

CARINA RISVIG HAMER

Grundlæggende udbudsret



JURIST- OG ØKONOMFORBUNDETS FORLAG

Carina Risvig Hamer
Grundlæggende udbudsret

1. udgave, 1. oplag

© 2016 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Jurist- og Økonomforbundets Forlag/Djøf Forlag er godkendt af Uddannelses- og Forskningsministeriet som pointgivende forlag i den bibliometriske forskningsindikator. For at en publikation kan opnå point, er kravet herfor, at forlaget skal benytte fagfællebedømmelse, hvilket vil sige, at en ekstern forsker har bedømt forskningens kvalitet inden værkets publicering.

Publikationen er fagfællebedømt

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

Omslag: Stine Trampe Broch
Tryk: Toptryk, Gråsten

Printed in Denmark 2016

ISBN 978-87-574-3440-8
E-bog ISBN 978-87-574-9834-9

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 137
1123 København K

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

Indholdsfortegnelse

Forord	25
--------------	----

Del I. Udbudsrettens formål og grundlæggende principper

Kapitel 1. Introduktion til udbudsretten	29
1. Indledning	29
1.1. Indledende bemærkninger om bogens struktur	30
2. Udbudsreglernes formål	31
2.1. Udbudsreglernes (primære) EU-retlige formål	32
2.2. Udbudsreglernes (sekundære) nationale formål	35
2.2.1. Udbudslovens formålsbestemmelse	36
3. Udbudsrettens regelsæt og kilder	37
3.1. Traktaterne	38
3.2. Udbudsdirektiverne	40
3.2.1. 2014-udbudsdirektivets præambelbetragtninger	42
3.3. Udbudsloven	43
3.3.1. Direktiver og EU-konform fortolkning	44
3.3.2. Udbudslovens anvendelsesområde	46
3.4. Klagenævnsloven	48
3.5. Øvrige danske regler	48
3.6. Internationale regler (GPA-aftalen)	49
3.7. Domme fra EU-Domstolen	51
3.7.1. Præjudicielle spørgsmål	52
3.7.2. Traktatbrudssager	52
3.7.3. Retten	53
3.8. Kendelser fra Klagenævnet for Udbud og danske domstole ..	54
3.9. Kommissionens fortolkningsmeddelelser	55
3.10. Vejledninger og udtalelser fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen	55
4. Udbudsrettens principper	56
4.1. Forbud mod diskrimination på grund af nationalitet	57

4.2.	Ligebehandlingsprincippet	58
4.2.1.	Forhandlingsforbud	59
4.3.	Gennemsigtighedsprincippet	60
4.4.	Proportionalitetsprincippet	61
4.5.	Gensidig anerkendelse	62
4.6.	Effektivitetsprincippet	63
4.7.	Konkurrence som selvstændigt udbudsretligt princip?	63
4.8.	Forvaltningsretlige principper	65
Kapitel 2. Hvem skal følge udbudsreglerne		67
1.	Indledning	67
2.	Statslige, regionale og kommunale myndigheder	68
2.1.	Ikkestatslige ordregivere	71
3.	Offentligretlige organer	72
3.1.	Oprettet for at imødekomme almenhedens behov	74
3.2.	Juridisk person	77
3.3.	Finansieret eller kontrolleret af en anden ordregiver	78
4.	Sammenslutninger og fælles udbud	81
5.	Indkøbscentraler	82
6.	Ordregivere fra forskellige EU-medlemsstater	85
7.	Tilskud til bygge- og anlægsprojekter	86

Del II. Udbudsrettens kontrakter og undtagelser

Kapitel 3. Offentlige kontrakter og offentlig-privat samarbejde	91
1. Indledning	91
2. Hvilke opgaver kan overlades til private	92
3. Offentlige kontrakter	94
3.1. Gensidigt bebyrdende kontrakt	95
3.1.1. Kontrakt	96
3.1.2. Skriftlighedskrav	97
3.1.3. Ordregiveren skal foretage en anskaffelse	98
3.1.3.1. EU-Domstolens praksis	99
3.1.3.2. Dansk praksis	101
3.1.3.3. Om der (fortsat) er krav om direkte økonomisk interesse	105
3.1.4. Modydelse (fra ordregiver)	106
4. Kontrakttyper	108
4.1. Tjenesteydelser	108

4.2.	Varer	109
4.3.	Bygge- og anlæg	109
4.3.1.	Skræddersyet byggeri	110
4.4.	Blandede kontrakter	111
4.4.1.	Blandede kontrakter, der alene vedrører ydelser, der er omfattet af udbudsloven	111
4.4.2.	Blandede kontrakter, der vedrører ydelser, der er omfattet af udbudsloven, og ydelser, der ikke er omfattet af loven	114
5.	Forskellige former for offentlig-privat samarbejde (OPS)	115
5.1.	Støtte	115
5.1.1.	Ulovlig støtte	116
5.2.	OPP	117
5.3.	Frit valg-ordninger	119
5.4.	Offentlige virksomheder	121
5.4.1.	548-loven	122
5.4.2.	§ 60-selskaber	123
5.4.3.	Selvejende institutioner mv.	124
Kapitel 4. Tærskelværdier		127
1.	Indledning	127
2.	Tærskelværdierne	128
2.1.	Fastlæggelse og revision af tærskelværdierne	129
3.	Beregning af en kontrakts anslåede værdi	130
3.1.	Tidspunktet for ordregivers vurdering	131
3.2.	Hvad skal medregnes i værdien	133
3.2.1.	Værdien af en bygge- og anlægskontrakt	134
3.2.2.	Værdien af en vareindkøbskontrakt eller tjenesteydelseskontrakt, der indgås med regelmæssige mellemrum	134
3.2.3.	Vareindkøbskontrakter vedrørende leasing eller leje	135
3.2.4.	Værdien af visse særlige tjenesteydelser	136
3.2.5.	Tjenesteydelseskontrakter uden angivelse af en samlet pris	136
3.2.6.	Værdien af en rammeaftale eller dynamisk indkøbssystem	136
3.2.7.	Værdien af et innovationspartnerskab	137
4.	Delkontrakter	137
4.1.	Den anslåede værdi af delkontrakter	138

