

UNDTAGELSER FRA DEN ALMINDELIGE UDBUDSPLIGT MED FOKUS PÅ ENELEVERANDØRSITUATIONEN

Astrid Knakkegård, Aalborg Universitet



**Kandidatspeciale i samarbejde med
Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse**

Vejleder: Martin Holmgaard Thomsen

Afleveringsdato: 17. maj 2018

Abstract

One of the main goals of the EU public procurement rules is to create EU-wide competition for public contracts. Creating transparency through the publication of a contract notice in the Official Journal of the European Union plays an instrumental part in achieving this goal. However, in certain specific cases a contracting authority may award a public contract by applying a negotiated procedure without prior publication. The use of this procedure is only available under the specific circumstances expressly referred to in article 32 of the Public Procurement Directive.

The purpose of this thesis is to examine when this particular procedure is applicable. Specifically, the focal point is section 80, subsection 3 of the Public Procurement Act which constitutes the Danish implementation of the Public Procurement Directive. This specific section concerns situations where the works, supplies or services can only be supplied by one particular economic operator.

In a situation with exclusivity, publication is essentially unnecessary, due to the fact that it is clear from the outset that a call for competition would not trigger any actual competition. Exclusivity can arise from three different reasons: artistic reasons, technical reasons or reasons connected with the protection of exclusive rights. This thesis examines each reason along with the newly added condition that there can be no reasonable alternative or substitute and that the lack of competition cannot be the result of an artificial restriction of the procurement terms.

Judgments of the General Court and the European Court of Justice are used throughout the thesis to illustrate and analyse when application of the procedure is allowed. Likewise, rulings from the Danish Complaints Board for Public Procurement are examined. Through an analysis of this case law it is clearly shown that the approach of both the Court and the Complaints Board is generally very restrictive. Accordingly, award of contract without prior publication is only justified in exceptional circumstances.

In the examined case law, it is repeatedly stressed that the section constitutes an exception and thus must be interpreted strictly in order to prevent the significant anti-competitive effects that unjustified direct award of contract entails. The findings in this thesis confirm that the contracting authority must conduct a thorough investigation in order to prove that there is no more than one possible provider.

The thesis further explores how the public procurement rules correlate with the rules regarding State aid. Compliance with the procurement rules will usually be enough to ensure that rules on State aid

are complied with. However, contracting authorities using the negotiated procedure without prior publication, must be wary of the fact that the award of contract can constitute State aid. To ensure that this is not the case, assessment methods can be used in order to prove that the procurement is in compliance with market conditions.

The thesis concludes that a contracting authority that tries to justify direct award of a public contract by relying upon this specific section has a very heavy burden of proof. Often it is not possible to prove the existence of circumstances justifying the use of the procedure. Consequently, the procedure should only be used when the contracting authority is able to put forward positive facts that show that the conditions are clearly met.

Indholdsfortegnelse

Abstract

1.	Indledning	5
1.1.	Emne og problemformulering.....	7
1.2.	Fokus og afgrænsning	7
1.3.	Metode og retskilder	8
1.4.	Systematik.....	9
2.	Udbudsrettens retskilder, formål og de grundlæggende principper.....	10
2.1.	Retskilder	10
2.1.1.	EU-retten.....	10
2.1.2.	Dansk lov	11
2.1.3.	Praksis	12
2.1.3.1.	EU-Domstolen	12
2.1.3.2.	Klagenævnet for Udbud	13
2.2.	Udbudsreglernes formål	14
2.3.	De grundlæggende principper	14
2.3.1.	Ligebehandlingsprincippet.....	15
2.3.2.	Gennemsigtighedsprincippet.....	15
2.3.3.	Proportionalitetsprincippet	16
3.	Udbudsprocedurerne, herunder udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse	17
4.	Formkrav og sanktioner	20
4.1.	Formkrav ved anvendelse af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse	20
4.2.	Sanktioner ved ulovlig direkte tildeling	21
5.	Eneleverandørsituationen	23
5.1.	Kunstneriske årsager.....	23
5.2.	Tekniske årsager	25
5.2.1.	Første trin: "Teknisk årsag"	25
5.2.1.1.	C-20/01 og C-28/01.....	26
5.2.1.2.	C-385/02	27
5.2.1.3.	C-394/02	28
5.2.1.4.	Sammenfattende om afgørelserne.....	29
5.2.1.5.	Specifik interoperabilitet samt sondring mellem supplerende leverancer og eneleverandørsituationen	30

5.2.2.	Andet trin: "Uomgængeligt nødvendigt"	32
5.2.2.1.	Relevant praksis	32
5.2.2.2.	Sammenfattende	36
5.3.	Beskyttelse af eksklusive rettigheder	37
5.3.1.	Danske Arkitektvirksomheder mod Thisted og Skanderborg Gymnasium	39
5.3.2.	GlaxoSmithKline Pharma A/S mod Statens Serum Institut.....	40
5.4.	Ordregivers undersøgelse og særligt om eneforhandleraftaler	41
5.4.1.	Omfanget af ordregivers undersøgelser	41
5.4.2.	Eneforhandleraftaler.....	43
6.	§ 80, stk. 4	46
6.1.	Rimeligt alternativ eller erstatning	47
6.1.1.	Ordregivers krav til anskaffelsen	47
6.1.2.	Begrebet "rimeligt"	49
6.2.	Kunstig indskrænkning af udbudsvilkårene	50
6.2.1.	Tilfælde, hvor ordregiver selv har skabt situationen med eksklusivitet	51
6.2.2.	Blandede kontrakter	53
7.	Samspillet mellem udbudsreglerne og statsstøttere reglerne	55
8.	Konklusion.....	59
9.	Kildefortegnelse	62

1. Indledning

Inden for det offentlige foretages hvert år adskillige forskelligartede anskaffelser. Alt fra helt simple anskaffelser, såsom indkøb af kaffe til en offentlig arbejdsplads, til større anskaffelser i form af f.eks. komplekse it-systemer eller omfattende byggeprojekter. De offentlige myndigheder har i denne forbindelse langt fra frie tøjler. Udbudsreglerne sætter grænser i form af formelle procedurer, som ordregivere er forpligtede til at følge, når der skal foretages anskaffelser af bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser.

Den 1. januar 2016 trådte udbudsloven i kraft.¹ Loven regulerer offentlige anskaffelser og er derfor den primære retskilde i forbindelse med indgåelse af kontrakter vedr. anskaffelser til den offentlige sektor i Danmark.² Overordnet set udgør den danske udbudslov ikke nogen nyskabelse. Der er derimod tale om en implementering af EU's udbudsdirektiv.³ Af denne grund har særligt EU-retten stor indflydelse og betydning i forhold til besvarelsen af udbudsretlige problemstillinger.

Hovedformålet med den EU-retlige regulering er at skabe et reelt indre marked for offentlige kontrakter, inden for hvilket, der er effektiv konkurrence samt fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser.⁴ Hensigten er, at der gennem konkurrenceudsættelse af de offentlige kontrakter sikres, at alle virksomheder i EU, uanset deres beliggenhed, har en reel mulighed for at for at få tildelt den pågældende kontrakt.⁵

Skønsmæssigt blev der i Danmark i 2017 udbudt næsten 2.700 anskaffelser som EU-udbud.⁶ Udbudsreglerne har således ikke alene teoretisk, men også stor praktisk relevans. Dette naturligvis særligt i forhold til ordregiver og de potentielle leverandører, men også for samfundet i øvrigt, da forventningen er, at der gennem konkurrenceudsættelse vil være en række samfundsmæssige fordele.⁷ I praksis er der dog en række situationer, hvor et EU-udbud synes lidet attraktivt, da gennemførelsen af en udbudsprocedure kan være både tidskrævende og omkostningstungt for ordregiver.⁸

¹ Lov nr. 1564 af 15. december 2015.

² Poulsen, Sune Troels; Jakobsen, Peter Stig og Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers, *EU Udbudsretten* (2016), s. 45.

³ Direktiv 2014/24/EU.

⁴ Jakobsen, Karlsmode-Hjelmborg, & Poulsen (2016), s. 32.

⁵ Ibid. s. 33.

⁶ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, *Status for offentlig konkurrence 2017*, s. 28.

⁷ Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK* (2014), s. 154.

⁸ Jakobsen, Karlsmode-Hjelmborg, & Poulsen (2016), s. 44.

I de tilfælde, hvor udbuddet bidrager til at skabe en effektiv konkurrence i overensstemmelse med udbudsreglernes formål, kan en omfattende udbudsprocedure siges at have sin berettigelse, trods eventuelle ulemper forbundet hermed. I en række praktisk relevante tilfælde giver det dog reelt ingen mening at konkurrenceudsætte en offentlig kontrakt. Dette er eksempelvis tilfældet, hvis omstændighederne er, at kun én bestemt leverandør kan levere den ønskede anskaffelse. I denne situation - i dette speciale omtalt som "eneleverandørsituationen" - er der i praksis behov for at kunne benytte sig af mere fleksible regler.

Muligheden herfor skal findes i proceduren kaldet "udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse". Denne særlige fremgangsmåde er i teorien defineret som en udbudsprocedure på linje med de øvrige procedurer for EU-udbud. Reelt er der dog nærmere tale om direkte tildeling af en kontrakt, da tilrettelæggelsen af udbudsprocessen i høj grad er op til ordregiver selv.⁹ Proceduren skal i lyset heraf anses som en undtagelse i forhold til de øvrige, mere omfattende almindelige udbudsprocedurer.

Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse er formålstjenlig i de situationer, hvor det åbenbart vil savne mening at gennemføre en almindelig udbudsprocedure. Omvendt strider proceduren dog principielt mod udbudsreglernes centrale formål om konkurrenceudsættelse af offentlige kontrakter.¹⁰ Som følge heraf skal muligheden for at anvende proceduren ses som en snæver undtagelse, der skal fortolkes indskrænkende, og som kun finder anvendelse i de specifikke situationer, der er fastsat i udbudsreglerne; herunder i eneleverandørsituationen.¹¹

For en ordregivende myndighed, der ikke umiddelbart kan se fordelene ved en mere omfattende, almindelig udbudsprocedure, vil muligheden for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse måske virke attraktiv, grundet den udstrakte frihed og fleksibilitet som proceduren medfører. I tilfælde af, at ordregiver finder, at kun én bestemt leverandør kan levere de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, som denne har behov for, vil det således kunne være fristende at påberåbe eneleverandørsituationen med henblik på at kunne indgå kontrakt direkte. I praksis er der dog, pga. bestemmelsens snævre anvendelsesområde, en del juridisk usikkerhed forbundet med anvendelse heraf.¹² Det er derfor relevant grundigt at undersøge, hvornår

⁹ Nielsen, Ruth og Ølykke, Grith Skovgaard, *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst* (2017), s. 244.

¹⁰ Jakobsen, Karlsmode-Hjelmborg, & Poulsen (2016), s. 405.

¹¹ Se f.eks. C-337/05, *Kommissionen mod Italien*, præmis 56-57.

¹² Fabricius, Jesper, *Offentlige indkøb i praksis* (2017), s. 236.

betingelserne for at anvende proceduren er opfyldt, samt hvilke faldgruber der kan være i forbindelse hermed.

1.1. Emne og problemformulering

Formålet med dette kandidatspeciale er at klarlægge, i hvilke situationer det er muligt at anvende proceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse. Fokus er mere præcist på udbudslovens § 80, stk. 3, hvorefter proceduren kan anvendes, når bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne kun kan leveres af en bestemt økonomisk aktør.

Gennem en undersøgelse af retstilstanden, herunder relevant retspraksis fra EU-Domstolen samt administrativ praksis fra Klagenævnet for Udbud, søges det afklaret, hvornår betingelserne for at anvende bestemmelsen er opfyldt. I forlængelse heraf undersøges tillige en række relaterede spørgsmål, der kan opstå i forbindelse med anvendelse af proceduren, herunder bl.a. en undersøgelse af procedurens overensstemmelse med reglerne om statsstøtte.

Med baggrund i ovenstående, er formålet med nærværende speciale at foretage en tilbundsående analyse af eneleverandørsituationen. Som led heri foretages en grundig undersøgelse af, hvornår de enkelte betingelser for at anvende proceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse er opfyldt som følge af, at kun en bestemt leverandør kan levere.

1.2. Fokus og afgrænsning

Udbudslovens §§ 80-83 indeholder, udover eneleverandørsituationen, en række øvrige specifikke situationer, hvorefter proceduren kan anvendes. Eftersom hovedfokus er på situationen i § 80, stk. 3, beskæftiger specialet sig ikke indgående med de øvrige bestemmelser.

EU-retten, herunder EU-Domstolens praksis samt direktivreguleringen, udgør et væsentligt element i specialet. Særligt udbudsdirektivet behandles gennemgående. Udover den EU-retlige og den nationale regulering, findes desuden en række folkeretlige regler om offentlige indkøb. Navnlig kan GPA-aftalen indgået i regi af Verdenshandelsorganisation, WTO, være relevant.¹³ Af hensyn til specialets omfang er dette folkeretlige perspektiv dog ikke medtaget.

Fortolkning af enhver EU-retlig bestemmelse skal i princippet ske efter en sammenligning af alle de forskellige sproglige versioner heraf.¹⁴ Ideelt set ville en fortolkning af eneleverandørsituationen

¹³ Nielsen & Ølykke (2017), s. 55-56.

¹⁴ Karsten Engsig Sørensen, Poul Runge Nielsen & Jens Hartig Danielsen, *EU-Retten* (2014), s. 108.

derfor støttes af flere sprogversioner. Ligeledes kunne der inddrages afgørelser fra andre europæiske klagenævn. En komparativ analyse af forskellige landes implementeringer samt en inddragelse af afgørelser fra øvrige medlemslande, vil ikke være uden relevans. Det falder dog uden for omfanget af dette speciale at inddrage praksis fra andre lande. Specialet begrænses derfor til alene at beskæftige sig med den danske implementering af udbudsreglerne.

1.3. Metode og retskilder

Metoden der anvendes i dette speciale er retsdogmatisk metode. Formålet med den retsdogmatiske metode er at analysere og beskrive gældende retstilstand.¹⁵ I bestræbelserne på at foretage en analyse af eneleverandørsituationen vil gældende ret i overensstemmelse med retsdogmatisk metode således blive beskrevet, fortolket og systematiseret.¹⁶

Med henblik på at belyse gældende ret inddrages relevante retskilder. Som den primære retskilde anvendes lovgivningen, herunder både den EU-retlige og den nationale. Udstrækningen og indholdet af retsreglerne søges fastlagt gennem almindelig lovfortolkning, men med særlig hensyntagen til EU-rettens krav om direktivkonform fortolkning.¹⁷ Til brug for analyse og fortolkning af de skrevne retskilder anvendes retspraksis samt administrativ praksis.

Som fortolkningsbidrag anvendes endvidere udbudsreglernes forarbejder i form af bl.a. lovbemærkninger og direktivernes præambelbetragtninger. Yderligere anvendes diverse vejledninger, rapporter og meddelelser, der trods deres vejledende og ikke bindende karakter kan være relevante at inddrage ved analysen. Ligeledes anvendes juridisk litteratur med det sigte at understøtte de konklusioner, der kan drages fra de ovenfor nævnte retskilder.

Ved behandling af eneleverandørsituationen spiller EU-retten og dennes forhold til national ret en central rolle. Som følge heraf tages emnet "udbudsrettens retskilder" selvstændigt op i afsnit 2.1, der kan anses som en forlængelse af dette metodeafsnit. Overordnet kan det dog her bemærkes, at retspraksis, i form af udvalgte domme fra EU-Domstolen samt administrativ praksis i form af kendelser fra Klagenævnet for Udbud, er anvendt til belysning af retsgrundlagets anvendelse.

¹⁵ Munk-Hansen, Carsten, *Retsvidenskabsteori* (2014), s. 190.

¹⁶ *Ibid.*, s. 86-87.

¹⁷ Danielsen, Nielsen, & Sørensen (2014), s. 171.

Der findes en del domme fra de almindelige domstole, som omhandler udbudsreglerne.¹⁸ Imidlertid er mængden af domme, der omhandler netop eneleverandørsituationen sparsom, hvorfor det konkret ikke er fundet relevant at inddrage dansk domspraksis.

Da specialets fokus centrerer om særligt udbudsloven henvises der hyppigt til bestemmelser heri. Af hensyn til specialets læsbarhed og for at undgå unødigt mange gentagelser, vil der ved henvisninger til udbudslovens paragraffer ikke fremadrettet blive specificeret, at der er tale om en bestemmelse i udbudsloven. Medmindre der specifikt henvises til anden lovgivning, kan der derfor gås ud fra, at paragrafhenvisningerne er til udbudsloven.

1.4. Systematik

Specialet er inddelt i otte overordnede afsnit. Efter dette indledende afsnit, gives i afsnit 2 et kortfattet overblik over udbudsrettens væsentligste retskilder, udbudsreglernes formål samt de grundlæggende principper. I afsnit 3 gennemgås derefter de forskellige udbudsprocedurer, inden det i afsnit 4 undersøges, hvilke formkrav der gælder ved anvendelse af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, og hvilke sanktioner ordregiver risikerer, hvis anvendelsen har været uberettiget.

Afsnit 5 og 6 udgør hoveddelen af specialet. Først gennemgås eneleverandørsituationen mere generelt, hvorefter de enkelte betingelser for at anvende proceduren analyseres indgående. I forlængelse af de enkelte betingelser behandles endvidere en række relevante underemner.

I afsnit 7 overvejes, hvilken betydning reglerne om statsstøtte har for ordregiver i eneleverandørsituationen. Afslutningsvist konkluderes der i afsnit 8, efterfulgt af kildefortegnelsen.

¹⁸ Nielsen & Ølykke (2017), s. 69.

2. Udbudsrettens retskilder, formål og de grundlæggende principper

2.1. Retskilder

2.1.1. EU-retten

De udbudsretlige regler er i høj grad bestemt af EU-retten, som kan siges at udgøre den overordnede retlige ramme for besvarelsen af udbudsretlige problemstillinger.¹⁹ Den EU-retlige ramme består først og fremmest af traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) og dennes regler om bl.a. fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser. Afledt heraf er desuden en række grundlæggende principper, som ligeledes har særlig relevans.²⁰

Med hjemmel i TEUF-traktaten er der udstedt fire forskellige udbudsdirektiver.²¹ Udover udbudsdirektivet drejer det sig om de tre specialdirektiver: forsyningsvirksomhedsdirektivet, koncessionsdirektivet samt forsvars- og sikkerhedsdirektivet. Ordregiver har efter hvert af de fire direktiver forskellige muligheder i forhold til valg og tilrettelæggelse af udbudsprocessen. Som hovedregel sætter udbudsdirektivet de snævraste rammer, mens rammerne generelt er mere vide efter de tre specialdirektiver.²²

Det falder uden for rammerne af dette speciale at redegøre for de forskellige direktivers anvendelsesområder. Det bemærkes dog, at alle fire direktiver indeholder en mulighed for, at der i eneleverandørsituationen kan foretages en anskaffelse uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse eller indkaldelse af tilbud.²³ Ordlyden af direktivernes bestemmelser herom er langt hen ad vejen ens. Dog med den undtagelse, at det ikke efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet er muligt at undtage kontrakter, når eneleverandørsituationen skyldes kunstneriske årsager.²⁴

Som følge af artiklernes ensartethed kan praksis fra alle direktiverne principielt indgå som fortolkningsbidrag i forhold til at analysere eneleverandørsituationen. Der kan imidlertid være forskel på, hvorledes undtagelsesbestemmelsen konkret anvendes efter de forskellige udbudsdirektiver. F.eks. fremgår det af forsvars- og sikkerhedsdirektivets præambelbetragtning nr. 50-53, at der ved

¹⁹ Nielsen & Ølykke (2017), s. 27-28.

