

Peter Lund Meyer

EU's UDBUDSREGLER



GADJURA

Peter Lund Meyer

EU's udbudsregler

1. udgave / 1. oplag

© GadJura, Thomson Information A/S (ITID A/S), København 1998

ISBN 87-607-0458-6

Omslag: Kjeld Brandt Grafisk Tegnastue, København

Sats og tryk: Narayana Press, Odder

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse

af denne bog eller dele af den er ikke tilladt

ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Alle rettigheder forbeholdes.

Indholdsfortegnelse

Forord	13
--------------	----

Kapitel 1	
Indledning	15

Kapitel 2	
EF-Traktatens regulering af offentlige indkøb	18
2.1 Traktatens art. 90, stk. 1 – myndigheders ansvar for virksomheders handlinger	19
2.2 Traktatens bestemmelser om fri bevægelighed og etableringsret	21
2.2.1 Traktatens art. 30 – fri bevægelighed for varer	21
Kommissionen mod Italien, sag 263/85	22
Du Pont de Nemours-sagen, sag 21/88	23
Dundalk-sagen, sag 45/87	24
Lottomatica-sagen, sag C-272/91	24
UNIX-sagen, sag C-359/93	27
2.2.1.1 Traktatens art. 36 – undtagelser til art. 30 ...	29
Evans Medical-sagen, sag C-324/93	29
2.2.2 Traktatens art. 52 og 59 – etableringsretten og tjenesteydelseernes fri bevægelighed	31
Kommissionen mod Italien, sag 3/88	33
Kommissionen mod Italien, sag C-360/89	34
2.2.2.1 Traktatens art. 55 og 56 – undtagelser til art. 52 og 59	36
ERT-sagen, sag C-260/89	36
2.3 Traktatens art. 90, stk. 2 – public service virksomheders traktatforpligtelser	39
Jahrhundertovertrag-sagen, sag IV/33.151	42

Kapitel 3	
Udbudsdirektivernes materielle anvendelsesområde	44
3.1 Positiv afgrænsning	44
3.1.1 Afgrænsning af forsyningsvirksomhedsdirektivets anvendelsesområde	45

3.1.1.1	Sektorafgrænsning	46
3.1.1.2	Supplerende geografisk afgrænsning	48
3.1.1.3	Afgrænsning i forhold til de øvrige udbudsdirektiver	48
3.1.2	Tjenesteydelses-, varekøbs- og bygge- og anlægskontrakter	49
3.1.2.1	Bygge- og anlægskontrakter	49
	<i>Casino-sagen, sag C-331/92</i>	51
3.1.2.2	Varer eller tjenesteydelser?	51
3.1.3	A- og B-ydelser – fuld eller delvis anvendelse af direktivernes procedurebestemmelser	52
3.2	Negativ afgrænsning	54
3.2.1	Aftaleretlig afgrænsning	55
3.2.1.1	Rammeaftaler	55
3.2.1.1.1	Begreb og anvendelse – rammeaftaler ctr. rammekontrakter	55
	<i>Gaze-sagen, sag 79/94</i>	60
3.2.1.1.2	Offentlige indkøbssamarbejder	64
3.2.1.1.2.1	Kravet om fælles beslutning	65
3.2.1.1.2.1.1	Anvendelsen af institutionaliserede indkøbsformer	65
3.2.1.1.2.1.1.1	Eksemplet SKI	66
3.2.1.1.2.2	Rammearrangementernes karakter	69
3.2.1.1.2.2.1	Eksemplet SKI	69
3.2.1.1.2.3	Afløsning af ordregivers udbudsforpligtelse	70
3.2.1.1.2.3.1	Eksemplet SKI	71
3.2.1.1.3	Optioner og rammeaftaler	72
3.2.1.1.4	Køberdominans i forhold til Traktatens art. 86	74
	<i>British Coal-sagen, sag C-128/92</i>	74
3.2.1.2	Koncessionskontrakter	75
3.2.1.3	In-house produktion	76
3.2.1.4	Enerettigheder	77
	<i>ARA-sagen, hollandsk ret</i>	77
3.2.2	Kvantitativ afgrænsning	79
3.2.2.1	Direktivernes tærskelværdier	79
3.2.2.2	A- og B-ydelser	82
3.2.2.3	Beregningsregler	82
3.2.2.3.1	Opdeling af kontrakter	83