4.2. Delkontrakter: Opdel eller forklar	140
4.3. Begrænsning af muligheden for at byde på delkontrakter	142
4.4. Delydelsesreglen	142
5. Decentrale enheder	144
6. Kontrakters længde	146

Kapitel 5. Rammeaftaler, dynamiske indkøbssystemer og e-kataloger

1. Indledning	149
2. Rammeaftaler	150
2.1. Hvad er en rammeaftale	152
2.2. Parterne i en rammeaftale	154
2.3. En rammeaftales varighed	157
2.4. Tildeling af en rammeaftale	158
2.5. Typer af rammeaftaler	160
2.5.1. Rammeaftale med en enkelt virksomhed	161
2.5.2. Rammeaftale med flere virksomheder (vilkår fastlagt)	162
2.5.3. Rammeaftale med flere virksomheder (vilkår ikke fastlagt)	163
2.5.3.1. Vilkår for miniudbud	163
2.5.3.2. Proceduren ved miniudbud	165
2.5.4. Miniudbud og direkte tildeling	165
2.5.5. Periodekøbskontrakter	168
2.6. Parallele rammeaftaler (aftaler med sammenfaldende sortiment)	168
2.7. Særligt om indkøbscentralers rammeaftaler	169
2.7.1. Ansvarsfordeling mellem indkøbscentraler og ordregivere	169
3. Dynamiske indkøbssystemer	171
3.1. Etablering af et dynamisk indkøbssystem	173
3.1.1. Opdeling i kategorier	174
3.1.2. Betaling	174
3.2. Tildeling af kontrakter inden for et dynamisk indkøbssystem	174
3.3. Optage nye leverandører under systemet	175
3.4. Underretning, begrundelse, standstill og bekendtgørelse om indgåelse af kontrakt	176
4. Sortimentsudbud	177
4.1. Kravspecifikationer/tekniske specifikationer	177
4.2. Evaluering	178

5. e-kataloger	179
5.1. Hvad er et e-katalog	180
5.2. e-kataloger og rammeaftaler/dynamiske indkøbssystemer	181

Kapitel 6. Kontrakter med en anslået værdi under

tærskelværdierne	183
1. Indledning	183
2. Klar grænseoverskridende interesse	184
2.1. Udviklingen af begrebet klar grænseoverskridende interesse	185
2.2. Elementer, der har betydning for kontraktens grænseoverskridende interesse	188
2.2.1. Kontraktens anslåede værdi	189
2.2.2. Udførelsesstedet (det geografiske sted)	191
2.2.3. Kontraktens genstand	193
2.2.4. Markedets størrelse og struktur	194
2.2.5. Direkte eller indirekte grænseoverskridende interesse	196
2.2.6. Øvrige forhold der kan tillægges betydning	197
2.2.7. Tidspunktet for vurderingen: aktuel eller potentiel grænseoverskridende interesse	198
2.2.8. Opsamling om elementer, der kan tillægges betydning	200
2.3. Forholdet til EU-Domstolens praksis om interne situationer	201
3. Kontrakter med klar grænseoverskridende interesse	202
3.1. Krav om annoncering	204
3.2. Valg af udbudsprocedure	206
3.3. Underretning og begrundelse	207
4. Kontrakter uden klar grænseoverskridende interesse	208
4.1. Markedsmæssige vilkår	209
4.2. Underretning og begrundelse	211
4.3. Iagttagelse af forvaltningsretlige principper	211
4.4. Klagenævnets (manglende) kompetence	213
5. Tilbudsloven	214
5.1. Hvem er omfattet af tilbudsloven	214
5.2. Tilbudslovens regelsæt	216
5.3. Bestemmelser i tilbudsloven der finder anvendelse for kontrakter omfattet af udbudsloven	217