²⁰ Præambelbetragtning 1 til udbudsdirektivet.

²¹ Jakobsen, Karlsmode-Hjelmborg, & Poulsen (2016), s. 49.

²² Hamer, Carina Risvig, *Grundlæggende udbudsret* (2016), s. 257, 272 og 291.

²³ Udbudsdirektivet artikel 32, stk. 1, litra b, Forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 50, stk. 1, litra c, Koncessionsdirektivet artikel 31, stk. 4 og Forsvars- og sikkerhedsdirektivet artikel 28, stk. 1, litra e.

²⁴ Forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 50, stk. 1, litra c.

anvendelse af udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse skal tages hensyn til det forhold, at forsvars- og sikkerhedsmateriel ofte er teknisk komplekst.

Selvom selve ordlyden af forsvars- og sikkerhedsdirektivets og udbudsdirektivets bestemmelser vedr. eneleverandørsituationen er sammenlignelige, er ordregivers mulighed for at anvende undtagelsesbestemmelsen dog dermed videre efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet. Eksempelvis vil det være mere sandsynligt, at EU-Domstolen accepterer et sikkerhedskrav som værende en teknisk årsag, der kan begrunde, at kontrakten kun kan overdrages til en bestemt økonomisk aktør, når kontrakten angår indkøb af særligt komplekst forsvarsmateriel.²⁵

Selve EU-Domstolens fortolkningsstil adskiller sig på visse punkter fra den danske retstradition. Der tages først og fremmest udgangspunkt i den konkrete artikels ordlyd, men herudover tillægges også særligt reglernes formål megen vægt.²⁶ Det afgørende i denne forbindelse er ikke alene den konkrete regels formål. Der tages ligeledes hensyn til hele det samlede retssystemets sammenhæng og målsætninger.²⁷

2.1.2. Dansk lov

Et direktiv skal - modsat en forordning, der gælder direkte - implementeres i de enkelte medlemsstater før det bliver en del af gældende ret. Overordnet kan implementeringen ske ved to forskellige lovgivningsmetoder; enten inkorporering eller omskrivning.²⁸

I Danmark har lovgiver indtil for nyligt alene anvendt inkorporering som implementeringsmetode, når det kommer til udbudsreglerne. Mens specialdirektiverne fortsat er inkorporeret ved bekendtgørelse, så er det nye udbudsdirektiv fra 2014 i stedet implementeret gennem udbudsloven, dvs. ved anvendelse af omskrivning.²⁹

Formålet med en dansk udbudslov har bl.a. været at skabe større klarhed om reglerne. Dette er bl.a. tilgodeset ved, at der med denne implementeringsmetode nu er lovbemærkninger, hvilke i overensstemmelse med dansk retstradition kan bidrage til forståelsen af reglerne.³⁰

²⁵ Præambelbetragtning 52 til Forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

²⁶ Danielsen, Nielsen, & Sørensen (2014), s. 107-108.

²⁷ Nielsen & Ølykke (2017), s. 33.

²⁸ Danielsen, Nielsen, & Sørensen (2014), s. 97.

²⁹ Steinicke, M. (2016). Udbudsloven og udbudsdirektivet. S. Treumer (red.), *Udbudsloven*, s. 521.

³⁰ Lovforslag nr. L 19, Folketinget 2015-16, s. 37.

Som følge af princippet om pligt til EU-konform fortolkning, er forholdet dog fortsat således, at udbudsloven skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten, sådan som denne på ethvert givent tidspunkt fortolkes af EU-Domstolen.³¹ For klarhedens skyld, samt for at minimere risikoen for fortolkningstvivl, er mange af lovens bestemmelser af denne grund også mere eller mindre enslydende med direktivets tekst.³² Dette ses tydeligt, når direktivet og udbudslovens bestemmelser omhandlende eneleverandørsituationen – dvs. hhv. artikel 32, stk. 2, litra b og § 80, stk. 3 og 4 - sammenholdes.

De to bestemmelsers indhold og struktur er stort set sammenfaldende. Selve ordlyden er dog ikke helt identisk. Teoretisk set kan et ændret ordvalg medføre, at der opstår uoverensstemmelser i forhold til direktivet. I dette tilfælde, hvor den foretagne omskrivning af bestemmelsen alene er en sproglig tilpasning, har ændringen dog snarere en pædagogisk betydning for den danske læsers forståelse af reglen end nogen egentlig betydning for dennes materielle indhold.³³ Dette fremgår også af udbudsudvalgets rapport. Her anbefalede udvalget, at bestemmelsen skulle implementeres så tekstnært som muligt, men dog med visse omformuleringer, så bestemmelsen bedre ville stemme overens med dansk lovtradition.³⁴

2.1.3. Praksis

2.1.3.1. EU-Domstolen

Gennem udfyldning og fortolkning af den EU-retlige regulering har EU-domstolen en selvstændig retsskabende funktion.³⁵ Den fortolkning af EU-retten, som kommer til udtryk gennem afgørelser fra EU-Domstolen, er bindende for medlemsstaterne.³⁶ I tilfælde af, at der gennem en dom fastslås en anden retstilstand end den hidtidige, skal EU-Domstolens opfattelse lægges til grund ved fremtidige udbud.³⁷

I en stor del af Domstolens afgørelser fremsættes der, inden sagens pådømmelse, et begrundet forslag til afgørelse fra en af de tilknyttede generaladvokater.³⁸ I dette speciale inddrages generaladvokatens forslag som fortolkningsbidrag, i det omfang der er overensstemmelse mellem

³¹ L 19, s. 38.

³² Ibid., s. 37.

³³ Steinicke, M. (2016). Udbudsloven og udbudsdirektivet. S. Treumer (red.), *Udbudsloven*, s. 526-527.

³⁴ Udbudslovsudvalget, *Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning*, s. 610.

³⁵ Danielsen, Nielsen, & Sørensen (2014), s. 107.

³⁶ Jakobsen, Karlsmode-Hjelmborg, & Poulsen (2016), s. 70.

³⁷ L 19, s. 38.

³⁸ Danielsen, Nielsen, & Sørensen (2014), s. 86.

det i forslaget fremførte og den endelige afgørelse, samt i tilfælde, hvor der i Domstolens afgørelse direkte henvises til forslaget.

En række af de afgørelser fra EU-Domstolen, som fremdrages i specialet, er af ældre dato. De er desuagtet væsentlige af inddrage med henblik på at fastlægge gældende retstilstand. Bestemmelsen om, at eneleverandørsituationen kan begrunde en undtagelse fra den almindelige udbudspligt er ikke nogen nyskabelse, men kan genfindes i de allertidligste udbudsdirektiver.³⁹

De tidligere versioner af bestemmelsen adskiller sig navnlig fra den nuværende ved, at de tre årsager der kan begrunde eneleverandørsituationen - dvs. kunstneriske årsager, tekniske årsager, eller beskyttelse af eksklusive rettigheder - før var samlet under ét.⁴⁰ Det er først med det nugældende udbudsdirektiv fra 2014, at der er sket en opdeling af de tre årsager. Ligeledes er betingelsen om, at der ikke må findes et rimeligt alternativ eller erstatning, og at den manglende konkurrence ikke må være et resultat af en kunstig indskrænkning af udbudsparametrene, også først indsat i 2014.

Med 2014-direktivet har bestemmelsen dermed fået en ændret struktur og ordlyd. Rent materielt er bestemmelsen dog i det væsentligste en videreførelse af de tidligere gældende regler.⁴¹ EU-Domstolens praksis fra før det nye udbudsdirektiv er derfor fortsat af stor retskildemæssig værdi, så længe ovenstående ændringer holdes i mente. Ved inddragelse af Domstolens afgørelser i dette speciale, er det således heller ikke fundet nødvendigt, hver gang at henvise til, hvilken specifik artikel i hvilket direktiv der påberåbes, når det af dommen tydeligt fremgår, at der er tale om en tidligere version af den nuværende bestemmelse vedrørende eneleverandørsituationen.

2.1.3.2. Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbud er etableret i medfør af klagenævnsløven, som bl.a. implementerer kontroldirektiverne.⁴² Klagenævnet er en uafhængig, administrativ klageinstans og har kompetence til at træffe afgørelser i klagesager vedr. overtrædelse af udbudsreglerne.⁴³

³⁹ Rådets direktiv af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (71/305/EØF), artikel 9, litra b. og Rådets direktiv af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (77/62/EØF), artikel 6, stk. 1, litra b.

⁴⁰ Direktiv 2004/18/EF, artikel 31, stk. 1, litra b.

⁴¹ Udbudslovsudvalget (2014), s. 609.

⁴² Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 om Klagenævnet for Udbud samt direktiv 89/665/EF og 92/13/EF.

⁴³ Fabricius, Jesper, *Offentlige indkøb i praksis* (2017), s. 776-777.

Modsat EU-Domstolen, som principielt alene udtaler sig vedrørende den generelle fortolkning af udbudsreglerne, så er Klagenævnet for Udbud beføjet til at afgøre den konkrete subsumtion.⁴⁴ Følgelig har klagenævnets kendelser ofte karakter af konkrete afgørelser, som først og fremmest af interesse for klagesagens parter. I forbindelse med sagens behandling er klagenævnet dog også i mange tilfælde nødsaget til at foretage en vis fortolkning og udfyldning af de relevante udbudsreglers indhold.⁴⁵ I praksis tillægges kendelserne derfor stor betydning og udgør et vigtigt bidrag til fortolkningen af udbudsreglerne. Det er på denne baggrund særdeles væsentligt også at inddrage klagenævnets relevante kendelser ved fastlæggelsen af gældende ret.⁴⁶

2.2. Udbudsreglernes formål

Som ovenfor nævnt anlægges der i EU-retten en formålsbestemt fortolkning. Når bestemmelsen vedrørende eneleverandørsituationen skal undersøges og analyseres, er det derfor vigtigt at holde udbudsreglernes formål og funktion for øje.

Udbudsdirektivets primære formål er skabelsen af et fælles indre marked for offentlige kontrakter, inden for hvilket der er effektiv konkurrence.⁴⁷ Herudover varetages også en række yderligere hensyn. Bl.a. kan det nævnes, at det af præambelbetragtning nr. 2 til udbudsdirektivet fremgår, at reglerne om offentlige indkøb skal anvendes *”til at opnå intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst og således sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler”*.

2.3. De grundlæggende principper

Bag de udbudsretlige regler gælder en række principper. De tre mest grundlæggende er principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Principperne er skabt af EU-domstolen og udvikles fortsat gennem retspraksis. De har ikke et egentligt selvstændigt indhold, men er derimod i vidt omfang udtryk for mere overordnede, generelle betragtninger. Ved behandlingen af specifikke bestemmelser spiller principperne imidlertid en væsentlig rolle, da de inddrages, når bestemmelserne skal fortolkes og udfyldes.⁴⁸

Den her foretagne opstilling af principper er ikke udtømmende. I præambelbetragtning nr. 1 til udbudsdirektivet nævnes f.eks. yderligere principperne om ikkeforskelsbehandling og gensidig

⁴⁴ Nielsen & Ølykke (2017), s. 69.

⁴⁵ Jakobsen, Karlsmode-Hjelmborg, & Poulsen (2016), s. 53.

⁴⁶ Hamer (2016), s. 54.

⁴⁷ Jakobsen, Karlsmode-Hjelmborg, & Poulsen (2016), s. 32.

⁴⁸ Ibid., s. 54-55.

anerkendelse. Endvidere kan også nationale principper, såsom de grundlæggende forvaltningsretlige principper, få betydning i forbindelse med offentlige indkøb.⁴⁹

2.3.1. Ligebehandlingsprincippet

Princippet om ligebehandling er helt grundlæggende for udbudsreglerne. Det skal inddrages i alle faser af udbudsproceduren og gælder ikke kun i forhold til de ansøgere og tilbudsgivere, der deltager heri, men også i forhold til økonomiske aktører, der potentielt kunne have deltaget.⁵⁰

Princippet indeholder et forbud mod at behandle ansøgere og tilbudsgivere forskelligt uden en saglig begrundelse herfor.⁵¹ Ud fra denne definition giver princippet ret beset ikke megen mening i eneleverandørsituationen, hvor der netop kun er én økonomisk aktør, der kan levere og derfor ingen er at forskelsbehandle i forbindelse med tildeling af kontrakten. Omvendt kan det dog siges, at hvis ordregiver uberettiget har anvendt undtagelsesbestemmelsen i en situation, hvor der rent faktisk er flere mulige leverandører, så er der netop tale om et tilfælde, hvor ligebehandlingsprincippet er blevet tilsidesat ved ikke at konkurrenceudsætte kontrakten.

2.3.2. Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet har to overordnede formål. For det første skal der ifølge princippet som hovedregel være offentlighed og åbenhed omkring udbudsprocessen.⁵² Dette tilgodeses ved, at ordregiver udarbejder en udbudsbekendtgørelse, som indsendes til Den Europæiske Unions Publikationskontor og offentliggøres i den såkaldte TED-database.⁵³ Gennem denne offentliggørelse informeres alle økonomiske aktører i EU om, at ordregiver påtænker at indgå en offentlig kontrakt og kan herefter beslutte, hvorvidt de ønsker at bruge tid og ressourcer på at deltage i det pågældende udbud.⁵⁴

For det andet følger det af princippet, at ordregiver inden afholdelse af udbuddet klart og præcist skal have beskrevet udbudsprocessen. Herved sikres det, at det gennem en transparent og

⁴⁹ Nielsen & Ølykke (2017), s. 86-88.

⁵⁰ L 19, s. 56-57.

⁵¹ Ibid. s. 57.

⁵² Ibid., s. 40.

⁵³ Fabricius (2017), s. 287.

⁵⁴ Jakobsen, Karlsmode-Hjelmborg, & Poulsen (2016), s. 365.

forudsigelig gennemførelse af udbuddet kan kontrolleres, om dette er gennemført i overensstemmelse med bl.a. ligebehandlingsprincippet.⁵⁵

Det manglende krav om forudgående offentliggørelse i eneleverandørsituationen udgør en undtagelse til hovedreglen om offentlighed og åbenhed. Bestemmelsen skal af denne grund fortolkes indskrænkende i overensstemmelse med almindelige EU-retlige fortolkningsprincipper vedr. undtagelsesbestemmelser.⁵⁶

2.3.3. Proportionalitetsprincippet

Tilrettelæggelsen og gennemførelsen af en udbudsproces skal ske på en måde som er proportional. Princippet gælder for samtlige ordregivers krav. Eksempelvis må ordregivers krav til den udbudte kontraktgenstand ikke gå videre, end hvad der er nødvendigt set i forhold til de saglige behov, som konkret ønskes opfyldt med de pågældende krav.⁵⁷

Det forhold, at ordregiver i eneleverandørsituationen er undtaget fra pligten til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, kan også i sig selv anses som et udslag af en proportionalitetsbetragtning. Således ville en regel, hvorefter ordregiver skulle foretage offentliggørelse, selvom der beviseligt kun var én mulig leverandør, være mere indgribende, end hvad der er nødvendigt for at virkeliggøre målet om konkurrence om offentlige kontrakter.

⁵⁵ L 19, s. 40 og 58.

⁵⁶ Danielsen, Nielsen, & Sørensen (2014), s. 108.

⁵⁷ Ibid., s. 58.

3. Udbudsprocedurerne, herunder udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse

Når en ordregiver ønsker at indgå en offentlig kontrakt, der både med hensyn til indhold og værdi er omfattet af udbudslovens afsnit II, er der pligt til at anvende én af de i loven foreskrevne procedurer. I alt findes der syv forskellige: offentligt udbud, begrænset udbud, udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog, innovationspartnerskaber, udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse og projektkonkurrencer.⁵⁸

Ordregiver kan frit vælge at anvende offentligt og begrænset udbud, hvorimod der skal være særlige betingelser tilstede, såfremt ordregiver ønsker at anvende en af de øvrige procedurer. Grunden hertil er, at offentligt og begrænset udbud medfører den strammeste regulering af udbudsprocessen og dermed i princippet også den største grad af offentlighed og ligebehandling. De øvrige procedurer er derimod mere fleksible og forudsætter alle en vis grad af kontakt mellem ordregiver og de økonomiske aktører, hvilket bevirker en øget risiko for, at de grundlæggende principper ikke overholdes.⁵⁹

Ved indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser over tærskelværdien gælder desuden de fleksible regler i udbudslovens afsnit III. I forbindelse med anvendelse af disse regler - ofte kaldet light-regimet - kan undtagelsesbestemmelsen vedr. eneleverandørsituationen i princippet også være relevant. Dette fremgår udtrykkeligt af § 187, stk. 5, som fastslår at light-regimets regler kan fraviges i tilfælde svarende til dem omfattet af §§ 80-83.

Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse er en af de syv procedurer oplistet i § 55. At benævne fremgangsmåden som en udbudsprocedure kan dog forekomme misvisende, da ordregiver ved anvendelse heraf netop ikke er underlagt de strengere procedurekrav, som de øvrige udbudsprocedurer foreskriver.⁶⁰ I stedet for at anvende betegnelsen "udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse" kan proceduren derfor også med fordel refereres til med den mere mundrette betegnelse "direkte tildeling".

Det fremgår af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 1, at medlemsstaterne "*kan*" give de ordregivende myndigheder mulighed for at tildele offentlige kontrakter ved brug af proceduren. Det er således ikke

⁵⁸ Jf. § 55.

⁵⁹ Jakobsen, Karlsmode-Hjelmborg, & Poulsen (2016), s. 366-367.

⁶⁰ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, *Vejledning om udbudsreglerne* (2016), s. 93.

obligatorisk for medlemsstaterne, at der ved implementeringen af direktivet skal gives adgang til at anvende procedureformen.

I udbudsudvalgets rapport fra 2014 anbefalede udvalget at implementere bestemmelsen, da det fremgik af udvalgets kommissorium, at samtlige af direktivets procedurer skulle kunne anvendes.⁶¹ I overensstemmelse hermed er der i Danmark givet adgang til at anvende proceduren i samtlige de tilfælde, der er oplistet i artikel 32, stk. 2-5.⁶² Oplistingen er udtømmende. En medlemsstat kan således ikke give adgang til at anvende proceduren i andre tilfælde end dem, der er fastsat i artikel 32, stk. 2-5. Dette er nu understreget i artikel 26, stk. 6, hvor det er anført, at medlemsstaterne ikke må tillade procedurens anvendelse i andre tilfælde end dem nævnt i artikel 32.

§ 80 indeholder tre forskellige muligheder for at anvende proceduren. Bestemmelsen gælder alle kontrakttyper omfattet af udbudsloven; dvs. uanset om der er tale om en offentlig bygge- og anlægskontrakt, en vareindkøbskontrakt eller en tjenesteydelseskontrakt. Udover eneleverandørsituation, gælder undtagelsesbestemmelsen i situationer, hvor ordregiver i forbindelse med gennemførelsen af et offentligt eller begrænset udbud ikke har modtaget nogen ansøgninger eller tilbud, eller hvor de alle har været irrelevante, jf. § 80, stk. 1. Dernæst kan proceduren også anvendes i strengt nødvendigt omfang, såfremt tvingende grunde, der ikke kan tilskrives ordregiver, gør det umuligt at overholde fristerne for offentligt udbud, begrænset udbud eller udbud med forhandling, jf. § 80, stk. 5.

