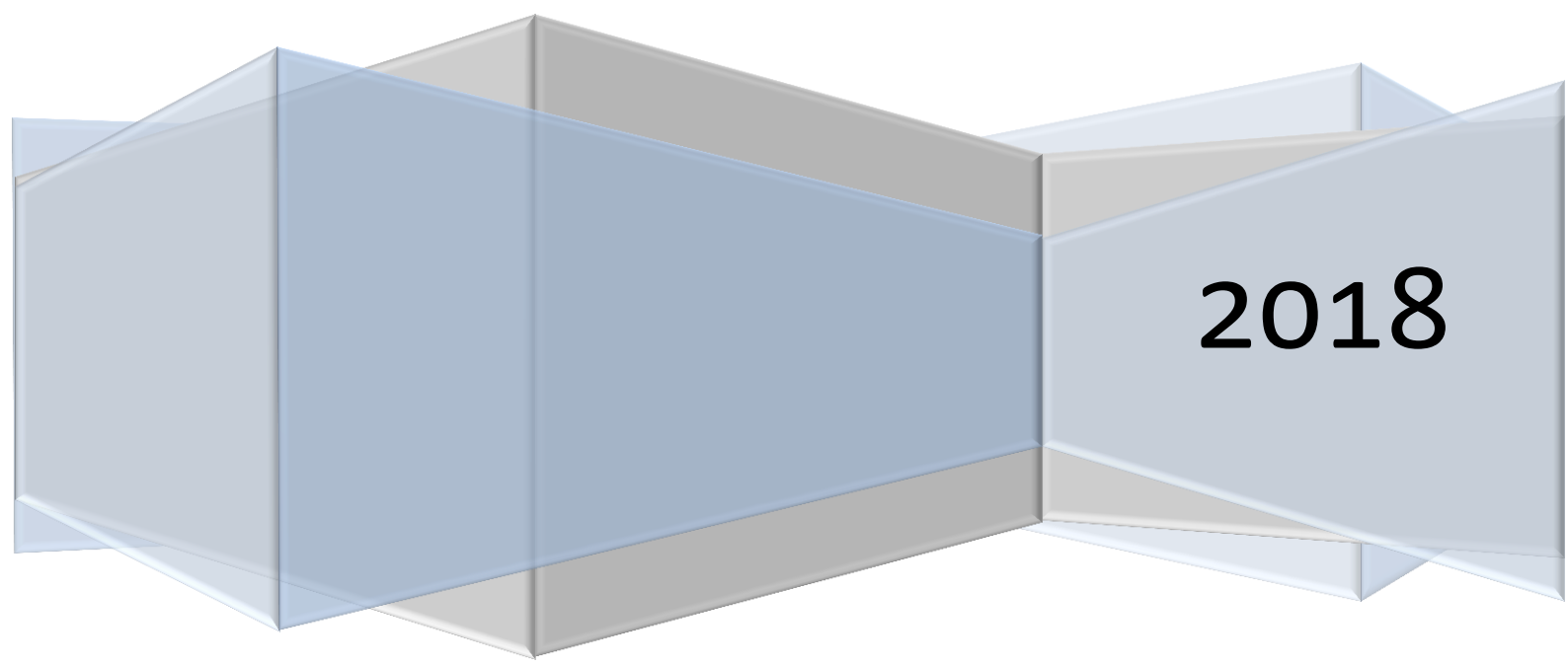


**Kandidatspeciale, Jura**

**Forsyningsvirksomhedsdirektivets  
ordregiverbegreb og krav til tilbudsgiver  
i Danmark**

**Stine Petersen og Katrine Nielsen**



**2018**

## Indhold

Abstract .....	2
1. Indledning .....	2
1.1 Problemformulering .....	4
1.2 Afgrænsning.....	4
1.3 Metode .....	5
1.4 Retskilder .....	6
2. Redegørelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet .....	9
3. Redegørelse af udbudsdirektivet .....	10
4. Den historiske udvikling.....	10
4.1 Udbudsdirektivet .....	11
4.2 Forsyningsvirksomhedsdirektivet.....	12
5. Implementeringen .....	13
5.2 Implementeringsbekendtgørelsens § 1.....	14
5.3 Cafax Gruppen A/S mod DONG Energy Oil og Gas A/S .....	18
5.4 Implementeringsbekendtgørelsens § 2.....	23
5.5 Implementeringsbekendtgørelsens § 3.....	25
5.6 Implementeringsbekendtgørelsens §§ 5 og 6.....	27
5.7 Implementeringsbekendtgørelsens § 7.....	30
5.8 Implementeringsbekendtgørelsens § 8.....	37
5.9 Implementeringsbekendtgørelsens § 9.....	41
5.10 Implementeringsbekendtgørelsens § 10.....	43
5.11 Implementeringsbekendtgørelsens § 11.....	45
5.12 Implementeringsbekendtgørelsens § 15.....	48
5.13 Implementeringsbekendtgørelsens § 16.....	49
6. Konklusion .....	50
Litteraturliste .....	54
Bøger .....	54
Internet.....	54
Dansk lovgivning.....	55
EU-regulering.....	55
FN-Konvention.....	56
Afgørelser .....	56

## Abstract

The main focus of this master thesis will be on public procurement law and when directive 2014/25/EU shall apply and in particular who is obligated to consider whether or not it is mandatory to make a public procurement to award a contract to a tenderer and whether or not a tenderer or candidate can participate in the public procurement.

In 2014 the current directives were passed and the former directives from 2004 were absolved. This act transformed especially directive 2014/24/EU into a more flexible directive which resulted in a more flexible use of public procurement with negotiation. The main purpose of the current directives is to prevent any distortion of competition when the contracts are being awarded. The current and more flexible directive 2014/24/EU gives an easier access to negotiation with the tenderer. This can be considered an advantage because tenderers usually can be considered experts in their respective fields of work and therefore they can have a wider understanding and knowledge and can make the description of the end product more precise than the contracting authorities themselves in procurement documents. This can for instance be an advantages when the contracting authorities buy complicated IT solutions.

The former directive 2004/18/EC was disadvantageous due to a lack of flexibility which at times resulted in a less favorable price compared to quality received by the contracting authorities.

Another issue considered in this master thesis is the Danish implementation of the directives and especially directive 2014/25/EU. The implementation of the current directives is particularly interesting because directive 2014/24/EU is implemented by law and the directive 2014/25/EU through an executive order. Especially the implementation of directive 2014/25/EU through an executive order can cause doubt due to the lack of details and due to that sometimes you have to look multiple places to find the regulation regarding public procurement regulated through directive 2014/25/EU.

## 1. Indledning

Udbudsretten er reguleret af en række EU direktiver, herunder Europa-Parlamentets og rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (herefter kaldet udbudsdirektivet); og Europa-Parlamentet 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 (herefter kaldet forsyningsvirksomhedsdirektivet) og dansk regulering i form af lov nr. 1564 af 15. december 2015 (herefter kaldet udbudsloven) og

bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (herefter kaldet implementeringsbekendtgørelsen).

Bestemmelserne i både udbudsdirektivet, forsyningsvirksomhedsdirektivet, udbudsloven og implementeringsbekendtgørelsen er præget af hensynet til konkurrencen, hvor reguleringen skal forhindre konkurrenceforvridning ved udbud og tildeling af offentlige kontrakter. Derudover præges reguleringen af et ønsket om den bedst mulige anvendelse af offentlige midler, hvilket opnås ved den størst mulig effektive konkurrence. Den udbudsretlige regulering skal forhindre konkurrenceforvridning, hvilket blandt andet sker gennem overholdelsen af de udbudsretlige grundsætninger om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. De konkrete bestemmelser i udbudsreguleringen er ligeledes med til at sikre en øget konkurrence og en overholdelse af de udbudsretlige grundsætninger. Den øgede konkurrence sikres ved at give alle tilbudsgivere en lige mulighed for at deltage i udbudsprocedurerne og på sigt få tildelt den offentlige kontrakt ved at forpligte ordregiver til at sikre, at udbudsmaterialet er offentligt tilgængeligt. Derudover har den udbudsretlige regulering til hensigt at sikre, at ordregiver får det ønskede produkt til den billigst mulige pris. Det skal opnås ved, at alle tilbud skal evalueres med en på forhånd fastsat evalueringsmodel, som kan læses af udbudsmaterialet. Derudover sikres kvaliteten gennem muligheden for i visse konkrete tilfælde at kunne få input fra aktuelle aktører på markedet gennem eksempelvis konkurrencepræget dialog eller udbud med forhandling.

Den danske retstilstand reguleres blandt andet gennem udbudsloven, som implementerer udbudsdirektivet og implementeringsbekendtgørelsen, som implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Specialet vil tage udgangspunkt i, hvilken betydning den danske implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet har haft på den danske retsstilling med særligt fokus på, hvem der er forpligtet til at foretage udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, og hvem der kan deltage i udbudsprocedurer omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

I 2014 blev det tidligere udbudsdirektiv og det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv ophævet, og det nye udbudsdirektiv og det nye forsyningsvirksomhedsdirektiv trådte i kraft. De nye direktiver inden for udbudsretten udvidede blandt andet muligheden for at anvende udbud med forhandling. Udvidelsen kan skyldes den uhensigtsmæssige begrænsning, som de tidligere direktiver havde på retstilstanden, hvilket betød, at ordregiver ikke nødvendigvis fik det bedste produkt til den billigst mulige pris. Ordregiveres begrænsede mulighed for at anvende udbud med forhandling i udbudsdirektivet betød blandt andet, at ordregiver ikke kunne få input fra tilbudsgiverne, som eventuelt kunne forbedre det ønskede produkt eller øge anvendelsesmulighederne ved det ønskede produkt. Denne mindskede fleksibilitet medførte blandt andet, at ordregiver ikke nødvendigvis fik det bedste produkt til den billigst mulige pris, ligesom det gjorde

udbuddet af f.eks. IT-løsninger vanskelige, da disse kan være præget af et behov for en stor teknisk viden, som leverandøren i højere grad har.

