmand grundens pris til 22,5 mio £ – mens Toyota havde betalt 18,2 mio £. Vurderingsmandens pris var baseret på en pris på 45.000 £ pr. acre, idet han dog oplyste, at industrigrunde af mindre størrelse i området kunne sælges for 200.000 – 250.000 £ pr. acre.

Kommissionen anfører i sin beslutning, at selv om støttebeløbet er beskedent i forhold til de samlede investeringer, og Toyota under alle omstændigheder var gået videre med projektet, var kommunen »retligt forpligtet til at sælge grunden til Toyota for det største beløb, der med rimelighed kunne opnås«.

Der skulle herved tages hensyn til »grundens beskaffenhed og beliggenhed, planlægningsmæssige og andre begrænsninger for grundens udnyttelse samt grundmarkedet«. Kommissionen afviste endvidere kommunens henvisning til, at betydelige planlægningsmæssige begrænsninger påvirkede markedsprisen, da begrænsningerne ikke gjaldt for Toyota. Ligeledes afviste Kommissionen, at der kunne være tale om regionalstøtte, da Derbyshire ikke er beliggende i en region, der kan modtage støtte i medfør af artikel 92, stk. 3, litra a og c.

På denne baggrund blev kommunen pålagt at sørge for, at Toyota tilbagebetaler 4,2 mio £, svarende til differencen mellem vurderingsmandens overslag og den faktiske pris.

113. EFT.1992, L. 6/36.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

Dette indebærer samlet, at en privat kontrahent, der indgår en kontrakt med offentlige myndigheder, nok har en interesse i at sikre sig de mest fordelagtige vilkår – men på den anden side må sikre sig mod, at vilkårene er så fordelagtige, at kontraktens indhold efterfølgende ændres af Kommissionen. I Toyota-sagen er der næppe tvivl om, at den britiske kommune ikke havde fastsat prisen for grunden på grundlag af markedsprisen, men at prisen var fastsat med henblik på etablering af arbejdspladser i kommunen.

Ved bedømmelse af, om en kontrakt har karakter af støtte, er der dog altid det problem, at det er overordentligt vanskeligt at fikser markedsprisen. Selve markedet forudsætter uvægerligt et spillerum, hvorfor det må antages, at Kommissionen nok vil udvise en vis tilbageholdenhed før en offentlig kontrakt anses som afvigende fra markedsprisen. Men beslutningen i Toyota-sagen understreger, at det ved aftaler med offentlige myndigheder er vigtigt ikke at overspille de samfundsøkonomiske fordele af en kontrakt.

2.2.5.3 Tilbagebetalingspligten

Dette rejser spørgsmålet om, hvorvidt de nationale domstole er forpligtet til at eksekvere en Kommissions beslutning om, at en ulovlig støtte skal tilbagebetales. Denne problemstilling tog Domstolen stilling til i Tubemeuse-sagen.¹¹⁴ Sagen drejede sig om, at den belgiske stat i forbindelse med virksomheden Tubemeuse's økonomiske problemer stort set havde overtaget alle de private investorers andel og efterfølgende havde gennemført en betydelig udvidelse af den ansvarlige kapital med statslige midler.

Da Kommissionen traf beslutningen om tilbagebetaling af den ulovlige støtte, var Tubemeuse imidlertid genstand for forhandlinger om tvangsakkord. Belgien gjorde gældende, at beslutningen var uden reelt indhold, da virksomheden ikke længere eksisterede, hvilket Domstolen afviste med henvisning til, at virksomheden fortsat producerede, og at den ikke var ophørt med at eksistere i hverken juridisk eller økonomisk forstand.¹¹⁵

På baggrund af tvangsakkorden gjorde Belgien endvidere gældende, at tilbagebetaling af støtte var udelukket efter belgisk lov, da Tubemeuse under akkordforhandlingerne er beskyttet mod ethvert krav fra den belgiske stat, og aktiverne er afstået til kreditorerne, hvorfor hverken Kommissionen eller Domstolen kan stifte et privilegium i forhold til Tubemeuse's kreditorer. Dette synspunkt anerkendte Domstolen indirekte, idet den bemærkede, »at tilbagebetaling af en ulovligt udbetalt støtte skal ske i henhold til de relevante bestemmelser om fremgangsmåder i national ret, hvorved det dog er en

¹¹⁴. Sag 142/87, EF-domssaml. 1990, I, p. 959.

¹¹⁵. Præmisserne pkt. 51.

betingelse, at disse bestemmelser anvendes på en sådan måde, at den efter EF-retten krævede tilbagesøgning ikke gøres praktisk umulig». ¹¹⁶

Tilbagesøgning af statsstøtte rejser i den forbindelse flere problemer. For det første er søgsmålene særegne, fordi hverken den berettigede til tilbagesøgning (staten eller kommunerne) eller den forpligtigede (støttemodtageren) har noget ønske om tilbagesøgning. Det almindelige *berigelsesproblem* stiller sig derfor i disse tilfælde noget på hovedet.

Hvor en virksomhed har betalt for høje afgifter eller skatter – f.eks. på grund af EØF-Traktatens forbud mod diskriminerende afgifter ¹¹⁷ – skal medlemsstaten ikke tilbagebetale den del af de ulovlige afgifter, som er overvæltet på priserne, hvilket begrundes med et almindeligt berigelsessynspunkt. Noget tilsvarende anerkendes i dansk ret, der dog forudsætter en umiddelbar overvæltning af udgiften på priserne, hvilket næppe er tilfældet ved f.eks. ejendomsskatter. ¹¹⁸

Forfølges dette synspunkt i forhold til statsstøtte, vil støttemodtageren i mange tilfælde kunne påberåbe sig, at støtten faktisk har resulteret i lavere priser, hvorfor der ikke foreligger nogen direkte berigelse, men kun indirekte i form af omsætningsforøgelse eller sikring af virksomhedens overlevelse. Hvis der skal være nogen chance for effektivt at håndhæve statsstøttere reglerne, må ethvert sådant berigelsessynspunkt imidlertid afvises – specielt da tilbagesøgningen ikke sker i modtagerens interesse (de offentlige myndigheder) – men i tredjemands (konkurrentens) interesser.

Men dermed rejses et andet nærliggende spørgsmål om, hvorvidt der ikke i visse situationer herved sker en tilsidesættelse af en retligt beskyttet *berettiget forventning* hos støttemodtageren, der jo kan påberåbe sig, at det må være myndighederne, der er ansvarlige for lovligheden af en direkte eller indirekte støtte. ¹¹⁹

I mange situationer vil støttemodtageren nemlig være i god tro om støttens lovlighed, ligesom støttemodtageren ofte vil have foretaget en række økonomiske dispositioner, før Kommissionen træffer beslutning om, at støtten skal tilbagebetales. Det kan måske derfor forekomme urimeligt, at støttemodtageren skal tilbagebetale støtten, idet støttemodtageren med betydelig vægt kan

116. Sag 142/87, præmisserne pkt. 61.

117. Jvf. f.eks. sag 148/77 om en tysk afgift på rom, EF-domssaml. 1978, p. 1787.

118. Se f.eks. Henning Skovgaard, »Offentlige myndigheders erstatningsansvar, 1983, p. 314.

119. Selv om dansk ret ikke har et lovfæstet princip om den berettigede forventning, så er princippet anerkendt som et lovligt og nogle gange udslagsgivende kriterium i forvaltningsretten. Bent Christensen, »Forvaltningsret, opgaver, hjemmel, organisation«, 1991, p. 163-164.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

argumentere for, at myndighederne bør hæfte for den indtrådte skade. Uanset de gode argumenter for et sådant synspunkt har Domstolen imidlertid fastslået, at princippet om den berettigede forventning ikke må føre til en tilsidesættelse af tilbagebetalingspligten, jvf. *sag 5/89*.¹²⁰

I denne sag havde Tyskland gjort gældende, at tilbagebetalingspligten ville indebære en tilsidesættelse af både tyske forfatningsgrundsætninger og Baden-Württembergs forvaltningslov, idet begge anerkendte princippet om den berettigede forventning. Hertil bemærkede Domstolen, at hvor der er givet støtte omfattet af artikel 92 uden forudgående underretning, »kan en medlemsstat...ikke påberåbe sig støttemodtagerens berettigede forventning, og dermed unddrage sig sin forpligtelse til at træffe de nødvendige foranstaltninger ... For dersom dette blev anerkendt, ville bestemmelserne i Traktatens artikel 92 og 93 ikke kunne virke efter hensigten«.¹²¹

Har medlemsstaten imidlertid underrettet korrekt og har Kommissionen fejlagtigt undladt at påtale støtten (som det var tilfældet i *sag 169/84*)¹²² vil Domstolen dog ikke udelukke, at der rent undtagelsesvis kan være tilfælde, hvor en berettiget forventning udelukker tilbagebetalingspligten,¹²³ men der skal formentlig efter formuleringen meget til, før Domstolen vil finde grundlag for at dispensere.

Denne konklusion udelukker imidlertid ikke ubetinget støttemodtageren fra at have et erstatningskrav mod medlemsstatens myndigheder.

I det omfang, støttemodtageren nemlig har været i god tro, og forventningen virkelig har været berettiget, og støttemodtageren har disponeret i tillid til lovligheden af den modtagne støtte, kan der på grund af tilbagebetalingspligten opstå følgetab for støttemodtageren, som det vil være nærliggende at lade myndighederne bære risikoen for, da myndighederne vel må være nærmest til at kende de komplicerede regler om statsstøtte.

Ved opgørelsen af tabet skal der imidlertid ikke tages hensyn til den gevinst, støttemodtageren havde opnået, hvis støtten var lovlig – men alene til hvordan støttemodtageren havde været stillet, hvis der slet ikke var givet støtte.¹²⁴

Betydelige bevisproblemer med at kunne fiksere den hypotetiske adfærd og følgetabet vil dog nok begrænse den reale betydning af disse erstatningskrav.

120. EF-domssaml. 1990, p. 3437.

121. Præmisserne pkt. 17.

122. EF-domssaml. 1990, p. 3084.

123. Sag 5/89, pkt. 16 i præmisserne.

124. Jvf. f.eks. Bent Christensen, »Forvaltningsret, domstolsprøvelse af forvaltningsakter«, 1988, p. 159.

2.2. Forbud mod statsstøtte

2.2.5.4 Statsstøtte og kontraktsansvaret

En helt særlig situation foreligger, når der er tale om skjult støtte i forbindelse med en kontrakt mellem offentlige ordregivere og produktionsvirksomheder, som det f.eks. var tilfældet i den ovf. omtalte sag om Toyota's etablering i Storbritannien.

Når den indgåede kontrakt nemlig ikke er anmeldt til og godkendt af Kommissionen/Rådet, fremgår af det i afsnit 2.2.5.1 anførte, at støtten er ulovlig og kan kræves tilbagebetalt ved en national domstol. Dette må imidlertid sammenholdes med, at den offentlige ordregiver kontraktligt er forpligtet til at opfylde sin del af aftalen efter Aftaleloven. Det er i den forbindelse ligegyldigt, om den offentlige myndighed yder den skjulte støtte i form af, at den offentlige ordregiver betaler en for høj pris for en ydelse, eller om den offentlige myndighed sælger en ydelse til en produktionsvirksomhed til en pris, der ligger under markedsprisen. I begge tilfælde er der tale om statsstøtte, og i begge tilfælde er det dansk rets regler om erstatningsansvar og hævebeføjelse, der finder anvendelse.

Har den offentlige myndighed således aftalt en for lav pris ved salg af en ydelse – f.eks. salg af en ejendom – til en produktionsvirksomhed, vil den offentlige myndighed efter Aftaleloven være forpligtet til at opfylde sin del af aftalen ved at overdrage virksomheden ejendommen til den aftalte pris. Men efter Kommissionens og Domstolens praksis vil en sådan ikke anmeldt skjult statsstøtte imidlertid indebære, at produktionsvirksomheden skal erlægge et beløb, der er større end det aftalte og svarer til forskellen mellem aftalt pris og markedsprisen.¹²⁵ Og denne forpligtelse til at betale mere end det aftalte gælder efter Domstolens afgørelse i *sag 354/90*¹²⁶ uanset, om støtten efterfølgende vil kunne godkendes, da støtte udbetalt indtil godkendelsesdatoen af konkurrenter kan kræves tilbagebetalt ved de nationale domstole.

Når de danske regler om kontraktsansvaret skal sammenholdes med EF's regler om statsstøtte, er det formelt juridisk uden betydning om, ydelserne er udvekslet, eller der alene er indgået en aftale, da kontraktsansvaret indtræder ved aftalens indgåelse, men i praksis vil aftale uden, at udveksling af ydelser er sket, medføre, at den ndf. omtalte hævebeføjelse er mere ukompliceret og næppe udløser noget retsbeskyttet tab på negativ kontraktsinteresse for medkontrahenten.

Der opstår herefter to mulige situationer, der beror, på om den pågældende skjulte statsstøtte efterfølgende vil kunne godkendes eller ej af Kommissionen eller Rådet.

125. Jvf. f.eks. Kommissionens beslutning 92/11, EFT.1992, L.6/36 i Toyota-sagen.

126. Domstolens afgørelse af 21.11.1991.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

2.2.5.4.1 Kontraktsansvar, hvis statsstøtte ikke godkendes

Hvis statsstøtten ikke vil kunne godkendes efterfølgende, er problemet rimeligt enkelt. Den offentlige myndigheds medkontrahent kan enten vælge at erlægge en merpris, der svarer til den skjulte støtte, eller medkontrahenten kan hæve. Erlægges beløbet, er der intet problem, men vælger medkontrahenten at hæve med henvisning til den offentlige myndigheds misligholdelse af sine kontraktlige forpligtelser, vil medkontrahenten have et erstatningskrav. Da der formentlig er tale om erstatningsbegrundende misligholdelse fra den offentlige myndigheds side, vil medkontrahenten som udgangspunkt efter dansk ret kunne kræve, at han stilles, som om kontrakten var opfyldt, og at han dermed skal have godtgjort gevinsten – positiv opfyldelsesinteresse – naturligvis forudsat, at medkontrahenten var i god tro.

Men hvis medkontrahenten vil kunne opnå positiv opfyldelsesinteresse i sådanne tilfælde, vil det medføre, at EF's statsstøtte-regler ikke har nogen real virkning. Hvis medkontrahenten hæver, vil han derfor alene kunne få dækket negativ kontraktsinteresse, således at de følgeskader, aftalen evt. har påført medkontrahenten, skal betales af den offentlige myndighed. Bevisproblemer med fastlægge følgetabet vil dog nok begrænse den reale betydning af medkontrahentens krav på negativ kontraktsinteresse.

Dette resultat kan sammenholdes med to afgørelser fra Indenrigsministeriet om kommunalt ejendomssalg, nemlig sagen om Tulip slagteriernes ejendoms-handel i Vejle og om Tivoli-grunden.

Sagen om Tulip slagterierne drejede sig om, at der mellem Vejle kommune og Tulip A/S blev indgået en aftale, hvorefter Tulip slagterierne overtog en større grund fra Vejle kommune, samtidigt med at Vejle kommune overtog en grund fra tulip og købte nogle bygninger på denne grund. Vejle kommunes samlede tab ved den indgåede aftale med Tulip Slagterierne er af indenrigsministeriet opgjort til ca. 13,5 mio. kr, hvoraf hovedparten af beløbet må anses som indirekte støtte til Tulip slagterierne med henblik på at bevare arbejdspladser i Vejle kommune. På baggrund af disse forhold anlagde det kommunale tilsynsråd for Vejle amt sag mod de 19 kommunalbestyrelsesmedlemmer, der havde stemt for den omhandlede aftale med Tulip slagterierne, med påstand om, at de 19 kommunalbestyrelsesmedlemmer hver skulle betale Vejle kommune 1/21 eller ca. 640.000,- kr. i erstatning til Vejle kommune for det indtrådte tab.¹²⁷ Kommunalbestyrelsesmedlemmerne fik efterfølgende tilbud

127. Jvf. Kommunestyrelsesloven § 61, stk. 3.

om, at tilsynsrådet vil hæve sagen, mod at hver af kommunalbestyrelsesmedlemmerne indbetalte 30.000 kr.¹²⁸

Som sagen hidtil er forløbet, er problemet med den påståede indirekte støtte til Tulip slagterierne alene afgjort inden for rammerne af kommunalfuldmagten og den kommunale styrelseslov. Såfremt det er rigtigt, at der er tale om en sådan indirekte støtte, burde sagen imidlertid samtidigt være anmeldt til Kommissionen – idet de EF-retlige retsvirkninger af aftalen mellem Tulip A/S og Vejle kommune er væsentligt forskellig fra de kommunale regler. På grundlag af bl.a. Kommissionens beslutning 92/11 i Toyota-sagen er det nemlig klart, at EF-retligt var Tulip slagterierne forpligtet til enten at indbetale differencen på de 13,5 mio. kr. eller alternativt at hæve aftalen – naturligvis forudsat Indenrigsministeriets beregninger er rigtige.

Denne konklusion udelukker ikke et erstatningsansvar for de 19 kommunalbestyrelsesmedlemmer efter Kommunestyrelsesloven § 61, stk. 3 – men omfanget af erstatningspligten bør modificeres derhen, at kun for den del af tabet, som ikke modsvares af Tulip slagteriernes berigelse, kan der blive tale om erstatningsansvar for kommunalbestyrelsesmedlemmerne. Baggrunden for dette resultat er, at tilsynsrådet og inderigsministeriet bør bringe den ulovlige statsstøtte til ophør – ikke blot af hensyn til Vejles skatteborgere – men også for at hindre ulovlige konkurrencefordrejninger. Hvis Tulip slagterierne efterfølgende gik konkurs, kunne kommunalbestyrelsesmedlemmernes erstatningsansvar naturligvis indtræde på ny.

På baggrund af det forannævnte burde de kommunale tilsynsmyndigheder ved de danske domstole have søgt at bringe den ulovlige indirekte støtte til ophør ved enten at få hævet aftalen eller ved at få Tulip slagterierne til at indbetale deres berigelse ved aftalen. Denne mulighed foreligger imidlertid næppe længere, da kravet om tilbagebetaling af ulovlig statsstøtte må anses for forældet, da tilsynsmyndighederne havde kendskab til den ulovlige indirekte støtte i slutningen af 1985, jvf. også Indenrigsministeriets afgørelse af 6. april 1992.

Sagen om Københavns kommunes salg af Tivoli-grunden adskiller sig på flere væsentlige punkter fra Vejle-sagen, idet der blev gennemført et forudgående offentligt udbud af salg af ejendommen, hvor der inden for fristen alene indgik ét tilbud om køb af grunden fra A/S Tivoli, mens en anden interesseret køber først meldte sig efter, at 14 dages fristen for afgivelse af tilbud var udløbet. På baggrund af sagens omstændigheder konkluderer Indenrigs-

128. Se i øvrigt Indenrigsministeriets stadfæstelse af tilsynsrådets afgørelse i skrivelse af 6. april 1992, der indeholder en ganske udførlig sagsfremstilling i anledning af, at ét af de 19 kommunalbestyrelsesmedlemmer klagede over tilsynsrådets sagsanlæg.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

ministeriet, at der dog ikke foreligger »en sådan uforsvarlig adfærd i forbindelse med salget af Tivoligrunden, at der vil være grundlag for at gøre et erstatningsansvar gældende over for borgerrepræsentationens eller magistratens medlemmer«. Dette har imidlertid ikke betydning for, om der er tale om statsstøtte i EØFT art 92's forstand, idet Indenrigsministeriet samtidigt bemærker, at »der foreligger (...) ikke oplysninger, der kan godtgøre eller sandsynliggøre, at kommunen har sikret sig, at salget af Tivoligrunden er sket til markedsprisen«.

Da salget har været i offentligt udbud, må der dog være en vis formodning for, at Københavns kommune har opnået markedsprisen. Men hvis det kan dokumenteres, at der burde være opnået en højere pris, er der tale om ulovlig statsstøtte, som henholdsvis den anden tilbudsgiver eller Indenrigsministeriet ved et sagsanlæg ved domstolene vil kunne få dom for, at Tivoli A/S skal indbetale, hvis aftalen ikke hæves, forudsat det godtgøres, at købet af Tivoligrunden berører den grænseoverskridende handel med tjenesteydelser, hvilket nok er tvivlsomt.

2.2.5.4.2 Kontraktsansvar, hvis statsstøtte godkendes

Hvis den skjulte statsstøtte derimod må forventes ved en anmeldelse at kunne godkendes efterfølgende af Kommissionen eller Rådet, er medkontrahenten unægtelig i en anden situation.

Udgangspunktet er godt nok, at den støtte, medkontrahenten opnår efter aftalen, er ulovlig, indtil godkendelsen foreligger, og hvis aftalen er afsluttet inden godkendelsen, vil medkontrahenten være forpligtet til at betale merprisen eller hæve aftalen på baggrund af den umiddelbare anvendelighed af EF's statsstøttereglerne som anført ovf. i afsnit 2.2.5.1.

Dette indebærer, at en medkontrahent, der er i god tro om aftalens lovlighed, bliver tvunget til at hæve aftalen, da medkontrahenten i modsat fald ikke vil kunne opnå den fordelagtige pris. Men forfølges dette resultat, vil medkontrahenten med overbevisende styrke kunne anføre, at den offentlige myndigheds manglende anmeldelse af støtten er en erstatningspådragende handling, der bør medføre, at medkontrahenten har krav på positiv opfyldelsesinteresse, således at medkontrahenten stilles, som om statsstøtten var godkendt, da det ikke kan være rigtigt, at medkontrahentens gevinst skal bortfalde på baggrund af den offentlige myndigheds culpøse fejl, idet fornøden anmeldelse af støtten må anses for en biforpligtelse til aftalen for den offentlige myndighed.¹²⁹

129. Om biforpligtelsernes nærmere indhold, se Gomard, *Obligationsretten* 1. del, 1989, p. 52.

2.2. Forbud mod statsstøtte

Dette resultat kommer imidlertid i konflikt med selve tanken bag EF-godkendelsen af statsstøtte, da det offentlige tilskud nu ikke ydes til en bestemt aktivitet, men får karakter af et generelt driftstilskud til en produktionsvirksomhed, hvilket helt generelt er udelukket efter EF-retten.¹³⁰

Den eneste bæredygtige konklusion er derfor formentlig, at medkontrahenten kan hæve aftalen med henvisning til den offentlige myndigheds misligholdelse på grund af manglende anmeldelse. Men hvis medkontrahenten skal have krav på positiv opfyldelsesinteresse, forudsætter dette, at medkontrahenten efterfølgende indgår den hævede aftale. Hæver medkontrahenten aftalen uden at ville indgå en ny aftale – f.eks. fordi medkontrahenten frygter ændrede vilkår i aftalen ved Kommissions behandling af anmodningen – vil medkontrahenten alene have krav på negativ kontraktsinteresse.

Hvis ydelserne ikke er udvekslet, vil der som udgangspunkt ikke være noget retsbeskyttet tab for medkontrahenten, da den medgåede tid til kontraktsforhandlinger og udarbejdelse af tilbud er medkontrahentens risiko. Dette resultat forekommer dog ikke ganske overbevisende, når det må antages, at den manglende opfyldelse af aftalen alene skyldes myndighedens manglende anmeldelse af statsstøtte. Det er derfor i disse tilfælde nærliggende at give medkontrahenten kompensation for medgået tid til forhandlinger og udarbejdelse af tilbud, idet det naturligvis forudsætter, at medkontrahenten er i god tro.

Resultatet medfører nok en omstændelig procedure, men er formentlig den eneste måde at løse problemet på, medmindre man i stedet vil vælge at acceptere, at statsstøtte kan gøres lovligt tilbagevirkende, hvilket efter Domstolens præmisser i *sag 354/90* må afvises.

2.2.5.5 Sammenfatning af retsvirkning af EØFT art 92-94

Det kan på grundlag af ovenstående gennemgang konkluderes, at EF-retten sikrer, at et konkurrerende firma kan få en national domstol til at kræve en ikke godkendt statsstøtte omfattet af artikel 92 tilbagebetalt, hvilket på væsentlige punkter modificerer dansk rets regler om erstatningsansvar i kontrakt. Det følger endvidere af EØFT artikel 93, at Kommissionen ikke midlertidigt kan suspendere en støtteordning uden at have hørt medlemsstaten.¹³¹ EF-retten forudsætter endvidere som udgangspunkt, at tilbagesøgning gennem-

130. Jvf. senest Kommissionens meddelelse vedrørende kapitaltilførsel til CMF SUD SpA, EFT.1992, C.122/6.

131. Se Domstolens afgørelse af 12. februar 1992 i sagerne 48/90 og 66/90, hvor manglende kontradiktion før en beslutning om ulovlig statsstøtte førte til, at Domstolen annullerede Kommissionens beslutning 90/16.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

føres – men på den anden side accepteres de forskelle, der følger af forskellige regler om konkursbehandling og tvangsakkord m.v. i medlemsstaterne.

2.3 Offentlige virksomheder

For offentlige ejede eller styrede virksomheder indeholder EF-retten en række begrænsninger med hensyn til de privatretlige dispositioner. Godt nok gælder der formentlig et *lighedsprincip* mellem offentlige og private selskaber, men som Domstolen bemærkede i en sag, forudsætter dette lighedsprincip, »at de to grupper af virksomheder befinder sig i sammenlignelige situationer«. Da faktorer af anden art. kan øve »indflydelse på de offentlige virksomheders beslutninger (...) når de offentlige myndigheder søger at varetage samfundsinteresser på en måde, som kan påvirke de nævnte beslutninger«, er der dog behov for en særlig kontrol.¹³²

EF-retten sætter nemlig grænser for, hvornår de offentlige myndigheder kan stille risikovillig kapital til rådighed, hvilket omtales nærmere i afsnit 2.3.1. For det andet er der grænser for, hvilke offentligretlige beføjelser der kan tillægges disse virksomheder (afsnit 2.3.2). Hertil kommer, at der på grundlag af EØF-Traktaten artikel 90, stk. 3, er fastsat særlige oplysningsregler om forbindelserne mellem offentlige myndigheder og virksomheder (afsnit 2.3.3), ligesom EF-retten begrænser muligheden for oprettelse af eksklusive virksomheder (afsnit 2.3.4).

I en række sammenhænge forudsætter EF-retten endvidere, at de offentlige virksomheders kontrakter er undergivet de samme begrænsninger, som gælder for offentlige myndigheder. Dette følger dels af EØF-Traktatens artikel 90 og dels af de særlige regler for offentlige indkøb af ydelser. Det sidste problem omtales nærmere i kapitel 4.

2.3.1 Offentlige kapitalindskud i virksomheder

EF-retten udelukker efter EØF-Traktaten artikel 222 ikke, at virksomheder nationaliseres, eller at staten eller kommunerne ejer virksomheder, der udbyder varer eller tjenesteydelser på markedet. Det danske EF-medlemskab påvirker derfor ikke lovgivers mulighed for at ændre kommunalfuldmagtens grænser, som det aktuelt har været overvejet i forbindelse med nogle kommuners engagement i dels en såkaldt social system eksport og dels et vejfirma (Tarco A/S).

132. De forenede sager 188-190/80, EF-domssaml. 1982, p. 2545, præmisserne pkt. 21.

2.3. Offentlige virksomheder

Dette er dog ikke ensbetydende med, at offentlige myndigheder efter EF-retten ganske frit kan foretage kapitaldispositioner eller indskud i virksomheder, hvilket kan illustreres med Domstolens afgørelse i Tubemeuse-sagen 142/87.¹³³

Sagens baggrund var, at den belgiske virksomhed Tubemeuse, som fremstiller sømløse rør til olieindustrien hovedsageligt til eksport til ikke EF-lande, i slutningen af 1970'erne havde fået betydelige økonomiske problemer, hvorefter flere private aktionærer udtrådte og blev erstattet af den belgiske stat for 72% af aktiekapitalen. I forbindelse med en industriel rekonstruktion gav Kommissionen i 1982 virksomheden tilladelse til en støttepakke fra den belgiske stat.

De forventede resultater udeblev imidlertid, hvorefter stort set resten af de private aktionærer udtrådte, og den belgiske stat blev næsten ene-ejer af virksomheden. I 1984 underrettede Belgien Kommissionen om en yderligere kapitaludvidelse med statslige midler i virksomheden, uden at Belgien dog afventede proceduren efter artikel 93, stk. 3. Kommissionen fandt, at dette formelt var i strid med EØFT artikel 93, stk. 3, og materielt i strid artikel 92, stk. 1, idet forholdet ikke var omfattet af undtagelsen i artikel 92, stk. 3. Kommissionen pålagde derfor Belgien at sikre tilbagebetaling af statsstøtten, hvilket gav anledning til, at Belgien anlagde sag mod Kommissionen.

Et af de afgørende punkter i sagen var, om og i hvilket omfang EF-rettens regler om statsstøtte begrænser medlemsstaternes mulighed for kapitalanbringelse, når EØFT artikel 222 udtrykkeligt angiver, at EØFT ikke berører de ejendomsrettlige ordninger i medlemsstaterne.

Domstolen bemærkede i den forbindelse, at afgrænsningen af, om der er tale om statsstøtte i artikel 92's forstand, beror på virksomhedens muligheder for at rejse de pågældende beløb på kapitalmarkedet.¹³⁴ Da de faktiske forhold godtgjorde, at der ikke var sådanne udsigter for Tubemeuse, at det kunne tilskynde en privat investor, der arbejder under normale markedsvilkår, til at foretage de omhandlede finansielle dispositioner – og da det var meget usandsynligt, at Tubemeuse kunne rejse de nødvendige kapitalmidler for at overleve på kapitalmarkedet, fandt Domstolen, at kapitaludvidelsen måtte anses som statsstøtte omfattet af artikel 92.¹³⁵

Når Domstolen fandt, at kapitalindskudet havde karakter af statsstøtte, må det dog fremhæves, at der hermed næppe er åbnet op for en generel indgående efterprøvelse af medlemsstaternes kapitaldispositioner – der nødvendigvis må

133. EF-domssaml. 1990, I, p. 959.

134. Præmisserne pkt. 26.

135. Præmisserne pkt. 29.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

forudsætte et vist spillerum, hvor ikke alle dispositioner nødvendigvis har et heldigt udfald. Således fremhævede Domstolen specielt, at der på markedet for sømløse rør til olieindustrien var betydelige strukturproblemer, bl.a. på baggrund af USA's importbegrænsninger, hvilket havde afstedkommet, at andre medlemsstater søgte at begrænse produktionskapaciteten inden for denne sektor. Som omtalt ovf. i afsnit 2.2.4.2 vil kapitalindskud inden for fremstillingssektoren og specielt bygge- og anlægssektoren dog nok blive udsat for en relativt streng efterprøvelse af rentabilitet.

2.3.2 Hvilke beføjelser kan tillægges offentlige virksomheder

EF-retten udelukker efter artikel 90, stk. 1, ikke, at en medlemsstat har tillagt en offentlig eller eksklusiv virksomhed nogle enerettigheder og evt. offentligretlige godkendelsesfunktioner, men EF-retten sætter grænser for, hvordan disse enerettigheder og offentligretlige funktioner udnyttes.

Efter EØFT artikel 37 er der en række begrænsninger for, hvordan handelsmonopoler må virke. Medlemsstaterne er således forpligtet til at sikre, at handelsmonopolerne ikke begrænser den frie bevægelighed af varer, samt »at opretholde normale konkurrencevilkår mellem medlemsstaternes økonomi«.¹³⁶

Det vil imidlertid typisk ikke være artikel 37, der begrænser de offentlige og eksklusive virksomheders dispositionsfrihed, men derimod artikel 30 og artikel 85 og artikel 86.

Efter EØFT artikel 86 er det forbudt for en dominerende virksomhed at misbruge sin dominerende indflydelse til at begrænse konkurrencen, forudsat at dette påvirker samhandelen. Forbudet gælder også offentlige virksomheder.¹³⁷

Afgrænsningen af, om artikel 30 eller artikel 85/86 skal anvendes, beror på, hvilke handlinger der er tale om. I de *forenede sager 177 og 178/82*,¹³⁸ der vedrørte en hollandsk lovgivning om banderolepriser på tobaksvarer, havde en tiltalt efter den hollandske lovgivning således gjort gældende, at den hollandske lovgivning både var i strid med EØFT artikel 30's forbud mod tekniske handelsbegrænsninger og med EØFT artikel 85's forbud mod konkurrencefordrejende aftaler. I den anledning bemærkede Domstolen bl.a., at »kravene i Traktatens artikel 85 hører (..) til de konkurrenceregler, der *gælder for virksomhederne* (..) Den (art. 85) skal følgelig ikke tages i betragtning ved

136. Jvf. sag 91/78, EF-domssaml. 1979, p. 935, præmisserne pkt. 19.

137. Jvf. sag 155/73, EF-domssaml. 1974, p. 409.

138. EF-domssaml. 1984, p. 1797.

2.3. Offentlige virksomheder

bedømmelsen af, om en lovgivning som den, der er genstand for hovedsagen, er forenelig med fællesskabsretten«. ¹³⁹

Derimod kan Traktatens konkurrenceregler udmærket finde anvendelse over for offentlige myndigheders faktiske virksomhed, hvilket indirekte fremgår af *sag 30/87* ¹⁴⁰ om bedemandsvirksomhed, der efter fransk lovgivning er overladt til kommunerne. I denne sag bemærkede Domstolen, at det beror på kommunens egne bestemmelser, om den praktiske bedemandsvirksomhed skal gives i koncession til private, eller om bedemandshvervet skal være frit, eller om kommunerne selv påtager sig opgaven. »Den omstændighed, at koncessionshaverne i et vist antal kommuner, der dækker en væsentlig del af statens område, tilhører samme koncern og følgelig kan påvirke samhandelen, skyldes ikke de statslige eller kommunale myndigheders foranstaltninger, men beror på de pågældende virksomheder«, hvorfor forholdet skal bedømmes efter konkurrencereglerne og ikke regler om statslige handelsmonopoler. ¹⁴¹

Af flere afgørelser fra Domstolen fremgår det klart, at også et offentligt eller eksklusivt selskabs offentligretlige handlinger, der udvider dets dominerende stilling vil stride mod artikel 90, jvf. artikel 86. F.eks. kan nævnes *sag 1/88*, ¹⁴² der var en præjudiciel forelæggelse om, hvorvidt det belgiske selskab Régie des Télégraphes et des Téléphones, som et offentligt organ under regeringens tilsyn, der forestår driften af det offentlige telefonnet og sælger telefoner, kan tillægges beføjelser til at godkende, hvilke telefoner fra andre selskaber der kan tilsluttes telefonnettet. Her bemærkede Domstolen, at såfremt offentlige eller eksklusive virksomheder udvider deres dominerende stilling i kraft af deres offentligretlige beføjelser, vil en sådan foranstaltning stride mod EØFT artikel 90, jvf. artikel 86. ¹⁴³

Afgrænsningen af, om der er tale om en aktivitet i en virksomhed omfattet af EØFT artikel 90, beror efter *sag 172/80*. ¹⁴⁴ på, om den omtvistede aktivitet

139. Præmisserne pkt. 24.

140. EF-domssaml. 1988, p. 2479.

141. Præmisserne pkt. 14.

142. Domstolens afgørelse af 12. december 1991 – utrykt.

143. Se også Domstolens afgørelse i *sag 41/83*, EF-domssaml. 1985, p. 873, der vedrørte artikel 86's anvendelsesområde overfor British Telecommunication (BT), der havde hjemmel til at fastsætte vilkår og betingelser for tjenesteydelser. Sagen var ganske særegen, da hverken BT eller UK havde protesteret mod Kommissionens beslutning – som i stedet blev anfægtet af Italien. Domstolen fastslog imidlertid, at »BT som et offentligt foretagende, er en økonomisk enhed, der udfører erhvervsmæssig virksomhed, hvorfor der er tale om en virksomhed i EØFT artikel 86's forstand« (præmisserne pkt. 48).

144. EF-domssaml. 1982, p. 2021 – vedrørte bankernes pengeoverførsler mellem medlemsstaterne.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

hos virksomheden kan anses at være af almindelig økonomisk interesse og er overdraget virksomheden ved en »offentlig retsakt«.¹⁴⁵ Den offentlige retsakt kan enten have karakter af lov eller bekendtgørelse, men kan formentlig også være en forvaltningsakt.

Såfremt der er tale om en virksomhed i EØFT artikel 90's forstand, fremgår det af Domstolens afgørelse i sag 311/84,¹⁴⁶ at den dominerende stilling på markedet ikke forudsætter egne aktiviteter, men kan bero alene på lov eller administrativt fastsatte regler.

Det er derfor god grund for at antage, at misbrugsreglen i artikel 86 fortolkes strengere for offentlige og eksklusive virksomheder, der er tillagt offentligretlige funktioner – idet artikel 86 yderligere må ses i lyset af EØFT artikel 3 f's formål om at undgå konkurrencebegrænsende foranstaltninger og medlemsstaternes loyalitetsforpligtelse efter artikel 5.¹⁴⁷

2.3.3 Forbindelse mellem offentlige virksomheder og myndigheder

Der er altid en nærliggende risiko for, at offentlige virksomheder i kraft af skjulte kapitalindskud fra offentlige myndigheder, særligt begunstigende kontrakter med myndighederne eller særlige rettigheder meddelt af offentlige myndigheder virker konkurrencefordrejende på markedet.

Dette vil typisk ske i form af forskellige former for skjult statsstøtte i strid med EØF-traktaten artikel 92-94, som omtalt ovf. i afsnit 2.2 eller i form af, at de offentlige selskaber har opnået nogle eksklusive rettigheder, som begrænser eller afskærer konkurrencen fra andre firmaer, som omtalt ovf. i afsnit 2.3.2.

Kommissionen skal efter EØFT artikel 90, stk. 3, kontrollere, at de offentlige og eksklusive virksomheder ikke overtræder EØF-Traktatens bestemmelser. Det kan imidlertid være vanskeligt for Kommissionen at gennemskue, om der ved de økonomiske forbindelser mellem offentlige selskaber og myndigheder sker overtrædelse af EØF-Traktaten, hvorfor Kommissionen har udstedt direktiv 80/723 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder.¹⁴⁸

Efter artikel 5, jvf. artikel 1 i direktiv 80/723, er medlemsstaterne forpligtet til at opbevare alle oplysninger om de økonomiske forbindelser mellem

145. Sag 172/80, præmisserne pkt. 7.

146. EF-domssaml. 1985, p. 3261.

147. Jvf. f.eks. General Motors-sagen 26/75, EF-domssaml. 1975, p. 1367 om et uforholdsmæssigt gebyr og sag 30/87, EF-domssaml. 1988, p. 2479 om enerettigheder til bedemandsvirksomhed.

148. EFT.1980, L.195/35 – ændret ved direktiv 85/413, EFT.1985, L.229/20.

2.3. Offentlige virksomheder

myndighederne og de offentlige virksomheder i mindst 5 år, ligesom medlemsstaterne skal udlevere oplysningerne til Kommissionen på dennes forlangende. Artikel 3 angiver nogle af disse oplysninger, men opregningen er ikke udtømmende, men angiver alene et minimum af forhold, der under alle omstændigheder skal opbevares. Det er i denne forbindelse næppe tilstrækkeligt, at de pågældende selskaber indsender en årlig redegørelse til industriministeren, som det er fastsat i Lov nr. 384, 1992 om kommuners og amtskommuners samarbejde med aktieselskaber i § 3, stk. 8. Efter loven forudsættes godt nok, at en enkelt kommune eller amtskommune ikke må have en bestemmende indflydelse, men dette udelukker ikke, at kommunerne til sammen har en bestemmende indflydelse, hvilket vil bringe selskaberne ind under Kommissionens beslutning, hvorfor oplysningspligten burde være anført i loven.

Direktiv 80/723 definerer offentlig virksomhed som »enhver virksomhed, på hvilken de offentlige myndigheder direkte eller indirekte kan have en dominerende indflydelse som følge af ejerforhold, kapitalforindskud eller de regler, der gælder for virksomheden«. Og efter artikel 2, stk. 2, antages der at foreligge en dominerende indflydelse, når de offentlige myndigheder direkte eller indirekte enten besidder over halvdelen af den ansvarlige kapital eller råder over halvdelen af bestyrelsesposterne eller de stemmeberettigede andele.

Man må dog være opmærksom på, at denne definition ikke i almindelighed afgrænser begrebet offentlig virksomhed i EF-retten, men alene vedrører forpligtelserne efter direktiv 80/723, jvf. de *forenede sager 188-190/80*.¹⁴⁹ Domstolen har i en efterfølgende *sag 118/85*¹⁵⁰ endvidere fastslået, at det for afgrænsning af udtrykket offentlig virksomhed i direktiv 80/723 »er uden betydning, om staten udøver erhvervsmæssig virksomhed som omhandlet gennem et organ, der er en selvstændig juridisk person, på hvilken den direkte eller indirekte kan have en dominerende indflydelse...eller om staten udøver virksomheden direkte gennem et organ, som er en del af statsadministrationen. I sidstnævnte tilfælde må der (..) være en formodning for, at staten har en dominerende indflydelse som omhandlet i artikel 2 (..), hvorfor der er så meget mere behov for den med direktivet tilsigtede gennemsækelighed«. ¹⁵¹ Domstolen fastslog endvidere, at det er uden betydning, om et organ i forhold til staten er en selvstændig juridisk person.¹⁵²

149. EF-domssaml. 1982, p. 2545, præmisserne pkt. 26.

150. EF-domssaml. 1987, p. 2619.

151. Sag 118/85, præmisserne pkt. 8.

152. Sag 118/85, præmisserne pkt. 11.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

Da Italien, Frankrig og UK var utilfredse med, at Kommissionen havde gennemført direktiv 80/723, anlagde disse medlemsstater annulationssøgsmål efter EØFT artikel 173.¹⁵³ De henviste bl.a. til, at Kommissionen havde overskredet sin kompetence efter artikel 90 og det almindelige proportionalitetsprincip ved at kræve oplysninger om statsstøtte, ligesom de sagsøgende stater fandt, at Kommissionen ikke havde hjemmel til at definere de offentlige virksomheder, der var omfattet af artikel 90.

Domstolen bemærkede i den anledning, at grænserne for Kommissionens kompetence efter en særlig bestemmelse i traktaten »ikke kan udledes af noget generelt princip, men må fastlægges ud fra en fortolkning af selve ordlyden af den pågældende bestemmelse«. ¹⁵⁴ Endvidere anførte Domstolen, at »Kommissionens kompetence til at udstede det omtvistede direktiv afhænger af, hvad Kommissionens overvågningsopgave efter artikel 90 tilsiger«. ¹⁵⁵ Med henvisning til, at de offentlige virksomheder er indrettet meget forskelligt i de forskellige medlemsstater og derfor vanskelige at overvåge, fandt Domstolen, at »(...) under disse omstændigheder har Kommissionen et ubestrideligt behov for at søge yderligere oplysninger om de økonomiske forbindelser«. ¹⁵⁶

De sagsøgende stater havde endvidere rejst indsigelse imod, at direktivet bl.a. undtog energi-, vandforsyning-, transport-, post- og telekommunikationssektoren. Disse områder er dog ved direktiv 85/413's ændring kommet ind under oplysningspligten.

Den seneste ændring indebærer, at alle de kommunale og halvoffentlige forsyningsvirksomheder samt en række kommunale selskaber kommer ind under direktiv 80/723's regler.

Kommissionen har efterfølgende udsendt en meddelelse af 24. juli 1991 om anvendelse af EØFT artikel 92 og 93 samt direktiv 80/723, artikel 5 på offentlige virksomheder i fremstillingssektoren, ¹⁵⁷ hvori der dels præciseres den meget udstrakte anvendelse af artikel 92's støttebegreb, men hvori der også meddeles en indberetningspligt af de omfattende regnskabsoplysninger for alle offentlige virksomheder inden for bl.a. fremstillingssektoren, olieindustrien og inden for den metalforarbejdende industri med en årsomsætning på over 250 mio. ECU (pkt. 49).

2.3.4 Begrænsninger for eksklusive rettigheder

153. Sag 188-190/80, EF-domssaml. 1982, p. 2545.

154. Sag 188-190/80, præmisserne pkt. 7.

155. Sag 188-190/80, præmisserne pkt. 14.

156. Præmisserne pkt. 18.

157. EFT.1991, C.273/1.

2.3. Offentlige virksomheder

Medlemsstaternes mulighed for at oprette offentlige eksklusive virksomheder er ikke ubegrænset. Selv om det af EØF-Traktaten artikel 90 udtrykkeligt fremgår, at traktaten ikke udelukker eksklusive virksomheder, og det af EØF-Traktatens artikel 222 fremgår, at den ejendomsretlige ordning i medlemsstaterne ikke berøres af traktaten, må denne adgang til at oprette offentlige virksomheder nemlig undergives nogle begrænsninger.

Ovf. er omtalt, hvordan der kan udledes nogle begrænsninger af EØF-Traktatens diskriminationsforbud og principper om de frie bevægelser over grænserne af tjenesteydelser og varer samt af konkurrencereglerne og forbudet mod konkurrencefordrejende foranstaltninger.

Til dette kommer yderligere to begrænsninger, nemlig at EF-retten som udgangspunkt forudsætter en ligestilling mellem offentlige og private virksomheder, samt at EF-retten anerkender retten til fri næring.

Ligebehandlingsprincippet indebærer formentlig alene, at de offentlige virksomheder ikke må gives fordele, som nægtes private, men næppe meget mere, jvf. *sag 188-190/80*.¹⁵⁸

Princippet om den frie erhvervsudøvelse er bl.a. fastslået af Domstolen i en sag om et fransk forbud mod afbrænding af olieaffald. Domstolen bemærkede således, »at principperne om frie varebevægelser og den fri konkurrence samt om *den fri erhvervsudøvelse*, er grundrettigheder, der som sådan udgør generelle retsprincipper i fællesskabsretten, som det påhviler Domstolen at værne om«. ¹⁵⁹ Domstolen bemærkede dog i den konkrete sag, at disse principper ikke fandtes overtrådt ved direktivet om olieaffaldsregler, da principperne er begrænset blandt andet af hensyn til beskyttelse af miljøet, forudsat reglerne ikke er nationalitetsdiskriminerende, og forudsat der kun indføres sådanne begrænsninger i grundrettighederne, som er absolut uundgåelige for beskyttelsen af miljøet.

2.3.5 Det indre marked for energi m.v.

Gennemførelsen af det indre marked fra 1. januar 1993 har gjort, at der ikke længere kun sættes focus på de eksklusive virksomheders køb af ydelser – men også på deres afsætning af ydelser. Princippet om fri konkurrence, som er en af de centrale bærepiller i EF, er siden 1986 søgt gennemført specielt på de eksklusive områder som energi- og transportforsyning, hvor lednings-(linie)-føringen tidligere har dannet grundlag for, at el-, gas og jernbaneselskaber har

158. EF-domssaml. 1982, p. 2545, der var et annulationssøgsmaal i forbindelse med Kommissionens direktiv 80/723 om gennemskuellighed med offentlige virksomheders økonomiske forbindelser med staten.

159. Sag 240/83, EF-domssaml. 1985, p. 531.

Kapitel 2. Nogle hovedprincipper i EF-retten

haft nærmest monopol på levering af bestemte ydelser i de fleste medlemsstater.

Det falder uden for denne bogs rammer at foretage en mere grundig behandling af spørgsmålet, men det er dog værd at nævne, at i 1991 vedtog Rådet to direktiver, der sikrer transit af el og naturgas gennem de nationale ledningenet.¹⁶⁰ Princippet i direktiverne er, at de overordnede net skal kunne benyttes af andre selskaber, og at kontrakter om, denne benyttelse skal være ikke diskriminerende, hvorfor direktiverne i artikel 3 indeholder en særlig underretningsforpligtelse til Kommissionen for at undgå misbrug af selskabernes monopolstilling ved kontraktfastsættelsen. Disse direktiver er nu fulgt op af to forslag til direktiver, der skal skabe fælles regler for det indre marked for electricitet og naturgas, der bl.a. sikrer mulighed for, at el- og naturgasselskaber kan overtages af andre selskaber, idet direktiverne fastsætter ganske detaljerede regler for driften.¹⁶¹ ¹⁶² Kommissionen har endvidere fremsat forslag til direktiv, hvorefter den fri konkurrence ikke alene skal gælde salg af energi, men også skal gennemføres ved tilladelser til efterforskning og indvinding af olie. Forslaget indebærer bl.a., at allerede meddelte eneretstilladelser for længere tidsrum skal opsiges/ophæves, hvorfor eneretsindehaveren skal have udbetalt erstatning efter de nationale regler, hvilket kan have betydning for Dansk Undergrunds Consortium (DUC). Se EFT. 1992, C.139/12.

160. Direktiv 90/547 og direktiv 91/296 om transit af henholdsvis electricitet og naturgas gennem de overordnede net (EFT.1990, L.313/30 og EFT.1991, L.147/37).

161. Se EFT.1992, C.65/4 og 14.

162. Se også artikel af Leigh Hancher, »Energy and the environment: Striking A Balance«, Common Market Law Review, 1989, p. 475.

KAPITEL 3

Den sekundære EF-ret om offentlige indkøb

De mange direktiver og forordninger, der er vedtaget i EF med henblik på at fjerne tekniske handlingshindringer, har også indirekte betydning for de offentlige kontrakter, idet denne harmonisering har betydning for, hvilke krav til tekniske specifikationer, arbejdsmiljø- og miljøhensyn m.v. der kan kræves i udbudsbetingelserne.

I denne fremstilling af EF's regler om offentlige kontrakter skal dette omfattende regelkompleks ikke omtales nærmere, idet den resterende del af bogen alene omhandler de særlige regler for udbud ved offentlige virksomheders og myndigheders køb af ydelser. Det er dog vigtigt at være opmærksom på, at der for de mange direktivers vedkommende gør sig et særligt forhold gældende med hensyn til retsvirkningen for offentlige myndigheders kontrakter. På grundlag af bl.a. Marshall-sagen¹⁶³ er det nemlig sikkert, at direktiverne er umiddelbart anvendeligt for borgerne og kan påberåbes ved de danske domstole i sager om kontrakter med myndighederne og med statslige selskaber – selv om den pågældende medlemsstat ikke har gennemført det relevante direktiv eller har gennemført det forkert, forudsat at direktivets bestemmelser er ubetingede og tilstrækkeligt præcise.

Inden indholdet af EF's direktiver om offentlige indkøb af ydelser nærmere omtales, et det hensigtsmæssigt at redegøre for baggrunden for og formålet med reglerne (afsnit 3.1), ligesom det må præciseres, at reglerne ikke udtømmende harmoniserer udbudsproceduren (afsnit 3.2). For at give en fornemmelse af, hvordan det nuværende regelsæt er blevet til, bringes i afsnit 3.3 en historisk oversigt. De betydelige problemer med at sikre konkurrence over landegrænser ved offentlige kontrakter omtales i afsnit 3.4, mens afsnit 3.5 indeholder en oversigt over den resterende del af bogens systematik.

163. Sag 152/84, EF-domssaml. 1986, p. 723.

3.1 Baggrunden for reglerne om udbud ved offentlige køb

Det helt centrale mål med EF er, som det udtrykkes i EØF-Traktaten artikel 2, »oprettelse af et fællesmarked«, hvor konkurrence mellem alle medlemsstaters producenter skal fremme en »varig og afbalanceret ekspansion, en øget stabilitet og hurtigere højnelse af levestandarden«. EF bygger således på, at »princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence (...) fremmer en effektiv ressourceallokering«, som det nu er slået fast i Unionstraktatens artikel 102A.

Efter EF-retten er udgangspunktet ved indgåelse af offentlige kontrakter derfor, at den offentlige part er forpligtet til at købe den bedst mulige ydelse til den lavest mulige pris – og at den offentlige part ikke må lade sig diktere af ikke-økonomiske hensyn som egnsudvikling, beskæftigelsesfremme m.v. Kun når der er særlig hjemmel, kan sådanne motiver indgå i kontraktsindgåelsen.

EF's direktiver om EF-udbud ved offentlige køb af ydelser ændrer ikke på dette princip, men har alene som formål at fastsætte bindende udbudsformer, der fremmer en konkurrence på tværs af landegrænser.

3.2 Ikke udtømmende harmonisering

Formålet med EF's fælles udbudsregler for offentlige køb af ydelser er primært at fremme konkurrencen, ved at flere producenter af ydelser bliver opmærksomme på potentielle afsætningsmuligheder i kraft af, at udbudene offentliggøres i en særlig afdeling af EF-tidende. For yderligere at fremme de potentielle bydendes mulighed for at fremsætte bud forudsætter direktiverne, at udbudsmaterialets tekniske specifikationer bygger på anerkendte standarder.

Samtidigt er direktiverne udformet således, at de sikrer, at valg af kontraktspart alene sker på grundlag af objektive kriterier, hvor direktiverne giver en valgmulighed mellem enten det *økonomisk mest fordelagtige tilbud* eller det *laveste tilbud*. Endelig indeholder direktiverne forskellige bestemmelser om økonomiske og tekniske kvalifikationskrav til de bydende, der bl.a. skal forhindre omgåelse af EF-rettens diskriminationsforbud.

EF's udbudsregler har imidlertid ikke karakter af en udtømmende harmonisering af *alle* de nationale regler vedrørende offentlige kontrakter, jvf. bl.a. Domstolens afgørelse i de forenede sager 27-29/86.¹⁶⁴ I præmisserne understregede Domstolen, at der med direktiv 71/305 om udbud af offentlige

164. EF-domssaml. 1987, p. 3347.

anlægsarbejder ikke var sket en udtømmende harmonisering, idet Domstolen henviste til, at det i præambelens anden betragtning var angivet, at samordningen af udbudet »skal i videst muligt omfang respektere de fremgangsmåder og den praksis som er gældende i hver af medlemsstaterne«, hvor medlemsstaterne har »bevaret retten til at udstede materielle bestemmelser og forskrifter om fremgangsmåder« ved offentlige anlægsarbejder.¹⁶⁵ Som det dog vil fremgå af de følgende kapitler, indebærer udbudsdirektiverne nogle ikke ubetydelige bindinger, hvis tilsidesættelse kan have ganske vidtgående retsvirkninger.

3.3 Historisk oversigt

Ved siden af EØF-Traktatens principper om fri bevægelighed af varer og tjenesteydelser vedtog EF i 1964 to direktiver for at fremme en mere effektiv konkurrence om offentlige anlægskontrakter, nemlig direktiv 64/427 og direktiv 64/429.¹⁶⁶ Princippet i direktiverne var, at de ordregivende myndigheder ikke kunne pålægge en hovedentreprenør at udøve forskelsbehandling på grund af nationalitet ved indgåelse af aftaler med underentreprenører, idet der dog var en særlig undtagelsesmulighed for agenturer og filialer. Disse to direktiver blev ophævet i 1971 med direktiv 71/304¹⁶⁷ og erstattet af direktiv 71/305 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige *bygge- og anlægskontrakter*,¹⁶⁸ der oprindeligt omfattede alle kontrakter på over 1 mio. ECU, jvf. artikel 7.

Direktiv 71/305 var det første direktiver, der indførte de principper om offentlig udbud som i dag har vundet indpas ved alle større offentlige kontrakter med en række modifikationer og justeringer.

Fem år efter gennemførtes med direktiv 77/62 om samordning af fremgangsmåder ved offentlige indkøb¹⁶⁹ i princippet de samme regler for offentlige indkøb af *varer*, som i 1971 var fastsat for anlægsarbejder, idet beløbsgrænsen for vareindkøb, der forudsatte EF-udbud, dog var fastsat til 200.000 ECU, jvf. artikel 5.

165. Præmisserne pkt. 15. Samme synspunkt fremhæves i Kommissionens publikation »Åbning af adgangen til at konkurrere om offentlige kontrakter som forberedelse til 1993«, 1991, p. 5-6.

166. EFT. nr. 117, p. 1863/64 og 1880/64.

167. EFT.1971, L.185/1.

168. EFT.1971, L.185/5

169. EFT.1977, L.13/1.

Kapitel 3. Den sekundære EF-ret om offentlige indkøb

På baggrund af GATT-aftalen om statslige indkøb, som EF tiltrådte ved Rådets afgørelse 80/271¹⁷⁰ vedtog Rådet direktiv 80/767,¹⁷¹ der ændrede direktiv 77/62. Således blev der for ministerierne og de statslige institutioner som DSB m.v. fastsat en lavere beløbsgrænse på 140.000 ECU, for de udbud, der skal offentliggøres i EF-tidende, jvf. artikel 3.