Kapitel 7. Særlig udbudsordning: Light-regime	219
1. Indledning	219
2. Historik og baggrund	220
3. Hvilke tjenesteydelser er omfattet af light-regimet	223
3.1. Blandede tjenesteydelseskontrakter	226
4. Tærskelværdien i light-regimet	227
4.1. Kontrakter under tærskelværdien i light-regimet	228
5. Udbudsprocessen i light-regimet	229
5.1. Krav om annoncering	231
5.1.1. Light-udbudsbekendtgørelse	231
5.1.2. Light-forhåndsmeddelelse	232
5.1.3. Undtagelse til krav om forudgående annoncering	233
5.2. Valg af udbudsprocedure	235
5.3. Beskrivelse af kontraktens genstand (kravspecifikation)	236
5.4. Udelukkelse og udvælgelse af virksomheder	237
5.5. Tidsfrister	239
5.6. Tildeling af kontrakten	240
5.6.1. Tildelingskriterier	240
5.6.2. Offentliggørelse, vægtning og evaluering	242
5.7. Underretning, begrundelse og standstill	245
5.8. Bekendtgørelse om indgåelse af kontrakt	246
5.9. Mulighed for at foretage ændringer i kontrakten	246
6. Light-regimet og klagenævnsløven	247
7. Anvendelse af 2014-udbudsdirektivets fulde regelsæt	247
8. Reserverede kontrakter til organisationer om visse tjenesteydelser	249
8.1. Baggrund for bestemmelsen	250
8.2. Organisationer omfattet	251
Kapitel 8. De øvrige udbudsdirektiver	255
1. Indledning	255
2. Forsyningsvirksomhedsdirektivet	256
2.1. Ordregivere efter forsyningsvirksomhedsdirektivet	258
2.1.1. Forsyningsaktiviteter	261
2.1.2. Fritagelse fra forsyningsvirksomhedsdirektivet	263
2.2. Fleksible udbudsregler	264
2.2.1. Tærskelværdier	264
2.2.2. Udbudsprocedurer	265
2.2.3. Kvalifikationsordninger	265
2.2.4. Rammeaftaler	266

2.2.5. Særlige forbindelser (samarbejde, tilknyttede virksomheder og joint ventures)	267
2.3. Forholdet til udbudsloven	267
2.3.1. Regler i udbudsloven der finder anvendelse	267
2.3.2. Om fortolkninger fra udbudsloven kan overføres til forsyningsvirksomhedsdirektivet	268
2.4. Klagenævnsløven	270
2.5. Gælder Traktatens principper for ordregiver omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet	270
3. Forsvars- og sikkerhedsdirektivet	272
3.1. Anvendelsesområde for forsvars- og sikkerhedsdirektivet	273
3.2. Anvendelsesområde for artikel 346 TEUF	275
3.3. Fleksible udbudsregler	278
3.3.1. Tærskelværdier	278
3.3.2. Udbudsprocedurer	278
3.3.3. Udvalgte af virksomheder	279
3.3.4. Rammeaftaler	279
3.3.5. Undtagelser til forsvars- og sikkerhedsdirektivet	279
3.4. Klagenævnsløven	280
3.5. Gælder Traktatens principper for ordregivere omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet	280
4. Koncessioner	281
4.1. Hvad er en koncession	282
4.2. Baggrunden for koncessionsdirektivet	286
4.3. Reglerne for indgåelse af koncessioner	288
4.3.1. Tærskelværdierne	288
4.3.2. Koncessionens varighed	290
4.3.3. Undtagelser til koncessionsdirektivet	290
4.3.4. Udbudsprocedurer	291
4.3.5. Tildelingskriterier	292
4.4. Forholdet til udbudsloven	292
4.5. Klagenævnsløven	293
5. Blandede kontrakter	293
5.1. Udbudsloven og forsyningsvirksomhedsdirektivet	294
5.2. Udbudsloven og forsvars- og sikkerhedsdirektivet	294
5.3. Forsyningsvirksomhedsdirektivet og forsvars- og sikkerhedsdirektivet	295

Kapitel 9. In-house mv.	297
<i>Af Rasmus Horskjær Nielsen</i>	
1. Indledning	297
2. Klassisk in-house, herunder aftaler mellem forskellige dele af staten	299
2.1. En intern eller ekstern aftale?	300
3. Udvidet in-house – §§ 12-14	304
3.1. Reglerne angående udvidet in-house – § 12 (figur 1)	305
3.1.1. Kontrolkriteriet i § 12, nr. 1	307
3.1.2. Virksomhedskriteriet § 12, nr. 2	309
3.1.3. Forbud mod private kapitalandele – § 12, nr. 3	310
3.2. In-house via indskudt selskab § 12 (figur 2)	313
3.3. Omvendt udvidet in-house og horisontale in-house-aftaler – § 13 (figur 3 og 4)	315
3.4. Udvidet in-house ved fælles kontrol – § 14 (figur 5)	316
3.4.1. Repræsentanter fra alle deltagende ordregivere	317
3.4.2. Bestemmende indflydelse	317
3.4.3. Interessevaretagelse	318
4. Horisontale samarbejdsaftaler	318
4.1. Samarbejde har til formål at realisere fælles målsætninger – § 15, nr. 1	319
4.2. Forfølge et formål af almen interesse – § 15, nr. 2	320
4.3. Virksomhedskriteriet – § 15, nr. 3	321
4.4. Er der forbud mod deltagelsen af private kapitalandele?	322
5. Kontrolbud	323
Kapitel 10. Udbudslovens undtagelser	327
1. Indledning	327
2. Kontrakter tildelt på grundlag af eksklusive rettigheder	328
3. Kontrakter vedrørende elektronisk kommunikation mv.	329
4. Kontrakter mv., der afholdes i henhold til internationale regler	329
5. Særlige undtagelser vedrørende tjenesteydelseskontrakter	331
5.1. Erhvervelse eller leje af jord, eksisterende bygninger eller anden fast ejendom eller rettigheder hertil	333
5.2. Indkøb, udvikling, produktion eller samproduktion af programmateriale	333
5.3. Voldgifts- og mæglingstjenesteydelser	334
5.4. Juridiske tjenesteydelser	335
5.5. Finansielle tjenesteydelser	338
5.6. Lån	339