I §§ 81-83 oplistes en række yderligere tilfælde, hvor proceduren kan anvendes for specifikke kontrakttyper. Det drejer sig bl.a. om supplerende vareleverancer, køb på en varebørs, gentagelsesarbejder mv. Fælles for alle situationerne er, at de som følge af deres karakter som undtagelsesbestemmelser skal fortolkes indskrænkende.⁶³

At der skal anlægges en meget restriktiv fortolkning indikeres også i udbudsdirektivets artikel 32, stk. 1, som vedrører anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse og starter med formuleringen "*i de særlige tilfælde*". Med denne ordlyd understreges det, at udbudsformen alene kan anvendes undtagelsesvist.⁶⁴ Formuleringen fremgik ikke af Kommissionens oprindeligt

⁶¹ Udbudslovsudvalget (2014), s. 610.

⁶² Jf. §§ 80-83.

⁶³ Jf. 199/85, *Kommissionen mod Italien*, præmis 14.

⁶⁴ Udbudslovsudvalget (2014), s. 608.

fremsatte forslag til et nyt udbudsdirektiv, men blev først indsat under forhandlingerne.⁶⁵ Det må på denne baggrund antages, at EU-lovgiver med denne indledende del af bestemmelsen aktivt har ønsket at gøre det særligt tydeligt, at bestemmelsen kun finder anvendelse i ganske få undtagelsestilfælde.

Tilføjelsen er dog ikke nødvendigvis en skærpelse i forhold til den tidligere bestemmelse, men i stedet blot en præcisering af, hvordan bestemmelsen ifølge EU-Domstolens praksis skal fortolkes. Kommissionen har i denne sammenhæng også tidligere, i grønbogen "*Offentlige indkøb i EU - overvejelser for fremtiden*", problematiseret, at proceduren i praksis bliver anvendt udover de grænser, som burde følge af en restriktiv fortolkning. I grønbogen kritiserer Kommissionen den overdrevne brug af proceduren, og forklarer bl.a. dette med, at ordregiver i nogle tilfælde ubegrundet påberåber argumentet om, at der kun findes én leverandør.⁶⁶

Den restriktive fortolkning må holdes for øje i forbindelse med en analyse af enhver af betingelserne i §§ 80-83. I henhold hertil er det også med hensyn til eneleverandørsituationen vigtigt gennemgående at være opmærksom på situationens overordnede karakter af en undtagelsesbestemmelse, der skal fortolkes indskrænkende.

⁶⁵ Betænkning af 11. januar 2013 om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, s. 85.

⁶⁶ Kommissionens Grønbog om offentlige indkøb i EU - overvejelser for fremtiden, pkt. 3.15.

4. Formkrav og sanktioner

4.1. Formkrav ved anvendelse af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse

Udbudsreglerne indeholder kun meget få oplysninger om, hvordan et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse skal forløbe. Som følge heraf er der ved anvendelse af proceduren en betydelig grad af fleksibilitet og ordregiver har i forhold til de almindelige udbudsprocedurer langt større frihed i forhold til tilrettelæggelsen af den konkrete fremgangsmåde. F.eks. gælder der ingen særlige frister for processen og ordregiver har mulighed for at gennemføre relativt omfattende forhandlinger med leverandøren.⁶⁷

Generelt bør en ordregiver der anvender proceduren rette henvendelse til flere økonomiske aktører.⁶⁸ I eneleverandørsituationen er dette dog i sagens natur ikke muligt. Som følge af, at der kun er én leverandør, er det ligeledes ikke nødvendigt at fastsætte nærmere rammer for procedurens forløb, herunder ved at udarbejde egentlige udbudsbetingelser. I stedet kan ordregiver blot gå direkte til den ene mulige leverandør og foretage indkøbet med eller uden gennemførelse af egentlige forhandlinger.⁶⁹

Helt frie tøjler har ordregiver imidlertid ikke. Først og fremmest skal de grundlæggende principper overholdes. Såfremt der er tale om en ordregiver, der er en del af den offentlige forvaltning, gælder desuden også de almindelige forvaltningsretlige principper. Heriblandt kan særligt princippet om forsvarlig økonomisk forvaltning være relevant.⁷⁰

Blandt de få formkrav som ordregiver skal følge er, at der senest 30 dage efter kontraktindgåelsen skal sendes en bekendtgørelse herom til EU's publikationskontor.⁷¹ Endvidere skal der udarbejdes en skriftlig rapport, som skal indeholde oplysninger om, hvilke konkrete omstændigheder, der har begrundet anvendelse af proceduren.⁷² Rapporten eller hovedelementerne heri skal sendes til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller Kommissionen, såfremt der anmodes herom.⁷³

⁶⁷ Fabricius (2017), s. 235.

⁶⁸ Danielsen, Nielsen, & Sørensen (2014), s. 415.

⁶⁹ Fabricius (2017), s. 235.

⁷⁰ L 19, s. 58.

⁷¹ Jf. § 129, stk. 1.

⁷² Jf. § 174, stk. 1, nr. 6.

⁷³ jf. § 174, stk. 6.

4.2. Sanktioner ved ulovlig direkte tildeling

Hvis en ordregiver anvender udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, uden at betingelserne herfor er opfyldt, så er der tale om en ulovlig direkte tildeling, hvilket Domstolen har betegnet som den alvorligste overtrædelse af udbudsreglerne.⁷⁴ Efter klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1 skal en kontrakt som hovedregel erklæres for uden virkning, hvis ordregiver i strid med udbudsreglerne har indgået en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Når en kontrakt erklæres for uden virkning, kan dette have vidtrækkende konsekvenser for ordregiver. Bl.a. vil der være en lang række forskellige udgifter forbundet hermed, herunder f.eks. betaling af erstatning til den kontraktpart, hvis aftale nu er ophævet og udgifter i forbindelse med afholdelse af et nyt udbud.⁷⁵

Klagenævnslovens § 4 indeholder en undtagelse til hovedreglen om uden virkning. Undtagelsen finder anvendelse, når ordregiver har offentliggjort en bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigtighed, også kaldet en profylaksebekendtgørelse. Muligheden for herved at kunne undgå sanktionen uden virkning er udtryk for, at EU-lovgiver har søgt at forene både ordregivers, den udvalgte leverandørs, samt den forbigåede leverandørs interesser.⁷⁶ På den ene side skal ulovlig direkte tildeling mødes med effektive sanktioner, der har afskrækkende virkning.⁷⁷ På den anden side tilsiger hensynet til ordregiver og den udvalgte leverandør dog, at disse ikke i alle tilfælde skal leve med den retsusikkerhed, der er forbundet med, at en kontrakt under dennes løbetid kan erklæres for uden virkning.⁷⁸

Før undtagelsen finder anvendelse, skal ordregiver dog opfylde tre betingelser. For det første skal ordregiver forud for kontraktindgåelsen have offentliggjort en profylaksebekendtgørelse i EU-Tidende. For det andet skal der efter denne offentliggørelse være afholdt en standstill-periode på 10 dage. Endelig skal ordregiver finde, at kontraktindgåelsen uden forudgående offentliggørelse er tilladt i henhold til udbudsreglerne.⁷⁹ Særligt den tredje betingelse kan i praksis give anledning til problemer.

⁷⁴ Præambelbetragtning 13 til direktiv 2007/66/EF.

⁷⁵ Hamer (2016), s. 839.

⁷⁶ Fastweb, præmis 44.

⁷⁷ Præambelbetragtning 13 til direktiv 2007/66/EF.

⁷⁸ Præambelbetragtning 26 til direktiv 2007/66/EF.

⁷⁹ Klagenævnslovens § 4, stk. 1, nr. 1-3.

Klagenævnet for Udbud har tidligere indtaget den holdning, at en profylaksebekendtgørelse i alle tilfælde beskyttede ordregiver mod uden virkning og foretog således førhen ikke nogen prøvelse af ordregivers begrundelser for offentliggørelsen heraf.⁸⁰ Med EU-Domstolens præjudicielle afgørelse i sag C-19/13, også benævnt "Fastweb", er dette dog ændret. I sagen slog Domstolen fast, at ordregivers begrundelse klart og utvetydigt skal angive, hvilke betragtninger, der ligger til grund for dennes vurdering af, at kontrakten kan indgås uden forudgående offentliggørelse.⁸¹ Endvidere er den nationale instans forpligtet til at undersøge, hvorvidt ordregiver har udvist den fornødne omhu, og om ordregiver kunne vurdere, at betingelserne for at anvende proceduren var opfyldt.⁸²

Som følge af afgørelsen skal en ordregiver, der ønsker at gardere sig mod, at den indgåede kontrakt bliver erklæret for uden virkning, sikre sig at profylaksebekendtgørelsen indeholder en klar og utvetydig beskrivelse af begrundelsen for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse. Dette således, at klagenævnet kan vurdere, om ordregiver i forbindelse med beslutningen om at anvende proceduren har udvist den fornødne omhu.⁸³

⁸⁰ Nielsen & Ølykke (2017), s. 852.

⁸¹ Fastweb, præmis 48.

⁸² Præmis 50.

⁸³ Hamer (2016), s. 844.

5. Eneleverandørsituationen

Muligheden for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, fordi kun en bestemt økonomisk aktør kan levere den ønskede anskaffelse, fremgår af § 80, stk. 3, der implementerer artikel 32, stk. 2, litra b i udbudsdirektivet.

Bestemmelsen angiver tre forskellige årsager, som hver især kan være årsag til, at bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser kun kan leveres af en bestemt økonomisk aktør. For det første angives kunstneriske årsager i nr. 1. Dernæst tekniske årsager i nr. 2 og endelig beskyttelse af eksklusive rettigheder i nr. 3. I det følgende gennemgås hver af disse årsager enkeltvis. Inden da skal der dog her påpeges visse forhold, som er fælles for alle tre tilfælde.

Det drejer sig for det første om, på hvilket tidspunkt betingelserne for at kunne anvende proceduren skal være tilstede. Ordregivers valg af, hvilken udbudsprocedure der skal anvendes i forbindelse med en konkret anskaffelse, skal foretages senest på det tidspunkt, hvor ordregiver beslutter sig for at indlede en kontraktindgåelsesprocedure.⁸⁴ Dette er ligeledes det relevante tidspunkt, når ordregiver skal foretage en vurdering af, hvorvidt betingelserne for at anvende en specifik procedure er tilstede.⁸⁵

I alle tre tilfælde påhviler bevisbyrden ordregiver. Således skal ordregiver kunne godtgøre, at betingelserne for at anvende af bestemmelsen er opfyldt. Dette fremgår af en lang række afgørelser. Som eksempel kan nævnes sag 199/85, *Kommissionen mod Italien*, hvor det i præmis 14 anføres, at *"bevisbyrden for, at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem"*.

5.1. Kunstneriske årsager

Ifølge § 80, stk. 3, nr. 1 er den første årsag, der kan begrunde direkte tildeling, hvis denne fører til at kun én økonomisk aktør kan levere, *"at udbuddet har til formål at skabe eller erhverve et unikt kunstværk eller en unik kunstnerisk optræden"*.

Ud af de tre årsager, må denne antages for at være den mest simple at identificere.⁸⁶ Ligeledes må situationen anses for at være af mindst praktisk betydning. Dette fremgår bl.a. af Udbudsudvalgets rapport fra 2014. Her behandles situationen ikke, men nævnes kun kort med en henvisning til, at det

⁸⁴ Jakobsen, Karlsmode-Hjelmborg, & Poulsen (2016), s. 368.

⁸⁵ Ibid., s. 368-369.

⁸⁶ Nielsen & Ølykke (2017), s. 248.

praktiske anvendelsesområde for denne del af bestemmelsen antages at være meget begrænset.⁸⁷ Af samme årsag analyseres i dette afsnit også kun kort nogle af væsentligste elementer ved bestemmelsen.

Anvendelsesområdet for § 80, stk. 3, nr. 1 omfatter i princippet både bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser.⁸⁸ Mest oplagt er det dog, at der i praksis ofte vil være tale om tjenesteydelseskontrakter, i form af kontrakter vedr. f.eks. en kunstnerisk optræden eller skabelsen af et kunstværk. Der kan dog også f.eks. være tale om en vareindkøbskontrakt, hvor der indkøbes et allerede udarbejdet kunstværk i form af eksempelvis en unik skulptur.

Hvornår noget udgør et "unikt kunstværk" må først og fremmest bero på en almindelig ordlydsfortolkning, med udgangspunkt i den naturlige og sædvanlige sproglige forståelse af begrebet.⁸⁹ Et grænseområde, som ved en umiddelbar vurdering måske ville kunne være omfattet af definitionen, er arkitektur. En tjenesteydelseskontrakt vedr. arkitektydelser vil dog typisk nærmere have karakter af fysisk planlægning, hvilket ikke ud fra en ren ordlydsfortolkning vil kunne defineres som skabelsen af et unikt kunstværk. Det kan dog ikke helt udelukkes, at arkitektoniske værker i helt særlige tilfælde vil kunne udgøre et unikt kunstværk i bestemmelsens forstand.⁹⁰ Generelt må det dog kræves, at ordregivers behov kun kan opfyldes, af én nærmere bestemt udøvende kunstner, og at denne kunstner skal levere et unikt kunstnerisk udtryk, som kræver en kvalitet udover det almindelige.⁹¹

I lovbemærkningerne til § 80 præciseres det, at bestemmelsen gælder "*for kunstværker, hvor kunstnerens identitet i sig selv bestemmer kunstværkets unikke karakter og værdi*".⁹² Formuleringen stammer fra udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 50, hvor denne passus kan genfindes med stort set identisk ordlyd. Hvorvidt der er tale om en kunstnerisk årsag i bestemmelsens betydning, må ud fra det anførte skulle ses i sammenhæng med, om der kun er én bestemt kunstner der har det udtryk, som ordregiver konkret efterspørger. Det er således ikke tilstrækkeligt, at ordregiver har behov for et kunstværk. Dette behov skal også alene kunne opfyldes af en specifik kunstner pga. eksempelvis dennes særlige æstetik. Ordregiver har dog i denne sammenhæng et subjektivt skøn i

⁸⁷ Udbudslovsudvalget (2014), s. 604.

⁸⁸ Jf. § 80, stk. 3, 1. punktum.

⁸⁹ Munk-Hansen (2014), s. 281.

⁹⁰ Nielsen & Ølykke (2017), s. 248.

⁹¹ Arrowsmith (2014), s. 1071.

⁹² L 19, s. 116.

forhold til at foretage en bedømmelse af, hvilket æstetisk udtryk, der opfylder ordregivers konkrete behov.⁹³

5.2. Tekniske årsager

Den anden årsag, som kan begrunde direkte tildeling, er hvis den ønskede anskaffelse kun kan leveres af en bestemt økonomisk aktør *"på grund af manglende konkurrence af tekniske årsager"*, jf. § 80, stk. 3, nr. 2.

EU-Domstolen har gennem sin praksis anlagt en tilgang, hvorefter to betingelser skal være opfyldt forinden denne del af bestemmelsen finder anvendelse.⁹⁴ Dette fremgår eksempelvis af C-394/02, *Kommissionen mod Grækenland*, hvor Domstolen i præmis 34 anfører, at anvendelse af bestemmelsen vedr. tekniske årsager *"er underlagt to kumulative betingelser"*.

Totrinraketten består i, at det for det første skal vurderes, om der overhovedet er en teknisk årsag forbundet med kontraktens genstand. Dernæst skal det undersøges, om den tekniske årsag gør det uomgængeligt nødvendigt, at kontrakten tildeles til én bestemt økonomisk aktør.⁹⁵ I det følgende gennemgås de to trin hver for sig, i overensstemmelse med EU-Domstolens fremgangsmåde. Det skal dog indledningsvist bemærkes, at denne opdeling i to kumulative betingelser hverken fremgår af udbudsdirektivet eller udbudsloven. Der er således alene tale om en tilgang udarbejdet og fulgt af EU-Domstolen.

I betragtning heraf skal tilgangen ikke under alle omstændigheder følges slavisk. Domstolen anvender heller ikke i enhver afgørelse formuleringen *"uomgængeligt nødvendigt"*. I nogle tilfælde anvendes f.eks. ordlyden *"strengt nødvendigt"*⁹⁶, mens der i andre kun anføres, at de tekniske årsager skal gøre det *"nødvendigt"*⁹⁷ at tildele kontrakten til en bestemt økonomisk aktør. Af forståelsesmæssige årsager anvendes i specialet formuleringen *"uomgængeligt nødvendigt"*, da denne ordlyd bl.a. er illustrativ for EU-Domstolens indskrænkende fortolkning af betingelsen.

5.2.1. Første trin: "Teknisk årsag"

I præambelbetragtning nr. 50 til udbudsdirektivet beskrives tekniske årsager, som f.eks. værende tilfælde, hvor *"det vil være noget nær umuligt for en anden økonomisk aktør at sikre den krævede*

⁹³ Nielsen & Ølykke (2017), s. 248.

⁹⁴ Ibid., s. 248.

⁹⁵ C-57/94, *Kommissionen mod Italien*, præmis 24.

⁹⁶ Se f.eks. C-394/02, præmis 34.

⁹⁷ Se f.eks. C-385/02, præmis 20.

gennemførelse” samt tilfælde, hvor *”det er nødvendigt at anvende specifik knowhow, specifikke værktøjer eller midler, som kun en enkelt økonomisk aktør har til sin rådighed”*. Det samme fremgår med næsten identisk ordlyd af lovbemærkningerne til § 80.⁹⁸

Der er ikke i hverken udbudsdirektivet eller udbudsloven yderligere bidrag til, hvornår der er tale om tekniske årsager. Som følge heraf kan med fordel ses nærmere på et udpluk af afgørelser, hvor EU-Domstolen har taget stilling til, hvorvidt nærmere bestemte forhold kan udgøre tekniske årsager i bestemmelsens forstand.

5.2.1.1. C-20/01 og C-28/01

Domstolens dom i de forenede sager C-20/01 og C-28/01, *Kommissionen mod Tyskland*, er et eksempel på en afgørelse, hvor Domstolen både generelt accepterer, men konkret afviser, at nærmere forhold kan udgøre tekniske årsager. Sagen C-28/01 omhandlede den tyske by Braunschweigs indgåelse af en 30-årig tjenesteydelseskontrakt vedr. bortskaffelsen af dagrenovation med henblik på termisk behandling.⁹⁹

Som begrundelse for at have foretaget et udbud efter forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse gjorde den tyske regering gældende, at kun én økonomisk aktør af tekniske grunde kunne tilgodese ordregivers krav vedr. miljømæssige hensyn.¹⁰⁰ Domstolen bemærkede, at sådanne kriterier vedr. bevarelse af miljøet generelt godt kan inddrages i forbindelse med et udbud, og at miljøbeskyttelse følgelig også vil kunne udgøre en teknisk grund i bestemmelsens forstand.¹⁰¹

I den konkrete sag havde den tyske regering gjort gældende, at miljøhensynet skulle tilgodeses på to forskellige måder. Før det første ved, at affaldsbortskaffelsen skulle ske ved hjælp af termisk behandling. For det andet ved, at bortskaffelsen skulle foretages af en leverandør beliggende i umiddelbar nærhed af byen, hvorfra affaldet skulle transporteres.¹⁰²

Med hensyn til valget af termisk affaldsbehandling fandt Domstolen, at det ikke var godtgjort, at kun netop denne metode kunne tilgodese hensynet til miljøbeskyttelse og samtidig opnå det af ordregiver ønskede resultat. Det var med andre ord ikke bevist, at kun termisk varmebehandling kunne tilgodese det ellers saglige miljøhensyn. Valget af denne metode kunne derfor konkret ikke

⁹⁸ L 19, s. 116.