Disse regler blev fulgt op af Rådets beslutning 87/95 om standardisering inden for informationsteknologi og telekommunikation,¹⁷² som forudsætter, at ved alle offentlige indkøb af EDB-udstyr skal reglerne i det ovf. omtalte direktiv 77/62 følges, samt krav om, at udbudsmaterialet følger standardiseringsanvisningerne. I modsætning til direktiv 77/62 gælder der ikke nogen bagatelgrænse (tærskelværdi) for disse indkøb af informationsteknologi, men ved indkøb af udstyr under 100.000 ECU kan reglerne fraviges, hvis indkøbene ikke får den virkning, at efterfølgende indkøb af EDB-udstyr ikke kan opfylde standardiseringsanvisningerne, jvf. artikel 5, stk. 2.¹⁷³

I 1988 ændredes direktiv 77/62 ved direktiv 88/295,¹⁷⁴ der bl.a. indførte en begrænset mulighed for at indgå kontrakter efter princippet om »udbud efter forhandling« samt en pligt for de statslige myndigheder og institutioner til årligt at offentliggøre de samlede forventede indkøb af varer, hvis disse for den enkelte institution overstiger 750.000 ECU om året (art. 9).

Med direktiv 89/440¹⁷⁵ ændredes også direktiv 71/305 om udbud af offentlige anlægskontrakter, således at tærskelværdien blev forhøjet til 5 mio. ECU. Udbudsprincipperne i bygge- og anlægsdirektivet samt i indkøbsdirektivet svarer efter ændringen i 1989 i hovedsagen til hinanden. Ændringerne af direktiv 71/305 betød, at der i artikel 1, litra b, blev fastlagt en mere vidtgående definition af de omfattede ordregivende myndigheder end den, der tilsyneladende er indholdt i direktiv 77/62.

Den manglende overholdelse af udbudsreglerne medførte, at Rådet vedtog direktiv 89/665 om klageprocedurer ved overtrædelse af reglerne om

170. EFT.1980, L.71/1.

171. EFT.1980, L.215/1.

172. EFT.1987, L.36/31

173. Med henblik på at undgå, at forskellige tekniske standarder hindrer fri konkurrence af teleterminaludstyr, har Rådet vedtaget direktiv 91/263 om harmonisering af teleterminaludstyr samt gensidig anerkendelse af udstyrets overensstemmelse, der indeholder en frihandelsklausul i artikel 5, som udelukker, at medlemsstaterne kan hindre markedsføring af teleterminaludstyr, der opfylder direktivets krav (EFT.1991, L.128/1).

174. EFT.1988, L.127/1.

175. EFT.1989, L.210/1.

3.4. Offentlige køb medfører sjældent grænseoverskridende ydelser

udbud,¹⁷⁶ der sikrede en et minimum af procesuelle muligheder for at påtale overtrædelse af reglerne.

De tidligere regler havde undtaget de særligt koncessionerede sektorer som energi- og vandforsyning, transport samt telekommunikation, men med direktiv 90/531¹⁷⁷ blev også disse sektorer omfattet af udbudsreglerne fra 1. januar 1993. Dermed kom en betydelig række af private firmaer ind under udbudsreglerne, idet dette direktiv afgrænser de ordregivende myndigheder til også at omfatte de tidligere undtagne eksklusive virksomheder.¹⁷⁸ Ved direktiv 92/13¹⁷⁹ er der gennemført en klageprocedure over manglende udbud ved kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport og telekommunikation, der i hovedsagen svarer til den, der gælder for offentlige kontrakter om vareindkøb og anlægsarbejder.

Når direktivet om indgåelse af offentlige tjenesteydelseskontrakter er endeligt vedtaget, vil alle de forskellige kontrakttemner, de offentlige kontrakter omhandler, være omfattet af EF's udbudsregler, ligesom tjenesteydelsesreglerne også gælder for de særlige forsyningsvirksomheder. Direktivet om EF-udbud af tjenesteydelser er i skrivende stund ikke endelig vedtaget. Da der imidlertid ikke kan forventes nævneværdige ændringer, har jeg valgt at redegøre for indholdet af direktivet på grundlag af det senest offentliggjorte forslag.¹⁸⁰ Alle henvisninger i det følgende til enkelte bestemmelser i tjenesteydelsesdirektivet bygger således på dette forslag.

3.4 Offentlige køb medfører sjældent grænseoverskridende ydelser

Uanset betydelige fremskridt i gennemførelsen af regler med henblik på dannelsen af det fælles indre marked efter vedtagelsen af den Europæiske Fælles Akt i 1987, har der hele tiden eksisteret et stort problem med hensyn til offentlige virksomheders og myndigheders køb af ydelser.

Efter Kommissionens opgørelser udgjorde offentlige virksomheders og myndigheders indkøb i 1986 15% af EF's bruttonationalprodukt, men kun

176. EFT.1989, L.395/33.

177. EFT.1990, L.297/1.

178. Kommissionen har efterfølgende foreslået en ændring af direktivet. Forslaget indebærer bl.a., at ikke kun tjenesteydelser, der udføres på grundlag af kontrakt, men også tjenesteydelser, der udføres på grundlag af love eller administrative bestemmelser, omfattes af udbudsreglerne (EFT.1991, C.337/1).

179. EFT.1992, L.76/14.

180. EFT.1991, C.250/4.

Kapitel 3. Den sekundære EF-ret om offentlige indkøb

knap 1% af disse indkøb har givet anledning til samhandel mellem medlemsstaterne.¹⁸¹ Dette skal sammenholdes med, at EF's oprindelige udbudsregler for offentlige anlægskontrakter er fra 1971,¹⁸² og de tilsvarende regler for offentlige vareindkøb¹⁸³ trådte i kraft i den 21. juni 1978. De faktiske forhold peger derfor på et betydeligt misforhold mellem EF's regler og praksis i medlemsstaterne.

Danmark udgør ingen undtagelse herfra, idet også de offentlige indkøb i Danmark i hovedsagen hidrører fra nationale leverandører. Dette understreges af, at heller ikke danske myndigheder har været tilbøjelig til at følge EF's udbudsregler, selvom reglerne for offentlige anlægskontrakter har været gældende, siden Danmark blev medlem af EF i 1973. Den praktiske hovedregel har nemlig været, at EF's udbudsregler med meget få undtagelser ikke er blevet fulgt.¹⁸⁴

Kommissionen har foretaget forskellige skøn over, hvad den manglende konkurrence mellem alle medlemsstaternes producenter om offentlige kontrakter har betydet. I Cecchini-rapporten anføres således, at det forventes, at de offentlige virksomheder og myndigheder ved en effektiv konkurrence årligt vil kunne spare mellem 64 og 152 mia. kr.¹⁸⁵ Dette beløb er i stedet blevet opkrævet hos borgerne i form af højere skatter og højere gebyrer eller priser til de offentlige og koncessionerede selskaber.

Det kan på denne baggrund konstateres, at selvom EØF-Traktaten forbyder forskelsbehandling og forudsætter konkurrence, og selvom EF har vedtaget nærmere regler for at sikre denne konkurrence – så har de offentlige virksomheder og myndigheder næsten som praktisk hovedregel tilsidesat bestemmelserne. De potentielt bydende firmaer har tilsvarende været tilbageholdende med at indbringe overtrædelserne for de nationale domstole, og Kommissionen har ikke haft reel mulighed for at kontrollere, at reglerne blev respekteret, hvorfor der kun er gennemført relativt få sager om overtrædelser.

181. Kilde: »Åbning af adgangen til at konkurrere om offentlige kontrakter som forberedelse til 1993«, Kommissionens publikation, 1991, p. 2.

182. Direktiv 71/305, EFT. 1971, L.185/5.

183. Direktiv 77/62, EFT. 1977, L.13/1.183.

184. En opgørelse over danske kommuners udbud af indkøb i EF-tidende de senere år viser således følgende:

i 1987 gennemførte 6 kommuner udbud af 21 kontrakter
i 1988 gennemførte 10 kommuner udbud af 24 kontrakter
i 1989 gennemførte 22 kommuner udbud af 53 kontrakter
i 1990 gennemførte 50 kommuner udbud af 142 kontrakter
i 1991 gennemførte 41 kommuner udbud af 180 kontrakter

185. Kilde: Kommissionens pjece, »Det indre marked – de offentlige licitationer«, 1991, p. 4.

3.5. Princippet i EF-reglerne om udbud

De sager, der er ført, vedrører for en meget stor del Italien, men det er usikkert, om de mange sager skyldes flere overtrædelser i Italien end i andre medlemsstater, eller om de blot skyldes, at italienske firmaer og advokater er bedre til at bruge EF-retten.

Sagerne viser, at Domstolen anvender en udstrakt formålsfortolkning af udbudsdirektiverne og fortolker undtagelserne meget indskrænkende, ligesom sagerne viser, at Domstolen i visse tilfælde er indstillet på at standse en kontraktindgåelse eller hindre gennemførelse af en kontrakt.¹⁸⁶

Med henblik på at sikre potentielle bydende firmaers retsmidler for at hindre indgåelse af EF-retsstridige kontrakter har Rådet i 1989 vedtaget direktiv 89/665 om klageprocedurer ved indgåelse af offentlige indkøbs- eller anlægskontrakter¹⁸⁷ samt direktiv 92/13 om klageregler ved tilbudsgivning inden for vand- energiforsyning samt transport og telekommunikation.¹⁸⁸

3.5 Princippet i EF-reglerne om udbud

Ligesom ingen vil drømme om at tage til Portugal for at købe billigt morgenbrød, er det naturligvis heller ikke enhver offentlig kontrakt, der kan og bør gøres til genstand for grænseoverskridende udveksling af ydelser. Også andre forhold som hensyn til statens sikkerhed, visse offentlige sektors særlige forhold eller ydelsernes forskellige art bør der tages hensyn til. Afgrænsning af, hvilke kontrakter der er omfattet af EF's udbudsregler, omtales i kapitel 4, hvor der endvidere drøftes afgrænsning af begrebet »offentlige virksomheder«.

Ligesom den danske Licitationslov anvender forskellige former for licitation, der tager hensyn til forskellige situationer, indeholder EF's udbudsregler også tre forskellige former for udbud, nemlig: Offentligt udbud, begrænset udbud og udbud efter forhandling. Indholdet af disse regler omtales nærmere i kapitel 5.

Som omtalt ovf. i afsnit 3.2 indeholder udbudsdirektiverne forskellige krav til udbudsmaterialets tekniske specifikationer og regler om, hvornår den

186. Se f.eks. sag 194/88, hvor Domstolen ved endelig kendelse hindrede kontraktindgåelse om et affaldsforbrændingsanlæg i Norditalien i nærheden af Seveso, som midlertidig forholdsregel efter EØFT artikel 186. Dette skete, selvom der påviseligt var visse miljörisici, som Domstolen imidlertid fandt de italienske myndigheder var årsag til. EF-domssaml. 1988, p. 5647. Se også de foreløbige kendelser i sagen: EF-domssaml. 1988, p. 4546 og p. 4559.

187. EFT.1989, L.395/33.

188. EFT.1992, L.76/14.

Kapitel 3. Den sekundære EF-ret om offentlige indkøb

offentlige køber kan udskyde de bydende. Disse spørgsmål drøftes mere indgående i henholdsvis kapitel 6 og 7.

I afsnit 2.2 er omtalt, hvorledes EF's regler om statsstøtte kan få indflydelse på de offentlige virksomheder og myndigheders gensidigt bebyrdende kontrakter. For de kontrakter, der er omfattet af EF's udbudsdirektiver, suppleres de generelle regler om statsstøtte både af nogle materielle og procesuelle krav til kontraktsindgåelsen, som omtales nærmere i kapitel 8.

Det særlige problem med den manglende overholdelse af udbudsdirektiverne og retsvirkningen af reglerne er antydnet ovf. i afsnit 3.4. En mere indgående drøftelse af disse spørgsmål om klageadgang, procesuelle retsmidler m.v. er henlagt til kapitel 9.

KAPITEL 4

Hvilke kontrakter er omfattet af udbudsreglerne

Formålet med EF's direktiver om offentlige udbud er at fastlægge en udbudsprocedure der skaber gennemsigtighed og konkurrence mellem virksomheder i alle EF's medlemslande om udførelsen af de opgaver, som offentlige virksomheder og myndigheder rekvirerer fra tredjemand.

Udformningen af det nugældende regelsystem for offentlige udbud i EF-retten er sket over en periode på 20 år, startende med udbudsreglerne for bygge- og anlægsarbejder i direktiv 71/305, som nævnt ovf. i afsnit 3.3. Denne historiske baggrund har betydet, at der i dag er forskellige regelsæt dels for forskellige typer ydelser og dels for forskellige grupper af udbydere.

De forskellige ydelser eller kontraktsemner er i hovedsagen reguleret i tre regelsæt, nemlig udbudsregler for bygge- og anlægskontrakter (afsnit 4.1), for offentlige vareindkøb (afsnit 4.2) og udbudsregler for offentlige køb af tjenesteydelser (afsnit 4.3). De særlige udbudsregler for energi- og vandforsyning m.v. omtales i afsnit 4.4, mens de særlige regler om EDB og kommunikationsudstyr omtales i afsnit 4.2.

De forskellige regelsæt bygger i hovedsagen på de samme principper, men der er også afvigelser, hvorfor det er nødvendigt at kende hvert af systemerne.

En af de centrale forskelle mellem regelsættene drejer sig om de såkaldte tærskelværdier, der fastsætter de kalkulerede mindstebeløb for offentlige udbud for de forskellige kontrakter. Disse tærskelværdier varierer for de forskellige ydelser og omtales mere indgående under hvert underafsnit. Forskelle i tærskelværdierne mellem kommunale og statslige indkøbsinstitutioner omtales i afsnit 4.2.

Ud over at kontrakternes størrelse kan medføre, at en kontrakt ikke er omfattet af EF's udbudsregler, indebærer regelsættet to yderligere muligheder for at fravige udbudsproceduren. For det første omfatter udbudsreglerne kun offentlige virksomheder og myndigheder, hvorfor en nærmere afgrænsning af dette begreb er nødvendig. For det andet angiver udbuds-direktiverne nogle undtagelsesmuligheder, hvor udbudsproceduren ikke kan kræves fulgt.

Kapitel 4. Hvilke kontrakter er omfattet af udbudsreglerne

Fremstillingen ndf. i afsnit 4.1 – 4.4 tager udgangspunkt i de forskellige regelsæt. I den sammenhæng afgrænses de typer ydelser, det enkelte regelsæt omfatter, ligesom de ordregivende myndigheder, som regelsættet omfatter, afgrænses. Endelig omtales under hvert afsnit de såkaldte tærskelværdier, der angiver størrelsen af den kontrakter, som udbudsreglerne omfatter.

Princippet om udbud i EF-tidende gælder ikke kun for medlemsstaterne, men også for iværksættelse af arbejder for EF's institutioner og for EF-finansierede projekter i AVS-landene. Dette spørgsmål drøftes kort i afsnit 4.5.

4.1 Udbud af bygge- og anlægskontrakter

EF's udbudsregler for bygge- og anlægskontrakter er som overvejende hovedregel fastsat i direktiv 71/305¹⁸⁹ ændret ved direktiv 89/440¹⁹⁰ om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter – idet udbudsproceduren for de særlige sektorer vand- og energiforsyning, transport og telekommunikation er fastsat i direktiv 90/531.¹⁹¹

4.1.1 Hvilke ydelser er omfattet

»Offentlige bygge- og anlægskontrakter« er defineret i direktivets artikel 1, litra a) som gensidigt bebyrdende kontrakter mellem en ordregivende myndighed¹⁹² og en entreprenør om udførelse af enten de i bilag II nævnte arbejder eller arbejder, der kan anses som »resultatet af et sæt bygge- eller projekteringsaktiviteter bestemt på at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion«, jvf. artikel 1, litra c.

I praksis ses afgrænsningen af begrebet bygge- og anlægskontrakter ikke at have givet anledning til sager, men et enkelt problem bør dog nævnes: Skal en bygherrelevance anses som en del af entrepriseaftalen, eller skal den anses for varer omfattet af direktiv 77/62 ? – Dette har nemlig betydning for, hvilket regelsæt der skal følges.¹⁹³

I »De internationale regler om offentlige indkøb og deres anvendelse i praksis«¹⁹⁴ anføres (p. 19), at som udgangspunkt skal bygherreleverancer

189. EFT.1971, L.185/5.

190. EFT.1989, L.210/1.

191. EFT.1990, L.297/1.

192. Særligt defineret i artikel 1, litra b). Se nærmere afsnit 4.1.2.

193. Det beror derfor på en misforståelse, når Hans Henrik Vagner i »Entrepriseret«, 1988, p. 73-74 henviser til, at det gamle udbuds cirkulære fra 1974 m.h.t. varerindkøb.

194. Udgivet af direktoratet for statens indkøb, juni 1991.

4.1. Udbud af bygge- og anlægskontrakter

betraktes som indkøb, omfattet af direktiv 77/62 om offentlige vareindkøb – mens entreprenørens materialeindkøb ikke er omfattet af direktiv 77/62.¹⁹⁵ Denne opfattelse understøttes af, at udbudsdirektiverne naturligvis ikke griber ind i, om de ordregivende myndigheder selv gennemfører opgaven. Denne opfattelse er endvidere i overensstemmelse med, at direktiv 71/305 indeholder en udtrykkelig regel om, at udgifter til bygherreleverancer skal medregnes ved beregning af om en bygge- og anlægskontrakt overskrider tærskelværdierne,¹⁹⁶ hvorved det forhindres, at omfattende bygherreleverancer anvendes for at undgå EF-udbud af entrepriseopgaver. Også supplerende monterings- og installationsarbejde vil på denne baggrund formentlig være omfattet af de ydelser, der har betydning ved beregning af tærskelværdien (se også afsnit 4.2.1).¹⁹⁷

4.1.2 Hvilke ordregivere er omfattet

Direktiv 71/305 indeholdt oprindeligt en definition af de ordregivere, som udbudsreglerne omfattede, der indicerede, at kun egentlige myndigheder var omfattet, idet direktivet definerede de ordregivende myndigheder som: »staten, de lokale organer og de i bilag I anførte offentligretlige juridiske personer«.

Med ændringen af reglerne ved direktiv 89/440 blev gruppen af ordregivere, som er omfattet af udbudsreglerne, væsentligt udvidet. Således er alle virksomheder, hvor der ydes over 50% støtte¹⁹⁸ til gennemførelsen af den pågældende anlægskontrakt, omfattet af udbudsreglerne,¹⁹⁹ ligesom koncessionerede selskaber er bundet af direktiv 71/305's bestemmelser om forudgående offentliggørelse af udbud.²⁰⁰ Det er derfor ikke rigtigt, når det i bemærkningerne til den danske gennemførelse af udbudsreglerne for de

195. Samme opfattelse deles af Peter L. Vesterdorf – se »Udbud af offentlige kontrakter i EF«, 1990, p. 20.

196. Direktiv 71/305, artikel 4a, stk. 5.

197. Når Hørlyck i »Entrepriseretlige noter« (1990) p. 106 anfører, at »maskiner og tilsvarende teknisk udstyr, herunder monteringsarbejde og installationsarbejde i tilknytning hertil« ikke er omfattet af Licitationsloven, må der derfor gøres det ikke ubetydelige forbehold, at ved kontrakter omfattet af EF's direktiv 71/305 eller direktiv 90/531 vil også installationsarbejde i tilknytning til entreprisen være omfattet.

198. Svarer formentlig til statsstøttebegrebet i EØFT artikel 92.

199. Jvf. artikel 1a.

200. Jvf. direktiv 71/305, artikel 1b, stk. 4. Da direktivet imidlertid udtrykkeligt undtager de fleste af de traditionelle koncessionerede områder som energi- og vandforsyning (art 3, stk. 4), har bestemmelsen ikke den store betydning – men f.eks. kan det nævnes, at et selskab som R 98, der for Københavns kommune forestår indsamling af husholdningsaffald, vil være omfattet af offentliggørelsespligten ved bygge- og anlægsarbejder over 5 mio ECU.

Kapitel 4. Hvilke kontrakter er omfattet af udbudsreglerne

særlige forsyningsvirksomheder omfattet af direktiv 90/531 anføres, at direktiv 90/531 »i modsætning til bygge- og anlægsdirektivet og indkøbsdirektivet (gælder) tillige for private virksomheder, som er tildelt en koncession eller anden eneret af en offentlig myndighed«.²⁰¹

Endvidere gælder direktivets udbudsregler ud over stat og kommuner, for *offentligretlige organer* og sammenslutninger af disse. Direktivets definition af *offentligretlige organer* adskiller sig imidlertid væsentligt fra forvaltningsrettens traditionelle brug af begrebet og skal derfor omtales nærmere.

Direktiv 71/305 definerer efter ændringen offentligretlige organer som ethvert organ, der er en juridisk person, som har almennyttige formål, dog ikke erhvervs- og forretningsmæssige, og »hvis drift enten for mere end halvdelen vedkommende finansieres af staten, og de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet. Fortegnelsen over de offentligretlige organer eller kategorier af organer, der opfylder de kriterier, der er nævnt i foregående afsnit, findes i bilag I. Den er så fuldstændig som mulig, og den kan revideres efter fremgangsmåden i artikel 30b«.²⁰²

Det fremgår af definitionen, at opregningen af organer i bilag I, der for Danmark angiver »andre forvaltningssubjekter«, ikke er udtømmende, hvorfor definitionen indebærer, at en juridisk person, der har almennyttige formål, er omfattet af udbudsreglerne i fire forskellige tilfælde, nemlig når enten:

- det offentlige giver mere end 50% støtte til driften (f.eks. private skoler og institutioner).
- eller når det offentlige skal godkende driften (muligvis indsamlinger til kræftens bekæmpelse, men formentlig almennyttige boligselskaber).
- eller når det offentlige udpeger mere end halvdelen af administrations- eller ledelsesorganet (f.eks. Nationalbanken, DSB, og TV2).
- eller når det offentlige udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i »administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet« (f.eks. boligselskaber, der er omfattet af lovgivningen om almennyttige boligselskaber og er underlagt de kommunale tilsynsmyndigheder).²⁰³

201. Se bemærkningerne til lovforslag L 66, Folketinget 1991-92 – efterfølgende er forslaget vedtaget uændret ved Lov nr. 377, 1992.

202. Direktiv 71/305, artikel 1, litra b).

203. Se iøvrigt afsnit 4.1.2.1.

4.1. Udbud af bygge- og anlægskontrakter

Da direktiv 71/305 endvidere angiver, at også sammenslutninger af offentligretlige organer er omfattet, vil f.eks. Boligselskabernes Landsforening og fælleskommunale affaldsselskaber også være omfattet af reglerne.

På baggrund af Domstolens afgørelse i *sag 31/87*,²⁰⁴ må det antages, at de ordregivere, som direktiv 71/305 omfatter, udstrækkes til endnu flere end det, der fremgår af det foregående.

Baggrunden for sagen var, at den lokale kommission for udskiftning Waterland, hvis nærmere karakteristika var defineret i en hollandsk lov, i forbindelse med et udbud af en entreprise antog det næstlaveste bud, hvorefter det firma, der havde afgivet det laveste bud, anlagde sag ved de hollandske domstole. I forbindelse med sagen gjorde Holland gældende, at den lokale kommission ikke kan anses for at være en del af staten, hvorfor udbudet slet ikke var omfattet af direktiv 71/305. Domstolen bemærkede i den anledning, at direktivets begreb »stat (...) skal fortolkes formålsbestemt. Direktivets formål (...) ville blive bragt i fare, hvis anvendelsen af direktivets ordning skulle være udelukket, alene fordi et udbud af offentlige kontrakter foretages af et organ, som ganske vist er oprettet for at udføre opgaver, som loven tildeler det, men ikke formelt er integreret i statens administration«.²⁰⁵

På denne baggrund bemærkede Domstolen, at et organ skal anses som hørende til staten i direktivets forstand, selv om det ikke formelt er en del heraf, når følgende betingelser er opfyldt:

- organets sammensætning og funktioner er fastsat ved lov;
- udnævnelse til organet er afhængigt af myndighederne;
- garantien for organets forpligtelser som følge af dets retsakter er afhængigt af myndighederne;
- garantien for organets finansielle forpligtelser er afhængigt af myndighederne;²⁰⁶

Domstolens afgørelse er konkret, idet den opregner de fire betingelser, der forelå i den konkrete sag, hvorfor det efter Domstolens afgørelse er usikkert, om kun to eller tre er betingelserne er tilstrækkelige til at anse et organ for en stat i direktivets forstand. I praksis har dette formentlig kun betydning for indkøbskontrakterne omfattet af direktiv 77/62, da definitionen efterfølgende er ændret i direktiv 71/305. Det kan på denne baggrund konkluderes, at også organer, som ikke formelt er juridiske personer, under de ovennævnte omstændigheder alligevel vil være omfattet af udbudsreglerne. Domstolen

204. EF-domssaml. 1988, p. 4635.

205. *Sag 31/87*, præmisserne pkt. 11.

206. *Præmisserne* pkt. 12.

Kapitel 4. Hvilke kontrakter er omfattet af udbudsreglerne

afgørelse antyder endvidere, at ligesom forbudet mod tekniske handelshindringer i EØFT artikel 30, ikke kun gælder for myndighederne, men også for tilsyneladende privatretlige foretagender, der modtager støtte omfattet af artikel 92, og hvis ledelse udnævnes af myndigheder,²⁰⁷ vil samme udvidelse af forbudet i EØFT artikel 59 kunne gøres gældende med hensyn til tjenesteydelser. Der er herefter næppe tvivl om, at foretagender som ATP-fonden og Dyrstidsfonden er omfattet af udtrykket »ordregivende myndighed« i både direktiv 71/305 og direktiv 77/62, mens pensionskassernes stilling er mere tvivlsom.

I en anden sag om foreløbige forholdsregler i forbindelse med et italiensk fælleskommunalt selskabs kontraktindgåelse om bygning af et større affaldsforbrændingsanlæg havde Domstolen lejlighed til at kommentere et noget særegent anbringende.

Italien havde nemlig anført, at den omtvistede kontrakt kun var af sonderende art, idet det fælles kommunale selskab efter efter italiensk lovgivning ikke er forpligtet til at give faktisk tilslag, selv om der er givet tilslag til bygge- og anlægsarbejder, når der er tale om et udbud af sonderende art, som har til formål på grundlag af forud fastlagte kriterier at afgøre, hvilke tilbud der økonomisk og teknisk er mest fordelagtige. Domstolen bemærkede hertil, at direktivets anvendelsesområde ikke afhænger af de særlige regler, der i henhold til national lovgivning gælder med hensyn til de forpligtelser, der påhviler de ordregivende myndigheder, og at det var tilstrækkeligt at fastslå, at det fælles kommunale selskab er en offentlig myndighed i direktivets forstand.²⁰⁸

4.1.2.1 Er almennyttige boligselskaber omfattet

De almennyttige boligselskaber har hidtil ikke fulgt direktiv 71/305's udbudsregler, selv om det i Bygge- og Boligstyrelsens vejledning om EF-regler for udbud af offentlige bygge- og anlægsarbejder anføres, »at opførelse af almennyttigt boligbyggeri og ungdomsboliger med tilsagn om støtte efter Lov om boligbyggeri og ældreboliger efter lov om boliger for ældre og personer med handicap *er omfattet af direktivet*«²⁰⁹ (min fremhævelse). Årsagen er, at Bygge- og Boligstyrelsen har meddelt, at der kan ses bort fra denne bestemmelse, idet Bygge- og Boligstyrelsen henviser til, at spørgsmålet

207. Jvf. sag 249/81, EF-domssaml. 1982, p. 4005 mod Irland, præmisserne pkt. 15.

208. Sag 194/88, EF-domssaml. 1988, p. 5647, præmisserne pkt. 10.

209. Vejledningens p. 14.

4.1. Udbud af bygge- og anlægskontrakter

om de almennyttige boligselskaber »er genstand for drøftelser mellem EF-Kommissionen og de danske myndigheder«.²¹⁰

På grundlag af det ovf. anførte om, hvem der er ordregivende myndigheder efter direktiv 71/305, finder jeg det imidlertid utvivlsomt, at de almennyttige boligselskaber er omfattet af direktiv 71/305's udbudsregler. Dette beror på, at de offentlige myndigheder både skal godkende driften og gennem det kommunale tilsyn har adgang til at gribe ind i visse tilfælde og styre boligselskabernes dispositioner. Da én af betingelserne er tilstrækkelig til, at et selskab er omfattet, finder jeg ikke grund til tvivl om resultatet.

Direktiv 71/305, artikel 6 indeholder godt nogle undtagelsesmuligheder for »planlægning og opførelse af et socialt boligkompleks« – men for det første forudsætter bestemmelsen, at det er nogle særlige forhold, der gør sig gældende, og for det andet skal boligselskaberne også i disse tilfælde følge direktivets regler om forudgående offentliggørelse af begrænset udbud. Bestemmelsen understreger derfor modsætningsvis, at også de sociale boligselskaber er omfattet.

Bygge- og Boligstyrelsens drøftelser med Kommissionen drejer sig bl.a. om, at de tyske og hollandske boligselskaber ikke er omfattet af udbudsreglerne – i hvert fald ifølge de respektive regeringer, hvorfor de danske myndigheder og boligselskaber finder, der er tale om en urimelig forskelsbehandling. Hertil må imidlertid anføres to ting. For det første vil det næppe være realistisk at undtage et område på grund af forskelsbehandling, når først de almennyttige boligselskaber i Danmark klart er omfattet af direktiv 71/305's definition af ordregivende myndighed. Og for det andet fører et sådant synspunkt måske til, at andre landes boligselskaber med rimelige lighedstegn med de danske boligselskaber kan være omfattet af direktiv 71/305, da definitionen netop sigter på at forhindre, at forskelle i medlemsstaternes juridiske konstruktioner af offentlige selskaber medfører omgåelsesmuligheder.

Hvad angår Bygge- og Boligstyrelsens bemærkninger om drøftelser med Kommissionen, vil selv et tilsagn fra Kommissionen om ikke at rejse indsigelser ikke have nogen retsvirkning i forhold til konkurrenters mulighed for at rejse indsigelser og få en kontrakt annulleret eller få udbetalt erstatning, som nærmere påvist i kapitel 9.²¹¹

210. Se Cirkulære af 29. januar 1991 – C1-7.451.

211. Det kan i øvrigt oplyses, at Boligselskabernes Landsforening i samarbejde med de øvrige nordiske landes søsterorganisationer er ved at udarbejde en redegørelse om boligpolitikken i EF og Norden.

Kapitel 4. Hvilke kontrakter er omfattet af udbudsreglerne

4.1.3 Tærskelværdierne

Det er indlysende, at en række bygge- og anlægskontrakter er så små, at det vil være unødvendigt fordyrende at anvende EF's udbudsprocedure, da udbudene alligevel ikke påkalder sig interesse fra andre EF-landes entreprenører.

Direktiv 71/305 indeholder derfor en bagatelgrænse i form af en tærskelværdi, således at kun kontrakter på over 5 mio. ECU er omfattet.²¹² Beløbet inkluderer bygherreleverancer, jvf. artikel 4a, stk. 5. Hvis entreprisen opdeles i del-entrepriser, skal der som hovedregel ske udbud af del-entrepriserne efter direktiv 71/305, hvis summen af del-entrepriserne overstiger 5 mio. ECU, jvf. artikel 4a, stk. 3. Herudover angiver direktivet et generelt forbud mod opdeling af entrepriserne med henblik på omgåelse.²¹³

På grundlag af *sag 3/88* må det antages, at ved beregning af tærskelværdien indgår også de arbejder, som er helt nødvendige for anlæggets drift.²¹⁴

4.1.4 Kontrakter der er undtaget

Uanset den betydelige rækkevidde af udbudsreglerne har EF dog valgt at undtage nogle særlige typer af kontrakter fra direktiv 71/305's anvendelsesområde, når kontrakterne berører statens sikkerhed, troppestationering, vedrører de særligt undtagne sektorer eller som sker på grundlag af international overenskomst med tredjeland eller multinationale organisationer.

4.1.4.1 Statens sikkerhed

Efter direktiv 71/305, artikel 4 litra b), finder udbudsreglerne ikke anvendelse ved troppestationering, og efter artikel 3, stk. 4, litra c) gælder udbudsreglerne ikke for kontrakter, »der er erklæret hemmelige«, eller som berører statens sikkerhed. Det er dermed på forhånd klart, at også anlægskontrakter for forsvaret eller politiet som udgangspunkt er omfattet af EF's udbudsregler.

Domstolen har ikke taget stilling til disse undtagelser i direktiv 71/305, men i *sag 3/88*²¹⁵ tog Domstolen stilling til en bestemmelse i direktiv 77/62 om udbud af vareindkøb, der svarer til direktiv 71/305, artikel 3, stk. 4, litra c). Baggrunden for sagen var nogle italienske lovbestemmelser, hvorefter alene selskaber, som den italienske stat helt eller delvist ejede, kunne indgå kontrakter om EDB-leverancer til Staten. I forbindelse med sagen gjorde den

212. Jvf. direktiv 71/305, artikel 4a, stk. 1.

213. artikel 4a, stk. 4.

214. Sagen drejede sig om EDB-udstyr og direktiv 77/62, men har så betydelige paralleller med almindelige entreprisekontrakter, at der formentlig er grundlag for denne antagelse. Se EF-domssaml. 1989, p. 4035.

215. EF-domssaml. 1989, p. 4035.

4.1. Udbud af bygge- og anlægskontrakter

italienske stat bl.a. gældende, at kontrakterne var omfattet af undtagelsen for forudgående offentliggørelse, da EDB-leverancerne berørte statens sikkerhed. Domstolen bemærkede hertil, at det ikke var godtgjort, at den offentlige orden ville være truet, såfremt etablering og drift af EDB-systemerne overdrages selskaber fra andre medlemsstater, idet sikkerheden ikke afhænger af det offentlige ejerskab, men af personalets tavshedspligt, hvorfor undtagelsen ikke kan påberåbes.²¹⁶

På grundlag af præmisserne i denne sag må det antages, at den medlemsstat, der vil påberåbe sig statens sikkerhed eller hemmelige kontrakter, har *bevisbyrden* for, at dette er nødvendigt og ikke overskrider proportionalitetsprincippet. Dette resultat svarer også til Domstolens afgørelse i *sag 199/85*,²¹⁷ hvor Domstolen anførte, at nogle andre undtagelsesbestemmelser i direktiv 71/305 skal fortolkes *indskrænkende*, og at den myndighed, der vil påberåbe sig bestemmelserne, har *bevisbyrden* for, at alle betingelser er opfyldt.²¹⁸

4.1.4.2 De undtagne sektorer

Efter direktiv 71/305, artikel 3, stk. 4 er transport, energi- og vandforsyning samt telekommunikation ikke omfattet af direktiv 71/305, men reguleret af de særlige regler i direktiv 90/531 for disse sektorer.²¹⁹ De nærmere regler for disse sektorer omtales i afsnit 4.4, men en enkelt afgørelse fra Domstolen om de undtagne sektorer viser retsvirkningen af, at en kontrakt ikke er omfattet af direktiv 71/305. I *sag 45/87*,²²⁰ der drejede sig om en irsk kommune, der i forbindelse med etablering af *drikkevandsforsyning* indrykkede en annonce i EF-Tidende med udbudsmaterialet. Kommissionen gjorde bl.a. gældende, at Irland havde overtrådt direktiv 71/305, hvortil Domstolen bemærkede, at da direktiv 71/305 artikel 3, stk. 5 udtrykkeligt undtager bl.a. vandforsyning fra anvendelsesområdet, kunne dette direktivs bestemmelser ikke finde anvendelse, selv om der var foretaget udbud i EF-tidende. Dette indebærer, at når f.eks. statslige institutioner anvender udbudsreglerne på kontrakter under tærskelværdierne, får udbudsdirektiverne ikke virkning for kontraktindgåelsen, som dog må respektere EØF-Traktatens bestemmelser.

216. Præmisserne pkt. 15 og 24.

217. EF-domssaml. 1987, p. 1039.

218. Sag 199/85, præmisserne pkt. 14.

219. EFT.1990, L.297/1. Bestemmelsen fremgår af artikel 35 i direktiv 90/531.

220. EF-domssaml. 1988, p. 4929.

Kapitel 4. Hvilke kontrakter er omfattet af udbudsreglerne

4.1.4.3 Mellemfolkelige aftaler

Efter direktiv 71/305 artikel 4, litra a) og c), finder udbudsreglerne for bygge- og anlægskontrakter ikke anvendelse på de kontrakter, der er omfattet af andre procedureregler, og som indgås i henhold til international overenskomst med et eller flere ikke EF-lande, forudsat aftalen er i overensstemmelse med EØF-Traktaten.

Denne bestemmelse vil kunne have praktisk betydning i forbindelse med aftalen mellem Danmark og Sverige om en fast Øresundsforbindelse, hvor udbudet således vil kunne gennemføres uden om EF's udbudsregler. Betingelsen er dog, at der er fastsat en anden udbudsprocedure, og at disse procedureregler og kontraktmaterialet ikke er udformet sådan, at det virker diskriminerende over for andre medlemsstats potentielle bydere.

4.1.5 Den danske gennemførelse

Danmark har gennemført direktiv 71/305 med efterfølgende ændringer ved bkg. nr. 595, 1990,²²¹ der indeholder en sammenskrivning af direktiv 71/305 og direktiv 89/440. For at præcisere, at offentlige ordregivere ikke har den i Licitationslovens § 3, stk. 2, nævnte mulighed for frit at vælge mellem de bydende, er der efterfølgende foretaget en ændring ved bkg. nr. 498, 1991.

4.2 Vareindkøb

EF-udbudsreglerne for offentlige vareindkøb er fastsat i direktiv 77/62 om offentlige indkøb²²² ændret ved direktiv 80/767²²³ og direktiv 88/295.²²⁴ Hertil kommer dels de særlige regler for indkøb af kommunikations- og teleteknisk udstyr, der følger af Rådets beslutning 87/95²²⁵ (omtales i afsnit 4.2.6), og dels de særlige regler for energi- og vandforsyning m.v. i direktiv 90/531²²⁶ (omtales i afsnit 4.4).

221. Udstedt med hjemmel i Lov nr. 366, 1990, der er en generel bemyndigelseslov (til at gennemføre EF's udbudsregler) for boligministeren (bygge- og anlægsmrådet) samt for finansministeren (vedrørende indkøb). – Loven tager dog ikke højde for direktivet om udbud af offentlige køb af tjenesteydelser.

222. EFT.1977, L.13/1.

223. EFT.1980, L.215/1.

224. EFT.1988, L.127/1.

225. EFT.1987, L.36/31.

226. EFT.1990, L.297/1.

4.2.1 Hvilke ydelser er omfattet

De ydelser, der er omfattet af indkøbsdirektivet, er defineret i direktiv 77/62 artikel 1, hvoraf fremgår, at udbudsreglerne omfatter »køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer. Levering af sådanne varer kan som tillæg omfatte monterings- og installationsarbejde« (art. 1, litra a). Det er således ikke alene køb, men også leje og leasing af løsøre, der er omfattet af indkøbsdirektivet.

Som udgangspunkt er alt løsøre omfattet, men for forsvaret gælder en særlig begrænsning, idet kun de i direktiv 80/767²²⁷ bilag II nævnte grupper af varer er omfattet af indkøbsdirektivet.²²⁸

Også ved vareindkøb kan det diskuteres, hvorledes man skal forholde sig til blandede kontrakter, der både omfatter vareydelser og tjenesteydelser, idet bestemmelsen angiver, at »levering af sådanne varer kan som tillæg omfatte monterings- og installationsarbejde«.

I »De internationale regler om offentlige indkøb og deres anvendelse i praksis«²²⁹ anføres, at »hvis kontraktens varedel har en større værdi end det tilhørende monterings- og installationsarbejde, er der tale om en indkøbsaftale« – mens kontrakten i det modsatte tilfælde skal vurderes efter direktiv 71/305 om anlægskontrakter (p. 19).

Dette sidste synspunkt er næppe helt rigtigt, hvilket fremgår af Domstolens afgørelse i *sag 3/88*.²³⁰ Sagen var anlagt af Kommissionen efter EØFT artikel 169 på baggrund af nogle italienske lovbestemmelser, hvorefter alene selskaber, som den italienske stat helt eller delvist ejede, kunne indgå kontrakter om EDB-leverancer til Staten. I forbindelse med sagen gjorde den italienske stat bl.a. gældende, at et EDB-system ikke kan betragtes som en vare i direktiv 77/62's forstand.

Generaladvokaten anførte i sine bemærkninger, at sagen gav anledning til at tage stilling til, om EDB-hardware alene er et accessorie til software eller en vare i direktiv 77/62's forstand. Da der ikke var noget i vejen for, at de italienske myndigheder henvendte sig til firmaer med speciale i software, som derefter kunne fastlægge de specifikationer, der kunne danne grundlag for udbud af hardware, fandt Domstolen, at EDB-hardware ikke alene kan anses som et accessorie til software – uanset fordelingen af udgifter på software og hardware (pkt. 19).

227. EFT.1980, L.215/1.

228. Jvf. direktiv 77/62, artikel 2a og artikel 5, stk. 1, litra a), andet led.

229. Udgivet af direktoratet for statens indkøb, juni 1991.

230. EF-domssaml. 1989, p. 4035.

Kapitel 4. Hvilke kontrakter er omfattet af udbudsreglerne

På grundlag af Domstolens afgørelse i denne sag er det nærliggende at konkludere, at også selv om monterings- og installationsarbejdet i en aftale udgør mere end halvdelen, kan selve vareleverancen falde ind under udbudsreglerne i indkøbsdirektiv 77/62 – specielt når det modsatte resultat fører til, at en offentlig kontrakt ellers ikke bliver omfattet af udbudsreglerne.

Helt klare er reglerne dog ikke, hvilket understreges af, at GATT-aftalen om statslige indkøb, som EF har tiltrådt, må forstås sådan, at også tjenesteydelsesdelen falder ind under det offentlige udbud, når tjenesteydelsesdelen udgør under halvdelen.²³¹

Sammenfattende er retstilstanden formentlig indtil tjenesteydelses-direktivet vedtages og træder i kraft følgende:

*Hvor tjenesteydelsesdelen udgør under halvdelen af den samlede ydelse, skal der ske udbud efter direktiv 77/62, hvis den samlede kontraktsum for varer og tjenesteydelser udgør mere end 200.000 ECU – forudsat, at kontrakten ikke er en anlægskontrakt og overskrider tærskel-værdien på 5 mio. ECU i direktiv 71/305. Udgør tjenesteydelsesdelen derimod mere end halvdelen af den samlede ydelse, skal der alene ske udbud af varedelen efter direktiv 77/62, såfremt varedelen selvstændigt overstiger tærskelværdien på 200.000 ECU.*²³²

Når direktivet om udbud af tjenesteydelser træder i kraft, vil princippet blive ændret en smule, idet kontrakter, hvor tjenesteydelsesdelen udgør mere end halvdelen, vil være omfattet af dette direktiv.²³³

4.2.2 Hvilke ordregivere er omfattet

Direktiv 77/62 afgrænser også efter ændringen ved direktiv 88/295 de ordregivere, der er omfattet af EF-udbudet, på samme måde som det oprindelige udbudsdirektiv for bygge- og anlægskontrakter, direktiv 71/305.

Den udstrækning af EF-udbudsreglernes anvendelsesområde, som er sket med hensyn til bygge- og anlægskontrakterne, kan på denne baggrund næppe anses at gælde fuldt ud for vareindkøb, men det må forventes, at der ved fremtidige ændringer af indkøbsdirektivet vil ske en justering, så udbudsreglerne omfatter de samme ordregivere.

231. Se artikel I, stk. 1 litra a), EFT. 1980, L.71/45.

232. Jeg kan derfor tilslutte mig Administrationsdepartementets vejledning om »Internationale regler om anskaffelse af EDB (EF-udbud)«, hvori det anføres, at »hvis der er tale om en blanding af specialudvikling og køb af standardprogrammel, kræves der formentlig kun udbud, hvis værdien af standardprogrammet overstiger værdien af det specialudviklede«.

233. Jvf. artikel 2. Se seneste forslag EFT.1991, C.250/1.

Koncessionerede selskaber vil derfor formentlig ikke være bundet til at følge indkøbsdirektivet, medmindre der er tale om koncessionerede selskaber omfattet af direktiv 90/531.

Med hensyn til afgrænsning af udtrykket »staten, lokale organer og de i bilag I anførte offentligretlige juridiske personer« skal begrebet næppe forstås så snævert, som det er antydnet med angivelsen af »andre forvaltningssubjekter« ud for Danmark i bilag I.²³⁴ De ordregivere, der er omfattet, kan formentlig afgrænses i overensstemmelse med Domstolens afgørelse i *sag 31/87*²³⁵ (nærmere omtalt ovf. i afsnit 4.1.2). Dette svarer også nogenlunde til vejledningen fra direktoratet for statens indkøb, hvori det anføres, at selv om offentlige opgaver privatiseres, vil institutionen fortsat være omfattet af direktiv 77/62.²³⁶

Dette har bl.a. stor betydning for, om almennyttige boligselskaber er omfattet af indkøbsdirektivet. Hvis Domstolens afgørelse i *sag 31/87* nemlig sammenholdes med de almennyttige boligselskabers retsstilling, må det konstateres,

- at boligselskabernes funktioner er fastsat ved lov;
- at boligselskabets retsakter og kontrakter er afhængig af tilsynsmyndighederne;
- at garantien for boligselskabernes finansielle forpligtelser er afhængig af myndighederne.

Det kan ikke påstås, at udnævnelse til boligselskabernes ledelse er afhængig af myndighederne, eller at boligselskabernes sammensætning er fastsat i lov, men da det kommunale tilsyn har adgang til at sætte boligselskaber under administration, vil det være nærliggende at antage, at de almennyttige boligselskaber alligevel er omfattet af indkøbsdirektivet – helt utvivlsomt er svaret dog ikke.

Da EF endvidere har tiltrådt GATT-aftalen om statslige indkøb,²³⁷ bør man være opmærksom på, at det er nødvendigt at sondre mellem forskellige offentlige ordregivere – idet GATT-aftalen har en lavere tærskelværdi end den,

234. Se f.eks. Bent Christensen, »Forvaltningsret, opgaver, hjemmel, organisation«, 1991, p. 96.

235. EF-domssaml. 1988, 4635. Nærmere omtalt ovf. i afsnit 4.1.2.

236. »De internationale regler om offentlige indkøb og deres anvendelse i praksis« af direktoratet for statens indkøb, 1991, p. 28.

237. Ved Rådets afgørelse 80/271 (EFT.1980, L.71/1).

Kapitel 4. Hvilke kontrakter er omfattet af udbudsreglerne

der som hovedregel følger af direktiv 77/62, jvf. direktiv 80/767²³⁸ artikel 3.²³⁹

Efter direktiv 80/767 gælder den lavere tærskelværdi for alle ministerier med tilhørende direktorater og visse institutioner, men efter angivelserne i bilag I til direktiv 80/767 gælder den lavere tærskelværdi ikke for DSB, Post- og Telegrafvæsenet, mens det er uklart, om f.eks. Danmarks Radio er omfattet. Direktiv 80/767 definerer alene de omfattede ordregivere ved de udtrykkeligt opregnede organer i bilag I,²⁴⁰ men det er dog ikke ganske utvivlsomt, om den i bilaget anførte afgrænsning kan holde for en nærmere prøvelse.

Det må således anføres, at efter GATT-aftalen gælder aftalen for »indkøb foretaget af enheder, som står direkte under eller i væsentlig grad kontrolleres af parterne, og andre særligt nævnte enheder (...) (indtil videre) (...) omfatter denne aftale de enheder, der er opført i den i tillæg I indeholdende fortegnelse, samt enheder, der træder i stedet for disse«.²⁴¹

Udgangspunktet er derfor, at alle juridiske personer, som umiddelbart forpligtes af EF's folkeretlige aftaler, bør omfattes af GATT-aftalen. På grundlag af bl.a. Marshall-sagen,²⁴² sagen om Milano kommunes fodboldstadion.²⁴³ Beentjes-sagen mod Holland²⁴⁴ og sag 249/81 mod Irland²⁴⁵ sammenholdt med Kupferberg-sagen²⁴⁶ er det nærliggende at antage, at når EF's folkeretlige forpligtelser er umiddelbart anvendelige – uanset manglende gennemførelsesforanstaltninger.²⁴⁷ er det for snævert at afgrænse indkøbsenhederne til de statslige institutioner.

Det forhold, at aftalen udtrykkeligt angiver en liste over, hvem der forpligtes, kan godt nok tale for, at de andre parter i GATT-aftalen har accepteret en sådan indsnævring. Men specielt når en række opgaver overgår fra staten til kommunerne, kan der på grundlag af formuleringen »samt enheder, der

238. EFT.1980, L.215/1.

239. Jvf. også direktiv 77/62 artikel 5, stk. 1, litra a.

240. Jvf. artikel 1, stk. 1.

241. artikel I, stk. 1, litra c).

242. Sag 152/84, EF-domssaml. 1986, p. 723.

243. Hvor Domstolen bl.a. udtalte, at når et direktivs bestemmelser er tilstrækkelig præcis og ubetinget, kan private støtte ret på direktivets bestemmelser, hvorfor »de af disse bestemmelser følgende forpligtelser gælder for samtlige myndigheder i medlemsstaterne« (pkt. 30), og hvoraf følger, »at samtlige forvaltninger herunder sådanne lokalforvaltninger som kommuner er forpligtet til at anvende disse bestemmelser« (pkt. 31). Sag 103/88, EF-domssaml. 1989, p. 1839.

244. Sag 31/87, EF-domssaml. 1988, p. 4635.

245. EF-domssaml. 1982, p. 4005.

246. Sag 104/81, EF-domssaml. 1982, p. 3641.

247. Se også herom »EF-ret«, 1988 af C. Gulmann og Hagel Sørensen, p. 147-148.

træder i stedet for disse«, argumenteres med betydelig vægt for, at listen ikke er udtømmende.²⁴⁸

Direktoratet for Statens Indkøb har i vejledningen valgt en mellemløsning, hvorefter alle statslige styrelser, direktorater og institutioner er omfattet af den lavere tærskelværdi.²⁴⁹

4.2.3 Tærskelværdierne

Direktiv 77/62's fælles udbudsprocedure for offentlige indkøb af varer omfatter kun kontrakter på over 200.000 ECU excl. moms.²⁵⁰ jvf. artikel 5, stk. 1. Ved regelmæssige leverancer lægges den årlige levering eller aftaleperioden til grund, jvf. artikel 5, stk. 3 og 4.

Statslige indkøb er dog, som det fremgår af afsnit 4.2.2, undergivet en lavere tærskelværdi på 140.000 ECU.²⁵¹ Ved aftaler om leasing og leje er der nogle særlige omregningsregler, jvf. artikel 5, stk. 2. Der er forbud mod omgåelse.²⁵²

Ved vurdering af tærskelværdien ved EDB-indkøb medgår ikke blot udstyr, men også det arbejde med programmer og drift som må anses nødvendig, jvf. sag 3/88.²⁵³ Ved EDB-indkøb er det endvidere vigtigt at være opmærksom på, at der ved siden af tærskelværdierne for udbud er nogle supplerende regler for standarder og driftskompatibilitet på grundlag af Rådets beslutning 87/95.²⁵⁴ Disse regler finder som udgangspunkt anvendelse ved alle køb, men i henhold til beslutning 87/95, artikel 5, stk. 7, kan kravene fraviges ved køb under 100.000 ECU.

Det er i den forbindelse bemærkelsesværdigt, at Administrationsdepartementets vejledning om »Internationale regler om anskaffelse af EDB (EF-udbud)« fra 1990 ikke omtaler de særlige standardiseringsregler. Danmark har da også først gennemført Rådets beslutning 87/95 ved bkg. nr. 132, 1991, selv om reglerne skulle være trådt i kraft i december 1987.

I rapporten »Effektiv EDB i staten« (april 1992) fra det EDB-politiske udvalg udgivet af Administrations- og personaledepartementet fremsættes

248. Se f.eks. Generaladvokatens argumentation i sag 31/87, pkt. 10 – EF-domssaml. 1988, p. 4652.

249. »De Internationale regler om offentlige indkøb og deres anvendelse i praksis«, 1991, p. 22.

250. I danske kroner ca. 1,6 mio., som er det beløb, der er angivet i vejledningen fra Direktoratet for Statens Indkøb.

251. I danske kroner ca. 1,05 mio., der er angivet i vejledningen fra Direktoratet for Statens Indkøb, p. 22.

252. Jvf. direktiv 77/62, artikel 5, stk. 6.

253. EF-domssaml. 1989, p. 4035, præmisserne pkt. 19

254. EFT. 1987, L.36/31.

Kapitel 4. Hvilke kontrakter er omfattet af udbudsreglerne

betydelig kritik mod de lave tærskelværdier, der efter rapportens oplysninger ikke har ført til den tilsigtede handel på tværs af grænserne, da det ikke kan svare sig at udarbejde tilbud i forbindelse med så beskedne udud.²⁵⁵

Over for kritikken bør dog fremhæves både faktiske og retlige forhold, som rapporten tilsyneladende overser. Faktum er nemlig, at udbudsreglerne i realiteten kun er fulgt undtagelsesvis – hvorfor det ikke er overraskende, at udvekslingen af EDB-hardware ikke har fået det store omfang, da den praktiske realisering af det indre marked også forudsætter dannelse af nye vaner hos både køber og sælgere.

Retligt må det anføres, at tærskelværdien ikke kan ændres alene inden for EF, men forudsætter en ændring af GATT-aftalen, som der tilsyneladende er set bort fra.

4.2.4 Kontrakter der er undtaget

Med ændringen af direktiv 77/62 med direktiv 88/295 er der i hovedsagen indført de samme undtagelser for anvendelse af indkøbsdirektivet som dem, der gælder for direktiv 71/305,²⁵⁶ hvorfor jeg med hensyn til disse bestemmelser i hovedsagen vil henvise til det i afsnit 4.1.4 anførte. Med hensyn til de særligt undtagne sektorer følger, af direktiv 90/531 artikel 35, at vand- og energiforsyning samt telekommunikation er undtaget fra direktiv 77/62's anvendelsesområde og i stedet omfattet af de særlige regler i direktiv 90/531.

Der må dog fremhæves tre væsentlige forskelle mellem direktiv 71/305 og direktiv 77/62. For det første indeholder præamblen til direktiv 77/62 en udtrykkelig angivelse af, at direktivet »er ikke til hinder for anvendelsen af navnlig artikel 36 og 223 i Traktaten«. Denne bemærkning må anses som en ubetinget angivelse af, at selv om direktivet er vedtaget efter EØFT artikel 100, så kan Domstolens almindelige praksis om, at medlemsstaterne ikke kan påberåbe sig artikel 36, når der er sket en udtømmende harmonisering, ikke gøres gældende ved dette direktiv.

Dette kan tilsyneladende se ud som en overflødig konstatering, da direktiv 77/62 netop ikke har karakter af en udtømmende harmonisering, som anført ovf. i kapitel 3. Det er imidlertid ikke tilfældet. Visse af direktiv 77/62's bestemmelser – f.eks. angivelsen i artikel 20 – 23 om, hvilke tekniske, økonomiske og finansielle kriterier der må lægges vægt på, er nemlig ud-

255. Se rapporten »Effektiv EDB i staten«, april 1992, Bilaget p. 144 og p. 147. Rapporten kan købes hos Statens Informationstjeneste.

256. Se direktiv 77/62 artikel 2 og artikel 3.

tømmende angivet i direktivet, jvf. *sag 31/87*.²⁵⁷ I disse tilfælde vil medlemsstaterne på grundlag af præamblen derfor formentlig kunne påberåbe sig de ikke økonomiske hensyn i EØFT artikel 36 samt formentlig også miljøbeskyttelse,²⁵⁸ men kun på betingelse af at proportionalitetsprincippet og princippet om mindst indgribende middel af flere mulige ikke er tilsidesat.

Den anden væsentlige afvigelse er, at der i overensstemmelse med EØF-Traktatens artikel 223, stk. 1 litra b), gælder nogle særlige undtagelser for forsvarrets indkøb af våben.

Endelig indeholder direktiv 77/62 artikel 26 en særrregel om, »at der indtil den 31.12.1992 kan anvendes bestående nationale bestemmelser vedrørende offentlige køb, der har til formål at begrænse regionale forskelle og fremme skabelsen af arbejdspladser i udviklingsmæssigt tilbagestående områder og i områder med erhvervsmæssig tilbagegang, såfremt de pågældende bestemmelser er forenelige med Traktaten og EF's internationale forpligtelser«. Realiteten er dog, at disse egnsudviklingsordninger typisk vil komme i konflikt med enten GATT-aftalen eller henholdsvis EØFT artikel 30, artikel 59 eller artikel 92, hvorfor anvendelsesområdet for direktiv 77/62, artikel 26 må antages at være meget snævert.