5.7. Ansættelseskontrakter	339
5.8. Civilforsvar, beredskabstjenester mv. der ydes af nonprofitorganisationer	339
5.8.1. Tjenesteydelserne der er omfattet	340
5.8.1.1. Ambulancetjenester	340
5.8.2. Nonprofitorganisation	341
5.9. Personbefordring med jernbane eller metro	344
5.10. Politiske kampagnetjenester	344
6. Tjenesteydelser vedrørende forskning og udvikling	345

Del III. Fremgangsmåderne ved tildeling af offentlige kontrakter

Kapitel 11. Dialog før udbuddet	349
1. Indledning	349
2. Baggrunden for regler om dialog før udbud	350
3. Forudgående markedsundersøgelser	352
3.1. Formål med forudgående dialog	352
3.2. Forløb af markedsdialogen	354
3.3. Begrænsninger i dialogen	354
4. Rådgivning	355
5. Inhabilitet (udbudsretlig)	356
5.1. Rådgiver for ordregiveren før udbuddet (rådgiverinhabilitet)	357
5.2. Nær tilknytning mellem rådgiveren og en tilbudsgiver	360
5.3. Tidligere leverandør til ordregiveren	361
5.4. Skræddersyet udbud	364
5.5. Inhabilitet der opstår under udbuddet	365
6. Afhjælpning af inhabilitet	366
6.1. Passende foranstaltninger	366
6.2. Udelukkelse	370
6.2.1. Begrundelse – individuelle rapporter	370
7. Interesseskonflikt (forvaltningsretlig inhabilitet)	371
Kapitel 12. Udbudsmaterialet	375
1. Indledning	375
2. Offentliggørelse af bekendtgørelser i EU-Tidende	376
2.1. Standardformularer/bekendtgørelser	377
2.2. Offentliggørelse på nationalt plan	378
3. Forhåndsmeddelelser og køberprofil	379

4.	Udbudsbekendtgørelse	380
4.1.	Udbudsbekendtgørelsens indhold	380
5.	Udbudsmateriale	382
5.1.	Udbudsmaterialets indhold	384
5.1.1.	Udbudsbetingelser	384
5.1.2.	Kravspecifikationen/tekniske specifikationer	385
5.1.2.1.	Funktionsudbud	388
5.1.2.2.	Henvisning til standarder	390
5.1.2.3.	Henvisning til produktkategorier	391
5.1.2.4.	Om henvisning til varemærker, fabrikater mv.	392
5.1.2.5.	Dokumentation for opfyldelse af kravene i de tekniske specifikationer	395
5.1.3.	Kontraktbetingelser	396
5.1.3.1.	Hvad kan kontraktbetingelser indeholde	397
5.1.3.2.	Krav for anvendelse af kontraktbetingelser	398
5.1.3.3.	Opfølgning på kontraktbetingelser	399
5.2.	Adgang til udbudsmaterialet	399
6.	Mindstekrav	402
7.	Supplerende oplysninger og spørgsmål/svar	403
8.	Ændringer i udbudsmaterialet	405
8.1.	Almindelige ændringer	406
8.2.	Væsentlige ændringer	406
8.3.	Ændringer af grundlæggende elementer	407
9.	Forbehold	409
Kapitel 13. Udbudsprocedurer		413
1.	Indledning	413
2.	Hvilke udbudsprocedurer kan anvendes	414
3.	Offentligt udbud	415
4.	Begrænset udbud	416
5.	Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog	418
5.1.	Hvornår kan procedurerne anvendes	420
5.1.1.	Ordregiverens behov kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger	421
5.1.2.	Design eller innovative løsninger	423
5.1.3.	Særlige omstændigheder med hensyn til art og kompleksitet	423
5.1.4.	Manglende mulighed for at fastlægge de tekniske specifikationer	423

5.1.5.	Ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud	424
5.1.5.1.	Ikkeforskriftsmæssige bud	425
5.1.5.2.	Uacceptable tilbud	426
5.2.	Proceduren udbud med forhandling	428
5.2.1.	Forløbet af udbud med forhandling	428
5.2.2.	Om forhandling med tilbudsgivere der har taget forbehold	431
5.2.3.	Hvad må der forhandles om?	433
5.2.4.	Tildeling	434
5.3.	Proceduren konkurrencepræget dialog	434
5.3.1.	Forløbet af den konkurrenceprægede dialog	434
5.3.2.	Hvad må der afholdes dialog om	436
5.3.3.	Tildeling	436
6.	Innovationspartnerskaber	436
6.1.	Om definitionen innovation	438
6.2.	Innovationspartnerskaber	439
6.2.1.	Udbuddet	440
6.2.2.	Innovationsforløbet	442
6.2.3.	Indkøbet	442
7.	Hasteprocedure	442
8.	Udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse	444
8.1.	Ikke modtaget egnede tilbud	445
8.2.	Der kun eksisterer én leverandør	446
8.3.	Tvingende grunde	448
8.4.	Varekontrakter med henblik på forskning	450
8.5.	Supplerende leverancer	451
8.6.	Indkøb via varebørs	452
8.7.	Særlig fordelagtige vilkår	452
8.8.	Bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, der er gentagelse af tilsvarende ydelser	453
9.	Projektkonkurrencer	453
9.1.	Iværksættelse af en projektkonkurrence	454
9.2.	Bedømmelseskommité	455
9.3.	Tildeling af kontrakt	456
9.4.	Efter projektkonkurrencen er afholdt	456
10.	Kommunikation i udbudsprocessen (elektronisk)	456
10.1.	Elektroniske kommunikationsmidler og værktøjer	458
10.2.	Om hvilke dele skal der ske elektronisk kommunikation	459
10.3.	Mundtlig kommunikation	459