Retstilstanden i dag forhindrer stadigvæk ændringer af grundlæggende elementer, hvilket skyldes hensynet til konkurrencen og princippet om gennemsigtighed. Der er i dag en bredere mulighed for at anvende udbud med forhandling efter udbudsdirektivet, hvori der kan foretages mindre ændringer i udbudsmaterialet senere hen i proceduren. Denne konkrete ændring bevirker, at forskellene mellem udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet i nogen grad bliver udlignet, og at den øgede fleksibilitet ved valg af udbudsprocedurer som forsyningsvirksomhedsdirektivet tidligere gav, dermed er mindsket.

Den danske implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet giver anledning til uklarheder om, hvad der kan anses som gældende ret i Danmark. Et af problemerne med den danske implementering af udbudsreguleringen er, at udbudsdirektivet er implementeret gennem en detaljeret og gennearbejdet lov; mens forsyningsvirksomhedsdirektivet er implementeret gennem en mere overordnet bekendtgørelse, samt dele af reguleringen i udbudsloven, hvilket kan skabe en række udfordringer og uhensigtsmæssigheder ved anvendelsen.

## 1.1 Problemformulering

Vi vil undersøge, hvem der er omfattet af udbudspligten, og hvem der kan deltage i udbudsproceduren omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Vi vil have særligt fokus på den danske implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet, og hvilken betydning implementeringen har haft for, hvem der er omfattet af udbudspligten, og hvem der kan deltage i udbudsprocedurer i Danmark.

## 1.2 Afgrænsning

Specialet vil overordnet undersøge, hvilke ordregivere der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet samt hvilke tilbudsgivere, der kan deltage i udbudsprocedurer, herunder i hvilke tilfælde en tilbudsgiver er udelukket fra at deltage i udbudsprocedurerne. Specialet vil have særligt fokus på den danske implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet, og hvilken betydning den danske implementering har haft for aktørerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Specialet vil kort gennemgå den historiske udvikling inden for udbudsretten, herunder behovet for en ny regulering af udbudsretten (herunder udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet) i 2004. Specialet vil undersøge ordregiverbegrebet i forsyningsvirksomhedsdirektivet og grænsen mellem ordregiverbegrebet i forsyningsvirksomhedsdirektivet og udbudsdirektivet. Derudover vil specialet undersøge, i hvilke tilfælde en tilbudsgiver er udelukket fra at deltage i udbudsproceduren f.eks. på

baggrund af en interesseafvejning, manglende overholdelse af krav til egnethed, eller at den pågældende tilbudsgiver er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Specialet vil undersøge implementeringen af forsyningsvirksomhedsdirektivet, som sker gennem implementeringsbekendtgørelsen. Implementeringsbekendtgørelsen vil blive gennemgået, således at de relevante bestemmelser bliver behandlet i specialet, sammen med hvilken betydning disse bestemmelser overordnet har haft for hvem, der kan anses som ordregiver, og hvem der kan deltage i en konkret udbudsprocedure i Danmark. Derudover vil specialet behandle den overordnede betydning af implementeringen i Danmark, herunder lovgivers valg af at implementere udbudsdirektivet ved udbudsloven; og forsyningsvirksomhedsdirektivet dels ved implementeringsbekendtgørelsen og dels gennem dele af udbudsloven.

Specialet har fokus på, hvem der er omfattet af ordregiverbegrebet, og hvem der kan være afskåret fra at deltage i en konkret udbudsprocedure i forsyningsvirksomhedsdirektivet - og vil derfor udelukkende foretage en dybdegående analyse af udvalgte bestemmelser i implementeringsbekendtgørelsen, som er relevante for den konkrete problemformulering.

Specialet vil udelukkende behandle udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet og vil derfor ikke behandle koncessionsdirektivet og forsvars- og sikkerhedsdirektivet. Specialet vil kun behandle lov om Klagenævn for Udbud i det omfang, loven er nødvendig for forståelsen af specialets problemformulering. Direktiverne på udbudsområdet er vedtaget på baggrund af Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, men denne traktat vil ikke blive behandlet i specialet, da det antages, at udstedelsen af direktiverne er i overensstemmelse med traktaten.

Specialet vil ligeledes ikke behandle retstilstanden i andre EU-medlemslande, da specialet fokuserer på den danske retstilstand og den danske implementering, hvorfor en analyse af gældende ret i andre lande vil være uden betydning for den danske retsstilling.

### **1.3 Metode**

Der anvendes i specialet den retsdogmatiske metode til at undersøge, analysere og konkludere på, hvem der er omfattet af ordregiverbegrebet i forsyningsvirksomhedsdirektivet, og hvornår en tilbudsgiver efter forsyningsvirksomhedsdirektivet kan være afskåret fra at deltage i en konkret udbudsprocedure i Danmark. Specialet vil have særligt fokus på, hvorledes den danske implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet har haft betydning for hvem, der i Danmark er omfattet af ordregiverbegrebet, og hvem der kan deltage i en konkret udbudsprocedure efter gældende dansk ret. Specialet indeholder en kort historisk gennemgang af reguleringen af udbud inden for EU-retten, med særligt fokus på reguleringen og ændringerne fra 2004 og til 2014 i direktiverne, som i dag er gældende. Det historiske afsnit skal blandt andet skabe en større forståelse af gældende ret ved at vise udviklingen på

området, og ved at vise hvordan erfaringerne med de tidligere direktiver har været med til at skabe de nuværende direktiver, samt til brug for en bedre forståelse af dels de oprindelige formål og dels formålet med den nugældende regulering. Specialet vil herefter indeholde to korte redegørelser af henholdsvis forsyningsvirksomhedsdirektivet og udbudsdirektivet, efterfulgt af en dybdegående analyse af den danske implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Analysen af den danske implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet skal blandt andet belyse, hvem der er omfattet af ordregiverbegrebet i forsyningsvirksomhedsdirektivet, og hvem der er afskåret fra at deltage i en udbudsprocedure. Specialet skal desuden belyse, hvordan den danske implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet påvirker dets anvendelse. Analysen skal ligeledes anvendes til at konkludere, hvad der kan anses for gældende ret i Danmark.

## 1.4 Retskilder

Udbudsretten er på EU-plan reguleret af en række direktiver og afgørelser fra Den Europæiske Unions Domstol (herefter kaldet EU-domstolen), mens den på det nationale plan er reguleret af udbudsloven, en række bekendtgørelser, afgørelser fra Klagenævn for Udbud og afgørelser fra den nationale domstol. Der findes overordnet tre forskellige typer lovgivning, som udstedes af EU: traktater, forordninger og direktiver. En traktat er den øverste regulering i EU og skal anses som en folkeretlig aftale indgået mellem de enkelte EU-medlemslande. EU kan ikke udstede forordninger og direktiver uden hjemmel i en traktat, da EU's kompetence til at udstede lovgivning gives gennem traktaterne. Det betyder, at EU udelukkende kan udstede direktiver på det udbudsretlige område, såfremt de har hjemmel til det i en traktat. Traktaterne vedtages ikke på samme måde som forordninger og direktiver, men er derimod en bindende aftale mellem EU-medlemslandene og skal derfor også godkendes frivilligt og demokratisk af alle EU-medlemslandene.<sup>1</sup> I EU er der en række forskellige traktater, men der findes to traktater, som anses for Den Europæiske Unions forfatning: Traktaten om Den Europæiske Union (TEU) og Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF). Disse to traktater danner grundlag for EU, og den sekundære regulering er afledt heraf.<sup>2</sup>

En forordning er direkte gældende for de enkelte EU-medlemslande og skal derfor ikke implementeres gennem den nationale lovgivning. Det betyder, at de enkelte unionsborgere kan påberåbe sig en forordningsbestemmelse i de enkelte EU-medlemslande, og EU-medlemslandene forpligtes direkte af bestemmelser i en forordning. En forordning har til formål at skabe en identisk regulering i alle EU-medlemslandene, og der er derfor kun en begrænset mulighed for, i de enkelte EU-medlemslande, at have

---

<sup>1</sup> Den Europæiske Union: EU-traktater. Udgivet af EU-kommissionens informationsafdeling. Internetadresse: [https://europa.eu/european-union/law/treaties\\_da](https://europa.eu/european-union/law/treaties_da) - Besøgt d. 5.5.2018 (Internet)