Det oprindelige direktiv 77/62 indeholdt alene en formulering om, at direktivet ikke var til hinder for »anvendelsen af bestemmelser i den italienske lov nr. 835, 1950 (...) med senere ændringer, der er gældende på tidspunktet for direktivets vedtagelse, såfremt disse bestemmelser er forenelige med Traktaten«. Denne undtagelse tog Domstolen stilling til i *sag 21/88*²⁵⁹ i forbindelse med en italiensk regel om, at 30% af de offentlige vareindkøb i Syditalien var forbeholdt lokale virksomheder. Domstolen bemærkede bl.a., at dels var den italienske lov efterfølgende blevet ændret, og dels udelukkede direktiv 77/62, artikel 26 ikke anvendelse af EØFT artikel 30.²⁶⁰ Da ordningen fandtes i strid med EØFT artikel 30, blev Italien dømt.

Samme resultat nåede Domstolen frem til i en endnu utrykt dom af 11.7. 1991 i *sag 351/88*.

4.2.5 Den danske gennemførelse af indkøbsdirektivet

Danmark har gennemført EF's udbudsregler for offentlige vareindkøb ved bkg. nr. 810, 1991 om samordning af fremgangsmåder ved indgåelse af kontrakter

257. EF-domssaml. 1988, p. 4635. Sagen angik godt nok direktiv 71/305, men da disse bestemmelser er stort set identiske, er det rimeligt at drage en analogi fra sagen.

258. Jvf. f.eks. den danske genbrugsflaskesag, *sag 302/86*, EF-domssaml. 1988, p. 4607.

259. EF-domssaml. 1990, p. 889.

260. *Sag 21/88*, præmisserne pkt. 17.

Kapitel 4. Hvilke kontrakter er omfattet af udbudsreglerne

i De Europæiske Fællesskaber,²⁶¹ der indeholder en gengivet sammen-skrivning af direktiv 77/62 med direktiv 88/295. Bestemmelserne om statslige indkøb efter GATT-aftalen, der var indeholdt i direktiv 80/767, er tilsvarende implementeret i bekendtgørelsen.²⁶²

Det fremgår af bekendtgørelsens § 10, at hvis de ordregivende myndigheder overtræder reglerne, kan de straffes med bøde. I betragtning af den beskedne efterlevelse af direktivets regler, som har fundet sted, kunne og burde der nok være rejst en række politisager mod myndighederne – hvilket dog ikke er sket.

4.2.6 Særligt om indkøb af kommunikationsudstyr m.v.

Rådets beslutning 87/95 om anvendelse af de særlige regler om standarder ved offentlige indkøb af kommunikations- og teleteknisk udstyr har ikke karakter af udbudsregler, men fastsætter derimod bl.a. nogle krav om anvendelse af europæiske og internationale standarder ved offentlige indkøb.

4.2.6.1 Hvilke ordregivere er omfattet

Beslutning 87/95 er formentlig bindende for alle ordregivere omfattet af udbudsdirektiverne, hvilket vil sige, at de i direktiv 71/305 og i direktiv 90/531 nævnte ordregivere er pligts subjekter for beslutningen.²⁶³ Beslutning 87/95 artikel 1, stk. 14, henviser godt nok i første led til definitionen i direktiv 77/62 af de ordregivende myndigheder, men andet led præciserer, at beslutningen også omfatter »offentlige indkøbsaftaler...som er indgået om levering af udstyr vedrørende informationsteknologi og telekommunikation, *uanset den ordregivende myndigheds virksomhedsområde*« (min fremhævelse).

Dette indebærer formentlig, at de i direktiv 90/531 omhandlede sektorer er omfattet – mens der med en vis vægt kan argumenteres for, at den i afsnit 4.2.1 omtalte forskel mellem pligts subjekter (ordregivere) i direktiv 71/305 og 77/62 medfører, at beslutning 87/95 kun gælder for de i direktiv 77/62 nævnte ordregivere – idet ændringsdirektiv 89/440 om bygge- og anlægskontrakter slet ikke omtaler beslutning 87/95.

Heroverfor må dog anføres, at den meget brede formulering af udtrykket ordregivere (citeret ovf.) ikke giver belæg for nogen indskrænkende fortolkning.

261. Udstedt med hjemmel i Lov nr. 366, 1990, der alene er en bemyndigelseslov til, at ministeren kan udstede de nødvendige bekendtgørelser for at gennemføre EF's udbudsregler ved offentlige indkøb og offentlige anlægskontrakter.

262. GATT-aftalen var ikke indeholdt i den tidligere bkg. 826, 1990, men fulgte alene af Administrationsdepartementets cirkulære af 18. december 1980 og Direktoratet for Statens Indkøbs cirkulære af 13. november 1989, hvilket næppe var en korrekt gennemførelsesform.

263. Jvf. beslutning 87/95, artikel 1, stk. 14, andet led.

Ved den danske gennemførelse af reglerne er det dog antaget, at beslutningen kun gælder for de i direktiv 77/62 og direktiv 90/531 nævnte ordregivere.²⁶⁴

4.2.6.2 Hvilke kontraktsemner er omfattet

I beslutning 87/95 defineres informationsteknologi som »systemer, udstyr, komponenter samt programmel, der kræves til informationssamling, behandling og lagring på alle menneskets aktivitetsområder (hjem, kontor, fabrik o.s.v.), og hvortil der i almindelighed benyttes elektronik eller hermed beslægtede tekniker«.²⁶⁵

Forudsætningen for, at et kontraktsemne er omfattet, er imidlertid, at der er en *standard*, der falder inden for beslutning 87/95's anvendelsesområde. Beslutning 87/95, artikel 5, stk. 1 og 2, definerer ikke *anvendelsesområdet* for reglerne ved selve genstanden, men ved formålet: – om genstanden danner grundlag for udveksling af oplysninger og data.

Dette indebærer en meget omfattende rækkevide af reglerne, hvorefter beslutning 87/95 omfatter ikke alene køb af udstyr til telesystemer og EDB-udstyr, men også bånd til båndoptager, grammofonplader, regnesystemer m.v., ja selv standarder for programmeringssprog, der kan danne grundlag for sammenkøring, vil være omfattet.²⁶⁶

4.2.6.3 Tærskelværdi

Da der ikke er tale om udbudsregler, kan udtrykket tærskelværdi måske være lidt misvisende. Men beslutning 87/95 indeholder en særlig bestemmelse om, at den tvungne brug af standarder kun gælder ved køb over 100.000 ECU.²⁶⁷ Dette modificeres dog af, at indkøb under 100.000 ECU ikke må forhindre eller begrænse muligheden for at opfylde standardiseringskravene ved fremtidige større indkøb, hvorfor der for f.eks. telesystemer gælder et krav om, at anlæggene under alle omstændigheder skal muliggøre forbindelse til de europæiske telenet.

4.2.6.4 Dansk gennemførelse

Gennemførelse af Rådets beslutning 87/95 skulle være sket den 22. december 1987, men er i dansk ret først sket ved bkg. nr. 132, 1991.

264. Jvf. bkg. nr. 132, 1991.

265. Beslutning 87/95, artikel 1, stk. 13.

266. Med hensyn til en mere indgående teknisk afgrænsning henvises til Administrations- og personaledepartementets udgivelse af R. M. O'Connors »EF-regler om anvendelse af standarder for informationsteknologi ved offentlige indkøb«, 1990, p. 46-50 samt Sven Thygesens »EDB-indkøb i EF«, 1991, p. 76-121.

267. Beslutning 87/95, artikel 5, stk. 7.

4.3 Kontrakter om tjenesteydelser

Tjenesteydelser er begrebsmæssigt defineret i EØFT artikel 60 som »ydelser, der normalt udføres mod betaling, i det omfang de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer«. Der er altså tale om en negativ afgrænsning af begrebet, hvorefter EØFT's bestemmelser om tjenesteydelser kun finder anvendelse, når henholdsvis EØFT artikel 30-36, artikel 48-58 og artikel 66-73 ikke finder anvendelse.

4.3.1 Hvilke ydelser er omfattet af tjenesteydelsesdirektivet²⁶⁸

Direktivet om udbud af offentlige køb af tjenesteydelser afgrænser ikke tjenesteydelsesbegrebet helt på samme måde som EØFT, idet direktivet på den ene side ikke omfatter en væsentlig del af tjenesteydelser efter traktaten, nemlig bygge- og anlægskontrakter – og modsat tilsigter at dække alle de områder af indkøb, som ikke i forvejen er dækket, hvilket dermed også omfatter aktiviteter, som normalt vil være omfattet af bestemmelserne om fri bevægelighed af kapital.

Herfra undtages dog en række aftaler, som det ikke er fundet hensigtsmæssigt at lade være omfattet af udbudsreglerne.

Tjenesteydelsesdirektivet artikel 1, litra a), definerer således »offentlige tjenesteydelseskontrakter« som »gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en leverandør og en ordregivende myndighed med *undtagelse* af«:

- bygge- og anlægskontrakter (omfattet af direktiv 71/305)
- varekontrakter (omfattet af direktiv 77/62)
- kontrakter omfattet af direktiv 90/531

268. Der er fremsat to forslag til direktiver vedrørende EF-udbud af tjenesteydelser, som dog ikke er vedtaget i skrivende stund. Det ene forslag, der i det følgende betegnes *tjenesteydelsesdirektivet*, modsvarer for tjenesteydelsesdelen direktiv 71/305 (bygge- og anlægskontrakter) og direktiv 77/62 (indkøbskontrakter) – se EFT.1991, C. 250/4. Det andet forslag vedrører de undtagne sektorer omfattet af direktiv 90/531 (se EFT.1991, C.337/1) og en kodificeret tekst af ændringen af direktiv 90/531 er offentliggjort i EFT.1992, C.34/3.

Der kan ikke forventes nævneværdige ændringer i det senest fremsatte forslag til tjenesteydelsesdirektiv, hvorfor jeg har valgt at redegøre for indholdet på grundlag af det senest fremsatte forslag – se EFT.1991, C. 250/4. Alle henvisninger til bestemmelser bygger på dette forslag. Derimod har jeg undladt mere indgående at omtale tjenesteydelsesdelen for de undtagne sektorer, da det er vanskeligt at forudsige ændringernes omfang på dette område.

4.3. Kontrakter om tjenesteydelser

- kontrakter om køb af tele- og satelittjenester samt om køb af radio- og TV-programmer og om sendetid.
- koncessionskontrakter, hvor det overdrages en kontrahent at »udføre en tjenesteydelse til gengæld for retten til at udnytte tjenesteydelsen eller denne ret sammen med betaling af en pris«.²⁶⁹
- kontrakter om primæremission af statsobligationer og lignende.
- kontrakter om voldgift- og mægling.

Herudover indfører tjenesteydelsesdirektivet en ny udbudsform, betegnet »projektkonkurrence« – det nærmere indhold er omtalt i afsnit 5.2.4.

Det fremgår af ovenstående, at tjenesteydelsesdirektivet kun gælder for *skriftlige* aftaler om tjenesteydelser, mens den almindelige bestemmelse om forbud mod omgåelse begrænser medlemsstaternes mulighed for at bruge den manglende skriftlighed til at undgå udbud.

4.3.2 Hvilke ordregivere er omfattet

Efter tjenesteydelsesdirektivet artikel 1, litre b), gælder tjenesteydelsesdirektivets udbudsregler for de samme ordregivere, som er omfattet af direktiv 71/305. På et enkelt punkt er der dog en afvigelse, idet tjenesteydelsesdirektivets sidste led må forstås således, at den i bilag I til direktiv 71/305 opregnede liste over omfattede myndigheder er *udtømmende*, hvilket ikke gælder for direktiv 71/305, idet der her angives, at listen »er så fuldstændig som muligt«. I praksis indebærer dette dog næppe nogen større forskel.

For de almennyttige boligselskaber har tjenesteydelsesdirektivet formentlig en ganske afgørende betydning i alle de tilfælde, hvor en boligselskab har indgået en administrationsaftale med enten et advokatfirma eller et større selskab, som f.eks. K.A.B. I forhold til de sædvanlige administrationsgebyrer, der opkræves, indebærer tjenesteydelsesdirektivet nemlig, at alle boligselskaber med mere end 800-1000 boliger vil skulle sende administrationsaftalen i EF-udbud. Problemet er imidlertid, at en række af de indgåede kontrakter har relativt lange opsigelsesvarsler, hvorfor udbudsbestemmelserne først langsomt vil slå igennem over for boligselskabernes administrationsaftaler. Men på baggrund af tjenesteydelsesdirektivet vil alle boligselskaber formentlig være forpligtet til at opsig administrationsaftalerne, således at der ved disses udløb kan gennemføres offentligt udbud.

269. Jvf. tjenesteydelsesdirektivet artikel 1, litre h).

Kapitel 4. Hvilke kontrakter er omfattet af udbudsreglerne

4.3.3 Tærskelværdier

Tærskelværdierne for tjenesteydelser følger i hovedsagen principperne i direktiv 77/62, hvorefter hovedreglen er, at kontrakter på over 200.000 ECU er omfattet af EF-udbudet, idet kontraktsummen for statsinstitutioner, dog er reduceret til 130.000 ECU ligesom ved varekøb. Ved projektkonkurrencer gælder dog alene en tærskelværdi på 200.000 ECU.

Opgørelsen af kontraktsummen ved visse tjenesteydelser kan diskuteres, hvorfor der er lavet eksplicitte regler for beregning af tærskelværdien ved f.eks. tidsbegrænsede kontrakter (den samlede kontraktsum – også hvis mere end ét år), tidsbegrænsede kontrakter (2 år), forsikringer (årlig præmie) og banker (provisioner, honorarer og rente).²⁷⁰ Værdien af kontrakter, der fornys regelmæssigt, beregnes dog på en anden måde, jvf. artikel 8, stk. 6.

4.3.4 Kontrakter der er undtaget

Tjenesteydelsesdirektivet undtager som de øvrige udbudsdirektiver mellemfolkelige aftaler, aftaler, der berører den militære sikkerhed og som er klassificeret som hemmelige. Der kan derfor henvises til afsnittene ovf. under 4.1.4 og 4.2.4.

4.4 Energi- og vandforsyning, transport og telekommunikation

Som omtalt ovf.²⁷¹ har de oprindelige regler om EF-udbud af større offentlige varekøb og bygge- og anlægskontrakter undtaget de sektorer, der står for energi- og vandforsyning, transport og telekommunikation. Hovedbegrundelsen for at udelukke disse sektorer fra det oprindelige EF-udbudssystem var, at virksomheder inden for disse sektorer henhører under henholdsvis den offentlige ret og privatretten,²⁷² da disse sektorer typisk har været baseret på, at de enkelte medlemsstater har indrømmet særlige eksklusive rettigheder for virksomheder samtidig med, at medlemsstaterne ofte øver direkte indflydelse på disse virksomheder i kraft af kapitalindskud, udpegning af ledelse, særlige tilsyn og lignende.

Disse forskellige forsyningssektorer står imidlertid for meget betydelige køb af de forskellige ydelser. Med henblik på en effektiv gennemførelse af det indre marked vedtog Rådet derfor direktiv 90/531 om fremgangsmåder ved

270. Tjenesteydelsesdirektivet, artikel 8, stk. 4 og 5.

271. Se afsnit 4.1.4 og 4.2.4.

272. Se således direktiv 71/305 4., 5. og 6. indledende betragtning, direktiv 77/62 6., 7. og 8. indledende betragtning samt direktiv 90/531 7. indledende betragtning.

4.4. Energi- og vandforsyning, transport og telekommunikation

tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og kommunikation.²⁷³

4.4.1 Hvilke ydelser er omfattet

Udgangspunktet er, at direktivets udbudsregler finder anvendelse på de samme typer ydelser, som i øvrigt er omfattet af EF's udbudsregler. Direktiv 90/531, artikel 1, pkt. 3, litra a) og b), indeholder således en definition af indkøbsaftaler og bygge- og anlægskontrakter, der svarer til indholdet af henholdsvis direktiv 71/305 og direktiv 77/62. Der er dog sket en udvidelse, hvorefter indkøbskontrakter til teletjenester også omfatter »tjenesteydelser vedrørende programmel«,²⁷⁴ og hvorefter bygge- og anlægskontrakter også omfatter projektering og »andre tjenesteydelser, som er nødvendige« for bygge- og anlægsarbejdets udførelse.²⁷⁵ Endelig angives, at »andre tjenesteydelser«, der er nødvendige accessorier til indkøbs- og anlægskontrakter, medgår ved beregning af tærskelværdien.²⁷⁶

Denne delvise indragelse af tjenesteydelser gælder dog ikke i de tilfælde, hvor tjenesteydelserne udøves på grundlag af love eller administrative forskrifter, eller som indgås med en virksomhed, som ordregiver har bestemmende indflydelse på, hvilket Kommissionen har foreslået udtrykkeligt præciseret i et ændringsforslag til direktiv 90/531.²⁷⁷

Når direktiv om EF-udbud i forbindelse med offentlige virksomheders og myndigheders køb af tjenesteydelser træder i kraft, vil dette regelsæt tilsvarende gælde for de særlige sektorer.²⁷⁸

4.4.2 Hvilke ordregivere

De virksomheder, der forestår energi- og vandforsyning, transport samt telekommunikation, baserer i overvejende grad deres økonomiske aktiviteter på eksklusive rettigheder, som de har fået tildelt fra de enkelte medlemsstater. Som nævnt i afsnit 2.3 udelukker EF-retten ikke sådanne eksklusive virksomheder, men virkeliggørelsen af det indre marked forudsætter, at der også på

273. EFT.1990, L.297/1.

274. Direktiv 90/531, artikel 1, stk. 3, litra a).

275. Direktiv 90/531, artikel 1, stk. 3, litra b), første led.

276. Jvf. direktiv 90/531, artikel 1, stk. 3, litra b), sidste led.

277. Se EFT.1991, C.337/1 – artikel 10a og artikel 11a – hvor det foreslås, at Kommissionen efter anmodning skal have nærmere oplysninger om de økonomiske forbindelser med disse tilknyttede virksomheder.

278. Ved læsningen af tjenesteydelsesdirektivet kan det være vanskeligt at se de nærmere ændringer af direktiv 90/531. Kommissionen har derfor i forbindelse med forslaget til tjenesteydelsesdirektiv (EFT.1991, C.337/1) fremlagt en kodificeret tekst af 90/531, hvor tjenesteydelsesreglerne er indarbejdede (EFT.1992, C.34/3).

Kapitel 4. Hvilke kontrakter er omfattet af udbudsreglerne

disse eksklusive områder etableres fri konkurrence – og det er i dette lys, at direktiv 90/531's afgrænsning af de ordregivere, der er omfattet, må forstås.

Efter direktiv 90/531 artikel 2, stk. 1, gælder udbudsreglerne ikke alene for offentlige virksomheder og myndigheder inden for de fire sektorer, direktivet omhandler, men også for »ordregivere (...) som driver virksomhed på grundlag af særlige eksklusive rettigheder, der er indrømmet af en kompetent myndighed i en medlemsstat« inden for de fire sektorer.²⁷⁹

Herudover afgrænser direktivet's artikel 2, stk. 2-6 ikke de virksomheder, der omfattes af EF-udbudsregler ved deres *retlige status*, men ved deres *faktiske virksomhed*. Det fremgår således af direktiv 90/531, artikel 2, stk. 2, litra a), at udbudsreglerne gælder for alle virksomheder, der enten producerer drikkevand, elektricitet, gas eller varme til offentligheden, eller som driver de net, hvorigennem disse ydelser stilles til rådighed for offentligheden²⁸⁰ – men ikke når produktion af vand eller energi kun går til egne formål eller må anses som et accessorie til en anden aktivitet, jvf. artikel 2, stk. 5. Også virksomheder, der driver efterforskning med henblik på udvinding af olie, gas, kul eller andet fast brændsel – som f.eks. Dansk Undergrunds Consortium – er omfattet af udbudsreglerne, jvf. artikel 2, stk. 2 litra b, i).

Endvidere gælder direktiv 90/531's udbudsregler for *transportvirksomhederne*, hvis virksomheden enten forestår drift af lufthavne, havneanlæg, sluser og andre terminalfaciliteter for luft- eller vandtransport,²⁸¹ eller hvis virksomheden driver et *transportnet*, hvis kapacitet er fastsat af offentlige myndigheder – f.eks. rutebilkørsel.²⁸² Endelig omfatter udbudsreglerne de virksomheder, der står for det offentlige telenet.²⁸³

279. Artikel 2, stk. 3, definerer disse eksklusive virksomheder ved yderligere at forudsætte, at tilladelsen »tager sigte på at forbeholde et eller flere foretagender, at udøve en virksomhed« inden for de fire sektorer.

280. De i Danmark omfattede virksomheder, er foruden DONG de virksomheder, – der har fået tilladelse efter Elforsyningslovens § 3, stk. 1 og 2, – der drives efter henholdsvis Varmeforsyningsloven og Naturgasforsyningsloven samt bkg. nr. 141, 1974 om rørledningsanlæg til transport af kulbrinter, – de vandproduktions- og forsyningsvirksomheder, der skal have tilladelse efter Vandforsyningslovens § 3, stk. 3.

281. Jvf. artikel 2, stk. 2 litra b), ii). I Danmark omfatter det lufthavne, der drives på grundlag af tilladelse efter Luftfartslovens § 55, samt havne som defineret i bkg. nr. 604, 1985 om, hvilke havne der er omfattet af lov om trafikhavne.

282. Jvf. artikel 2, stk. 2 litra c). I Danmark drejer det sig om DSB, virksomheder under Lov om privatbaner samt virksomheder, der varetager rutekørsel på grundlag af tilladelse efter Lov om buskørsel (direktiv 90/531, Bilag VI og VII).

283. KTAS, JTAS, FTAS, Statens Teletjeneste, Tele Sønderjylland

4.4. Energi- og vandforsyning, transport og telekommunikation

Når der er en reel fri konkurrencesituation, som opfylder alle de fem betingelser i artikel 3, stk. 1, kan efterforskningsvirksomheder dog fritages fra udbudsreglerne, forudsat Kommissionen underrettes og godkender fritagelsen, inden den iværksættes.²⁸⁴

4.4.3 Tærskelværdier

Tærskelværdierne er fastsat i direktiv 90/531, artikel 12 og svarer i hovedsagen til indholdet af direktiv 71/305 for bygge- og anlægskontrakter. For varekøb er der imidlertid tale om afvigelser, idet hovedreglen er, at indkøbskontrakter for mere end 400.000 ECU er omfattet – mens hovedreglen i direktiv 77/62 er 200.000 ECU. Virksomheder, der stiller det offentlige telenet til rådighed, skal endvidere kun gennemføre EF-udbud ved kontrakter over 600.000 ECU.

4.4.4 Kontrakter der er undtaget

De almindelige undtagelsesregler for kontrakter, der vedrører medlemsstaternes sikkerhed eller indgås på grundlag af mellemfolkelig aftale, gælder også for forsyningsvirksomheder.²⁸⁵ Udbudsreglerne begrundes således ikke en tilsidesættelse af forsyningsvirksomhedernes forpligtelser efter folkeretlige aftaler, mens en sådan tilsidesættelse af de mellemfolkelige aftaler er mulig, hvis aftalerne fører til en overtrædelse af EF's konkurrenceregler, jvf. *sag 41/83 om British Telecommunication*.²⁸⁶

Herudover undtager direktiv 90/531 to væsentlige grupper af kontrakter fra direktivets anvendelsesområde. For det første skal udbudsreglerne som hovedregel ikke følges for kontrakter, der er uden forbindelse med den eksklusive rettighed, f.eks. udlejning eller videresalg af andre produkter.²⁸⁷ – idet der dog er gjort nogen undtagelser for vandforsyningsvirksomheder, hvorefter f.eks. bortledning og rensning af spildevand altid er omfattet. Betingelsen for, at disse kontrakter uden for hovedaktiviteten kan undtages fra udbudsreglerne, er dog, at virksomhederne efterfølgende underretter Kommissionen efter dennes anmodning om, hvilke kontrakter der er undtaget.

For det andet gælder EF-udbudsreglerne ikke for vandforsyningsvirksomheder, der køber vand, og og heller ikke for energiforsyningsvirksomheder, der køber energi eller brændsel.²⁸⁸

284. Jvf. direktiv 90/531, artikel 3, stk. 4.

285. Jvf. direktiv 90/531, artikel 10 og 11.

286. EF-domssaml. 1985, p. 873.

287. Jvf. direktiv 90/531, artikel 6, stk. 1, artikel 7, stk. 1 og artikel 8, stk. 1.

288. Jvf. direktiv 90/531, artikel 9.

Kapitel 4. Hvilke kontrakter er omfattet af udbudsreglerne

Begrundelsen for at disse meget betydelig indkøb blev undtaget, var først og fremmest at undgå forsinkelser af vedtagelsen af udbudsreglerne, da en nøjere stillingtagen til de ofte komplicerede forhold, der er omkring videresalg af energi m.v., mere rimeligt kunne afklares i forbindelse med det indre energimarked.²⁸⁹ Forslag om et egentligt udbud af koncessionstilladelser til efterforskning og indviding af olie er allerede nu fremsat af Kommissionen. Se EFT. 1992, C.139/12.

4.4.5 Ikrafttrædelsesproblemer

Direktiv 90/531 indeholder en ikrafttrædelsesbestemmelse, der adskiller sig lidt fra direktiv 71/305 og direktiv 77/62 med efterfølgende ændringer. Det fremgår således af direktiv 90/531, artikel 37, at de nødvendige foranstaltninger skal være vedtaget senest 1.7.1992 – mens reglerne skal være trådt i kraft den 1. januar 1993, idet Grækenland og Portugal dog har fået en længere frist.

Forskellen mellem frist for vedtagelse og ikrafttrædelse må forventes at have selvstændig betydning for bedømmelse af et evt. traktatbrud – men det er nærliggende at antage, at bestemmelsen også har betydning for, hvornår kontrakter, der ikke har fulgt udbudsproceduren, kan indgås. Når udbudsreglerne skal være vedtaget inden 1.7.1992, vil alle de berørte virksomheder nemlig have mulighed på at indrette sig i rimelig tid på direktivets bestemmelser. De kan således enten vælge at afslutte kontrakter uden forudgående udbud inden 1. januar 1993, eller de kan vælge at iværksætte udbudsproceduren, inden de er tvunget til det, og derefter indgå kontrakten på grundlag af direktiv 90/531's kriterier.

4.4.6 Den danske gennemførelse

Danmark har skabt det formelle grundlag for at gennemføre direktiv 90/531 i dansk ret ved Lov nr. 377, 1992, der alene indebærer en ændring af den tidligere gennemførelse af udbudsdirektiverne i Lov nr. 366, 1990, hvorefter industriministeren også bemyndiges til at fastsætte nærmere regler til opfyldelse af direktiv 90/531.

Det kan diskuteres, om Lov nr. 377, 1992 opfylder ikrafttrædelsesbestemmelsen og fristen for vedtagelse af reglerne 1. juli 1992, idet der alene er tale om en bemyndigelseslov, hvorefter ministeren fastsætter nærmere regler. Såfremt lovændringen alligevel må anses som den danske opfyldelse af fristreglen, indebærer dette, at direktiv 90/531's udbudsregler finder umiddelbar anvendelse i dansk ret fra den 21. maj 1992, hvilket næppe har været tilsigtet.

289. Se f.eks. meddelelse fra Kommissionen i EF-bulletin, supplement 6/88, p. 68-69.

4.5. Udbud af EF-projekter og -opgaver

Men på grundlag af Domstolens afgørelse i *sag 80/86*,²⁹⁰ hvorefter de nationale domstole er forpligtet til at fortolke national ret i overensstemmelse med EF-retten, er det nærliggende at antage, at de private koncessionerede selskaber, som direktiv 90/531 omfatter, er umiddelbart forpligtet til ikke at omgå reglerne og derfor ikke kan indgå kontrakter efter den 1. januar 1993 uden forudgående udbud.²⁹¹

4.5 Udbud af EF-projekter og -opgaver

Princippet om EF-udbud gælder også for de ydelser i form af rådgivning, varer og anlæg m.v., som Kommissionen sætter i værk, eller som iværksættes på grundlag af EF-midler, hvilket kan illustreres med to sager fra Domstolen.

Baggrunden for den en sag var, at firmaet *Agence européenne d'Interims S.A.* (AEI) havde fungeret som rådgiver for Kommissionen ved vurdering af rammekontrakter. Da Kommissionen besluttede ikke at forlænge kontrakten, gennemførte den en begrænset offentlig licitation i overensstemmelse med finansforordningen²⁹² og opfordrede AEI til at deltage. Efter at have modtaget de forskellige bud indgik Kommissionen kontrakt med et andet firma, *Randstad* – der efterfølgende antog flertallet af AEI's midlertidigt ansatte, som tidligere havde rådgivet Kommissionen for AEI.²⁹³

AEI anlagde herefter annulationssøgsmål og erstatningssøgsmål mod Kommissionen med henvisning til, at afslaget på bud ikke var begrundet, at AEI's tilbud var det mest fordelagtige, jvf. finansforordningen artikel 59, stk. 2's bedømmelsesfaktorer, og at der var tale om magtfordrejning, da Kommissionens embedsmænd havde deltaget ved *Randstad's* genansættelse af AEI's medarbejdere. Hertil bemærkede Domstolen, at begrundelse ikke kunne kræves,²⁹⁴ og at der ikke var grundlag for at overveje magtfordrejning, da Kommissionens embedsmænd først havde deltaget ved *Randstad's* genansættelse af AEI's medarbejdere, efter at Kommissionen havde antaget *Randstad's* tilbud.

Det sidste spørgsmål, Domstolen skulle tage stilling til, var, om Kommissionen var bundet til at antage det bud med laveste pris i en begrænset offentlig licitation, når finansforordningen artikel 59, stk. 2, angiver følgende be-

290. EF-domssaml. 1987, p. 3989.

291. Se iøvrigt afsnit 9.1.2.3.

292. EFT.1973, L.116/1.

293. Sag 56/77, EF-domssaml. 1978, p. 2215.

294. Sag 56/77, præmisserne pkt. 13.

Kapitel 4. Hvilke kontrakter er omfattet af udbudsreglerne

dømmelsesfaktorer: »Ydelsernes pris, driftsudgifter, tekniske værdi, udførelsesfristen, såvel som hver af kandidaternes professionelle og finansielle garantier«. Og Finansforordningen yderligere anfører, at »offentlige licitationer (...) kaldes begrænset, når den kun henvender sig til de kandidater, man har besluttet at spørge på grund af deres særlige kvalifikationer.«

Domstolen bemærkede hertil, at »selv om det i en procedure med offentlig licitation er tænkeligt, at Kommissionen vil vælge en virksomhed, hvis tilbud prismæssigt ligger højere end de andres, er denne omstændighed ikke eneafgørende. Andre faktorer (...) navnlig referencer, og den omstændighed, at de lønninger, Ramstad betalte, i forhold til de af Kommissionen betalte priser var blandt de højeste, indgik i overvejelser af teknisk art, som Kommissionen efter finansforordningen artikel 59, stk. 2, var berettiget til at tage hensyn til«.

Den anden sag drejede sig om et større bygge- og anlægsarbejde, der blev gennemført på grundlag af en finansieringsaftale mellem de fire AVS-stater (Fiji, Kiribati, Papua Ny Guinea og Tuvalu) repræsenteret ved et firma, SPEC samt af Kommissionen efter Lomé-konventionens artikel 115. Efter et udbud på grundlag af Lomé-konventionen artikel 125 og 126 blev der foretaget en teknisk vurdering af budene af Den Internationale Telekommunikationsunion, hvorefter SPEC på de fire staters vegne besluttede at tildele kontrakten til Telspace for de to første leverancere vedkommende.

Firmaet STS Consorzio, der havde givet bud, fik meddelelse herom af SPEC og anlagde herefter annullationssøgsmål med påstand om, at Kommissionens påtegning af midlerne skulle annulleres, idet der var tale om en forvaltningsakt.²⁹⁵

Domstolen afviste imidlertid, at der var tale om en forvaltningsakt, idet det var AVS-landene, der suverænt afgjorde, hvem der skulle have kontrakterne, mens Kommissionens ansvarsområde efter Lomé-konventionen alene er at forberede og træffe finansieringsafgørelser – og »udelukkende har til formål at få konstateret om betingelserne for en fællesskabsfinansiering er opfyldt«, hvorfor Kommissionen ikke direkte kan optræde overfor virksomhederne, da dette vil være en krænkelse af AVS-staternes suverænitet.²⁹⁶

295. Sag 126/83, EF-domssaml. 1984, p. 2769.

296. Sag 126/83, præmisserne pkt. 16 og 17.

KAPITEL 5

Udbudsprincipperne

Et af formålene med udbudsdirektiverne er som nævnt at fremme konkurrencen ved, at producenter i de forskellige medlemsstater bliver opmærksomme på potentielle afsætningsmuligheder. Nogle af de helt centrale bestemmelser i udbudsdirektiverne er derfor reglerne om offentliggørelse i EF-tidende af udbud.

5.1 Offentliggørelse i tre omgange

Udgangspunktet er, at der skal ske offentliggørelse i EF-tidende på tre tidspunkter, men at denne offentliggørelse til gengæld betales af EF og er gratis for udbyderen.²⁹⁷

Første gang som en *forhåndsmeddelelse* i EF-tidende, anden gang ved *selve udbudet*, og tredje gang *når kontrakten er indgået*. I afsnit 5.2 omtales reglerne vedrørende forhåndsmeddelelsen nærmere, mens oplysningerne om kontraktindgåelsen omtales i afsnit 5.4. De særlige undtagelser fra offentliggørelseskravet omtales i afsnit 5.3.3.2, og i afsnit 5.3 gennemgås de tre udbudsformer: offentligt udbud, begrænset udbud og udbud efter forhandling. Med hensyn til den øvrige udformning af udbudsbekendtgørelserne henvises til Kommissionens henstilling om standardisering af offentlige udbudsbekendtgørelser 91/561.²⁹⁸

5.2 Forhåndsmeddelelsen

Forhåndsmeddelelsen skal offentliggøres først i EF-tidende, idet det forudsættes, at offentliggørelse ikke må ske andre steder før denne dato,²⁹⁹ og at offentliggørelse i f.eks. dagblade eller Statstidende ikke kan erstatte offent-

297. Jvf. direktiv 71/305, artikel 12, stk. 13, og direktiv 77/62 artikel 9, stk. 9.

298. EFT.1991, L.305/19 – og nærmere EFT.1991, S.217 D.

299. Jvf. direktiv 77/62 artikel 9, stk. 6, og direktiv 71/305, artikel 12, stk. 11.

Kapitel 5. Udbudsprincipperne

liggørelsen i EF-tidende, jvf. *sag 10/76*.³⁰⁰ Det er derfor ikke en korrekt opfyldelse af EF's udbudsdirektiver, når det i Cirkulære af 21. januar 1992 om udlicitering af statslige drift- og anlægsopgaver i § 7, stk. 2, alene forudsættes, at offentliggørelse af udbud »skal i det mindste ske ved samtidig annoncering i landsdækkende og lokale aviser og fagblade«, mens der intet anføres om offentliggørelse i EF-tidende først, som det er anført i udbudsdirektiverne.

Ved bygge- og anlægsprojekter skal forhåndsmeddelelsen fremsendes, når der er opnået myndighedsgodkendelse til byggeprogrammet.³⁰¹

Ved vareindkøb er dels krav om, at alle ordregivende myndigheder skal fremsende en forhåndsmeddelelse, når der er tale om indkøbsaftaler, der indgås regelmæssigt eller fornyes inden for en bestemt periode.³⁰² – og dels er der et særligt krav om, at de statslige institutioner, der er omfattet af GATT-aftalen, fremsender en forhåndsmeddelelse om planlagte vareindkøb, der inden for det kommende år overstiger 750.000 ECU inden for hvert produktområde.³⁰³

Hvis det drejer sig om forsyningsvirksomheder omfattet af direktiv 90/531, gælder der for de periodiske offentliggørelser for varekøb en tilsvarende grænse på 750.000 ECU inden for hvert produktområde, mens det ved anlægsarbejder alene er tærskelværdien på 5 mio. ECU, der bestemmer, om der skal fremsendes forhåndsmeddelelse.³⁰⁴

Drejer det sig om tjenesteydelseskontrakter, gælder der en regel om årlig offentliggørelse af forhåndsmeddelelse ved planlagte køb af tjenesteydelser over 750.000 ECU.³⁰⁵

5.3 Udbudsformerne

Udbudsdirektiverne sonderer i hovedsagen mellem tre udbudsformer, offentligt udbud, begrænset udbud og udbud efter forhandling, eller **underhåndsaftale efter forhandling**, som det også oversættes (se Kommissionens svar i EFT.1992, C.180/39). Herudover er der nogle særregler om ramme-aftaler for forsyningsvirksomheder i direktiv 90/531 samt regler for tildeling af

300. EF-domssaml. 1976, p. 1359. Sagen var en traktatbrudssag mod Italien, idet Italien alene krævede at udbud skete i det italienske statstidende, hvilket Domstolen fandt ikke var tilstrækkeligt.

301. Jvf. direktiv 71/305, artikel 12, stk. 1, og bilag IV A.

302. Jvf. direktiv 77/62, artikel 9, stk. 2, jvf. artikel 6, stk. 3.

303. Jvf. direktiv 77/62, artikel 9, stk. 1.

304. Jvf. direktiv 90/531, artikel 17, stk. 1 og bilag XIV.

305. Jvf. direktiv om tjenesteydelser artikel 16, jvf. artikel 8.

koncessionerede rettigheder og særlige projektkonkurrenceregler for tjenesteydelser. Angivelsen af udbudsformer er *udtømmende*.

5.3.1 Offentligt udbud

Indholdet i begrebet offentligt udbud svarer til Licitationslovens begreb om offentlig licitation – forskellen er i realiteten alene det medie, hvor udbudet offentliggøres i samt de nærmere form- og indholdskrav til udbudsmaterialet, der følger af direktiverne.

Udbudsmaterialets tekniske specifikationskrav omtales nærmere i kapitel 6, men herudover skal udbudsmaterialet angive ordregivers finansielle, økonomiske og tekniske krav til byderne samt de kriterier, der vil blive lagt til grund ved tildeling af ordren og kravene (se kapitel 7 og 8). Det bør endvidere fremgå af den offentlige udbudsbekendtgørelse, hvilke betalings- og finansieringsbetingelser der gælder, samt om den bestemte retlige form, hvorunder et evt. konsortium skal optræde.

Efter direktiv 77/62 er det hovedreglen, at der skal anvendes offentligt udbud – kun når særlige betingelser er til stede, og der udarbejdes en nærmere begrundelse, kan de øvrige udbudsformer anvendes ved indkøb af varer.³⁰⁶ Betingelserne for at anvende begrænset udbud og udbud efter forhandling omtales nærmere i afsnit 5.3.2 og 5.3.3.

Når det drejer sig om bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter er udgangspunktet, at ordregiveren frit kan vælge mellem offentligt udbud eller begrænset udbud.³⁰⁷ Denne valgfrihed mellem de to udbudsformer »offentligt udbud« og »begrænset udbud« ved anlægs- og tjenesteydelseskontrakter vil dog være modificeret, hvis vare-delen eller leasing-delen af en tjenesteydelseskontrakt udgør over halvdelen af kontraktsummen, idet udgangspunktet så er offentligt udbud, jvf. det i afsnit 4.2.1 anførte. Det er således urigtigt, når det i Finansministeriets vejledning om udlicitering af offentlige drift- og anlægsopgaver anføres, at den ordregivende myndighed har ubegrænset valgfrihed.³⁰⁸

For de særlige forsyningsvirksomheder er der en særrregel, hvorefter det i de periodiske forhåndsmeddelelser kan oplyses, hvis der ikke vil ske yderligere offentliggørelse i forbindelse med et begrænset udbud.³⁰⁹

306. Jvf. direktiv 77/62, artikel 6, stk. 5 og 6.

307. Jvf. direktiv 71/305 artikel 5, stk. 1 og tjenesteydelsesdirektivet artikel 12, stk. 4.

308. »Udlicitering – effektivisering gennem konkurrence«, april 1992, udgivet af Administrations- og Personaledepartementet – p. 44-45.

309. Jvf. direktiv 90/531, artikel 16, stk. 2.

Kapitel 5. Udbudsprincipperne

5.3.1.1 Fristregler

Efter offentliggørelse af offentligt bud skal tilbudsgiverne have en frist til at indlevere tilbud, der ikke kan være kortere end 52 dage efter fremsendelse af bekendtgørelse til EF-tidende.³¹⁰ Hvis udbudet er offentliggjort i en forhåndsmeddelelse, kan fristen for fremsendelse af bud ved bygge- og anlægsarbejder og bud til de særlige forsyningsvirksomheder dog afkortes til 36 dage,³¹¹ mens der for bud ved vareleverancer i hastetilfælde kan ske en afkorting af fristen til at afgive bud ned til 10 dage fra offentliggørelse af budet.³¹²

5.3.1.2 Alternative bud

Ved offentligt udbud af bygge- og anlægsarbejder kan der accepteres alternative tilbud, men kun når der i udbudsbetingelser er anført de mindstekrav, som de alternative tilbud skal overholde, jvf. direktiv 71/305, artikel 20a. Når Hørlyck uden forbehold angiver, at der ligesom efter Licitationslovens regler kan tages hensyn til alternative tilbud³¹³ – må udsagnet modificeres med en forudsætning om, at minimumsbetingelser for alternative bud skal være anført i de offentliggjorte udbudsbetingelser.³¹⁴

5.3.2 Begrænset udbud

Begrebet begrænset udbud svarer til det i dansk ret kendte begreb bunden licitation, idet direktivet definerer begrebet som »nationale fremgangsmåder, hvorved kun de entreprenører, der af de ordregivende myndigheder modtager opfordring dertil, kan afgive bud«.³¹⁵ Ved kontrakter om bygge- og anlægsarbejder eller andre tjenesteydelser forudsættes, at der indbydes mindst 5 og maksimum 20, idet der skal sikres reel konkurrence,³¹⁶ mens der ved varekøb alene er en regel om, at medlemsstaterne skal sikre, at også kvalificerede leverandører i andre EF-lande opfordres til at afgive bud.³¹⁷

310. Jvf. direktiv 71/305, artikel 13, direktiv 77/62 artikel 10, stk. 1, og direktiv 90/531, artikel 20, stk. 1.

311. Jvf. direktiv 71/305, artikel 13, stk. 2, og direktiv 90/531, artikel 20, stk. 1.

312. Jvf. direktiv 77/62, artikel 12, stk. 1, litra b).

313. »Entrepriseretlige noter« 1990, p. 108.

314. Det er i den forbindelse uhensigtsmæssigt, at bilag IV til direktiv 71/305 alene angiver, at det offentlige udbud skal angive, om der er forbud mod alternative bud. Dette kunne tale for en vidtgående adgang, men da bilaget skal sammenholdes med artikel 20a, vil det sikreste være at angive minimumskrav til alternative bud.

315. Direktiv 71/305, artikel 1, litra f) samt direktiv 77/62 artikel 4, stk. 2.

316. Jvf. direktiv 71/305, artikel 22, stk. 2, og tjenesteydelsesdirektivet, artikel 23, stk. 2.

317. Jvf. direktiv 77/62, artikel 19, stk. 2.

5.3. Udbudsformerne

I modsætning til de tidligere danske regler forudsætter begrænset udbud dog, at der forudgående er sket offentliggørelse i EF-tidende om, at der vil blive afholdt en bunden licitation, således at interesserede bydere kan melde sig. Denne meddelelse skal bl.a. indeholde oplysninger om arbejdets art, sted, entreprisetype samt de krav af teknisk, økonomisk og finansiel art, som vil blive stillet til dem, der kan komme i betragtning.

Endvidere skal ordregiver allerede på dette tidspunkt oplyse, hvilke kriterier der vil blive lagt til grund ved udvælgelsen af bud – samt ved bygge- og anlægskontrakter om der er forbud mod alternative bud.

Som nævnt kan der ved bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og kontrakter med de særlige forsyningsvirksomheder omfattet af direktiv 90/531 frit vælges mellem begrænset udbud og offentligt udbud.

Når det drejer sig om varekøb, kan der efter direktiv 77/62 artikel 6, stk. 2, vælges begrænset udbud, »hvor det er berettiget«, hvilket efter bestemmelsen »bl.a. (kan) være begrundet i nødvendigheden af at sikre et rimeligt forhold mellem aftalens værdi og omkostningerne ved udbudsproceduren« eller »den særlige karakter af de varer, der skal leveres«. Der er således mulighed for at undgå overflødige omkostninger til en større offentlig udbudsprocedure – men dette skal sammenholdes med, at der under alle omstændigheder skal tilvejebringes et vist minimum af oplysninger i forbindelse med forhåndsmeddelelsen.

Det er derfor næppe foreneligt med hovedreglen i direktiv 77/62, når Administrationsdepartementet f.eks. angiver, at »Administrations- og personaledepartementet har hidtil tilrådet statsinstitutioner at anvende begrænset udbud ved EDB-anskaffelse. Det er Departementets opfattelse, at denne praksis kan videreføres.«³¹⁸ I publikationen fra Direktoratet for Statens Indkøb fra 1991 præciseres da også, at begrænset udbud kun undtagelsesvis kan anvendes.

5.3.2.1 Fristregler

I udbudsmaterialet skal endvidere angives frist for anmodning om deltagelse, der som hovedregel skal være mindst 37 dage efter afsendelse af bekendtgørelsen, men i hastesager kan afkortes til 15 dage.³¹⁹ Når ordregiver har udvalgt dem, der ønskes tilbud fra, skal de udvalgte som hovedregel have en frist på 40 dage til at afgive bud, idet fristen dog skal forlænges, hvis

318. Vejledning om anskaffelse af EDB fra april 1990, p. 5.

319. Jvf. direktiv 71/305, artikel 14, stk. 1, og artikel 15, stk. 1, og direktiv 77/62 artikel 11, stk. 1, og artikel 12, stk. 1.

Kapitel 5. Udbudsprincipperne

besigtigelse er nødvendig.³²⁰ Fristen kan i hastetilfælde afkortes til 26 dage i entrepriser og til 10 dage ved varekøb.³²¹

Når det drejer sig om kontrakter med de særlige forsyningsvirksomheder omfattet af direktiv 90/531, gælder der af uforklarlige årsager en hovedregel om en frist på 5 uger til at anmode om deltagelse, der kan afkortes til 15 dage.³²² Fristen for, hvornår bud skal indleveres, skal som hovedregel aftales mellem ordregiver og de udvalgte – idet der gælder en frist på 3 uger i tilfælde af, at der ikke opnås enighed.³²³

I betragtning af den tilbageholdenhed, de potentielt bydende firmaer har udvist over for overtrædelser af udbudsdirektivet, virker det ikke hensigtsmæssigt, at udbyderne henvises til at aftale frister, da en udbyder, der påberåber sig 3 ugers fristen under modstand fra ordregiveren, næppe vil forvente en objektiv behandling ved bedømmelse af de indkomne bud.

Der gælder herudover en regel om, at ordregiverne skal sende udbuds- og bilagsmaterialet frem på begæring senest 6 dage efter, at der er anmodet herom – og som udgangspunkt 6 dage før udløb af frist for modtagelse af bud.³²⁴

5.3.3 Udbud efter forhandling

Begrebet udbud efter forhandling er sprogligt ganske misvisende, idet der netop ikke er tale om udbud – men i princippet om forhandling uden udbud. Efter direktivernes definitioner betyder begrebet, at ordregiveren kontakter nogle bestemte levandører/entreprenører og forhandler vilkår med dem. Som udgangspunkt er der tale om en stort set ureguleret kontraktindgåelse, men udbudsdirektiverne fastsætter til gengæld meget strenge begrænsninger for at anvende denne »udbudsform«.

Udbudsdirektiverne fastsætter dog nogle enkelte mindstekrav for selve kontraktindgåelsen. Der skal ved bygge- og anlægsopgaver og andre tjenesteydelser altid indbydes mindst tre bydere, hvis der kan findes tre kvalificerede,³²⁵ mens der ved varekøb alene forudsættes, at kvalificerede leverandører fra andre medlemsstater indbydes.³²⁶ Herudover gælder der også ved udbud efter forhandling nogle mindstefrister for de indbudte, selv om den praktiske betydning heraf nok er begrænset. Både ved anlægskontrakter,

320. Jvf. direktiv 71/305, artikel 14, stk. 3 og 7, samt direktiv 77/62, artikel 11, stk. 3, og 6.

321. Jvf. direktiv 71/305, artikel 14, stk. 4, samt direktiv 77/62, artikel 12, stk. 1, litra b).

322. Jvf. direktiv 90/531, artikel 20, stk. 2, litra a).

323. Jvf. direktiv 90/531, artikel 20, stk. 2, litra b) og c).

324. Jvf. direktiv 77/62, artikel 11, stk. 4, og direktiv 90/531, artikel 22.

325. Jvf. direktiv 71/305, artikel 22, stk. 3, og tjenesteydelsesdirektivet artikel 23, stk. 3.

326. Jvf. direktiv 77/62, artikel 19, stk. 2.

kontrakter med de særlige forsyningsvirksomheder og ved varekøb gælder der de samme fristregler som ved begrænset udbud.

Der sondres mellem to tilfælde af udbud efter forhandling, nemlig med eller uden forudgående offentliggørelse.

5.3.3.1 Udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse

Reglerne om udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse finder kun anvendelse, når der forud er offentliggjort en udbudsbekendtgørelse, og ansøgerne er udvalgt efter i forvejen kendte kriterier, forudsat de indkomne tilbud er uantagelige.³²⁷ Bestemmelserne i udbudsdirektiverne må formentlig forstås således, at den forhandling og justering, som ofte sker i entrepriser *efter* modtagelse af bud, næppe er forenelig med EF-retten. En endelig afklaring af dette spørgsmål vil muligvis kunne ske ved Domstolens afgørelse af Storebæltssagen.³²⁸

5.3.3.2 Udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse

Ved anvendelse af udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse tilsidesættes de offentlighedsprincipper, som er helt bærende i EF's udbudsdirektiver. Direktiverne har derfor også fastlagt et meget snævert område for sådanne kontraktindgåelser. De særlige undtagelser, som muliggør en sådan kontraktform, er udtømmende angivet i udbudsdirektiverne.³²⁹

5.3.3.2.1 Ikke kvalificerede ansøgere

En af muligheder for at anvende udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse er, at der ikke er kvalificerede ansøgere i forbindelse med et tidligere udbud og forudsat, at der ikke foretages afgørende ændringer i udbudsmaterialet.³³⁰

En anden accepteret grund til at vælge ét bestemt firma kan være, at dette firma er det eneste, der besidder den fornødne tekniske eller kunstneriske viden – eller som har eneret på den pågældende ydelse.³³¹

327. Jvf. direktiv 71/305, artikel 5, stk. 2, direktiv 77/62 artikel 6, stk. 3, og tjenesteydelsesdirektivet artikel 12, stk. 2. For bygge- og anlægsvirksomhed er der yderligere to muligheder: 1) at der enten er tale om forskning/forsøg, eller 2) at arbejdernes karakter ikke tillader en forudgående prisfastsættelse.

328. Sag 243/89, ikke afgjort.

329. Jvf. direktiv 71/305, artikel 5, stk. 4, direktiv 77/62 artikel 6, stk. 5.

330. Jvf. direktiv 71/305, artikel 5, stk. 3, litra a), direktiv 77/62, artikel 6, stk. 4, litra a) og direktiv 90/531, artikel 15, stk. 2, litra a).

331. Jvf. direktiv 71/305, artikel 5, stk. 2, litra b), direktiv 77/62, artikel 6, stk. 4, litra c) og direktiv 90/531 artikel 15, stk. 2, litra c).

Kapitel 5. Udbudsprincipperne

Det sker formentlig relativt ofte, at en ordregiver mener at vide, at kun denne bestemte leverandør eller entreprenør kan levere den rette kvalitet – men på grundlag af Domstolens afgørelse i en sag om Milano kommunes bygning af et affaldsbehandlingsanlæg må det antages, at det er meget sjældent, ordregiver vil kunne bruge denne bestemmelse.

Som nærmere begrundelse for, at der var tale om enerettigheder omfattet af den daværende artikel 9, litra d), anførte Milano kommune, at et rådgivende teknisk udvalg havde fundet, at det af de tre virksomheder foreslåede anlæg var bedre end de anlæg, der fandtes i Europa – og at kun disse virksomheder besad denne mere specifikke viden. Domstolen accepterede ikke begrundelsen, idet den henviste til, at andre besad en tilsvarende ekspertise og til, at der ikke forelå særskilt bevis for disse enerettigheder.³³²

5.3.3.2 Uopsættelige forhold

Udbudsdirektiverne indeholder endvidere en bestemmelse om, at offentliggørelsesproceduren kan fraviges i hastetilfælde, når de tvingende grunde ikke har kunnet forudses af ordregiverne.³³³

Denne undtagelse fortolkes imidlertid meget strengt af Domstolen, hvilket fremgår af flere sager, hvor problemet har foreligget.

Den ene sag var den ovf. omtalte om Milano Kommunes opførsel af et genindvindingsanlæg for fast affald, hvor fravigelsen af offentliggørelsesproceduren bl.a. blev begrundet med arbejdernes uopsættelige karakter. Milano kommune henviste til, at efter Seveso-ulykken var et oprindeligt planlagt forbrændingsanlæg blevet opgivet, da dette medførte dioxin-udslip, og at en række affaldspladser var blevet lukket, hvilket medførte exceptionelt uopsættelige problemer med fast affald, samt at det planlagte anlæg var begrænset til det strengt fornødne. Da Kommissionen havde påvist, at myndighederne havde været vidende om problemerne siden 1979, og da undtagelsen for uopsættelige forhold udtrykkeligt alene omfatter begivenheder, »som de ordregivende ikke har kunnet forudse«, fandt Domstolen ikke, at undtagelsesbestemmelserne kunne fraviges, idet det bemærkedes, at disse undtagelsesbestemmelser skal fortolkes *indskrænkende*, og at den myndighed, der vil påberåbe sig bestemmelserne, har *bevisbyrden* for, at alle betingelser er opfyldt.³³⁴

332. Sag 199/85, EF-domssaml. 1987, p. 1039.

333. Direktiv 71/305, artikel 5, stk. 3, litra c), direktiv 77/62, artikel 6, stk. 4, litra d), og direktiv 90/531, artikel 15, stk. 2, litra d).

334. Sag 199/85, EF-domssaml. 1987, p. 1039, præmisserne pkt. 14.

En anden sag drejede sig tilsvarende om bygning af et affaldsbehandlings-anlæg i Italien uden om udbudsproceduren med henvisning til uopsættelige forhold – men her var der nedlagt påstand fra Kommissionen om midlertidige foranstaltninger efter EØFT artikel 186 og procesreglementet artikel 83, stk. 2, for at stoppe kontraktindgåelsen.

Hertil bemærkede Domstolen, at det kunne lægges til grund, at det fælles kommunale selskab allerede i 1982 var klar over, at ovnen skulle ombygges, og at uopsætteligheden efter direktiv 71/305 artikel 9 d) alene omfattede forhold, »som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse«. På denne baggrund konkluderede Domstolen, at de midlertidige forholdsregler skulle opretholdes, idet den bemærkede, at selv om der forelå en alvorlig situation med farer for den offentlige sundhed og miljøet (der kunne forværres af yderligere udsættelser), må der »også lægges vægt på, at denne situation må tilskrives (...) (ordregiveren) selv, der er ansvarlig for arbejdet, idet (denne) kun langsomt har tilpasset sig til de tekniske krav«.³³⁵ Domstolen lagde endvidere vægt på, at en dom efter EØFT artikel 169 »ikke kan fjerne det retstab, som påføres virksomhederne i andre medlemsstater, der vil være afskåret fra at deltage i budet«, ³³⁶ samt på at affaldsproblemet uanset afgørelsen ville fortsætte i endnu ret lang tid.³³⁷ Endelig fremhævede Domstolen, at den tid til offentliggørelse, som forudsættes efter udbudsreglerne, skulle sammenholdes med, at efter italiensk lov gjaldt en regel om, at der ved hastende foranstaltninger vedrørende bortskaffelse af affald skulle ydes lån inden for en frist af 25 dage.