10.4. Undtagelser til elektronisk kommunikation	460
11. Tidsfrister	461
11.1. Passende tidsfrister	461
11.2. Minimumstidsfristerne i de enkelte udbudsprocedurer	462
11.2.1. Tidsfrister ved offentligt udbud	464
11.2.2. Tidsfrister ved begrænset udbud	464
11.2.3. Tidsfrister ved udbud med forhandling	465
11.2.4. Tidsfrister ved konkurrencepræget dialog	465
11.2.5. Tidsfrister ved innovationspartnerskaber	465
11.3. Forlængelse af tilbudsfrister	466
11.4. Manglende overholdelse af tidsfrister	468
Kapitel 14. Udelukkelse, egnethed og udvælgelse af virksomheder ..	469
1. Indledning	469
2. Udelukkelsesgrunde	471
2.1. Obligatoriske udelukkelsesgrunde	471
2.1.1. Deltagelse i kriminel organisation	474
2.1.2. Bestikkelse	475
2.1.3. Svig	477
2.1.4. Terrorhandling	478
2.1.5. Hvidvaskning	478
2.1.6. Børnearbejde og menneskehandel	479
2.1.7. Ubetalt gæld til det offentlige på eller over 100.000 kr.	480
2.1.8. Udelukkelse pga. forhold i det konkrete udbud	482
2.2. Frivillige udelukkelsesgrunde	483
2.2.1. Tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljømæssige-, sociale- og arbejdsretlige område ...	486
2.2.2. Konkurs eller insolvent	487
2.2.3. Alvorlige forsømmelser (alvorlige fejl)	488
2.2.4. Har indgået konkurrencebegrænsende aftaler (karteller)	491
2.2.5. Væsentligt har misligholdt en tidligere kontrakt	492
2.2.6. Uretmæssigt har forsøgt at påvirke ordregiverens beslutningsproces	494
2.2.7. Ubetalt forfalden gæld til det offentlige	495
2.3. Tidspunktet for udelukkelse (varighed af udelukkelse)	495
2.3.1. De obligatoriske udelukkelsesgrunde	496
2.3.2. De frivillige udelukkelsesgrunde	497

2.4. Undtagelser fra udelukkelse	499
2.4.1. Væsentlige samfundsinteresser	499
2.4.2. Self-cleaning	500
2.4.2.1. Baggrund for bestemmelsen	501
2.4.2.2. Processen ved self-cleaning	502
2.4.2.3. Tilstrækkelig dokumentation for pålidelighed	503
2.4.3. Proportionalitet	504
3. Egnethed	505
3.1. Egnethed til at udøve det pågældende erhverv	507
3.2. Økonomisk og finansiel formåen	508
3.3. Teknisk og faglig formåen	509
4. Udvalgelse blandt egnede virksomheder	510
4.1. Objektive og ikkediskriminerende kriterier	510
4.2. Antallet af deltagere	513
5. Dokumentation	514
5.1. Indledende dokumentation – European Single Procurement Document (ESPD)	515
5.1.1. Hvornår skal der anvendes ESPD	516
5.1.2. Indhold af ESPD'en	517
5.1.3. Urigtige oplysninger i ESPD'en	519
5.1.4. Genbruge ESPD'en?	520
5.2. Endelig dokumentation	520
5.2.1. Serviceattest	521
5.2.2. e-Certis	523
5.2.3. Dokumentation for økonomisk og finansiel formåen	524
5.2.4. Dokumentation for teknisk og faglig formåen	525
5.2.5. Kvalitetssikringsstandarder og miljøledelsesstandarder	525
5.2.6. Officielle lister	526
5.3. Undtagelse til fremsendelse af dokumentation	526
6. Basere sig på andre virksomheder	527
6.1. Støtteerklæringer	528
6.2. Solidarisk hæftelse	530
7. Økonomiske aktører	530
7.1. Økonomiske aktørers retlige form	530
7.2. Konsortier	531
7.3. Små og mellemstore virksomheder (SMV'er)	532
7.4. Underleverandører	533
7.4.1. Oplysninger om underleverandører	534

7.4.2.	Krav der kan stilles til underleverandører	535
7.4.3.	Udelukke anvendelse af underleverandører (centrale opgaver)	535
8.	Ændring af ansøgere undervejs i udbudsprocessen	536
8.1.	Hvornår kan der foretages en ændring af en ansøger eller tilbudsgiver	538
8.2.	Krav til ansøgeren eller tilbudsgiveren efter ændringen	539
8.3.	Når en ansøger udgår i en begrænset udbudsprocedure	539
Kapitel 15. Tildeling af kontrakt		541
1.	Indledning	541
2.	Fremgangsmåde ved tildeling af kontrakter	542
3.	Tildelingskriterier	543
3.1.	Laveste pris	546
3.2.	Omkostninger	546
3.2.1.	Livscyklusomkostninger	548
3.2.2.	Metoden til beregning af livscyklusomkostninger ..	550
3.3.	Bedste forhold mellem pris og kvalitet	552
3.3.1.	Forbundet med kontraktens genstand	554
3.3.1.1.	Produktionsmetoden	556
3.3.1.2.	Erfaring som tildelingskriterium	557
3.3.2.	Krav til beskrivelse og offentliggørelse af underkriterier og delkriterier	561
3.3.3.	Vægtning af underkriterier og delkriterier	562
3.3.4.	Absolut eller relativ vurdering	564
3.3.5.	Effektiv kontrol af oplysninger	565
3.3.6.	Ændring af underkriterier og delkriterier?	566
3.4.	Omvendt licitation (fast pris)	566
4.	Evalueringsmetoder	566
4.1.	Åbning af tilbud	567
4.2.	Evalueringsmetoder	568
4.3.	Evalueringsmetoder	568
4.3.1.	Offentliggørelse af evalueringsmetode	568
4.3.2.	Pointmodel	573
4.3.3.	Prismodel	574
4.3.4.	Prosamodel	574
4.3.5.	Lodtrækning	575
4.3.6.	Elektroniske auktioner	577
4.4.	Klagenævnets kompetence	579
4.4.1.	Ordregiverens skøn	581