⁹⁹ C-20/01 og C-28/01, præmis 12.

¹⁰⁰ Ibid., præmis 15 og 48.

¹⁰¹ Ibid., præmis 60 og 61.

¹⁰² Ibid., præmis 15 og 48.

anses for at være en teknisk grund.¹⁰³ Det kan udledes heraf, at ordregiver ikke kan vælge en bestemt teknisk fremgangsmåde, hvis andre lige så egnede metoder kunne være valgt. Dette følger desuden af det grundlæggende forbud mod forskelsbehandling, og vil i dag også følge af den senere tilføjede bestemmelse om, at der ikke må findes et rimeligt alternativ og erstatning.¹⁰⁴

Den tyske regering havde heller ikke bevist, at det var en nødvendighed, at affaldsbortskaffelse skulle foregå i nærheden. Det var således ikke godtgjort, hvorfor transport af affaldet over længere afstande ville medføre en fare for miljøet eller for den offentlige sundhed.¹⁰⁵ Domstolen udtalte i denne sammenhæng, at en leverandørs nære beliggenhed "*ikke i sig selv kan udgøre en teknisk grund*".¹⁰⁶ Ordregiver kan således ikke blot henvise generelt til en leverandørs geografiske placering, som begrundelse for at kontrakten af tekniske grunde kun kan tildeles en bestemt leverandør. Hvis dette påberåbes, må ordregiver skulle anføre mere konkrete beviser til støtte for, hvorfor det af tekniske grunde er nødvendigt, at leverandøren er beliggende i et specifikt område.

5.2.1.2. C-385/02

I Domstolens afgørelse i sag C-385/02, *Kommissionen mod Italien*, havde et ministerium, i forbindelse med et længerevarende projekt vedr. oversvømmelsesbeskyttelsesforanstaltninger, indgået en række kontrakter omhandlende færdiggørelsen af et opstemningsbassin.¹⁰⁷ Den italienske regering fremførte tre forskellige anbringender til støtte for, at de pågældende bygge- og anlægskontrakter kunne tildeles efter udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.¹⁰⁸ Bl.a. gjorde regeringen gældende, at ordregiver, ved at kræve, at én og samme entreprenør udførte samtlige arbejder, havde haft til hensigt at opfylde tekniske krav. Til støtte herfor anførte den, at der, såfremt flere forskellige entreprenører samtidigt havde ansvar, ville kunne opstå problemer i forbindelse med eventuelle skader.¹⁰⁹ Endvidere gjorde regeringen gældende, at ordregiver var aftalemæssigt forpligtet til at overdrage kontrakten til den tidligere medkontrahent på grund af en klausul indeholdt i udbudsbekendtgørelsen samt kontrakterne om projektets tidligere etaper.¹¹⁰

¹⁰³ C-20/01 og C-28/01, præmis 64.

¹⁰⁴ Jf. § 80, stk. 4

¹⁰⁵ C-20/01 og C-28/01, præmis 65.

¹⁰⁶ Ibid., præmis 66.

¹⁰⁷ C-385/02, præmis 1 og 15.

¹⁰⁸ Ibid., præmis 14.

¹⁰⁹ Ibid., præmis 17.

¹¹⁰ Ibid., præmis 15 og 16.

Domstolen anerkendte, at målsætningen om at sikre kontinuitet i udførelsen af bygge- og anlægsarbejder er et vigtigt teknisk hensyn. De henviste i denne forbindelse særligt til, at den konkrete kontrakt vedrørte et komplekst projekt, som skulle sikre en region mod oversvømmelse.¹¹¹ Domstolen synes således at lægge vægt på de specifikke forhold i det konkrete projekt. Det kan derfor ikke på baggrund af afgørelsen udledes, at hensynet til kontinuitet i alle tilfælde vil kunne udgøre et teknisk hensyn. Særligt ikke, såfremt ønsket om at tildele kontrakten til den forhenværende medkontrahent ikke er begrundet i konkrete, tekniske hensyn, men derimod alene i den generelle hensigtsmæssighed ved at have samme medkontrahent.¹¹²

For så vidt angår argumentet om, at ordregiver aftaleretligt var forpligtet til at indgå kontrakt med den tidligere entreprenør, bemærkede Domstolen blot, at det ikke var bevist, at der overhovedet forelå en sådan forpligtelse. I sammenhæng hermed anvendte den formuleringen ”*selv hvis dette måtte anses for et relevant argument*”.¹¹³ Domstolen tog dermed ikke stilling til, hvorvidt en sådan aftalemæssig forpligtelse i det hele taget vil kunne påberåbes i forbindelse med eneleverandørsituationen. Den ovenstående formulering indikerer dog, at Domstolen formodentligt ikke vil anse et sådant argument for værende relevant.

Hertil skal det bemærkes, at såfremt en tidligere tildelt kontrakt indeholder en option, så kan ordregiver, under visse nærmere betingelser i § 179, benytte denne til f.eks. at få foretaget yderligere arbejder. Muligheden for at lade den tidligere kontrahent udføre fremtidige arbejder på baggrund af en klausul i den oprindelige kontrakt, er således allerede reguleret af denne bestemmelse. I betragtning heraf må det formodes, at en ordregiver, i en situation som den i sagen behandlede, er henvist til at påberåbe § 179 fremfor eneleverandørsituationen.¹¹⁴

5.2.1.3. C-394/02

Sag C-394/02, *Kommissionen mod Grækenland*, omhandlede ordregivers tildeling af en kontrakt vedr. bygningen af et transportbåndsystem til et kraftværk.¹¹⁵ Den græske regering påberåbte tre forskellige tekniske grunde, som ifølge den bevirkede, at den valgte virksomhed var den eneste, som kunne udføre de pågældende arbejder. For det første henviste regeringen til, at den aske, der skulle transporteres på transportbåndsystemet, havde særlige egenskaber, hvorfor transporten heraf også

¹¹¹ C-385/02, præmis 21.

¹¹² Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Juliane Kokott, pkt. 26.

¹¹³ C-385/02, præmis 23.

¹¹⁴ Arrowsmith (2014), s. 1069.

¹¹⁵ C-394/02, præmis 1.

nødvendiggjorde særlige løsninger. For det andet henviste den til, at det ville være vanskeligt at bygge det nødvendige fundamentet pga. en ustabil undergrund. Endelig anførte den, at de nye transportbånd skulle kunne tilsluttes det allerede eksisterende system.¹¹⁶ Alle tre grunde blev af Domstolen anerkendt som værende tekniske årsager i bestemmelsens forstand.¹¹⁷

5.2.1.4. Sammenfattende om afgørelserne

På baggrund af de tre ovenstående afgørelser, kan det fastslås, at miljøbeskyttelse, leverandørens lokalitet, behovet for kontinuitet, kontraktgenstandens særegenheder og en kontrakts særlige kompleksitet alle i princippet kan udgøre tekniske årsager i bestemmelsens forstand. Dog viser afgørelserne også, at den blotte henvisning til disse grunde ikke er nok. Påstanden om at nærmere bestemte forhold udgør tekniske årsager skal støttes af yderligere beviser herfor. Et sådant bevis kan f.eks. være i form af en teknisk erklæring, afgivet af en uafhængig sagkyndig, hvori det detaljeret redegøres for, hvorfor der i det konkrete tilfælde er tale om en teknisk grund.¹¹⁸ Generelt stilles der strenge krav til ordregivers bevisførelse. Dette fremgår bl.a. af præambelbetragtning nr. 50 til udbudsdirektivet, hvor det anføres, at såfremt tekniske årsager er skyld i eneleverandørsituationen, så bør de tekniske årsager ”defineres nøje og dokumenteres i hvert tilfælde”.

Den ovenfor foretagne opstilling af de ting, der vil kunne udgøre tekniske grunde, er på ingen måde udtømmende, men kan være med til at illustrere, hvilke tilfælde typisk vil kunne omfattes af bestemmelsen. Bedømmelsen af om et specifikt tilfælde udgør en teknisk årsag i bestemmelsens forstand må dog altid skulle bero på en konkret vurdering af kontraktens genstand og særlige karakteristik.

De tre behandlede afgørelser angår alle kontrakter vedr. enten bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser. Dette er ikke nødvendigvis repræsentativt i forhold til bestemmelsens anvendelse i praksis. Ofte vil tekniske grunde således også kunne være relevante at påberåbe i forbindelse med vareindkøbskontrakter. Et eksempel herpå er regionernes indkøb af lægemidler og andre sundhedsrelaterede varer. Bestemmelsen vil i dette tilfælde f.eks. kunne finde anvendelse ved indkøb af medicinsk udstyr til brug på hospitaler, når ordregivers kliniske og tekniske krav til udstyret kun kan imødekommes af én bestemt leverandør.¹¹⁹

¹¹⁶ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat F.G. Jacobs, pkt. 39.

¹¹⁷ C-394/02, præmis 35.

¹¹⁸ C-57/94, præmis 27.

¹¹⁹ Hamer (2016), s. 447.

Udover regionerne kunne et andet eksempel på ordregivere, der ofte vil kunne finde påberåbelse af eneleverandørsituationen relevant, være universiteterne. Disse kan f.eks. i forbindelse med forskning have behov for at anskaffe forskellige apparater og instrumenter. Den tekniske årsag kan her bl.a. bestå i et krav om, at der skal foretages målinger med en særlig grad af præcision, som kun en bestemt leverandørs udstyr er i stand til.

5.2.1.5. Specifik interoperabilitet samt sondring mellem supplerende leverancer og eneleverandørsituationen

Som et eksempel på hvad der kan udgøre tekniske årsager, nævnes i præambelbetragtning nr. 50, samt i bemærkningerne til § 80, ”krav om specifik interoperabilitet”. I praksis vil et sådant krav typisk kunne være relevant i tilfælde, hvor ordregiver i forvejen er i besiddelse af et teknisk kompliceret produkt eller system, som den nye anskaffelse skal kunne arbejde sammen med. Et oplagt eksempel er i forbindelse med it-systemer, hvor den nye anskaffelse skal være kompatibel med det eksisterende system. Det kan både dreje sig om indkøb af varer i form af f.eks. et tilføjelsesprogram, og indkøb af tjenesteydelser i form af f.eks. support og vedligehold af eksisterende programmel.

Henvisninger til interoperabilitet genfindes også andre steder i udbudsreglerne. Udover eneleverandørsituationen drejer det sig om bestemmelserne i § 181 og § 81, stk. 1, nr. 2, der begge omhandler muligheden for at foretage supplerende leverancer. Manglende interoperabilitet nævnes i forbindelse med alle bestemmelserne, som et eksempel på, hvad der kan være med til at begrunde deres anvendelse.¹²⁰ At begrebet på denne måde går igen, kan i praksis være medvirkende til en vis sammenblanding og forveksling. Dette ses bl.a. ved, at der i en række afgørelser påberåbes både eneleverandørsituationen og reglen om supplerende vareleverancer.¹²¹

Afgørende for hvilken af bestemmelserne, der konkret finder anvendelse, er bl.a. den nye anskaffelses sammenhæng med den tidligere indgåede kontrakt. Ved leverancer foretaget i medfør af § 181 skal der være tale om en igangværende kontrakt. Ved vareleverancer efter § 81, stk. 1, nr. 2 er der derimod tale om en situation, hvor den tidligere kontrakt allerede er gennemført.¹²²

Bestemmelserne om supplerende leverancer stiller derudover krav til hhv. kontraktens tidsmæssige udstrækning og kontraktens størrelse. Kontrakter omfattende af § 81, stk. 1, nr. 2 må som udgangspunkt

¹²⁰ L 19 s. 118 og 201, og udbudsdirektivet artikel 72, stk. 1, litra b, nr. i.

¹²¹ Se f.eks. C-337/05 og C-57/94.

¹²² LF 19, s. 201.

ikke have en løbetid på over 3 år.¹²³ Kontrakter omfattet af § 181 må ikke have en værdi, der overstiger 50 % af værdien af den oprindelige kontrakt.¹²⁴

Eftersom eneleverandørsituationen ikke er omfattet af samme begrænsninger, kan det umiddelbart synes, at § 80, stk. 3, nr. 2 giver den bredeste mulighed for at anvende interoperabilitet som et argument for at fravige den almindelige udbudspligt.¹²⁵ Ved påberåbelse af eneleverandørsituationen må begrebet interoperabilitet dog fortolkes meget snævert.¹²⁶ Både lovbemærkningerne til § 80 og præambelbetragtning nr. 50 nævner udtrykkeligt ”specifik” interoperabilitet.¹²⁷ Det er i betragtning heraf ikke nok at henvise til interoperabilitet i en mere generel, bred forstand.

Denne snævre fortolkning fremgår bl.a. af Domstolens afgørelse i sag C-337/05, *Kommissionen mod Italien*. I sagen fandtes ordregivers direkte tildeling af kontrakter vedr. indkøb af helikoptere til selskabet ”Agusta” ikke at være berettiget. Den italienske regering havde bl.a. gjort gældende, at fremstillingen af helikopterne af tekniske årsager alene kunne overlades til Agusta. Begrundelsen herfor var, at helikopterflåden skulle kunne fungere sammen, navnlig med det formål at nedbringe diverse følgeomkostninger, der ville være forbundet med anskaffelsen af en anden producents helikoptere.¹²⁸

Denne generelle henvisning til de fordele, der vil være ved at bibeholde en ensartet helikopterflåde, fandtes ikke at være tilstrækkelig i forhold til at bevise, hvorfor alene Agustas helikoptere besad de nødvendige tekniske egenskaber.¹²⁹ Den italienske regerings henvisning til interoperabilitet kan med andre ord anses for at have været for bred og dermed ikke specifik nok til at udgøre en teknisk årsag.

Hvis interoperabilitet skal kunne påberåbes som en teknisk grund i bestemmelsens forstand, må der, i erkendelse af denne snævre fortolkning af begrebet interoperabilitet, kræves at ordregiver detaljeret kan redegøre for, hvilke specifikke tekniske vanskeligheder, der ville være ved at foretage anskaffelsen fra andre leverandører.¹³⁰

¹²³ jf. § 81, stk. 2.

¹²⁴ jf. § 181, stk. 2.

¹²⁵ Nielsen & Ølykke (2017), s. 251.

¹²⁶ Ibid., s. 252.

¹²⁷ L 19, s. 116.

¹²⁸ C-337/05, præmis 55.

¹²⁹ Ibid., præmis 59.

¹³⁰ Nielsen & Ølykke (2017), s. 252.

5.2.2. Andet trin: "Uomgængeligt nødvendigt"

Såfremt det lykkes ordregiver at bevise, at der foreligger tekniske årsager i bestemmelsens forstand, er det næste trin herefter at godtgøre, at disse årsager gør det uomgængeligt nødvendigt at tildele den pågældende kontrakt til en bestemt økonomisk aktør. Det afgørende i denne sammenhæng bliver, om ordregiver kan bevise, at det teknisk ikke er muligt for andre økonomiske aktører at levere den pågældende anskaffelse.¹³¹

Betingelsen skal, ligesom eneleverandørsituationen i øvrigt, underlægges en indskrænkende fortolkning. Den omstændighed, at der kun må være én mulig leverandør, skal derfor tages for pålydende. I tilfælde af, at der findes flere økonomiske aktører, der er i stand til at levere, kan ordregiver således ikke anvende bestemmelsen. Dette gælder eksempelvis også, selvom alle de mulige leverandører bliver tildelt en rammeaftale.¹³² På trods af, at der i dette tilfælde reelt ikke er anden konkurrence, så er der pr. definition ikke tale om et tilfælde, der falder inden for anvendelsesområdet for § 80, stk. 3.

Før bestemmelsen finder anvendelse kræves det reelt, at det er objektivt udelukket, at der findes andre potentielle leverandører. Denne meget snævre fortolkning af, hvornår betingelsen om, at der kun er én mulig leverandør, er opfyldt, fremgår af præambelbetragtning nr. 50 til udbudsdirektivet. Her fremhæves det således, at der skal være tale om en situation med "*objektiv eksklusivitet*".

5.2.2.1. Relevant praksis

I ovenstående afsnit behandlede en række afgørelser, i hvilke Domstolen tog stilling til, hvorvidt diverse påberåbte forhold udgjorde tekniske grunde i bestemmelsens forstand. I de tilfælde, hvor der konkret fandtes at være tale om tekniske årsager, var det næste skridt for Domstolen herefter at undersøge, hvorvidt ordregiver havde godtgjort, at disse årsager gjorde det uomgængeligt nødvendigt, at kontrakterne skulle tildeles netop den valgte leverandør.

I sagen C-385/02, *Kommissionen mod Italien*, vedr. færdiggørelsen af et opstemningsbassin, anerkendte Domstolen, at projektets særlige kompleksitet og behovet for kontinuitet udgjorde vigtige tekniske hensyn. Det fandtes imidlertid ikke bevist, at disse tekniske årsager gjorde det nødvendigt, at den oprindelige medkontrahent skulle tildeles den aktuelle kontrakt.

¹³¹ Nielsen & Ølykke (2017), s. 249-250.

¹³² C-79/94, se særligt præmis 16.

Den italienske regering havde i generelle vendinger påberåbt sig en teknisk udtalelse fra Italiens øverste råd for offentlige arbejder. I udtalelsen havde rådet henvist til arbejdernes komplekse og vanskelige karakter som begrundelse for, at kun én enkelt entreprenør kunne udføre disse.¹³³ En sådan generel henvisning til projektets komplekse og vanskelige karakter fandtes ikke at være et tilstrækkeligt bevis. Såfremt en ordregiver skal have succes med at løfte denne bevisbyrde, må der derfor kræves en langt mere detaljeret redegørelse for, hvilke konkrete tekniske forhold, der gør det nødvendigt, at kontrakten overdrages til en bestemt leverandør.

Værd at bemærke er desuden, at Domstolen - efter anførelsen af, at ordregiver ikke tilstrækkeligt havde bevist, at kontrakten kun kunne overdrages til en leverandør - udtalte følgende; ”*navnlig ikke, når arbejderne er opdelt i etaper, hvis udførelse strækker sig over flere år*”.¹³⁴ Domstolen finder med andre ord, at de nævnte omstændigheder skærper kravet til ordregivers bevis, da de taler imod, at der alene er en mulig leverandør.

Generelt må ordregivers bevisbyrde være tungere, når der er tale om en større, længerevarende kontrakt. Dette i erkendelse af, at det ofte må antages for usandsynligt, at der ikke findes andre potentielle medkontrahenter ved kontrakter af denne størrelsesorden. Af samme grund kan det ikke udelukkes, at der i en konkret sag eventuelt vil kunne lægges vægt på kontraktens anslåede værdi i forbindelse med vurderingen af om andre økonomiske aktører potentielt ville kunne blive i stand til at levere.

Heller ikke i sagen C-394/02, *Kommissionen mod Grækenland*, vedr. bygningen af et transportbåndsystem til et kraftværk, lykkedes det ordregiver at løfte bevisbyrden. Domstolen fandt, at de tekniske særeheder ved den aske, der skulle transporteres, den geologiske ustabilitet af undergrunden og behovet for forenelighed, klart udgjorde tekniske årsager, som skulle inddrages af ordregiver i forbindelse med valget af tilbudsgiver. De nævnte forhold beviste imidlertid ikke i sig selv, at der alene var én leverandør i EU, der besad det fornødne knowhow til at kunne opfylde den pågældende kontrakt.¹³⁵

Særligt to omstændigheder var med til at undergrave den græske regerings argument om, at der kun var én mulig medkontrahent. For det første havde ordregiver rettet henvendelse til en anden virksomhed og opfordret denne til at forhandle. For det andet havde ordregiver tidligere, vedrørende

¹³³ C-385/02, præmis 16 og 22.