At Domstolen lægger vægt på, at de eneste uopsættelige forhold, der kan begrunde fravigelse af udbudsreglerne, er dem, som myndighederne *ikke kunne forudse*, fremgår ligeledes af en traktatbrudssag mod Italien. Baggrunden for sagen var, at Italien efter korrekt at have opfyldt Domstolens afgørelse i *sag 10/76* havde gennemført nogle særregler for offentlige arbejder, hvorefter der kunne indgås kontrakter uden offentliggørelse i EF-tidende, »såfremt arbejderne, anskaffelserne, transporten eller leverancerne er af så uopsættelig karakter, at der ikke er tid til at afvente indgivelse af tilbud«. Italien blev på denne baggrund dømt.³³⁸

Domstolen lægger således vægt på især to momenter. For det første om ordregiver »kunne forudse« årsagerne til, at det haster, og derfor alene kan takke egen skødesløshed for problemerne med tidsfristerne. For det andet

335. Sag 194/88, EF-domssaml. 1988, p. 4546, p. 4559 og p. 5647.

336. Sag 194/88, præmisserne pkt. 16.

337. Sag 194/88, præmisserne pkt. 17.

338. Sag 274/83, EF-domssaml. 1985, p. 1077.

Kapitel 5. Udbudsprincipperne

lægger Domstolen vægt på, om der er andre tidsmæssige problemer end offentliggørelsesproceduren, der alligevel vil forsinke igangsættelsen.

5.3.3.2.3 *Supplerende anlægsarbejder og leverancer*

Hvis der er tale om supplerende leverancer fra en oprindelige leverandør til delvis fornyelse eller udvidelse af sædvanlige leveringer, kan offentliggørelse endvidere undlades, når et leverandørskift medfører uforholdsmæssigt store omkostninger til teknisk fornyelse – idet sådanne aftaler dog maksimalt kan have en løbetid på tre år.³³⁹

Tilsvarende kan offentliggørelse undlades ved supplerende bygge- og anlægsarbejder til en tidligere indgået kontrakt, når arbejderne teknisk eller økonomisk ikke kan adskilles fra den oprindelige kontrakt uden ulemper, eller hvis suppleringsarbejderne er strengt nødvendige for gennemførelse af den oprindelige kontrakt.³⁴⁰ Betingelsen er dog, at nødvendigheden af de supplerende arbejder skyldes »uforudsete forhold«.

Undtagelsen finder typisk anvendelse ved såkaldt *regningsarbejde* i forbindelse med bygge- og anlægsprojekter, men både entreprenører og ordregivere må være opmærksom på, at direktivet ikke giver fri mulighed for at benytte regningsarbejde, idet direktivet kun tillader regningsarbejde, der kan tilskrives uforudsete forhold. I praksis vil der efter direktiv 71/305 derfor næppe i Danmark kunne gennemføres vinterforanstaltninger som regningsarbejde uden om udbudsmaterialet, da vinterforanstaltningerne vanskeligt kan betegnes som »uforudsete«. Dette indebærer, at vinterforanstaltninger skal være anført i udbudsmaterialet.

Heller ikke større *vedligeholdelsesarbejder* vil i almindelighed kunne begrunde fravigelse af offentliggørelseskravet, hvilket senest fremgår af en sag mod Spanien. Sagen drejede sig om, at Madrid Universitet havde iværksat nogle omfattende ombygnings- og vedligeholdelsesarbejder uden forudgående offentligt udbud, hvorefter Kommissionen anlagde traktatbrudssag med påstand om, at Spanien havde tilsidesat sine forpligtelser. Spanien blev dømt, idet der ikke var tale om forhold, som universitetet ikke havde kunnet forudse.³⁴¹

5.3.3.2.4 *Øvrige grunde*

Ved siden af de ovf. omtalte grunde til at fravige offentliggørelse inden udbud efter forhandling nævner udbudsdirektiverne gentagelsesarbejder, hvor en

339. Direktiv 77/62, artikel 6, stk. 4, litra e).

340. Direktiv 71/305, artikel 5, stk. 3, litra d).

341. Domstolens afgørelse af 18.3.1992 i sag 24/91.

udbudsprocedure vil virke uforholdsmæssigt fordyrende.³⁴² I kraft af det almindelige omgåelsesforbud er anvendelsesområdet dog også her snævert, idet disse undtagelser fra offentliggørelseskravet skal fortolkes indskrænkende, og bevisbyrden for, at betingelserne foreligger, påhviler dem, der vil påberåbe dem – hvilket vil sige de ordregivende myndigheder, jvf. Domstolens afgørelse i *sag 199/85*.³⁴³

Herudover kan offentliggørelse fraviges, hvis der er tale om varer, der alene er fremstillet til forskningsformål.³⁴⁴

Endelig angiver direktiv 90/531 artikel 15, stk. 2, nogle yderligere undtagelser fra offentliggørelseskravet for de særlige forsyningsvirksomheder i følgende tilfælde:

- ved varer, der noteres og købes på råvaremarkedet, jvf. artikel 15, stk. 2, litra h);
- ved lejlighedskøb på grundlag af særligt fordelagtige tilbud eller ved køb fra konkursboer og lignende, jvf. artikel 15, stk. 2 litra j) og k);
- hvor der er tale om kontrakter på grundlag af de særlige rammeaftaler mellem ordregivere omfattet af direktiv 90/531, idet det forudsættes, at rammeaftalen er indgået efter udbudsreglerne.³⁴⁵

5.3.3.2.5 Undtagelserne efter dansk ret

Som anført ovf. er der tale om en udtømmende angivelse af de omstændigheder, der kan begrunde en fravigelse af princippet om forudgående offentliggørelse. Cirkulære af 21. januar 1992 om udlicitering af statslige drifts- og anlægsopgaver er imidlertid ikke ganske i overensstemmelse med disse regler.

Cirkulæret angiver nemlig, at offentliggørelse kan fraviges, hvis »hensynet til en størst mulig og gennemsigtig konkurrence om den eller de udbudte opgaver« taler for at undlade forud offentliggørelse,³⁴⁶ ligesom forudgående offentliggørelse kan fraviges af hensyn til »unødigt store omkostninger eller uforholdsmæssig meget administration«.³⁴⁷

Cirkulæret af 21. januar 1992 angiver godt nok i § 4, at det er subsidært i forhold EF-reglerne, hvorfor der næppe formelt er tale om et traktatbrud, medmindre den upræcise angivelse i § 7, sammenholdt med §§ 5 og 6 kan

342. Direktiv 71/305, artikel 5, stk. 3, litra, d) og e), direktiv 77/62, artikel 6, stk. 4, litra c) og e) samt direktiv 90/531, artikel 15, stk. 2, litra c), e), f) og g).

343. EF-domssaml. 1987, 1039.

344. Jvf. direktiv 77/62, artikel 6, stk. 4, litra b) og direktiv 90/531, artikel 15, stk. 2, litra b).

345. Direktiv 90/531, artikel 15, stk. 2, litra i, jvf. artikel 5, stk. 2.

346. Cirkulære af 21.1.1992, § 7, stk. 3, nr. 5, jvf. § 5.

347. Cirkulære af 21.1.1992, § 7, stk. 3, nr. 5, jvf. § 6.

Kapitel 5. Udbudsprincipperne

anses som et brud med loyalitetsprincippet i EØFT, artikel 5 for de kontrakter, der overstiger tærskelværdien. Dette er dog næppe tilfældet, da det i vejledningen til cirkulæret angives, at større vare- og tjenesteydelseskontrakter skal offentliggøres i EF-tidende, mens det af uforklarlige årsager ikke er nævnt, at anlægsarbejder skal offentliggøres.³⁴⁸ Der er derfor tilsyneladende alene tale om regelteknisk rod eller sjuks og ikke om EF-retlige overtrædelser.

5.3.4 Projektkonkurrence

Tjenesteydelsesdirektivet indfører en helt ny udbudsform, nemlig »projektkonkurrence«, hvor valg af kontrahent sker af en jury efter afholdelse af en konkurrence. Reglerne for projektkonkurrence udelukker udtrykkelig nationalitetsdiskriminering,³⁴⁹ men giver ordregiveren mulighed for på objektivt grundlag at foretage en udvælgelse af, hvem der skal opfordres til at deltage, idet antallet dog skal være på mellem 5 og 20.³⁵⁰

Det forudsættes endvidere, at juryen træffer afgørelse på grundlag af anonyme projekter, hvilket indebærer, at udarbejderne af projektmaterialet ikke må kunne identificeres på grundlag af det fremsendte materiale – ligesom det forudsættes, at jurymedlemmerne ikke er inhabile i forhold til nogle af deltagerne i konkurrencen.³⁵¹

5.3.5 Undtagelser ved efterforskning og udvinding af brændsel

Når en virksomhed får mulighed for efterforskning og udvinding af brændsel (olie, kul, gas o.lign.), er udgangspunktet, at der skal anvendes offentligt udbud ved meddelelse af koncessionsaftaler. Direktiv 90/531 indeholder imidlertid en mulighed for, at Kommissionen kan give tilladelse til at undlade at anvende udbudsprocedurerne, men det forudsætter, at en række betingelser er opfyldt. Ud over at undtagelsen naturligvis udelukker diskriminationsforbud forudsættes, at følgende betingelser alle er opfyldt:

- at der frit kan ansøges om efterforskning i et område,
- at kravene til den tekniske og finansielle kapacitet er fastsat før vurderingen af de enkelte ansøgere,
- at tildeling af tilladelser sker på objektivt grundlag, samt
- at der inden indgivelse af tilladelse er fastsat alle de offentligretlige regler om vilkår, skatter, m.v. som skal gælde for tilladelsen

348. »Udlicitering – effektivisering gennem konkurrence«, april 1992, Administrations- og Personaledepartementet, p. 52.

349. Tjenesteydelsesdirektivet artikel 14, stk. 2.

350. Tjenesteydelsesdirektivet artikel 14, stk. 3, jvf. artikel 23.

351. Tjenesteydelsesdirektivet artikel 14, stk. 4.

5.5. Særlig attesteringsordning

- at de offentlige myndigheder »ikke af nogen aftale eller forståelse er forpligtet til at afgive oplysninger om, hvor de foretager eller påtænker at foretage køb«. ³⁵²

Under Kommissionens sagsbehandling af anmodninger fra de myndigheder, der meddeleler udvindingstilladelser, vil Kommissionen foretage en offentliggørelse af ansøgningen for at høre om der er indvendinger, ligesom den vil offentliggøre de indvendinger, der fremsendes. ³⁵³ Kommissionen har endvidere fremsat et særligt forslag om udbud af koncessionstilladelser til efterforskning og indvinding af olie. Se EFT. 1992, C.139/12.

5.4 Offentliggørelse af kontraktindgåelsen

Når udbudsproceduren er afsluttet, og den endelige kontrakt er indgået, skal også visse dele af indholdet af kontrakten offentliggøres, i det omfang det ikke strider mod den nationale beskyttelse af forretningshemmeligheder eller offentlige interesser. ³⁵⁴

Denne forpligtelse til, at ordregiverne offentliggør den endelige kontrakt, gælder uanset, om selve kontraktindgåelsen er sket uden forudgående offentliggørelse på grundlag af de særlige regler for udbud efter forhandling – idet offentliggørelsen netop skal sikre en effektiv kontrolmulighed for konkurrenter. For kontrakter indgået af de særlige forsyningsvirksomheder gælder dog en særregel om, at oplysningerne om kontraktindgåelsen skal tilgå Kommissionen med henblik på at beskytte forretningshemmeligheder, således at offentliggørelsesomfanget begrænses. ³⁵⁵

I bilagene til direktiverne er nærmere specificeret oplysningskravene, som bl.a. omfatter kriterier for tildeling af kontrakten, antallet af modtagne bud, ydelsernes art og omfang, samt hvilken del der vil kunne gives i underentreprise og navn og adresse på det firma, der er indgået kontrakt med.

5.5 Særlig attesteringsordning

352. Direktiv 90/531, artikel 3, stk. 1.

353. Se f.eks. anmodning fra Tyskland, EFT.1992, C.104/3.

354. Jvf. f.eks. direktiv 71/305, artikel 12, stk. 5, og direktiv 77/62 artikel 9, stk. 3.

355. Jvf. direktiv 90/531, artikel 18.

Kapitel 5. Udbudsprincipperne

For de i direktiv 90/531 omfattede virksomheder, er der ved direktiv 92/13³⁵⁶ gennemført en særlig attesteringsordning, hvorefter uvildige instanser efter nærmere undersøgelser kan udarbejde en attest om, at én af de i direktiv 90/531 omfattede forsyningsvirksomheder overholder EF's regler om offentlige udbud³⁵⁷.

Der knyttes ikke egentlige retsvirkninger til disse attester, men det angives i direktiv 92/13, artikel 7, at attesterne »skal betragtes som væsentlige krav med henblik på udarbejdelse af europæiske standarder for attesteringen«.

356. EFT.1992, L.76/14.

357. Direktiv 92/13, artikel 3-7.

KAPITEL 6

Standardisering af tekniske specifikationer

Et af de største problemer med at få EF til at fungere som ét marked har været de mange forskellige tekniske standarder, der gælder i de forskellige medlemsstater. Med henblik på at fjerne disse hindringer for den frie handel har Rådet vedtaget en række direktiver om tekniske specifikationer. Denne harmonisering har typisk haft karakter af *totalharmonisering* eller *optionel harmonisering*.

Herved forstås, at EF enten udtømmende regulerer de tekniske, miljømæssige og sikkerhedsmæssige krav til produkter (totalharmonisering); eller at EF fastsætter nogle normer, som ikke udelukker, at medlemsstaterne har lempeligere regler, men som indebærer, at hvis producenterne vælger at følge EF-normerne, skal de pågældende produkter have adgang til andre medlemsstaters markeder (optionel harmonisering).

Denne samordning af regler, der specielt har taget fart efter vedtagelsen af den Europæiske Fælles Akt, suppleres af det såkaldte informationsprocedure-direktiv 83/189,³⁵⁸ hvorefter medlemsstaterne ikke må ændre eller indføre nye normer eller standarder uden, at de har afventet en høring hos Kommissionen, som skal undersøge, om disse nye normer kommer på tværs af planer i EF eller evt. bør afstedkomme udformning af fælles normer. Disse regler tager således sigte på at hindre eller begrænse muligheden for, at der opstår yderligere forskelle i standarder og normer.

I forlængelse af disse regler har Rådet i 1990 truffet afgørelse 90/683 om modulerne for de forskellige faser i procedurene for overensstemmelsesvurdering med henblik på anvendelse i direktiverne om teknisk harmoni-

358. EFT. 1983, L.109/8 – ændret ved direktiv 88/182, EFT. 1988, L.81/75.

Kapitel 6. Standardisering af tekniske specifikationer

sering,³⁵⁹ som omfatter moduler for bl.a. intern fabrikationskontrol, kvalitets-sikring af produktionen³⁶⁰ og produkterne og EF-typegodkendelse.

Også ved offentlige kontrakter har de forskellige normer og tekniske specifikationer spillet en rolle, idet udbudsmaterialet kan udformes således, at ordregiver indirekte begrænser muligheden for, at leverandører eller entreprenører i andre medlemsstater kan udføre opgaverne, jvf. f.eks. sagen om det irske kommunale vandforsyningsværk.³⁶¹

Forskelle i tekniske specifikationer i udbudsmaterialet indebærer endvidere, at udbudsmaterialet let bliver uforståeligt for potentielle bydere i andre lande – og den gennemsigtighed og konkurrence, som udbudsdirektiverne skulle sikre, kan dermed blive betydeligt reduceret.

Udbudsdirektiverne har søgt at tage højde for disse problemer ved at fastsætte nogle regler for de tekniske specifikationer, hvorefter der stilles en rangfølge op for valget af tekniske standarder.

Udgangspunktet er, at udbudsdirektiverne ikke berører de nationale sikkerhedsforskrifter og andre myndighedskrav til produkter, entrepriser m.v.³⁶² Men dels har EF vedtaget en række bindende standarder og normer for produkter, og dels følger det af Domstolens praksis ved fortolkning af EØFT artikel 30 og 59, at medlemsstaterne har meget begrænsede muligheder for ved myndighedskrav at hindre varernes frie bevægelighed.

6.1 Rangfølgen i de tekniske specifikationer

Efter rangordningen for de tekniske specifikationer skal der henvises til europæiske standarder, hvor disse findes. Der er tale om standarder godkendt af Den Europæiske Standardiseringsorganisation (CEN) eller af Den Europæiske Komité for Elektronisk Standardisering (CENELEC) som enten europæisk standard (EN) eller som harmoniseringsdokument (HD) eller de særlige fælleseuropæiske regler for telestandarder (ETS).

Denne anvendelse af gældende europæiske normer og standarder kan kun fraviges i helt særlige tilfælde, f.eks. når det indkøbte ikke kan tilpasses det

359. EFT. 1990, L.380/13.

360. Der eksisterer allerede en international standard for kvalitetssikring af produktionen, nemlig ISO-9000.

361. Sag 45/87, EF-domssaml. 1987, p. 4929.

362. Jvf. direktiv 71/305, artikel 10, stk. 1, direktiv 77/62, artikel 9, stk. 1, og direktiv 90/531, artikel 13, stk. 1.

6.2. Udformningen af standarder

allerede etablerede. Fravigelse forudsætter endvidere normalt en begrundelse i udbudsmaterialet.³⁶³

Findes der ikke en sådan standard, skal der formentlig vælges en EF-standard.³⁶⁴ Det må dog bemærkes, at indkøbsdirektivet ikke indeholder en sådan bestemmelse, men da EF's vedtagne normer direkte binder medlemsstaternes myndigheder og formentlig også de i EØFT artikel 90 omfattede virksomheder, er det nærliggende at antage det samme ved varekøb.

Er der heller ikke en EF-standard, skal der i udbudsmaterialet henvises til en national standard med hensyn til udformning, beregning og udførelse af entreprenørarbejder, mens der ved de øvrige kontrakter skal henvises til en national standard, der har gennemført en international standard.³⁶⁵ Disse sidste betegnes ofte ISO med et efterfølgende nummer.

Foreligger der heller ikke en sådan ISO-standard eller anden international standard, skal der henvises til en national standard, og hvis sådan en heller ikke findes, til enhver anden teknisk specifikation.

Det er efter udbudsdirektiverne klart, at der er tale om en bindende rangfølge for valg af standarder og normer i de tekniske specifikationer. Cirkulære af 21. januar 1992 om udlicitering af offentlige drift- og anlægsopgaver modsvarer imidlertid ikke dette krav, idet det i cirkulæret § 8, stk. 2 anføres, at »der skal (...) så vidt muligt anvendes standardiserede normer og specifikationer«. Angivelsen i cirkulæret præciserer således ikke den klare rangfølge i standarderne, hvilket også savnes i den tilhørende vejledning.³⁶⁶

6.2 Udformningen af standarder

I Danmark er det Dansk Standardiseringsråd, der står for den overvejende del af gennemførelsen af såvel de europæiske som de internationale standarder. Denne standardisering er naturligvis på utroligt mange måder hensigtsmæssig, da standardiseringen er en vigtig betingelse for en udvidet handel.

Problemet er imidlertid, at i kraft af udbudsdirektiverne får standardiseringen en anden retsvirkning end blot at være vejledende for indkøber og producent.

363. Jvf. direktiv 71/305, artikel 10, stk. 2-4, direktiv 77/62, artikel 9, stk. 2-4, direktiv 90/531, artikel 13, stk. 2 og tjenesteydelsedirektivet artikel 15, stk. 1 og 2, jvf. bilag II.

364. Jvf. direktiv 71/305, artikel 10, stk. 5, litra a) og direktiv 90/531, artikel 13, stk. 3.

365. Jvf. direktiv 71/305, artikel 10, stk. 5, litra c), og direktiv 77/62, artikel 7, stk. 5, litra a.

366. »Udlicitering – effektivisering gennem konkurrence«, april 1992, udgivet af Administrations og Personaledepartementet, se specielt p.26-35.

Kapitel 6. Standardisering af tekniske specifikationer

Overholdelse af den vedtagne EF- eller ISO-standard bliver nemlig både en faktisk og retlig betingelse for at kunne komme i betragtning ved afgivelse af bud.

Da Dansk Standardiseringsråds vedtagelse af standarderne ikke i almindelighed har nogen retligt bindende karakter, var det tidligere uproblematisk, at vedtagelsen af standarder ikke var underordnet de almindelige regler i statsretten for vedtagelse af regler med hensyn til demokratisk legitimation, offentlighed, offentliggørelse m.v.

Men efter at standarderne indirekte retligt normerer, vil det som et minimum være nærliggende at forudsætte, at der også skete en løbende offentliggørelse af anerkendte standarder i et skrift på linie med Lovtidende, således at enhver, der måtte ønske det, på biblioteker og andre offentlige steder kunne få indsigt i de relevante standarder. Der må i den forbindelse tages hensyn til, at det ved køb af varer og tjenesteydelser er relativt små ordre-summer, der omfattes af udbudsreglerne – og at mindre virksomheder kan blive afskåret fra at deltage i budene alene på baggrund af manglende kendskab til de anerkendte standarder.

På baggrund af, at også tjenesteydelsesdirektivet foreskriver disse europæiske og internationale standarder, vil f.eks. alt fra rengørings- til advokatvirksomhed meget snart kunne blive omfattet af f.eks. ISO-9000 reglerne om certificering af kvalitetsstyringssystemer – idet offentlige myndigheder i udbudsmaterialet vil kunne henvise til ISO-9000. Hvis denne standardisering vinder meget betydelig udbredelse i udbudsmaterialet, kan resultatet meget let blive, at disse standarder som f.eks. ISO-9000 ikke øger konkurrencen, men begrænser de bydendes antal til en meget beskeden kreds.

Af betydning for de offentlige anlægskontrakter er der i EF vedtaget direktiv 89/106 om byggevarer.³⁶⁷ Hensigten med direktivet var at fastlægge fælles normer og standarder for byggevarer, men da direktivet forudsætter, at disse vedtages efterfølgende – og sådanne endnu ikke er vedtaget – har direktivet i dag ingen praktisk betydning.

6.3 Særligt om informationsteknologi (IT)

De første skridt til en egentlig standardisering af informationsteknologien (i det følgende betegnet *IT*) blev indledt med direktiv 86/361 om første fase af den gensidige anerkendelse af typegodkendelser af teleterminaludstyr³⁶⁸ og kort

367. EFT. 1989, L.40/12.

368. EFT.1986, L.217/21

6.3. Særligt om informationsteknologi (IT)

efter fulgt op af Rådets beslutning 87/95 om standardisering inden for informationsteknologi og telekommunikation.³⁶⁹

Det ligger uden for denne bogs ambitioner at foretage en detaljeret gennemgang af de meget komplicerede regler ved køb af EDB- og telekommunikationsudstyr. Jeg vil her nøjes med at opridse nogle hovedlinier og de centrale principper og vil i øvrigt henvise til den meget betydelige speciallitteratur.³⁷⁰

Problemstillingen drejer sig grundlæggende om, at manglende mulighed for at forbinde en terminalskeerm med et anlæg eller en telefon med telenettet (i det følgende betegnet som manglende *kompatibilitet*) udgør en afgørende hindring for handelen over landegrænser og den frie konkurrence.

Dette kunne naturligvis modvirkes ved, at EF vedtog bindende fælles regler. Men sådanne fælles regler lader sig blot ikke realisere fra den ene dag til den anden uden et uoverskueligt værditab, da der i de forskellige medlemsstater befinder sig meget forskelligt IT-udstyr, som ved sådanne fælles bindende forskrifter ikke længere vil kunne finde nogen anvendelse.

Sådanne fælles regler ville samtidigt indebære, at enten vil enkelte virksomheder i enkelte lande få et kæmpe forspring i forhold til de øvrige (hvis disse lande eller virksomheders normer ophøjes til fælles norm) – eller også vil alt IT-udstyr i hele EF skulle skrottes på én gang.

Det er derfor ikke overraskende, at EF har valgt en mere langsom og fremkommelig omstillingsproces til fælles standarder, hvor specielt de offentlige virksomheders og myndigheders indkøb af IT skal bane vejen for den fælles norm.

På teleområdet er der i forlængelse af direktiv 86/361 og beslutning 87/95 i 1988 vedtaget en resolution om etablering af et fælles marked for tele-tjenester og udstyr inden 1992,³⁷¹ der bl.a. skal sikre at teleadministration og andre teleselskaber kan konkurrere på lige fod (pkt. 5). Dette har efterfølgende mundet ud i direktiv 89/336 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om elektromagnetisk kompatibilitet.³⁷² Princippet i direktivet 89/336 er, at det er EF, der ved udformning af standarder, fastsætter de nødvendige grænser for elektromagnetiske forstyrrelser fra de elektriske og elektroniske apparater, der lovligt kan markedsføres i EF.³⁷³ Medlemsstaterne har dog mulighed for at fastsætte regler om ibrugtagen og installering af de elektriske og elektroni-

369. EFT.1987, L.36/31.

370. Der henvises til litteraturliste bag i bogen.

371. EFT.1988, C.257/1.

372. EFT.1989, L.139/19.

373. Jvf. direktiv 89/336, artikel 4 og artikel 7.

Kapitel 6. Standardisering af tekniske specifikationer

ske apparater. Det forudsætter imidlertid, at Kommissionen underrettes efter direktiv 83/189.³⁷⁴ og at godkendte ordninger om ibrugtagning og installation offentliggøres i EF-tidende.³⁷⁵ Direktiv 89/336 indeholdt en særordning for eksisterende apparater frem til 1992, der yderligere er forlænget til 31.12.1995 ved direktiv 92/31.³⁷⁶

En yderligere opfølgning af det indre marked for teletjenester skete med direktiv 90/387³⁷⁷ om oprettelse af det åbne net, hvorefter telenettet skal stilles til rådighed for alle teleselskaber i EF. Med henblik på at sikre dette, er der i direktiv 90/387, artikel 5, stk. 3, indført en mulighed for, at henvisning til de europæiske standarder gøres obligatorisk. Afgørelse herom træffes af Kommissionen sammen med et udvalg med repræsentanter fra medlemsstaterne, der træffer afgørelse med kvalificeret flertal.³⁷⁸

På teleområdet er der endvidere særskilt vedtaget fælles standarder for teleterminaludstyr³⁷⁹ samt hvilke frekvensbånd, der skal anvendes ved landbaseret personsøgning³⁸⁰ samt ved trådløse telefoner,³⁸¹ ligesom der er vedtaget et fælleseuropæisk alarmnummer 112, der i Danmark erstatter det tidligere 000.³⁸² Senest har Rådet den 5. juni 1992 vedtaget resolution om at færdiggøre standarderne for tjenesteintegrerede digitalnet (ISDN) – se EFT. 1992, C.158/1.

Hvor teleforsyningen bygger på netværk – som derfor logisk fremskynder behovet for fælles standarder – stiller tingene sig anderledes på EDB-området, hvor behovet for obligatoriske standarder ikke har været tilsvarende preserende. Med beslutning 87/95 blev grundlaget skabt for, at EF kunne indlede det omfattende standardiseringsarbejde, som er nødvendigt, hvis de nuværende problemer med manglende kompatibilitet skal løses.³⁸³

374. EFT.1983, L.109/8.

375. Jvf. direktiv 89/336, artikel 6.

376. EFT.1992, L.126/11.

377. EFT.1990, L.192/1. Nærmere bestemmelser om liberalisering af telemarkederne, hvorefter bl.a. alle tjenesteydelevandører fra den 1. januar 1991 skal have mulighed for at få stillet lejede kredløb til rådighed, og hvorefter de tekniske grænsefladespecifikationer til de offentlige net skal offentliggøres inden 1. januar 1991, er fastsat ved Kommissionens direktiv 90/388 – EFT.1990, L. 192/10. Et tidligere direktiv 88/301 (EFT.1988, L.131/73) om samme emne fra Kommissionen blev annulleret ved Domstolens afgørelse af 5.12.1990 i sag 331/89, da der ikke forelå fornøden hjemmel på dette tidspunkt.

378. Direktiv 90/387, artikel 10.

379. Direktiv 91/263, EFT.1991, L.128/1.

380. Direktiv 90/544, EFT.1990, L.310/28.

381. Direktiv 91/287, EFT.1991, L.144/45.

382. Beslutning 91/396, EFT.1991, L.217/31.

383. Se specielt beslutning 87/95, artikel 2-4 samt 6 og 7.

6.3. Særligt om informationsteknologi (IT)

I betragtning af såvel den praktiske som den retlige betydning af dette standardiseringsarbejde i EF virker det derfor noget uforståeligt, at Danmark i Nordisk Råds regi har medvirket til iværksættelse af et særligt standardiseringsprojekt på dataområdet.³⁸⁴ Det kan i den forbindelse med en vis vægt overvejes, om et sådant projekt ikke har karakter af et indgreb i EF's eksklusive kompetence, da en gennemførelse af standardiseringen og EF's anerkendelse af enkelte landes standarder efter Rådets beslutning 87/95 alene må anses som et fællesskabsanliggende, hvor medlemsstaterne ikke har folkeretlig handleevne, jvf. f.eks. AETR-sagen.³⁸⁵ Selv om EF ikke særskilt på EDB-området har vedtaget en fælles optræden fra medlemsstaternes side i forbindelse med forhandling af standarderne,³⁸⁶ så indikerer det fælles standardiseringsprogram nemlig, at medlemsstaterne folkeretligt kun kan optræde samordnet.

6.3.1 De offentlige indkøb af IT

Rådets beslutning 87/95 indeholder en bestemmelse i artikel 5, som har afgørende betydning for de statslige indkøbere, idet bestemmelsen fastlægger nogle krav til de standarder, som skal danne grundlag for offentlige indkøb af EDB, teledstyr og lignende.

Hovedreglen efter direktivet er, at ved offentlige selskaber og myndigheders.³⁸⁷ samt EF's institutioners indkøb af IT må der kun indkøbes udstyr, der enten opfylder europæiske standarder (EN) eller internationale standarder (f.eks. ISO) eller evt. forslag til internationale eller europæiske standarder (ENV).³⁸⁸

Samtidigt skal alle teletjenester benytte »funktionsspecifikationer med henblik på adgang til deres offentlige telekommunikationsnet for de tjenester, der specifikt tager sigte på udvikling af information og data mellem informationsteknologiske systemer, der selv benytter de i stk. 1 omhandlede standarder«. ³⁸⁹ Det sidste indebærer, at teletjenesterne ved alle tilslutninger til nettet skal anvende enten europæiske eller internationale standarder og betegnes »end-to-end«-kommunikation.

384. Se Nordisk Råds udgivelse »The Nordic Government OSI Profile«, 1990:68.

385. Sag 22/70, EF-domssaml. 1971, p. 41.

386. Som det f.eks. er tilfældet med højopløsnings-TV, jvf. Rådets afgørelse 89/630 – EFT. 1989, L.363/30.

387. Dvs. dem der er omfattet af henholdsvis direktiv 77/62 eller direktiv 90/531 – men næppe alle ordregivere efter direktiv 71/305 – se nærmere diskussion herom i afsnit 4.2.6.1.

388. Jvf. beslutning 87/95, artikel 5, stk. 1, 4 og 6.

389. Jvf. beslutning 87/95, artikel 5, stk. 2.

Kapitel 6. Standardisering af tekniske specifikationer

Det følger af beslutningens artikel 5, stk. 1, at der ikke ved f.eks. indkøb af EDB-udstyr gælder en rangordning mellem europæiske og internationale standarder, som det eller er tilfældet i udbudsdirektiverne – de internationale og europæiske standarder er efter beslutningen ligestillet. Den praktiske betydning af forskellen er ikke stor, da de internationale og europæiske standarder i de fleste tilfælde er identiske. Men ud fra almindelige lex posterior, betragtninger og sammenholdt med, at ændringsdirektiv 88/295 udtrykkeligt fremhæver, at de tekniske specifikationskrav i indkøbsdirektivet alene kan fraviges, når de vil »være til hinder for anvendelsen ... af Rådets beslutning 87/95..«, ³⁹⁰ er det imidlertid nærliggende at slutte, at der gælder en *formodningsregel* om, at de europæiske standarder har præference. ³⁹¹

Fra denne hovedregel om anvendelse af henholdsvis europæiske eller internationale standarder angiver beslutning 87/95 to grupper af undtagelsesmuligheder. Den første gruppe af undtagelser fra de internationale eller europæiske normer, er indkøb af udstyr under 100.000 ECU, hvor det ikke kræves, at ordregiverne anvender IT-standarderne, men kun forudsættes, at indkøbene »ikke forhindrer, at de standarder, der er nævnt i artikel 5, stk. 1 og 2, anvendes for (fremtidige) aftaler, der vedrører større beløb end 100.000 ECU«. ³⁹² Selv om der alene er tale om køb af en enkelt pc'er, skal en ordregiver derfor tage hensyn til de europæiske eller internationale standarder, hvis der påregnes større fremtidige investeringer i et fælles anlæg, medmindre det forventes, at pc'eren kasseres eller bortskaffes på anden vis.

Den anden gruppe af undtagelser er angivet i artikel 5, stk. 3 og omfatter de tilfælde, hvor brugen af standarder vil medføre uforholdsmæssigt store omkostninger – typisk på grund af det nuværende anlæg – eller teknisk uhensigtsmæssige løsninger.

Herudover kan standarderne fraviges, hvis det er nødvendigt, at det allerede eksisterende system fortsat skal fungere – forudsat at der langsigtet er strategier for anvendelse af de europæiske eller internationale IT-standarder. Og endelig kan hovedreglen fraviges, hvor der er tale om projekter, der er »rene innovationsprojekter« – altså reele nyskabelser.

Med vedtagelsen af tjenesteydelsesdirektivet omfatter brugen af de europæiske (og internationale) standarder ikke kun hardware, men også software i form af programmer, systemer m.v.

390. Direktiv 77/62, artikel 7, stk. 3, litra b).

391. På linie hermed R.M.O'Connor, i Administrations- og Personaledepartementets pjece »EF-regler om anvendelse af standarder for informationsteknologi ved offentlige indkøb«, 1990, p. 7 og 20.

392. Beslutning 87/85, artikel 5, stk. 7.

6.4. Udbudsmaterialets angivelse af varemærker og firmanavne

Det fremgår dog af tjenesteydelsesdirektivet, at hvis anvendelse af en standard for software forhindrer anvendelse af en europæisk eller international standard for hardware, så »kan« ordregiver se bort fra standarden for software.³⁹³ I betragtning af betydningen af teknisk og fysisk kompatibilitet havde det været hensigtsmæssigt, om direktivet havde givet præference for hardware-standarder, og derfor havde angivet et »skal«. Men som reglen nu er udformet, er det op til myndighederne at vælge.

6.4 Udbudsmaterialets angivelse af varemærker og firmanavne

Ved udformning af udbudsmaterialet til en entreprise eller et vareindkøb vil det ofte være nærliggende at henvise til et nationalt kendt produkt, som ofte bærer et firmanavn eller et varemærke. Hertil må imidlertid anføres, at alle udbudsdirektiverne som hovedregel forbyder »at anføre varemærker, patenter eller typer eller at anføre en bestemt oprindelse eller en bestemt fabrikation«. Hvis det er umuligt at beskrive kontraktgenstanden på anden måde, kan sådanne betegnelser dog anvendes, men det forudsættes, at der supplerende anføres »eller dermed ligestillet«.³⁹⁴

393. Jvf. tjenesteydelsesdirektivet artikel 15, stk. 1 og 3, litra b).

394. Jvf. direktiv 71/305, artikel 11, stk. 6. Se også direktiv 77/62, artikel 7, stk. 6, og direktiv 90/531 artikel 13, stk. 5 – der dog i stedet angiver formuleringen »eller lignende«.

KAPITEL 7

Mulighed for at begrænse tilbudsgivere

Selv om en kontrakt indgås efter EF-udbud, udelukker dette ikke, at ordregiveren diskriminerer ved udvælgelsen. Denne diskrimination kan komme til udtryk ved vurdering af budene,³⁹⁵ men den kan også ske ved, at ordregiver frasorterer bestemte bydere med henvisning til disses økonomiske forhold eller faglige kvalifikationer.

Det er naturligvis ikke i sig selv problematisk, at ordregiveren afviser et bud med henvisning til den bydendes økonomiske eller faglige kapacitet, da disse forhold kan have stor indflydelse på den bydendes reele mulighed for at opfylde sine kontraktlige forpligtelser. Men da sådanne hensyn omvendt kan bruges til indirekte at diskriminere, har EF i udbudsdirektiverne valgt at angive, hvornår sådanne hensyn kan gøres gældende.³⁹⁶ Reglerne indebærer ingen pligt for ordregiver til at gøre hensynene gældende, men alene en *mulighed* for at ordregiver kan afvise bud fra bestemte bydende med de i udbudsdirektiverne anførte grunde. Benytter ordregiver ikke denne mulighed, vil andre bydende derfor ikke kunne rejse indsigelser herimod på grundlag af udbudsdirektiverne.

Udbudsdirektiverne angiver ved siden af de særlige regler om kontrakttilde-
ling i princippet tre muligheder for at udelukke en bydende:

- 1) Hvis den bydende *ikke* er økonomisk eller faglig hæderlig eller er under konkurs, tvangsakkord eller lignende.³⁹⁷

395. Dette spørgsmål behandles mere indgående i kapitel 8.

396. Direktiv 71/305, artikel 23-28, direktiv 77/62, artikel 20-24, direktiv 90/531, artikel 24-26 og tjenesteydelsesdirektivet artikel 25-31.

397. Direktiv 71/305, artikel 23, direktiv 77/62, artikel 20, direktiv 90/531, artikel 25, stk. 2, og tjenesteydelsesdirektivet artikel 25.

7.1. Udtømmende angivelse af lovlige kriterier

- 2) Hvis der kræves særlige faglige/tekniske kvalifikationer eller kapacitet for at udføre opgaven, som den bydende ikke kan opfylde.³⁹⁸
- 3) Hvis der kræves en økonomisk eller finansiell evne, som den bydende ikke kan opfylde.³⁹⁹

Det må herudover antages, at hvis en ordregiver modtager et meget stort antal tilbud i forbindelse med en mindre ordre, må ordregiveren have en mulighed for på objektivt grundlag at begrænse antallet af ansøgere, hvis materiale indgående gennemgås med henvisning til proportionalitetsbetragtninger, idet der dog altid skal sikres reel konkurrence. Det er godt nok alene i direktiv 90/531, der er anført en sådan regel.⁴⁰⁰ Men såfremt en sådan grovsortering sker på et objektiv grundlag og forudsat, at sorteringen ikke indebærer, at de åbenbart lave tilbud falder ud, er der næppe grund til betænkeligheder.

7.1 Udtømmende angivelse af lovlige kriterier

Udbudsdirektivernes regler om begrænsning af de bydende er udformet således, at samtidig med, at ordregiver får *mulighed* for at varetage sine hensyn, sikrer reglerne den bydende mod vilkårlighed fra ordregiver, hvis den bydendes faglige kvalitet eller økonomiske og finansielle formåen anfægtes. Dette opnås ved, at udbudsdirektiverne udtømmende angiver de lovlige kriterier, ordregiver kan lægge vægt på ved bedømmelse af de bydendes forhold – uden dog udtømmende at angive det nærmere indhold i disse kriterier, hvilket fremgår af flere af Domstolens afgørelser.

En sag drejede sig om, at der efter offentligt udbud var antaget næstlaveste bud til udførelse af nogle anlægsopgaver i Holland.⁴⁰¹ Ordregiveren (en særlig kommission for udskiftning) havde bl.a. gjort gældende, at firmaet Gebroeders Beentjes BV, der fremsatte det laveste bud, ikke kunne komme i betragtning med henvisning til, at firmaet ikke kunne opfylde de faglige krav, som ordregiver stillede.

398. Direktiv 71/305, artikel 24 og 26, direktiv 77/62 artikel 21 og 23, direktiv 90/531, artikel 24, stk. 2 og 5, og tjenesteydelsesdirektivet artikel 26 og 28. Efter tjenesteydelsesdirektivet, artikel 29 vil myndighederne kunne kræve at tjenesteyderen opfylder nogle kvalitetsstandarder, men der skal i såfald henvises til en nærmere bestemt gruppe af europæiske standarder.

399. Direktiv 71/305, artikel 25, direktiv 77/62, artikel 22, direktiv 90/531, artikel 25, stk. 5, 2. pind, forudsætningsvis samt tjenesteydelsesdirektivet artikel 27.

400. Direktiv 90/531, artikel 25, stk. 3.

401. Beentjes-sagen, sag 31/87, EF-domssaml. 1988, p. 4635.

Kapitel 7. Mulighed for at begrænse tilbudsgivere

Beentjes anlagde herefter sag ved de hollandske domstole, og i forbindelse med den præjudicielle forelæggelse af sagen bemærkede Domstolen indledningsvis, at direktiv 71/305's system indebærer, at der sondres mellem henholdsvis efterprøvelse af de bydendes kvalifikationer (art. 25-28) og kriterier ved tildeling af kontrakt (art. 29).

Videre anførte Domstolen, at direktiv 71/305, artikel 25-28 udtømmende angiver, hvilke kriterier der må lægges vægt på (tekniske, økonomiske og finansielle garantier) – men ikke udtømmende angiver det nærmere indhold af disse kriterier.⁴⁰² F.eks. fandt Domstolen i denne sag, at et krav om »særlig erfaring« ligger inden for grænserne af det lovlige kriterium om »tekniske kvalifikationer«.⁴⁰³

Indholdet af kriterierne kan dog efter Domstolens afgørelse begrænses af 2 omstændigheder, nemlig: 1) Traktatens generelle diskriminationsforbud (art 7) og de særlige bestemmelser om fri bevægelighed af tjenesteydelser, fri etableringsret m.v.,⁴⁰⁴ og 2) Det i EF-tidende offentliggjorte udbudsmateriale, idet de kriterier der indgår ved vurdering af bud på grundlag af artikel 29, stk. 1's bestemmelse om »økonomisk mest fordelagtige tilbud« skal være anført – (hvilket ikke ansås opfyldt med kriteriet »det mest acceptable bud«). Domstolen bemærkede endvidere, at en særlig egnethedsbetingelse skal angives i det offentliggjorte udbudsmateriale.⁴⁰⁵

Det følger heraf, at udbudsdirektiverne ikke udelukker, at medlemsstaterne stiller særlige krav til faglig egnethed eller finansiell kapacitet og f.eks. heller ikke udelukker, at der tages hensyn til oplysning om samlede kontraktbeløb for igangværende arbejder, som det fremgik af en anden sag.⁴⁰⁶

7.2 Tilbudsgivernes bevismidler for faglig/økonomisk kapacitet

Ud over at udbudsdirektiverne angiver de lovlige kriterier, der kan lægges vægt på ved frasortering af de bydende, fastsætter direktiverne nærmere regler for de bevismidler, som de bydende kan anvende for at godtgøre, at de opfylder de i udbudsmaterialet anførte krav.

Kræver myndighederne f.eks., at en byder fremlægger bevis for det ovf. omtalte krav om hæderlighed og økonomisk handleevne, angiver direktivet en

402. Pkt. 17 i præmisserne.

403. Pkt. 24 i præmisserne.

404. Pkt. 20 og 30 i præmisserne.

405. Pkt. 34 og 35 i præmisserne.

406. Jvf. sag 27-29/86, EF-domssaml. 1987, p. 3347.

7.2. Tilbudsgivernes bevismidler for faglig/økonomisk kapacitet

række muligheder for, at byderen kan godtgøre dette i form af doms- eller myndighedsudskrifter – og hvis sådanne ikke udstedes i stedet en erklæring under ed for en kompetent retlig myndighed.

Den faglige og tekniske kapacitet kan dels kræves godtgjort ved, at f.eks. en dansk tilbudsgiver fremlægger bevis for optagelse på lister i enten Handelsregisteret, Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller Det Centrale Erhvervsregister (ved varekøb også Foreningsregistret)⁴⁰⁷ samtidigt med at der kan kræves en mere specifik dokumentation for faglig kyndighed i form af certifikater, tidligere udførte arbejder, oplysninger om det anvendte materiel, antallet af beskæftigede, kvalitetskontrol m.v.⁴⁰⁸ Endelig kan der som nævnt kræves dokumentation for tilbudsgiverens økonomiske og finansielle evne i form af erklæring fra bank eller fremlæggelse af virksomhedens balance eller omsætningstal.

For bygge- og anlægsarbejder er der i direktiv 71/305, artikel 28 indført et særligt listeprincip, hvorefter medlemsstaterne kan oprette særlige lister, der i et vist omfang erstatter dokumentationen efter artikel 23-26 i direktiv 71/305, idet optagelsen giver »de andre medlemsstats ordregivende myndigheder en formodning om, at den pågældende entreprenør er kvalificeret til de arbejder, som svarer til hans kvalificering«.⁴⁰⁹

Domstolen har i flere sager taget stilling til, hvordan disse dokumentationsregler og det særlige listeprincip i direktiv 71/305, artikel 28 skal fortolkes.

Den første sag var en præjudiciel forelæggelse i forbindelse med, at der efter offentligt udbud af et vejarbejde i Luxembourg blev antaget det næstlaveste bud. Firmaet Transporoute et Travaux (TRT) havde afgivet laveste bud, men dette blev ikke antaget bl.a. med henvisning til, at TRT ikke havde fået tilladelse til etablering.

TRT anlagde herefter sag ved en domstol i Luxembourg, idet firmaet fandt, at bl.a. denne begrundelse var i strid med direktiv 71/305. Under den efterfølgende præjudicielle forelæggelse bemærkede Domstolen, at formålet med udbudssystemet er at sikre fri udveksling af tjenesteydelser, og at direktiv 71/305, artikel 27 angiver, at myndighederne kun kan kræve de i artikel 23, 25 og 26 nævnte bevisligheder fra tilbudsgiver.⁴¹⁰ Da formålet ikke var at skaffe bevis for finansielle forhold – og da tilladelseskravet ikke kunne sidestilles med den i artikel 28 angivne liste i medlemsstaterne,⁴¹¹ blev tilladelseskravet

407. Jvf. direktiv 71/305, artikel 24, direktiv 77/62, artikel 21.

408. Direktiv 71/305, artikel 26, direktiv 77/62, artikel 23.

409. Direktiv 71/305, artikel 28, stk. 3.

410. Sag 76/81, EF-domssaml. 1982, p. 417, præmisserne pkt. 9.

411. Sag 76/81, præmisserne pkt. 12 og 13.

Kapitel 7. Mulighed for at begrænse tilbudsgivere

anset som i strid med direktivet og EØF-traktatens princip om fri bevægelighed for tjenesteydelser.

I de *forenede sager 27-29/86*⁴¹² tog Domstolen nærmere stilling til, hvilke finansielle og økonomiske forhold der kan lægges vægt på. Sagen drejede sig om nogle anlægsarbejder for de belgiske myndigheder, der var udbudt efter reglerne i direktiv 71/305. Et selskab, *Constructions et Entreprises Industrielles (CEI)*, havde givet lavere bud end det antagne, men fik afslag med henvisning til, at det samlede kontraktbeløb for igangværende arbejder overskred det maksimum, som var fastsat ved belgiske bestemmelser.⁴¹³ I forbindelse med samme udbud var et italiensk selskab endvidere blevet udelukket med henvisning til, at det ikke opfyldte den belgiske lovgivnings krav til egenkapitalens størrelse, og fordi selskabet ikke gennemsnitligt beskæftigede det mindste antal arbejdere og ledere, som var forudsat i den belgiske lovgivning.

Domstolen anførte som i tidligere afgørelser, at der med direktiv 71/305 ikke var sket en udtømmende harmonisering, idet den henviste til, at det i præamlens anden betragtning var angivet, at samordningen af udbudet »skal i videst muligt omfang respektere de fremgangsmåder og den praksis, som er gældende i hver af medlemsstaterne«, hvorfor medlemsstaterne har »bevaret retten til at udstede materielle bestemmelser og forskrifter om fremgangsmåder« ved offentlige anlægsarbejder.⁴¹⁴

Endvidere præciserede Domstolen, at artikel 25's angivelse af former for bevis for økonomisk og finansiell kapacitet ikke er *udtømmende*, og at oplysning om det samlede kontraktbeløb for igangværende anlægsarbejder kan være relevant. Da fastsættelsen af et maksimumbeløb for igangværende anlægsarbejder »hverken er udtrykkelig hjemlet eller forbudt«, og da en sådan grænse ikke fandtes at begrænse entreprenører i de forskellige landes adgang til offentlige arbejder, fandt Domstolen, at det ikke strider mod direktivets principper at fastsætte et maksimumsbeløb for igangværende arbejder.⁴¹⁵

Om direktiv 71/305, artikel 28's listeprincip bemærkede Domstolen, at det ikke er obligatorisk for medlemsstaterne, men indebærer, at disse lister kan bruges som alternativ til bevismidlerne i artikel 23 – 26. Domstolen bemærkede, at artikel 28 imidlertid alene indeholder bestemmelser om, hvilke beviser der kan inddrages, men »kriterierne for klassificering af entreprenører er derimod ikke harmoniseret«. Retsvirkningen af optagelse på listen i artikel 28 er, at selve oplysningerne ikke kan drages i tvivl, men medlemsstaterne har

412. EF-domssaml. 1987, p. 3347.

413. Sag 27/86.

414. Pkt. 15 i præmisserne.

415. Præmisserne pkt. 9 og 16.

7.3. Offentlighed om de anvendte kriterier

»ret til at fastsætte det niveau, der i henseende til økonomiske og finansielle kvalifikationer og teknisk kapacitet kræves for at deltage« i offentlige udbud.⁴¹⁶ På denne baggrund fandt Domstolen ikke, at de belgiske bestemmelser kunne anses for uforenelige med direktiv 71/305, artikel 23-28.

7.3 Offentlighed om de anvendte kriterier

Hvis en ordregivende myndighed vil benytte muligheden for at lægge vægt på de ovf. omtalte kriterier og stille særlige krav til dokumentation herfor, følger det af alle udbudsdirektiverne, at noget sådant skal fremgå af udbudsmaterialet. Dette er yderligere understreget af Domstolen i den ov. omtalte *sag 31/87*,⁴¹⁷ hvor Domstolen bemærkede, at netop offentlighedsprincippet er helt afgørende for, om et kriterium er lovlig – idet selve direktivet indeholder vide grænser for medlemstaternes skøn og lovlige kriterier ved udvælgelsen – hvilket forudsætter, at alle har viden herom.⁴¹⁸

416. Pkt. 26 i præmisserne.

417. EF-domssaml. 1988, p. 4635.

418. *Sag 31/87*, præmisserne pkt. 31.

KAPITEL 8

Lovlige kriterier ved kontraktindgåelsen

Efter at en af de i kapitel 5 nævnte udbudsprocedurer er gennemført, skal ordregiveren vælge mellem de indkomne tilbud.

Ligesom en ordregiver efter et udbud kan udøve nationalitetsdiskrimination eller tage ikke-økonomiske hensyn ved frasortering af de bydende,⁴¹⁹ kan noget tilsvarende ske ved det endelige valg mellem de forskellige bud.

Disse muligheder kan naturligvis helt afskæres ved en meget kategorisk regel om, at ordregiver altid skal antage det *laveste bud*. En sådan regel vil imidlertid langt fra altid virke hensigtsmæssigt, da dens anvendelse forudsætter, at der er tale om identiske ydelser, hvilket meget ofte ikke er tilfældet. Den vare eller det byggeri, som tilbydes af de forskellige bydere, vil nemlig ofte variere – og selve muligheden af, at der tilbydes alternative ydelser, andre kvaliteter, andre tidsterminer, vedligeholdelsessystemer m.v., er med til at sikre en stadig udvikling af produkter, byggeri og andre tjenesteydelser.

Udbudsdirektiverne har på denne baggrund valgt et system, hvorefter der på én gang udtømmende gøres op med, hvordan budene skal vurderes, men samtidigt efterlades ordregiver et ikke ubetydeligt spillerum.

8.1 Kun to lovlige kriterier ved valg mellem bud

Efter udbudsdirektiverne har ordregiveren to muligheder, når ordregiveren skal vælge mellem de indkomne tilbud: Enten tildeles kontrakten på grundlag af det *laveste bud* eller også på grundlag af det *økonomisk mest fordelagtige bud*.⁴²⁰

Domstolen har i en række afgørelser fastslået, at denne angivelse af lovlige kriterier er udtømmende.

419. Se nærmere kapitel 7.

420. Jvf. direktiv 71/305, artikel 29, stk. 1, direktiv 77/62, artikel 25, stk. 1, direktiv 90/531, artikel 27, stk. 1, og tjenesteydelsesdirektivet, artikel 32, stk. 1.

8.1. Kun to lovlige kriterier ved valg mellem bud

F.eks. havde Kommissionen anlagt en traktatbrudssag – *sag 274/83*⁴²¹ – mod Italien på baggrund af, at Italien efter korrekt at have opfyldt Domstolens afgørelse i *sag 10/76*⁴²² havde gennemført nogle særregler for offentlige arbejder, hvorefter kontrakten skulle tildeles den, hvis tilbud er lig med gennemsnittet, eller det bud der er nærmest, men lavere end gennemsnittet. Italien anførte, at dette i praksis svarede til det økonomisk mest fordelagtige, men Domstolen afviste dette anbringende, da der var tale om et kriterium, som ikke nævntes i artikel 29, stk. 1.⁴²³ De to kriterier må således antages *udtømmende* at angive lovlige kriterier, hvilket også er bekræftet af Domstolen i flere senere afgørelser.⁴²⁴

Det skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen i EF-tidende, om antagelse af bud sker på grundlag af laveste bud eller det økonomisk mest fordelagtige bud. Hvis der intet fremgår, er den deklaratoriske udfyldningsregel, at det er laveste bud, der skal antages, idet udbudsdirektiverne indeholder en bestemmelse om, at de momenter, der skal lægges vægt på ved økonomisk mest fordelagtige bud, skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen.⁴²⁵

8.1.1 Princippet om laveste bud

Hvis ordregiver vælger alene at antage laveste bud, kræves der i realiteten ikke nogen angivelse heraf i udbudsbekendtgørelsen, jvf. den ovf. omtalte udfyldningsregel. Udgangspunktet er derfor, at ordregiver i realiteten blot skal finde laveste bud og ikke foretage andre undersøgelser end de ovf. i kapitel 7 omtalte vedrørende bydernes faglige, tekniske, økonomiske og finansielle kapacitet – forudsat, at disse kriterier er angivet i udbudsmaterialet.

Udbudsdirektiverne indeholder dog en undtagelse fra denne hovedregel. Hvor der er tale om »unormalt lave bud«, har ordregiver nemlig mulighed for at kræve dokumentation fra den bydende for, at tilbudet praktisk kan gennemføres, og kan følgelig afvise et tilbud, hvis en sådan dokumentation er utilfredsstillende eller ikke fremlægges, men forudsat at både den afviste tilbudsgiver og Kommissionen modtager en begrundelse.⁴²⁶

421. EF-domssaml. 1985, p. 1077.

422. EF-domssaml. 1976, p. 1359.

423. Sag 274/83, pkt. 25 og 26 i præmisserne.

424. Se f.eks. sag 31/87, præmisserne pkt. 17, EF-domssaml. 1988, p. 4635.

425. Jvf. direktiv 71/305, artikel 29, stk. 2, direktiv 77/62, artikel 25, stk. 2, direktiv 90/531, artikel 27, stk. 2 og tjenesteydelsesdirektivet artikel 32, stk. 2.

426. Direktiv 71/305, artikel 29, stk. 5, direktiv 77/62, artikel 25, stk. 5, direktiv 90/531, artikel, og tjenesteydelsesdirektivet, artikel 33, stk. 1.

Kapitel 8. Lovlige kriterier ved kontraktindgåelsen

I forbindelse med flere præjudicielle forelæggelse om fortolkning af direktiv 71/305, artikel 29, stk. 5, har Domstolen haft lejlighed til at udtale sig nærmere om, denne bestemmelse.

*Sag 103/88*⁴²⁷ drejede sig om, at Milano kommune ved en større udbygning af et fodboldstation i forbindelse med verdensmesterskabet udbød anlægsopgaverne i licitation efter reglerne om begrænset udbud. Efter at budene var indkommet, foretog Milano kommune i henhold til den italienske licitationsbekendtgørelse en beregning af de indkomne bud i forhold til basisprisen og udelukkede de bud, der indeholdt nedslag, »der overstiger det gennemsnitlige nedslag efter de antagne bud med tillæg af en procentandel i licitationsbekendtgørelsen«.