5.	Særlige tilbudssituationer	582
5.1.	Sideordnede tilbud	582
5.2.	Alternative tilbud	584
5.3.	Unormalt lave tilbud	585
6.	Vedståelsesfrist	587
7.	Annulation af udbuddet	589
7.1.	Saglige formål	590
7.2.	Ordregiverens underretning og begrundelse om annulation ..	593
8.	Tilbagekaldelse af ordregiverens tildelingsbeslutning	594
8.1.	Ny tildelingsbeslutning	596

Kapitel 16. Indhentning af supplerende oplysninger og ordregiverens undersøgelsespligt

1.	Indledning	597
2.	Indhentning af supplerende oplysninger	598
2.1.	Baggrunden for bestemmelsen	600
2.2.	Manova-sagen og den efterfølgende praksis	602
2.2.1.	EU-Domstolen efter Manova	605
2.2.2.	Klagenævnet for Udbud efter Manova	607
2.3.	Hvilke supplerende oplysninger og dokumentation kan indhentes	610
2.3.1.	Oplysninger og dokumentation der vedrører udvælgelsesfasen	611
2.3.2.	Oplysninger og dokumentation der vedrører tildelingsfasen	612
2.4.	Anmode samtlige ansøgere og tilbudsgivere	613
2.5.	Hvornår kan ordregiver indhente supplerende oplysninger ...	613
2.5.1.	Når ordregiveren har udelukket afhjælpning	615
3.	Undersøgelsespligt	617
3.1.	Tvivlstilfælde	618
3.2.	Effektiv kontrol	623
3.2.1.	Undersøgelse af virksomheden	623
3.2.2.	Undersøgelse af tilbuddet	624

Kapitel 17. Underretning, begrundelse og standstill mv.

1.	Indledning	627
2.	Underretning	628
2.1.	Hvem skal underrettes	630
2.1.1.	Berørte ansøgere	630
2.1.2.	Berørte tilbudsgivere	631

2.2. Skriftlig og samtidig underretning	632
3. Begrundelse af beslutninger	632
3.1. Begrundelse for beslutning om prækvalifikation	633
3.2. Begrundelse for begrænsning af antallet af tilbud og løsninger	633
3.3. Begrundelse for tildelingsbeslutning efter udbudsloven	634
3.3.1. Særligt om prisen	637
3.3.2. Særligt om oplysning om point	638
3.4. Undtage oplysninger pga. offentlige eller private interesser ..	639
3.5. Konsekvenser ved mangelfulde begrundelser	640
4. Standstill-periode	642
4.1. Hvornår skal der afholdes en standstill-periode	644
4.2. Kravene til anvendelse af standstill	645
4.3. Standstill-periodens længde	647
4.3.1. Fastsætte en længere standstill-periode	650
4.4. Angivelse af standstill-periodens udløb	651
4.5. Frivillig standstill ved rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer	652
5. Individuelle rapporter	652
6. Bekendtgørelse om indgåelse af kontrakt	654

Del IV. Sekundære hensyn

Kapitel 18. Miljø og sociale hensyn	659
1. Indledning	659
2. EU-politikker	660
3. Hvad er sekundære hensyn	662
4. Varetage af miljø og sociale hensyn i udbud	663
4.1. Kravspecifikation	664
4.2. Udelukkelse, egnethed og udvælgelse	665
4.2.1. Udelukkelse fra udbudsprocessen som følge af overtrædelse af krav inden for miljø-, social- eller arbejdsmarkedslovgivning	667
4.3. Tildelingsfasen	668
4.4. Kontraktbetingelser	670
4.4.1. Sociale klausuler	671
4.4.2. Arbejdsklausuler	672
4.4.3. Kontraktstyring (opfølgning)	676

5. Mærker	676
5.1. Hvad er mærker	677
5.2. Betingelser for at ordregiver kan kræve bestemte mærker	677
5.3. Acceptere anden passende dokumentation	681
5.3.1. Årsager der ikke kan tilskrives tilbudsgiveren	682
5.3.2. Muligt at konstatere mærkekrav uhensigtsmæssigt mange ressourcer	683
6. Reserverede kontrakter	684
7. Fair trade	685