<sup>2</sup> Sørensen, Karsten Ensigt m.fl.: *EU Retten*. (Side 94-95) 6. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014. (Bog)

en national regulering på det pågældende område. De enkelte EU-medlemslande kan i visse tilfælde have mulighed for at fastsætte sanktioner og håndhævelsesbeføjelser gennem den nationale lovgivning.<sup>3</sup> Et direktiv, som vedtages af EU, har modsat en forordning ikke direkte virkning i de enkelte EU-medlemslande og skal derfor implementeres gennem den nationale lovgivning. Et direktiv er et overordnet mål, som de enkelte EU-medlemslande er forpligtet til at overholde. De enkelte EU-medlemslande kan have en større eller mindre frihed til at fastsætte reguleringen og til tider skærpe reglerne gennem national lovgivning. Formålet med et direktiv er ikke en identisk regulering, men derimod en harmonisering af reguleringen på tværs af landene.<sup>4</sup> En implementering af et direktiv vil i Danmark typisk ske gennem lov eller bekendtgørelse, hvilket blandt andet ses i udbudsretten, hvor udbudsdirektivet og dele af forsyningsvirksomhedsdirektivet er implementeret gennem udbudsloven; og dele af forsyningsvirksomhedsdirektivet er implementeret gennem implementeringsbekendtgørelsen. Implementering af et direktiv kan ske ved inkorporering eller omskrivning af direktivteksten. En del af forsyningsvirksomhedsdirektivet er inkorporeret i dansk ret gennem implementeringsbekendtgørelsens § 1, som fastsætter, at forsyningsvirksomhedsdirektivet er gældende som helhed. Udbudsloven er derimod en omskrivning af udbudsdirektivet, hvor bestemmelserne dels omskrives, men stadigvæk har samme indhold som reguleringen i udbudsdirektivet, og dels udvider udvalgte bestemmelsers anvendelse, som blandt andet ses i udbudslovens §§ 150-152. EU-medlemslandenes mulighed for ved implementering af et direktiv at fastsætte selvstændige nationale regler afhænger af direktivets ordlyd. Et direktiv kan dels være minimumsharmoniserende, hvor de enkelte EU-medlemslande har mulighed for at lave en bredere regulering; eller det kan dels være totalharmoniseret, hvor de enkelte medlemslande kun i begrænset omfang har mulighed for at vedtage selvstændig regulering, når direktivet implementeres.<sup>5</sup> Den nationale lovgivning i Danmark består overordnet af Grundloven, love og bekendtgørelser. Grundloven er den danske forfatning og dermed den øverste regulering i det danske retshierarki, hvilket betyder, at ingen lovgivning i Danmark må stride imod Grundloven. Grundloven efterfølges i det danske retshierarki af love, som vedtages af det til enhver tid siddende Folketing. En lov kan ligeledes udelukkende ophæves af Folketinget. Retshierarkiet betyder, at såfremt udbudsloven og implementeringsbekendtgørelsen har modstridende reguleringer, vil udbudslovens bestemmelser finde anvendelse. Det næste trin i retshierarkiet er bekendtgørelser, som udstedes af det relevante ressortministerium, og som ligeledes kan ophæves af det til enhver tid relevante ressortministerium. Bekendtgørelser anvendes blandt andet til at implementere direktiver ved hjælp af inkorporering, som ses i

---

<sup>3</sup> Sørensen, Karsten Ensigt m.fl.: *EU Retten*. (Side 96-97) 6. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014. (Bog)

<sup>4</sup> Sørensen, Karsten Ensigt m.fl.: *EU Retten*. (Side 97-98) 6. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014. (Bog)

<sup>5</sup> Sørensen, Karsten Ensigt m.fl.: *EU Retten*. (Side 97-98) 6. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014. (Bog)



implementeringsbekendtgørelsen. Bekendtgørelser kan ligeledes anvendes til at fastlægge uddybende regler, som ses i bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016 om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne ved klar grænseoverskridende interesse.

Et direktiv skal implementeres gennem den nationale lovgivning og er dermed ikke umiddelbart anvendeligt, hvilket betyder, at bestemmelserne i direktivet ikke kan påberåbes af de enkelte unionsborgere, hvis ikke direktivet er implementeret i den nationale ret. Et direktiv kan i enkelte tilfælde påberåbes af de enkelte unionsborgere, selvom direktivet ikke er implementeret gennem den nationale lovgivning. Det kan ske, når fristen for implementering er overskredet, direktivets regulering er klart og utvetydigt, og direktivet skaber en ret for unionsborgerne.<sup>6</sup>

Udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet omhandler begge procedureregler for udbud og tildeling af offentlige kontrakter, og ordregiver (herunder offentlige myndigheder) pålægges en række regler. Udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder således ikke rettigheder for den enkelte unionsborger, hvorfor direktiverne udelukkende finder anvendelse, såfremt direktiverne er implementeret i den nationale lovgivning. Udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet er begge implementeret i dansk ret og finder dermed umiddelbart anvendelse i Danmark. Såfremt den danske implementering enten skaber tvivl eller strider mod direktivets ordlyd, kan den typiske danske lovfortolkning ikke nødvendigvis anvendes. En ordlydsfortolkning kan efter omstændighederne anvendes, dog skal en fortolkning af love eller bekendtgørelser, som implementerer et direktiv, altid ske ud fra princippet om direktivkonform fortolkning. Det betyder, at implementering skal fortolkes i overensstemmelse med direktivets ordlyd. Fortolkning af EU-regulering kan udelukkende foretages af EU-domstolen. EU-domstolen kan træffe afgørelse inden for EU-retten, og de nationale domstole skal ved en eventuel tvivl foretage en præjudiciel forelæggelse af spørgsmålet for EU-domstolen. Det skal sikre, at reglerne bliver fortolket ens på tværs af EU-medlemslandene, hvilket er med til at sikre formålet med en samlet EU-regulering af et område.<sup>7</sup>

Det udbudsretlige område er reguleret gennem EU direktivet, hvilket betyder, at EU-domstolen har kompetence til at træffe afgørelse inden for udbudsretten, i det omfang EU-retten regulerer området. En sag på det udbudsretlige område vil typisk blive forelagt de nationale klagenævn eller domstole, som herefter har mulighed for at foretage en præjudiciel forelæggelse af spørgsmålet, hvorefter EU-domstolen træffer en principiel afgørelse. En afgørelse fra EU-domstolen skal respekteres af medlemslandene og er

---

<sup>6</sup> Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori. (Side 262)* 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014. (Bog)

<sup>7</sup> Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori. (Side 261-262)* 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014. (Bog)

direkte gældende i de enkelte EU-medlemslande. En afgørelse fra EU-domstolen kan således anvendes til fortolkning og afgørelser ved nationale tvister inden for udbudsretten.

I Danmark er Klagenævn for Udbud første instans ved udbudsretlige tvister. En afgørelse fra Klagenævn for Udbud er en administrativ afgørelse, der kan anses som gældende ret i det omfang en højere instans ikke har truffet en afgørelse, der kan løse den eventuelle tvist. Klagenævn for Udbud er en offentlig myndighed, som er forpligtet af de forvaltningsretlige principper, men Klagenævn for Udbud kan dog forelægge spørgsmål præjudicielt for EU-domstolen, hvilket er usædvanligt for et administrativt klagenævn.

Klagenævn for Udbud har hermed en særlig position, hvor det dels er en offentlig forvaltning det dels procesmæssigt minder mere om den almindelige domstol og har ligeledes kompetencer, som ikke normalt er tildelt et administrativt klagenævn eller en offentlig forvaltning. Klagenævn for Udbud anvender ved afgørelser elementer, som også kan findes i civilprocessen. Klagenævn for Udbud kan blandt andet udelukkende træffe afgørelse på baggrund af, hvad parterne har forelagt klagenævnet, ligesom de kan forelægge spørgsmål præjudicielt for EU-domstolen - en kompetence, som ellers udelukkende findes ved domstolene. Klagenævnet træffer dog afgørelse på et skriftligt grundlag i modsætning til den normale procedure i civilprocessen.<sup>8</sup>

## 2. Redegørelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet

I 2004 vedtog EU-Parlamentet og Rådet det tidligere EU udbudsdirektiv (2004/18) og det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv (2004/17), som skulle regulere udbuddet af offentlige kontrakter. De to direktiver havde til formål at sikre en øget konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter, jf. det tidligere udbudsdirektiv (2004/18) præambel 2 og det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv præambel 9. Den øgede konkurrence ved tildelingen af offentlige kontrakter skal blandt andet sikres gennem overholdelse af de udbudsretlige grundsætninger: ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet. De tidligere direktiver blev i 2014 ophævet og erstattet af de direktiver, som i dag finder anvendelse.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet regulerer offentlige indkøb på områderne vand- og energiforsyning, transport og posttjenester, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 1.

Forsyningssektoren er et område, der grundet dens særlige karakter med fordel kan have sin egen regulering for tildeling af offentlige kontrakter. Forsyningssektoren kan både drives af det offentlige og det private, og derfor kan det i forsyningssektoren være nødvendigt med en anden definition af ordregiver end den definition, der er fastsat i udbudsdirektivet (2014/24) artikel 2, stk. 1, nr. 1 og udbudsloven (lov nr. 1564 af 15. december 2015) § 24, nr. 28. Derudover er forsyningssektoren et område, som har en stor

---

<sup>8</sup> Jakobsen, Peter Stig m.fl.: *EU Udbudsretten*. (Side 610) 3. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016. (Bog)

samfundsmæssig betydning, da både borger, virksomheder og samfundet som helhed i høj grad er afhængige af leveringen af vand, el, varme osv.<sup>9</sup>

Forsyningssektoren adskiller sig derudover fra den del af udbudsretten, der reguleres gennem udbudsdirektivet og udbudsloven, ved blandt andet at kunne omhandle mere detaljerede og komplicerede beskrivelser af de tekniske specifikationer i udbudsmaterialet da udstyret, som anvendes i forsyningssektoren kan være meget komplekst.

I 2014 blev det nuværende forsyningsvirksomhedsdirektiv vedtaget, hvilket medførte en række ændringer fra det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv fra 2004. Derudover blev den tidligere større fleksibilitet ved valget af udbudsprocedure i forsyningsvirksomhedsdirektivet i forhold til udbudsdirektivet mindsket ved blandt andet i højere grad at kunne anvende udbud med forhandling efter udbudsdirektivet.

### 3. Redegørelse af udbudsdirektivet

I 2014 vedtog EU-Parlamentet og Rådet det nuværende udbudsdirektiv, som er en videreudvikling af det tidligere direktiv fra 2004. Formålet med en regulering af udbudsretten er at regulere offentlige indkøb over en nærmere bestemt tærskelværdi, jf. udbudsdirektivets præambel 1. Derudover har reguleringen til formål at sikre en effektiv udnyttelse af offentlige midler, samt at sikre lige konkurrence mellem tilbudsgiverne både de danske såvel som tilbudsgivere fra andre EU-medlemslande, og dermed forhindre usaglig konkurrenceforvriddning på det indre markedet.<sup>10</sup> Formålet skal blandt andet sikres gennem overholdelse af ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet i udbudsdirektivet artikel 18 og udbudsloven § 2.