På denne baggrund udelukkede Milano kommune firmaet Constanzos bud, der var det laveste, og antog i stedet det næstlaveste bud fra firmaet Lodigiani, hvorefter Constanzos anlagde sag med påstand om tilsidesættelse af kommunens afgørelse med henvisning til, at beslutningen var i strid med direktiv 71/305.

Domstolen fandt under den efterfølgende præjudicielle forelæggelse, at den italienske regel om en matematisk udelukkelse af unormalt lave bud var i strid med obligatoriske kontradiktoriske procedure efter artikel 29, stk. 5, idet den bemærkede, at »et matematisk kriterium for udelukkelse fratager (..) de bydende, der har afgivet særligt lave bud, muligheden for at bevise, at disse bud er holdbare«.⁴²⁸ Videre bemærkede Domstolen, at artikel 29, stk. 5, har »fastlagt en præcis og detaljeret procedure for gennemgangen af tilbud, der tilsyneladende er unormalt lave«, hvorfor medlemsstaterne ikke kan gennemføre direktivets bestemmelse med væsentlige ændringer«.⁴²⁹ Derimod fandt Domstolen ikke, at den italienske gennemførelse, der alene angav »unormalt lave bud«, ikke »åbenbart unormalt lave bud...«,⁴³⁰ var i strid med bestemmelsen i det gamle direktiv 71/305.⁴³¹

I *sag 295/89* bemærkede Domstolen tilsvarende, at reglen afskærer medlemsstaterne fra at bestemme, at der ex officio skal ske udelukkelse af visse bud, som opfylder et bestemt matematisk kriterium – hvorved den obligatoriske kontradiktoriske procedure kan fraviges. I samme sag tog Domstolen endvidere stilling til den tidligere bestemmelse, der kun gav adgang til at udelukke »åbenbart unormale bud«. Domstolen fandt, at også bud, der

427. EF-domssaml. 1989, p. 1839.

428. *Sag 103/88*, præmisserne pkt.18.

429. *Sag 103/88*, præmisserne pkt.20.

430. Formuleringen i det oprindelige direktiv 71/305 – ændret i 1989 til »unormalt lave bud«.

431. *Sag 103/88*, præmisserne pkt.27.

8.1. Kun to lovlige kriterier ved valg mellem bud

anses for unormalt lave (uden åbenbart) var omfattet, idet myndighederne har en vis skønsbeføjelse, som Domstolen ikke ville anfægte.⁴³²

De enkelte udbudsdirektiver indeholder dog enkelte regler, som yderligere giver mulighed for at fravige antagelse af laveste bud ved f.eks. statsstøtte, og hvis kontradiktionsproceduren ved unormalt lave bud medfører uacceptable forsinkelser.

De særlige forsyningsvirksomheder kan således undlade at antage bud på grund af statsstøtte, forudsat de har konsulteret tilbudsgiveren, og denne ikke har kunnet godtgøre, at støtten er godkendt efter EØFT artikel 93.⁴³³ Det samme gælder for kontrakter om tjenesteydelser⁴³⁴ og må uden egentlig hjemmel formentlig også antages at gælde ved såvel kontrakter om køb af varer som ved byge- og anlægsarbejder, da der næppe kan være noget dadelværdigt i at hindre dumping af priser og ulovlig statsstøtte.

I tjenesteydelsesdirektivet er tanken yderligere skærpet, idet det i præamblen anføres, at »bud afgivet af offentlige organer kan indebære risiko for konkurrencefordrejning, såfremt muligheden for statsfinansiering påvirker de pågældende bud (...)«. Herudover foreskriver tjenesteydelsesdirektivet, at ved bud fra en offentlig virksomhed eller myndighed skal den ordregivende myndighed navnlig forespørge, om tilbudet er påvirket af offentlige midler tildelt til:

- udlicning af driftstab eller kapitaltilførsel;
- fordelagtige lån eller kapitalindskud i virksomheden;
- indrømmelse af økonomiske fordele i form af afkald på overskud, normal forrentning af kapital eller undladelse af at inddrive fordringer;
- kompensation for finansielle byrder pålagt af det offentlige.⁴³⁵ Samme indhold er foreslået som en ny artikel 27, stk. 6, i direktiv 90/531.⁴³⁶

Ved entrepriser og tjenesteydelser har ordregiver endvidere mulighed for ved beregning af laveste bud at tage hensyn til påviste besparelser ved byggeprocessen eller til de anvendte tekniske løsninger eller andre usædvanligt gunstige betingelser, men hvis det betyder fravalg af lavere tilbud, skal Kommissionen underrettes.⁴³⁷ Som bestemmelsen er formuleret, forudsættes det ikke, at udbudsbekendtgørelsen angiver, at der tages disse hensyn – hvilket

432. Udtrykt dom af 18.6.1991.

433. Direktiv 90/531, artikel 27, stk. 5, tredje led.

434. Tjenesteydelsesdirektivet artikel 33, stk. 3.

435. Tjenesteydelsesdirektivet, artikel 33, stk. 2.

436. Se EFT.1991, C.337/1.

437. Jvf. direktiv 71/305, artikel 29, stk. 5, andet og tredje led samt tjenesteydelsesdirektivet, artikel 33, stk. 1, andet led.

Kapitel 8. Lovlige kriterier ved kontraktindgåelsen

ellers er hovedreglen. Det må dog antages, at denne undtagelse alene finder anvendelse i helt specielle tilfælde – f.eks. hvis tilbudet omfatter nogle åbenbart fordelagtigere betalingsbetingelser – idet undtagelsen ikke kan danne grundlag for en mere almindelig afvigelse fra det almindelige princip om at offentliggøre de kriterier, der lægges vægt på.

Endelig er der ved entrepriser en mulighed for at undlade kontradiktionsproceduren ved afvisning af unormalt lave bud, hvis denne procedure medfører en betydelig forsinkelse til skade for de offentlige interesser, der knytter sig til byggeriet – men kun frem til 31.12.1992, og kun såfremt det fremgår af udbudsbekendtgørelsen.⁴³⁸ Undtagelsen supplerer den almindelige undtagelse for uopsættelige forhold omtalt i bl.a. afsnit 5.3.3.2.2 – men kan næppe anvendes uden meget konkrete holdepunkter.

8.1.2 Økonomiske mest fordelagtige bud

Efter alle udbudsdirektiverne kan der i stedet for laveste bud vælges det økonomisk mest fordelagtige bud. Ved bedømmelse af, hvilket bud der er mest økonomisk fordelagtigt, kan der bl.a. tages hensyn til pris, leveringstid, driftsomkostninger, rentabilitet, teknisk værdi, kvalitet, service, teknisk bistand, æstetik, funktionalitet, reservedele og leveringsgarantier, for nu at nævne de lovlige hensyn, der udtrykkeligt er fremhævet i ét eller flere af udbudsdirektiverne.⁴³⁹

De ovennævnte hensyn er ikke udtømmende, hvilket meget klart kom til udtryk i *sag 31/87*.⁴⁴⁰ I denne sag bemærkede Domstolen således, at et krav om »særlig erfaring« ligger inden for grænserne af det lovlige kriterium om »tekniske kvalifikationer«,⁴⁴¹ samt at et økonomiske kriterie om »mest acceptable bud« kunne være inden for begrebet »økonomisk mest fordelagtige bud«, forudsat at bestemmelsen alene giver myndighederne hjemmel til ved skøn at anvende de i artikel 29, stk. 2, nævnte kriterier.⁴⁴² Men det må forudsættes, at et sådant kriterie er angivet udtrykkeligt i udbudsmaterialet, hvilket ikke var sket.⁴⁴³ Endvidere bemærkede Domstolen, at et generelt krav om beskæftigelse af langtidsledige ikke i sig selv er et ulovligt kriterium, men det forudsættes, at betingelsen er angivet i udbudsbekendtgørelsen, og at det

438. Direktiv 71/305, artikel 29, stk. 5, fjerde led.

439. Direktiv 71/305, artikel 29, stk. 1, direktiv 77/62, artikel 25, stk. 1, direktiv 90/531, artikel 27, stk. 1, litra a) og tjenesteydelsesdirektivet, artikel 32, stk. 1 litra a).

440. EF-domssaml. 1988, p. 4635.

441. *Sag 31/87*, præmisserne pkt.24.

442. *Sag 31/87*, præmisserne pkt.17.

443. *Sag 31/87*, præmisserne pkt.35.

8.1. Kun to lovlige kriterier ved valg mellem bud

ikke medfører nogen nationalitetsdiskrimination i strid med EØFT artikel 7 eller andre EØFT-bestemmelser.⁴⁴⁴

Konklusionen er derfor, at det nok er lovligt at bruge skønsmæssige angivelser – men disse skal for det første fremgå af udbudsbekendtgørelsen, (hvilket også udtrykkeligt fremgår af alle udbudsdirektiverne), og for det andet skal de skønsmæssige beføjelser anvendes inden for de anførte lovlige kriterier.

Der er dog god grund til at antage, at Domstolen vil være tilbageholdende med at gribe ind i skønnet og kun anfægte afgørelser, der hviler på åbenbart urigtige antagelser om faktiske forhold eller overskrider forbudet mod nationalitetsdiskrimination eller forbud mod magtfordrejning. Det er formentlig den forurettede, der skal bevise, at der har været tale om tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet eller om magtfordrejning, jvf. *sag 56/77*,⁴⁴⁵ der dog drejede sig om Kommissionens skønsebeføjelser ved tildeling af opgaver – men der er næppe grund til at ændre retstilstanden overfor andre ordregivende myndigheder.

8.1.3 To generelle undtagelser

Princippet om, at direktiverne kun indeholder to lovlige kriterier ved valg mellem de indkomne bud, kan dog fraviges i to tilfælde. For det første er der en generel undtagelse, hvorefter medlemsstater ved overdragelse af arbejder i stedet kan lægge vægt på bestemmelser, der er i kraft på tidspunktet for dette direktivs vedtagelse, og hvis formål er at indrømme visse bydende fortrinsstilling under forudsætning af, at de bestemmelser, der påberåbes er forenelige med traktaten⁴⁴⁶ – men det forudsætter, at Kommissionen underrettes.⁴⁴⁷ Bestemmelsen må formentlig alene ses som en kodificering af indholdet i EØFT artikel 100A, stk. 4, hvorefter en medlemsstat, selv om der er vedtaget fælles regler efter artikel 100A, stk. 1, kan »anvendelse nationale bestemmelser, som er begrundet i vigtige behov, hvortil der henvises i artikel 36, eller som vedrører beskyttelse af arbejdsmiljøet eller miljøet«, forudsat den giver Kommissionen meddelelse herom.

444. Sag 31/87, præmisserne pkt.30.

445. EF-domssaml. 1978, p. 2215.

446. Citat fra direktiv 71/305, artikel 29, stk. 3. Direktiv 77/62 artikel 25, stk. 4, og direktiv 90/531, artikel 28, stk. 1 – mens en tilsvarende bestemmelse ikke findes i tjenesteydelsesdirektivet. Da dette både vedtages efter bl.a. EØFT artikel 57 og artikel 100A, er det imidlertid nærliggende at antage, at det samme kan gøres gældende ved tjenesteydelser på grundlag af EØFT artikel 100A, stk. 4.

447. Jvf. direktiv 71/305, artikel 29, litra b) og direktiv 77/62, artikel 27, stk. 1.

Kapitel 8. Lovlige kriterier ved kontraktindgåelsen

Der har været en del debat om fortolkningen af artikel 100A, stk. 4, idet det fra bl.a. officiel dansk side er hævdet, at bestemmelsen giver medlemsstaterne adgang til at vedtage *nye regler*⁴⁴⁸ – mens det fra flere andre sider er fremhævet, at bestemmelsen kun giver hjemmel til at *opretholde* de regler, der gjaldt ved vedtagelsen af de fælles regler.⁴⁴⁹ Fra dansk side er det bl.a. anført, at Danmark havde fremlagt en erklæring om fortolkning af artikel 100A, stk. 4, i forbindelse med vedtagelsen af den Europæiske Fælles Akt (SEA) – men da erklæringen ikke er en integreret del af SEA og derfor ikke er undergivet Domstolens jurisdiktion, kan den næppe tillægges vægt.⁴⁵⁰

Efter bestemmelsen i udbudsdirektiverne vil en medlemsstat f.eks. kunne påberåbe sig arbejdsmiljøregler som betingelse for kontraktindgåelsen – men kun når der i forvejen i medlemsstaten var regler om, at sådanne hensyn skal være bestemmende for valg af kontraktspart, hvilket i praksis giver bestemmelsen et meget snævert anvendelsesområde.

For det andet er der frem til 31.12.1992 mulighed for, at medlemsstaterne ved valg af kontrahent kan anvende nationale bestemmelser, som »har til formål at begrænse regionale forskelle og fremme skabelsen af arbejdspladser i udviklingsmæssigt tilbagestående områder« – men forudsat at de pågældende bestemmelser er i overensstemmelse med EØF-Traktaten og EF's internationale forpligtelser – og forudsat Kommissionen underrettes.⁴⁵¹

Bestemmelsen kan således ikke påberåbes, hvis der ved kontraktindgåelsen er tale om statsstøtte omfattet af EØFT artikel 92, uden at denne er godkendt efter EØFT artikel 93, ligesom den ikke må medføre nogen begrænsning i den frie bevægelighed af varer, tjenesteydelser og erhvervsaktive personer. Endvidere vil bestemmelsen have et meget beskedent anvendelsesområde ved statslige varekøb omfattet af GATT-aftalen. Det fremgår endvidere af *sag 31/87*,⁴⁵² at også uden denne bestemmelse er det ikke ulovligt at tage beskæftigelsesmæssige hensyn, blot dette ikke får en karakter, der overtræder

448. Det officielle danske standpunkt – se herom f.eks. Claus Gulmann »The Single European Act – some remarks from a danish perspective«, Common market Law Review, 1987, p. 31.

449. Se f.eks. Ludvig Kråmer, »The single European Act and environmental protection: Reflections on several New provisions in Community Law«, Common Market Law Review, 1987, p. 659. I samme retning Peter Pagh: »Miljøgarantien i EF-retten«, TFR 1991, p. 627, og Peter Pagh, »EF-miljøret«, 1990, p. 80-83.

450. Nærmere om den manglende retlige betydning af, SEA erklæringerne, »The Legal Status of the declarations annexed to SEA« af Toth, Common Market Law Review, 1986, p. 803.

451. Direktiv 71/305, artikel 29, litra a), direktiv 77/62, artikel 26 og direktiv 90/531, artikel 28, stk. 2.

452. EF-domssaml. 1988, p. 4635.

EØFT. Forskellen mellem den specielle undtagelse og afgørelsen i *sag 31/87* er formentlig alene, at de generelt beskæftigelsesmæssige hensyn også omfatter andre arbejdsløse EF-borgere – mens specialbestemmelsen åbner mulighed for alene at hjælpe lokale beskæftigelsesproblemer.

8.2 Krav til sagsbehandling

Det er ovf. i kapitel 5 anført, hvorledes offentlighedsprincippet er en meget central del af EF's udbudsregler. Offentliggørelsen skaber opmærksomhed, og gennemsigtigheden er et vigtigt middel til at undgå omgåelse. Som Domstolen bemærkede i *sag 31/87*, medfører udbudsdirektivernes vide grænser for medlemsstaternes skøn, hvorfor netop offentliggørelsen af de kriterier, ordregiver vil lægge vægt på ved kontraktindgåelsen, er helt afgørende for, om et kriterium er lovligt.⁴⁵³

Princippet om offentlighed suppleres imidlertid af to andre principper for de ordregivende myndigheders sagsbehandling, der yderligere skal sikre mod forskelsbehandling og omgåelse, nemlig princippet om kontradiktion og om begrundelse af beslutningerne.

I forbindelse med den i kapitel 7 omtalte sag om antagelse af næstlaveste bud ved et vejarbejde i Luxembourg⁴⁵⁴ bemærkede Domstolen således, at det følger af direktiv 71/305, artikel 29, stk. 5, at en myndighed kan afvise unormalt lave bud – men da bestemmelsen forudsætter, at dette sker efter, at den bydende er opfordret til at fremlægge dokumentation kan budet kun afvises efter kontradiktion.⁴⁵⁵ Afvisning af unormalt lave bud uden kontradiktion medfører derfor ugyldighed af afvisningen, medmindre der kan påberåbes de særlige forhold i direktiv 71/305, artikel 29, stk. 5, fjerde led.

Efter at der er givet kontradiktion, kan der opstå tvivl hos ordregiveren om, hvad der videre skal gøres – og det vil i den forbindelse være nærliggende at overveje muligheden af en forespørgsel til det rådgivende udvalg til fremme af adgangen til deltagelse i offentlige aftaler.⁴⁵⁶ Denne tanke var inde i sagen om Milano kommunes fodboldstadion,⁴⁵⁷ idet den italienske regel om afvisning af unormalt lave bud forudsatte, at hvis et bud blev afvist på dette

453. EF-domssaml. 1988, p. 4635, præmisserne pkt. 31.

454. Sag 76/81, EF-domssaml. 1982, p. 417.

455. Præmisserne pkt. 17 og 18. Se fuldstændig på linie med denne afgørelse: sag 103/88, præmisserne pkt. 18 (EF-domssaml. 1989, p. 1839) og Domstolens afgørelse af 18.6.1991 i sag 295/89.

456. Nedsat ved Kommissionens afgørelse 87/305, EFT. 1987, L.152/32.

457. Sag 103/88, EF-domssaml. 1989, p. 1839.

Kapitel 8. Lovlige kriterier ved kontraktindgåelsen

grundlag, skulle ministeriet for offentlige arbejder underrettes, hvorefter ministeriet skulle høre det rådgivende udvalg vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter. Domstolen tog ikke i denne sag stilling til spørgsmålet, men det må fremhæves, at en sådan høring ikke på nogen måde er retligt bindende, men højest kan have en vis vejledende værdi.

Efter at ordregiveren har besluttet, hvilket bud der antages, skal ordregiveren udarbejde en begrundelse for beslutningen⁴⁵⁸ og ved entrepriser fremsende en begrundelse for afvisningen til de tilbudsgivere, der måtte anmode om det,⁴⁵⁹ ligesom der skal fremsendes en særskilt begrundelse til Kommissionen, hvis der ved udbud efter laveste bud ikke antages det laveste.⁴⁶⁰

Selv om der er tale om en privatretlig kontraktindgåelse, minder reglerne således på mange måder om de offentligretlige regler for myndigheders sagsbehandling. Det kan derfor overvejes, om den kontradiktoriske procedure og den lidt vekslende begrundelsespligt gør, at antagelsen af et bud ikke skal anses som en privatretlig disposition, men som en forvaltningsakt.

Såfremt dette er tilfældet, vil myndighederne på grundlag af den almindelige officialmaksime være forpligtet til at gennemgå unormalt lave bud og foretage nærmere undersøgelser – og i fald de undlader dette måske være forpligtet til at dække eventuelle tab. Dette vil dog føre til en helt uacceptabel retstilstand, hvor tilbudsgivere ikke blev bundet af tilbudet – hvorfor bestemmelsen alene må forstås som en adgang for medlemsstaterne til at udskyde bud efter undersøgelse, som sikrer de lavest bydende mod vilkårlig udskydning som bydende – men ikke sikrer tilbudsgiverne mod egne fejl. Det almindelige aftaleretlige princip om, at hvis løftemodtageren (ordregiveren) indser, der er tale om en fejl fra tilbudsgiveren,⁴⁶¹ kan dog muligvis gives et lidt bredere anvendelsesområde ved antagelse af bud efter udbudsdirektiverne.

458. Direktiv 71/305, artikel 5a, stk. 3, direktiv 90/531, artikel 33 og. Ved varekøb gælder denne pligt dog alene for beslutninger efter begrænset udbud eller udbud efter forhandling, jvf. direktiv 77/62, artikel 6, stk. 6.

459. Direktiv 71/305, artikel 5a, stk. 1. Ved behandling af direktivet om klageregler for overtrædelse af reglerne i direktiv 90/531, havde Parlamentet foreslået en tilsvarende adgang til begrundelse for afviste bydere, som gælder efter direktiv 71/305 – men dette forslag kom ikke med i ved den endelige vedtagelse af direktivet. Se EFT.1992, C.39/59 og direktiv 92/13, EFT.1992, L.76/14.

460. Direktiv 71/305, artikel 29, stk. 5, tredje led, direktiv 77/62, artikel 25, stk. 7, direktiv 90/531 bilag XV, jvf. artikel 18, tjenesteydelsesdirektivet, artikel 33, stk. 1.

461. Aftaleloven § 32, stk. 1.

8.3 Forskel mellem EF-reglerne og national ret

Hvis der er uoverensstemmelser mellem den nationale regel og udbuds-direktivet, fastslog Domstolen i *sag 103/88*,⁴⁶² at når et direktivs bestemmelser er tilstrækkeligt præcise og ubetinget som det er tilfældet med artikel 29, stk. 5, kan private støtte ret på direktivet over for medlemsstaterne, jvf. bl.a. Marshall-sagen.⁴⁶³ Heraf følger, »at de af disse bestemmelser følgende forpligtelser gælder for samtlige myndigheder i medlemsstaterne«, og »at samtlige forvaltninger herunder sådanne lokalforvaltninger som kommuner er forpligtet til at anvende disse bestemmelser«.⁴⁶⁴ Dette indebærer, at selv om de nationale udbudsregler skaber en ret for andre borgere/virksomheder til at få en ordre, de ikke skulle have efter udbudsdirektiverne, fortrænges denne ret af direktivernes regler, da forvaltningen altid skal administrere efter EF-retten. Dermed lider den tilbudsgiver, som efter de nationale regler havde fået arbejdet, et tab – som under helt særlige omstændigheder måske kan begrunde et erstatningskrav efter national ret.

Undlader den ordregivende myndighed modsat at tildele ordren til den tilbudsgiver, der efter EF's udbudsdirektiver er den berettigede, vil der dels være mulighed for, at den pågældende tilbudsgiver kan anvende de klageregler, der nærmere er omtalt i kapitel 9 – men det er også muligt, at den pågældende kan opnå økonomisk kompensation for det tab, han lider ved ikke at få ordren, jvf. Domstolens afgørelse i de forenede sager 6 og 9/90, hvor Domstolen fastslog, at den italienske stat skulle kompensere for det tab, en arbejdstager led ved, at Italien ikke havde gennemført direktiv 80/987 om beskyttelse af arbejdstagere i tilfælde af arbejdsgivers insolvens.⁴⁶⁵ Domstolen understregede i sagen, at adgangen til at rejse erstatningskrav over for en medlemsstat er særlig nødvendig, når den fulde virkning af EF-reglerne forudsætter vedtagelse af regler fra medlemsstaternes side.⁴⁶⁶ Der var i denne sag tale om en ikke umiddelbar anvendelig bestemmelse, idet direktivet overlod et betydeligt skøn til medlemsstaterne, men det forhold, at en række bestemmelser i udbudsdirektiverne er umiddelbart anvendelige, fører næppe til, at medlemsstaternes erstatningsansvar for overtrædelse af reglerne ikke kan gøres gældende.

462. EF-domssaml. 1988, p. 1839.

463. Sag 152/84, EF-domssaml. 1986, p. 723.

464. Sag 103/88, præmisserne pkt.30.

465. EFT.1980, L.283/23.

466. Se udtrykt dom af 19.11.1991.

KAPITEL 9

Retsvirkningen af udbudsdirektiverne

Det følger af EF-rettens system, at når EF har vedtaget udbudsdirektiverne, er medlemsstaterne forpligtet til at gennemføre indholdet af direktiverne som national ret inden for den frist, som er fastsat i de enkelte direktiver. I modsat fald kan der indledes en traktatsbrudsprocedure på foranledning af enten Kommissionen (EØFT artikel 169) eller andre medlemsstater (EØFT artikel 170).

Denne side af retsvirkningen lider imidlertid af den svaghed, at hvis en medlemsstat dømmes ved Domstolen efter EØFT artikel 169 eller 170, kan dette ikke isoleret »fjerne det retstab, som påføres virksomheder i andre medlemsstater, der vil være afskåret fra at deltage« i konkrete bud, som Domstolen anførte i en kendelse om foreløbige forholdsregler mod Italien.⁴⁶⁷

På denne baggrund må det antages, at Domstolen er indstillet på at gennemføre foreløbige forholdsregler uden alt for strenge krav til bevis for overtrædelse, når blot søgsmålet ikke forekommer ugrundet,⁴⁶⁸ men dog således, at Domstolen foretager en afvejning af virkningen af foreløbige forholdsregler for de involverede interesser.⁴⁶⁹

I praksis har Kommissionen imidlertid ikke mulighed for at kontrollere de titusinder af kontrakter, der er omfattet af udbudsdirektiverne, hvorfor dét, der praktisk påkalder sig størst opmærksomhed, er retsvirkningen af udbudsdirektiverne for kontrahenterne og faktiske eller potentielle tilbudsgivere.

467. Sag 194/88, EF-domssaml. 1988, p. 5647 – præmisserne pkt. 16. Og fuldstændig på linie hermed Domstolens kendelse af 31. januar 1992 i sag 272/91.

468. Jvf. specielt Domstolens kendelse af 31. januar 1992 i sag 272/91.

469. Jvf. sag 45/87 mod den irske vandforsyning, hvor Domstolen først havde iværksat foreløbige forholdsregler ved kendelse af 16.2.1987, men hvor Domstolen ved en efterfølgende kendelse af 13.3.1987 ophævede de foreløbige forholdsregler med henvisning til afvejningen af interesserne. Det har muligvis spillet en rolle, at Kommissionen ikke har kunnet dokumentere skadens omfang, ligesom det må antages, at muligheden for at de øvrige ordregivere ved erstatningssøgsmål i Irland vil kunne opnå dækning for tab, har påvirket Domstolens afgørelse. Se EF-domssaml. 1987, p. 783, og p. 1369.

9.1. Princippet om umiddelbar anvendelighed

I det følgende omtales først princippet om umiddelbar anvendelighed af direktiverne – afsnit 9.1. Efterfølgende omtales i afsnit 9.2 de nærmere klagereregler ved overtrædelser af udbudsdirektiverne, som er vedtaget med henholdsvis direktiv 89/665 om anvendelse af klageprocedurerne i forbindelse med offentlige indkøbs- samt bygge og anlægskontrakter.⁴⁷⁰ og direktiv 92/13 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.⁴⁷¹ samt den danske gennemførelse af reglerne. Afsnit 9.3 er et resumé af den ordregivende myndigheds retsstilling.

9.1 Princippet om umiddelbar anvendelighed

Efter Domstolens afgørelser i traktatbrudssøgsmålet om registreringsafgifter på biler⁴⁷² og i den præjudicielle forelæggelse fra Øste Landsret om de danske arbejdsmarkedsbidrag (AMBI-sagen)⁴⁷³ er det vel gået op for de fleste danskere, at EØF-Traktaten og EF's sekundære ret⁴⁷⁴ ikke har samme retsvirkning som de folkeretlige forpligtelser, Danmark har påtaget sig.

EF-reglerne *gælder* i Danmark (og de andre medlemsstater) og har *forrang* frem for dansk lov, som Domstolen fastslog i Costa-Enel-sagen.⁴⁷⁵ EF-reglerne er endvidere som udgangspunkt *umiddelbart anvendelige* for borgerne i tvister ved danske domstole, idet dette udsagn dog må modificeres på flere punkter, da der må sondres mellem forskellige Traktat-bestemmelser og mellem forskellige former for den sekundære ret, ligesom der i en række tilfælde må sondres mellem, om EF-reglerne berettiger eller forpligter borgerne.

9.1.1 EØF-Traktaten

Domstolen har i en række afgørelser fastslået, at en række traktatbestemmelser skaber umiddelbare rettigheder for borgerne, som de nationale domstole skal beskytte. Af betydning for de offentlige kontrakter kan specielt nævnes EØFT's diskriminationsforbud i artikel 7,⁴⁷⁶ princippet om varernes, arbejdskraftens og tjenesteydelseernes frie bevægelighed i henholdsvis EØFT artikel

470. EFT.1989, L.395/33.

471. EFT.1992, L.76/14.

472. Domstolens afgørelse af 11.12.1990 i sag 47/88 – der efterfølgende medførte regler om tilbagebetaling af ulovligt opkrævede afgifter.

473. Domstolens afgørelse af 31.3.1992 i sag 200/90.

474. Forordninger, direktiver, beslutninger, afgørelser og traktater med tredjeland(e).

475. Sag 6/64, EF-domssaml. 1954-64, p. 1329.

476. I Unionstraktaten artikel 6.

Kapitel 9. Retsvirkningen af udbudsdirektiverne

30-36, artikel 48, 52 og 59, forbudet mod told- og afgiftsdiskrimination i artikel 12 og artikel 95.

Det afgørende for, om en bestemmelse i EØFT er umiddelbart anvendelig, er, om bestemmelsen er *klar, ubetinget, uden forbehold og ikke forudsætter forudgående foranstaltninger*, hvilket indebærer, at f.eks. EØFT's bestemmelse om kapitalens frie bevægelighed (art 67) og EØFT artikel 92-94's bestemmelser om statsstøtte som udgangspunkt ikke er umiddelbart anvendelige, da bestemmelserne forudsætter yderligere tiltag. Det må dog anføres, at hvis der er givet støtte omfattet af EØFT artikel 92, uden at der er opnået godkendelse fra Kommissionen, vil en sådan statsstøtte kunne anfægtes ved de nationale domstole.⁴⁷⁷

Denne umiddelbare forpligtelse til at overholde EØFT's forbud mod nationalitetsdiskrimination og mod begrænsning af fri bevægelighed af varer, tjenesteydelser og arbejdskraft gælder ikke alene de statslige myndigheder og institutioner, men omfatter også kommuner,⁴⁷⁸ statsvirksomheder,⁴⁷⁹ kommunale selskaber⁴⁸⁰ samt eksklusive virksomheder⁴⁸¹ og i visse tilfælde er-

477. Se i øvrigt afsnit 2.2.

478. Jvf. sag 21/88, der var en præjudiciel forelæggelse om en lokal sundhedsforvaltnings EDB-indkøb, hvor Domstolen fandt EØFT artikel 30 overtrådt (EF-domssaml. 1990, p. 889). På linie hermed Domstolens afgørelse af 11.7.1991 i sag 351/88 om samme forvaltning.

479. Jvf. f.eks. sag 3/88, der godt nok var et traktatbrudssøgsmål i forbindelse med nogle italienske regler om, at kun virksomheder, som den italienske stat helt eller delvist ejede, kunne levere EDB-udstyr til staten. Italien blev dømt for overtrædelse af EØFT artikel 52 og 59, og der er gode grunde for at antage, at disse statsejede selskaber kunne have fået annulleret deres kontrakter ved søgsmål ved de italienske domstole (EF-domssaml. 1989, p. 4035).

480. Jvf. f.eks. sag 45/87 om en irsk kommunes drikkevandsforsyning, hvor Domstolen fandt EØFT artikel 30 overtrådt (EF-domssaml. 1988, p. 4929).

481. Jvf. bl.a. Domstolens afgørelse af 10. december 1991 i sag 179/90, hvor et italiensk havneselskabs krav om, at de ansatte skulle have italiensk statsborgerskab, blev anset som en overtrædelse af EØFT artikel 7 og 48, idet Domstolen understregede, at selv inden for rammen af EØFT artikel 90 har bestemmelserne i artikel 30, artikel 48 og 86 direkte virkning og er umiddelbar anvendelig for borgerne. Se også Domstolens afgørelse af 13. december 1991 i sag 18/88, der var en præjudiciel forelæggelse om det belgiske telefonsselskabs ret til at godkende telefoner, hvor Domstolen konkluderede, at både EØFT artikel 30 og »EØFT artikel 3, litra f, artikel 90 og artikel 86 er til hinder for, at en medlemsstat giver et selskab, som driver det offentlige telefonnet, beføjelser til at fastsætte forskrifter for telefoner og til at kontrollere om de erhvervsdrivende overholder foreskrifterne, når selskabet selv er i konkurrence med de pågældende erhvervsdrivende på markedet for telefoner«.

9.1. Princippet om umiddelbar anvendelighed

hvervsorganisationer.⁴⁸² I det omfang de eksklusive selskaber er tillagt offentligretlige beføjelser, skal disse beføjelser overholde EF's konkurrenceregler.⁴⁸³

9.1.2 Den sekundære ret

EØFT artikel 189 angiver, at *forordninger* er umiddelbart anvendelige, mens det anføres, at en *beslutning* er bindende i alle enkeltheder for den, den rettes til, og at et *direktiv* er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for de medlemsstater, det rettes til, »men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler«. Det følger heraf, at *forordninger* umiddelbart skaber pligter og rettigheder for borgerne, der ikke kræver yderligere nationale gennemførelsesforanstaltninger, idet en strafsanktionering af en overtrædelse af en forordning dog forudsætter, at der er hjemmel i national lov til at straffe for det pågældende gerningsindhold.

9.1.2.1 Beslutninger

Det fremgår ligeledes af EØFT artikel 189, at *beslutninger* i et vist omfang både berettiger og forpligter borgerne efter deres indhold. Dette indebærer, at beslutning 87/95 om gennemførelse af standarder inden for informations-teknologi og telekommunikation⁴⁸⁴ forpligter alle de ordregivere som er

482. Jvf. f.eks. de forenede sager 266 og 267/87, der drejede sig om den engelske erhvervsorganisation inden for apotekersektoren, Pharmaceutical Society of Great Britain, der på grundlag af engelsk lov havde beføjelser til at fastsætte etiske regler for udøvelse af apotekerfaget og bl.a. havde bestemt, at apoteker kun måtte udlevere den på recepten anførte medicin, hvilket gav problemer i forhold til parallelimporterede produkter. Ordningen blev accepteret af Domstolen med henvisning til EØFT artikel 36, men inden fastslog Domstolen, at ordningen var i strid med EØFT artikel 30 (EF-domssaml. 1989, p. 1295).

483. Jvf. f.eks. sag 41/83 mod British Telecommunication (BT), hvor Domstolen bemærkede, at BT som et offentligt foretagende er en økonomisk enhed, der udfører erhvervsmæssig virksomhed, hvorfor der er tale om virksomhed i EØFT artikel 86's forstand«, samt at hensynet til den Internationale Telekommunikationskonvention ikke kan »gå så vidt som til at krænke traktatens konkurrenceregler« (præmisserne pkt. 48) – EF-domssaml. 1985, p. 873.

484. EFT.1987, L.36/31.

Kapitel 9. Retsvirkningen af udbudsdirektiverne

nævnt – også private eksklusive virksomheder – uanset bestemmelser i de enkelte medlemstater.⁴⁸⁵

Såfremt en af de ordregivende myndigheder, som beslutningen omfatter, indgår en kontrakt om køb af udstyr, der efterfølgende forhindrer anvendelse af europæiske standarder, vil en konkurrent derfor kunne få annulleret kontrakten. Dette gælder også, selv om der er tale om *private* forsyningsvirksomheder inden for telekommunikation, transport, vand- eller energiforsyning, idet beslutningen også er rettet til disse virksomheder.

Derimod retter beslutning 87/95 sig ikke til leverandører af kommunikations- og teleudstyr, hvorfor den leverandør, der lider et tab på grund af annullation af kontrakten, typisk vil have krav på dækning af positiv opfyldelsesinteresse, medmindre det godtgøres, at leverandøren var i ond tro – idet der ikke er grund til at udstrække retsvirkningen af beslutninger fra EF's institutioner til andre end dem, de er rettet til.

9.1.2.2 Hvornår er direktiver umiddelbart anvendelige

Retsvirkningen af *direktiver* er lidt anderledes, idet direktiverne retter sig til medlemsstaterne. Domstolen har imidlertid fastslået, at når en bestemmelse i et direktiv er *klar, præcis og ubetinget*, vil borgerne kunne støtte ret på direktivets bestemmelse over for medlemsstaternes myndigheder, når fristen for gennemførelse af direktivet er udløbet.⁴⁸⁶ Dette gælder også, selv om der er tale om en ordensforskrift, som ikke i sig selv tilsigter at skabe rettigheder, men indirekte kan få betydning for borgernes forpligtelser.⁴⁸⁷ Det er dog en betingelse, at det er muligt at identificere de individuelle rettigheder, som borgerne kan støtte på et direktiv.⁴⁸⁸ Selv hvor en bestemmelse i et direktiv overlader medlemsstaterne et vist skøn, vil borgere, der lider et åbenbart tab på grund af den manglende gennemførelse af direktivet, kunne kræve erstatning for tabet hos medlemsstaten.⁴⁸⁹

485. Jvf. også R.N.O'Connor, »EF-regler om anvendelse af standarder for informationsteknologi ved offentlige indkøb«, 1990, der anfører, at »de anførte rettigheder til at anfægte brug af undtagelserne og begrundelser for at gøre indsigelser er ikke de eneste. De gør det blot lettere men det forhindrer ikke, at hvem som helst kan rejse invendinger over for en hvilken som helst overtrædelse af Rådsbeslutningen« (p. 19, samt p. 2).

486. Jvf. f.eks. Ratti-sagen, sag 148/78, EF-domssaml. 1979, p. 1629.

487. Jvf. Domstolens afgørelse af 31. marts 1992 i AMBI-sagen, sag 200/90 – præmisserne pkt. 17.

488. Jvf. Becher-sagen, 8/81, EF-domssaml. 1982, p. 53.

489. Jvf. Domstolens afgørelse af 19. november 1991 i sagerne 6 og 9/90.

9.1. Princippet om umiddelbar anvendelighed

Dette resultat er egentlig ikke overraskende, da medlemsstaterne er adressat for direktivet, og der ikke er grund til, at en medlemsstat skal kunne støtte ret på en overtrædelse af EF-retten.

9.1.2.3 Hvem forpligtes umiddelbart af direktiver

Det kan derimod måske overraske, at Domstolen har udstrakt denne vertikale umiddelbare virkning af direktiver til at omfatte mere end de egentlige statsmyndigheder.

Det fremgår således af Domstolens praksis, at når betingelserne om klarhed og fristudløb er opfyldt for en direktiv-bestemmelse, vil EF-reglen kunne fortrænge en modstridende national bestemmelse, der forpligter henholdsvis kommuner,⁴⁹⁰ kommunale sammenslutninger og selskaber,⁴⁹¹ statsvirksomheder,⁴⁹² samt halvoffentlige myndigheder.⁴⁹³ Det må på denne baggrund antages, at f.eks. også de almenyttige boligselskaber i Danmark vil være umiddelbart forpligtet af udbudsdirektiverne.

Den umiddelbare forpligtelse af direktiver gælder formentlig også eksklusive virksomheder, da Domstolen har anerkendt, at en koncessionsaftale kan ophæves ved foreløbige forholdsregler efter sagsanlæg fra Kommissionen.⁴⁹⁴ Domstolens kendelser om foreløbige foranstaltninger overfor et koncessioneret selskab indebærer dog ikke i sig selv éntydigt, at udbudsdirektiverne er umiddelbart forpligtende for de eksklusive selskaber – da der ikke herved er

490. Jvf. f.eks. sag 103/88, der var en præjudiciel forelæggelse angående Milano kommunes bygning af foldboldanlæg, og hvor Domstolen præciserede, at direktiv 71/305 forpligtelser gælder umiddelbart »for samtlige myndigheder i medlemsstaterne« (pkt. 30) – EF-domssaml. 1989, p. 1839. Helt på linie hermed Domstolens afgørelse ved en anden præjudiciel forelæggelse om Milano kommunes bygning af et affaldsanlæg til genindvinding i sag 199/85, EF-domssaml. 1987, p. 1039.

491. Jvf. sag 194/88, hvor nogle italienske kommuner i fællesskab havde etableret et selskab til varetagelse af affaldsbehandling – vedrørte direktiv 71/305 (EF-domssaml. 1988, p. 5647).

492. Jvf. Marshall-sagen, sag 152/84, hvor Domstolen bemærkede, at såfremt de retsundergivne i forhold til staten kan støtte ret på et direktiv (vedrørte direktiv 76/207 om ligebehandling af mænd og kvinder), består denne mulighed, uanset om staten har handlet som arbejdsgiver eller myndighed (præmisserne pkt. 49) – EF-domssaml. 1986, p. 723. Se også sag 3/88, der drejede sig om, at Italien forbeholdt statslige indkøb af EDB-udstyr til virksomheder som staten helt eller delvist ejede, hvor direktiv 77/62 overtrådt – EF-domssaml. 1989, p. 4035.

493. Jvf. sag 31/87, hvor en lokal udskiftningskommissionen i Holland blev anset for umiddelbart forpligtet af direktiv 71/305 – EF-domssaml. 1988, p. 4635.

494. Jvf. Domstolens kendelse af 31.1.1992 i sag 272/91, der som midlertidig foranstaltning ophævede en koncession på et system til automatisering af lottespillet med henvisning til at direktiv 77/62 og artikel 30, 52 og 59 var overtrådt.

Kapitel 9. Retsvirkningen af udbudsdirektiverne

taget stilling til evt. erstatningskrav i forbindelse med ophævelsen af koncessionen. På grundlag af Domstolens afgørelse af 10. december 1991 i *sag 179/90* (havneselskab) og afgørelsen af 13. december 1991 i *sag 18/88* (telefonsselskab) samt princippet i EØFT artikel 90 finder jeg dog, der er gode grunde til, at de bestemmelser i udbudsdirektiverne, der opfylder kravet om klarhed, er umiddelbart forpligtende for de koncessionerede selskaber.

Dette resultat underbygges af, at flere nyere afgørelser ved Domstolen peger på, at det formentlig er forkert helt kategorisk at udelukke, at private borgere og virksomheder kan forpligtes af direktiver.⁴⁹⁵ For det første fremgår det af *sag 80/86*,⁴⁹⁶ at både myndigheder og domstole skal fortolke de nationale regler på grundlag af EF-reglerne, hvilket indebærer, at nationale regler inden for fortolknings- og formodningsreglen rammer skal »strækkes« til at være overensstemmende med EF-retten.

I fortsættelse heraf har Domstolen i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse⁴⁹⁷ fastslået, at selv om direktiver ikke umiddelbart forpligter borgerne, påhviler det forvaltningsmyndigheder og domstolene at anvende de gældende nationale retsregler på en sådan måde, at målet med det ikke gennemførte direktiv i videst muligt omfang tilgodeses.

Selve sagen drejede sig om, hvorvidt en selskabsstiftelse etableret af private kunne erklæres ulovlig, idet EF's 1. selskabsdirektiv 68/151 i art. 11 angiver en udtømmende begrænsning af ugyldighedsgrundene. Uanset den manglende gennemførelse af direktivet i spansk ret på tidspunktet for tvistens opståen konkluderede Domstolen, at »En national domstol, der behandler en sag, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 68/151 (...) skal fortolke de nationale retsforskrifter i lyset af direktivets ordlyd og formål; et aktieselskab kan således ikke erklæres ugyldigt stiftet på grund af et andet forhold end de i direktivets artikel 11 nævnte« (min fremhævelse).

Erik Werlauff har på baggrund af denne dom påpeget, at der ved bedømmelse af, om et direktiv umiddelbart forpligter borgerne, bør sondres mellem forskellige slags begrænsninger af rettigheder for private borgere og virksomheder. På den ene side er der direktivbestemmelser, der afskærer private fra at gennemtvinge en ret. På den anden side er der direktivbestemmelser, der pålægger private en yderligere forpligtelse.^{498 499}

495. Som anført af Claus Gulmann og Hagel Sørensen, »EF-ret«, 1988, p. 140.

496. EF-domssaml. 1987, p. 3989.

497. Sag 106/89, EF-domssaml. 1990, I, p. 4135.

498. Se UfR.1991.B.164 – og tidligere indlæg af Per Walsøe i UfR.1991.B.17.

499. Se også i samme retning, men mindre kategorisk Domstolens præsident, Ole Due's indlæg i Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet, 1991-92, p. 407 (411ff).

9.1. Princippet om umiddelbar anvendelighed

E. Werlauff's sondring, der bygger på en del af Domstolens præmisser i sagen⁵⁰⁰, indebærer, at også private borgere forpligtes umiddelbart af direktiver (*horisontal virkning*), idet de private hindres i at *opnå en ret*, de ellers *kun* kunne få gennemtvunget ved domstolenes mellemkomst, f.eks. opfyldelse af en kontrakt efter dens indhold – mens private ikke kan pålægges en *udvidet forpligtelse*, f.eks. i form af et objektivt erstatningsansvar⁵⁰¹ eller en særlig handlepligt⁵⁰², da en sådan udvidelse må forudsætte hjemmel i lov.

Overfor denne meget vidtgående fortolkning må dog fremhæves, at Domstolen i præmisserne pkt. 9 anfører, »at kravet om fortolkning af national ret i overensstemmelse med artikel 11 i direktiv 68/151 *udelukker en fortolkning af nationale lovbestemmelser* (...), der medfører, at et aktieselskab kan erklæres ugyldigt af andre grunde end de i direktivets artikel 11 opregnede« (min fremhævelse). Disse bemærkninger peger nemlig på, at Domstolen foretager en konkret bedømmelse af, hvorvidt fortolkning af en national lovbestemmelse kan gøres forenelig med direktivet. Hvis dette er muligt skal direktivet's bestemmelser respekteres.

Direktivernes horisontale virkning er derfor næppe så udstrakt, som E. Werlauff anfører. Men Domstolens bemærkninger indebærer, at det er Domstolen, der afgør rækkevidden af fortolknings- og formodningsreglen overfor direktiver – og ikke de nationale domstole, hvilket nok indirekte øger den horisontale virkning af direktiver.

Antagelsen om en videregående umiddelbar anvendelighed for borgerne af direktivbestemmelser bekræftes yderligere af Domstolens afgørelse af 19. november 1991 i *sag 6/90* og *sag 9/90*, hvor Domstolen endvidere er gået et skridt videre med hensyn til direktivers umiddelbare anvendelighed. Der var tale om en præjudiciel forelæggelse i forbindelse med, at en arbejdstager i Italien havde lidt et økonomisk tab, der ikke ville være opstået, hvis Italien korrekt havde gennemført direktiv 80/987 om beskyttelse af arbejdstagere mod arbejdsgiveres insolvens.⁵⁰³

500. Sag 106/89, præmisserne pkt. 6, 7 og 8.

501. Jvf. f.eks. produktansvarsdirektivet 85/374 (EFT.1985, L.210/29), der skulle være gennemført i dansk ret senest den 25.7.1988 – men som først blev gennemført i dansk ret i juni 1989 med Lov nr. 371, 1989.

502. Jvf. VVM-direktiv 85/337 om vurdering af større projekters indvirkning på miljøet (EFT.1985, L.175/40), der skulle være gennemført den 27.6.1988, men som Danmark først gennemførte for landterritoriets vedkommende i april 1989, jvf. Lov nr. 216, 1989. Reglerne er nu overført til Planloven, nr. 388, 1991. For sø-territoriet er VVM-direktivet gennemført ved bkg. nr. 379, 1988 – men specielt § 4 i bkg. er næppe forenelig med VVM-direktivet, da den giver mulighed for at myndighederne kan unddrage sig oplysningsforpligtelsen.

503. Se også Peter Gjørtlers kommentar i »Lov og Ret, 1992, nr. 1, p. 27.

Kapitel 9. Retsvirkningen af udbudsdirektiverne

Domstolen fandt på denne baggrund, at den italienske stat måtte erstatte arbejdstageren for det tab, han havde lidt på grund af den manglende gennemførelse af direktiv 80/987. Domstolen understregede, at et sådant indirekte erstatningsansvar for medlemsstaterne forudsætter tre betingelser: 1) at direktivet tillægger private rettigheder. 2) at indholdet af rettighederne kan fastlægges på grundlag af direktivet – hvilket ikke udelukkes, fordi medlemsstaterne er overladt et vist skøn. 3) at der er årsagsforbindelse mellem tilsidesættelsen af statens forpligtelse til at gennemføre et direktiv og det tab, der er tilføjet den private.

Hertil kommer, at Domstolen i **sag 188/89** (EF-domssaml. 1990 I, p. 3348) om den direkte anvendelighed af direktiv 76/207 om ligebehandling af mænd og kvinder fastslog, »at et organ – som uanset sin retlige organisationsform – ved en af staten udstedt retsakt har fået til opgave at yde offentlig servicevirksomhed under statens tilsyn, og som med henblik herpå **har fået særlige beføjelser ud over dem, der følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne**, i hvert fald hører til de organer, over for hvilke« borgerne kan støtte direkte ret på et direktivs bestemmelser (præmisserne pkt. 20). Det må på denne baggrund konkluderes, at også eksklusive virksomheder forpligtes umiddelbart af udbudsdirektiverne – uanset modstående nationale regler.

Uanset udbudsdirektivernes begrænsede horisontale virkning følger det af EF's statsstøtteregele, at det privat firma, der har indgået en kontrakt i strid med udbudsreglerne, ikke har et EF-retligt beskyttet krav på positiv opfyldelsesinteresse i tilfælde af kontraktbrud. Spørgsmålet er derfor om kontrahenten har mulighed for på grundlag af national ret at kræve positiv opfyldelsesinteresse, eller om EF-retten udelukker et sådant krav.

Hvor en kontrakt afbrydes på grund af en dom om foreløbige forholdsregler ved Domstolen eller på grund af annulation, og hvor den første kontrahent er i ond tro om den ordregivende myndigheds overtrædelse af udbudsreglerne, er der næppe efter dansk ret nogen grund til at give dækning for negativ kontraktsinteresse eller positiv opfyldelsesinteresse efter reglerne om erstatning i kontrakt. Men hvor kontrahenten er i god tro, kan en sådan udelukkelse af erstatning nok i enkelte situationer være problematisk.

Det vil formentlig være nødvendigt at sondre mellem forskellige tilfælde. Er kravet om forudgående offentliggørelse tilsidesat, vil det uanset kontrahentens gode tro være nærliggende at udelukke positiv opfyldelsesinteresse. Men hvis der samtidig opstår en berigelse af den ordregivende myndighed efter suspension af den første kontrakt på grund af lavere priser efter udbudsproceduren, vil det være nærliggende at antage, at den ordregivende myndighed skal dække

9.1. Princippet om umiddelbar anvendelighed

kontrahentens negativ kontraktsinteresse, men næppe positiv opfyldelsesinteresse.

Derimod er resultatet mere tvivlsomt, hvor overtrædelsen af udbuds-direktiverne skyldes de tekniske specifikationer eller manglende angivelse i udbudsbekendtgørelsen af de kriterier, der lægges vægt på hos tilbudsgiver eller i tilbudet, hvis det samtidigt må lægges til grund, at den første kontrahent er i god tro. Det vil nemlig i disse tilfælde være nærliggende at lade den ordregivende myndighed bære den fulde byrde for fejlen, således at den første kontrahent stilles, som om kontrakten var opfyldt (positiv opfyldelsesinteresse). Dette resultat må fastholdes, uanset om der efterfølgende sker en berigelse af den ordregivende myndighed.

Når bortses fra disse situationer, hvor det i alle tilfælde forudsættes, at den første kontrahent er i god tro, vil der imidlertid være god mening i at afskære fra erstatning, da det vil være nærliggende at drage en analogi til reglerne i EØFT artikel 92-94 om statsstøtte, der som påvist i afsnit 2.2.5.3 kan medføre tilbagebetalingspligt af modtaget støtte.⁵⁰⁴

Det må til gengæld udelukkes, at direktiver, der ikke er gennemført i national ret, skaber rettigheder for staten over for borgerne, hvorfor staten f.eks. ikke kan straffe personer eller virksomheder for overtrædelse af ikke gennemførte direktiver.⁵⁰⁵ Tværtimod gælder der ved strafferetlig forfølgning af borgere for overtrædelser af EF-bestemmelser (der har stigende betydning inden for specialstrafferetten) i realiteten et krav om dobbelthjemmel. Det strafbare forhold skal nemlig både anses for omfattet af gerningsindholdet i det pågældende direktiv og samtidig være udtrykkeligt strafsanktioneret efter national lov, før der kan idømmes straf. I forhold til overtrædelse af udbuds-direktiverne, der efter den danske gennemførelse er strafbar,⁵⁰⁶ har dobbelthjemmelskravet betydning for alle tilfælde, hvor straffen idømmes privatpersoner eller private selskaber, men næppe for myndighedernes bødeansvar.

9.1.2.4 Udbudsdirektiverne er umiddelbart anvendelige

Domstolen har i en række afgørelser fastslået, at bestemmelser i udbuds-direktiverne er umiddelbart anvendelige. I *sag 31/87* fastslog Domstolen således, at bestemmelserne om, at der ved efterprøvelse af tilbudsgivernes egnethed alene skal tages hensyn til økonomisk, finansiel og teknisk kapacitet,

504. Det er således ikke rigtigt, når R.M. O'Connor i Finansministeriets vejledning om udbudsdirektiverne anfører, at »et rådsdirektiv gælder ikke umiddelbart for de ordregivende offentlige myndigheder«. Se :«EF-regler om anvendelse af standarder for informationsteknologi ved offentlige indkøb», 1990, p. 2.

505. Jvf. Kolpinghuis-sagen 80/86, EF-domssaml. 1987, p. 3989.

506. Lov nr. 366, 1990 § 3, bkg. nr. 595, 1990 § 3 samt bkg. nr. 810, 1991 § 10.

Kapitel 9. Retsvirkningen af udbudsdirektiverne

er umiddelbart anvendelig – ligesom domstolen fastslog reglerne om offentliggørelse og om, at tildeling af kontrakt enten skal ske på grundlag af laveste pris eller en række kriterier for bedømmelse af økonomisk mest fordelagtige bud, som skal være offentliggjort i udbudsmaterialer alle var umiddelbare anvendelig.⁵⁰⁷

Samme synspunkt har Domstolen fremhævet i en række andre sager. I *sag 103/88* præciserede Domstolen, at bestemmelsen om, hvornår unormalt lave bud kan afvises, er umiddelbart anvendelig,⁵⁰⁸ og af *sagerne 27-29/86* fremgår, at selv om medlemsstaterne kan fastlægge det nærmere indhold af kravet til økonomisk og teknisk kapacitet, er bestemmelserne herom umiddelbart anvendelige,⁵⁰⁹ ligesom Domstolen har fastslået, at kontradiktionskravet er umiddelbart anvendeligt.⁵¹⁰

Tilsvarende må det antages, at også bestemmelserne om, hvornår udbudsproceduren kan fraviges,⁵¹¹ hvem der er ordregivende myndigheder⁵¹² og kravene om brug af standarder alle er umiddelbart anvendelige, da bestemmelserne alle må anses for tilstrækkeligt præcise.

Det er vigtigt at være opmærksom på, at konkurrenter ved siden af har mulighed for at klage til Kommissionen over overtrædelser af udbudsdirektiverne. Men hvis sagen helt overlades til Kommissionen, er der naturligvis risiko for, at Kommissionen i forbindelse med sagsanlæg om foreløbige forholdsregler efter EØFT art. 186 begår fejl ved f.eks. ikke at begrunde, hvorfor den i EØFT art. 169 anvendte procedure ikke kan anvendes. En sådan fejl var bl.a. medvirkende årsag til, at Domstolen i marts 1992 måtte afvise at realitetsbehandle et sagsanlæg fra Kommissionen om en italiensk overtrædelse af indkøbsdirektivet 77/62.⁵¹³

9.2 Særlige klageregler ved overtrædelse af udbudsdirektiverne

Det er indlysende, at Kommissionen ikke har nogen praktisk mulighed for i almindelighed at føre tilsyn med, om udbudsdirektiverne overholdes. Kun når

507. EF-domssaml. 1988, p. 4635, præmisserne pkt. 43.

508. EF-domssaml. 1989, p. 1839, præmisserne pkt. 30.

509. EF-domssaml. 1987, p. 3347.

510. Sag 76/81, EF-domssaml. 1982, p. 417.

511. Jvf. sag 274/83, EF-domssaml. 1985, p. 1077, sag 199/85, EF-domssaml. 1987, p. 1039, sag 194/88, EF-domssaml. 1988, p. 5647 og sag 21/88, EF-domssaml. 1990, p. 889.

512. Jvf. sag 31/87, EF-domssaml. 1988, p. 4635, præmisserne pkt. 12.

513. Se Domstolens afgørelse af 31. marts 1992 i sag 362/90.

9.2. Særlige klageretler ved overtrædelse af udbudsdirektiverne

der opstår særlig presseomtale, eller Kommissionen modtager klager, f.eks. fordi meget store ordrer står på spil, vil der være en chance for, at Kommissionen rejser sager om overtrædelse.