¹³⁴ Præmis 21.

¹³⁵ C-394/02m præmis 36.

lignende arbejder, indledt almindelige udbudsprocedurer med forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse.¹³⁶

I tilfælde som her, hvor ordregiver selv har antaget, at der er mere end én virksomhed, der teknisk er i stand til at udføre arbejderne, kan ordregiver ikke henvise til, at det er strengt nødvendigt, at tildele kontrakten til den valgte leverandør.¹³⁷ Afgørelsen illustrerer, at en ordregiver sjældent vil have succes med at påberåbe eneleverandørsituationen i tilfælde, hvor denne selv har antaget, at der potentielt ville kunne være mere end én mulig leverandør.

Et eksempel fra dansk praksis er Klagenævnet for Udbuds kendelse af 25. marts 2010, *Visma Services A/S mod Hillerød Kommune*. I oktober 2009 indgik Hillerød Kommune en tjenesteydelseskontrakt med KMD A/S om varetagelsen af kommunens løn- og personaleadministration. Kommunen havde fundet, at kun KMD A/S kunne levere ydelsen og havde derfor anvendt udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse. Klagenævnet fandt dette uberettiget med henvisning til, at Hillerød Kommune ikke havde *"godtgjort, at der ikke var andre leverandører, som kunne levere den løbende løn- og personaleadministration, herunder ved anvendelse af en portalløsning"*.

Kommunens vurdering af, at alene KMD A/S kunne levere den ønskede ydelse, var bl.a. begrundet med, at KMD A/S ville kunne varetage opgaven, uden at der skulle udarbejdes selvstændige integrationer til kommunens øvrige IT-løsninger. Dvs. et krav om interoperabilitet. Kommunen havde dog ikke godtgjort, at dette krav medførte, at alene KMD A/S kunne udføre kontrakten. Særligt undergravende herfor har antageligvis været, at klager i sagen havde forklaret, at deres virksomhed også ville kunne levere en portalløsning, der kunne fungere sammen med kommunens eksisterende systemer.

Til støtte for anvendelse af undtagelsesbestemmelsen havde kommunen desuden henvist til, at valget af KMD A/S som medkontrahent var baseret på en "strategisk beslutning" om, at kommunens it-arkitektur skulle bygges op om et "best of suite"-koncept. Deres målsætning var med andre ord, at alle kommunens it-løsninger skulle bygges op omkring et og samme system. Beslutningen herom blev truffet af kommunen allerede i 2003, hvor de anskaffede et it-system fra KMD A/S.

På baggrund af ovenstående må det antages, at valget af netop KMD A/S' it-løsning ikke reelt blev foretaget ud fra et krav om teknisk interoperabilitet, men derimod ud fra et ønske om ikke at foretage

¹³⁶ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat F.G. Jacobs, punkt 43.

¹³⁷ C-394/02, præmis 37 og Nielsen & Ølykke (2017), s. 250.

et systemskifte pga. et tidligere foretaget systemvalg. En sådan generel henvisning til, at ordregiver tidligere har foretaget et systemvalg, kan ikke anvendes som begrundelse for anvendelse af proceduren. Såfremt en ordregiver skal have held med at gøre gældende, at et krav om interoperabilitet begrundes, at kun én leverandør kan levere, må det bevises, hvilke specifikke tekniske vanskeligheder, det ville medføre at anvende en alternativ løsning fra en anden leverandør. Det vil ikke være nok, at ordregiver anser en bestemt leverandør for værende bedst egnet til opgaven.¹³⁸

Spørgsmålet om, hvorvidt det er uomgængeligt nødvendigt, at kontrakten indgås med én bestemt leverandør vil endvidere ofte hænge tæt sammen med vurderingen af, om der findes et rimeligt alternativ eller erstatning. Ud fra metodiske overvejelser behandles denne betingelse dog først indgående i afsnit 6.

Et sjældent eksempel på en afgørelse, hvor ordregivers direkte tildeling efter § 80, stk. 3, nr. 2 findes berettiget, er Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. august 2017, *Thermo Electron A/S mod Fødevarestyrelsen*. Klagesagen omhandlede indkøbet af et analyseapparat. Ordregiver havde offentliggjort en profylaksebekendtgørelse, hvori der var oplyst ni forskellige krav til apparatet, herunder et krav om interoperabilitet. Klager påstod, at beslutningen om direkte tildeling var åbenbart forkert med den begrundelse, at der på markedet for den pågældende type af analyseapparater var to udbydere: den virksomhed som Fødevarestyrelsen havde udvalgt og klager selv. Klagenævnet fandt imidlertid, at det udstyr som klager havde tilbudt at levere, ikke kunne leve op til kravet om interoperabilitet. På denne baggrund kom de til den konklusion, at klagen ikke havde noget på sig.

Sammenlignet med de tidligere gennemgåede afgørelser synes der ikke i sagen at foretages en helt så indskrænkende fortolkning. Klagenævnet afholder sig i sagen helt fra at tage nærmere stilling til berettigelsen af ordregivers krav om interoperabilitet, herunder om disse udgjorde tekniske årsager, der kunne berettige direkte tildeling. Da kendelsen er begrundet i sagens konkrete omstændigheder, skal dens rækkevidde dog ikke overvurderes. Der er således ikke nødvendigvis tale om, at klagenævnet generelt anlægger en mere lempelig tilgang til, hvornår betingelserne for anvendelse af direkte tildeling er opfyldt.

¹³⁸ L 19, s. 117.

I forbindelse med sin vurdering, bemærkede klagenævnet, at klager ikke havde gjort gældende, at ordregiver ikke lovligt kunne stille kravet vedr. interoperabilitet. I den konkrete klagesag synes det således at vægte i klagenævnets vurdering, at klager efter alt at dømme havde accepteret lovligheden af ordregivers krav om interoperabilitet. Ligeledes kan det have vægtet, at klager var enig i det forhold, at der alene var én anden økonomisk aktør på markedet, som kunne levere de ønskede apparater.

Klager begrænsede således med sin argumentation selv sagen til alene at omhandle, hvorvidt dennes egen løsning levede op til ordregivers krav. Det kan på denne baggrund ikke udelukkes, at sagen kunne have faldet anderledes ud, hvis klager tillige havde udfordret selve kravet om interoperabilitet, herunder ordregivers argument om, at det ville være forbundet med uforholdsmæssige ressourcer og tid at foretage et systemskifte. I lyset af kendelsen bør en klager, der mener at kunne levere den efterspurgte anskaffelse, derfor være opmærksom på, ikke at begrænse sin klage til alene at angå spørgsmålet om, hvorvidt klagers løsning opfylder de stillede krav.

Endelig skal det bemærkes, at kendelsen er en delkendelse vedrørende opsættende virkning, hvorfor der alene er tale om en foreløbig stillingtagen til sagen. Delkendelsen udgør dog nævnets endelige afgørelse, da klagen efterfølgende blev tilbagekaldt.

5.2.2.2. Sammenfattende

Ses der sammenfattende på de i dette afsnit behandlede afgørelser, tegnes i næsten alle tilfælde et billede af, at der foretages en meget snæver fortolkning af bestemmelsens anvendelsesområde. Tilsvarende er bevisbyrden for den ordregiver, der forsøger at godtgøre retmæssigheden af en direkte tildeling efter bestemmelsen, særdeles tung.

I flere af de EU-retlige afgørelser, kom Domstolen frem til den konklusion, at der var tale om en teknisk årsag, men at denne ikke gjorde det uomgængeligt nødvendigt, at den pågældende kontrakt skulle indgås med den af ordregiver valgte virksomhed. Det kan udledes heraf, at Domstolen foretager en relativt lempelig fortolkning af, hvornår et bestemt forhold udgør en teknisk årsag, mens der foretages en langt mere indskrænkende fortolkning af, hvornår disse årsager så nødvendiggør direkte tildeling til en bestemt økonomisk aktør.

Klagenævnet for Udbud foretager ikke samme opdeling i to trin, hvorfor der heller ej foretages en selvstændig vurdering af, om de tekniske årsager gør det uomgængeligt nødvendigt, at kontrakten tildeles en bestemt økonomisk aktør. Det forhold at klagenævnet ikke følger Domstolens

fremgangsmåde betyder imidlertid ikke, at der hermed er tale om, at nævnets praksis er i strid med princippet om EU-konform fortolkning.

To-trins tilgangen samt begrebet ”uomgængeligt nødvendigt” er udviklet gennem EU-Domstolens praksis, men genfindes ikke i hverken udbudsdirektivet, udbudsloven eller i forarbejderne hertil.¹³⁹ Tilgangen udgør således alene Domstolens metode til fastlæggelse af, hvorvidt betingelserne for at anvende direkte tildeling i forbindelse med tekniske årsager er opfyldt. Selvom samme metode ikke anvendes direkte i dansk praksis medfører det ikke nødvendigvis, at klagenævnets fortolkning af bestemmelsen divergerer fra Domstolens.

Vurderingen af om det er uomgængeligt nødvendigt, at en kontrakt tildes en bestemt økonomisk aktør kan siges reelt at være en vurdering af, om der ved tildeling af kontrakten til den anden leverandør ville opstå uoverstigelige vanskeligheder.¹⁴⁰ Det samme følger bl.a. også af vurderingen af, om der findes et rimeligt alternativ eller erstatning. Selvom klagenævnet således ikke benytter præcis samme fremgangsmåde som Domstolen, foretages dog alligevel en vurdering af om tekniske årsager fører til, at der reelt kun er én leverandør, der kan levere, hvorfor klagenævnet i sidste ende kommer til et direktivkonformt resultat.

5.3. Beskyttelse af eksklusive rettigheder

Den tredje og sidste årsag, der kan begrunde anvendelse af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse er, hvis bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne alene kan leveres af én bestemt leverandør pga. ”*beskyttelse af eksklusive rettigheder, herunder intellektuelle ejendomsrettigheder*”, jf. § 80, stk. 3, nr. 3.

Som illustreret ovenfor, er det ikke altid lige klart, hvorvidt et bestemt forhold udgør en teknisk årsag i bestemmelsens forstand. Vurderingen af, om der er tale om eksklusive rettigheder er, sammenlignet hermed, mere ligetil. Ofte vil det således objektivt kunne identificeres, om der foreligger en enerettighed i form af f.eks. et patent eller en ophavsret. Den af Domstolen foretagne to-trins tilgang i forbindelse med tekniske årsager benyttes følgelig ikke ved denne del af bestemmelsen.

Selvom det ofte er objektivt identificerbart, om der foreligger en eksklusiv rettighed, betyder dette dog ikke, at det altid er simpelt at fastlægge, hvorvidt bestemmelsen finder anvendelse. Det er fortsat

¹³⁹ Nielsen & Ølykke (2017), s. 248.

¹⁴⁰ Ibid., s. 248.

en betingelse, at der på grund af den eksklusive rettighed kun er én mulig leverandør. Desuden gælder også begrænsningerne i § 80, stk. 4, som behandles selvstændigt i næstkommende afsnit.

Det er ikke tilstrækkeligt blot at konstatere, at den ønskede anskaffelse er beskyttet af eksklusive rettigheder. En yderligere betingelse er, at enerettigheden skal medføre, at kun én økonomisk aktør kan levere, og at der dermed ikke er nogen konkurrence på det pågældende marked. Dette fremgår af Domstolens afgørelse i sag C-328/92, *Kommissionen mod Spanien*. Sagen omhandlede en generel praksis, hvorefter næsten alle ordregiveres indkøb af farmaceutiske produkter og medicinske specialiteter skete ved anvendelse af underhåndsaftaler, uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.¹⁴¹ Til støtte for anvendelse af direkte tildeling havde den spanske regering bl.a. anført, at der inden for markedet for lægemidler ofte er enerettigheder til stede, som udelukker, at der frit kan vælges mellem forskellige leverandører.¹⁴²

Domstolen slog fast, at det ikke er tilstrækkeligt, at lægemidlerne er beskyttet af enerettigheder. Det er også en betingelse, at lægemidlerne kun kan fremstilles eller leveres af én bestemt leverandør.¹⁴³ I sit forslag til afgørelse anerkendte Generaladvokat Carl Otto Lenz, at der på markedet for lægemidler ganske ofte findes enerettigheder. Hertil bemærkede han dog, at beskyttelsen af enerettigheder ikke er så omfattende, at al konkurrence på markedet faktisk er udelukket.¹⁴⁴ Selvom der konkret godt kan være lægemidler, hvor betingelserne for at anvende direkte tildeling er opfyldt, så kan undtagelsesbestemmelsen ikke begrunde, at der generelt og konsekvent sker direkte tildeling. Ordregiver må i stedet for hvert indkøb kunne dokumentere, at enerettighederne medfører, at der reelt ingen konkurrence er på markedet.

Kravet om, at der som følge af en eksklusiv rettighed kun er én mulig leverandør beskrives i lovbemærkningerne til § 80, stk. 3, nr. 3 som, at der skal være tale om en situation med "*objektiv eksklusivitet*".¹⁴⁵ Det følger heraf, at i tilfælde, hvor der eksisterer andre forsyningskilder på markedet, så er det udelukket, at bestemmelsen kan finde anvendelse. Sådanne andre forsyningskilder kan f.eks. være i form af parallelimportører eller licensindehavere.¹⁴⁶

¹⁴¹ C-328/92, præmis 1.

¹⁴² Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Carl Otto Lenz, punkt 35.

¹⁴³ C-328/92, præmis 17.

¹⁴⁴ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Carl Otto Lenz, punkt 36.

¹⁴⁵ L 19, s. 117.

¹⁴⁶ Udbudslovsudvalget (2014), s. 604.

5.3.1. Danske Arkitektvirksomheder mod Thisted og Skanderborg Gymnasium

I afsnit 5.1. blev det ovenfor kort berørt, hvorvidt arkitekttydelser kan udgøre et kunstværk. En anden oplagt tilgang i forbindelse med tilfælde, hvor der sker om- eller tilbygninger, kunne være at se på, hvorvidt den oprindelige arkitekt har eksklusive rettigheder, som ville blive krænket i forbindelse med antagelse af andre arkitekter eller rådgivere. Særligt intellektuelle ejendomsrettigheder i form af ophavsretten til et bygningsværk vil kunne være relevante. Netop dette var genstand for følgende to kendelser fra Klagenævnet for Udbud: Kendelse af 3. januar 2012, *Danske Arkitektvirksomheder mod Thisted Gymnasium og HF-Kurser* og Kendelse af 13. januar 2012, *Danske Arkitektvirksomheder mod Skanderborg Gymnasium*.

Kendelserne angik to parallelle sager, hvor Thisted og Skanderborg Gymnasium hver især havde indgået kontrakt med arkitektfirmaet Friis & Moltke A/S om totalrådgivning vedr. hhv. en ny aulabygning og en ny idrætshal. Begge udgjorde om- og tilbygninger i tilknytning til gymnasiernes eksisterende bygninger. Disse oprindelige bygninger var tegnet af Friis & Moltke, som følgelig havde de ophavsretlige rettigheder hertil.

I begge sager valgte ordregiver, efter forhandling, at foretage direkte tildeling af kontrakterne til Friis & Moltke, med den begrundelse, at ydelserne alene kunne leveres af dette firma af årsager vedr. beskyttelsen af enerettigheder. Til støtte herfor angav de to ordregivere først og fremmest, at de eksisterende bygninger havde et helt særligt præg, kendetegnet ved det bestemte arkitektfirma. Følgelig mente de, at der var behov for netop dette firmas rådgivning for at kunne bevare det æstetiske og arkitektoniske helhedsindtryk af gymnasierne. Dette bl.a. medhenblik på at sikre gymnasiernes værdi, og for at sikre at Friis & Moltkes ophavsret ikke blev krænket.

Klager anfægtede ikke bygningernes arkitektoniske værdi eller det faktum, at de oprindelige bygninger var ophavsretligt beskyttede. I stedet gjorde klager gældende, at ordregivernes hensyn kunne være tilgodeset på anden vis. Klagenævnet var enige heri og fandt på denne baggrund, at ordregiverne ikke havde godtgjort, af Friis & Moltke objektivt set var de eneste mulige leverandører, der kunne udføre opgaven og samtidig opfylde ordregivernes behov.

I afgørelsen omtaler klagenævnet de hensyn, som ordregiver ønskede at varetage, som *"lovlige hensyn"*. Det af ordregiverne anførte ønske om, at gymnasierne fortsat skulle fremstå som samlede arkitektoniske bygningsværker, er dermed som udgangspunkt et sagligt krav. Klagenævnet fandt dog konkret, at de påberåbte hensyn kunne være inddraget på anden vis. Eksempelvis kunne ordregiver

være inddraget som rådgiver, enten i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsbetingelser eller ved evalueringen af de indkomne tilbud. Alternativt kunne der være afholdt en projektkonkurrence. I denne kunne Friis & Moltke enten selv have deltaget på lige fod med de øvrige arkitektfirmaer, have været en del af en bedømmelseskomité eller fungeret som rådgiver i forhold til selve udformningen og afviklingen af konkurrencen.

Anvendelse af en sådan projektkonkurrence giver ordregivere mulighed for at indgå kontrakt med den vindende deltager ved anvendelse af netop udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.¹⁴⁷ Fremgangsmåden vil typisk med fordel kunne anvendes i tilfælde, hvor ordregiver har en overordnet beskrivelse af sine behov og krav til det arkitektoniske helhedsindtryk og ønsker innovative og kreative løsninger herpå.¹⁴⁸

De to afgørelser er afsagt ud fra sagernes konkrete omstændigheder. Det kan derfor ikke med sikkerhed afvises, at ophavsretten til et arkitektonisk værk ikke i andre tilfælde konkret vil kunne begrunde anvendelsen af § 80, stk. 3, nr. 3. Ligeledes kan det ikke udelukkes, at et sådant værk vil kunne have et så personligt kunstnerisk præg, at § 80, stk. 3, nr. 1 vil kunne anvendes.¹⁴⁹ Det må dog ud fra de to kendelser kunne udledes, at der ville skulle en hel del til før end betingelserne i § 80, stk. 3 er opfyldt.

Det må her desuden erindres, at der er tale om en undtagelsesbestemmelse, som skal fortolkes indskrænkende. Det forhold, at ordregiver i forbindelse med et byggeri har anvendt et bestemt arkitektfirma, medfører ikke, at ordregiver pr. automatik bliver låst til denne leverandør. Såfremt ordregiver efterfølgende i forbindelse med enhver om- eller tilbygning kunne anvende direkte tildeling efter § 80, stk. 3, nr. 3, ville konsekvensen heraf være, at al fremtidig konkurrence om disse kontrakter udelukkes. En sådan fastlåsning ville være svært foreneligt med udbudsreglernes overordnede formål om at skabe et indre marked for offentlige kontrakter.

5.3.2. GlaxoSmithKline Pharma A/S mod Statens Serum Institut

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. december 2010, *GlaxoSmithKline Pharma A/S mod Statens Serum Institut* er et af de få tilfælde, hvor anvendelsen af direkte tildeling findes berettiget. Statens Serum Institut indgik i 2007 en kontrakt vedr. levering af en pneumokokvaccine til det danske

¹⁴⁷ jf. § 82.

¹⁴⁸ Pedersen, B.S. og Scheibel, S.M. (2016). Projektkoncurrencer. K. Hagel-Sørensen (red.), *Aktuel udbudsret II*, s. 261.