### 4. Den historiske udvikling

I 2014 blev det tidligere udbudsdirektiv og det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv ophævet og erstattet af det nuværende udbudsdirektiv og det nuværende forsyningsvirksomhedsdirektiv. Derudover blev koncessionsdirektivet ligeledes vedtaget i 2014 mens sikkerheds- og forsvarsdirektivet allerede blev vedtaget i 2009. Disse to områder var ikke førhen reguleret ved selvstændige direktiver. Det nuværende udbudsdirektiv og det nuværende forsyningsvirksomhedsdirektiv, som blev vedtaget i 2014, er en videreudvikling af direktiverne fra 2004. Direktiverne fra 2004 blev revideret, da der var et behov for en modernisering af de daværende udbudsregler. Direktiverne fra 2004 havde i praksis en række udfordringer og uhensigtsmæssigheder, som med fordel kunne ændres og tilpasses den praktiske virkelighed, således at direktiverne blev mere effektive og i højere grad opfyldte formålene angivet i direktivernes præambler, jf.

<sup>9</sup> Hamer, Carina Risvig: *Grundlæggende udbudsret*. (Side 256) 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016. (Bog)

<sup>10</sup> Hamer, Carina Risvig: *Grundlæggende udbudsret*. (Side 32-33) 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016. (Bog)

udbudsdirektivets præambel 2 og forsyningsvirksomhedsdirektivets præambel 4. Direktiverne fra 2004 er ikke den første regulering af tildelingen af offentlige kontrakter på EU-plan i form af direktiver. Allerede i 1970'erne trådte det første direktiv, som i vist omfang regulerede det udbudsretlige område og tildelingen af offentlige kontrakter, i kraft. Det første udbudsdirektiv regulerede udelukkende tildelingen af kontrakter inden for bygge- og anlægsarbejder og omfattede ikke forsyningsvirksomhederne, der på dette tidspunkt endnu ikke var reguleret ved en fælles EU-retlig regulering. Den første regulering af udbudspligten for forsyningsvirksomheder kom gennem det første forsyningsvirksomhedsdirektiv i 1990'erne, og i samme omgang blev det daværende udbudsdirektiv ophævet og erstattet med et nyere direktiv, hvor også kontrakter om tjenesteydelser blev omfattet af udbudspligten. I perioden mellem at det første udbudsdirektiv trådte i kraft og vedtagelsen af det første forsyningsvirksomhedsdirektiv, blev udbudsdirektivet ophævet og erstattet af et nyt direktiv på området, hvor kontrakter om vareindkøb blev inkluderet i udbudspligten for offentlige kontrakter.<sup>11</sup>

## 4.1 Udbudsdirektivet

Vedtagelsen af det første udbudsdirektiv i 1970'erne havde til hensigt at skabe en større konkurrence på tværs af EU-medlemslandene, således at de offentlige kontrakter ikke udelukkende gik til nationale virksomheder, men i højere grad skabte mulighed for handel på tværs af landene. Reguleringen skulle sikre en fri bevægelighed i EU i overensstemmelse med den grundlæggende hensigt med EU og bestemmelserne i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde om fri bevægelighed på det indre marked.

Formålet med det første udbudsdirektiv var at forhindre konkurrenceforvridning, hvilket blandt andet skulle ske gennem principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, og som fortsat er gældende i dag, jf. udbudsdirektivets artikel 18 og udbudslovens § 2.<sup>12</sup> Siden det første udbudsdirektiv er udbudsdirektivet flere gange blevet revideret og er endt med den udgave fra 2014, som er gældende i dag. Revidering af udbudsdirektivet gennem tiden skyldes blandt andet den erfaring, der opstod gennem den praktiske anvendelse, som til tider viste et behov for en udvikling af reglerne, ligesom der fra EU var et ønske om eksempelvis at inkludere andre former for ydelser som tjenesteydelser eller behovet for en bredere definition af ordregiver, som ses i forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvor også ordregivende enheds kontrakter kan være udbudspligtige.

Udbudsdirektivet fra 2004 indeholdt i praksis flere udfordringer og uhensigtsmæssigheder, som til tider gjorde det svært at anvende visse procedurer i direktivet, hvilket ikke altid var med til at sikre en øget konkurrence. Udbudsdirektivet havde til formål at sikre en øget konkurrence dels nationalt, og dels på EU-

---

<sup>11</sup> Hamer, Carina Risvig: *Grundlæggende udbudsret*. (Side 41) 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016. (Bog)

<sup>12</sup> Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*. (Side 47) 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017. (Bog)

plan og hermed sikre den fri bevægelighed. Anvendelsen af udbudsprocedurerne og reguleringen i udbudsdirektiverne havde ikke altid den ønskede effekt på konkurrencen, hvilket betød, at anvendelsen af udbudsprocedurerne og reguleringen i udbudsdirektivet kunne medføre en mindsket konkurrence i stedet for den ønskede effektive konkurrence, som angivet i udbudsdirektivets præambel 2.<sup>13</sup> Et af hovedformålene med det tidligere udbudsdirektiv var at undgå konkurrenceforvriddning og at sikre, at de offentlige midler blev anvendt bedst muligt. Ordregiver ville dermed få den bedst mulige pris for det ønskede produkt, jf. udbudsdirektivet 2004/18, 2. præambel og 13. præambel. Det nye direktiv fra 2014 skulle blandt andet øge fleksibiliteten ved valg af udbudsprocedure i udbudsdirektivet, hvilket blandt andet har betydet en øget adgang til udbud med forhandling. Denne ændring har været nødvendig for at sikre, at de offentlige midler anvendes bedst muligt, og ordregiver således får det bedst mulige produkt til den bedst mulige pris.

## 4.2 Forsyningsvirksomhedsdirektivet

Det første forsyningsvirksomhedsdirektiv trådte i kraft i 1990'erne og havde til formål at udvide udbudspligten, således at også offentlige virksomheder efter omstændighederne kunne være omfattet af udbudspligten. En udvidelse af udbudspligten til også at inkludere forsyningsvirksomheder var nødvendig for at sikre en fair og effektiv konkurrence. Forsyningssektoren var tidligere og er stadigvæk i dag bygget op omkring eksklusive rettigheder, som medfører et relativt lukket markedet. Forsyningsvirksomhedsdirektivet havde til formål at åbne markedet i højere grad end tidligere og derigennem sikre en effektiv konkurrence på det ellers relativt lukkede marked i forsyningssektoren.<sup>14</sup> I 2014 blev det nuværende forsyningsvirksomhedsdirektiv vedtaget og ophævede samtidig det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv fra 2004. I tidligere udgaver af forsyningsvirksomhedsdirektivet har telekommunikationssektoren også været omfattet af anvendelsesområdet, men er i det nyeste forsyningsvirksomhedsdirektiv ikke længere omfattet. Det skyldes blandt andet en vurdering af, at netop telekommunikationssektorens udvikling har medført, at forpligtelser gennem regulering af udbud ikke længere er nødvendig, da der naturligt forekommer en effektiv konkurrence i denne sektor.<sup>15</sup> Tidligere var olie- og gasefterforskning ligeledes omfattet af forsyningsdirektivet, men dette er heller ikke en del af det nuværende forsyningsvirksomhedsdirektiv, da denne sektor i dag har et sådant konkurrencepres, at en regulering af udbud ikke længere er nødvendig.<sup>16</sup> Et af formålene med ændringen af både forsyningsvirksomhedsdirektivet og udbudsdirektivet var at fremme små og mellemstore virksomheders

---

<sup>13</sup> Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*. (Side 49-50) 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017. (Bog)

<sup>14</sup> *Aktuel udbudsret II*. (Side 55) Redigeret af: Karsten Hagel-Sørensen. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016. (Bog)

<sup>15</sup> Jakobsen, Peter Stig m.fl.: *EU Udbudsretten*. (Side 134) 3. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016. (Bog)

<sup>16</sup> *Aktuel udbudsret II*. (Side 60) Redigeret af: Karsten Hagel-Sørensen. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016. (Bog)

reelle mulighed for at deltage i udbudsprocedurerne. Denne mulighed for små og mellemstore virksomheder er blandt andet med til at sikre den bedst mulige og mest effektive konkurrence ved udbud og tildeling af offentlige kontrakter, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets præambel 4.

Det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv havde, ligesom det tidligere udbudsdirektiv, en række udfordringer, når det skulle anvendes i praksis. Det er blandt andet forsøgt udbedret ved at præcisere en række af forsyningsvirksomhedsdirektivets bestemmelser.

## 5. Implementeringen

Udbudsretten er på EU-plan reguleret ved en række direktiver: herunder udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet. Et EU direktiv har ikke direkte virkning i de enkelte medlemsstater, men skal implementeres gennem national lovgivning. Direktiver er et overordnet mål, som EU-medlemslandene skal opnå gennem den nationale lovgivning. Direktiver giver EU-medlemslandene et større spillerum end en forordning for, hvordan de fastsætter mål opnås. Det betyder, at ved forordninger er reguleringen ens i alle medlemslande, hvorimod der kan være forskel på reguleringen i de enkelte EU-medlemslande, når direktiver anvendes.<sup>17</sup>

Såfremt et direktiv ikke implementeres eller ikke implementeres korrekt, kan EU Kommissionen sende en formel skrivelse til EU-medlemslandene og anmode dem om, inden en nærmere bestemt angivet frist, at implementere direktivet korrekt. Implementeres direktivet fortsat ikke korrekt, kan sagen indgives for EU-domstolen, som kan pålægge EU-medlemslandene en række sanktioner, herunder økonomiske sanktioner, f.eks. betaling af et nærmere bestemt engangsbeløb.<sup>18</sup>

Den danske implementering af udbudsdirektiverne sker dels gennem udbudsloven, som implementerer udbudsdirektivet og dele af forsyningsvirksomhedsdirektivet, og dels gennem en række implementeringsbekendtgørelser: herunder implementeringsbekendtgørelsen, som implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivet og fastsætter hvilke af de valgfri bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivet, der finder anvendelse i Danmark.