3.2.2.3.2	Delydelser	84
3.2.2.3.3	Successive kontrakter	85
3.2.2.3.4	Optionsklausuler	86
3.2.2.3.5	Særlige beregningsgrundlag for tjenesteydelseskontrakter	87
3.2.2.3.6	Særlige beregningsgrundlag for varekøbskontrakter	87
3.2.3	Kvalitativ afgrænsning	88
	Noter til skema	88
	<i>British Telecom-sagen, sag C-392/93</i>	93
3.2.4	Anvendelse af direktiverne ved fejl eller accept	94
	<i>Dundalk-sagen, sag 45/87</i>	94

Kapitel 4

Udbudsdirektivernes personelle anvendelsesområde	96
<i>Beentjes-sagen, sag 31/87</i>	97
<i>Mannesmann-sagen, sag C-44/96</i>	98
4.1 Bygge- og anlægsgdirektivets adressater	100
4.1.1 Koncessionstildeling – og efterfølgende udnyttelse ...	100
4.1.2 Offentligt støttet byggeri	103
4.2 Adressater inden for Forsyningsvirksomhedsdirektivet	104
4.2.1 Offentlige virksomheder	104
4.2.2 Private virksomheder med særlige eller eksklusive rettigheder	105

Kapitel 5

Udbudsdirektivernes udbudsformer	106
5.1 Offentligt udbud og begrænset udbud	108
5.1.1 Kommissionens og Rådets erklæring om forhandlingsforbuddet	110
<i>SRWT-sagen, sag C-87/94</i>	110
5.2 Udbud efter forhandling	112
5.2.1 – med forudgående offentliggørelse	112
5.2.1.1 Ikke-forskriftsmæssige eller uantagelige bud	113
5.2.1.2 Umulig prisfastsættelse	114
5.2.1.3 Umulig kravspecifikation	115
5.2.1.4 Bygge- og anlægsarbejder inden for forsknings- og udviklingssektoren	115
5.2.2 – uden forudgående offentliggørelse	115

5.2.2.1	Ikke-forskriftsmæssige eller uantagelige bud	115
5.2.2.2	Ingen indkomne eller egnede bud	116
5.2.2.3	Kontrakter inden for forsknings- og udviklingssektoren	117
5.2.2.4	Omsætningsbegrænsninger	118
	<i>Kommissionen mod Italien, sag 199/85</i>	118
	<i>Kommissionen mod Italien, sag C-57/94</i>	119
5.2.2.5	Produktionsbegrænsninger	120
	<i>Kommissionen mod Spanien, sag C-328/92</i>	120
5.2.2.6	Projektkonkurrence	122
5.2.2.7	Uopsættelighed	122
5.2.2.7.1	Ad nødvendighed	123
	<i>Kommissionen mod Spanien, sag C-328/92</i>	123
5.2.2.7.2	Ad tidsfrister	123
	<i>Kommissionen mod Spanien, sag C-24/91</i>	123
	<i>Kommissionen mod Italien, sag C-107/92</i>	124
5.2.2.7.3	Ad forudsigelighed	126
	<i>Kommissionen mod Italien, sag 194/88R</i>	126
	<i>Kommissionen mod Tyskland, sag C-318/94</i>	128
5.2.2.7.4	Ad egen skyld	129
5.2.2.8	Supplerende ydelser	130
5.2.2.9	Gentagelser	130
5.2.2.10	Indkøb i henhold til udbudte rammearrangementer	131
5.2.2.11	Forsyningsvirksomhedssektorens varekøbsregler	132
5.3	Projektkonkurrencer	132
5.4	Særlige udbudsformer for bygge- og anlægskontrakter	133
5.4.1	Koncessionskontrakter	133
5.4.1.1	Myndighed som koncessionshaver	134
5.4.1.2	Privat koncessionshaver	134
5.4.2	Opførelse af sociale boligkomplekser	135

Kapitel 6

Vejledende forhåndsbekendtgørelse	137
6.1 Tærskelværdierne	137
6.2 Bekendtgørelsesskabeloner	138
6.2.1 Tjenesteydelsesdirektivet	138
6.2.2 Indkøbsdirektivet	139