¹⁴⁹ Nielsen & Ølykke (2017), s. 248.

børnevaccinationsprogram. Indgåelsen kunne ifølge klagenævnet lovligt ske uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, da der på indkøbets tidspunkt, alene var én producent og leverandør af en pneumokokvaccine, som var godkendt af de europæiske lægemiddelmyndigheder. Det ændrede ikke herpå, at der inden for et par år efter aftaleindgåelsen ville blive godkendt yderligere to vacciner af samme type i Europa. Ligeledes var ordregiver ikke forpligtet til, at opsigte den lovligt indgåede kontrakt på det tidspunkt, hvor endnu en vaccine efterfølgende opnåede godkendelse.

Afgørende for om bestemmelsen finder anvendelse er, om der på det tidspunkt, hvor ordregiver beslutter sig for at indlede en kontraktindgåelsesprocedure, alene var en bestemt økonomisk aktør på det europæiske marked, som kunne levere.¹⁵⁰ Den omstændighed, at der er udsigt til, at der på et senere tidspunkt potentielt vil være flere leverandører på markedet har ingen betydning i denne henseende. Den indgåede kontrakt er, i overensstemmelse med klagenævnets kendelse i sagen, fortsat at betragte som lovligt indgået. Der kan således ikke udledes noget krav om, at ordregiver som følge af den senere opståede konkurrence på markedet skulle være forpligtet til at opsigte den tidligere indgåede kontrakt og foranstalte et nyt udbud.

5.4. Ordregivers undersøgelse og særligt om eneforhandleraftaler

5.4.1. Omfanget af ordregivers undersøgelser

Ordregivers undersøgelser af, om andre økonomiske aktører vil kunne levere den ønskede anskaffelse er ikke geografisk begrænset til kun at omfatte ordregivers eget land. Undersøgerne skal derimod omfatte hele det europæiske marked, hvis det skal kunne bevises, at der objektivt set kun er én mulig leverandør.¹⁵¹

Hvilke konkrete undersøgelser, der skal foretages vil afhænge af den specifikke anskaffelse og sammensætningen af markedet. Et eksempel på et marked, hvor det ofte relativt nemt vil kunne bevises, at der kun findes én mulig leverandør, er ved indkøb af medicin, når eksempelvis kun én bestemt virksomhed har eksklusive rettigheder til at producere netop den specifikke type af medicin, som ordregiver har behov for. Her vil ordregiver kunne rette henvendelse til producenten af den pågældende medicin, med henblik på at afdække, om der er flere forhandlere af medicinen, herunder f.eks. i form af en licenstager.

¹⁵⁰ Jakobsen, Karlsmode-Hjelmborg, & Poulsen (2016), s. 368-369.

¹⁵¹ C-275/08, *Kommissionen mod Tyskland*, i præmis 61-63.

I tilfælde, hvor der er tvivl om, hvorvidt der er andre økonomiske aktører på markedet, som potentielt kan levere, skal der tilvejebringes positive beviser for, at dette objektivt ikke er tilfældet.¹⁵² Således må der udarbejdes detaljerede redegørelser på baggrund af undersøgelser af markedet, hvis undtagelsesbestemmelsen ønskes anvendt. Henset til at hele det europæiske marked skal undersøges, kan sådanne undersøgelser både være tidskrævende og bekostelige. Alternativt kan undtagelsesbestemmelsen dog ikke anvendes, og der må i stedet gennemføres en almindelig udbudsprocedure, hvor markedet undersøges ved hjælp af offentliggørelsen af en udbudsbekendtgørelse.¹⁵³

Præcis hvor grundige ordregivers undersøgelser skal være forekommer ikke altid klart. I sagen C-394/02 vedr. bygningen af et transportbåndsystem, havde ordregiver inden den direkte tildeling rettet henvendelse til en anden virksomhed og opfordret denne til at forhandle. Endvidere havde ordregiver tidligere vedr. lignende arbejder indledt almindelige udbudsprocedurer. I sagen fandtes disse to forhold at være argumenter imod, at der alene var én mulig leverandør, da de ifølge Domstolen viste, at ordregiver havde anset andre virksomheder som mulige leverandører.¹⁵⁴

Under andre omstændigheder må denne type forhold dog omvendt kunne anvendes af ordregiver som bevis for, at der netop ikke er andre leverandører. Retter ordregiver henvendelse til alle de mulige leverandører og viser det sig, at ingen af disse kan levere den ønskede anskaffelse - herunder også et eventuelt rimeligt alternativ eller erstatning - må undersøgelserne kunne tale for, at der ikke findes andre leverandører. Det samme gør sig gældende for så vidt angår tilfælde, hvor ordregiver tidligere har offentliggjort en udbudsbekendtgørelse, men hvor udfaldet heraf har været, at ingen andre leverandører har vist interesse. Sådanne erfaringer fra tidligere udbud må kunne medtages som bevis for, at der ikke findes andre leverandører.¹⁵⁵ Erfaringerne vil dog næppe i sig selv kunne udgøre et tilstrækkeligt bevis, da alle potentielle leverandører ikke nødvendigvis vælger at deltage i samtlige udbud, ligesom der kan være kommet nye leverandører til siden det tidligere udbud.

Et eksempel på et tilfælde, hvor ordregiver ikke i tilstrækkelig grad havde undersøgt markedet, kan findes i Klagenævnet for Udbud kendelse af 16. marts 2015, *Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet*. Sagen omhandlede København Universitets tildeling af en kontrakt vedr. levering af

¹⁵² Arrowsmith (2014), s. 1066.

¹⁵³ Ibid., s. 1069.

¹⁵⁴ C-394/02, præmis 37-38.

¹⁵⁵ Arrowsmith (2014), s. 1067.

laboratorieudstyr. Der var tale om en udvidelse af ordregivers eksisterende installationer, hvorfor ordregiver i en profylaksebekendtgørelse havde anført, at en ændring af leverandør ville resultere i manglende interoperabilitet.

På baggrund af den i bekendtgørelsen foretagne beskrivelse af kontraktgenstanden oplyste selskabet Thermo Electron A/S, at et af deres produkter ville kunne opfylde universitetets anskaffelsesbehov. I lyset heraf vurderede klagenævnet, at ordregiver ikke havde godtgjort, at kun den valgte virksomhed kunne levere det ønskede udstyr. Klagenævnet påpegede desuden, at universitetet relativt let kunne have afklaret dette ved en forudgående henvendelse til Thermo Electron A/S.

Kendelsen illustrerer, at ordregiver i hvert fald må foretage rimelige og naturlige undersøgelser af, hvilke muligheder markedet kan tilbyde.¹⁵⁶ Derudover må ordregiver, når en anden leverandør end den af ordregiver valgte, giver sig til kende og gør gældende, at denne kan levere den ønskede anskaffelse, kunne redegøre for, hvorfor anskaffelsen konkret ikke kan foretages fra denne leverandør.

5.4.2. Eneforhandleraftaler

Et særligt problem kan opstå, når markedet ved aftale er geografisk opdelt på en sådan måde, at der i det område, hvor ordregiver er beliggende, kun er én enkelt økonomisk aktør, der forhandler den ønskede anskaffelse. En sådan situation vil kunne skyldes en aftale om eneforhandling. Dvs. aftaler hvorefter en producent kontraktmæssigt overlader en forhandler retten til, inden for f.eks. et afgrænset geografisk område, at videreforsælge bestemte produkter.¹⁵⁷

Lovligheden af sådanne aftaler reguleres af konkurrenceretten. Udbuds- og konkurrencereglerne udgør principielt to forskellige og uafhængige regelsæt. En aftale kan derfor reelt godt være i overensstemmelse med udbudsreglerne, men i strid med konkurrencereglerne.¹⁵⁸ En analyse af, hvorvidt specifikke typer af eneforhandleraftaler overholder konkurrencereglerne falder dog udenfor rammerne af dette speciale, hvorfor dette aspekt ikke berøres.

En type af eneforhandleraftaler, hvor der eventuelt vil kunne opstå problemer i forhold til at vurdere om der reelt er tale om en eneleverandørsituation, er aftaler, hvorefter én forhandler

¹⁵⁶ Fabricius (2017), s. 230.

¹⁵⁷ Iversen, Bent, *Handelsagenten og eneforhandleren* (2013), s. 214.

¹⁵⁸ Fabricius (2017), s. 64.

eksklusivt er blevet tildelt Danmark som geografisk område. Sådanne aftaler kan tænkes eksempelvis at eksistere på markedet for medicin og forsvarsmateriel.

Hvis der ifølge en sådan aftale er ydet en absolut områdebeskyttelse - dvs. beskyttelse mod både konkurrence fra producenten og fra øvrige forhandlere af samme produkt - medfører dette, at leverandøren er den eneste forhandler på det danske marked.¹⁵⁹ Spørgsmålet er herefter, om en dansk ordregiver i en sådan situation vil kunne anvende § 80, stk. 3 med den begrundelse, at der kun er én mulig leverandør i Danmark, eller om princippet om, at ordregiver skal undersøge hele det europæiske marked fortsat gør sig gældende.

Der må her skulle sondres mellem, hvorvidt forhandleren er sikret imod passivt eller aktivt salg. Ved beskyttelse mod passivt salg forstås, at andre forhandlere ikke må effektuere ordrer på baggrund af uopfordrede kundeforhenvendelser fra kunder inden for eneforhandlingsområdet. De øvrige forhandlere skal med andre ord afstå fra at sælge til en ordregiver i det beskyttede område, uanset om der er ordregiver selv der retter henvendelse.¹⁶⁰ I et tilfælde, hvor forhandleren er tildelt Danmark som eneforhandlingsområde og er beskyttet mod passivt salg, vil ordregiver således ikke kunne købe fra andre end netop denne forhandler. På baggrund heraf må der i denne situation kunne henvises til, at der kun er en bestemt økonomisk aktør, der kan levere. Dette dog under forudsætning af, at de øvrige betingelser for bestemmelsens anvendelse er opfyldt, herunder bl.a. at der ikke findes en alternativ distributionskanal i form af eksempelvis en parallelimportør.

Hvis der ifølge aftalen derimod er tale om beskyttelse mod aktivt salg, vil dette sige, at forhandleren alene er sikret mod andre forhandlers aktive henvendelser til kunder i dennes område.¹⁶¹ Her må de øvrige forhandlere ikke på eget initiativ rette henvendelse til kunder på eneforhandlerens territorium, men må godt indgå aftaler med kunder, der selv retter henvendelse.¹⁶² Her er det mere usikkert, hvorvidt betingelserne for at påberåbe eneleverandørsituationen er opfyldt.

I denne situation kan ordregiver i princippet godt rette henvendelse til og indgå aftale med andre end den danske eneforhandler. Dermed er der i teorien andre mulige forsyningskilder og således ikke objektivt set kun én mulig leverandør. Spørgsmålet er dog om, disse øvrige forhandlere reelt kan afgive tilbud i forbindelse med en almindelig udbudsprocedure, eller om udfaldet i praksis ville være,

¹⁵⁹ Steinicke, Michael & Mortensen, Bent Ole Gram, *Dansk markedsret*, (2015), s. 71-72.

¹⁶⁰ Iversen (2013), s. 234-235.

¹⁶¹ *Ibid.*, s. 235.

¹⁶² Steinicke & Mortensen (2015), s. 72.

at der alene vil kunne komme et tilbud fra den danske eneforhandler. Dette afhænger af, hvorvidt ordregivers offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse kan anses som en uopfordret kundehenvendelse. Hvis det er tilfældet, så vil forhandleren godt kunne afgive et tilbud, uden at dette udgør et aktivt salg.¹⁶³

Offentliggørelsen af en udbudsbekendtgørelse fungerer som et middel til indkaldelse af tilbud.¹⁶⁴ I betragtning heraf kan offentliggørelsen formentligt anses for at være en kundehenvendelse, som følge af hvilken de øvrige forhandleres tilbud ikke udgør et aktivt salg. Det må derfor her forsigtig kunne konkluderes, at ordregiver i dette tilfælde ikke kan benytte undtagelsesbestemmelsen i § 80, stk. 3, da det objektivt set ikke er udelukket, at andre økonomiske aktører vil kunne levere.

¹⁶³ Steinicke, Michael og Groesmeier, Lise, *EU's udbudsdirektiver med kommentarer* (2008), s. 849-850, note 22.

¹⁶⁴ Hamer (2016), s. 380.

6. § 80, stk. 4

Ifølge § 80, stk. 4, så kan § 80, stk. 3, nr. 2 og 3 kun finde anvendelse, ”når der ikke findes et rimeligt alternativ eller erstatning og den manglende konkurrence ikke er et resultat af en kunstig indskrænkning af udbudsvilkårene”. Bestemmelsen er en implementering af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 1, litra b. I det tidligere gældende udbudsdirektiv fra 2004 fandtes ikke en tilsvarende passus.¹⁶⁵

Det er usikkert i hvilken udstrækning der blot er tale om en kodificering af EU-Domstolens praksis.¹⁶⁶ I sag C-212/16 havde en tysk klageinstans indgivet en anmodning om præjudiciel afgørelse og bl.a. anmodet om svar på, hvorvidt ordregivere også inden 2014-direktivets ikrafttræden var forpligtede til at foretage den nu i artikel 32, stk. 1, litra b foreskrevne undersøgelse.¹⁶⁷ Den forelæggende ret frafaldt dog efterfølgende sin anmodning, hvorfor der ikke er noget endeligt svar herpå.

I forarbejderne til udbudsloven synes det lagt til grund, at der ikke er tale om en materiel ændring. I bemærkningerne til § 80 er bestemmelsen således omtalt som en videreførelse af gældende ret, ligesom udbudslovsudvalget i deres rapport angiver følgende om den nye passus i en fodnote: ”en sådan reservation må også kunne indfortolkes i de gældende regler”.¹⁶⁸

På trods af at betingelsen ikke fremgår af de tidligere direktiver, må forbeholdet, som følge af det i forarbejderne anførte, antages i hvert fald til en vis grad at have kunnet indfortolkes i de tidligere gældende regler. Af denne grund kan der heller ikke ses helt bort fra disse betingelser i forbindelse med påberåbelse af § 80, stk. 3, nr. 1 vedr. kunstneriske grunde. Den omstændighed, at nr. 1 ikke er medtaget i § 80, stk. 4 indikerer dog, at ordregiver har en større grad af frihed, når der er tale om kunstneriske årsager, og at der dermed kan forventes en mere lempelig prøvelse her, end hvis nr. 2 eller 3 påberåbes.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Direktiv 2004/18/EF, artikel 31, stk. 1.

¹⁶⁶ Arrowsmith (2014), s. 1072.

¹⁶⁷ Jf. C-212/16, spørgsmål d.

¹⁶⁸ L 19, s. 116 og Udbudslovsudvalget (2014), s. 608-609.

¹⁶⁹ Fabricius (2017), s. 230.

6.1. Rimeligt alternativ eller erstatning

Første led af § 80, stk. 4 fastslår, at der ikke må findes et rimeligt alternativ eller erstatning. Ordregiver kan med andre ord ikke lægge sig fast på et bestemt produkt, som kun én økonomisk aktør kan levere, hvis der findes andre lignende produkter, der vil kunne opfylde ordregivers behov.

Som eksempel på, hvad der kan udgøre et alternativ eller en erstatning, nævnes i både præambelbetragtning nr. 50 til udbudsdirektivet og lovbemærkningerne til § 80, ”*alternative distributionskanaler*”, herunder også distributionskanaler i andre medlemsstater end ordregivers.¹⁷⁰ Yderligere nævnes situationer, hvor der er mulighed for at anskaffe funktionelt sammenlignelige bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser. Hvad der nærmere bestemt kan betragtes som ”rimeligt” fremgår imidlertid hverken af udbudsdirektivet, udbudsloven eller disses forarbejder.

6.1.1. Ordregivers krav til anskaffelsen

Udbudsreglerne regulerer hvordan det offentlige køber ind.¹⁷¹ Det er dog fortsat ordregiver selv, der bestemmer, om der skal ske en anskaffelse, og hvad der konkret skal anskaffes.¹⁷² Ordregiver har en betydelig grad af frihed ved fastlæggelsen af, hvad der skal indkøbes, samt i forhold til hvilke egenskaber anskaffelsen skal have for at kunne opfylde ordregivers behov.¹⁷³ De krav, som ordregiver stiller til anskaffelsen, skal imidlertid være sagligt begrundede og proportionelle.¹⁷⁴ I forbindelse med bedømmelsen af, om noget udgør et rimeligt alternativ eller erstatning, kan der eventuelt skeles til denne vurdering af ordregivers krav.

Der kan argumenteres for, at hvis de stillede krav er saglige og proportionelle, så må alternativer eller erstatninger, der ikke opfylder disse krav, ikke anses for værende rimelige. Argumentet støttes af, at ordregiver i almindelighed godt kan fastsætte sine krav til kontraktgenstanden på en måde, der medfører, at ikke alle virksomheder kan opfylde disse, så længe kravene er sagligt begrundede.¹⁷⁵ Det samme gælder selvom ordregivers saglige og proportionelle krav reelt fører til, at kun én tilbudsgiver kan opfylde disse.¹⁷⁶ Ordregiver har med andre ord normalt en høj grad af frihed ved fastsættelsen af sine krav, så længe der beviseligt er tale om saglige krav og disse ikke er udformet

¹⁷⁰ L 19, s. 116.

¹⁷¹ Ibid., s. 36.

¹⁷² Jakobsen, Karlsmode-Hjelmborg, & Poulsen (2016), s. 31.

¹⁷³ Ibid., s. 317.

¹⁷⁴ Klagenævnets kendelse af 14. marts 2011, *Virklund Sport A/S mod Vejle Kommune*.

¹⁷⁵ Jakobsen, Karlsmode-Hjelmborg, & Poulsen (2016), s. 322.

¹⁷⁶ Ibid., s. 323.

med henblik på at sikre at kun én kan opfylde disse. Spørgsmålet er dog om dette også er tilfældet, når eneleverandørsituationen påberåbes, eller om der her kan kræves, at ordregiver tager alternativer eller erstatninger i betragtning på trods af at disse ikke opfylder den ellers saglige kravspecifikation.

Ordregivers skøn i forbindelse med kravfastsættelsen udøves under hensyntagen til udbudsreglernes overordnede mål om effektiv konkurrenceudsættelse og de grundlæggende principper.¹⁷⁷ Der må derfor ske en afvejning mellem, på den ene side ordregivers ret til at foretage kravfastsættelsen ud fra sine egne behov, og på den anden side udbudsreglernes formål om effektiv konkurrence.¹⁷⁸

Ved anvendelse af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i eneleverandørsituationen finder der slet ikke nogen form for konkurrenceudsættelse sted. Når konsekvensen af ordregivers krav er en sådan total udelukkelse af al konkurrence, kan der argumenteres for, at hensynet til en effektiv konkurrenceudsættelse vejer tungest. Er dette tilfældet må det antages at være berettiget at kræve, at ordregiver skal tage andre alternativer eller erstatning i betragtning, selvom disse ikke opfylder krav, der ellers, under andre omstændighederne, måtte anses for saglige og proportionelle.¹⁷⁹

Ofte, og særligt ved påberåbelse af tekniske årsager, vil ordregivers beskrivelse af den ønskede anskaffelse være præget af faglige termer. I sådanne tilfælde vil det eventuelt fordre kendskab til det pågældende fagområde, for med sikkerhed at kunne fastslå, hvorvidt der findes rimelige alternativer eller erstatninger. Situationen kan f.eks. opstå, hvis en universitetsansat forsker har behov for et særligt teknisk instrument, som kun én økonomisk aktør kan levere. I en sådan situation må universitetets udbudsansvarlige udfordre, hvorvidt valget heraf alene er baseret på forskerens egne præferencer, eller om der reelt ikke er andre, der kan levere et instrument, som kan opfylde forskerens behov.