Dele af bestemmelserne i udbudsloven finder ligeledes anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det fremgår af udbudslovens § 18, at afsnit 2 og 3 i udbudsloven ikke finder anvendelse på udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, det må modsætningsvist kunne

---

<sup>17</sup> Den Europæiske Union: Forordninger, direktiver og andre retsakter. Udgivet af EU-kommissionens informationsafdeling. Internetadresse: [https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts\\_da](https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_da) - Besøgt d. 30.3.2018 (Internet)

<sup>18</sup> Europa-kommissionen: Traktatbrudsprocedure. Udgivet af Europa-kommissionen. Internetadresse: [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure\\_da](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_da) - Besøgt d. 1.3.2018 (Internet)

sluttes, at udbudslovens afsnit 1, 4, 5, 6 og 7 finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

## 5.2 Implementeringsbekendtgørelsens § 1

Implementeringsbekendtgørelsen implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivet som helhed, jf. § 1. Forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder en række bestemmelser, som EU-medlemslandene skal implementere i den nationale lovgivning, og en række valgfrie bestemmelser, hvor EU-medlemslandene kan vælge, om den konkrete bestemmelse skal have virkning nationalt. I Danmark fastsætter implementeringsbekendtgørelsen, hvorvidt de valgfrie bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivet finder anvendelse i Danmark. Blandt andet implementerer implementeringsbekendtgørelsen § 2 forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 38 om reservede kontrakter.

I implementeringsbekendtgørelsen § 1, stk. 1 fastsættes det, at reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet er gældende for ordregivende enhed.

Implementeringsbekendtgørelsen definerer ikke ordregivende enheder, hvorfor anvendelsesområdet for forsyningsvirksomhedsdirektivet kan forekomme uklart.<sup>19</sup>

Definitionen af ordregiver er betydningsfuld, da det er et afgørende element i vurderingen af, om en kontrakt er udbudspligtig eller ikke-udbudspligtig. Definitionen er særligt vigtig, da en eventuel udbudspligt udelukkende kan pålægges en ordregiver som defineret i udbudsloven § 24, stk. 1, nr. 28, udbudsdirektivet artikel 2, stk. 1, nr. 1 og forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 3 og 4.

Både udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet definerer begrebet ordregiver. I udbudsdirektivet defineres ordregiver som ordregivende myndighed. En ordregivende myndighed defineres i udbudsdirektivet artikel 2, stk. 1, nr.1 og udbudslovens § 24, nr. 28 som staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligtretlige organer og sammenslutninger af disse. Ordregivende myndigheder er i forsyningsvirksomhedsdirektivet defineret med samme ordlyd som i udbudsdirektivet, hvorfor ordregivere omfattet af udbudsdirektivet også kan være omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, såfremt udbuddet omhandler forsyningsaktiviteter, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 8-14.

Begrebet ordregiver er ikke i forsyningsvirksomhedsdirektivet begrænset til ordregivende myndigheder, men omfatter også ordregivende enheder, som defineres i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 4. En ordregivende enhed defineres som en ordregivende myndighed eller offentlige virksomheder, som udøver forsyningsaktiviteter, transporttjeneste, eller posttjeneste, jf. artikel 8-14. En ordregivende enhed kan

---

<sup>19</sup> Høring - over bekendtgørelse om implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet, bekendtgørelse om implementering af koncessionsdirektivet, bekendtgørelse om udbud.dk mv.. Udgivet af Advokatsamfundet. Internetadresse: [http://www.advokatsamfundet.dk/OmAdvokatsamfundet/Hoeringssvar%20SKJULT/Hoeringssvar/2015/~/\\_/media/Hoeringssvar%202008-2015/2015-4046%20Lovudvalget.ashx](http://www.advokatsamfundet.dk/OmAdvokatsamfundet/Hoeringssvar%20SKJULT/Hoeringssvar/2015/~/_/media/Hoeringssvar%202008-2015/2015-4046%20Lovudvalget.ashx) - Besøgt d. 9.3.2018 (Internet)

(såfremt der udøves forsyningsaktiviteter, aktiviteter forbundet med transport- eller posttjenester) også være virksomheder, som ikke er ordregivende myndighed eller offentligretlig organ, hvis de råder over særlige eller eksklusive rettigheder, som er meddelt af en kompetent offentlig myndighed. I et sådan tilfælde skal virksomheder anses som en offentlig virksomhed, der kan være ordregiver efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, og deres kontrakter kan dermed være udbudspligtige.

I forsyningsvirksomhedsdirektivet kan virksomheder også anses som ordregivere, hvis de nærmere angivne betingelser i artikel 4, stk. 2 er opfyldt. Det betyder, at kontrakter kan være udbudspligtige efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvis en ordregivende myndighed har eller kan have direkte eller indirekte bestemmende indflydelse over virksomheden som følge af ejerforholdet, kapitalindskuddet, eller de for virksomheden gældende regler. En ordregivende myndighed kan have direkte eller indirekte bestemmende indflydelse, når de besidder majoriteten af virksomhedens tegnede kapital, råder over flertallet af stemmerne, der knytter sig til de kapitalandele udstedt af virksomheden, eller den ordregivende myndighed kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i virksomhedens administration-, ledelses- eller tilsynsorgan, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4, stk. 2, litra a-c.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet har derimod den begrænsning, at det omhandler de nærmere angivne aktiviteter, herunder forsyningsaktiviteter, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 8-14.

Det kan anses for en fordel at være undtaget fra udbudspligten i udbudsloven, udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet, da en undtagelse fra udbudspligten giver parterne den størst mulige fleksibilitet til forhandling og valgfrihed til at indgå kontrakt med hvem, de måtte ønske.

Såfremt en kontrakt er udbudspligtig efter enten udbudsloven eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, og ordregiver ikke foretager et udbud efter bestemmelserne i det pågældende regelsæt, har ordregiver ulovligt tildelt en kontrakt.

Konsekvensen ved at tildele kontrakten uden at foretage et udbud ved udbudspligtige kontrakter er, at kontrakten rammes af den udbudsretlige sanktion - uden virkning, hvilket betyder, at kontrakten straks skal bringes til ophør og ikke kan anvendes fremadrettet, jf. lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 om Klagenævn for Udbud § 17.

Implementeringsbekendtgørelsens manglende definition på begrebet ordregivende enhed efterlader som tidligere nævnt en vis usikkerhed omkring hvem, der skal anses som ordregiver, og hvornår en kontrakt skal udbydes efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Ordregivende myndighed bliver i Danmark defineret i udbudsloven § 24, stk. 1, nr. 28, men loven definerer ikke på noget tidspunkt ordregivende enhed, hvorfor definitionen af ordregivende enhed kan forekomme usikker. Udbudslovens definitioner kan ikke finde anvendelse, da dele af loven som udgangspunkt ikke finder anvendelse på kontrakter omfattet af



forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. udbudsloven § 18. En række af udbudslovens bestemmelser finder anvendelse på alle kontrakter, herunder kontrakter omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. udbudsloven § 18. Det må antages, at definitionen af ordregiver i udbudsloven ikke kan finde analog anvendelse i implementeringsbekendtgørelsen, da det ville stride mod formålet med to forskellige direktiver, og bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivet ville således blive overflødige, da alle udbud i et sådan tilfælde skulle foretages efter den danske udbudslov, og ordregivende enheds kontrakter vil ikke være udbudspligtige. Forsyningssektoren er et område, der kræver en særlig regulering, da forsyningssektoren til dels er drevet eller på anden vis reguleret af det offentlige, og til dels er drevet af private aktører. Forsyningssektoren er som sagt til dels drevet af private aktører, og dermed ikke udelukkende drevet af det offentlige, hvilket betyder, at ikke alle forsyningsvirksomheder nødvendigvis er omfattet af reglerne i udbudsloven og udbudsdirektivet, og deres kontrakter vil dermed ikke være udbudspligtige efter udbudsdirektivet eller udbudsloven jf. udbudsdirektivets artikel 7 og udbudslovens § 18. Forsyningsvirksomheder kan eksistere på baggrund af eksklusive rettigheder, hvilket medfører et relativt lukket markedet. Der har derfor været et ønske om en udvidet udbudspligt, som ville medføre, at det ikke udelukkende var ordregivende myndigheder, som var omfattet af udbudspligten, men også private aktører, hvis de nærmere angivne betingelser var opfyldt. En ordregivende enhed kan enten være en ordregivende myndighed eller en offentlig virksomhed, eller såfremt en aktør der hverken er ordregivende myndighed eller offentlig virksomhed, hvis der udøves en eller flere af de nævnte aktiviteter som angivet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 8-14, og aktøren råder over særlige eller eksklusive rettigheder, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4, stk. 1, litra b. Den udvidede udbudspligt skulle blandt andet medvirke til at undgå konkurrenceforvridning. På grund af forsyningssektorens særlige karakter har der derfor været et behov for en særlig regulering, som ses i netop forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets præambel 1. Forsyningssektoren vil typisk have et større behov for en bredere adgang til forhandling eller input fra de økonomiske aktører på markedet, da de kontrakter, som udbydes i forsyningssektoren, typisk kan være mere tekniske og kræver en detaljeret teknisk viden om det udstyr, der skal anvendes. Leverandøren kan have en større viden på området, og det kan derfor være til ordregivers fordel at få leverandørens input, da leverandøren kan have et bedre indblik i, hvad der er mest fordelagtigt for ordregiver.