Kapitel 19. EU Competition Law and State Aid Issues in Public Procurement

By Dr. Albert Sánchez Graells

1. Introduction	687
2. Main Distortions of Competition in Procurement Markets	691
2.1. Anticompetitive Agreements or <i>Bid Rigging</i>	691
2.2. Abuse of a Dominant Position	693
2.3. State Aid and Public Procurement	693
3. Prevention of Anticompetitive Agreements (<i>Bid Rigging</i>)	694
3.1. Prohibition of Anticompetitive Agreements	694
3.1.1. Involvement of Undertakings	695
3.1.2. Agreement or Concerted Practice	696
3.1.3. Object or Effect of Restricting or Distorting Competition	696
3.1.4. Effect on Intra-EU Trade and De Minimis Agreements	697
3.2. Justification of Anticompetitive Agreements	699
3.3. Joint Bidding and Subcontracting Agreements	702
3.4. Consequences of Anticompetitive Agreements	704
3.5. Reaction of Anticompetitive Agreements	706
4. Prevention of Abusive Behaviour by Dominant Tenderers	707
4.1. Prohibition of Abuse of a Dominant Position	707
4.1.1. Existence of a Dominant Position	708
4.1.2. Abuse of a Dominant Position	710
4.1.3. The Creation and Leveraging of Public Buying Power and the Possible Application of Article 102 TFEU to Central Purchasing Bodies	712
4.2. Consequences of the Abuse of a Dominant Position	713
5. State Aid and Public Procurement	714
5.1. Brief Overview of State Aid Rules	714

5.2. Can the Award of a Public Contract Constitute State Aid?	716
5.3. Can Recipients of public funds and/or State Aid Participate in Public Procurement?	718

Del V. Ændring af kontrakt

Kapitel 20. Ændring af kontrakt	723
1. Indledning	723
2. Opbevaring af kontrakter	724
3. Hvorfor har ordregiver behov for at foretage ændringer	725
4. Ændring af grundlæggende elementer (væsentlige ændringer i kontrakten)	726
4.1. Hvornår er der tale om ændring af grundlæggende elementer	728
4.1.1. Indfører nye betingelser	729
4.1.2. Ændring af den økonomiske balance	731
4.1.3. Betydelig udvidelse af kontraktens anvendelsesområde	732
4.1.4. Andre forhold der muligvis kan tillægges betydning	734
5. Ændringer der ikke er ændring af grundlæggende elementer	734
5.1. Bagatelreglen	735
5.2. Ændringer kontrakten har taget højde for	737
5.3. Supplerende leverancer	738
5.4. Uforudsete omstændigheder	740
5.5. Nødlidende kontrakter	741
6. Udskiftning af leverandør	743
6.1. Selskabsretlige omstruktureringer	744
6.2. Ændringer i et konsortium	744
6.3. Ændring af en underleverandør	745
6.4. Ændring af leverandøren pga. konkurs	745
7. Kontrakter der ikke omfattes af udbudslovens afsnit II	747
8. Konsekvenser ved ændring af grundlæggende elementer	748
8.1. Opsigelse/ophævelse	748
8.2. Uden virkning	749

Del VI. Håndhævelse og aktindsigt

Kapitel 21. Aktindsigt	753
1. Indledning	753
2. Aktindsigtsreglerne	754
2.1. Ordregivere omfattet af reglerne om aktindsigt	756
2.2. Anvendelse af forvaltningsloven eller offentlighedsloven? ...	759
3. Udbudslovens bestemmelse om fortrolighed	761
4. Aktindsigt hos ordregiver	762
4.1. Omfanget af aktindsigtsadgangen	762
4.2. Undtagelser fra adgangen til aktindsigt	764
4.2.1. Dokumenter	764
4.2.1.1. Interne dokumenter	765
4.2.1.2. Brevveksling med sagkyndige	770
4.2.2. Oplysninger	772
4.2.2.1. Private forhold og drifts- eller forretningsforhold ...	772
4.2.2.2. Det offentlige økonomiske interesser	782
4.3. Meroffentlighed	784
4.4. Behandling af anmodning om aktindsigt	785
4.4.1. Indhentelse af udtalelse fra den berørte virksomhed	786
4.5. Virksomheders oplysning til myndigheden	787
5. Klage over afgørelser om aktindsigt mv.	788
6. Aktindsigt ved Klagenævnet for Udbud	789
6.1. Undtagne dokumenter	790
6.2. Undtagne oplysninger	791
Kapitel 22. Håndhævelse af udbudsreglerne	793
1. Indledning	793
2. Regler om håndhævelse af udbudsreglerne	794
2.1. Baggrunden for EU's kontroldirektiver	794
2.2. Lov om Klagenævnet for Udbud	795
3. Håndhævelse på national plan	796
3.1. Klagenævnet for Udbud	797
3.1.1. Klagenævnets kompetence	800
3.1.2. Stillingtagen til parternes påstande	802
3.2. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen	804
3.3. Domstolene	805
4. Betingelser for at indgive klage til Klagenævnet for Udbud	805
4.1. Klageberettigede	806