Hvis ordregivers krav eksempelvis går ud på, at et apparat skal kunne foretage målinger med en vis grad af præcision, er spørgsmålet om ordregiver skal acceptere et apparat med ringere præcisionsevne. Her må det antageligt skulle ses på, hvilke konkrete tekniske udfordringer, der ville være forbundet med anvendelse af andre apparater. Det kan i denne sammenhæng ikke afvises, at klagenævnet for Udbud eventuelt vil være mere lydhør for ordregivers argumenter om, at der ikke

¹⁷⁷ Klagenævnets kendelse af 14. marts 2011, *Virklund Sport A/S mod Vejle Kommune*.

¹⁷⁸ Steinicke & Groesmeyer, *EU's udbudsdirektiver med kommentarer* (2008), s. 852.

¹⁷⁹ Arrowsmith (2014), s. 1069.

er tale om et rimeligt alternativ i tilfælde, hvor kontrakten angår en anskaffelse af væsentlig samfundsinteresse. Dette kunne eksempelvis være i forbindelse med anskaffelse af hospitalsudstyr til brug for præcis diagnosticering af sygdomme. Der ses imidlertid ikke at være nogen praksis herom i forbindelse med eneleverandørsituation, hvorfor det ikke kan siges med sikkerhed.

6.1.2. Begrebet "rimeligt"

Da der hverken i udbudsreglerne, deres forarbejder eller i retspraksis er fortolkningsbidrag til hvordan begrebet "rimeligt" skal defineres, er det i praksis svært præcist at fastslå, hvornår noget er tilstrækkeligt tæt på den ønskede anskaffelse til at udgøre et rimeligt alternativ eller erstatning. Det forekommer således ikke klart, hvor store ulemper, der skal være ved de mulige alternativer eller erstatninger før end disse ikke længere er "rimelige".

Eneleverandørsituationen udgør en undtagelse til den almindelige udbudspligt, hvorfor bestemmelsen skal fortolkes snævert. Omvendt skal fortolkningen af bestemmelsen dog være forenelig med de mål, der forfølges hermed. Fortolkning bør derfor ikke være så snæver, at bestemmelsen helt fratages sin virkning.

I et tilfælde, hvor det er åbenlyst, at ingen alternativer eller erstatninger, hverken aktuelt eller potentielt, kan komme tæt på at leve op til ordregivers saglige krav, forekommer det uproportionelt at kræve gennemførelsen en almindelige udbudsprocedure med offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.¹⁸⁰ Omvendt må det være klart, at hvis der findes andre leverandører, der kan levere et funktionelt sammenligneligt produkt, som lever op til ordregivers krav, så vil ordregiver ikke kunne anvende § 80, stk. 3 alene fordi denne foretrækker et bestemt produkt. Hvor grænsen går mellem disse to yderpunkter er dog uafklaret, og vil således afhænge af en konkret vurdering i hver enkelt situation.

I sag 199/85, *Kommissionen mod Italien*, vedr. opførelsen af et genindvindingsanlæg, fandt Domstolen, at det ikke var godtgjort, at betingelserne for at anvende direkte tildeling var opfyldt. Det fremgår af Generaladvokat Carl Otto Lenz' forslag til afgørelsen, at ordregiver ikke havde bestridt, at der - ud over det konsortium, som fik kontrakten - var andre europæiske virksomheder, der ville kunne udføre det omhandlede arbejde. Ordregivers argument var i stedet, at det anlæg, som det valgte konsortium havde projekteret, bød på den største driftssikkerhed. Lenz påpegede, at dette

¹⁸⁰ Arrowsmith (2014), s. 1069.

ikke er nok til at godtgøre, at undtagelsesbestemmelsen finder anvendelse og henviste til, at der hverken var redegjort eller først bevis for projektets detaljer.¹⁸¹ Ordregiver kan således ikke blot henvise til, at den valgte leverandør kan levere den mest effektive løsning. I hvert fald ikke uden at føre konkrete beviser for, hvorfor kun netop denne leverandør, og ikke de øvrige leverandører på markedet, kan opfylde ordregivers specifikke behov.

Afgørelsen er fra inden tilføjjelsen af § 80, stk. 4, men er dog alligevel illustrativ for ordregivers bevisbyrde. Det må følge af afgørelsen, at når der findes flere potentielle leverandører, der kan levere sammenlignelige produkter, skal ordregiver således angive, hvilke konkrete grunde der gør, at de øvrige leverandørers produkter ikke udgør et rimeligt alternativ eller erstatning. Der kan ikke blot henvises til, at en leverandørs produkt anses for at være bedst, uden at føre nogen form for beviser for, hvorfor andre ikke ville kunne opfylde ordregivers underliggende behov.

6.2. Kunstig indskrænkning af udbudsvilkårene

Efter andet led af § 80, stk. 4, må den manglende konkurrence - dvs. det forhold, at der kun er én leverandør, der kan levere den ønskede anskaffelse - ikke være resultatet af *"en kunstig indskrænkning af udbudsvilkårene"*. Denne del af bestemmelsen må kunne opfattes som en henvisning til § 2, stk. 2, hvorefter et udbud ikke må *"udformes med det formål at udelukke det fra denne lovs anvendelsesområde eller kunstigt begrænse konkurrencen"*.

§ 80, stk. 3, nr. 2 og 3 kan med andre ord ikke finde anvendelse, hvis grunden til, at der kun er én mulig leverandør skyldes, at ordregiver har tilrettelagt sine krav til anskaffelsen og leverandøren på en måde, hvorefter der kun er én bestemt leverandør, som har mulighed for at opfylde dem.¹⁸²

Ved en direkte tildeling som følge af eneleverandørsituationen, vil der ikke på samme måde som ved en almindelige udbudsprocedure blive udarbejdet et udbudsmateriale, hvori der bl.a. anføres de tekniske specifikationer.¹⁸³ I praksis må ordregiver dog alligevel foretage en vis beskrivelse af den ønskede anskaffelse og de egenskaber der kræves heraf, bl.a. med henblik på at kunne bevise, at kun én bestemt leverandør kan opfylde disse behov.

I kraft af, at der ikke i eneleverandørsituationen udarbejdes og offentliggøres et udbudsmateriale indeholdende en kravspecifikation, så finder lovens regler for bl.a. de tekniske specifikationer ikke

¹⁸¹ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Carl Otto Lenz, pkt. 5 og 33.

¹⁸² L 19, s. 117.

¹⁸³ Jf. § 40, stk. 1 og 2.

direkte anvendelse. Der må dog til en vis grad kunne skeles til principperne og hensynene bag disse bestemmelser vedr. ordregivers kravspecifikation. Særligt reglen om varemærker i § 42 er interessant.

Efter § 42 må en ordregiver som hovedregel ikke i de tekniske specifikationer angive eller henvise til en række nærmere forhold, herunder bl.a. et bestemt fabrikat eller varemærke. En sådan henvisning vil kun undtagelsesvist kunne anvendes, hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktgenstanden ellers ikke er mulig, og kun såfremt henvisningen efterfølges af formuleringen ”eller tilsvarende”.¹⁸⁴

I tilfælde, hvor ordregiver f.eks. henviser til et bestemt patent, kan dette potentielt resultere i, at kun én økonomisk aktør kan levere af hensyn til beskyttelsen af denne eksklusive rettighed. Efter reglen i § 42 skal ordregiver acceptere kontraktgenstande, der kan defineres som ”tilsvarende”. Det samme må gælde i forbindelse med eneleverandørsituationen. Har ordregiver således lagt sig fast på ét bestemt patent, vil det udgøre en kunstig indskrænkning af udbudsvilkårene ikke at acceptere tilsvarende produkter.

Samme resultat ville imidlertid også følge af betingelsen om, at der ikke må findes et rimeligt alternativ eller erstatning. Dette eftersom en ”tilsvarende” kontraktgenstand sandsynligvis også må anses for at udgøre et rimeligt alternativ eller erstatning. Med henvisning hertil ville anvendelsen af direkte tildeling derfor allerede i medfør af denne del af bestemmelsen ikke være berettiget.

6.2.1. Tilfælde, hvor ordregiver selv har skabt situationen med eksklusivitet

I præambelbetragtning nr. 50 til udbudsdirektivet, som er gengivet i lovbemærkningerne til § 80, fremhæves det, at der skal være tale om en situation med ”objektiv eksklusivitet”, og at denne ikke må være skabt af ordregiver selv med henblik på den fremtidige udbudsprocedure.¹⁸⁵

Såfremt ordregiver har en eksisterende installation, hvortil der skal indkøbes nye dele, så kan ordregiver godt kræve, at den nye anskaffelse skal kunne arbejde sammen hermed. Ordregiver er med andre ord ikke forpligtet til at konkurrenceudsætte hele installationen, men kan i stedet stille krav om interoperabilitet. Problemstillingen i denne situation er dog, om ordregiver ved anskaffelsen

¹⁸⁴ jf. § 42, stk. 2.

¹⁸⁵ L 19, s. 116.

af det eksisterende system, kan siges selv at have skabt en situationen med eksklusivitet og dermed foregrebet den fremtidige udbudsprocedure.

Når ordregiver indkøber en bestemt leverandørs løsning foretages i princippet en form for systemvalg. Et sådant valg kan ikke generelt undtage senere indkøb vedr. samme system fra den almindelige udbudspligt.¹⁸⁶ Konkret kan betingelserne i § 80, stk. 3 dog godt være opfyldt, når der f.eks. vil være manglende interoperabilitet ved brug af andre leverandører.

Ofte vil en tidligere medkontrahent kunne have en betydelig konkurrencefordel i forbindelse med gennemførelsen af en almindelig udbudsprocedure. Som følge af lighedsprincippet har ordregiver pligt til at udligne en sådan fortrinsstilling.¹⁸⁷ Dette udgangspunkt er dog modificeret, idet ordregiver ikke i alle tilfælde skal udligne enhver fordel. I Rettens afgørelse i sag T-345/03, også kaldet "CORDIS-dommen", blev det slået fast, at der kun skal foretages en udligning i det omfang, det er teknisk enkelt for ordregiver at foretage udligningen, hvis udligningen er økonomisk rimelig, og hvis udligningen ikke indebærer, at den eksisterende kontrahents rettigheder tilsidesættes.¹⁸⁸

I forbindelse med gen-udbud eller indkøb af f.eks. vedligeholdelse eller support til et eksisterende it-system, kan det tænkes, at andre økonomiske aktører end den oprindelige leverandør alene vil kunne udføre opgaven, hvis der gives adgang til en række oplysninger om it-systemet. Det kunne eksempelvis dreje sig om kildekoden hertil.¹⁸⁹ Som følge af CORDIS-dommen er en ordregiver ikke forpligtet til at foretage en udligning i form af udlevering af disse oplysninger, hvis den hidtidige leverandørs rettigheder herved tilsidesættes. Er eksempelvis den tidligere leverandørs kildekode beskyttet af intellektuelle rettigheder, kan hensynet hertil derfor medføre, at ordregiver ikke er forpligtet til at udlevere disse oplysninger til andre potentielle leverandører.¹⁹⁰ Hvis denne manglende udlevering af tekniske oplysninger medfører, at kun den hidtidige leverandør kan levere den ønskede anskaffelse, så er der reelt herved skabt en eneleverandørsituation.

For at undgå på denne måde at blive låst til den oprindelige leverandør kunne ordregiver, ved den oprindelige kontrakttildelelse, f.eks. have krævet open source.¹⁹¹ Ved ikke på denne måde at have sikret overdragelighed i forbindelse med den oprindelige tildelelse, kan der argumenteres for, at

¹⁸⁶ Se hertil Klagenævnet for Udbuds kendelse af 25. marts 2010, *Visma Services A/S mod Hillerød Kommune*.

¹⁸⁷ L 19, s. 57.

¹⁸⁸ CORDIS-dommen, præmis 76.

¹⁸⁹ Sjøgaard, M. (2011). Gen-udbud af it-systemer. K. Hagel-Sørensen (red.), *Aktuel udbudsret*, s. 171-172.

¹⁹⁰ CORDIS-dommen, præmis 112.

¹⁹¹ Nielsen & Ølykke (2017), s. 252.

ordregiver i princippet har foregrebet den fremtidige udbudsprocedure, og således selv har skabt situationen med eksklusivitet. Det forekommer dog for vidtgående at kategorisere dette som en kunstig indskrænkning i bestemmelsens forstand. På det tidspunkt, hvor den oprindelige anskaffelse blev foretaget, vil det fremtidige udbud sjældent være i ordregivers tanker, hvorfor det formentligt ikke kan anfægtes på hvilke vilkår det eksisterende system blev anskaffet.¹⁹²

Noget helt andet er, at det ofte vil være i ordregivers egen interesse at undgå en sådan fastlåsning til én bestemt leverandør. Når den primære systemanskaffelse foretages kan der således med fordel tages højde for de problemstillinger der kan opstå vedr. manglende interoperabilitet i forbindelse med et senere gen-udbud. Eksempelvis vil det kunne være relevant at indskrive i de kontraktlige forpligtelser, at medkontrahenten i forbindelse med en senere udbudsproces skal stille de nødvendige oplysninger om systemet til rådighed for andre økonomiske aktører.¹⁹³ Et sådant vilkår vil højst sandsynligt betyde, at den oprindelige anskaffelse bliver dyrere, men vil på sigt kunne være fordelagtigt, da der hermed åbnes op for fremtidig konkurrence.¹⁹⁴

6.2.2. Blandede kontrakter

En anden situation, der eventuelt vil kunne anses for en kunstig indskrænkning, er hvor ordregiver samler flere forskellige kontrakter, hvoraf kun nogle er omfattet af eneleverandørsituationen, med det formål at undtage hele kontrakten fra den almindelige udbudspligt i medfør af § 80, stk. 3.

Når en ordregiver samler to eller flere kontrakter i én samlet kontrakt, så reguleres situationen i almindelighed af reglerne om blendede kontrakter i udbudslovens kapitel 4. Hvis der eksempelvis er tale om en blandet kontrakt, der dels indeholder ydelser omfattet af udbudsloven, dels ydelser ikke omfattet, og kan de forskellige dele ikke objektivt adskilles, så er kontraktens hovedformål afgørende for, om kontrakten omfattes af loven eller ej.¹⁹⁵

Det kan som følge af disse regler forekomme, at en ellers udbudspligtig anskaffelse ikke omfattes af udbudsreglerne, fordi denne uløseligt er en del af en kontrakt, der ikke er udbudspligtig. Spørgsmålet er dog, om de samme principper gør sig gældende for så vidt angår en kontrakt, der både indeholder

¹⁹² Søggaard, M. (2011). Gen-udbud af it-systemer. K. Hagel-Sørensen (red.), *Aktuel udbudsret*, s. 163.

¹⁹³ *Ibid.*, s. 183 og Nielsen & Ølykke (2017), s. 252.

¹⁹⁴ Søggaard, M. (2011). Gen-udbud af it-systemer. K. Hagel-Sørensen (red.), *Aktuel udbudsret*, s. 184.

¹⁹⁵ Jf. § 26, stk. 4.

indkøb omfattet af den almindelige udbudspligt og indkøb omfattet af undtagelsesbestemmelsen i § 80, stk. 3.

I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 26. maj 2016, *Boston Scientific Nordic AB mod Region Nordjylland*, anvendte ordregiver udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, da kontrakten af tekniske grunde alene kunne overdrages til en bestemt økonomisk aktør. Udover det udstyr, som kun én leverandør kunne levere, omfattede kontrakten dog også en række forbrugsvarer, som godt kunne leveres af andre økonomiske aktører. Af denne grund fandtes ordregiver at have overtrådt udbudsloven, ved ikke at have foretaget denne del af indkøbet via en almindelig udbudsprocedure.

Ordregiver havde under sagen selv erkendt, at der ikke havde været grundlag for at anvende direkte tildeling for så vidt angik forbrugsvarerne. Klagenævnet forholdte sig derfor ikke til, hvorvidt regler svarende til de ovenstående om blandede kontrakter kunne have fundet anvendelse på situationen. Det kan følgelig ikke ud fra kendelsen udledes, om en samlet tildeling i medfør af § 80, stk. 3 kunne have været berettiget efter samme principper som ellers gælder for blandede kontrakter. Dvs. om kontrakten kunne være tildelt i medfør af § 80, stk. 3, hvis de forskellige dele af kontrakten havde haft en så direkte indbyrdes sammenhæng, at de kunne defineres som objektivt uadskillelige, og de varer der var producentunikke udgjorde kontraktens hovedformål.

Eftersom situationen i flere henseender er sammenlignelig med de blandede kontrakter reguleret i udbudslovens kapitel 4, synes det umiddelbart oplagt at anvende en tilsvarende tilgang i forbindelse hermed.¹⁹⁶ En blandet kontrakt indeholdende både dele omfattet af den almindelige udbudspligt og dele omfattet af undtagelsesbestemmelsen i § 80, stk. 3, må derfor givetvis kunne anskaffes ved brug af direkte tildeling, forudsat, at delene omfattet af eneleverandørsituationen udgør kontraktens hovedformål, og så længe sammenlægningen ikke er sket med henblik på, at kontrakten kunstigt holdes uden for den almindelige udbudspligt.¹⁹⁷

Hvis der til gengæld er tale om dele, som objektivt kan adskilles, må der omvendt være pligt til at foretage en opdeling. Ordregiver må herefter, for de dele, der ikke er omfattede af eneleverandørsituationen, gennemføre en almindelig udbudsprocedure, hvor der gennem offentliggørelsen af en udbudsbekendtgørelse sikres konkurrence om disse dele af anskaffelsen.

¹⁹⁶ Arrowsmith (2014), s. 1063.

¹⁹⁷ Jf. § 80, stk. 4.

7. Samspillet mellem udbudsreglerne og statsstøttere reglerne

Ordregivers handlemåde i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter skal ikke kun overholde udbudsreglerne, men også øvrig relevant regulering, herunder statsstøttere reglerne. Udbudsretten og statsstøtteren reguleres af to forskellige regelsæt, der i princippet fungerer uafhængigt af hinanden. I praksis har reglerne dog visse sammenhænge og overlap.¹⁹⁸

Anvendelsesområdet er bredest for så vidt angår statsstøttere reglerne, da disse regulerer næsten alle økonomiske transaktioner, der foretages af staten. Eksempelvis vil også ting, såsom salg, investeringer, samt fritagelse for at betale skatter og afgifter kunne omfattes af statsstøttere reglerne, så længe en virksomhed herved bliver begunstiget.¹⁹⁹ Til forskel herfra gælder udbudsreglerne ikke for alle former for udbetaling af offentlige midler, men derimod alene de tilfælde, hvor midlerne betales som led i anskaffelsen af bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser via en offentlig kontrakt.²⁰⁰

Da der er tale om to særskilte regelsæt skal ordregiver ved et offentligt indkøb være opmærksom på at begge skal følges, og at overholdelse af det ene, ikke i alle tilfælde nødvendigvis medfører overholdelse af det andet. Selvom der er tale om en eneleverandørsituation, hvor betingelserne for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse er opfyldt, så skal ordregiver derfor tillige sørge for, at indkøbet sker i overensstemmelse med statsstøttere reglerne. Hvis ikke dette sikres, kan ordregiver i yderste konsekvens risikere, at leverandøren skal tilbagebetale den ulovlige statsstøtte med tillæg af renter.²⁰¹ Endvidere kan ordregiver som følge heraf risikere at blive mødt af et erstatningskrav.²⁰²

Reglerne om statsstøtte findes først og fremmest i TEUF artikel 107, stk. 1. Artiklen indeholder en række forskellige betingelser, som alle skal være opfyldt, før end der er tale om statsstøtte. For det første skal modtageren af støtten være en virksomhed, der udøver økonomisk aktivitet. Dernæst skal støtten være ydet ved hjælp af offentlige midler, der skal være tildelt en fordel og ordningen skal

¹⁹⁸ Nielsen & Ølykke (2017), s. 860.