Formålet med forsyningsvirksomhedsdirektivet er blandt andet at udvide ordregiverbegrebet, og derfor kan hverken udbudslovens eller udbudsdirektivets definition af ordregiver finde analog anvendelse i implementeringsbekendtgørelsen. Det betyder, at såfremt en implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet skal give meningen, må definitionen i forsyningsvirksomhedsdirektivet finde anvendelse.

Den manglende definition af ordregivende enhed i implementeringsbekendtgørelse kan give tvivl om, hvem der er omfattet af reglerne i Danmark. Men da forsyningsvirksomhedsdirektivet er implementeret som helhed, og definitionerne i udbudsloven og udbudsdirektiverne ikke kan finde analog anvendelse, må det antages, at definitionen i forsyningsvirksomhedsdirektivet finder anvendelse.

Det fremgår af præambel 12 i forsyningsvirksomhedsdirektivet, at ordregiverbegrebet skal præciseres, men ikke ændres. Af præambel 20 fremgår det ligeledes, at eksklusive rettigheder skal præciseres yderligere. Eksklusive rettigheder er relevante at definere, da eksklusive rettigheder kan have en betydning for, hvorvidt en aktør skal anses som ordregiver eller ej, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4, stk. 1, litra b. Forsyningsvirksomhedsdirektivets definition af ordregiver er delt op i to bestemmelser: dels artikel 3, som definerer ordregivende myndighed, hvilket er den samme definition, som kan findes i udbudsdirektivet, og dels i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4, som definerer ordregivende enhed. I definitionen af ordregivende enhed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4 bliver definitionen af eksklusive rettigheder afgørende, da en aktør, som ikke kan anses som ordregivende myndighed, kan anses som ordregivende enhed og dermed være omfattet af udbudspligten, såfremt en række nærmere angivne betingelser er opfyldt herunder, at aktøren råder over særlige eksklusive rettigheder meddelt af den kompetente myndighed, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4, stk. 1, litra b. Det defineres yderligere i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4, stk. 3, hvad der skal forstås som en eksklusiv rettighed.

I afgørelsen Cafax Gruppen A/S mod DONG Energy Oil og Gas A/S, 24.2.2014 (herefter kaldet afgørelsen) afsagt efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, bliver den særlige ordregiver-definition afgørende for sagens udfald. Afgørelsen kan, selvom den er afsagt efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, vise, hvor afgørende den særlige definition af begrebet ordregiver i forsyningsvirksomhedsdirektivet er. Dong Energy er ikke omfattet af ordregiverbegrebet i udbudsdirektivet, men kan udelukkende anses som ordregivende enhed, som falder under definitionen i forsyningsvirksomhedsdirektivet - og vil derfor udelukkende kunne anses som udbudspligtig efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Afgørelsen kan ligeledes vise, hvor langt begrebet ordregiver strækker sig, samt hvornår en kontrakt er udbudspligtig efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Afgørelsen er stadigvæk relevant i dag, selvom den er afsagt efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, da begrebet ordregiver ikke er ændret ved det nye direktiv, men blot præciseret. Det må derfor også antages, at afgørelsen stadigvæk er beskrivende for den gældende retstilstand i dag. Afgørelsen er dog afsagt af Klagenævn for Udbud og ikke af domstolen, hvorfor det må anses som en retningslinje ordregivere kan anvende, når de skal vurdere, om de er omfattet af forsyningsdirektivet eller ej. Men en afgørelse fra Klagenævn for Udbud kan ikke anses som en egentlig retskilde som eksempelvis en dom, hvorfor afgørelsen ville skulle stå tilbage for en eventuel dom afsagt i

forbindelse med en lignende tvist. Afgørelsen kan dog fortsat anses som et bud på en fortolkning af de dagældende regler, som bør efterkommes af ordregiver, indtil en højere instans kommer frem til et andet resultat i lignende sager. Klagenævn for Udbuds afgørelsen kan ikke umiddelbart anses som gældende ret, men Klagenævn for Udbuds særlige karakter og særlige kompetence til at forelægge spørgsmål præjudicielt for EU-domstolen gør, at de har større betydning end andre administrative klagenævn. Derudover må EU-domstolens afgørelser skulle anses for gældende ret, hvorfor afgørelser truffet af Klagenævn for Udbud, hvor EU-domstolen har taget stilling til hele tvisten eller dele af tvisten, skal anses som gældende ret, selvom den endelige afgørelse er truffet af Klagenævn for Udbud.

### **5.3 Cafax Gruppen A/S mod DONG Energy Oil og Gas A/S**

I afgørelsen Cafax Gruppen A/S mod DONG Energy Oil og Gas A/S, 24.2.2014 indbød Dong Energy en række kvalificerede virksomheder efter en kvalifikationsordning til udbud med forhandling efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv. Udbuddet omhandlede to delaftaler, delaftale 1 om levering og servicering af espressomaskiner og kaffeautomater og delaftale 2 om levering af the, kaffe og andre forbrugsvarer. Dong Energy udbød de to delaftaler med hjemmel i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv. Cafax Gruppen A/S's (herefter Cafax) klage gik blandt andet på, at de to delaftaler var udbudspligtige efter det tidligere udbudsdirektiv og ikke det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, da kaffe og kaffemaskiner ikke kunne anses for produkter, som knyttede sig til forsyningsvirksomhederne og driften af disse på en sådan måde som krævet i forsyningsvirksomhedsdirektiv, jf. det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektivs artikel 3-7. Såfremt de to delaftaler ikke var udbudspligtige efter udbudsdirektivet, var det klagers opfattelse, at delaftalerne heller ikke var udbudspligtige efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Dong Energy Oil og Gas A/S (herefter Dong Energy) er ikke i sig selv en forsyningsvirksomhed. Selskabet Dong Energy, som udbød de to delaftaler, udøver ikke selv forsyningsaktiviteter efter definitionen i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv artikel 3-7, men er derimod en del af en større koncern, hvoraf flere af de øvrige selskaber i koncernen driver forsyningsvirksomhed som defineret i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektivs artikel 3-7. Indklagede var stabsfunktion for koncernen og foretog således indkøb for de øvrige selskaber i koncernen, herunder de forsyningsvirksomheder, som drev forsyningsaktiviteter jf. det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv artikel 3-7.

Cafax var af den opfattelse, at de to delaftaler ikke var udbudspligtige efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, da kaffe og kaffemaskiner ikke kunne anses for at have en direkte tilknytning til driften af forsyningsvirksomhederne og forsyningsaktiviteterne.

Cafax var af den opfattelse, at de to delaftaler var udbudspligtige efter det tidligere udbudsdirektiv.

Cafaxes anbringende for påstanden var, at kaffe og kaffemaskiner ikke var en vare, der havde en direkte forbindelse til forsyningsaktiviteterne i forsyningsvirksomhederne, jf. det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv artikel 3-7. Kaffe og kaffemaskiner skulle anses for en standardvare, der var uden betydning for driften af forsyningsvirksomhederne, og varerne havde ikke direkte betydning for driften af forsyningsvirksomhederne og kunne anvendes af enhver virksomhed.

Dong Energy var af den opfattelse, at de to delaftaler var udbudspligtige efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, da de udbudte delaftaler skulle anvendes af forsyningsvirksomhederne, og indklagede fungerede blot som en indkøbsfunktion for forsyningsvirksomhederne. Såfremt de to delaftaler ikke var udbudspligtige efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, var det Dong Energys opfattelse, at delaftalerne ligeledes ikke var udbudspligtige efter reglerne i det tidligere udbudsdirektiv. Dong Energy måtte anses som en offentlig virksomhed og kunne ikke anses som ordregiver efter det tidligere udbudsdirektiv, da de ikke var en ordregivende myndighed, herunder et offentligretligt organ, jf. det tidligere udbudsdirektiv artikel 1, stk. 9. Såfremt Dong Energy hverken var udbudspligtig efter det tidligere udbudsdirektiv eller det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv ville det medføre, at Dong Energy frit kunne indgå kontrakter, med hvem de måtte ønske, uden at tildelingsbeslutningen kunne annulleres af Klagenævn for Udbud, og de kunne dermed også udbyde de to delaftaler ved et frivilligt udbud. Dong Energy havde til støtte for sin påstand gjort gældende, at de udbudte varer var til brug for forsyningsvirksomhederne og var dermed omfattet af udbudspligten i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv. Dong Energys subsidiærer påstand var, at såfremt de to delaftaler ikke var udbudspligtige efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, var de to delaftaler heller ikke udbudspligtige efter det tidligere udbudsdirektiv. Dong Energy kunne derfor frit indgå kontrakt, med hvem de måtte ønske, ligesom de frit kunne foretage et frivilligt udbud efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv. Dong Energy kunne ikke anses som ordregiver efter det tidligere udbudsdirektiv, da de ikke falder under definitionen i det tidligere udbudsdirektiv artikel 1, stk. 9, som definerer ordregivende myndighed og offentligretligt organ. Dong Energy kunne udelukkende anses som ordregiver efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, hvor de faldt under definitionen af offentlig virksomhed i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv artikel 2, stk. 1, litra b. Det ville betyde, at enten var de to delaftaler slet ikke udbudspligtige, ellers var de udbudspligtige efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvorfor klager ikke kunne få medhold i sin klage.

Klagenævn for Udbud kom frem til, at de to delaftaler var udbudspligtige efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, og klager fik således ikke medhold i sin klage.