4.2.	Klagefrister	808
4.3.	Formkrav til klagen	810
4.4.	Underretning af ordregiveren	811
5.	Sanktioner for overtrædelse af udbudsreglerne	812
5.1.	Opsættende virkning	813
5.1.1.	Automatisk opsættende virkning	818
5.2.	Annulation	819
5.2.1.	Konsekvenserne af annulation	821
5.2.1.1.	Ophævelse af kontrakten som følge af annulation (§ 185, stk. 2)	822
5.2.1.2.	Konsekvenserne af annulation i andre tilfælde	825
5.3.	Erstatning	825
5.3.1.	Erstatningsbetingelserne	827
5.4.	Uden virkning	831
5.4.1.	Kan erklæres uden virkning (§ 16)	833
5.4.2.	Skal erklæres for uden virkning (§ 17)	834
5.4.3.	Undtagelser til uden virkning	837
5.4.3.1.	Almenhedens interesser	838
5.4.3.2.	Profylaksebekendtgørelse (§ 4-bekendtgørelse)	839
5.4.4.	Indkøbscentralers rammeaftaler	845
5.5.	Økonomisk sanktion eller bøde	846
5.6.	Ophævepligt efter EU-retten	848
5.7.	Ophæveret i udbudsloven	853
6.	Håndhævelse på EU-plan	855
6.1.	Kommissionen	855
6.2.	Håndhævelse ved EU-Domstolen og Retten	855
6.2.1.	Præjudicielle spørgsmål	855
6.2.2.	Traktatbrudssager	856
6.3.	Retten	857
	Litteraturliste	859
	Domsregister	871
	Stikordsregister	887

Forord

Bogen behandler de grundlæggende EU-udbudsregler, som de er implementeret i dansk ret ved udbudsloven, der trådte i kraft 1. januar 2016.

Bogen er først og fremmest tænkt som lærebog til faget udbudsret på cand.merc.jur.- og cand.jur.-studierne. Bogen har således hovedvægten på en juridisk tilgang til udbudsreglerne, men inddrager også praksis fra Klagenævnet for Udbud og domstolene i et sådant omfang, at den vil være relevant for personer, der til daglig beskæftiger sig med udbudsretlige problemstillinger.

Jeg er privilegeret at have dygtige personer i mit netværk med specialviden om forskellige dele af udbudsretten, der har været villige til at læse dele af bogens kapitler og komme med input til forbedringer. Ansvar for fejl og mangler er naturligvis mit eget. Jeg skylder således flere personer tak for at læse forskellige udkast til dele af bogen. Tom Sandberg Jørgensen, specialkonsulent hos Forsvarets Materieltjeneste for kommentarer til kapitel 8 og særligt forsvars- og sikkerhedsdirektivet. Anne Dorthe Baunerhøj, udbudsjurist og CSR-ansvarlig, Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S for kommentarer til kapitel 18 om miljø og sociale hensyn. Martin Møller Grønback, teamchef for kontraktstyring, Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S, for kommentarer til bl.a. kapitel 5 om rammeaftaler og kapitel 20 om ændringer af kontrakt. Claus Ipsen, konsulent ved Implement Consulting Group for kommentarer til kapitel 11 om dialog og kapitel 8 om forsyning. Thomás Ginnerup-Nielsen, bid manager, CBRAIN for kommentarer til kapitel 12 om udbudsmateriale. Laura Nyhuus Svaneklink, chefkonsulent, Dansk Industri, har været igennem store dele af bogen og har ud over kommentarer til konkrete problemstillinger givet værdifuld sparring på skrivestil og metodevalg. Rasmus Horskjær Nielsen, specialkonsulent hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for at udarbejde kapitel 9 om in-house, for kommentarer til flere kapitler og generel sparring om udbudslovens mange aspekter.

Chapter 19 regarding competition law and public procurement has been written by Albert Sánchez Graells, PhD, Senior Lecturer in Law, University of Bristol to whom I am grateful for taking time to participate and for always being available for discussing procurement related topics.

Forord

Særlig tak til min mand Michael for at lægge øre til mange ideer, eksempler og udbudsretlige problemstillinger, for kommentarer til flere kapitler og ikke mindst forståelse for en travl periode op til aflevering af manuskriptet.

Studertermedhjælperne Nicoline Mark Hofman og Xenia Saxil Andersen takkes for hjælp med bogens tegninger, litteraturliste og domsregister.

Rettelser og forslag til forbedringer til de enkelte kapitler modtages meget gerne på mail carh@sam.sdu.dk.

Manuskriptet til bogen er afleveret januar 2016, og større materiale fremkommet herefter er ikke medtaget.

København, januar 2016

Carina Risvig Hamer, ph.d. lektor, Syddansk Universitet
www.udbudslov.dk.

DEL I

Udbudsrettens formål og grundlæggende principper

I bogen analyseres de grundlæggende EU udbudsregler, som de er implementeret i dansk ret ved udbudsloven der trådte i kraft 1. januar 2016.

Bogen behandler en række grundlæggende udbudsretlige problemstillinger, herunder udbudsreglernes formål og grundlæggende principper, udbudsrettens kontrakter og undtagelser samt fremgangsmåderne ved tildeling af offentlige kontrakter. Derudover behandler bogen en lang række andre emner som f.eks. ordregiveres mulighed for at varetage miljø- og sociale hensyn i offentlige kontrakter, virksomheders adgang til aktindsigt hos ordregivere, klager over manglende overholdelse af udbudsreglerne, udbudsreglernes forhold til konkurrenceretten samt hvornår der kan foretages ændringer i allerede indgåede offentlige kontrakter.

Bogen anvendes som pensum i faget udbudsret på Syddansk Universitet, men er også velegnet for praktikere, der ønsker et overblik over udbudsretten og nyere praksis på området.

Om forfatteren:

Carina Risvig Hamer, Ph.d., er lektor ved Syddansk Universitet. Hendes primære forskningsområde er EU-ret med særlig henblik på udbudsret.



ISBN 978-87-574-3440-8