Den primære håndhævelse af udbudsdirektiverne beror derfor på, om konkurrerende virksomheder kan anlægge sag ved de nationale domstole. Det er i afsnit 9.1 omtalt, at en sådan mulighed består – uanset nationale regler. Princippet om umiddelbar anvendelighed af udbudsdirektiverne er imidlertid i mange tilfælde ikke nok til at hindre overtrædelser, da de helt afgørende momenter i disse sager ofte er, om der kan gennemføres *foreløbige foranstaltninger* i form af f.eks. fagedforbud, da *sagsbehandlingstiden* under en retlig tvist ofte vil begrænse den reale betydning af en dom, idet forskelle i erstatningsregler i medlemsstaterne ikke altid muliggør kompensation for den tabte ordre.

Domstolen har godt nok fastslået, at f.eks. ulovligt opkrævede afgifter efter EF-retten medfører tilbagebetalingspligt for myndighederne, der dog ikke må medføre nogen berigelse hos skadelidte. Det nærmere indhold af tilbagebetalingspligten beror på de nationale bestemmelser, der dog ikke må gøre gennemførelsen tilbagebetalingen umulig.⁵¹⁴

For at imødegå de problemer, de forskellige proces- og erstatningsregler i medlemsstaterne medfører for den faktiske håndhævelse og virkning af udbudsdirektiverne, har Rådet vedtaget direktiv 89/665 om anvendelse af klageprocedurerne i forbindelse med offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter⁵¹⁵ og direktiv 92/13 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.⁵¹⁶

Begge direktiverne fastsætter nogle procesuelle mindstegarantier for en klageprocedure for, hvilke retlige skridt der skal kunne gennemføres ved de nationale domstole. Herudover indeholder begge direktiver bestemmelser om, at der skal kunne tilkendes skadelidte personer skadeserstatning,⁵¹⁷ hvilket formentlig må opfattes som et objektivt erstatningsansvar for de ordregivende myndigheder, da direktivet må forstås således, at betingelsen alene er, at der er en skadelidt. Dette suppleres i direktiv 92/13 med en slags bodserstatning for de i direktiv 90/531 omfattede forsyningsvirksomheder.

I det følgende omtales først, hvilke retsmidler medlemsstaterne som et minimum skal sikre (9.2.1). I afsnit 9.2.2 omtales, hvad der kan klages over,

514. Jvf. sag 199/82, EF-domssaml. 1983, p. 3595.

515. EFT.1989, L.395/33.

516. EFT.1992, L.76/14.

517. Direktiv 89/665, artikel 2, stk. 1 litra c) og direktiv 92/13, artikel 2, stk. 1, litra c).

Kapitel 9. Retsvirkningen af udbudsdirektiverne

mens afsnit 9.2.3 gennemgår, hvem der kan klages over og afsnit 9.2.4 de klageberettigede. Hvilke organer der behandler klagesagerne omtales i afsnit 9.2.5, mens afsnit 9.2.6 gennemgår Kommissionens særlige påtalebeføjelser.

9.2.1 Hvilke nationale retsmidler i klageproceduren

Efter direktiv 89/665 skal der i alle medlemsstaterne være mindst tre retsmidler, nemlig 1) midlertidige foranstaltninger, 2) annullation og 3) erstatning.⁵¹⁸

9.2.1.1 Midlertidige foranstaltninger og annullation

De *midlertidige foranstaltninger* indebærer, at hvis enten udbudsdirektiverne eller andre EF-regler overtrædes ved indgåelse af en offentlig kontrakt, skal der være mulighed for både at afbryde en offentlig kontraktprocedure og for at stille gennemførelsen af den offentlige beslutning om kontrakten i bero. Ved afgørelse herom kan der lægges vægt på de interesser, der vil skades som følge af sådanne foranstaltninger, hvorfor midlertidige foranstaltninger ikke nødvendigvis iværksættes alene fordi udbudsdirektiverne er overtrådt, men kan forudsætte en samlet afvejning af de mange modstående hensyn.⁵¹⁹ Hvis der skal gælde sådanne brede afvejningsregler, forudsætter det dog, at medlemsstaterne har vedtaget regler herom – idet direktiv 89/665 ikke i sig selv giver hjemmel for en sådan afvejning.

Der skal endvidere være mulighed for helt eller delvist at *annullere* ulovlige beslutninger ved at ophæve eller ændre i udbudsmaterialet.⁵²⁰ For de særlige forsyningsvirksomheder er der mulighed for at erstatte midlertidige foranstaltninger og helt eller delvis annullation af *særlige hastesager*, der gennemføres for »at træffe andre foranstaltninger, der har til formål at bringe den konstaterede overtrædelse til ophør« bl.a. for at forhindre, at der opstår erstatningskrav.⁵²¹

Uanset den hastende karakter af sager om midlertidige foranstaltninger eller annullation er det op til de enkelte medlemsstater at fastsætte, om klagen skal have opsættende virkning.⁵²² I tilfælde af at en kontrakt helt eller delvist annulleres, eller der gennemføres midlertidige foranstaltninger, fremgår det udtrykkeligt, at retsvirkningen i forholdet mellem den ordregivende myndighed og den oprindelige kontraktspart afgøres efter national ret.⁵²³

518. Jvf. direktiv 89/665, artikel 2, stk. 1.

519. Direktiv 89/665, artikel 2, stk. 4 og direktiv 92/13, artikel 2, stk. 4.

520. Direktiv 89/665, artikel 2, stk. 1, litra b).

521. Jvf. direktiv 92/13, artikel 2, stk. 1, litra c).

522. Direktiv 89/665, artikel 2, stk. 3 og direktiv 92/13, artikel 2, stk. 3.

523. Direktiv 89/665, artikel 2, stk. 6 og direktiv 92/13, artikel 6, første led.

9.2. Særlige klageregler ved overtrædelse af udbudsdirektiverne

9.2.1.2 Erstatning

Efter både direktiv 89/665 og direktiv 92/13 skal der være mulighed for at »tilkende skadelidte personer skadeserstatning«. Bestemmelsen må forstås således, at når betingelsen om skadelidt er opfyldt, skal der betales erstatning – altså et objektivt ansvar, hvorefter skadelidte ikke skal dokumentere, at overtrædelsen af udbudsreglerne kan tilregnes de ordregivende som uagtsomt. Der kan dog af medlemsstaterne fastsættes regler om, at erstatning forudsætter forudgående annullation.⁵²⁴

Direktiv 89/665 indeholder ikke nærmere bestemmelser om, hvornår en person kan anses for skadelidt – bortset fra et krav om kausalitet mellem overtrædelse og skade,⁵²⁵ hvorimod direktiv 92/13 angiver, at den, der faktisk bruger tid og arbejdskraft på udarbejdelse af tilbud med henblik på leverance af varer til eller udførelse af bygge og anlægsopgaver for de i direktiv 90/531 omfattede virksomheder, altid vil have krav på erstatning, når de »kan bevise, at der er sket overtrædelse af EF-retten vedrørende tilbuds-givning eller de nationale regler til gennemførelse af denne ret, samt at han ville have en reel mulighed for at få tildelt ordren, men at denne mulighed blev forspildt på grund af overtrædelsen«. ⁵²⁶ Selv om bestemmelsen tilsyneladende forudsætter en ganske betydelig bevisbyrde for skadelidte, må den dog sammenholdes med den 11. indledende betragtning i præamblen til direktiv 92/13, der lyder:

»Når en person fremsætter krav om skadeserstatning for så vidt angår omkostninger i forbindelse med udarbejdelse af et tilbud eller med deltagelse i en udbudsprocedure, er vedkommende *ikke forpligtet til*, med henblik på at få disse omkostninger godtgjort, *at bevise, at han vil have fået tildelt ordren*, hvis overtrædelsen ikke var blevet begået (min fremhævelse)«.

Det må på denne baggrund antages, at der kan gennemføres et meget betydeligt antal erstatningssager, når de særlige forsyningsvirksomheder overtræder udbudsreglerne – mens der ikke er grund til at antage, at skadelidte i direktiv 89/665 skal fortolkes i overensstemmelse med indholdet af direktiv 92/13, artikel 2, stk. 7, da der ikke er en tilsvarende formulering i præamblen til direktiv 89/665.

Når det gælder de særlige forsyningsvirksomheder omfattet af direktiv 90/531, er der en supplerende regel om erstatningens størrelse, idet det forudsættes, at erstatningen »skal være stor nok til at afholde ordregiveren fra

524. Direktiv 89/665, artikel 2, stk. 1 litra c) og artikel 2, stk. 5.

525. Direktiv 89/665, artikel 2, stk. 6, sidste led.

526. Direktiv 92/13, artikel 2, stk. 7.

Kapitel 9. Retsvirkningen af udbudsdirektiverne

at begå en overtrædelse eller fortsætte med en overtrædelse». ⁵²⁷ Derved åbnes der i realiteten op for den i amerikansk ret anerkendte bodserstatning (penal damage), idet erstatningens størrelse ikke blot skal tage hensyn til tab – men i realiteten også til dens generalpræventive virkning.

En tilbudsgiver, der kan dokumentere, at han havde en »reel mulighed« for at få tildelt ordren, vil i tilfælde af meget små avancer have mulighed for mere end en kompensation for tabet, idet det dog formentlig må forudsættes, at avancen ikke er sat urealistisk lavt.

Uanset den meget vide søgsmålsadgang, der også er efter direktiv 92/13, kan medlemsstaterne dog begrænse muligheden for at opnå erstatning til dem, der faktisk har lidt et tab, ⁵²⁸ hvilket indebærer, at der er mulighed for, at medlemsstaterne afskærer erstatningssøgsmål fra potentielle bydere, som ikke kan konkurrere med den antagne kontrakt.

Ved den danske gennemførelse af direktiv 89/665 er der ikke fastlagt nærmere bestemmelser om de ordregivende myndigheders erstatningsansvar, da det nyoprettede Klagenevæn for udbud ikke er tillagt beføjelse til at afgøre erstatningssøgsmål. ⁵²⁹ Selv om et ubetinget erstatningsansvar formentlig alligevel kan gennemføres over for de offentlige ordregivende myndigheder på grundlag af princippet om direktivers umiddelbare anvendelighed, havde det dog lovgivningsteknisk været hensigtsmæssigt, at der ved gennemførelsen var vedtaget regler herom.

9.2.1.3 Forligsprocedure

For de i direktiv 90/531 omfattede særlige forsyningsvirksomheder suppleres ovenstående retsmidler af, at der »for enhver, der har eller har haft interesse i at få en kontrakt kan anvende en særlig forligsprocedure, hvorefter de forurettede kan rette henvendelse til Kommissionen – i Danmark gennem henholdsvis Boligministeriet (anlægskontrakter) eller Industri- og Handelsstyrelsen (indkøbsaftaler). Kommissionen udpeger derefter en forligsmand, der suppleres af en af hver part udpeget forligsmand. ⁵³⁰

Forligsproceduren kan bringes til ophør af rekvirenten, men den kan herudover bringes til ophør, hvis der efter forligsprocedures iværksættelse anlægges sag af en anden interesseret i samme sag – og denne ikke ønsker at medvirke. ⁵³¹ Afgørelse om forligsprocedures ophør træffes af et flertal af

527. Direktiv 92/13, artikel 2, stk. 5.

528. Direktiv 92/13, artikel 2, stk. 6, andet led.

529. Lov nr. 344, 1991, § 5, stk. 2.

530. Direktiv 92/13, artikel 9 og 10.

531. Direktiv 92/13, artikel 10, stk. 6 og artikel 11, stk. 1.

9.2. Særlige klageregler ved overtrædelse af udbudsdirektiverne

de tre forligsmænd. Forligsproceduren har logisk ikke retsvirkning for tredjemand, men har endvidere den svaghed, at de foranstaltninger, forligsproceduren medfører, ikke afskærer rekvirerenten fra de øvrige rettigheder, der tilkommer pågældende efter direktiv 90/531 og direktiv 92/13.⁵³²

9.2.2 Hvad kan der klages over

Direktiv 89/665 vedrører både klager over overtrædelse af direktiverne 71/305 og 77/62, men også andre klager om overtrædelse af EF-retten i forbindelse med indgåelse af de pågældende kontrakter.⁵³³

Det vil derfor være nærliggende at antage, at også de forpligtelser, der følger af EF's tiltrædelse af GATT-aftalen om statslige indkøb, er omfattet af klageproceduren, specielt da en afgørende del af GATT-aftalen i EF direkte er gennemført ved ændringen af direktiv 77/62.⁵³⁴ I bemærkningerne til den danske gennemførelse af klageproceduren anføres imidlertid i bemærkningerne til Lov nr. 344, 1991, § 1, at GATT-aftalen ikke påvirkes af nævnets kompetence. Da GATT-aftalen må anses som integreret i EF-regler om offentlige udbud af varekøb, er denne del af gennemførelsen i dansk ret formentlig urigtig.

Ved læsning af den danske gennemførelse af klage reglerne i Lov nr. 344, 1991, § 2 er en længere opremsning af klageårsager. Der er imidlertid ikke tale om nogen udtømmende opremsning, hvilket sprogligt er angivet med udtrykket »især«, samt en henvisning til Fællesskabsretten i § 1, der kom ind efter bemærkninger fra Kommissionen.⁵³⁵

Som omtalt ovf. forudsætter direktiv 89/665 ikke, at retsvirkningen for den anfægtede kontrakt mellem den ordregivende myndighed og den oprindelige kontraktspart afgøres af klagenævnet, hvilket heller ikke er tilfældet i Danmark, idet disse retsvirkninger afgøres af de almindelige domstole.

9.2.3 Hvem kan der klages over

Efter direktiv 89/665 kan der klages over alle ordregivende myndigheder omfattet af definitionen i direktiv 71/305 og direktiv 77/62.⁵³⁶ Med hensyn til afgrænsningen af begrebet henvises til afsnit 4.1.2 og 4.2.2.

532. Direktiv 92/13, artikel 11, stk. 2.

533. Denne præcisering kom først med efter Kommissionens anmodning i den danske gennemførelse af direktiv 89/665 ved Lov nr. 344, 1991 om Klagenævn for udbud, § 1. Tilsvarende gælder for de i direktiv 90/531 omfattede virksomheder, jvf. direktiv 92/13, artikel 1, stk. 1.

534. Se direktiv 88/295, EFT.1988, L.127/1.

535. Se tillægsbetænkning af 2. maj 1991 til lovforslag L. 86.

536. Direktiv 89/665, artikel 1, stk. 1.

Kapitel 9. Retsvirkningen af udbudsdirektiverne

Den danske gennemførelse af klager reglerne er ikke ganske i overensstemmelse med denne regel, idet loven angiver, at der »især« kan behandles klager over ordregivere, som har undladt at pålægge personer eller virksomheder der har modtaget et offentligt tilskud på 50% at følge fremgangsmåderne« i udbudsdirektiverne.⁵³⁷ Og efter lovens § 3 er ordregivere alene »statslige, amtskommunale og kommunale myndigheder, offentligretlige organer og offentligretlige juridiske personer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller offentligretlige organer og offentligretlige juridiske personer samt koncessionshavere«. I bemærkningerne til lovforslaget suppleres kredsen med tilskudsgivere.⁵³⁸

Dermed angiver den danske lov modsætningsvis, at der ikke kan klages over de virksomheder, der har modtaget 50% statsstøtte og undladt at følge udbudsdirektiverne, men alene over de myndigheder, der ikke har pålagt virksomhederne at handle i overensstemmelse med udbudsdirektiverne, hvorved disse tilskudsmodtagende virksomheder ikke er umiddelbare pligts subjekter for klager reglerne.

Dette er imidlertid ikke i overensstemmelse med direktiv 71/305, der udtrykkeligt forudsætter, at også de virksomheder, der modtager mere end 50% tilskud, er umiddelbare pligts subjekter.⁵³⁹

9.2.4 Hvem kan anlægge klagesager

Udgangspunktet for afgrænsning af, hvem der har søgsmålskompetence ved overtrædelse af EF-regler, er i almindelighed de nationale regler – det vil i Danmark sige, dem der kan anses for »parter«, hvilket bl.a. beror op om de har en tilstrækkelig »retlig interesse«. Det nærmere indhold af disse begreber fastlægges af de nationale domstole og vil kunne variere fra land til land.

Ved udbudsdirektiverne gælder dette imidlertid ikke ubetinget, idet direktiv 89/665 artikel 1, stk. 3, angiver, at medlemsstaterne som et minimum skal sikre klageadgang »for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig indkøbs-, bygge- eller anlægs kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse«.⁵⁴⁰

Dette indebærer, at ikke kun faktiske bydere ved et udbud, men også potentielle bydere som et minimum har klageadgang, når blot de dokumenterer, at tilsidesættelse af udbudsdirektiverne eller andre fællesskabsbestemmelser hindrer eller begrænser deres mulighed for at byde. Medlemsstater-

537. Lov nr. 344, 1991, § 2, stk. 1, litra 5).

538. Lovforslag nr. 86, 2.FT-saml. 1990/91, til § 3.

539. Se direktiv 71/305, artikel 1, litra b), tredje pind, samt omtalen ovf. i afsnit 4.1.2.

540. Fuldstændig på linie hermed direktiv 92/13, artikel 1, stk. 3.

9.2. Særlige klageregler ved overtrædelse af udbudsdirektiverne

ne kan dog kræve, at klageadgangen er betinget af, at den pågældende har underrettet den ordregivende myndighed, inden klagen indgives, ligesom der ved erstatningssøgsmål gælder nogle særlige begrænsninger, jvf. ovf. under afsnit 9.2.1.2.

Ved den danske gennemførelse af reglerne er der sket en udvidet klageadgang, idet loven om klagenævn,⁵⁴¹ giver industriministeren bemyndigelse til at give udvalgte interesseorganisationer klageadgang. Ved bkg. nr. 912, 1991 om Klagenævnet for udbud er denne bemyndigelse udnyttet til bl.a. at give LO, Dansk Arbejdsgiverforening, Entreprenørforeningen, Håndværksrådet, Boligministeriet og de kommunale tilsynsmyndigheder klageret.

Med hensyn til de kommunale tilsynsmyndigheders klageadgang forekommer kompetencen noget uforståelig – idet en kommunal overtrædelse af udbudsreglerne vel normalt ikke skal imødegås af tilsynsmyndighederne ved at indbringe sagen for klagenævnet, men enten ved tvangsbøder (inden kontraktens underskrivelse) eller annullation (efter kontraktens underskrivelse, men inden arbejdet igangsættes) eller evt. med en henstilling.⁵⁴²

9.2.5 Hvilke organer skal behandle klagesagerne

Direktiv 89/665 og direktiv 92/13 indeholder særlige regler om, hvilke organer der skal behandle klagesagerne. Normalt vil klager over overtrædelse af udbudsdirektiverne skulle behandles ved de almindelige domstole, men efter de to direktiver *kan* beføjelsen til at behandle klagesagerne tillægges »særlige instanser«, der ikke nødvendigvis har karakter af retsinstanser.⁵⁴³

Direktiverne forudsætter imidlertid, at der skal være mulighed for, at klager under alle omstændigheder behandles af en »ret« i EØFT artikel 177's forstand, idet dette er forudsætningen for, at evt. fortolkningsproblemer i udbudsdirektiverne kan forelægges Domstolen.

Såfremt medlemsstaterne vælger en klagebehandling af administrative myndigheder, skal disse myndigheders afgørelser derfor kunne ankes til en »uafhængig instans«, der modsvarer kravene til »ret« i EØFT artikel 177, hvor medlemmerne af »retten« ansættes af de samme myndigheder og efter de samme regler, som gælder for dommere, ligesom det forudsættes, at afgørelserne har fuld retskraft og træffes efter en kontradiktorisk procedure.⁵⁴⁴

541. Lov nr. 344, 1991, § 4, stk. 1, nr. 2).

542. Se f.eks. Bent Christensen, »Forvaltningsret, opgaver, hjemmel, organisation«, der angiver, at opremsningen i Kommunestyrelsesloven af tilsynsmyndighederne styringsmidler ikke er udtømmende – p. 374.

543. Direktiv 89/665, artikel 2, stk. 2 og stk. 8 og direktiv 92/13, artikel 2, stk. 2 og 9.

544. Direktiv 89/665, artikel 2, stk. 8, andet led og direktiv 92/13, artikel 2, stk. 9, andet led.

Kapitel 9. Retsvirkningen af udbudsdirektiverne

I Danmark har Folketinget valgt at nedsætte et særligt klagenævn til behandling af disse overtrædelser, hvis afgørelser kan indbringes for domstolene senest 8 uger efter at klageren har modtaget underretning.⁵⁴⁵ Uanset, at der kan argumenteres for at klagenævn som den Sociale Ankestyrelse⁵⁴⁶ og Miljøklagenævnet⁵⁴⁷ er »ret« i EØFT artikel 177's forstand, jvf. Domstolens afgørelse i sag 246/80⁵⁴⁸ – er det efter indholdet af direktiv 89/665 sikkert, at Klagenævnet for udbud ikke opfylder kravene til en uafhængig instans, bl.a. fordi medlemmerne af nævnet udpeges efter helt andre regler end dem, der gælder for dommere.

I betragtning af de betydelige international privatretlige komplikationer, der kan opstå ved overtrædelse af udbudsdirektiverne, hvor de stridende parter ofte kan have forskellige relationer til en række medlemsstater, må det antages, at direktiv 89/665 og direktiv 92/13 som en lex specialis udtømmende angiver, at såvel værneting som lovgrundlag skal være den medlemsstat, hvor den ordregivende myndighed har sit hjemsted – men kun i de tilfælde, hvor tvisten ikke er mellem kontrahenter. Drejer det sig om en tvist mellem den ordregivende myndighed og den oprindelige kontrahent i en anden medlemsstat, vil lovgrundlag og værneting kunne være fastsat i aftalen, og såfremt dette ikke er tilfældet, vil forholdet være omfattet af domskonventionen.

9.2.6 Kommissionens påtalebeføjelser

Efter EØFT artikel 169 har Kommissionen under alle omstændigheder muligheder for at påtale overtrædelser af udbudsdirektiverne. Ved direktiv 89/665 og direktiv 92/13 er der imidlertid indført en særlig procedure.

Herefter kan Kommissionen meddele både medlemsstat og den pågældende ordregiver, at den finder, der foreligger en overtrædelse, hvorefter medlemsstaten er forpligtet til inden for 21 dage at begrunde, hvorfor forholdet ikke er bragt i orden, medmindre medlemsstaten enten bekræfter, at overtrædelsen er ophørt, eller oplyser om, at en klagesag er indledt.⁵⁴⁹ Dette forudsætter imidlertid, at der foreligger en »klar og åbenbar overtrædelse af fællesskabsbestemmelser vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter«.⁵⁵⁰

545. Lov nr.344, 1991 om klagenævn for udbud, § 6, stk. 2.

546. Se Gulmann og Hagel Sørensen: »EF-Ret«, 1988, p. 229.

547. Se Peter Pagh: »EF-miljøret«, 1990, p. 27.

548. EF-domssamling 1981, p. 2311.

549. Direktiv 89/665, artikel 3, stk. 2-5, og Direktiv 92/13, artikel 8, stk. 2-5. Efter direktiv 92/13, artikel 8, stk. 3 er fristen vedrørende de særlige forsyningsvirksomheder dog forlænget til 30 dage.

550. Direktiv 89/665, artikel 3, stk. 1.

9.3. Resumé af de ordregivende myndigheders retsstilling

Bestemmelsen må primært anses at have den virkning, at Kommissionen undgår overflødige sagsanlæg ved Domstolen.

9.3 Resumé af de ordregivende myndigheders retsstilling

Nedenstående er ikke en supplerende analyse af retsvirkningen af EF's regler om udbud af offentlige kontrakter, men har alene karakter af en kort opsummering af indholdet i afsnit 9.1. og 9.2 med udgangspunkt i den ordregivende myndighed.

Som det er fremgået af gennemgangen i afsnit 9.1, er der næppe tvivl om, at alle de ordregivere, som er omfattet af udbudsreglerne, direkte og umiddelbart forpligtes af både de relevante traktatbestemmelser og af beslutning 87/95 om kommunikationsudstyr m.v., da fristen for gennemførelsen af beslutningen er udløbet.

Det forhold, at direktivet om udbud af tjenesteydelser og direktiv 90/531 om de særlige forsyningsvirksomheders offentlige udbud ikke er trådt i kraft, indebærer formentlig ikke, at ordregiver helt kan bortse fra direktiverne ved udbudsproceduren. Det følger nemlig formentlig af loyalitetsprincippet i EØFT artikel 5, at ordregiver næppe kan underskrive kontrakter uden om udbudsproceduren efter direktivernes ikrafttræden. Ligeledes indebærer loyalitetsprincippet formentlig, at indgåelse af et meget stort antal kontrakter kort før udbudsreglernes ikrafttræden må anses som omgåelse i strid med EØFT artikel 5, hvilket formentlig skaber en så stærk formodning for nationalitetsdiskrimination, at bevisbyrden vendes om.

Når det gælder udbudsdirektiverne, er det sikkert, at det store flertal af ordregivere er forpligtet umiddelbart, men hvor der er tale om helt private virksomheder, består dog en vis usikkerhed om den direkte forpligtelse, idet dog de seneste afgørelser fra domstolen peger i retning af en umiddelbar forpligtelse.⁵⁵¹

Virkningen af denne forpligtelse er, at ordregiver ved overtrædelse af udbudsreglerne dels har risiko for sagsanlæg fra Kommissionen med begæring om foreløbige forholdsregler efter EØFT artikel 186 og dels har risiko for, at de betydelige muligheder for klager ved de nationale instanser iværksættes.

Den sidste mulighed indebærer dels, at en kontraktindgåelse kan standses eller en kontrakt kan annulleres, hvorved store forberedelsesomkostninger går helt eller delvist tabt.

551. Se afsnit 9.1.2.2.

Kapitel 9. Retsvirkningen af udbudsdirektiverne

Samtidigt er der en betydelig risiko for, at ordregiveren herefter skal betale erstatning til de tilbudsgivere, som ikke fik ordren i første omgang, idet disse mindst vil kunne få dækket afholdte omkostninger til projektudarbejdelse m.v. (negativ kontraktsinteresse). Der er intet i vejen for, at alle tilbudsgiverne kan opnå erstatning, med store tab til følge for ordregiver, der over for disse hæfter på objektivet grundlag. Såfremt der kun er et eller få erstatningssøgsmål, er der mulighed for, at ordregiver i stedet ifalder en egentlig pønalt erstatning.

Dermed er det imidlertid ikke sikkert, at der er lukket af for ordregiverens erstatningsbetalinger, idet det indbyrdes forhold mellem ordregiveren og den første kontraktspart afgøres efter national ret, der i Danmark som udgangspunkt medfører krav på positiv opfyldelsesinteresse til den første kontrahent i tilfælde af annullation eller foreløbige forholdsregler mod kontrakten, forudsat kontrahenten var i god tro. Dette udgangspunkt modificeres dog på grund af udbudsdirektivernes umiddelbare anvendelighed, idet der formentlig ikke skal betales positiv opfyldelsesinteresse, hvis ordregiveren har undladt offentliggørelse, men kun negativ kontraktsinteresse. På grundlag af det ovf. i afsnit 9.1.2.2 anførte skal der måske yderligere ske en begrænsning af kontrahenten ret til negativ kontraktsinteresse til de tilfælde, hvor ordregiver opnår en berigelse.

Efterskrift

Som nævnt i forordet var direktivet om udbud af tjenesteydelsesaftaler ikke vedtaget ved bogens slutning. Efterfølgende er direktivet blevet vedtaget som direktiv 92/50 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler¹. Direktiv 92/50 indebærer enkelte vigtige ændringer i forhold til det forslag, jeg har baseret mine kommentarer på. Disse ændringer skal derfor kort omtales, ligesom jeg har valgt at bringe direktivet som bilag.

Angivelsen af de omfattede ordregivere er ikke udtømmende som jeg har anført i afsnit 4.3.2, men skal fortolkes som i direktiv 71/305 efter ændringen af art 1, litra b. Hvor det omtalte forslag indeholdt særlige regler om indgåelse af koncessionsaftaler om tjenesteydelser er disse regler bortfaldet, hvilket indebærer at alle koncessionsaftaler, der kan anses for gensidigt bebyrdende vil være omfattet, med mindre de udelukkes af undtagelserne, som ikke er ændret væsentligt fra det i afsnit 4.3.1 og 4.3.4 anførte.

Direktiv 92/50 skal være gennemført i alle medlemsstater den 1. juli 1993. I forhold til det i afsnittene 2.1.4 og 4.4.5 anførte om retsvirkningen på igangværende kontraktforhandlinger, indebærer dette formentlig at f.eks. almennyttige boligselskaber næppe kan indgå længerevarende administrationsaftaler efter direktivets offentliggørelse, da almennyttige boligselskaber er umiddelbart forpligtet af direktivet, jvf. det i afsnit 4.1.2.1 og 9.1.2.2 anførte.

Med hensyn til den udtømmende angivelse af udbudsformer indfører direktiv 92/50 en sondring mellem to grupper tjenesteydelser, der nærmere er angivet i bilag IA og IB baseret på FN's nomenklatur. Sondringen indebærer, at tjenesteydelser som landtransport, undervisning, sundhedsvæsen og juridiske tjenesteydelser (bilag I B) ikke fuldt ud er bundet til de angivne udbudsformer og regler for kontraktindgåelse, idet direktiv 92/50, artikel 9 alene forudsætter, at der ved aftaler om sådanne ydelser sker forudgående og efterfølgende offentliggørelse i EF-tidende, samt at der anvendes de i direktivet artikel 14 angivne tekniske specifikationer, men det forudsættes naturligvis, at der ikke sker nogen nationalitetsdiskrimination, jvf. det i afsnit 2.1 anførte. Derimod skal aftaler om ydelser som reklamevirksomhed, rengøring, regnskabsføring

1. EFT. 1992, L.209/1

og affaldsbortskaffelse overholde direktiv 92/50's udtømmende angivelse af udbudsformer og kriterier ved valg af kontrahent, jvf. artikel 8.

Med vedtagelsen af direktiv 92/50 fastsattes *tærskelværdien* til 200.000 ECU, således at forslaget om en særlige tærskelværdi efter GATT-aftalen på 130.000 ECU gled ud. Samtidigt besluttedes en revisionsprocedure for ændring af de nationale modværdier af tærskelværdierne i direktiv 77/62 og direktiv 71/305. Forslaget om at indarbejde en række ændringer i direktiv 90/531 for de særlige forsyningsvirksomheder afventer den videre behandling af Kommissionens forslag².

I forhold til bemærkningerne om afgrænsning af de forskellige kontraktsgenstande i anlægsarbejder, vare-ydelser og tjenesteydelser i afsnit 4.1.1, 4.2.1 og 4.3.1 må anføres, at direktiv 92/50 i præambelens 16. betragtning udelukker, at en særskilt bygherrerådgivning holdes uden for udbudsreglerne ved at rubricere den under anlægsarbejder, hvilket også svarer til min konklusion.

Vedrørende mine betænkeligheder ved lovligheden af en skattefinansieret indsamling af viden på grundlag af Lov nr. 383, 1992 (se afsnit 2.2.1) må anføres, at direktiv 92/50 udtrykkeligt præciserer, at en samfinansiering af forskningsprogrammer ikke er omfattet af direktivet (9. indledende betragtning). Dette indebærer, at der ikke er noget krav om offentligt udbud, men fritager dog ikke sådanne projekter for efter omstændighederne at være omfattet af reglerne om statsstøtte.

Ændringerne i direktivet indebærer, at mine henvisninger til artikelbestemmelser i tjenesteydelsesdirektivet ikke er ganske korrekte. De særlige regler om koncessionskontrakter i forslagets artikel 4 er bortfaldet, hvorfor artikelnummerene ændres således, at forslagets artikel 5 er artikel 4 i direktiv 92/50 og så fremdeles til artikel 17, der er blevet til artikel 16. Artikel 18 i forslaget er erstattet af artikel 17-22, hvilket dog ikke indebærer nogen væsentlige ændringer. Artikel 19 i forslaget er blevet til artikel 23, artikel 20 til artikel 24 og så fremdeles.

Endelig må det nævnes, at direktiv 92/50 ikke er vedtaget med henvisning til EØF-traktaten artikel 100A, men alene med henvisning til EØF-Traktatens artikel 57, stk.2 og artikel 66, mens alle de øvrige udbudsdirektiver er vedtaget med henvisning til artikel 100A. Med henvisning til formuleringen af artikel 100A, stk.1 og 2 og til Domstolens krav om korrekt angivelse af hjemmel i bl.a. sag 68/86³ og sag 131/86⁴ samt Domstolens præcisering af samarbejds-

2. Se EFT. 1991, C.337/1.

3. EF-domssaml. 1988, p.855

4. EF-domssaml. 1988, p.905.

Efterskrift

procedurens betydning ved valg af hjemmel i sag 300/89⁵, forekommer hjemmelshenvisningen tvivlsom.

København den 29. juli 1992

5. EF-domstolens afgørelse af 11. juni 1991.

Bilag 1

II

(Retsakter hvis offentliggørelse ikke er obligatorisk)

RÅDET

RÅDETS DIREKTIV 92/50/EØF

af 18. juni 1992

om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler

RÅDET FOR DE EUROPÆISKE
FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab, særlig artikel 57, stk. 2, sidste punktum, og artikel 66,

under henvisning til forslag fra Kommissionen ⁽¹⁾,

i samarbejde med Europa-Parlamentet ⁽²⁾,

under henvisning til udtalelse fra Det Økonomiske og Sociale Udvalg ⁽³⁾, og

ud fra følgende betragtninger:

Det Europæiske Råd har konkluderet, at det er nødvendigt at virkeliggøre det indre marked;

der bør vedtages foranstaltninger med henblik på gradvis oprettelse af det indre marked i løbet af perioden indtil den 31. december 1992; det indre marked indebærer et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital;

disse målsætninger kræver en samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler;

Hvidbogen om Gennemførelsen af Det Indre Marked indeholder et handlingsprogram og en tidsplan for indførelse af fri adgang til offentlige indkøbsaftaler, navnlig inden for tjenesteydelser, for så vidt disse ikke allerede er omfattet af Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskon-

trakter ⁽⁴⁾ og Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb ⁽⁵⁾;

dette direktiv bør anvendes af alle ordregivende myndigheder som omhandlet i direktiv 71/305/EØF;

det er nødvendigt at undgå hindringer for den fri bevægelighed for tjenesteydelser; tjenesteyderne kan derfor være såvel fysiske personer som juridiske personer; dette direktiv berører ikke anvendelsen på nationalt plan af regler vedrørende betingelserne for udøvelse af en aktivitet eller et erhverv, såfremt de er i overensstemmelse med fællesskabsretten;

med henblik på anvendelse af reglerne om udbud og af tilsynsmæssige hensyn beskrives tjenesteydelsesområdet bedst ved at inddеле tjenesteydelserne i kategorier, der svarer til bestemte positioner i en fælles nomenklatur; i bilag I A og I B til dette direktiv henvises der til De Forenede Nationers CPC-nomenklatur (fælles vareklassifikation); denne nomenklatur vil måske engang i fremtiden blive erstattet af en fællesskabsnomenklatur; det er nødvendigt, at der er mulighed for at tilpasse CPC-nomenklaturen i bilag I A og I B i overensstemmelse hermed;

dette direktiv finder kun anvendelse på tjenesteydelser, der udføres på grundlag af tildeling af ordrer; tjenesteydelser, der udføres på et andet grundlag, f.eks. love eller administrative bestemmelser eller arbejdsaftaler, er ikke omfattet;

⁽¹⁾ EFT nr. C 23 af 31. 1. 1991, s. 1, og
EFT nr. C 250 af 25. 9. 1991, s. 4.

⁽²⁾ EFT nr. C 158 af 17. 6. 1991, s. 90, og
EFT nr. C 150 af 15. 6. 1992.

⁽³⁾ EFT nr. C 191 af 22. 7. 1991, s. 41.

⁽⁴⁾ EFT nr. L 185 af 16. 8. 1971, s. 5. Direktivet er senest ændret ved direktiv 90/531/EØF (EFT nr. L 297 af 29. 10. 1990, s. 1).

⁽⁵⁾ EFT nr. L 13 af 15. 1. 1977, s. 1. Direktivet er senest ændret ved direktiv 90/531/EØF (EFT nr. L 297 af 29. 10. 1990, s. 1).

Bilag 1

i henhold til Traktatens artikel 130 F er opmuntring til forskning og udvikling et af midlerne til at styrke det videnskabelige og teknologiske grundlag for den europæiske industri, og den frie adgang til offentlige indkøbsaftaler vil bidrage til at nå dette mål; samfinansiering af forskningsprogrammer bør ikke være omfattet af dette direktiv; aftaler om tjenesteydelser vedrørende forskning og udvikling, bortset fra dem, hvis udbytte tilhører den ordregivende myndighed til brug for egen virksomhed, hvis tjenesteydelsen i fuldt omfang aflønnes af den ordregivende myndighed, er således ikke omfattet af dette direktiv;

aftaler om erhvervelse eller leje af eller rettigheder vedrørende fast ejendom er af en sådan karakter, at det er uhensigtsmæssigt at lade udbudsprocedurerne finde anvendelse herpå;

indgåelse af aftaler om visse audiovisuelle tjenesteydelser på radio- og tv-spredningsområdet er underlagt hensyn, som gør det uhensigtsmæssigt at lade udbudsprocedurerne finde anvendelse herpå;

voldgifts- og mæglingstjenesteydelser udfores sædvanligvis af organer eller enkeltpersoner, der er opnået enighed om, eller som er udvalgt på en måde, der ikke kan underlægges udbudsprocedurerne;

de finansielle tjenesteydelser, der er omhandlet i dette direktiv, omfatter ikke instrumenter i forbindelse med penge- og valutapolitik, statsgældspolitik, valutareservepolitik og andre politikker, som indebærer handel med værdipapirer eller andre finansielle instrumenter; aftaler om udstedelse, køb, salg eller overførsel af værdipapirer eller andre finansielle instrumenter er således ikke omfattet af direktivet; centralbankers tjenesteydelser er ligeledes udelukkede;

på tjenesteydelsesområdet bør der gælde de samme undtagelser som i ovennævnte direktiv 71/305/EØF og 77/62/EØF med hensyn til nationale sikkerhedshensyn eller hemmeligholdelse og med hensyn til den forrang, andre procedureregler nyder, f.eks. de regler, der følger af internationale aftaler, eller som vedrører tropestationering, eller internationale organisationers procedureregler;

dette direktiv berører ikke anvendelsen af Traktatens artikel 55, 56 og 66;

offentlige tjenesteydelsesaftaler, herunder aftaler vedrørende ejendomsadministration, kan i visse tilfælde omfatte bygge- og anlægsarbejder; det fremgår af direktiv 71/305/EØF, at en kontrakt kun kan betragtes som en offentlig bygge- og anlægskontrakt, hvis kontraktens genstand er udførelse af et bygge- og anlægsarbejde; for så vidt sådanne bygge- og anlægsarbejder er

accessoriske og ikke udgør kontraktens genstand, medfører de ikke, at kontrakten rubriceres som offentlig bygge- og anlægskontrakt;

reglerne for tjenesteydelsesaftaler i Rådets direktiv 90/531/EØF af 17. september 1990 om fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation ⁽¹⁾ bør uanset dette direktiv finde uændret anvendelse;

aftaler med en udpeget eneleverandør kan under visse betingelser være helt eller delvis undtaget fra dette direktivs bestemmelser;

for at undgå unødvendige formaliteter bør dette direktiv ikke finde anvendelse på aftaler, hvis værdi ligger under en bestemt tærskel; denne tærskel kan i princippet være den samme som den, der gælder for offentlige indkøbsaftaler; beregningen af aftalens værdi, offentliggørelsesreglerne og metoden til justering af tærskelbeløbene bør være de samme som dem, der gælder i de øvrige EF-direktiver om indgåelse af offentlige aftaler;

for at afskaffe enhver praksis, der er konkurrencebegrænsende i almindelighed og begrænser andre medlemsstaters statsborgeres deltagelse i kontrakter i særdeleshed, må tjenesteydernes adgang til udbudsprocedurerne forbedres;

dette direktiv skal i en overgangsperiode kun finde fuld anvendelse på aftaler om udførelse af tjenesteydelser, for hvilke dets bestemmelser vil gøre det muligt at udnytte alle muligheder for en øget samhandel på tværs af landegrænserne; aftaler om udførelse af andre tjenesteydelser bør overvåges i en vis periode, inden der træffes beslutning om, hvorvidt dette direktiv skal finde fuld anvendelse på dem; denne overvågningsmekanisme skal defineres; den skal samtidig give alle interesserede kredse mulighed for at få adgang til alle relevante oplysninger;

reglerne for indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler bør så nøje som muligt svare til reglerne for indgåelse af offentlige indkøbsaftaler og offentlige bygge- og anlægskontrakter;

reglerne for offentlige indkøb i direktiv 71/305/EØF og 77/62/EØF kan være formålstjenlige med de tilpasninger, der er nødvendige af hensyn til de særlige forhold, der gør sig gældende i forbindelse med offentlige tjenesteydelsesaftaler, som f.eks. valg af udbud efter forhandling, projektkonkurrencer, alternative bud, tjenesteydernes retlige form, forbeholdelse af visse aktiviteter for bestemte professioner, registrering og kvalitets sikring;

⁽¹⁾ EFT nr. L 297 af 29. 10. 1990, s. 1.

der kan anvendes udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse i tilfælde, hvor den tjenesteydelse, der skal udføres, ikke kan specificeres tilstrækkelig nøjagtigt, navnlig når det drejer sig om intellektuelle tjenesteydelser, hvilket bevirker, at ordren ikke kan tildeles det bedste bud i overensstemmelse med reglerne for offentlige og begrænsede udbud;

de relevante EF-regler for gensidig anerkendelse af eksamensbeviser, certifikater eller anden dokumentation for formelle kvalifikationer finder anvendelse, når der kræves dokumentation for særlige kvalifikationer for at deltage i en udbudsprocedure eller i en projektkonkurrence;

dette direktivs målsætninger kræver ikke ændringer i gældende forhold i medlemsstaterne med hensyn til priskonkurrencen mellem tjenesteydere af bestemte tjenesteydelser;

anvendelsen af dette direktiv tages op til gennemgang senest tre år efter den dato, der er fastsat for gennemførelsen af udbudsprocedurene i national ret; ved denne gennemgang bør det navnlig overvejes at lade dette direktiv finde fuld anvendelse på et bredere spektrum af tjenesteydelsesaftaler —

UDSTEDT FØLGENDE DIREKTIV:

AFSNIT I

Almindelige bestemmelser

Artikel 1

I dette direktiv forstås ved:

- a) *offentlige tjenesteydelsesaftaler* gensidigt bebyrde aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed med undertagelse af
 - i) offentlige indkøbsaftaler som defineret i artikel 1, litra a), i direktiv 77/62/EØF, og offentlige bygge- og anlægskontrakter som defineret i artikel 1, litra a), i direktiv 71/305/EØF
 - ii) aftaler, der indgås inden for de områder, der omtales i artikel 2, 7, 8 og 9 i direktiv 90/531/EØF, og aftaler, der opfylder betingelserne i artikel 6, stk. 2, i samme direktiv
 - iii) aftaler om erhvervelse eller leje — uanset finansieringsform — af jord, eksisterende bygninger eller anden fast ejendom eller vedrørende rettigheder hertil; dog er aftaler i en hvilken som helst form om finansielle tjenesteydelser, der indgås samtidig med, før eller efter aftalen om erhvervelse eller leje, underlagt dette direktiv
 - iv) aftaler om radio- og tv-selskabers indkøb, udvikling, produktion eller koproduktion af programmateriale og aftaler om sendetid
 - v) aftaler om taletelefoni-, telex-, mobiltelefoni-, personsøgnings- og satellittjenester
 - vi) aftaler om voldgifts- og mæglingstjenesteydelser
 - vii) aftaler om finansielle tjenesteydelser vedrørende emission, køb, salg og overførsel af værdipapirer eller andre finansielle instrumenter samt centralbankers tjenesteydelser
 - viii) arbejdsaftaler
 - ix) aftaler om tjenesteydelser vedrørende forskning og udvikling, bortset fra dem, hvis udbytte tilhører den ordregivende myndighed til brug for egen virksomhed, hvis tjenesteydelsen i fuldt omfang aflønnes af den ordregivende myndighed
- b) *ordregivende myndigheder* staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.

Ved *offentligretligt organ* forstås ethvert organ,

- hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område
- som er en juridisk person, og
- hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelens af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

Fortegnelser over de offentligretlige organer eller kategorier af offentligretlige organer, der opfylder de kriterier, der er nævnt i andet afsnit i dette litra, findes i bilag I til direktiv 71/305/EØF. Disse fortegnelser er så fuldstændige som muligt og kan revideres efter fremgangsmåden i artikel 30b i nævnte direktiv.

- c) *tjenesteydere* fysiske eller juridiske personer, herunder offentligretlige organer, der tilbyder udførelse af tje-

Bilag 1

nesteydelser. Ved *bydende* forstås en tjenesteyder, der har afgivet bud, og ved *ansøger* en tjenesteyder, der har anmodet om en opfordring til deltagelse i et begrænset udbud eller et udbud efter forhandling

- d) *offentligt udbud* nationale fremgangsmåder, hvorved alle interesserede tjenesteydere kan afgive bud
- e) *begrænset udbud* nationale fremgangsmåder, hvorved kun de tjenesteydere, der af den ordregivende myndighed har modtaget opfordring dertil, kan afgive bud
- f) *udbud efter forhandling* nationale fremgangsmåder, hvorved de ordregivende myndigheder henvender sig til bestemte tjenesteydere og forhandler aftalens vilkår med en eller flere af disse
- g) *projektkonkurrencer* nationale fremgangsmåder, hvorved den ordregivende myndighed, navnlig inden for fysisk planlægning, byplanlægning, arkitekt- og ingeniørarbejde eller databehandling, kan forskaffe sig et planlægnings- eller projekteringsarbejde, som er udvalgt af en bedømmelseskomité efter udskrivning af en konkurrence med eller uden præmieuddeling.

Artikel 2

Såfremt en offentlig aftale omfatter både varer som defineret i direktiv 77/62/EØF og tjenesteydelser som defineret i bilag I A og I B i nærværende direktiv, falder den ind under nærværende direktivs bestemmelser, hvis værdien af de pågældende tjenesteydelser overstiger værdien af de varer, aftalen vedrører.

Artikel 3

1. Ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler eller afholdelse af projektkonkurrencer anvender de ordregivende myndigheder fremgangsmåder, som er tilpasset efter dette direktivs bestemmelser.
2. Det påhviler de ordregivende myndigheder at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem forskellige tjenesteydere.
3. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de ordregivende myndigheder overholder dette direktiv eller sørger for, at det bliver overholdt, når de yder direkte tilskud på mere end 50 % til tjenesteydelsesaftaler, der indgås af et andet organ end dem selv i forbindelse med kontrakter om arbejder, der er omfattet af artikel 1a, stk. 2, i direktiv 71/305/EØF.

Artikel 4

1. Dette direktiv finder anvendelse på tjenesteydelsesaftaler, der indgås af ordregivende myndigheder på forsvarsområdet med undtagelse af offentlige aftaler, hvorpå bestemmelserne i Traktatens artikel 223 finder anvendelse.
2. Dette direktiv finder ikke anvendelse på tjenesteydelser, der er erklæret hemmelige, eller hvis udførelse skal ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger i overensstemmelse med gældende love og administrative bestemmelser i den pågældende medlemsstat, eller når beskyttelsen af vitale nationale sikkerhedsinteresser i denne stat kræver det.

Artikel 5

Dette direktiv finder ikke anvendelse på offentlige aftaler, for hvilke der gælder andre procedureregler, og som indgås:

- a) i henhold til en international aftale, der er indgået mellem en medlemsstat og et eller flere tredjelande om tjenesteydelser med henblik på signatarstaternes fælles gennemførelse eller udnyttelse af et projekt; enhver aftale skal meddeles Kommissionen, som kan høre Det Rådgivende Udvalg for Offentlige Aftaler, der er nedsat ved afgørelse 71/306/EØF (¹)
- b) i henhold til en international aftale om troppestationering, når aftalen vedrører virksomheder i en medlemsstat eller i et tredjeland
- c) i henhold til en international organisations særlige procedure.

Artikel 6

Dette direktiv finder ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelsesaftaler, som tildeles et organ, som selv er en ordregivende myndighed i den i artikel 1, litra b), fastsatte betydning, på grundlag af en eneret, der er tildelt det i henhold til bekendtgjorte love eller administrative bestemmelser, der er forenelige med Traktaten.

Artikel 7

1. Dette direktiv finder anvendelse på offentlige tjenesteydelsesaftaler, hvis anslåede værdi uden moms er 200 000 ECU eller derover.
2. Ved beregningen af en aftales anslåede værdi medregner den ordregivende myndighed tjeneste-

(¹) EFT nr. L 185 af 16. 8. 1971, s. 15. Afgørelsen er ændret ved afgørelse 77/63/EØF (EFT nr. L 13 af 15. 1. 1977, s. 15).

yderens samlede anslåede vederlag under hensyntagen til bestemmelserne i stk. 3 til 8.

3. Valget af metode til beregning af en aftales værdi må ikke foretages i den hensigt at undgå, at dette direktivs bestemmelser anvendes på aftalen, og intet påtænkt udbud vedrørende et givet antal tjenesteydelser må opdeles i den hensigt at undgå, at denne artikels bestemmelser anvendes på det.

4. Ved beregningen af den anslåede værdi af aftaler vedrørende følgende typer tjenesteydelser skal der, alt efter omstændighederne, tages hensyn til følgende:

- for så vidt angår forsikringstjenesteydelser, den præmie, der skal betales
- for så vidt angår banktjenesteydelser og andre finansielle tjenesteydelser, honorarer, provisioner og renter samt andre former for vederlag
- for så vidt angår aftaler, der omfatter projektering, det honorar eller den provision, der skal betales.

Såfremt tjenesteydelserne er opdelt i flere delydelser, for hvilke der indgås særskilte aftaler, skal værdien af hver enkelt delydelse tages i betragtning ved beregningen af ovennævnte beløb.

Er delydelsernes værdi lig med eller større end dette beløb, finder dette direktivs bestemmelser anvendelse på alle delydelserne. De ordregivende myndigheder kan undlade at anvende stk. 1 på delydelser, hvis anslåede værdi uden moms er under 80 000 ECU, forudsat at den samlede værdi af disse delydelser ikke overstiger 20 % af delydelsernes samlede værdi.

5. Når det drejer sig om aftaler, hvori der ikke er fastsat en samlet pris, er beregningsgrundlaget for aftalerens anslåede værdi:

- for tidsbegrænsede aftaler, hvis de løber i 48 måneder eller derunder, den samlede værdi for hele løbetiden
- for tidsubegrænsede aftaler eller aftaler, hvis løbetid er over 48 måneder, den månedlige værdi multipliceret med 48.

6. Når det drejer sig om aftaler, der indgås regelmæssigt, eller som skal fornyes inden for et bestemt tidsrum, skal grundlaget være:

- enten den faktiske værdi af lignende aftaler vedrørende den samme kategori tjenesteydelser, der er indgået i løbet af de foregående tolv måneder eller det foregående regnskabsår, så vidt muligt korrigeret for at tage hensyn til forventede ændringer i mængde eller værdi i løbet af de tolv måneder, som følger efter den oprindelige aftale

— eller den anslåede samlede værdi i løbet af de tolv måneder, der følger efter den første levering, eller i løbet af aftalens løbetid, hvis denne er over tolv måneder.

7. Når en påtænkt aftale indeholder klausuler om optionsret, er beregningsgrundlaget for aftalens værdi den højest mulige totalsum inkl. optionsretten.

8. Tærskelbeløbenes modværdi i national valuta justeres hvert andet år med virkning fra den 1. januar 1994. Beregningen af denne modværdi sker på grundlag af gennemsnittet af disse valutaers dagskurs over for ecu i de 24 måneder, der slutter den sidste dag i august umiddelbart forud for den justering, der får virkning fra den 1. januar. Modværdien offentliggøres i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* i begyndelsen af november.

Den i det foregående afsnit fastsatte beregningsmetode tages på Kommissionens initiativ op til behandling i Det Rådgivende Udvalg for Offentlige Aftaler, i princippet to år efter, at den første gang er anvendt.

AFSNIT II

Todelt anvendelse

Artikel 8

Aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI.

Artikel 9

Aftaler, hvis genstand er de i bilag I B opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.

Artikel 10

Aftaler, hvis genstand samtidig er de tjenesteydelser, der er opført i bilag I A, og de tjenesteydelser, der er opført i bilag I B, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI, hvis værdien af de i bilag I A opførte tjenesteydelser er større end værdien af de i bilag I B opførte tjenesteydelser. I modsat fald indgås de i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.

AFSNIT III

Valg af udbudsprocedure og regler for projektkonkurrencer

Artikel 11

1. De ordregivende myndigheder anvender ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler de i artikel 1,

Bilag 1

litaa d), e) og f), definerede fremgangsmåder, tilpasset med henblik på dette direktiv.

2. De ordregivende myndigheder kan indgå offentlige tjenesteydelsesaftaler ved udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

- a) når der i forbindelse med et offentligt eller et begrænset udbud afgives bud, der ikke er forskriftsmæssige, eller når der afgives bud, der er uantagelige i henhold til nationale bestemmelser, der er i overensstemmelse med artikel 23 til 28, forudsat at de oprindelige aftalevilkår ikke ændres væsentligt. De ordregivende myndigheder behøver i disse tilfælde ikke at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, hvis et sådant udbud efter forhandling omfatter alle de bydende, der opfylder de i artikel 29 til 35 fastsatte kriterier, og som under det forudgående offentlige eller begrænsede udbud har afgivet bud, der opfylder udbudsprocedurens formelle krav
- b) i undtagelsestilfælde, når tjenesteydelsernes art eller de hermed forbundne risici ikke muliggør en forudgående samlet prisfastsættelse
- c) når den tjenesteydelse, der skal præsteres, navnlig hvis det drejer sig om intellektuelle tjenesteydelser og tjenesteydelser i kategori 6 i bilag I A, er af en sådan art, at aftalen ikke kan specificeres tilstrækkelig nøjagtigt til, at den kan indgås ved at vælge det bedste bud i henhold til reglerne for offentligt eller begrænset udbud.

3. De ordregivende myndigheder kan indgå offentlige tjenesteydelsesaftaler ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde:

- a) når der i forbindelse med et offentligt eller et begrænset udbud ikke afgives bud eller ikke afgives egnede bud, forudsat at de oprindelige aftalevilkår ikke ændres væsentligt, og forudsat at der på Kommissionens anmodning forelægges denne en rapport
- b) når der er tale om tjenesteydelser, hvis udførelse af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan overdrages til en bestemt tjenesteyder
- c) når den pågældende aftale er et led i en projektkonkurrence og i henhold til de herfor gældende regler skal indgås med vinderen eller en af vinderne af konkurrencen. I så fald skal alle vinderne af konkurrencen opfordres til at deltage i forhandlingerne
- d) såfremt det er strengt nødvendigt, når tvingende grunde som følge af begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke gør det muligt at overholde de tidsfrister, der gælder ved offentlige eller begrænsede udbud eller ved

udbud efter forhandling i henhold til artikel 17 til 20. De omstændigheder, der påberåbes som begrundelse for den tvingende nødvendighed, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives de ordregivende myndigheder

- e) når der er tale om supplerende tjenesteydelser, der ikke var omfattet af det oprindelige udbud eller den først indgåede aftale, men som på grund af uforudsete omstændigheder er blevet nødvendige for udførelsen af den pågældende tjenesteydelse, som den er beskrevet deri, forudsat at ordren tildelles den tjenesteyder, der udfører denne tjenesteydelse:
 - når disse supplerende tjenesteydelser ikke teknisk eller økonomisk kan adskilles fra den oprindelige aftale uden væsentlige ulemper for de ordregivende myndigheder, eller
 - når disse tjenesteydelser, til trods for at de kan adskilles fra den oprindelige aftale, er absolut nødvendige af hensyn til dennes fuldstændige gennemførelse.

Den samlede anslåede værdi af aftaler, der indgås om supplerende tjenesteydelser, må dog ikke overstige 50 % af værdien af den oprindelige aftale

- f) når der er tale om nye tjenesteydelser, der er en gentagelse af tilsvarende tjenesteydelser, og som overdrages den tjenesteyder, med hvem de samme ordregivende myndigheder indgik den første aftale, forudsat at gentagelsestjenesteydelserne svarer til det oprindelige projekt, og at den første aftale om dette blev indgået i henhold til de fremgangsmåder, der er omhandlet i stk. 4. Allerede når det første projekt udbydes, skal det oplyses, at udbud efter forhandling kan tænkes benyttet, og den samlede anslåede værdi af de efterfølgende tjenesteydelser skal tages i betragtning af de ordregivende myndigheder, når de anvender artikel 7. Denne fremgangsmåde må kun benyttes i indtil tre år efter indgåelsen af den oprindelige aftale.