En del af Cafaxs påstand gik på, at tildelingsbeslutningen skulle annulleres, da de to delaftaler var udbudspligtige efter det tidligere udbudsdirektiv og ikke efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, som blev anvendt ved udbuddet af de to delaftaler. En del af tvisten i forbindelse med denne påstand var herefter, hvorvidt Dong Energy var ordregiver efter det tidligere udbudsdirektiv artikel 1, stk. 9, og om de to delaftaler om køb af kaffe og kaffemaskiner var omfattet af udbudspligten i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, eller om kontraktens genstand ikke havde en sådan tilknytning til forsyningsaktiviteter, som nævnt i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv artikel 3-7, at det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv fandt anvendelse.

Klagenævn for Udbud udtalte, at Dong Energy ikke kunne anses som ordregiver efter det tidligere udbudsdirektiv, jf. det tidligere udbudsdirektiv artikel 1, stk. 9.

Det tidligere udbudsdirektiv artikel 1, stk. 9 definerer ordregiver som ordregivende myndighed, hvilket enten var statslige, regionale eller lokale myndigheder eller et offentligretligt organ. Dong Energy kunne ikke anses som en statslig, regional eller lokal myndighed, da Dong Energy var en virksomhed og dermed ikke en del af de offentlige myndigheder. Klagenævnet udtalte ligeledes, at Dong Energy ikke var et offentligretligt organ, da de ikke opfyldte betingelsen i det tidligere udbudsdirektiv artikel 1, stk. 9, litra a. Det tidligere udbudsdirektiv artikel 1, stk. 9, litra a var en af de tre betingelser, som skulle være opfyldt, før en eventuel ordregiver kunne anses som et offentligretligt organ. Det tidligere udbudsdirektiv artikel 1, stk. 9, litra a fastsatte, at et offentligretligt organ var oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov og ikke måtte være af kommerciel eller industriel karakter. Eftersom Dong Energy ikke kunne anses som ordregiver efter det tidligere udbudsdirektiv artikel 1, stk. 9, var de to delaftaler ikke udbudspligtige efter det tidligere udbudsdirektiv. Udbudspligten fandt udelukkende anvendelse for ordregiver efter det tidligere udbudsdirektiv artikel 1, stk. 9, jf. det tidligere udbudsdirektiv artikel 7 og artikel 8.

De to delaftaler var dermed ikke udbudspligtige efter det tidligere udbudsdirektiv, og påstanden kunne allerede på denne baggrund afvises, da kontrakterne enten var omfattet af det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, hvilket ville betyde, at Dong Energy havde overholdt sin udbudspligt; alternativt var de to delaftaler hverken udbudspligtige efter det tidligere udbudsdirektiv eller det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, og Dong Energy kunne frit indgå aftale, med hvem de måtte ønske, hvorfor Klagenævn for Udbud ikke kunne annullere tildelingsbeslutningen. Klagenævn for Udbud undersøgte dog ydermere, hvorvidt de to delaftaler var udbudspligtige efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, da dette var afgørende for de øvrige påstande i klagen, som ikke behandles yderligere i specialet.

Klagenævn for Udbud kom som tidligere nævnt frem til, at Dong Energy ikke var ordregiver efter det tidligere udbudsdirektiv, de undersøgte i forlængelse heraf, om Dong Energy skulle anses som ordregiver efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektivs udvidede definition af begrebet ordregiver.

Det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv havde samme definition af ordregivende myndighed som det tidligere udbudsdirektiv, men forskellen var, at det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv ikke begrænsede ordregiverbegrebet til ordregivende myndighed, men også inkluderede ordregivende enheder. En væsentlig forskel mellem ordregivende myndighed og ordregivende enhed var, at offentlige virksomheder ikke nødvendigvis var ordregiver efter definitionen ordregivende myndighed i det tidligere udbudsdirektiv og det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv. Klagenævn for Udbud kom frem til, at Dong Energy var ordregiver efter definitionen ordregivende enhed i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, jf. det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv artikel 2, stk. 1 litra b.

Indklagede Dong Energy drev som tidligere nævnt ikke selv forsyningsvirksomhed, men fungerede som en indkøbsfunktion for koncernens øvrige virksomheder herunder forsyningsvirksomheder, som var omfattet af udbudspligten i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv ved at være omfattet af aktiviteterne i artikel 3-7. Klagenævn for Udbud udtalte, at indklagede ikke i sig selv var ordregiver efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, hvorfor de som udgangspunkt ikke var udbudspligtige. Indklagede var dog alligevel udbudspligtig efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, da de foretog indkøb på vegne af forsyningsvirksomheder. Såfremt de ikke blev anset for udbudspligtige, kunne reglerne om udbud omgås ved at foretage indkøb gennem en tilknyttet virksomhed, som herefter videresælger til forsyningsvirksomhederne, da kontrakter mellem en forsyningsvirksomhed og en tilknyttet virksomhed ikke var udbudspligtig, jf. det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv artikel 23, stk. 2, litra a. Ud fra et omgåelseshensyn kom Klagenævn for Udbud frem til, at de to delaftaler skulle anses som udbudspligtige. Klagenævn for Udbud udtalte ligeledes, at såfremt de ikke var udbudspligtige efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, var de to delaftaler ikke omfattet af udbudspligten, og Dong Energy kunne frit indgå aftale med, hvem de måtte ønske, ligesom de frit kunne vælge at foretage et frivilligt udbud efter reglerne i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv.

Hvorvidt Dong Energy var ordregiver efter det tidligere udbudsdirektiv eller det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, var den første del af påstanden; den anden del af påstanden gik på, hvorvidt de to delaftaler havde en sådan tilknytning til driften af forsyningsvirksomhederne, at de var udbudspligtige efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv.

Klagenævn for Udbud kom frem til, at de to delaftaler havde en sådan tilknytning til driften af forsyningsvirksomhederne, at de to delaftaler var udbudspligtige efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv.

Hovedydelsen i de to delaftaler var kaffe og kaffemaskiner, som måtte anses som en standardvare, der kunne anvendes af både forsyningsvirksomheder og andre virksomheder. Det måtte som udgangspunkt betyde, at de to delaftaler ikke havde en særlig tilknytning til driften af forsyningsvirksomhederne, da delaftalerne ikke var essentielle for driften af forsyningsvirksomhederne. Kaffen og kaffemaskinerne var ikke afgørende for, hvorvidt driften kunne fortsætte, anderledes ville det være, såfremt ydelsen i kontrakterne var udstyr, som skulle anvendes til driften af forsyningsvirksomhederne og dermed forsyningsaktiviteterne. Selvom de to delaftaler ikke kunne anses som essentielle for driften af forsyningsvirksomheder, kom Klagenævn for Udbud alligevel frem til, at ydelserne i de to delaftaler var udbudspligtige efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Klagenævn for Udbud udtalte, at kontrakter over tærskelværdien i det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv var udbudspligtige, uanset om indkøbet havde direkte tilknytning til forsyningsaktiviteter ved at være en species ydelse særligt udformet til den pågældende forsyningsvirksomhed og dennes forsyningsaktiviteter, eller om kontraktens ydelse var en genus ydelse, som principielt kunne anvendes af forsyningsvirksomheder såvel som andre virksomheder.

Afgørelsen, som var afsagt efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv, viser blandt andet vigtigheden af ordregiverbegrebet, da netop denne konkrete sag kunne have haft et andet resultat, såfremt ordregivende enhed ikke var en del af ordregiverbegrebet efter det tidligere forsyningsvirksomhedsdirektiv. Afgørelsen viser ligeledes, hvor langt udbudspligten kan strække sig, da de udbudte varer må anses for standardvarer, som kan anvendes af enhver virksomhed, og varerne havde derfor ingen særlig tilknytning til forsyningsvirksomhederne. Afgørelsen viser desuden, hvordan udbudspligten forholder sig i en koncern, hvor et selskab står for al indkøb og udbud af kontrakter. Afgørelsen viser, at udbudspligten ikke forsvinder ved at samle indkøb i et selskab i koncernen, som ikke selv driver forsyningsvirksomhed.

Afgørelsen kan ikke sige noget konkret om implementering af det nye forsyningsvirksomhedsdirektiv, men da det følger af forsyningsvirksomhedsdirektivet præambel 20 og 21, at ordregiverbegrebet udelukkende skal præcisere, men ikke ændres, må det antages, at afgørelsen stadigvæk har betydning for den danske retsstilling på udbudsområdet.

Afgørelsen viser, hvor afgørende ordregiverbegrebet kan være og vigtigheden i, at definitionen af ordregiver ikke er det samme for udbud foretaget efter udbudsdirektivet og udbud foretaget efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det må antages, at en enslydende definition ville stride mod formålet med to forskellige direktiver, hvilket må betyde, at ordregivende enhed i implementeringsbekendtgørelsen skal forstås som defineret i det nye forsyningsvirksomhedsdirektivs artikel 4 og retspraksis på området.