¹⁹⁹ Ibid., s. 872-873.

²⁰⁰ Præambelbetragtning 4 til udbudsdirektivet.

²⁰¹ Arrowsmith (2014), s. 302.

²⁰² Holdgaard, Rass og Jeppesen, Mads Peder Brøchner, "Det er så yndigt at følges ad" - nye tider i forholdet mellem udbuds- og statsstøttere reglerne?, Advokaten, Årg. 95, nr. 7 (2016), s. 32.

være selektiv. Endelig skal støtten fordreje eller true med at fordreje konkurrencen og samhandlen mellem medlemsstaterne skal påvirkes.²⁰³

Hvordan disse betingelserne i artikel 107, stk. 1 skal forstås er nærmere redegjort for i Kommissionens statsstøttemeddelelse af den 19. maj 2016, hvor statsstøttebegrebet præciseres ud fra Kommissionens forståelse og fortolkning heraf.²⁰⁴ Typisk vil de fleste af betingelserne i artikel 107, stk. 1 være opfyldt i forbindelse med offentlige indkøb omfattet af udbudsreglerne. Dette dog med undtagelse af betingelsen om, at der skal være tildelt en fordel. Netop denne betingelse er således af særlig interesse.²⁰⁵

Begrebet fordel defineres af kommissionen som *"en økonomisk fordel, som virksomheden ikke kunne have opnået på normale markedsbetingelser"*.²⁰⁶ Såfremt det kan konstateres, at indkøbet er sket på normale markedsvilkår, vil betingelsen derfor ikke være opfyldt, og det vil være udelukket at ordregivers indkøb udgør statsstøtte.

Kommissionen slår i statsstøttemeddelelsen fast, at der er en formodning for, at et indkøb er sket på markedsvilkår, hvis det er gennemført efter en konkurrencepræget, gennemsigtig, ikkediskriminerende og ubetinget udbudsprocedure.²⁰⁷ De almindelige udbudsprocedurer vil sædvanligvis kunne anses for at overholde ovenstående krav. Netop udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse nævnes dog af Kommissionen som et eksempel på en procedure, som ikke i sig selv er tilstrækkelig til at sikre, at der er blevet fastsat en normal markedspris.²⁰⁸ Dette må især gøre sig gældende for eneleverandørsituationen, hvor der slet ikke finder nogen form for konkurrenceudsættelse sted, og dermed ingen formodning er for, at kontrakten er indgået på samme vilkår som en privat økonomisk aktør ville havde indgået kontrakten på under normale markedsvilkår.

Der er imidlertid ikke tale om, at indkøb i eneleverandørsituationen pr. automatik er sket på andet end markedsvilkår.²⁰⁹ Der er her derimod blot ikke tale om, at ordregiver ikke kan støtte sig på den formodningsregel som gælder, hvis der er gennemført en af de almindelige udbudsprocedurer.

²⁰³ Vonger, Britt, Kommunerne og statsstøttere reglerne – en praktisk guide (2017), s. 56.

²⁰⁴ Statsstøttemeddelelsen pkt. 1 og 3.

²⁰⁵ Graells, Albert Sánchez (2016). EU Competition Law and State Aid Issues in Public Procurement. C.R. Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, s. 116-117.

²⁰⁶ Statsstøttemeddelelsen, pkt. 66.

²⁰⁷ Ibid. pkt. 84 og 89.

²⁰⁸ Ibid. pkt. 93.

²⁰⁹ Arrowsmith (2014), s. 311.

Ordregiver må i denne situation i stedet ved hjælp af andre alternative metoder bevise, at der i det konkrete tilfælde ikke er tildelt en fordel. Kommissionen nævner i statsstøttemeddelelsen to forskellige fremgangsmåder: benchmarking eller andre vurderingsmetoder.²¹⁰ Ved benchmarking forstås en vurdering af indkøbet på grundlag af sammenlignelige indkøb, som er foretaget af private aktører i sammenlignelige situationer.²¹¹ Kan ordregiver ikke fastsætte et passende benchmark, f.eks. fordi der ikke er fundet sammenlignelige transaktioner sted, så kan der ifølge Kommissionen bruges en række andre vurderingsmetoder. Dette kan særligt være relevant i tilfælde, hvor den pågældende kontrakt angår varer, som normalt ikke købes af private aktører, eksempelvis forsvarsmateriel eller lignende.²¹²

Præcis hvilke metoder der kan anvendes, er ikke udtømmende oplyst i statsstøttemeddelelsen, men det anføres bl.a., at der skal være tale om en almindelig accepteret standardvurderingsmetode baseret på *"tilgængelige, objektive, verificerbare og pålidelige oplysninger"*.²¹³ Hvad der konkret udgør en passende metode vil bl.a. afhænge af markedssammensætningen og hvilke oplysninger der er tilgængelige.²¹⁴ En anvendelig metode kan f.eks. være, at ordregiver, inden kontraktindgåelsen, får udarbejdet en uafhængig værdiansættelse af hvilken pris, en privat aktør antages at ville betale for den pågældende anskaffelse.²¹⁵ Selve vurderingen af om der er tildelt en fordel behøver dog ikke kun at relatere sig til prisen. Der må således ses på alle betingelser og vilkår, herunder f.eks. fordelingen af risici, optioner mv.²¹⁶

Som tidligere nævnt gælder desuden også kravet om forsvarlig økonomisk forvaltning, i det omfang der er tale om en ordregiver omfattet af de almindelige forvaltningsretlige regler. Kravet indebærer bl.a., at den offentlige myndighed skal anvende sine økonomiske ressourcer bedst muligt, hvilket bl.a. vil sige, at eventuelle indkøb skal ske på markedsmæssige vilkår.²¹⁷ Det følger således allerede heraf, at offentlige myndigheder ikke må betale en for høj pris i forbindelse med deres indkøb.

²¹⁰ Statsstøttemeddelelsen, pkt. 97.

²¹¹ Ibid. pkt. 99.

²¹² Arrowsmith (2014), s. 312.

²¹³ Statsstøttemeddelelsen, pkt. 101.

²¹⁴ Ibid. pkt. 103.

²¹⁵ Holdgaard & Jeppesen, *"Det er så yndigt at følges ad" - nye tider i forholdet mellem udbuds- og statsstøttereglerne?*, Advokaten, Årg. 95, nr. 7 (2016), s. 34.

²¹⁶ Arrowsmith (2014), s. 312.

²¹⁷ Moderniseringsstyrelsen, *God adfærd i det offentlige*, december 2017, s. 43-44.

Slutteligt skal det kort bemærkes, at der i eneleverandørsituationen i princippet vil kunne forekomme tilfælde, hvor den ene mulige leverandør udnytter sin særlige position til at kræve en urimelig høj pris. Denne situation vil dog primært skulle reguleres gennem konkurrencereglerne, da disse groft sagt regulerer tilbudsgivernes adfærd, modsat udbuds- og statsstøtteregele, der i højere grad er rettet mod den offentlige myndigheds adfærd.²¹⁸

²¹⁸ Nielsen & Ølykke (2017), s. 903.

8. Konklusion

Hensigten med dette speciale har været at foretage en tilbundsående analyse af eneleverandørsituationen gennem en undersøgelse af, hvornår betingelserne for at anvende proceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse er opfyldt som følge af, at kun en bestemt leverandør kan levere.

Muligheden for at fravige den almindelige udbudspligt i eneleverandørsituationen skal fortolkes strengt, da direkte tildeling i princippet umuliggør udbudsreglernes overordnede formål om konkurrenceudsættelse. Der hersker ingen tvivl om, at dette altid har været tilfældet, men med 2014-direktivet og udbudsloven er bestemmelsens undtagelsesmæssige karakter blevet yderligere understreget.

Gennem praksis fra både EU-Domstolen og Klagenævnet for Udbud er det kontinuerligt blevet bekræftet, at der foretages en meget indskrænkende fortolkning. Af de behandlede afgørelser er der således kun to, hvori det lykkes ordregiver at godtgøre, at der reelt var tale om en eneleverandørsituation, og at en fravigelse af den almindelige udbudspligt dermed havde været berettiget. Begge er kendelser fra Klagenævnet for Udbud, hvorfor det kunne være fristende at udlede heraf, at klagenævnet har en mere lempelig tilgang end EU-Domstolen. Der er dog tale om to konkrete afgørelser, afsagt på baggrund af parternes påstande og de specifikke omstændigheder i hver af sagerne. Der er ikke noget vedr. kendelserne, der tyder på at klagenævnet generelt skulle anlægge en mindre indskrænkende fortolkning end Domstolen. De to kendelser er dog illustrative for, at bestemmelsen trods alt i praksis har et vist anvendelsesområde i de situationer, hvor der beviseligt, objektivt set kun er én økonomisk aktør, der kan levere.

Gennemgangen af praksis fra EU-domstolen har vist, at ordregiver ofte godt kan bevise, at der er en teknisk årsag i bestemmelsens forstand, men at det derimod ikke kan bevises, at denne tekniske årsag gør det nødvendigt, at tildele kontrakten til én bestemt leverandør. Blandt de ting, der ifølge udbudsreglernes forarbejder og EU-Domstolens praksis kan udgøre tekniske grunde er f.eks. miljøbeskyttelse, behovet for kontinuitet og særligt knowhow samt krav om specifik interoperabilitet. Det vil dog altid bero på en konkret vurdering, om de påberåbte forhold kan begrunde anvendelse af bestemmelsen. Af særlig betydning er det, om ordregiver på en overbevisende måde har godtgjort, hvorfor kontraktens særlige tekniske karakter gør det teknisk umuligt for andre at levere.

Samme tunge bevisbyrde påhviler ordregiver, når beskyttelse af eksklusive rettigheder påberåbes. Selvom det her ofte er lettere at konstatere, at der er en eneret tilstede, skal det fortsat bevises, at der eksempelvis ikke findes andre forsyningskilder, og at andre leverandører ikke er i stand til at opfylde ordregivers underliggende behov.

Hvis der skal kunne føres tilstrækkeligt bevis for, at det er objektivt udelukket, at andre kan levere, skal ordregiver undersøge hele det europæiske marked. Hvor omfangsrige undersøgelserne skal være vil afhænge af, hvad der forekommer rimeligt og naturligt ud fra den specifikke anskaffelse og markedet herfor. Et særligt problem kan opstå, når markedet er geografisk opdelt. I denne situation kan ordregiver formentlig ikke påberåbe det forhold, at der kun er en forhandler på det danske marked, hvis ordregiver i princippet også har mulighed for at foretage indkøbet fra andre europæiske forhandlere.

Med udbudsdirektivet af 2014 har bestemmelsen vedr. eneleverandørsituation fået en ændret struktur, og bl.a. er betingelsen om, at der ikke må findes et rimeligt alternativ eller erstatning er blevet tilføjet. Det er uklart i hvilken grad der alene er tale om en videreførelse af gældende ret. I lyset heraf er det også usikkert, om bestemmelsen indsnævrer § 80, stk. 3, nr. 2 og 3's anvendelsesområde og i givet fald hvor meget.

Særligt begrebet "rimeligt" volder problemer, da der stort set ingen bidrag er til forståelsen heraf. Udfordringen for ordregiver er, at betingelsen synes at forstærke kravene til ordregivers undersøgelse af hvilke potentielle muligheder, der er på markedet. Det vil således formentlig ikke være et tilstrækkeligt bevis, at eventuelle alternativer eller erstatninger ikke opfylder ordregivers ellers saglige krav til kontraktgenstanden. Under hensyntagen hertil må ordregiver i praksis, på et dokumenteret grundlag kunne godtgøre, hvorfor eventuelle alternativer eller erstatninger ikke, hverken aktuelt eller potentielt, kan opfylde ordregivers behov.

Når ordregiver har indgået en kontrakt efter gennemførelsen af en udbudsprocedure, vil der normalt være en formodning om, at der ikke er ydet statsstøtte. I eneleverandørsituationen skal ordregiver imidlertid være opmærksom på, at en sådan formodning ikke gælder. Udover at forholde sig til om kontrakttildelingen er sket i overensstemmelse med udbudsreglerne skal ordregiver således også sikre, at reglerne om statsstøtte er overholdt. Særligt skal ordregiver kunne bevise, at indkøbet er sket på markedsvilkår.

Sammenfattende kan det konstateres, at en ordregiver må være meget varsom med at påberåbe eneleverandørsituationen. Muligheden for at fravige den almindelige udbudspligt udgør i praksis et nyttigt værktøj for ordregiver, når det står klart, at der kun er én mulig leverandør. Ved tvivl skal ordregiver dog gennemføre så omfattende undersøgelser, at ordregiver måske reelt slet ingenting vinder herved, i forhold til at gennemføre en almindelig udbudsprocedure, hvorigennem markedet undersøges ved hjælp af offentliggørelsen af en udbudsbekendtgørelse.

På trods af at undtagelsesbestemmelsen - eller i hvert fald en version heraf - har eksisteret i flere årtier, så er der fortsat en del ubesvarede spørgsmål i forhold til præcis, hvad der efter bestemmelsen kræves for, at anvendelsen heraf er berettiget. Denne retlige tvivl medfører, at der for en ordregiver ofte vil være en del juridisk usikkerhed forbundet med påberåbelsen af § 80, stk. 3. Den ordregiver, der påtænker at påberåbe bestemmelsen som følge af en eneleverandørsituation, må derfor grundigt overveje om fordelene ved at kunne foretage direkte tildeling opvejer disse potentielle ulemper.

9. Kildefortegnelse

Lovgivning

Dansk lovgivning:

- Lov nr. 1564 af 15. december 2015. (»**Udbudsloven**«)
- Bekendtgørelse af lov om Klagenævnet for Udbud LBK nr. 593 af 02/06/2016. (»**Klagenævnsloven**«)

EU-lovgivning:

- Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (»**TEUF**«)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter.
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF. (»**Forsvars- og sikkerhedsdirektivet**«)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF. (»**Udbudsdirektivet**«)
- Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF. (»**Forsyningsvirksomhedsdirektivet**«)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter. (»**Koncessionsdirektivet**«)

Forarbejder

- Kommissionens Grønbog, *Offentlige indkøb i EU - overvejelser for fremtiden*, KOM (1996) 583.
- Europa-Parlamentets betænkning af 11. januar 2013 om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, (COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)).
- Udbudslovsudvalget: Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning – December 2014.
- Lovforslag nr. L 19, Folketinget 2015-16.

Vejledninger, rapporter og meddelelser

- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne* – 2016.
- Kommissionens meddelelse om begrebet statsstøtte i artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde. C/2016/2946. («**Statsstøttemeddelelsen**«)
- Konkurrence- og forbrugerstyrelsen: *Status for offentlig konkurrence 2017*, december 2017.
- Moderniseringsstyrelsen, KL og Danske Regioner: *God adfærd i det offentlige*, december 2017.

Bøger

- Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, 3rd edition, 2014, Sweet & Maxwell.
- Fabricius, Jesper, *Offentlige indkøb i praksis*, 4. udgave, 2017, Karnov Group Denmark.
- Hagel-Sørensen, Karsten (red.), *Aktuel udbudsret I*, 1. udgave, 2011, Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Hagel-Sørensen, Karsten (red.), *Aktuel udbudsret II*, 1. udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Hamer, Carina Risvig, *Grundlæggende udbudsret*, 1. udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Iversen, Bent, *Handelsagenten og eneforhandleren*, 5. udgave, 2013, Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Karsten Engsig Sørensen, Poul Runge Nielsen & Jens Hartig Danielsen, *EU-Retten*, 6. udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

- Munk-Hansen, Carsten, *Retsvidenskabsteori*, 1. udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Nielsen, Ruth og Ølykke, Grith Skovgaard, *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, 2. udgave, 2017, Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Poulsen, Sune Troels; Jakobsen, Peter Stig; Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers, *EU Udbudsretten*, 3. udgave, 2016, Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Steinicke, Michael og Groesmeyer, Lise, *EU's udbudsdirektiver med kommentarer*, 2. udgave, 2008, Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Steinicke, Michael og Mortensen, Bent Ole Gram, *Dansk markedsret*, 4. udgave, 2015, Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Treumer, Steen (red.), *Udbudsloven*, 1. udgave, 2016, Ex Tuto Publishing.
- Vonger, Britt, *Kommunerne og statsstøttere reglerne – en praktisk guide*, 1. udgave, 2017, Karnov Group Denmark.

Juridiske artikler

- Holdgaard, Rass og Jeppesen, Mads Peder Brøchner, "*Det er så yndigt at følges ad*" - nye tider i forholdet mellem udbuds- og statsstøttere reglerne? I: *Advokaten*, Årgang. 95, nr. 7 (2016).

Afgørelsesregister

EU-domstolen:

- 199/85, *Kommissionen mod Italien*, 10. marts 1987.
+ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Carl Otto Lenz, fremsat den 13. januar 1987.
- C-328/92, *Kommissionen mod Spanien*, 3. maj 1994.
+ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Carl Otto Lenz, fremsat den 8. marts 1994.
- C-79/94, *Kommissionen mod Grækenland*, 4. maj 1995.
- C-57/94, *Kommissionen mod Italien*, 18. maj 1995.
- C-20/01 og C-28/01, *Kommissionen mod Tyskland*, 10. april 2003.
- C-385/02, *Kommissionen mod Italien*, 14. september 2004.
+ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Juliane Kokott, fremsat den 29. april 2004.

- C-394/02, *Kommissionen mod Grækenland*, 2. juni 2005.
+ Forslag til afgørelse fra generaladvokat F.G. Jacobs fremsat den 24. februar 2005.
- T-345/03, *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*, 12. marts 2008. (»CORDIS-dommen«)
- C-337/05, *Kommissionen mod Italien*, 8. april 2008.
- C-275/08, *Kommissionen mod Tyskland*, 15. oktober 2009.
- C-19/13, *Ministero dell'Interno mod Fastweb SpA*, 11. september 2014.
- C-212/16, Anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Vergabekammer Südbayern (Tyskland) den 15. april 2016 – *DUK Versorgungswerk eV og Gothaer Pensionskasse AG mod BG Klinik für Berufskrankheiten Bad Reichenhall gGmbH*.

Klagenævnet for Udbud:

- Kendelse af 25. marts 2010, *Visma services Odense A/S mod Hillerød Kommune*.
- Kendelse af 14. marts 2011, *Virklund Sport A/S mod Vejle Kommune*.
- Kendelse af 3. januar 2012, *Danske Arkitektvirksomheder mod Thisted Gymnasium og HF-Kurser*.
- Kendelse af 13. januar 2012, *Danske Arkitektvirksomheder mod Skanderborg Gymnasium*.
- Kendelse af 16. marts 2015, *Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet*.
- Kendelse af 19. maj 2015, *Thermo Electron A/S mod Københavns Universitet*.
- Kendelse af 26. maj 2016, *Boston Scientific Nordic AB mod Region Nordjylland*.
- Kendelse af 8. august 2017, *Thermo Electron A/S mod Fødevarestyrelsen*.