6.2.3 Bygge- og anlægsgdirektivet	139
6.2.4 Forsyningsvirksomhedsdirektivet	140

Kapitel 7

Kategorisering af kontrakttydelser	142
7.1 Kommissionens henstilling om anvendelsen af CPV-glossaret	142
7.2 Numerisk oversigt	145

Kapitel 8

Kravspecifikationer	343
8.1 Formulering af kravspecifikationer	343
8.2 Oplysningspligt uden for procedure	346
8.3 Forbudet mod diskriminerende kravspecifikationer	346
<i>Dundalk-sagen, sag 45/87</i>	347
<i>UNIX-sagen, sag C-359/93</i>	348

Kapitel 9

Krav til deltagerne – kvalifikationsbetingelser	350
<i>Beentjes-sagen, sag 31/87</i>	350
9.1 Økonomiske og tekniske mindstekrav	355
<i>Ballast Nedam-sagen, sag C-389/92</i>	355
9.1.1 Fastsættelse af økonomiske og tekniske mindstekrav	358
<i>CEI-sagerne, forenede sager, 27/86, 28/86 og 29/86</i>	358
9.1.2 Fastsættelse af bevismidler	360
<i>Kommissionen mod Spanien, sag C-71/92</i>	360
<i>CEI-sagerne, forenede sager, 27/86, 28/86 og 29/86</i>	361
9.1.2.1 Fastsættelse af bevismidler i forhold til økonomiske mindstekrav	362
9.1.2.2 Fastsættelse af bevismidler i forhold til tekniske mindstekrav	363
9.1.3 Offentliggørelse af mindstekrav og bevismidler	365
<i>CEI-sagerne, forenede sager, 27/86, 28/86 og 29/86</i>	366
<i>Beentjes-sagen, sag 31/87</i>	367
9.1.4 Efterfølgende dokumentationskrav	368
9.2 Udelukkelsesgrunde	369
9.2.1 Fastsættelse af udelukkelsesgrunde	369
9.2.2 Fastsættelse af bevismidler	370

9.2.3	Offentliggørelse af udelukkelsesgrunde og bevismidler	371
9.2.4	Efterfølgende dokumentationskrav	372
9.3	Særlige forhold for forsyningsvirksomhedssektoren	372
9.3.1	Vejledende forhåndsbekendtgørelser	372
9.3.2	Kvalifikationssystemer	373
9.3.2.1	Bekendtgørelsesskabelon	375
9.4	Faglige registre, officielle godkendelseslister og kvalitetscertifikater	375
9.4.1	Krav om optagelse i faglige registre	376
9.4.2	Officielle godkendelseslister	376
	<i>Transporoute-sagen, sag 76/81</i>	377
	<i>Kommissionen mod Spanien, sag C-71/92</i>	380
	<i>CEI-sagerne, de forenede sager, 27/86, 28/86 og 29/86</i>	382
9.4.3	Kvalitetscertifikater	384
9.5	Anvendelse af kvalifikationskriterier som tildelingskriterier .	384

Kapitel 10

Tildelingskriterier	388
10.1 Tildelingskriterierne	388
<i>Kommissionen mod Italien, sag 274/83</i>	389
10.2 Unormalt lave bud	390
<i>Transporoute-sagen, sag 76/81</i>	390
<i>Hera-sagen, sag C-304/96</i>	392
10.3 Alternative bud	394
<i>Costanzo-sagen, sag 103/88</i>	395
10.4 Forbehold i bud	397
<i>Storebælt-sagen, sag C-243/89</i>	398
10.5 Efterfølgende ændringer af afgivne bud	400
<i>SRWT-sagen, sag C-87/94</i>	400

Kapitel 11

Afvikling af udbudsproceduren	402
11.1 Offentliggørelse af udbudsbekendtgørelser	402
11.1.1 Bekendtgørelse om offentligt udbud	403
11.1.1.1 Tjenesteydelsesdirektivet	403
11.1.1.2 Indkøbsdirektivet	404
11.1.1.3 Bygge- og anlægsdirektivet	406
11.1.1.4 Forsyningsvirksomhedsdirektivet	407
11.1.2 Bekendtgørelse om begrænset udbud	409