4. I alle andre tilfælde skal de ordregivende myndigheder ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler anvende offentligt eller begrænset udbud.

Artikel 12

1. Senest 15 dage efter datoen for modtagelsen af anmodning herom skal den ordregivende myndighed over for alle forbigåede ansøgere eller bydende, der skriftligt anmoder herom, begrunde, hvorfor deres ansøgning eller bud er forkastet, og, når det drejer sig om bud, oplyse navnet på den bydende, hvis bud er antaget.

2. Den ordregivende myndighed skal over for ansøgere eller bydende, der skriftligt anmoder herom, begrunde, hvorfor den har besluttet at undlade at indgå en aftale, der har været udbudt, eller at gøre udbuds-

proceduren om. Den underretter ligeledes Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer herom.

3. For hver indgået aftale udarbejder de ordregivende myndigheder en skriftlig rapport, der mindst skal omfatte følgende oplysninger:

- de ordregivende myndigheders navn og adresse samt aftalens genstand og værdi
- navnet på de valgte ansøgere eller bydende og begrundelsen for valget af dem
- navnet på de forbigåede ansøgere eller bydende og begrundelsen for tilsidesættelsen af dem
- navnet på den bydende, hvis bud er antaget, og begrundelsen for, at den pågældendes bud er valgt, samt, hvis dette vides, oplysning om, hvor stor en del af aftalen han har til hensigt at give i underentreprise til tredjemand
- når der er tale om udbud efter forhandling, angivelse af, hvilke af de i artikel 11 anførte omstændigheder der begrundet anvendelse af denne fremgangsmåde.

Rapporten eller dens hovedpunkter meddeles Kommissionen på dennes anmodning.

Artikel 13

1. Denne artikel anvendes på projektkonkurrencer, som afholdes i forbindelse med en procedure med henblik på indgåelse af tjenesteydelsesaftaler, hvis anslåede værdi uden moms mindst svarer til den værdi, der er nævnt i artikel 7, stk. 1.

2. Denne artikel anvendes på alle projektkonkurrencer, hvor konkurrencepræmierne og betalingerne til deltagerne tilsammen beløber sig til mindst 200 000 ECU.

3. Reglerne for afholdelse af en projektkonkurrence udarbejdes i overensstemmelse med denne artikel og meddeles dem, som er interesseret i at deltage i projektkonkurrencen.

4. Adgangen til at deltage i projektkonkurrencer må ikke begrænses:

- til en medlemsstats område eller en del heraf
- af det forhold, at det i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor projektkonkurrencen afholdes, kræves, at deltagerne skal være enten fysiske eller juridiske personer.

5. Når der er tale om projektkonkurrencer med et begrænset antal deltagere, fastsætter de ordregivende myndigheder klare og ikke-diskriminerende udvælgelseskriterier. Under alle omstændigheder skal antallet af ansøgere, der opfordres til at deltage i projektkonkur-

rencen, fastsættes således, at der sikres en reel konkurrence.

6. Bedømmelseskomitéen må udelukkende bestå af fysiske personer, som er uafhængige af deltagerne i projektkonkurrencen. Såfremt der kræves bestemte faglige kvalifikationer for at deltage i en konkurrence, skal mindst en tredjedel af bedømmelseskomitéens medlemmer have samme eller tilsvarende kvalifikationer.

Bedømmelseskomitéen skal være uafhængig i sine afgørelser og udtalelser. Dens afgørelser og udtalelser vedtages på grundlag af anonyme projekter og alene ud fra de kriterier, der er fastsat i bekendtgørelsen i henhold til artikel 15, stk. 3.

AFSNIT IV

Fælles regler på det tekniske område

Artikel 14

1. De i bilag II omhandlede tekniske specifikationer anføres i udbudsmaterialet eller i aftalen.

2. Uden at dette berører medlemsstaternes obligatoriske tekniske forskrifter, for så vidt disse er forenelige med fællesskabsretten, fastsættes de tekniske specifikationer af de ordregivende myndigheder ved henvisning til de nationale standarder, hvorved europæiske standarder gennemføres, ved henvisning til europæiske tekniske godkendelser eller ved henvisning til fælles tekniske specifikationer.

3. En ordregivende myndighed kan fravige stk. 2 i følgende tilfælde:

- a) når standarderne, de europæiske tekniske godkendelser eller de fælles tekniske specifikationer ikke indeholder nogen bestemmelser om, hvorledes der skal konstateres overensstemmelse, eller når der ikke findes nogen teknisk metode, der giver mulighed for på tilfredsstillende vis at konstatere et produkts overensstemmelse med disse standarder, europæiske tekniske godkendelser eller fælles tekniske specifikationer
- b) når anvendelsen af stk. 2 ville hindre anvendelsen af Rådets direktiv 86/361/EØF af 24. juli 1986 om første fase af den gensidige anerkendelse af typegodkendelser af teleterminaludstyr ⁽¹⁾ eller Rådets beslutning 87/95/EØF af 22. december 1986 om standardisering inden for informationsteknologi og telekommunikation ⁽²⁾ eller andre fællesskabsretsakter inden for specifikke tjenesteydelses- eller produktområder

⁽¹⁾ EFT nr. L 217 af 5. 8. 1986, s. 21. Direktivet er ændret ved direktiv 91/263/EØF (EFT nr. L 128 af 23. 5. 1991, s. 1).

⁽²⁾ EFT nr. L 36 af 7. 2. 1987, s. 31.

Bilag 1

- c) når anvendelsen af disse standarder, europæiske tekniske godkendelser eller fælles tekniske specifikationer forpligter den ordregivende myndighed til at anskaffe produkter eller materialer, der er uforenelige med eksisterende udstyr, eller medfører uforholdsmæssigt store udgifter eller tekniske vanskeligheder; denne fravigelse kan kun ske som led i en fast plan om overgang til europæiske standarder, europæiske tekniske godkendelser eller fælles tekniske specifikationer inden for en nærmere fastlagt frist
- d) når det pågældende projekt er udtryk for en virkelig nyskabelse, for hvilken anvendelsen af eksisterende europæiske standarder, europæiske tekniske godkendelser eller fælles tekniske specifikationer ville være uhensigtsmæssig.

4. Ordregivende myndigheder, der benytter stk. 3, angiver så vidt muligt begrundelsen herfor i den udbudsbekendtgørelse, der offentliggøres i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, eller i udbudsbetingelserne og angiver i alle tilfælde begrundelsen i deres interne dokumentation og stiller på anmodning disse oplysninger til rådighed for medlemsstaterne og Kommissionen.

5. Såfremt der ikke foreligger europæiske standarder, europæiske tekniske godkendelser eller fælles tekniske specifikationer:

- a) fastsættes de tekniske specifikationer ved henvisning til de nationale tekniske specifikationer, der anerkendes som værende i overensstemmelse med de væsentlige krav i fællesskabsdirektiverne om teknisk harmonisering, efter de procedurer, der er fastsat i disse direktiver, navnlig efter de procedurer, der er fastsat i direktiv 89/106/EØF⁽¹⁾
- b) kan de tekniske specifikationer fastsættes ved henvisning til de nationale tekniske specifikationer for projektering, beregning og udførelse af bygge- og anlægsarbejder samt for anvendelse af materialer
- c) kan de tekniske specifikationer fastsættes ved henvisning til andre dokumenter.

I så fald bør der i prioritetsorden henvises til:

- i) de nationale standarder, hvorved internationale standarder, der er anerkendt i den ordregivende myndigheds land, gennemføres
- ii) andre nationale standarder og nationale tekniske godkendelser i den ordregivende myndigheds land

iii) enhver anden standard.

6. Medmindre aftalens genstand gør det berettiget, forbyder medlemsstaterne, at der i en given aftales vilkår indsættes tekniske specifikationer, der nævner varer af et bestemt fabrikat eller hidrørende fra en bestemt leverandør eller varer, der er fremstillet efter en bestemt proces, og som derved begunstiger eller udelukker bestemte tjenesteydere. Det er navnlig forbudt at anføre varemærker, patenter eller typer eller at anføre en bestemt oprindelse eller en bestemt produktion. En sådan angivelse, der ledsages af ordene »eller dermed ligestillet«, er dog tilladt i tilfælde, hvor de ordregivende myndigheder ikke har mulighed for at beskrive kontraktens genstand ved hjælp af specifikationer, der er tilstrækkelig nøjagtige og forståelige for alle berørte parter.

AFSNIT V

Fælles regler for offentliggørelse

Artikel 15

1. De ordregivende myndigheder bekendtgør ved en vejledende bekendtgørelse, der skal offentliggøres snarest muligt efter regnskabsårets begyndelse, det samlede behov inden for hver af de i bilag I A opførte kategorier af tjenesteydelser, som de agter at indgå i løbet af de næste tolv måneder, når den samlede anslåede værdi, jf. artikel 7, er 750 000 ECU eller derover.

2. Ordregivende myndigheder, som ønsker at indgå en offentlig tjenesteydelsesaftale ved offentligt eller begrænset udbud eller, på de betingelser, der er anført i artikel 11, ved udbud efter forhandling, tilkendegiver deres hensigt herom ved en bekendtgørelse.

3. Ordregivende myndigheder, som ønsker at udskrive en projektkonkurrence, tilkendegiver deres hensigt herom ved en bekendtgørelse.

Artikel 16

1. Ordregivende myndigheder, der har indgået en offentlig tjenesteydelsesaftale eller afholdt en projektkonkurrence, sender Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer en meddelelse om resultatet deraf.

2. Meddelelserne offentliggøres:

- for så vidt angår offentlige tjenesteydelsesaftaler vedrørende de i bilag I A opførte tjenesteydelser, i overensstemmelse med artikel 17 til 20
- for så vidt angår projektkoncurrencer, i overensstemmelse med artikel 17.

3. Når der er tale om offentlige tjenesteydelsesaftaler vedrørende de i bilag I B opførte tjenesteydelser, angiv-

(1) EFT nr. L 40 af 11. 2. 1989, s. 12.

ver de ordregivende myndigheder i meddelelsen, om de indvilliger i, at den offentliggøres.

4. Kommissionen udfærdiger retningslinjer for udarbejdelse af regelmæssige rapporter på grundlag af de i stk. 3 nævnte meddelelser og for offentliggørelse af rapporterne efter den i artikel 40, stk. 3, fastsatte fremgangsmåde.

5. Såfremt videregivelse af oplysninger om indgåelse af en aftale ville hindre anvendelsen af retsforkrifter eller på anden måde være i modstrid med offentlige interesser eller til skade for offentlige eller private virksomheders legitime økonomiske interesser eller for den loyale konkurrence mellem tjenesteydere, kan offentliggørelse af sådanne oplysninger undlades.

Artikel 17

1. Bekendtgørelserne udformes i overensstemmelse med modellerne i bilag III, IV og V og skal indeholde de deri krævede oplysninger. De ordregivende myndigheder kan ikke kræve andre betingelser end de i artikel 31 og 32 omhandlede opfyldt, når de anmoder om oplysning om de økonomiske og tekniske mindstekrav, som de kræver opfyldt af tjenesteydere som forudsætning for udvælgelse (punkt 13 i bilag III B, punkt 13 i bilag III C og punkt 12 i bilag III D).

2. Bekendtgørelserne sendes af den ordregivende myndighed hurtigst muligt og på den bedst egnede måde til Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer. Når der er tale om den i artikel 20 omhandlede hasteprocedure, skal bekendtgørelserne sendes pr. telex, telegram eller telefax.

Bekendtgørelsen i henhold til artikel 15, stk. 1, afsendes hurtigst muligt efter hvert regnskabsårs begyndelse.

Meddelelsen i henhold til artikel 16, stk. 1, afsendes senest 48 dage efter indgåelsen af den pågældende aftale eller afslutningen af den pågældende projektkonkurrence.

3. De i artikel 15, stk. 1, omhandlede bekendtgørelser og de i artikel 16, stk. 1, omhandlede meddelelser offentliggøres i deres helhed i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* og i TED-databanken på Fællesskabernes officielle sprog, dog således at kun udgaven på originalsproget er autentisk.

4. De i artikel 15, stk. 2 og 3, omhandlede bekendtgørelser offentliggøres i deres helhed i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* og i TED-databanken på deres originalsprog. Et resumé af hver bekendtgørelse eller meddelelses hovedindhold offentliggøres på Fællesskabernes øvrige officielle sprog, dog således at kun udgaven på originalsproget er autentisk.

5. Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer offentliggør bekendtgørelserne eller meddelelserne senest tolv dage efter afsendelsesdatoen. Når der er tale om den i artikel 20 omhandlede hasteprocedure, senest fem dage efter afsendelsesdatoen.

6. Offentliggørelse i de nationale officielle meddelelsesorganer eller i pressen i den ordregivende myndigheds hjemland må ikke finde sted før datoen for afsendelsen til Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer; datoen skal nævnes ved offentliggørelsen. I denne må der ikke forekomme andre oplysninger end dem, der offentliggøres i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

7. De ordregivende myndigheder skal være i stand til at bevise afsendelsesdatoen.

8. Omkostningerne ved offentliggørelse af udbudsbekendtgørelserne i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* afholdes af Fællesskaberne. Bekendtgørelsen må ikke være længere end en side i nævnte tidende, dvs. ca. 650 ord. Hvert nummer af *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, som indeholder en eller flere bekendtgørelser, gengiver den eller de modeller, som danner grundlag for den eller de offentliggjorte bekendtgørelser.

Artikel 18

1. Ved offentlige udbud skal fristen for modtagelse af bud af de ordregivende myndigheder fastsættes til mindst 52 dage fra datoen for afsendelsen af bekendtgørelsen.

2. Fristen i stk. 1 for modtagelse af bud kan afkortes til 36 dage, hvis de ordregivende myndigheder har offentliggjort den bekendtgørelse, der er nævnt i artikel 15, stk. 1, og som er opstillet efter modellen i bilag III A, i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

3. Forudsat at anmodning derom er fremsat i tide, skal de ordregivende myndigheder eller de kompetente afdelinger fremsende udbudsbetingelserne og det supplerende materiale til tjenesteyderne i løbet af seks dage efter modtagelsen af anmodning derom.

4. Forudsat at anmodning derom er fremsat i tide, skal yderligere oplysninger om udbudsbetingelserne meddeles af de ordregivende myndigheder senest seks dage inden udløbet af den frist, der er fastsat for modtagelse af buddene.

5. Når udbudsbetingelserne og de supplerende dokumenter eller oplysninger på grund af deres omfang ikke kan fremlægges inden for de frister, der er fastsat i stk. 3 og 4, eller når bud kun kan afgives efter besigtigelse på stedet eller efter gennemsyn på stedet af bilagsmate-

Bilag 1

rialet til udbudsbetingelserne, skal fristerne i stk. 1 og 2 forlænges i passende omfang.

Artikel 19

1. Ved begrænset udbud og ved udbud efter forhandling, jf. artikel 11, stk. 2, skal den frist, som de ordregivende myndigheder har fastsat for modtagelse af anmodninger om deltagelse, være mindst 37 dage fra tidspunktet for afsendelsen af bekendtgørelsen.

2. De ordregivende myndigheder skal samtidig og skriftligt opfordre de udvalgte ansøgere til at afgive bud. Opfordringsskrivelsen ledsages af udbudsbetingelserne og supplerende materiale. Den skal mindst indeholde følgende oplysninger:

- a) eventuelt adressen på det sted, hvor udbudsbetingelserne og de supplerende dokumenter kan fås, og sidste frist for fremsættelse af anmodning herom, samt størrelsen af og betalingsmåden for det gebyr, som eventuelt skal betales for at modtage dette materiale
- b) fristen for modtagelse af bud, den adresse, til hvilken de skal fremsendes, og det eller de sprog, som de skal være affattet på
- c) en henvisning til den offentliggjorte udbuds bekendtgørelse
- d) angivelse af, hvilke dokumenter der eventuelt skal vedlægges, enten til støtte for erklæringer, som kan efterprøves, og som ansøgeren har fremlagt i overensstemmelse med artikel 17, stk. 1, eller som supplement til de oplysninger, der er nævnt i samme artikel, og på samme betingelser som fastsat i artikel 31 og 32
- e) kriterierne for tildeling af ordren, hvis de ikke er anført i bekendtgørelsen.

3. Ved begrænset udbud skal den af de ordregivende myndigheder fastsatte frist for modtagelse af bud mindst være 40 dage fra tidspunktet for afsendelsen af den skriftlige opfordring.

4. Fristen i stk. 3 for modtagelse af bud kan afkortes til 26 dage, hvis de ordregivende myndigheder har offentliggjort den i artikel 15, stk. 1, omhandlede bekendtgørelse, som er opstillet efter modellen i bilag III A, i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

5. Ansøgninger om deltagelse i udbud kan fremsættes pr. brev, telegram, telex, telefax eller telefon. I de fire sidstnævnte tilfælde skal de bekræftes ved brev, der

afsendes inden udløbet af den i stk. 1 omhandlede tidsfrist.

6. Forudsat at anmodning derom er fremsat i tide, skal yderligere oplysninger om udbudsbetingelserne meddeles af de ordregivende myndigheder senest seks dage inden udløbet af den frist, der er fastsat for modtagelse af buddene.

7. Når bud kun kan afgives efter besigtigelse på stedet eller efter gennemsyn på stedet af bilagsmaterialet til udbudsbetingelserne, skal fristerne i stk. 3 og 4 forlænges i passende omfang.

Artikel 20

1. I hastende tilfælde, hvor det ikke er muligt at overholde de i artikel 19 omhandlede tidsfrister, kan de ordregivende myndigheder fastsætte følgende frister:

- a) en frist for modtagelse af anmodninger om deltagelse på mindst 15 dage fra datoen for bekendtgørelsens afsendelse
- b) en frist for modtagelse af bud på mindst ti dage fra datoen for opfordringen.

2. Forudsat at anmodning derom er fremsat i tide, skal yderligere oplysninger om udbudsbetingelserne meddeles af de ordregivende myndigheder senest fire dage inden udløbet af den frist, der er fastsat for modtagelse af buddene.

3. Anmodninger om deltagelse i udbud og opfordringer til at afgive bud skal fremsendes ad hurtigste vej. Fremsættes anmodningerne om deltagelse pr. telegram, telex, telefax eller telefon, skal de bekræftes ved brev, der afsendes inden udløbet af fristen i stk. 1.

Artikel 21

De ordregivende myndigheder kan i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* lade offentliggøre bekendtgørelser om offentlige tjenesteydelsesaftaler, som ikke er omfattet af bestemmelserne i nærværende direktiv om obligatorisk offentliggørelse.

Artikel 22

De nærmere betingelser for udarbejdelse, fremsendelse, modtagelse, oversættelse, opbevaring og distribution af de i artikel 15, 16 og 17 omhandlede bekendtgørelser og meddelelser og af de statistiske rapporter, der er omhandlet i artikel 16, stk. 4, og i artikel 39, samt den i bilag I A og I B fastsatte nomenklatur og henvisningen i bekendtgørelserne og meddelelserne til bestemte nomenklaturpositioner inden for de kategorier af tjene-

stejdelser, der er opført i nævnte bilag, kan ændres efter den i artikel 40, stk. 3, fastsatte fremgangsmåde.

AFSNIT VI

KAPITEL 1

Fælles regler for deltagelse

Artikel 23

Ordrer tildeles på grundlag af kriterierne i kapitel 3 og under overholdelse af artikel 24, efter at kvalifikationer hos de tjenesteydere, der ikke er udelukket i henhold til artikel 29, er efterprøvet af de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med kriterierne i artikel 31 og 32.

Artikel 24

1. Når kriteriet for tildeling af ordren er det økonomisk mest fordelagtige bud, kan de ordregivende myndigheder tage hensyn til alternative bud fra bydende, når disse alternative bud opfylder de mindstekrav, der er fastsat af de ordregivende myndigheder. De ordregivende myndigheder angiver i udbudsbetingelserne, hvilke mindstekrav alternative bud skal opfylde, og hvilke specifikke krav der eventuelt stilles til deres udformning. De skal i udbudsbekendtgørelsen angive, om alternative bud ikke tages i betragtning.

De ordregivende myndigheder kan ikke afvise et alternativt bud alene med den begrundelse, at det er udarbejdet med tekniske specifikationer, der er defineret ved henvisning til nationale standarder, hvorved europæiske standarder gennemføres, ved henvisning til europæiske tekniske godkendelser eller ved henvisning til fælles tekniske specifikationer som omhandlet i artikel 14, stk. 2, eller ved henvisning til nationale tekniske specifikationer som omhandlet i artikel 14, stk. 5, litra a) og b).

2. Ordregivende myndigheder, der har indvilliget i at tage alternative bud i betragtning i henhold til stk. 1, kan ikke afvise et alternativt bud alene med den begrundelse, at det, såfremt det antages, vil blive en indkøbsaftale og ikke en offentlig tjenesteydelsesaftale i dette direktivs forstand.

Artikel 25

I udbudsbetingelserne kan den ordregivende myndighed anmode den bydende om i budet at angive, hvilke dele af en aftale han eventuelt har til hensigt at give i underentreprise til tredjemand.

Denne angivelse berører ikke hovedtjenesteyderens ansvar.

Artikel 26

1. Der kan afgives bud af sammenslutninger af tjenesteydere. Det kan ikke forlanges af sådanne sammenslutninger, at de med henblik på afgivelse af bud antager en bestemt retlig form, men den udvalgte sammenslutning kan være nødsaget hertil, når den har fået tildelt ordren.

2. Ansøgere eller bydende, som i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor de er etableret, har ret til at udføre den pågældende tjenesteydelse, kan ikke afvises alene med den begrundelse, at det i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor ordren tildeles, kunne kræves, at de skal være enten en fysisk eller en juridisk person.

3. Af juridiske personer kan det imidlertid forlanges, at de i budet eller anmodningen om deltagelse opgiver navn og relevante faglige kvalifikationer for de personer, der skal udføre den pågældende tjenesteydelse.

Artikel 27

1. Ved begrænsede udbud eller ved udbud efter forhandling udvælger de ordregivende myndigheder på grundlag af oplysningerne om tjenesteyderens forhold samt de oplysninger og formaliteter, der er nødvendige for at kunne vurdere de økonomiske og tekniske mindstekrav, som denne skal opfylde, blandt de ansøgere, der har de kvalifikationer, der kræves i henhold til artikel 29 til 35, de ansøgere, som de vil opfordre til at afgive bud eller til at forhandle.

2. Når de ordregivende myndigheder indgår en aftale ved begrænset udbud, kan de fastsætte en margen for det mindste og største antal tjenesteydere, de vil opfordre til at afgive bud. I så fald angives denne margen i udbudsbekendtgørelsen. Margenen fastlægges efter beskaffenheden af den tjenesteydelse, der skal præstere. Antallet må ikke være under fem og ikke over tyve.

Under alle omstændigheder skal antallet af ansøgere, der opfordres til at afgive bud, være tilstrækkelig stort til at sikre reel konkurrence.

3. Når de ordregivende myndigheder indgår en aftale ved udbud efter forhandling i henhold til artikel 11, stk. 2, må antallet af ansøgere, der har adgang til at forhandle, ikke være mindre end tre, forudsat at der er et tilstrækkeligt antal kvalificerede ansøgere.

4. Medlemsstaterne sørger for, at de ordregivende myndigheder uden forskelsbehandling udsender opfordringer til deltagelse til tjenesteydere fra andre medlemsstater, som opfylder de opstillede krav, og at dette sker på de samme betingelser som dem, der gælder for de nationale tjenesteydere.

Bilag 1

Artikel 28

1. Den ordregivende myndighed kan i udbudsbetingelserne oplyse eller kan af en medlemsstat forpligtes til at oplyse, hos hvilken myndighed eller hvilke myndigheder de bydende kan få oplysning om, hvilke forpligtelser der gælder i henhold til gældende bestemmelser om beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold i øvrigt i den medlemsstat, region eller på det sted, hvor tjenesteydelserne skal præsteres, og som finder anvendelse på de tjenesteydelser, der skal præsteres på stedet under aftalens opfyldelse.

2. Den ordregivende myndighed, der giver de i stk. 1 nævnte oplysninger, anmoder de bydende eller deltagerne i en udbudsprocedure om at angive, at de ved udarbejdelsen af deres bud har taget hensyn til de forpligtelser, der gælder i henhold til bestemmelserne om beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold i øvrigt på det sted, hvor tjenesteydelsen skal præsteres. Denne bestemmelse er ikke til hinder for anvendelse af bestemmelserne i artikel 37 om undersøgelse af unormalt lave bud.

KAPITEL 2

Kriterier for kvalitativ udvælgelse

Artikel 29

Fra deltagelse i en udbudsprocedure kan udelukkes enhver tjenesteyder:

- a) hvis bo er under konkurs, likvidation, skifte eller tvangsakkord uden for konkurs, som har indstillet sin erhvervsvirksomhed eller befinder sig i en lignende situation i henhold til en tilsvarende procedure, der er fastsat i national lovgivning
- b) hvis bo er begæret taget under konkursbehandling eller behandling med henblik på likvidation, skifte eller tvangsakkord uden for konkurs eller enhver tilsvarende behandling, der er fastsat i national lovgivning
- c) som ved en retskraftig dom er dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om hans faglige hæderlighed
- d) som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret
- e) som ikke har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af bidrag til sociale sikringsordninger i henhold til retsforskrifterne i det land, hvor han er etableret, eller i den ordregivende myndigheds land
- f) som ikke har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og afgifter i henhold til retsforskrifterne i den ordregivende myndigheds land

- g) som svigagtigt har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kan kræves i henhold til dette kapitel, eller som har undladt at give disse oplysninger.

Når den ordregivende myndighed af tjenesteyderen kræver bevis for, at han ikke befinder sig i nogen af de i litra a), b), c), e) eller f) nævnte situationer, godkender den som tilstrækkeligt bevis:

- i de i litra a), b) eller c) nævnte tilfælde fremlæggelse af en straffeattest eller et tilsvarende dokument udstedt af en kompetent retlig eller administrativ myndighed i hjemlandet eller et senere opholdsland, hvoraf det fremgår, at disse krav er opfyldt
- i de i litra e) eller f) nævnte tilfælde en attest udstedt af den kompetente myndighed i den pågældende medlemsstat.

Såfremt det pågældende land ikke udsteder sådanne dokumenter eller attester, kan de erstattes af en erklæring, som vedkommende under ed har afgivet over for en retlig eller administrativ myndighed, over for en notar eller over for en kompetent faglig organisation eller erhvervsorganisation i hjemlandet eller et senere opholdsland.

Medlemsstaterne udpeger inden for den i artikel 44 anførte frist de myndigheder og organisationer, der er kompetente til at udstede de pågældende dokumenter og attester og underretter straks de øvrige medlemsstater og Kommissionen herom.

Artikel 30

1. Hvis ansøgere eller bydende skal have en bestemt autorisation eller være medlem af en bestemt organisation for i deres hjemland at kunne udføre den pågældende tjenesteydelse, kan den ordregivende myndighed kræve bevis for denne autorisation eller dette medlemskab.

2. Ansøgere eller bydende kan anmodes om at godtgøre, at de er optaget i det faglige register eller handelsregistret eller om at fremlægge en erklæring eller attest som angivet i stk. 3 og som foreskrevet i den medlemsstat, hvor de er etableret.

3. De relevante faglige registre og handelsregistre samt erklæringer eller attester er:

- i Belgien »Registre du commerce«/»Handelsregister« og »ordres professionnels«/»Beroepsorden«
- i Danmark »Erhvervs- og Selskabsstyrelsen«
- i Tyskland »Handelsregister«, »Handwerksrolle« og »Vereinsregister«

- i Grækenland kan der af tjenesteyderne kræves en for en notar under ed afgivet erklæring om uøvelse af det pågældende erhverv; i de tilfælde, der er nævnt i den gældende nationale lovgivning for tjenesteydelser vedrørende undersøgelser som nævnt i bilag I A, erhvervsregistret »Μητρώο Μελετητών» samt »Μητρώο Γραφείων Μελετών»
- i Spanien »Registro Central de Empresas Consultoras y de Servicios del Ministerio de Economía y Hacienda»
- i Frankrig »registre du commerce» og »répertoire des métiers»
- i Italien »Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato», »Registro delle commissioni provinciali per l'artigianato» eller »Consiglio nazionale degli ordini professionali»
- i Luxembourg »registre aux firmes» og »rôle de la Chambre des métiers»
- i Nederlandene »Handelsregister»
- i Portugal »Registro nacional das Pessoas Colectivas»
- i Det Forenede Kongerige og Irland kan tjenesteyderen anmodes om at fremlægge en attest udstedt af »Registrar of companies» eller »Registrar of Friendly Societies» eller, såfremt han ikke er optaget heri, en attest, hvori det attesteres, at den pågældende under ed har afgivet en erklæring om, at han udøver det pågældende erhverv i det land, hvor han er etableret, på et bestemt sted og under et bestemt firmanavn.

Artikel 31

1. Bevis for tjenesteyderens finansielle og økonomiske formåen kan normalt føres ved en eller flere af følgende oplysninger:

- a) relevante erklæringer fra bank eller bevis for relevant erhvervsansvarsforsikring
- b) fremlæggelse af virksomhedens balance eller uddrag heraf, såfremt offentliggørelse af balancen er foreskrevet i selskabslovgivningen i det land, hvor tjenesteyderen er etableret
- c) en erklæring om virksomhedens samlede omsætning og dens omsætning i forbindelse med sådanne tjenesteydelser, som aftalen vedrører, de sidste tre regnskabsår.

2. De ordregivende myndigheder skal i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive bud anføre, hvilken eller hvilke af de i stk. 1 nævnte former for dokumentation de har valgt, samt hvilken anden dokumentation der skal fremlægges.

3. Såfremt tjenesteyderen af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge den af den ordregivende myndighed krævede dokumentation, kan han godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som den ordregivende myndighed finder egnet.

Artikel 32

1. Tjenesteyderens evne til at udføre tjenesteydelserne kan vurderes på grundlag af navnlig deres faglige dygtighed, deres effektivitet, deres erfaring og deres pålidelighed.

2. Tjenesteyderens tekniske formåen kan godtgøres på en eller flere af følgende måder afhængig af arten, mængden og anvendelsen af de tjenesteydelser, der skal præsteres:

- a) oplysning om de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer hos tjenesteyderen og/eller virksomhedens medarbejdere og især hos den eller de personer, der er ansvarlig for præstationen af tjenesteydelserne
- b) forelæggelse af en liste over de betydeligste tjenesteydelser, der er udført i løbet af de sidste tre år, med angivelse af beløb og tidspunkter samt de offentlige eller private modtagere af de leverede tjenesteydelser:
 - hvis det drejer sig om ordregivende myndigheder, skal godtgørelsen ske i form af attester, der er udstedt eller påtegnet af den kompetente myndighed
 - hvis det drejer sig om private købere, skal udførelsen attesteres af køberen eller, hvis dette ikke er muligt, af tjenesteyderen erklæres at have fundet sted
- c) oplysning om de involverede teknikere eller tekniske organer, uanset om de hører til tjenesteyderens virksomhed, navnlig om dem, der er ansvarlige for kvalitetskontrol
- d) en erklæring om virksomhedens årlige gennemsnitlige antal beskæftigede og antallet af ledere gennem de sidste tre år
- e) en erklæring om, hvilket værktøj, materiel og teknisk udstyr tjenesteyderen disponerer over til udførelse af tjenesteydelserne
- f) en beskrivelse af de foranstaltninger, tjenesteyderen har truffet til sikring af kvaliteten, og af virksomhedens undersøgelses- og forskningsfaciliteter
- g) hvis de tjenesteydelser, der skal udføres, er komplekse eller undtagelsesvis skal tjene et særligt formål, en kontrol gennemført af den ordregivende myndighed eller på dennes vegne af et kompetent officielt organ i den medlemsstat, hvor tjenesteyde-

Bilag 1

ren er etableret, under forudsætning af dette organs indvilligelse heri; denne kontrol vedrører tjenesteyderens tekniske formåen og om nødvendigt hans undersøgelses- og forskningsfaciliteter og de foranstaltninger, der er truffet til kontrol af kvaliteten

- h) oplysning om, hvor stor en del af kontrakten tjenesteyderen eventuelt agter at give i underentreprise.

3. Den ordregivende myndighed skal i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at afgive bud anføre, hvilke af disse former for dokumentation den ønsker at få forelagt.

4. De i artikel 31 og i stk. 1, 2 og 3 i nærværende artikel omhandlede oplysninger kan kun kræves, i det omfang de vedrører ordrens genstand, og de ordregivende myndigheder skal tage hensyn til tjenesteyderens legitime interesser med hensyn til beskyttelse af tekniske hemmeligheder eller forretningshemmeligheder.

Artikel 33

Såfremt de ordregivende myndigheder kræver, at der fremlægges attester udstedt af uafhængige organer til attestering af tjenesteyderens overensstemmelse med bestemte kvalitetsstandarder, skal disse henvise til kvalitetssikringssystemer, der bygger på de europæiske standarder af EN 29 000-serien certificeret af organer, der opfylder de europæiske standarder af EN 45 000-serien. De ordregivende myndigheder skal anerkende tilsvarende attester udstedt af organer fra andre medlemsstater. De skal ligeledes acceptere anden form for dokumentation for tilsvarende kvalitetssikringsforanstaltninger fra tjenesteydere, der ikke har adgang til at få udstedt sådanne attester eller ikke har mulighed for at få dem udstedt inden for den gældende frist.

Artikel 34

De ordregivende myndigheder kan inden for rammerne af artikel 29 til 32 anmode tjenesteyderne om at supplere eller udbyde den fremlagte dokumentation.

Artikel 35

1. Medlemsstater, der har officielle lister over godkendte tjenesteydere, tilpasser disse lister efter bestemmelserne i artikel 29, litra a), b), c), d) og g), og artikel 30, 31 og 32.

2. Tjenesteydere, der er optaget på officielle lister, kan for hver aftale forelægge den ordregivende myn-

dighed en attest for optagelse udstedt af den kompetente myndighed. Af attesten skal det fremgå, hvilke oplysninger der har dannet grundlag for optagelse på listen, samt den klassifikation, som følger af listen.

3. Et kompetent organs attestation af en tjenesteyders optagelse på en offentlig liste udgør for andre medlemsstaters ordregivende myndigheder kun i forhold til artikel 29, litra a), b), c), d) og g), artikel 30, artikel 31, litra b) og c), samt artikel 32, litra a), en formodning om, at tjenesteyderen er kvalificeret til at udføre de tjenesteydelser, der svarer til hans klassifikation.

Oplysninger, som kan udledes af optagelsen på de officielle lister, kan ikke drages i tvivl. Dog kan der for bidrag til sociale sikringsordninger afkræves hver registreret tjenesteyder supplerende dokumentation i forbindelse med hver enkelt kontrakt.

Ovenstående bestemmelser anvender de ordregivende myndigheder i andre medlemsstater udelukkende på tjenesteydere, der er etableret i den medlemsstat, der fører den officielle liste.

4. I forbindelse med optagelse af tjenesteydere fra andre medlemsstater på en officiel liste kan der ikke kræves andre beviser eller erklæringer end dem, der kræves af nationale tjenesteydere, og under ingen omstændigheder andre end dem, der er fastsat i artikel 29 til 33.

5. Medlemsstater, der har officielle lister, skal over for de øvrige medlemsstater oplyse adressen på det organ, hvortil anmodninger om optagelse kan rettes.

KAPITEL 3

Kriterier for tildeling af ordren

Artikel 36

1. Med forbehold af de nationale love eller administrative bestemmelser om vederlag for visse tjenesteydelser, kan de ordregivende myndigheder lægge følgende kriterier til grund ved tildelingen af ordrer:

a) når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, der varierer efter aftalen, f.eks. kvalitet, teknisk værdi, æstetisk og funktionsmæssig værdi, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid, pris

b) eller udelukkende den laveste pris.

2. Når ordren skal tildeles det økonomisk mest fordelagtige bud, anfører de ordregivende myndigheder i

udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen, hvilke kriterier de påtænker at benytte, så vidt muligt ordnet efter den betydning de tillægges, med de vigtigste først.

Artikel 37

Hvis bud vedrørende en bestemt aftale forekommer at være unormalt lave i forhold til ydelsen, skal den ordregivende myndighed, inden den kan afvise sådanne bud, skriftligt anmode om sådanne oplysninger om de pågældende buds sammensætning, som den anser for relevante, og efterkontrollere denne sammensætning under hensyntagen til de modtagne forklaringer.

Den ordregivende myndighed kan tage hensyn til begrundelser vedrørende besparelser i forbindelse med udførelsen af tjenesteydelsen, de anvendte tekniske løsninger, den bydendes usædvanligt gunstige betingelser for at levere tjenesteydelsen eller den bydendes projekts originalitet.

Hvis ordren ifølge udbudsbetingelserne tildeles på grundlag af det laveste bud, skal den ordregivende myndighed give Kommissionen meddelelse om afvisning af bud, som den finder for lave.

AFSNIT VII

Afsluttende bestemmelser

Artikel 38

Tidsfristerne beregnes i henhold til Rådets forordning (EØF, Euratom) nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter ⁽¹⁾.

Artikel 39

1. For at kunne bedømme resultaterne af direktivets anvendelse sender medlemsstaterne senest den 31. oktober 1995 for det foregående år og derefter den 31. oktober hvert andet år Kommissionen en statistisk opgørelse over de tjenesteydelsesaftaler, de ordregivende myndigheder har indgået.

2. I opgørelsen angiver medlemsstaterne mindst antallet og værdien af de aftaler, hver ordregivende myndighed eller kategori af ordregivende myndigheder har indgået over tærskelbeløbet, så vidt muligt opdelt efter udbudsform, tjenesteydelsens kategori og nationaliteten af den tjenesteyder, der har fået tildelt ordren, og ved udbud efter forhandling opdelt i henhold til artikel 11 med angivelse af antallet og værdien af de

ordrer, der er tildelt de enkelte medlemsstater og tredjelande.

3. Kommissionen fastsætter efter fremgangsmåden i artikel 40, stk. 3, hvilke statistiske oplysninger der eventuelt er påkrævet i henhold til dette direktiv.

Artikel 40

1. Kommissionen bistås af det ved afgørelse 71/306/EØF nedsatte Rådgivende Udvalg for Offentlige Aftaler.

2. I forbindelse med de teletjenesteydelser, der er omfattet af kategori 5 i bilag I A, bistås Kommissionen tillige af det ved direktiv 90/531/EØF nedsatte Rådgivende Udvalg for Telekommunikationskontrakter.

3. Når der henvises til fremgangsmåden i dette stykke, forelægger Kommissionens repræsentant udvalget et udkast til de foranstaltninger, der skal træffes. Udvalget afgiver en udtalelse om dette udkast inden for en frist, som formanden kan fastsætte under hensyn til, hvor meget spørgsmålet haster, i givet fald ved afstemning.

Udtalelsen optages i mødeprotokollen; derudover har hver medlemsstat ret til at anmode om, at dens holdning indføres i mødeprotokollen.

Kommissionen tager størst muligt hensyn til udvalgets udtalelse. Den underretter udvalget om, hvorledes den har taget hensyn til dets udtalelse.

4. På Kommissionens foranledning eller efter anmodning fra en medlemsstat behandler de i stk. 1 og 2 nævnte udvalg ethvert spørgsmål, der vedrører anvendelsen af dette direktiv.

Artikel 41

Artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 89/665/EØF 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 ⁽²⁾ affattes således:

»1. Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF, 77/62/EØF og 92/50/EØF (*), de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig hurtigst muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i de følgende

(¹) EFT nr. L 124 af 8. 6. 1971, s. 1.

(²) EFT nr. L 395 af 30. 12. 1989, s. 33.

Bilag 1

artikler, særlig artikel 2, stk. 7, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret.

(*) EFT nr. L 209 af 24. 7. 1992, s. 1.»

Artikel 42

1. Artikel 5, stk. 1, litra c), i direktiv 77/62/EØF, affattes således:

»c) De fastsatte tærsklers modværdi i national valuta samt den i GATT-Aftalen fastsatte tærskels modværdi i ecu skal i princippet og med virkning fra 1. januar 1988 justeres en gang hvert andet år. Beregningen af disse modværdier sker på grundlag af gennemsnittet af disse valutaers dagskurs over for ecu og på grundlag af gennemsnittet af ecuens dagskurs over for SDR over de 24 måneder, der slutter den sidste dag i august umiddelbart forud for den justering, der får virkning fra den 1. januar. Modværdierne offentliggøres i begyndelsen af november i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.«

2. Artikel 4a, stk. 2, i direktiv 71/305/EØF, affattes således:

- »2. a) Den fastsatte tærskels modværdi i national valuta skal normalt og med virkning fra 1. januar 1992 justeres hvert andet år. Beregningen af denne modværdi sker på grundlag af gennemsnittet af disse valutaers dagskurs over for ecu i de 24 måneder, der slutter den sidste dag i august umiddelbart forud for den justering, der får virkning fra den 1. januar. Modværdien offentliggøres i begyndelsen af november i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.
- b) Beregningsmetoden i litra a) tages op til revision af Det Rådgivende Udvalg for Offentlige Arbejder, på forslag fra Kom-

missionen, i princippet to år efter, at den første gang er anvendt.«

Artikel 43

Senest tre år efter udløbet af den frist, der er indrømmet medlemsstaterne til at efterkomme dette direktiv, undersøger Kommissionen i nært samarbejde med de i artikel 40, stk. 1 og 2, omhandlede udvalg, hvorledes direktivet er blevet anvendt, herunder også virkningerne af direktivets anvendelse på udførelse af de i bilag I A opførte tjenesteydelser og bestemmelserne vedrørende tekniske standarder. Den vurderer navnlig mulighederne for at lade direktivet finde fuld anvendelse på de i bilag I B opførte andre tjenesteydelser og undersøger de virkninger, statens selvudførelse af tjenesteydelser har for en effektiv liberalisering på dette område. Den fremsætter de nødvendige forslag med henblik på at tilpasse direktivet i overensstemmelse hermed.

Artikel 44

1. Medlemsstaterne sætter de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv inden den 1. juli 1993. De underretter straks Kommissionen herom.

Når medlemsstaterne vedtager disse love og administrative bestemmelser, skal de indeholde en henvisning til dette direktiv, eller de skal ved offentliggørelsen ledsages af en sådan henvisning. De nærmere regler for denne henvisning fastsættes af medlemsstaterne.

2. Medlemsstaterne meddeler Kommissionen teksten til de vigtigste nationale retsforskrifter, som de udsteder på det område, der er omfattet af dette direktiv.

Artikel 45

Dette direktiv er rettet til medlemsstaterne.

Udfærdiget i Luxembourg, den 18. juni 1992.

På Rådets vegne
Vitor MARTINS
Formand

BILAG 1 A

Tjenesteydelser i den i artikel 8 anførte betydnings

Kategori	Beskrivelse	CPC-referencenummer
1.	Vedligeholdelse og reparation	6112, 6122, 633, 886
2.	Landtransport ⁽¹⁾ , herunder sikkerhedstransport, kurervirksomhed, undtagen postbesøgelse	712 (undtagen 71235), 7512, 87304
3.	Lufttransport af personer og gods, undtagen postbesøgelse	73 (undtagen 7321)
4.	Postbesøgelse på land ⁽¹⁾ , og i luften	71235, 7321
5.	Teletjenester ⁽²⁾	752
6.	Finansielle tjenesteydelser a) Forsikring b) Bank- og investeringstjenesteydelser ⁽³⁾	ex 81 812, 814
7.	Edb-tjenesteydelser og hermed beslægtede tjenesteydelser	84
8.	F&U-tjenesteydelser ⁽⁴⁾	85
9.	Regnskabsvæsen, revision og bogholderi	862
10.	Markeds- og opinionsundersøgelser	864
11.	Managementkonsulentvirksomhed og hermed beslægtede tjenesteydelser ⁽⁵⁾	865, 866
12.	Arkitektvirksomhed, rådgivende ingeniørvirksomhed og integreret ingeniørvirksomhed, byplanlægning og landskabsarkitektur, hermed beslægtet teknisk-videnskabelig konsulentvirksomhed, teknisk afprøvning og analyse	867
13.	Reklamevirksomhed	871
14.	Bygningsrengøring og ejendomsadministration	874 82201 til 82206
15.	Forlags- og trykkerivirksomhed på honorar- eller kontraktbasis	88442
16.	Kloakering og affaldsbortskaffelse: rensning og lignende tjenesteydelser	94

⁽¹⁾ Undtagen de i kategori 18 omhandlede jernbanetransportydelser.

⁽²⁾ Undtagen taletelefoni, telex, radiotelefoni, personøgning og satellitkommunikation.

⁽³⁾ Undtagen aftaler om finansielle tjenesteydelser vedrørende emission, køb, salg og overførsel af værdipapirer eller andre finansielle instrumenter samt centralbankers tjenesteydelser.

⁽⁴⁾ Undtagen aftaler om tjenesteydelser vedrørende forskning og udvikling, bortset fra dem, hvis udbytte tilhører den ordregivende myndighed til brug for egen virksomhed, hvis tjenesteydelsen i fuldt omfang aflønnes af den ordregivende myndighed.

⁽⁵⁾ Undtagen voldgifts- og mæglingstjenesteydelser.

BILAG 1 B

Tjenesteydelser i den i artikel 9 anførte betydning

Kategori	Beskrivelse	CPC-referencenummer
17.	Hotel og restaurationsvirksomhed	64
18.	Jernbanetransport	711
19.	Transport ad vandveje	72
20.	Støtte- og hjælpetransporttjenesteydelser	74
21.	Juridiske tjenesteydelser	861
22.	Personaleudvælgelse og -rekruttering	872
23.	Efterforsknings- og sikkerhedstjenesteydelser, undtagen sikkerhedstransport	873 (undtagen 87304)
24.	Undervisning og erhvervsuddannelse	92
25.	Sundheds- og socialvæsen	93
26.	Fritids- og sportsaktiviteter samt kulturelle aktiviteter	96
27.	Andre tjenesteydelser	

BILAG II

Definition af tekniske specifikationer

I dette direktiv forstås ved:

- 1) *Tekniske specifikationer*: samtlige tekniske forskrifter, navnlig sådanne, der findes i udbudsbetingelserne, som fastlægger krævede egenskaber for et bygge- og anlægsarbejde eller et materiale, og hvorved disse objektivt kan beskrives således, at de opfylder kravene for den anvendelse, som den ordregivende myndighed har bestemt dem til. Disse egenskaber omfatter kvalitetsniveau, brugs-egenskaber, sikkerhed, dimensioner, herunder forskrifter for materialet, kvalitetssikring, terminologi, symboler, afprøvning og afprøvningsmetoder, emballering, mærkning og etikettering. De omfatter ligeledes regler for udformning og beregning, betingelser for afprøvning, kontrol og godkendelse samt konstruktionsteknik og konstruktionsmetoder samt alle andre tekniske forhold, som den ordregivende myndighed ved almindelige eller særlige bestemmelser kan fastsætte vedrørende de færdige arbejder og de materialer, der indgår deri.
- 2) *Standard*: den tekniske specifikation, som er godkendt af et anerkendt standardiseringsorgan til gentagen eller konstant anvendelse, men hvis overholdelse normalt ikke er obligatorisk.
- 3) *Europæisk standard*: de standarder, der er godkendt af Den Europæiske Standardiseringsorganisation (CEN) eller af Den Europæiske Komité for Elektroteknisk Standardisering (CENELEC), som »europæisk standard (EN)« eller som »harmoniseringsdokumenter (HD)« i henhold til de fælles regler for disse organisationer, eller af Det Europæiske Institut for Telestandarder (ETSI) som »europæisk telestandard« (ETS).
- 4) *Europæisk teknisk godkendelse*: godkendelse af et materiales egnethed til anvendelse på grundlag af den tekniske bedømmelse, som bygger på, at materialet opfylder de væsentlige krav, der gælder for bygge- og anlægsarbejder, til grund for hvilke lægges materialets iboende egenskaber og de forskrifter, der gælder for dets ibrugtagning og anvendelse. Europæisk godkendelse udstedes af et organ, der er godkendt hertil af medlemsstaten.
- 5) *Fælles teknisk specifikation*: teknisk specifikation udarbejdet efter en af medlemsstaterne godkendt procedure og offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.
- 6) *Væsentlige krav*: krav om sikkerhed, sundhed og visse andre forhold vedrørende almenvellet, som bygge- og anlægsarbejder eventuelt skal overholde.

BILAG III

Modeller til udbudsbekendtgørelser

A. Forhåndsmeddelelse

1. Navn, adresse, telegramadresse, telefon-, telex- og telefaxnummer på den ordregivende myndighed og på det kontor, hvortil der kan rettes henvendelse for at få yderligere oplysninger, såfremt det ikke er den samme.
2. Samlede påtænkte anskaffelse inden for hver af de tjenesteydelseskategorier, der er opført i bilag I A.
3. Foreløbig dato for iværksættelse af udbudsprocedurerne for hver kategori.
4. Andre oplysninger.
5. Dato for afsendelse af bekendtgørelsen.
6. Dato for Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationers modtagelse af bekendtgørelsen.

B. Offentligt udbud

1. Den ordregivende myndigheds navn, adresse, telegramadresse, telefon-, telex- og telefaxnummer.
2. Tjenesteydelsens kategori og beskrivelse. CPC-referencenummer.
3. Udførelses- eller leveringssted.
4.
 - a) Angivelse af, om udførelsen af tjenesteydelsen ved lov eller administrativ bestemmelse er forbeholdt en bestemt profession.
 - b) Oplysning om denne lov eller administrative bestemmelse.
 - c) Angivelse af, om juridiske personer skal anføre navn og faglige kvalifikationer for de medarbejdere, der skal udføre tjenesteydelsen.
5. Angivelse af, om der kan afgives bud på en del af de pågældende tjenesteydelser.
6. I givet fald forbud mod alternative bud.
7. Ordrens varighed eller frist for udførelse af tjenesteydelsen.
8.
 - a) Navn og adresse på det kontor, hvortil der kan rettes henvendelse for at få udleveret de relevante dokumenter.
 - b) Sidste frist for fremsættelse af sådanne anmodninger.
 - c) I givet fald det gebyr, der skal betales for at modtage disse dokumenter, samt betalingsbetingelser.
9.
 - a) Personer, der har adgang til at overvære åbningen af buddene.
 - b) Dato, klokkeslæt og sted for åbning af buddene.
10. I givet fald sikkerhedsstillelse og garantier, som forlanges.
11. De vigtigste finansierings- og betalingsvilkår og/eller henvisninger til de forskrifter, hvoraf de fremgår.
12. I givet fald den retlige form, som den sammenslutning af tjenesteydere, som ordren tildeles, skal have.
13. Oplysning om tjenesteyderens egne forhold og de nødvendige oplysninger og formaliteter til vurdering af de økonomiske og tekniske mindstekrav, som tjenesteyderen skal opfylde.

14. Periode, i hvilken den bydende er forpligtet til at vedstå sit bud.
15. Kriterier for tildeling af ordren, og, om muligt, deres prioritering. Andre kriterier end den laveste pris skal nævnes, hvis de ikke fremgår af udbudsbetingelserne.
16. Andre oplysninger.
17. Dato for afsendelse af bekendtgørelsen.
18. Dato for Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationers modtagelse af bekendtgørelsen.

C. Begrænset udbud

1. Den ordregivende myndigheds navn, adresse, telegramadresse, telefon-, telex- og telefaxnummer.
2. Tjenesteydelsens kategori og beskrivelse. CPC-referencenummer.
3. Udførelses- eller leveringssted.
4.
 - a) Angivelse af, om udførelsen af tjenesteydelsen ved lov eller administrativ bestemmelse er forbeholdt en bestemt profession.
 - b) Oplysning om denne lov eller administrative bestemmelse.
 - c) Angivelse af, om juridiske personer skal anføre navn og faglige kvalifikationer for de medarbejdere, der skal udføre tjenesteydelsen.
5. Angivelse af, om der kan afgives bud på en del af de pågældende tjenesteydelser.
6. Påtænkt antal (eller mindste og største antal) tjenesteydere, der vil blive opfordret til at afgive bud.
7. I givet fald forbud mod alternative bud.
8. Ordrens varighed eller frist for udførelse af tjenesteydelsen.
9. I givet fald den retlige form, som den sammenslutning af tjenesteydere, som ordren tildeles, skal have.
10.
 - a) I givet fald begrundelse for brug af hasteproceduren.
 - b) Sidste frist for modtagelse af anmodninger om deltagelse.
 - c) Adresse, hvortil de skal sendes.
 - d) Det eller de sprog, de skal være affattet på.
11. Sidste frist for afsendelse af opfordringer til at afgive bud.
12. I givet fald sikkerhedsstillelse og garantier, som forlanges.
13. Oplysning om tjenesteyderens egne forhold og de nødvendige oplysninger og formaliteter til vurdering af de økonomiske og tekniske mindstekrav, som tjenesteyderen skal opfylde.
14. Kriterier for tildeling af ordren og, om muligt, deres prioritering, hvis de ikke fremgår af opfordringen til at afgive bud.
15. Andre oplysninger.
16. Dato for afsendelse af bekendtgørelsen.
17. Dato for Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationers modtagelse af bekendtgørelsen.

Bilag 1

D. Udbud efter forhandling

1. Den ordregivende myndigheds navn, adresse, telegramadresse, telefon-, telex- og telefaxnummer.
2. Tjenesteydelsens kategori og beskrivelse. CPC-referencenummer.
3. Udførelses- eller leveringssted.
4.
 - a) Angivelse af, om udførelsen af tjenesteydelsen ved lov eller administrativ bestemmelse er forbeholdt en bestemt profession.
 - b) Oplysning om denne lov eller administrative bestemmelse.
 - c) Angivelse af, om juridiske personer skal anføre navn og faglige kvalifikationer for de medarbejdere, der skal udføre tjenesteydelsen.
5. Angivelse af, om der kan afgives bud på en del af de pågældende tjenesteydelser.
6. Påtænkt antal (eller mindste og største antal) tjenesteydere, der vil blive opfordret til at afgive bud.
7. I givet fald forbud mod alternative bud.
8. Ordrens varighed eller frist for udførelse af tjenesteydelsen.
9. I givet fald den retlige form, som den sammenslutning af tjenesteydere, som ordren tildeles, skal have.
10.
 - a) I givet fald begrundelse for brug af hasteproceduren.
 - b) Sidste frist for modtagelse af anmodninger om deltagelse.
 - c) Adresse, hvortil de skal sendes.
 - d) Det eller de sprog, de skal være affattet på.
11. I givet fald sikkerhedsstillelse og garantier, som forlanges.
12. Oplysning om tjenesteyderens egne forhold og de nødvendige oplysninger og formaliteter til vurdering af de økonomiske og tekniske mindstekrav, som tjenesteyderen skal opfylde.
13. I givet fald navn og adresse på de tjenesteydere, der allerede er udvalgt af den ordregivende myndighed.
14. Andre oplysninger.
15. Dato for afsendelse af bekendtgørelsen.
16. Dato for Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationers modtagelse af bekendtgørelsen.
17. Dato for tidligere offentliggørelser i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

E. Meddelelse om tildeling af ordrer

1. Den ordregivende myndigheds navn og adresse.
2. Den valgte udbudsform. Ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, begrundelse (artikel 11, stk. 3).
3. Tjenesteydelsens kategori og beskrivelse. CPC-referencenummer.
4. Dato for tildeling af ordren.

5. Kriterierne for tildeling af ordren.
 6. Antal modtagne bud.
 7. Navn og adresse på den eller de valgte tjenesteydere.
 8. Den betalte pris eller prismargen (minimum/maksimum).
 9. I givet fald, hvilken del af kontrakten der påtænkes givet i underentreprise til tredjemand, og værdien af denne del.
 10. Andre oplysninger.
 11. Dato for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.
 12. Dato for afsendelse af bekendtgørelsen.
 13. Dato for Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer modtagelse af bekendtgørelsen.
 14. For aftaler om de i bilag 1B opførte tjenesteydelser, den ordregivende myndigheds indvilligelse i offentliggørelse af bekendtgørelsen (artikel 16, stk. 3).
-

BILAG IV

A. Bekendtgørelser om projektkonkurrencer

1. Navn, adresse, telegramadresse, telefon-, telex- og telefaxnummer på den ordregivende myndighed og på det kontor, hvortil der kan rettes henvendelse for at få udleveret de relevante dokumenter.
2. Projektbeskrivelse.
3. Konkurrencens art: åben eller begrænset.
4. Ved åbne konkurrencer: sidste frist for modtagelse af projekter.
5. Ved begrænsede konkurrencer:
 - a) påtænkt deltagerantal
 - b) i givet fald navn på allerede udvalgte deltagere
 - c) kriterierne for udvælgelse af deltagere
 - d) sidste frist for modtagelse af anmodninger om deltagelse.
6. I givet fald angivelse af, om deltagelse er forbeholdt en bestemt profession.
7. Kriterierne for vurdering af projekter.
8. I givet fald navn på valgte medlemmer af bedømmelseskomitéen.
9. Angivelse af, om bedømmelseskomitéens afgørelse er bindende for den ordregivende myndighed.
10. I givet fald antal og værdi af præmier.
11. I givet fald nærmere oplysninger om betalinger til alle deltagere.
12. Angivelse af, om præmiemodtagerne har ret til at få tildelt opfølgende ordrer.
13. Andre oplysninger.
14. Dato for afsendelse af bekendtgørelsen.
15. Dato for Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationers modtagelse af bekendtgørelsen.

B. Resultater af projektkonkurrencer

1. Den ordregivende myndigheds navn, adresse, telegramadresse, telefon-, telex- og telefaxnummer.
2. Projektbeskrivelse.
3. Samlet deltagerantal.
4. Antal udenlandske deltagere.
5. Konkurrencens vinder(e).
6. I givet fald præmie(r).
7. Andre oplysninger.
8. Henvisning til bekendtgørelsen om projektkonkurrencen.
9. Dato for afsendelse af bekendtgørelsen.
10. Dato for Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationers modtagelse af bekendtgørelsen.

Litteratur

- Bent Christensen, »Forvaltningsret, opgaver, hjemmel, organisation«, 1991.
- Bent Christensen, »Domstolsprøvelse af forvaltningsakter«, 1988.
- Betænkning nr. 587.
- Budgetvejledningen 1985.
- Budgetvejledningen 1989.
- Common Market Law Review, 1986, p. 803.
- Common Market Law Review, 1987, p. 31.
- Common Market Law Review, 1987, p. 659.
- Common Market Law Review, 1989, p. 423.
- Common Market Law Review, 1989, p. 475.
- R.M. O'Connor, »EF-regler om anvendelse af standarder for informationsteknologi« – dec. 1990.*
- R.M. O'Connor, »EF-regler om anvendelse af standarder for informationsteknologi« – anden udgave 1992. *
- EF-bulletin supplement 6/88, »Offentlige kontrakter inden for de undtagne sektorer«, 1988.
- EF-Karnow, 1990 kap. 16.
- Fischer & Lorenz, »Udvalgte artikler«, december 1989.*
- C. Gulmann og Hagel Sørensen, »EF-ret«, 1988.
- Hørlyck, »Entrepriseret og licitationsbetingelser«, 3. udgave 1982.
- Hørlyck, »Entrepriseretlige noter«, 1990.
- Industrirådet m.fl., »Det næste stik – Europæiske telekommunikation, nye muligheder for erhvervslivet«, januar 1990.*
- Juridisk Tidsskrift vid Stockholms Universitet, 1991-92, p. 407.
- Kommissionsdomstolens beretning vedrørende »køb dansk klausulen« i A/S Storebæltsforbindelsens udbudsbetingelser fra juli 1991.
- Kommissionen, »Gennemførelse af det indre marked – status 31.12.1990 – rammerne om virksomhedssamarbejde«, december 1990.
- Kommissionen, »Åbning af adgangen til at konkurrere om offentlige kontrakter samt forberedelser til 1992«, 1991.
- Kommissionen, »Det indre marked – og de offentlige licitationer«, juli 1991.
- Kommissionen, »European procurement handbook for open systems«, 1992.*
- Nordisk Råd, »The Nordic Government OSI-profile«, 1990:68.*
- Peter Pagh, »EF-miljøret«, 1990.
- Sven Thygesen, »EDB-køb i EF«, 1991.*
- Hans Henrik Vagner, »Entrepriseret«, 1988.
- Peter Vesterdorf, »Udbud af offentlige kontrakter i EF«, 1990.

Litteratur

Vejledninger

Administrations- og personaledepartementets vejledning, april 1990.

Administrations- og personaledepartementets vejledning om standarder for datakommunikation 1990.*

Administrations- og Personaledepartementet, »Standarder for åbne systemer i den offentlige forvaltning«, januar 1992.*

Administrations- og Personaledepartementet, »Effektivisering af statsindkøb«, marts 1992.

Administrations- og Personaledepartementet, »Udlicitering – effektivisering gennem konkurrence«, april 1992.

Bygge- og Boligstyrelsen, »EF's regler for udbud af offentlige bygge- og anlægsarbejder«.

Direktoratet for Statens indkøb, »Statens vejledning vedrørende aftaler om rengøringsarbejder«, 1989.

Direktoratet for Statens indkøb, »De internationale regler om offentlige indkøb og deres anvendelse i praksis«, juni 1991.

Rapport fra det EDB-politiske udvalg »Effektiv EDB i staten«, april 1992 – udgivet af Administrations- og Personaledepartementet.*

* Har særlig relevans vedrørende køb af EDB og anden informationsteknologi.

Register over EF-regler

EØFT

art 2 60
art 3, litre f 17, 136
art 5 17, 24, 54, 105, 153
art 7 17, 18, 22, 24, 120, 129, 135, 136
art 12 136
art 30 17-20, 23-26, 31, 32, 52, 72, 83, 110, 136, 139
art 36 20, 82, 83, 86, 129, 135, 137
art 37 52
art 48 18, 22, 86, 136
art 52 17, 21, 22, 136, 139
art 55 21, 22
art 56 21, 22
art 57 129
art 59 17, 18, 20-22, 24, 25, 72, 83, 110, 136, 139
art 60 86
art 67 86, 136
art 85 16, 17, 52
art 86 16, 17, 52-54, 136
art 90 16, 17, 50, 52-56, 111, 136, 140
art 92 13, 17, 19, 24, 26-28, 30-33, 36, 37, 41, 44, 51, 54, 56, 72, 83, 130, 136, 143
art 93 26, 27, 33, 36, 51, 56, 127, 130
art 94 26, 30, 31, 36, 54, 136, 143
art 95 136
art 100 82
art 100A 129-130
art 169 20, 77, 103, 134, 144, 152
art 170 134
art 173 27, 55
art 177 31, 151
art 186 20, 144, 153
art 189 137
art 222 50, 51, 56
art 223 82, 83

Sekundær EF-ret

Afgørelser

Afgørelse 80/271 23, 62, 79
Afgørelse 87/305 131
Afgørelse 89/630 115
Afgørelse 90/683 109

Beslutninger

Beslutning 84/417 og 418 35
Beslutning 85/215 27
Beslutning 87/95 62, 76, 81, 84, 85, 113-115, 137, 153
Beslutning 90/16 49
Beslutning 91/11 47
Beslutning 91/396 114
Beslutning 92/11 28, 41, 45, 47
Beslutning 92/35 28
Beslutning 92/204 16

Direktiver

Direktiv 64/427 61
Direktiv 64/429 61
Direktiv 68/151 140
Direktiv 71/304 61
Direktiv 71/305 20, 60-62, 67-71, 74-78, 82, 84, 86, 87, 91, 92, 95, 97-99, 101, 104, 107, 110, 111, 115, 117, 118, 120-122, 124, 125, 128, 129, 131, 132, 139, 149
Direktiv 76/207 139
Direktiv 77/62 19, 61, 62, 68, 69, 72, 74, 76-79, 81-84, 86, 88, 92, 95, 97, 98, 99-101, 104, 107, 110, 111, 115, 116, 118, 124, 125, 128, 129, 132, 139, 144, 149
Direktiv 80/723 16, 54, 55
Direktiv 80/767 62, 76, 77, 84
Direktiv 80/987 133, 141
Direktiv 83/189 109
Direktiv 85/337 141

Register over EF-regler

Direktiv 85/374	141	Direktiv 91/263	114
Direktiv 85/413	16, 54, 56	Direktiv 91/287	114
Direktiv 86/361	112, 113	Direktiv 91/296	58
Direktiv 88/182	109	Direktiv 92/13	25, 63, 65, 135, 145-148, 151, 152
Direktiv 88/295	62, 76, 78, 82, 84, 116	Direktiv 92/31	114
Direktiv 88/301	114		
Direktiv 89/106	112	<i>Forordninger</i>	
Direktiv 89/189	114	Forordning 797/85	35
Direktiv 89/336	113	Forordning 3640/85	36
Direktiv 89/440	62, 68, 69	Forordning 1760/87	36
Direktiv 89/665	25, 62, 65, 135, 145-149, 151, 152	<i>Henstillinger</i>	
Direktiv 90/387	114	Henstilling 75/436	25, 34
Direktiv 90/388	114	Henstilling 91/561	95
Direktiv 90/531	24, 63, 68, 69, 75, 76, 79, 82, 84, 86, 88-92, 96, 97, 99-101, 104-107, 110, 111, 115, 117-119, 124, 125, 127, 128, 129, 132, 147, 148, 153	<i>Kommissionens meddelelser</i>	
Direktiv 90/544	114	Kommissionens meddelelse af 24. juli 1991 (EFT. 1991, C.273/1)	29, 34, 56
Direktiv 90/547	58	Kommissionens meddelelse EFT, 1992, C.122/6	30, 34, 39, 49

Danske regler

Lov

Aftaleloven 11, 45, 132

Elforsyningsloven 90

Finansloven 14

Forvaltningsloven 11

Grundloven 11

Kommunestyrelsesloven 14, 46

Købeloven 11

Licitationsloven 14, 65, 69, 76, 97

Lov nr. 216, 1989 141

Lov nr. 371, 1989 141

Lov nr. 366, 1990 76, 84, 92, 143

Lov nr. 808, 1990 13

Lov nr. 344, 1991 149-151

Lov nr. 385, 1991 14, 28

Lov nr. 377, 1992 70, 92

Lov nr. 383, 1992 28-29

Lov nr. 384, 1992 55

Lov nr. 386, 1992 11

Lov nr. 863, 1987 13

Lov om buskørel 90

Lov om privatbaner 90

Luftfartsloven 90

Miljøbeskyttelsesloven, nr. 358, 1991 13

Naturgasforsyningsloven 90

Vandforsyningsloven 12, 90

Varmeforsyningsloven, nr. 382, 1990 12, 90

Planloven, nr. 388, 1991 141

Bekendtgørelser m.m.

Bkg. nr. 141, 1974 90

Bkg. nr. 604, 1985 90

Bkg. nr. 379, 1988 141

Bkg. nr. 595, 1990 76, 143

Bkg. nr. 132, 1991 81, 85

Bkg. nr. 498, 1991 76

Bkg. nr. 810, 1991 83, 143

Bkg. nr. 912, 1991 151

Cirkulære af 21. januar 1992 om udlicitering
96, 105

Cirkulæret af 21. januar 1992 105

Sager fra domstolen

- sag 6/64, EF-domssaml. 1964, p.1251 26, 135
- sag 22/70, EF-domssaml. 1971, p.41 115
- sag 120/73, EF-domssaml. 1973, p.1471 32
- sag 155/73, EF-domssaml. 1974, p.409 52
- sag 8/74, EF-domssaml. 1974, p.837 18
- sag 26/75, EF-domssaml. 1975, p.1367 54
- sag 10/76, EF-domssaml. 1977, p.1359 96, 103, 125
- sag 74/76, EF-domssaml. 1977, p.557 31
- sag 78/76, EF-domssaml. 1977, p.595 36
- sag 56/77, EF-domssaml. 1978, p.2215 93, 129
- sag 148/77, EF-domssaml. 1978, p.1787 43
- sag 91/78, EF-domssaml. 1979, p.935 52
- sag 148/78, EF-domssaml. 1979, p.1629 138
- sag 104/79, EF-domssaml. 1980, p.745 37
- sag 730/79, EF-domssaml. 1980, p.2671 30
- sag 172/80, EF-domssaml. 1982, p.2021 53
- sag 188-190/80, EF-domssaml. 1982, p.2545 50, 55, 57
- sag 246/80, EF-domssaml. 1981, p.2311 152
- sag 8/81, EF-domssaml. 1982, p.53 138
- sag 76/81, EF-domssaml. 1982, p.417 121, 131, 144
- sag 104/81, EF-domssaml. 1982, p.3641 23, 80
- sag 249/81, EF-domssaml. 1982, p.4005 72, 80
- sag 177-178/82, EF-domssaml. 1984, p.1797 52
- sag 199/82, EF-domssaml. 1983, p.3595 145
- sag 41/83, EF-domssaml. 1985, p.873 16, 53, 91, 137
- sag 91 og 127/83, EF-domssaml. 1984, p.3535 37
- sag 126/83, EF-domssaml. 1984, p.2769 94
- sag 240/83, EF-domssaml. 1985, p.531 57
- sag 274/83, EF-domssaml. 1985, p.1077 103, 125, 144
- sag 103/84, EF-domssaml. 1986, p.1759 32
- sag 152/84, EF-domssaml. 1986, p.737 59, 80, 133, 139
- sag 169/84, EF-domssaml. 1990 I, p.3084 27, 44
- sag 311/84, EF-domssaml. 1985, p.3261 54
- sag 118/85, EF-domssaml. 1987, p.2619 55
- sag 199/85, EF-domssaml. 1987, p.1039 75, 102, 105, 139, 144
- sag 352/85, EF-domssaml. 1988, p.2085 22
- sag 27-29/86, EF-domssaml. 1987, p.3347 60, 120, 122, 143
- sag 57/86, EF-domssaml. 1988, p.2855 27, 28, 31
- sag 80/86, EF-domssaml. 1987, p.3989 92, 140, 143
- sag 302/86, EF-domssaml. 1988, p.4607 83
- sag 30/87, EF-domssaml. 1988, p.2479 52, 54
- sag 31/87, EF-domssaml. 1988, p.4635 71, 79-81, 83, 119, 123, 125, 128, 130, 139, 143, 144
- sag 45/87, EF-domssaml. 1987, p.783, p.1369, EF-domssaml. 1988, p.4929 20, 24, 75, 110, 134, 136
- sag 142/87, EF-domssaml. 1990 I, p.959 27, 30, 42, 50
- sag 266 og 267/87, EF-domssaml. 1989, p.1295 137
- sag 301/87, EF-domssaml. 1990 I, p.307 33, 37, 38
- sag 3/88, EF-domssaml. 1989, p.4035 21, 24, 74, 77, 81, 136, 139
- sag 18/88, Domstolens afgørelse af 13.12.1991 – utrykt 17, 23, 136, 140
- sag 21/88, EF-domssaml. 1990 I, p.889 19, 24, 25, 27, 31, 32, 83, 136, 144

Sager fra domstolen

- sag 47/88, EF-domssaml. 1990, I, p. 4509
135
- sag 103/88, EF-domssaml. 1989, p.1839
80, 126, 131, 133, 139, 143
- sag 194/88, EF-domssaml. 1988, p.4546, p.
4559, p. 5647 65, 72, 103, 134, 139,
144
- sag 347/88, EF-domssaml. 1990 I, p. 4747
5
- sag 351/88, Domstolens afgørelse af
11.7.1991 – utrykt 27, 32, 83, 136
- sag 5/89, EF-domssaml. 1990 I, p.3437 44
- sag 86/89, EF-domssaml. 1990 I, p.3891
33
- sag 106/89, EF-domssaml. 1990 I, p. 4135
140, 141
- sag 188/89, EF-domssaml. 1990 I, p. 3348
142
- sag 243/89 – uafsluttet 18
- sag 295/89, Domstolens afgørelse af
18.6.1991 – utrykt 126, 131
- sag 331/89, Domstolens afgørelse af
5.12.1990 – utrykt 114
- sag 6 og 9/90, Domstolens afgørelse af
19.11.1991 – utrykt 133, 138, 141
- sagerne 48/90 og 66/90, Domstolens
afgørelse af 12.2.1992 – utrykt 49
- sag 78-83/90, Domstolens afgørelse af
11.3.1992 – utrykt 34, 36
- sag 179/90, Domstolens afgørelse af
10.12.1991 – utrykt 17, 23, 136, 140
- sag 200/90, Domstolens afgørelse af
31.3.1992 – utrykt 135, 138
- sag 354/90, Domstolens afgørelse af
21.11.1991 – utrykt 27, 33, 36, 38, 45,
49
- sag 362/90, Domstolens afgørelse af
31.3.1992 – utrykt 144
- sag 24/91, Domstolens afgørelse af
18.3.1992 – utrykt 104
- sag 272/91, Domstolens afgørelse af
31.1.1992 – utrykt 134, 139

Stikordsregister

- Administrationsaftaler
 - almennyttige boligselskabers 87
- Affaldsbortskaffelse 14
 - afbrænding af olieaffald 57
 - R 98 70
 - priser 13
- Affaldsbehandlingsanlæg 65, 72, 102, 139
 - krav til kvalificerede bydere 101
- Afgrænsning af særlige forsyningsvirksomheder 90
- Afslag på bud 93
- Almennyttige boligselskaber 70, 71
 - administrationsaftaler 87
 - bygge- og anlægskontrakter 73
 - tjenesteydelsesdirektivet 87
 - udbudsregler 71
 - umiddelbar anvendelighed 139
 - varekøb 79
- Alternative bud 124
 - ved begrænset udbud 99
 - ved offentligt udbud 98
- Anlægskontrakter (se også bygge- og anlægskontrakter) 61
- Annulation (se også foreløbige retsmidler) af kontrakter 146, 153
- Annulationssøgsmål 27, 40, 55, 93, 94
- Anvendelsesområde for direktiv 71/305 74
 - for direktiv 77/62 77
 - for direktiv 90/531 89
 - for EF's statsstøtteregler 27
 - for tjenesteydelsesdirektivet 86
- Apotekersektoren
 - umiddelbar anvendelighed 137
- Arbejdsmiljøhensyn 129
- Attesteringsordning 107
 - retsvirkning 108
- Bandarolepriser 52
- Banker
 - tærskelværdi tjenesteydelser 88
- Bedemandsvirksomhed 53
- Bedømmelsesfaktorer
 - betydning for afvisning af laveste bud 93
- Begrundelsespligt 131
 - afslag på bud 93
 - for valg af tilbudsgiver 132
 - ved afvisning af laveste bud 125
 - ved fravigelse af standarder 111
 - ved klager 152
- Begrænset udbud
 - aftaler om frister 100
 - begreb 98
 - fristregler 99
 - ved EDB-anskaffelse 99
- Begrænsning af bydende 118
- Berettigede forventning 43, 44
- Berigelse
 - erstatningsansvar 145
 - overtrædelse af udbudsregler 154
 - statsstøtte 43
- Beskæftigelseshensyn 18, 60, 128, 130, 131
 - betydning for valg af tilbudsgiver 128
 - kommunerne 15, 42
 - statsstøtte 42, 46
- Beslutninger
 - umiddelbar anvendelighed 137
- Betingelser for at undlade forud offentliggørelse 101
- Bevisbyrde
 - erstatning 147
 - foreløbige retsmidler 134
 - omgåelse 153
 - statsstøtte 30
 - undladt offentliggørelse 104
 - undtagelser fra udbudsdirektiverne 75
 - uopsættelige forhold 102
- Bevismidler
 - tilbudsgiveres 120

- Blandede kontrakter 77
- Bodserstatning 145, 147
- Boligselskaber, sociale (se almennyttige boligselskaber)
- Brancheorganisationer 16
 - klageadgang 150-151
 - konkurrencereglerne 16
 - umiddelbar forpligtet af EF-retten 137
- British Telecommunication 53
- Budgetreformen 14
- Bunden licitation 98
- Bydende (se tilbudsgiver)
- Bygge- og anlægskontrakter 20, 68, 72, 74, 78
 - almennyttige boligselskaber 73
 - alternative bud 98
 - anvendelse af standarder 111
 - begrebet 68
 - begrundelsespligt for valg af tilbudsgiver 132
 - beregning af tærskelværdien 74, 78
 - bevisbyrde for undtagelser 75
 - blandede kontrakter 77-78
 - bygherreleverance 68-69
 - danske gennemførelse 76
 - definition 68
 - del-entrepriser 74
 - etableringskrav 121
 - for AVS-landene 94
 - for forsvaret 74
 - forbud mod omgåelse 74
 - forhåndsmeddelelse 96
 - forsinkelse p.g.a. kontradiktion 128
 - fortolkning af undtagelsesbestemmelser 75
 - gentagelsesarbejder 104
 - hemmelige 74
 - hvilke ordregivere er omfattet 69
 - hvilke ydelser er omfattet 68
 - ikke omfattet af tjenesteydelsesdirektivet 86
 - installationsarbejde 69
 - klassificering af entreprenører 122
 - kontradiktion 128
 - kontraktsum for igangværende arbejder 122
 - laveste bud 121-122
 - listeprincip 122
 - med virksomheder, der modtager over 50% støtte 69
 - mellemfolkelige aftaler 76
 - mindstekrav til antal af indbudte 98
 - monteringsarbejde 69
 - regningsarbejde 104
 - statens sikkerhed 74
 - Storebælt, fast forbindelse 18, 30, 101
 - supplerende 104
 - tekniske specifikationer 19-20, 109-112
 - tilbudsgiveres kvalifikationer 121
 - tilbudsgivers økonomi 122
 - tærskelværdierne 74, 77
 - umiddelbar anvendelighed 139
 - undtagne kontrakter 74
 - uopsættelige forhold 128
 - undtagelser fra udbudsreglerne 74-76, 102-104
 - valg mellem bud 126, 127
 - valg mellem tilbudsgivere 119, 121-122
 - valg mellem udbudsformer 97
 - vedligeholdelsesarbejder 104
 - vinterforanstaltninger 104
 - Øresundsforbindelse 76
- Bygge- og anlægssektoren 16
 - statsstøtte 34, 52
- Bygherreleverance 68, 69, 74
- Byggevarer
 - EF-regler om 112
- CO2-afgift 28
- Danmarks Radio 80
- Dansk Standardiseringsråd 111
- Dansk Undergrunds Consortium 58, 90
- De særlige forsyningsvirksomheder
 - Hvilke ydelser er omfattet 89
- Del-entrepriser 74
- Det indre energimarked 92
- Direktiver
 - dobbelthjemmel for straf 143
 - horisontale virkning 141
 - umiddelbar anvendelighed 137-143
 - vertikale virkning 139
- Diskriminationsforbud 57
- DONG 90
- DUC 58
- Driftsomkostninger
 - betydning for valg af tilbudsgiver 128

Stikordsregister

- Drikkevandsforsyning 20, 75
DSB (se også transport) 70, 80, 90
- EDB og kommunikationsudstyr 67, 114
EDB-hardware 62, 74, 77, 82, 85, 113, 136, 139
EDB-indkøb (se også IT og Beslutning 87/95) 22, 25, 84
ordre public 21, 74, 77
standarder 81
tærskelværdi 81
EDB-leverancer til staten 21, 74, 77
EDB-software 22, 77
EDB-standarder i EF 114
Nordisk Råd 115
EF
eksklusive kompetence 115
folkeretlige forpligtelser 80
kontrakter 68
standard 111
EF's udbudsregler
Danmarks manglende overholdelse 64
EF-midlers betydning for udbud 93
EF-projekter 93
EF-støtte 35
Efterforskningsaktiviteter
undtagelse fra udbudsregler 91
efterforskning og udvinding af brændsel 58, 92, 106
Egenkapitalens størrelse 122
Egnethedsbetingelse (se også tilbudsgivere)
kriterie 120
Egnsudvikling 18, 33, 60, 83, 130
statsstøtte 33
Ejendomsretlige ordninger 51
Eksklusive rettigheder 88, 89
Eksklusive selskaber 16, 17, 23, 50, 52, 63, 79
bedemandsvirksomhed 53
indre marked 89
IT-udstyr 138
Kommissionens kontrolbeføjelser 54-56
køb af ydelser 57
offentligretlige beføjelser 137
olieudvinding 58
oplysningspligt 54
salg af ydelser 57
uforholdsmæssigt gebyr 54
umiddelbar anvendelighed 136, 139, 142
telefonselskaber 53
El-forsyning 12, 14, 24
priser 12
El-selskaber (se energiforsyning og særlige forsyningsvirksomheder)
Elektriske apparater 113
Elektroniske apparater 113
Emission af statsobligationer
tjenesteydelser 87
Eneretligheder
fortolkning af undtagelse 102
Energiforsyning 56, 57, 63, 68, 75, 76, 82, 89, 91, 92
indre marked 57, 92
klageprocedurer 25, 145
udbudsregler 88
umiddelbar anvendelighed 138
videresalg af energi 92
Entreprenørforeningen
klagebeføjelser 151
Erhvervsorganisationer (se brancheorganisationer)
umiddelbar anvendelighed 137
Erhvervsudviklingsaktiviteter
statsstøtte 28
Erstatningsansvar (se negativ kontraktsinteresse) 21, 141, 146
berigelse 145
bodserstatning 147, 154
hvilke tab 147
i kontrakt 46, 48-49, 142, 154
negativ kontraktsinteresse 44, 46, 142, 154
objektivt 145, 146, 154
ordregivers 146, 153
overtrædelse af direktiver 141
positiv opfyldelsesinteresse 44, 46, 138, 142 154
statsstøtte 44, 46, 48
størrelse 147
særlige forsyningsvirksomheders 147
til tilbudsgivere 147, 153
udbudsdirektiverne 132, 145
umiddelbar anvendelighed 141, 148
Erstatningskrav 140
mod medlemsstat 133, 141
tilbudsgivers 133, 146-148

- Erstatningsregler 145
 - medlemsstaternes 145
- Erstatningssøgsmål 154
 - danske regler 148
- Europæiske standarder 110, 114, 115, 116
 - umiddelbar anvendelighed 138
- Faktiske virksomhed, offentlige myndigheds
 - afgrænsning af direktiv 90/531's anvendelsesområde 90
 - konkurrenceregler 52
- Fejl i tilbud 132
- Firmanavne
 - udbudsmaterialet 117
- Fogedforbud (se også forbud og foreløbige forholdsregler) 25
- Folkeretlige aftaler
 - retsvirkning for særlige forsyningsvirksomheder 91
- Foranstaltninger med tilsvarende virkning, begreb 18
- Forbindelserne mellem offentlige virksomheder og myndigheder 16, 45, 54
- Forbudssag (se også foreløbige retsmidler) fogedretten 20, 25
- Fordeltagte lån
 - statsstøtte 29
 - tilbudsgivers oplysningspligt 127
- Foreløbige retsmidler 24, 25, 65, 72, 103, 139, 144, 153
 - afvejning 134
 - beviskrav 134
 - erstatningsansvar i kontrakt 142
 - forligsprocedure 148
 - proceskrav til Kommissionen 144
 - særlige hastesager 146
 - ved EF-Domstolen 20, 75, 134
- Forhandling
 - efter indgivelse af bud 18, 101
- Forhåndsmeddelelse
 - betydning for fristregler 98
 - indhold ved begrænset udbud 99
 - om kommende kontrakter 95
 - ved offentlige udbud 95
- Forligsprocedure 148
- Formålet med EF's udbudsregler 60, 67
- Formålsfortolkning 22
- Forordninger
 - umiddelbar anvendelighed 137
- Forrangsprincippet 135
- Forretningshemmeligheder 107
- Forsikringer
 - særlig beregning af tærskelværdi 88
- Forsinkelser
 - p.g.a. kontradiktion 127
- Forskel mellem EF-reglerne og national ret 133
- Forskning og forsøg
 - betydning for offentliggørelseskrav 105
 - betydning ved udbud efter forhandling 101
 - statsstøtte 33
- Forsyningspligt
 - vand 12
- Forsyningsvirksomhed (se også særlige forsyningsvirksomheder og direktiv 90/531) 14, 88
- Fortolkning
 - EØFT artikel 30 18, 19, 31
 - EØFT artikel 55 21
 - EØFT artikel 92 27-31, 35 note 91
 - nationalitetsdiskrimination 17
 - udbudsdirektiverne 65, 151
 - udvidende 17, 18
 - undtagelser fra udbudsreglerne 74, 75, 82, 88, 91
 - undtagelser fra offentliggørelseskravet 104
 - uopsættelige forhold 102
- Fortolkningsregel 140
- Forudgående offentliggørelse
 - betydning for kontrahentens erstatning 142
- Forureneren betaler princippet 13, 34
- Forvaltningsakt 53, 132
 - afgrænsning i forhold til AVS-landene 94
- Fravalg af lavere tilbud
 - underretning Kommissionen 127
- Fremtidige uforudsigelige forhold 21, 102, 104
- Fri udveksling af varer (se også EØFT art 30) 18, 24
 - umiddelbar anvendelighed 136
- Fri næringsret 57

Stikordsregister

- Fælles kommunale selskab 71, 102
umiddelbar anvendelighed 136, 139
- GATT-aftalen 18, 22, 23, 62, 78, 79, 130, 149
betydning for ændring af tærskelværdier 82
den danske gennemførelse 84
forhåndsmeddelelse 96
hvem forpligtes 80
hvilke ordregivere 79
klageregler 149
opgaver overgår fra staten til kommunerne 81
umiddelbart anvendelig 80
- Gebyrer 11
- Gennemsnittet af indkomne bud 125
- Gentagelsesarbejder
betydning for offentliggørelseskravet 104
- Grammofonplader 85
- Grundrettigheder 57
- Grænse mellem den offentlige og private sektor 14
- Halv-offentlige myndigheder
umiddelbar anvendelighed 139
- Halv-offentlige forsyningsvirksomheder 56
- Handelsmonopoler 52
- Handlepligt
umiddelbar anvendelighed 141
- Hardware 117
- Harmonisering af standarder 109
- Havnevirksomhed 12, 23, 90
umiddelbar anvendelighed 136, 140
- Hvem forpligtes umiddelbart 133
- Hvilke ordregivere omfattet af udbudsreglerne 69, 78, 87, 89
betydning af statsstøtte 72
fortolkning af begrebet stat 71
privatretlige foretagender 72
- Højopløsnings-TV 115
- Håndhævelse
udbudsdirektiverne 145
- Håndværksrådet
klagebeføjelser 151
- Ibrugtagen 113
elektriske apparater 114
- Ikke kvalificerede ansøgere
undtagelse fra offentliggørelseskravet 101
- Ikke skriftlige aftaler om tjenesteydelser 87
- Ikke-økonomiske hensyn
ved kontraktindgåelse 60
- Indførelse af nye normer 109
- Indkøb af EDB og anden kommunikationsteknologi 84
dansk gennemførelse 85
tærskelværdi 85
- Indkøbsdirektivet (se direktiv 77/62) 77
- tekniske specifikationskrav 116
- Indkøbssystemets effektivitet
hensyn efter GATT-aftalen 23
- Informationsprocedure-direktiv 109
- Informationsteknologi (se også EDB og IT) 112
definition 85
- Infrastruktur 28, 41
- Installationsarbejde 69, 77, 78, 114
- International overenskomst (se også GATT) 74, 137
- Internationale standarder 115
- Internationale Telekommunikationskonvention
konkurrencereglerne 137
- ISO-standard 111, 115
- IT-standard 62, 84, 113
begreb 85, 112
dansk gennemførelse 85
europæiske standarder 116
hardware 85, 116
hvilke ordregivere 84, 115
innovationsprojekter 116
kompatibilitet 113
medlemsstaternes folkeretlig handleevne 115
offentlige indkøb 115
programmeringssprog 85
rangordning 115
standarder 85, 116
tjenesteydelser 116
tærskelværdi 85, 116
udstyr 113

- uforholdsmæssigt store omkostninger 116
- undtagelse fra standarder 116
- umiddelbar anvendelighed 137
- Kapitaltilførsel
 - tilbudsgivers oplysningspligt 127
- Klageberettigede – udbudsdirektiver 149-151
 - interesseorganisationer 151
 - potentielle bydere 150
- Klagenævnet for udbud 148, 151, 152
- Klageprocedurer 25, 63
 - hvilke organer behandler 151
 - international privatret 152
- Kommissionens 152
 - lovvalg 152
 - nationale retsmidler 145
 - opsættende virkning af klage 146
 - overtrædelser af udbudsdirektiverne 135
 - pligtsubjekter 150
 - værneting 152
- Klageårsager – udbudsdirektiverne
 - hvad 149
 - påtaleberettigede 149
- Kommunalbestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar
 - statsstøtte 47
- Kommunale selskaber 71, 102
 - umiddelbar anvendelighed 136, 139
- Kommunale tilsynsmyndigheder
 - klagebeføjelser 47, 151
- Kommunalfuldmagten 14, 47, 50
- Kommuner
 - forpligtelse af udbudsdirektiverne 133
 - oplysningspligt 55
 - statsstøtte 29, 41, 46-48, 133
 - umiddelbar anvendelighed 139
- Kommuners samarbejde med aktieselskaber
 - oplysningspligt 55
- Kommunikations- og teleteknisk udstyr 76
- Kommunikationssektoren (se særlige forsyningsvirksomheder) 89
- Komptabilitet
 - begreb 113
 - EDB-området 114
 - elektromagnetisk 113
 - software 117
- Koncessionerede områder 70
- Koncessionerede rettigheder 96
- Koncessionerede selskaber (se også eksklusive selskaber) 69, 79
 - umiddelbar anvendelighed 139
- Koncessionskontrakter 106, 139
 - tjenesteydelser 87
- Konkurrencefordrejende foranstaltninger 16, 17, 54
- Konkurrenceregler 16
 - bedemandsvirksomhed 53
 - betydning for offentlige kontrakter 17
 - telefonselskaber 53
 - tobaksbanderoler 52
- Konkurs 44, 105, 118
- Kontradiktion 131, 151
 - umiddelbar anvendelighed 144
 - undtagelse 127, 128
 - ved unormalt lave bud 126
- Kontraktbeløb for igangværende arbejder
 - kriterie 120
- Kontraktindgåelsen
 - afbrydelse 146
 - annullation 146
 - forligsprocedure 148
 - lovlige kriterier 124
 - om køb af energi eller brændsel 91
 - om køb af vand 91
 - uden forbindelse med eksklusivitet 91
 - sagsbehandlingsregler 132
- Kontraktsemner
 - sondrer 67
- Kraftværker 24
- KTAS 91
- Kvalifikationsbetingelser af tilbudsgivere
 - fortolkning 101
- Kvalitetskontrol
 - tilbudsgiveres 121
- Køb af kommunikationsudstyr
 - fra konkursboer 105
 - hvilke kontraktsemner er omfattet 85
 - hvilke ordregivere er omfattet 84
 - radio- og tv-programmer 87
- Landbrug 36
- Laveste bud 121, 124, 125, 132
 - beregning 127
 - lovlige kriterier 94, 119
 - umiddelbar anvendelighed 143

Stikordsregister

- undtagelse 128
- unormalt lave bud 125-126, 143
- Leasing 22, 77
 - tærskelværdi 14, 81
- Legalitetsprincippet 14
- Leje 77
 - tærskelværdi 81
- Løjligheds køb 105
- Leverandører af IT
 - retsstilling 138
- Leveringsgarantier 128
 - betydning for valg af tilbudsgiver 128
- Leveringstid
 - betydning 128
- Lex posteria 116
- Lex specialis 152
- Ligestilling mellem offentlige og private virksomheder 57
- Lighedsprincippet 14, 21, 26, 50, 129
- Listeprincip af tilbudsgivere
 - retsvirkningen 122
- Lokale beskæftigelsesproblemer
 - betydning for valg af tilbudsgiver 131
- Lome-konventionen 94
- Lovhjemmel 11, 15
- Lovvalg 152
- Lovlige kriterier 123
 - fremtidige uforudsigelige forhold 21, 103, 104
 - offentliggørelseskrav 95, 123, 131
 - teknisk viden 101
 - undtagelser 129
 - ved bedømmelse af bud 94, 124
 - ved bedømmelse af mest økonomisk fordelagtige bud 128
 - ved bedømmelse af tilbudsgiver 119
 - ved fastsættelse af tekniske specifikationer 110
 - ved valg mellem bud 124, 128
- Loyalitetsprincippet 17, 24, 54, 105, 153
- Lufthavne (se også transport) 90
- Magtfordrejning 14, 93
 - bevisbyrde 129
- Mest acceptable bud 128
- Midlertidige forholdsregler 20, 25, 103, 146
 - fogedforbud 25
 - retsvirkning 146
- Miljøgarantien 130
- Miljøhensyn 57, 59, 102, 129
 - statsstøtte 33, 34-36
- Monopol 11, 12, 14, 17, 57
- Monteringsarbejder 69, 77, 78
- Myndighedshandlinger 17
- Myndighedskrav
 - betydning for udbudsmaterialet 110
- National standard 111
- Nationale sikkerhedsforskrifter
 - betydning for udbudsmaterialet 110
- Nationalbanken 70
- Nationaliseringer 50
- Nationalitetsdiskrimination 15, 17-25, 106, 129
 - i kontraktvilkår (se også sag 45/87) 17, 18, 20
 - overfor tredjelande 22
 - tjenesteydelser 20-22
 - umiddelbar anvendelighed 136
 - vare (se også EØFT artikel 30) 18-20
- Naturgasleverancer 39
- Naturgasselskaber 58
- Negativ kontraktinteresse 142, 154
 - erstatning i kontrakt 142
 - statsstøtte 44, 46
- Objektivt erstatningsansvar
 - udbudsdirektiverne 145, 146
- Officialmaksime 132
- Offentlig administration 22
- Offentlige kapitalindskud 42, 50, 88
- Offentlig myndighed 21, 22, 70, 72
- Offentlige sikkerhed 22, 74, 82
- Offentlige vareindkøb (se direktiv 77/62) 76
- Offentlige virksomheder 17, 80
 - afgrænsning af art 90 53
 - bedemandsvirksomhed 53
 - begreb 50, 55, 59
 - dispositionsfrihed 52
 - eksklusive virksomheder 56
 - enerettigheder 52
 - forbindelse til myndigheder 54
 - fortolkning af begreb 55, 69, 78, 89
 - fremstillingssektoren 56
 - kontrakter 50
 - misbruge dominerende indflydelse 52

- offentlige kapitalindskud 50
- offentligretlige beføjelser 22, 23, 50, 52
- offentligretlige handlinger 53
- oplysningspligt til Kommissionen 54, 56
- oplysningsregler 50
- risikovillig kapital 50
- social system eksport 50
- status 15
- telefonselskaber 53, 91
- Offentliggørelse af endelige kontrakt forpligtelsens omfang 107
- Offentliggørelse af udbudsmateriale
 - betydning for lovlige kriterier 120, 125
 - betydning for valg mellem bud 125, 128
 - betydning for erstatning 154
 - undladelse efter dansk ret 105
 - undtagelser 103, 127-128
- Offentliggørelsesprincip 60, 95
 - ved valg af tilbudsgiver 131
 - umiddelbar anvendelighed 143
- Offentligeretlige handlinger 11
- Offentligretlige organer
 - begreb 70
 - fortolkning 79
- Offentligt udbud
 - begreb 97
 - Fristregler 97
 - hovedregel ved varekøb 97
- Officialmaksime 132
- Olieindustrien 56
- Omgåelse 104
 - tjenesteydelser 87
- Oplysningskravene
 - ved offentliggørelse af indgåede kontrakter 107
- Opsættende virkning
 - af klage 146
- Optionel harmonisering
 - begreb 109
- Ordre public 21, 22, 65, 74, 75, 82
- Ordregivende myndighed
 - retsstilling 153
 - statsstøtte betydning 70
 - umiddelbar anvendelighed 144, 153
- Parallelimport 137
- Positiv opfyldelsesinteresse 46, 138, 142, 154
- Postsektoren 13, 56, 80
- Princippet i EF-reglerne om udbud 65
- Prisfastsættelse (se også statsstøtte og økonomisk mest fordelagtige bud)
 - affald 13
 - drikkevand 12
 - DSB 13
 - elforsyning 12
 - gebyrer 11
 - post 13
 - spildevandsrensning 13
 - statsvirksomhederne 14
 - varmeforsyning 12
 - tjenesteydelser 87, 96
- Privatbaner 90
- Private skoler 70
- Privatisering 79
- Privatlivets fred 21
- Privatretlige principper 11
- Processregler 145
- Programmeringssprog 85
- Projektkonkurrence
 - indhold 106
 - tjenesteydelser 87, 96
- Proportionalitetsprincippet 22, 55, 75, 83, 119
- Præferenceordning
 - statsstøtte 27
 - ved køb af varer 19
- Rangordning
 - EDB-udstyr 115
- Regionale forskelle
 - betydning for valg af tilbudsgiver 130
 - støtte – Syditalien 18
- Regnesystemer 85
- Regningsarbejde
 - bygge- og anlægskontrakter 104
- Rentabilitet
 - betydning for valg af tilbudsgiver 128
- Rentegodtgørelse af eksportkreditter 27
- Reserve dele
 - betydning for valg af tilbudsgiver 128
- Retlig interesse 150
- Retsmidler
 - annullation 145

Stikordsregister

- EF-minimum 145
- erstatning 145, 146
- foreløbige forholdsregler 134
- midlertidige foranstaltninger 145, 146
- Retsvirkningen
 - for andre tilbudsgivere 134
 - for kontrahenterne 134
 - for ordregivende myndigheder 153
- Rom-traktaten 137
 - statsstøtte 36
 - traktatbrudsprocedure 134
 - udbudsdirektiverne 134
- Retten til fri næring 57
- Rådgiver for Kommissionen
 - udbudsregler 93
- Råstof-efterforskning 90
- Sagsbehandlingsprincipper
 - begrundelse 131
 - kontradiktion 131
 - offentliggørelse 131
 - ved valg af tilbudsgiver 131
- Salg af fast ejendom 14, 28, 41, 46-48
- Sammenslutninger af offentligretlige organer 71
- Satelittjenester 87
- Sendetid i radio og TV
 - køb af 87
- Service
 - betydning for valg af tilbudsgiver 128
- Sikkerhedsstillelse
 - forbud fogedretten 25
- Skadelidt
 - erstatningsbetingelse 147
- Skjult forskelsbehandling 21
- Skønsbeføjelser 129
 - Kommissionens 129
 - medlemsstaternes 123, 131, 138
- Skønsmæssige angivelser
 - ved valg af tilbudsgiver 129
- Software (se også EDB og IT) 116
- Sonderende kontrakter
 - betydning 72
- Specialstrafferetten
 - EF-rettens dobbelthjemmelsskrav 143
- Spildevandsrensning 14, 91
 - priser 13
- Standarder (se også EDB, IT og tekniske specifikationer)
 - attesteringsordning 108
 - begrundelsespligt 111
 - byggevarer 112
 - EDB 115-116
 - europæiske (EN, HD, ETS) 110, 116, 119, 138
 - for kvalitetsstyring 112
 - internationale (ISO) 110
 - IT, informationsteknologi 112
 - nye 109
 - offentliggørelse 112
 - rangfølge 110, 115-116
 - retsvirkning 20, 111
 - tekniske specifikationer 109
 - telekommunikation 115
 - tjenesteydelser 119
 - udbudsbekendtgørelser 95
 - udformning 111
 - umiddelbar anvendelighed 144
 - undtagelser 116
 - varemærker 117
- Statens sikkerhed (se også ordre public) 21, 22, 74, 75
- Statens Teletjeneste 91
- Statsejede selskaber 74
 - umiddelbar anvendelighed 136
- Statslig kapitaludvidelse 27, 43, 50
- Statstidende
 - offentliggørelse 95
- Statsstøtte 15-17, 24-26, 30, 66, 130, 143
 - affaldsbortskaffelse 13
 - Aftaleloven 45
 - arbejdsløshed 33, 46
 - bagatelgrænse 30
 - begrebet i EF-retten 27, 30, 69
 - berettigede forventning 43, 44
 - berigelsesaspekt 43
 - betydning for valg af tilbudsgiver 127
 - bevisbyrde 30
 - biforpligtelse 48
 - branchevækstgrupper 29
 - bygge- og anlægssektoren 34
 - eksekvere Kommissionens beslutninger 42
 - eksporterer til ikke EF-lande 30
 - energiområdet 36
 - erhvervsudviklingsaktiviteter 28

- erstatningskrav 44, 48
- forbud mod 32
- fordelagtige kontraktvilkår 42
- forskning 33
- fremstillingssektoren 34, 35
- fælles markedsordning 33
- følgetabet 46
- generel driftsstøtte 34
- god tro 43
- infrastruktur 28, 41, 127
- kapitaltilførsel 39, 127
- Kommissionen ophæver 37
- Kommissionen uden viden 38
- Kommissionens skønsbeføjelser 40
- kommunalbestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar 47
- kommunale tilsynsmyndigheder 47
- kommunalfuldmagten 47
- kommunaltilsynets søgsmålskompetence 37
- kommunernes eksport af viden 29
- konkurs 47
- kontradiktion 49
- kontraktsansvaret 45
- lovlig 32, 33
- materielle betingelser 33
- medkontrahentens hævebeføjelse 48
- medkontrahents misligholdelsesbeføjelse 46
- miljøbeskyttelse 34-36
- naturskatastrofer 33
- negativ kontraktsinteresse 46
- offentlige indkøb hos lokale leverandører 27
- offentlige myndigheders erstatningsansvar 48
- offentlige virksomheder 29, 51, 54, 56, 127
- offentligt køb af ydelse 45
- offentligt salg af ydelse 31, 45
- olierafinaderi 35
- oplysningspligt 33
- positiv opfyldelsesinteresse 46, 49
- private forpligtet 40
- procesuelle regler 32
- præferencetarif 27, 39
- påvirker samhandelen 30
- regionalstøtte 41
- rentegodtgørelse af eksportkreditter 27
- retlig interesse 36
- retsvirkningen af overtrædelse 36
- Rådets godkendelse 33
- sagkyndige erklæring 40
- salg af fast ejendom 41, 45
- salg af offentlige ydelser 14
- selektive afgiftsmæssige begunstigelser 28
- skattelignende afgift 34
- skatteydere søgsmålskompetence 37
- sociale støtte foranstaltninger 33
- strukturproblemer 33, 34, 51
- suspendere 33
- særlige forsyningsvirksomheder 127
- søgsmålskompetence 36
- tilbagebetalingspligt 37, 38, 42, 44, 51
- tilbagesøgning 49
- Tivoli-grunden 47
- Tulip-sagen i Vejle 46
- tvangsakkord 42
- udbudsreglernes betydning 127, 150
- ulovlig 38
- umiddelbar anvendelig 36, 48, 136
- underretningssystem 32
- vedvarende energi 34
- ydelser fra private 28
- økonomisk underudviklede områder 33
- Statsvirksomhederne 14
- prisfastsættelsen 13
- umiddelbar anvendelighed 139
- umiddelbar anvendelighed 136
- Storebæltssagen 18, 30, 101
- Strafansvar
- direktiver 143
- forordninger 137
- Suppleringsleverancer
- betydning for offentliggørelseskravet 103, 104
- Særlig erfaring 128
- betydning for valg af tilbudsgiver 128
- Særlige forsyningsvirksomheder
- annullation af kontrakter 146
- attesteringsordning 107
- bodserstatning 145
- erstatning 147
- forhåndsmeddelelse 96
- forligsprocedure 148
- fristregler for indgåelse af kontrakt uden EF-udbud 92

Stikordsregister

- fristregler ved begrænset udbud 99
- hvilke ordregivere 89-90
- ikke offentliggørelse 105
- ikrafttrædelsesproblemer med udbudsreglerne 92
- kontrakter der er undtaget 91
- mellemfolkelig aftale 91
- midlertidige foranstaltninger 146
- offentliggørelsespligt af indgåede kontrakter 107
- statsstøtte til tilbudsgiver 127
- særlige hastesager 146
- tærskelværdier 91
- udlejning 91
- umiddelbar anvendelighed 138
- valg mellem udbudsformer 97
- videresalg 91
- Særlige rammeaftaler 105
- Teknisk handelshindring 20
 - harmonisering 59
- Teknisk bistand
 - betydning for valg af tilbudsgiver 128
- Teknisk værdi
 - betydning for valg af tilbudsgiver 128
- Tekniske kvalifikationer
 - betydning for udbudsform 101
 - fortolkning 128
- Tekniske specifikationer (se også standarder) 19, 20, 59, 110
 - rangfølgen 110
 - retsvirkning 20, 109
 - standarder 111
 - varemærker 117
- Telekommunikation 12, 16, 23, 53, 56, 63, 68, 75, 89, 113
 - eksisterende udstyr 114
 - frekvensbånd 114
 - funktionsspecifikationer 115
 - indre marked 114
 - klageprocedurer 145
 - kompatibilitet 114
 - lejede kredløb 114
 - offentlige indkøb 115
 - selskaber 136
 - standarder 113-115
 - systemer 85
 - terminaludstyr 90, 112, 114
 - trådløse telefoner 114
 - udbudsregler 88
 - udstyr 113, 138
 - umiddelbar anvendelighed 136, 138, 140
- Tidsbegrænsede kontrakter
 - tjenesteydelser 88
- Tilbagebetalingspligt
 - statsstøtte 27, 143
 - ulovlige afgifter 135, 145
- Tilbagesøgning
 - berigelsesaspekt 43
- Tilbud
 - afgivet af offentlige organer 127
 - næstlaveste bud 121, 126
 - valg imellem 118
- Tilbudsgiverne
 - antal beskæftigede 122
 - bevismidler 120, 122, 126
 - certifikater 121
 - egenkapitalens størrelse 122
 - erstatning til 147
 - faglige og tekniske kapacitet 121, 125
 - faglige/tekniske kvalifikationer 118, 119, 125
 - grovsortering 119
 - klageadgang 150
 - konkurs 120
 - krav til egenkapitalens størrelse 122
 - kvalifikationer 120
 - listeprincippet 121
 - lovlige kriterier ved udvælgelse 119
 - offentlighedskrav om kriterier 123
 - retstilling 134
 - udelukkelsesmuligheder 118
 - umiddelbar anvendelighed 143
 - vægt på særlig erfaring 120
 - økonomiske og finansielle evne 118, 121, 125
- Tjenesteydelseskontrakter 20, 21, 24, 72, 121
 - begreb 86
 - definition 86
 - forhåndsmeddelelse 96
 - hemmelige aftaler 88
 - Kontrakter der er undtaget 88
 - med virksomhed ordregiver kontrollerer 89
 - mellemfolkelige aftaler 88
 - mindstekrav til antallet af indbudte 98

- på grundlag af love eller administrative forskrifter 89
- standarder 112
- statsstøtte til tilbudsgiver 127
- tilbudsgivers oplysningspligt 127
- tærskelværdier 88
- udbudsregler 86
- umiddelbar anvendelighed 136
- valg mellem udbudsformer 97
- Tjenesteydelsesdirektivet 78, 86-89, 97, 98, 101, 106, 111, 116, 118, 124, 125, 127, 128, 153
- almennyttige boligselskaber 87
- blandede kontrakter 78
- definition 86
- hvilke ordregivere er omfattet 87
- hvilke ydelser er omfattet 86
- kilde: EFT.1991, C.250/4 63
- tærskelværdi 78, 88
- undtagelser 87, 88
- Toyota-sagen 41, 42, 45
- Traktatbrudssøgsmål (se også EØFT artikel 169) 134
- Transportsektoren (se særlige forsyningsvirksomheder) 56, 57, 63, 68, 75, 89, 90
- klageprocedurer 145
- udbudsregler 88
- Transit af electricitet og naturgas 58
- Tulip slagterierne
- statsstøtte 46
- TV2 70
- Tvangsakkord 46, 118
- Tærskelværdi 67, 78
- bygge- og anlægskontrakter 74
- GATT-aftalen 62, 80
- informationsteknologi 62, 81
- kritik af 82
- omgåelse 81
- statslige indkøb 81
- særlige forsyningsvirksomheder 91
- tidligere regler 61
- tjenesteydelser 88
- vareindkøb 61, 81
- årlige vareindkøb 62, 96
- Udbud af offentligt salg af ydelser 12
- Udbud efter forhandling
- begreb 100
- betingelser for at anvende 100
- med forudgående offentliggørelse 101
- mindstekrav til kontraktindgåelsen 100
- minimumsfrister 100
- uden forudgående offentliggørelse 101, 103
- Udbud underlagt udbudsdirektiverne af
- bygge- og anlægsarbejder 67-76
- EDB-køb 84-86
- kontrakter på grundlag af Lomé-konventionen 94
- særlige forsyningsvirksomheder 88-92
- tjenesteydelser 86-88
- varekøb 76-85
- Udbudsbekendtgørelsen
- angivelse af kriterier 125
- angivelse af særlige hensyn 127
- skønsmæssige angivelser 129
- Udbudsbetingelserne
- lovlige hensyn 59
- Udbudsdirektiverne
- formålet 59-60, 67
- principper – resumé 60
- udtømmende harmonisering 60, 83, 118, 122, 124, 128
- Udbudsformerne 96
- begrænset udbud 98
- projektkonkurrence 106
- offentligt udbud 97
- udbud efter forhandling 62, 100
- udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse 101
- udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse 101
- Udbudsmaterialets indhold 97
- Udbudsprincipper
- tre udbudsformer 95
- Udbudsproceduren – undtagelser
- umiddelbar anvendelighed 144
- Uforudsigelige omstændigheder 21, 102, 104
- Umiddelbar anvendelig EF-ret 23, 26, 32, 135, 137
- beslutninger 137
- betingelse 136
- direktiver 59, 133, 138
- direktivs ikrafttrædelsesbestemmelse 93
- EØF-Traktaten 135
- formodningsregel 140

Stikordsregister

- forordninger 137
- forpligtelse af private 140
- hvem forpligtes 136
- kommuner 136
- ordensforeskrift 138
- private virksomheder 153
- skønsbeføjelser 138
- sondre ret og pligt 135
- staters erstatningsansvar 141
- statsstøtte 36, 48
- udbudsdirektiverne 143, 144
- unormalt lave bud 125, 126, 131, 143
- Underentreprise 61, 107
- Underretning til Kommissionen
 - fravalg af laveste bud 127
 - kontraktindgåelser 107
 - nye standarder 109
 - statsstøtte 27
- Unormalt lave bud 125, 126, 131
- umiddelbar anvendelighed 143
- Uopsættelige forhold 128
 - begrundelse for undladt offentliggørelse 102
 - fortolkning 103
 - ordregiverens ansvar 103
 - særlige hastesager 146
- Utidsbegrænsede kontrakter
 - tjenesteydelser 88
- Valg mellem tilbudsgivere
 - generelle undtagelser 129
- Vandforsyning 14, 56, 63, 68, 75, 76, 89, 91, 110
 - klageprocedurer 145
 - priser 12
 - udbudsregler 88
 - umiddelbar anvendelighed 138
- Vareindkøb (se også direktiv 77/62)
 - almennyttige boligselskaber 79
 - anvendelse af standarder 111
 - begrundelsespligt for valg af tilbudsgiver 132
 - blandede ydelser 77-78
 - bygge- og anlægskontrakter 77
 - danske gennemførelse 83
 - EDB-system 77
 - egnsudviklingsordninger 83
 - forhåndsmeddelelse 96
 - forsvaret 77, 83
 - GATT-aftalen 22, 77-79, 82
 - hvilke ordregivere er omfattet 78
 - hvilke ydelser er omfattet 77
 - hvornår begrænset udbud 98,99
 - ikke udtømmende harmonisering 82
 - installationsarbejde 77
 - koncessionerede selskaber 79
 - kontrakter der er undtaget 82
 - leje 77
 - noteres og købes på råvaremarkedet 105
 - politisager 84
 - regelmæssige leverancer 81
 - regionale forskelle 83
 - tjenesteydelser 77, 78
 - tærskelværdierne 81
 - uforudsigelige omstændigheder 21
 - umiddelbar anvendelighed 139
- Varmeforsyning
 - priser 12
- Varemærker
 - Udbudsmaterialet 117
- Vedligeholdelsesarbejder
 - bygge- og anlægskontrakter 104
- Vinterforanstaltninger
 - offentliggørelseskrav 104
- Voldgifts- og mægling
 - tjenesteydelser 87
- Værneting 152
- Ændrede omstændigheder 21, 102
- Æstetik
 - betydning for valg af tilbudsgiver 128
- Økonomisk mest fordelagtige tilbud 60, 120, 124, 125
 - lovlige kriterier 128
 - umiddelbar anvendelighed 143
- Økonomiske kriterie
 - fortolkning 128
- Åbenbart lave tilbud 119