11.1.2.1	Tjenesteydelsesdirektivet	409
11.1.2.2	Indkøbsdirektivet	410
11.1.2.3	Bygge- og anlægsdirektivet	411
11.1.2.4	Forsyningsvirksomhedsdirektivet	412
11.1.3	Bekendtgørelse om udbud efter forhandling	413
11.1.3.1	Tjenesteydelsesdirektivet	413
11.1.3.2	Indkøbsdirektivet	414
11.1.3.3	Bygge- og anlægsdirektivet	415
11.1.3.4	Forsyningsvirksomhedsdirektivet	416
11.1.4	Vejledende forhåndsbekendtgørelse	418
11.1.5	Bekendtgørelse om koncessionskontrakter	419
11.1.6	Koncessionshavers bekendtgørelse om udbud	419
11.1.7	Bekendtgørelse om kvalifikationsordning	420
11.1.8	Bekendtgørelse om projektkonkurrence	420
11.1.8.1	Tjenesteydelsesdirektivet	421
11.1.8.2	Forsyningsvirksomhedsdirektivet	422
11.2	Modtagelse af ansøgninger	423
11.2.1	Begrænset udbud og udbud efter forhandling	423
11.2.2	Koncessionsudbud efter Bygge- og anlægsdirektivet	429
11.2.3	Koncessionshavers udbud efter Bygge- og anlægsdirektivet	429
11.2.4	Projektkonkurrence	430
11.3	Bud- eller projektmotagelse ctr. forhandlingsåbning	431
11.3.1	Offentligt udbud	431
	UNIX-sagen, sag C-359/93	432
11.3.2	Udbud efter forhandling	433
11.3.2.1	Den nærmere procedure ved udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse	435
11.3.3	Koncessionshavers udbud	439
11.3.4	Projektkonkurrence	439
11.4	Ordretildelinger og projektudvælgelse	440
11.4.1	Offentligt udbud, begrænset udbud eller udbud efter forhandling	440
11.4.3	Koncessionsudbud og koncessionshavers udbud	440
11.4.4	Udvælgelse af projekt	440
11.5	Offentliggørelse af procedures resultat	441
11.5.1	Meddelelsseskabeloner	444
11.5.1.1	Tjenesteydelsesdirektivet	444
11.5.1.2	Indkøbsdirektivet	445

11.5.1.3 Bygge- og anlægsdirektivet	446
11.5.1.4 Forsyningsvirksomhedsdirektivet	446

Bilag

Bilag 1: Direktiver	
Tjenesteydelsesdirektivet	449
Indkøbsdirektivet	479
Bygge- og anlægsdirektivet	503
Forsyningsvirksomhedsdirektivet	529
Kontrolldirektivet uden for forsyningsvirksomhed	568
Kontrolldirektivet inden for forsyningsvirksomhed	573
Bilag 2: Afgørelse og kendelser fra Domstolen og Retten i Første Instans	584
Bilag 3: Klagenævnets praksis	
Bilag 3.1: Kendelser fra Klagenævnet for Udbud	610
Bilag 3.2: Alfabetisk oversigt over emner fra Klagenævnets praksis	714
Bilag 4: Vejledende udtalelser fra KonkurrenceStyrelsen	730
Bilag 5: Verserende sager ved Domstolen og Retten i Første Instans	766
Bilag 6: Direktiv 97/52/EF	772
Litteraturoversigt	827
Doms- og kendelsesregister	834
Domstolen og Retten i Første Instans	834
Klagenævnet for Udbud	838
Kommissionen	841
§-register	842
Stikord	853

Forord

Formålet med denne bog er at give en praktisk og nem indføring i Fællesskabets regler om tildelingen af offentlige tjenesteydelses-, varekøbs- og bygge- og anlægskontrakter. Dette vil ske som et *case-study*, hvor fokus primært lægges på EF-Domstolens afgørelser, således at afgørelserne fra dansk praksis kun i meget begrænset omfang vil blive behandlet under selve gennemgangen af de forskellige afsnit. Imidlertid indeholder bilag 3 en oversigt over alle kendelserne fra Klagenævnet for Udbud, med anvendte bestemmelser, stikord, resuméer samt i forbindelse hermed enkelte kommentarer fra forfatteren til Klagenævnets afgørelser. Bagest i dette bilag findes en alfabetisk liste over relevante emner, som har været behandlet af Klagenævnet.

Bogen kan anvendes dels som generel og teoretisk indføring i de udbudsretlige regler, og dels som opslagsværk i forbindelse med stillingen til konkrete udbudsretlige problemstillinger. Bogens tekstkapitler er derfor suppleret med de nødvendige bilag og registre: bilag 1 gengiver *direktivbestemmelserne*; bilag 6 gengiver det seneste ændringsdirektiv 97/52/EF til de eksisterende udbudsdirektiver uden for forsyningsvirksomhedssektoren; bilag 2 gengiver i skemaform de citerede retsakter samt relevante præmisser i *afgørelserne* fra Domstolen – afgørelserne behandles undervejs i bogen, og kan endvidere lokaliseres i bogens indholdsfortegnelse; bilag 3 giver som allerede nævnt en repræsentativ oversigt over anvendte bestemmelser og sagstemaer i praksis fra Klagenævnet for Udbud; bilag 4 er et udvalg af KonkurrenceStyrelsens vejledende udtalelser om anvendelsen af udbudsdirektivernes bestemmelser; bilag 5 indeholder en oversigt over de verserende sager ved Domstolen og Retten i Første Instans; endelig findes der i kapitel 7 en oversigt over de gældende CPV-koder til beskrivelse af de udbudte ydelser.

Under udarbejdelsen af bogen har jeg oplevet en høj grad af hjælpssomhed og interesse fra en række forskellige personer, virksomheder og organisationer, som dagligt beskæftiger sig med udbudsretlige spørgsmål. Da det desværre kun er muligt at nævne et fåtal af disse personer, håber jeg, at de, der ikke er nævnt, selv ved, at jeg er dem meget taknemmelig for den hjælp, de har ydet. Herefter vil jeg først og fremmest udtrykke min store tak til advokat Jesper Svenningsen, Eu-

ropean Institute for Public Administration i Luxembourg, som både på det personlige og faglige plan har været en uundværlig sparringspartner i forbindelse med udarbejdelsen af denne bog. Dernæst en tak og så til advokat Erik Bertelsen, som jeg i forbindelse med mit stagiaireophold på Kromann & Münters kontor i Bruxelles havde rig lejlighed til at diskutere udbudsretlige problemstillinger med, og til advokat René Offersen, Kammeradvokaten, hvis store praktiske erfaring jeg undertiden har haft lejlighed til at trække på, samt til kontorchef Ole Frydensberg, Kommunernes Landsforenings Kontor for Administration og Erhverv, der oprindeligt gav mig muligheden for fagligt at beskæftige mig med reguleringen af offentlige indkøb. Derudover en varm tak til cand. jur. Nicolai Ægidius, stagiaire ved Kommissionens Juridiske Tjeneste, fordi han tog sig tid til at gennemlæse bogen. Endelig sender jeg en tak til Det Kongelige Bibliotek, særligt Mona Lergaard, og til Kommissionens Bibliotek i Bruxelles, for hjælp i forbindelse med omfattende informationssøgning, og en tak til forlagets redaktør Hanne Lise Møller og produktionschef Peter Lyneborg, som har været meget hjælpsomme og interesserede under hele forløbet. Udover dette er det næsten overflødigt at nævne, at det uden Birthe, Jørgen og Kamilla Warbergs personlige støtte og opmuntring, særligt Kamillas faglige modspil og grænseløse tålmodighed på den hjemlige front, næppe ville have været muligt at få denne bog skrevet.

Uden at dette egentlig har været tilsigtet, kan jeg ikke udelukke, at enkelte af bogens konklusioner formentlig kan forekomme unødigt formalistiske, eller kontroversielle. Imidlertid håber jeg at bogen i disse situationer snarere vil blive opfattet som et debatoplæg end som en provokation, hvorfor jeg varmt vil opfordre interesserede læsere til at rette henvendelse til mig på e-mail *peter.meyer@image.dk* med kommentarer, kritik, konstaterede fejl og forslag til ændringer.

Redaktionen af denne bog er afsluttet den 15. januar 1998.

På forhånd tak for interessen!

Peter Lund Meyer
København
11. februar 1998

Kapitel 1

Indledning

De offentlige myndigheder og virksomheder inden for EU bruger hvert år rundt regnet 720 mia. ECU på varer og tjenesteydelser, svarende til næsten 2.000 ECU for hver person i EU. I betragtning af de offentlige indkøbs store omfang kan anvendelsen af effektive indkøbssystemer indebære betydelige besparelser for staterne og dermed for skatteyderne. Disse overvejelser har særlig stor betydning i forbindelse med bestræbelserne på at reducere budgetunderskuddet i overensstemmelse med EU-Traktatens konvergenskriterier. En mere åben politik inden for offentlige indkøb frembyder naturligvis også en lang række andre, men måske også mindre iøjnefaldende fordele. Redelige, ikke-diskriminerende og gennemsigtige procedurer for indgåelse af offentlige indkøbskontrakter reducerer risikoen for svindel og korruption i den offentlige forvaltning.

Efter vedtagelsen i 1971 af det oprindelige Bygge- og anlægsdirektiv 71/305/EØF om tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter blev et tilsvarende direktiv, Indkøbsdirektiv 77/62/EØF, om tildeling af offentlige varekøbskontrakter vedtaget i 1977. Begge disse direktiver blev ændret adskillige gange, hvorfor Fællesskabet i 1993 vedtog to nye direktiver, henholdsvis Bygge- og anlægsdirektiv 93/37/EØF og Indkøbsdirektiv 93/36/EØF, som kodificerede bestemmelserne i de hidtidige ændringsdirektiver. I 1990 vedtog Fællesskabet et integreret direktiv, Forsyningsvirksomhedsdirektiv 90/531/EØF, om indgåelse af henholdsvis offentlige bygge- og anlægskontrakter og offentlige varekøbskontrakter inden for forsyningsvirksomhedssektoren, som indtil da havde været undtaget anvendelsesområdet for de øvrige direktiver. Endelig blev der i 1992 vedtaget et direktiv, Tjenesteydelsesdirektiv 92/50/EØF, om tildeling af offentlige tjenesteydelseskontrakter uden for forsyningsvirksomhedssektoren, samtidig med at det endnu ikke ikrafttrådte Forsyningsvirksomhedsdirektiv 90/531/EØF blev afløst af det nuværende Forsyningsvirksomhedsdirektiv 93/38/EØF, som nu også regulerer tildeling af offentlige tjenesteydelseskontrakter inden for forsyningsvirksomhedssektoren.

Udbudsdirektiverne har deres udspring i Traktaten, i særdeleshed de bestemmelser, der garanterer fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser

Denne bog beskriver den Fællesskabsretlige regulering af offentlige indkøb.

Bogen er opbygget som et case study, med hovedvægten på Domstolens praksis. Imidlertid er bogen forsynet med en række bilag og registre, som muliggør en omfattende og detaljeret informationssøgning. Disse bilag og registre omfatter også en udtømmende analyse af dansk praksis fra Klagenævnet for Udbud.

Formålet med bogen er dels at give en generel indføring i emneområdet til den, som ønsker en større viden om området i almindelighed, dels at give et udtømmende billede af doms- og klagenævnspaksis til brug for specialisten, som allerede er i besiddelse af den teoretiske viden.

Efter en gennemgang af Traktatens art. 30, art. 59 og art. 52 behandles direktivernes materielle og personelle anvendelsesområder, direktivernes udbudsformer, vejledende forhåndsbekendtgørelser, kravspecifikationer, kvalifikationsbetingelser og tildelingskriterier. Afslutningsvis foretages en kronologisk gennemgang af de direktivbestemmelser, som knytter sig specifikt til afviklingen af ordregivers udbudsprocedure.

Forfatteren er cand.jur. fra Københavns Universitet og Master of Law fra Vrije Universiteit i Bruxelles. Han har siden 1994 arbejdet med offentlige kontrakter, senest som ekstern konsulent for Kommunernes Landsforening.

ISBN 87-607-0458-6



GADJURA