Implementeringsbekendtgørelsen kunne med sin formulering skabe en vis uklarhed i forhold til, hvordan begrebet ordregiver skulle forstås. Det må alligevel antages, at ordregiverbegrebet i forsyningsvirksomhedsdirektivet finder anvendelse, da virksomheder i visse tilfælde kan anses som ordregivende enhed, men ikke nødvendigvis ordregivende myndighed. I et sådant tilfælde ville en manglende definition af ordregivende enhed betyde, at virksomheder potentielt kunne omgå udbudspligten ved hverken at være omfattet af udbudsdirektivet og udbudsloven eller den danske implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Dette ville stride mod formålet med adskillelsen af udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Derudover vil det konkret få den konsekvens for den danske implementering, at såfremt forsyningsvirksomhedsdirektivets definition ikke skal lægges til grund i implementeringsbekendtgørelsen, ville den danske implementering være utilstrækkelig, da forsyningsvirksomhedsdirektivet i et sådant tilfælde ikke ville være fuldstændigt implementeret i dansk ret, som det kræves af EU, og Danmark vil herefter risikere en økonomisk sanktion for en mangelfuld implementering af direktivet.<sup>20</sup>

## 5.4 Implementeringsbekendtgørelsens § 2

Implementeringsbekendtgørelsen § 2 implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 38, som omhandler muligheden for, at ordregiver kan lade retten til at deltage i udbudsproceduren være forbeholdt beskyttede værksteder og økonomiske aktører, hvor hovedformålet er faglig og social integration af handicappede eller dårligt stillede personer. Danmark har gjort brug af denne mulighed ved at implementere artikel 38 i, hvilket er i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets præambel 5 og 51 og FN konventionen om handicappedes rettigheder artikel 27. Forsyningsvirksomhedsdirektivets præambel 5 fastslår, at reglerne for udbud i forsyningssektoren skal tage hensyn til FN konventionen om handicappedes rettigheder. Både forsyningsvirksomhedsdirektivet og den danske implementeringen af forsyningsvirksomhedsdirektivet tager hensyn til konventionen herunder ved implementeringen af artikel 38. Implementeringsbekendtgørelsen § 2 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 38 tager hensyn til FN konventionen om handicappedes rettigheder artikel 27, som omhandler handicappedes ret til arbejde og beskæftigelse. Formålet med implementeringen af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 38 er således at fremme virkeliggørelsen af retten til arbejde for handicappede, hvilket er med til at fremme overholdelsen af Danmarks forpligtelser i konventionen.

Implementeringen af artikel 38 i implementeringsbekendtgørelsen § 2 er i overensstemmelse med den danske implementering af udbudsdirektivet. Udbudsdirektivets artikel 20 har en enslydende ordlyd, som bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 38, og denne bestemmelse er implementeret

---

<sup>20</sup> Europa-kommissionen: Traktatbrudsprocedure. Udgivet af Europa-kommissionen. Internetadresse: [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure\\_da](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_da) - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)



gennem udbudslovens § 54. Implementeringen i udbudsloven viser, at Danmark har et ønske om at tage særligt hensyn til handicappede og dårligt stillede ret til arbejde og beskæftigelse, og implementeringen af forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 38 må således være i overensstemmelse med Danmarks ønske om at fremme handicappede og dårligt stillede rettigheder i det konkrete tilfælde gennem retten til arbejde og beskæftigelse.

Implementeringen af forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 38 gennem implementeringsbekendtgørelsen § 2 er en klar og tydelig implementering, som ikke umiddelbart giver anledning til tvivl, da Danmark her har valgt at implementere bestemmelsen, og bestemmelsen i implementeringsbekendtgørelsen § 2 har en enslydende ordlyd som bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 38. Ved en eventuel tvivl, som ikke kan løses gennem forsyningsvirksomhedsdirektivet, findes der en tilsvarende bestemmelse i udbudsdirektivet og udbudsloven, som må antages at have samme formål som bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivet og implementeringsbekendtgørelsen, hvorfor forarbejderne til udbudsloven i et vist omfang kan anvendes analogt ved denne bestemmelse, da forarbejderne blandt andet kan beskrive formålet ved den konkrete bestemmelse, som kan være behjælpelig ved en eventuel formålsfortolkning.

Forarbejderne til udbudslovens § 54 kan blandt andet være behjælpelige med en uddybning af betingelserne i udbudsloven § 54, udbudsdirektivet artikel 20 og forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 38. Det fremgår af forarbejderne til udbudslovens § 54, at bestemmelsen er en mulighed for ordregiver til at varetage sociale hensyn, og det må derfor også antages, at ved en eventuel tvivl om hvorvidt en økonomisk aktør er omfattet af bestemmelsen eller ej, må det være afgørende, om den økonomiske aktørs formål er at varetage sociale hensyn f.eks. social og faglig integration af handicappede og dårligt stillede personer. I vurderingen af om en virksomhed har til formål at fremme social og faglig integration af handicappede og dårligt stillede personer, kan der blandt andet lægges vægt på virksomhedens vedtægter. Såfremt det fremgår af en virksomheds vedtægter, at virksomhedens målsætning er social og faglig integration af handicappede eller dårligt stillede personer, er det sandsynligt, at en økonomisk aktør er omfattet af udbudsloven § 54, udbudsdirektivet artikel 20 og forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 38, dog vil det afhænge af en konkret vurdering, og vedtægterne er derfor ikke altafgørende i vurderingen, jf. forarbejderne til udbudslovens § 54. Det fremgår helt konkret af forarbejderne til udbudslovens § 54, at private virksomheder, som lever op til de fastsatte betingelser i udbudslovens § 54, stk. 1, kan være socialøkonomiske virksomheder, som defineret i lov om registrerede socialøkonomiske virksomheder, eller beskyttede værksteder. Forarbejderne uddyber desuden, hvad der skal forstås ved handicappede personer, og hvad der skal forstås som dårligt stillede personer. I forhold til de handicappede personer skal deres handicap være skyld i, at de ikke kan udøve erhvervsmæssig beskæftigelse på normale vilkår. Forarbejderne

til udbudslovens § 54 kommer med et eksempel på, hvad der kan forstås ved en dårligt stillet person, men dette er ikke et udtømmende eksempel, og begrebet dårligt stillet person vil derfor være afhængig af en konkret vurdering. I forarbejderne til udbudslovens § 54 nævnes det, at en dårligt stillet person kan være en ledig, som er en del af et mindretal, der er stillet ringere end majoriteten. I forhold til udbudslovens § 54, stk. 2 som opstiller et krav om, at mindst 30 pct. af de beskæftigede ved den økonomiske aktør skal være handicappede eller dårligt stillede personer, uddyber forarbejderne til bestemmelsen, hvordan de 30 pct. skal beregnes.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 38 er en valgfri bestemmelse, forstået på den måde at EU-medlemslandene frit kan vælge, om bestemmelsen skal finde anvendelse i det pågældende EU-medlemsland. I Danmark er forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 38 implementeret gennem implementeringsbekendtgørelsens § 2, hvor det direkte angives, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 38 finder anvendelse. Der er derfor ingen tvivl om, at bestemmelsen finder anvendelse i dansk ret. En eventuel tvist omkring bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 38 vil derfor ikke ligge i, hvorvidt bestemmelsen finder anvendelse eller ej, men vil derimod gå på bestemmelsens ordlyd og eksempelvis hvordan et beskyttet værksted skal forstås. Bestemmelsens ordlyd klarlægger overordnet, hvad der er gældende ret, og bestemmelsens ordlyd må som udgangspunkt anses som afgørende for en eventuel tvist. Såfremt ordlyden af bestemmelsen i implementeringsbekendtgørelsens § 2 ikke er tilstrækkelig til at klarlægge en eventuel tvist, må ordlyden i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 38 finde anvendelse, da det er denne bestemmelse, der implementeres gennem implementeringsbekendtgørelsens § 2. Omhandler tvisten f.eks. hvilke virksomheder, der er omfattet, hvad der forstås ved en handicappet eller dårligt stillet person, eller hvordan de 30 pct. skal beregnes, kan forarbejderne til udbudslovens § 54 finde anvendelse. Forarbejderne til udbudslovens § 54 kan i nogen grad anvendes, da udbudsdirektivet artikel 20 har en tilsvarende ordlyd som forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 38, og bestemmelserne må derfor antages at have de samme intentioner og formål, hvorfor forarbejderne kan anvendes som inspiration til en formålsfortolkning af implementeringsbekendtgørelsens § 2 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 38. Forarbejderne kan ikke anses som en retskilde eller gældende ret og kan udelukkende bruges som en retningslinje for eventuel formålsfortolkning, såfremt ordlyden af bestemmelserne eller direktiverne ikke kan løse tvisten alene. Ordlyden af bestemmelserne skal derfor altid anvendes først, og efterlader ordlyden ingen tvivl, finder den anvendelse.

## 5.5 Implementeringsbekendtgørelsens § 3

Implementeringsbekendtgørelsen § 3 omhandler ordregivers forpligtelse til at forebygge og afhjælpe interessekonflikter. Implementeringsbekendtgørelsen § 3 angiver ikke en specifik bestemmelse i forsyningsvirksomhedsdirektivet, men det må antages, at bestemmelsen dels er en generel forpligtelse, og

dels er en implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 42.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 42 omhandler ordregivers forpligtelse til at træffe passende foranstaltninger, som effektivt kan forebygge, identificere og udbedre interessekonflikter. Udbudsdirektivet har en tilsvarende bestemmelse om interessekonflikt i artikel 24, som er implementeret gennem udbudsloven § 4. Implementeringsbekendtgørelsen efterlader ikke megen tvivl om, at ordregiver har en forpligtelse til at forebygge og afhjælpe en eventuel interessekonflikt, men implementeringsbekendtgørelsen definerer ikke en interessekonflikt og grænsen mellem en interessekonflikt og et almindeligt professionelt samarbejde. Begrebet interessekonflikt bliver til dels defineret i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 42 afsnit 2 til minimum at indbefatte de situationer, hvor ordregivers ansatte, eller en anden aktør end ordregiver, som er involveret i gennemførelsen af udbudsproceduren, eller på anden vis kan påvirke resultatet af udbuddet, har en enten direkte eller indirekte finansiell, økonomisk eller anden personlig interesse, som kan bringe uafhængighed og neutralitet i fare.

Selvom ordlyden af forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 42 afsnit 2 ikke direkte fremgår af implementeringsbekendtgørelsen, må det antages, at definitionen finder anvendelse, da forsyningsvirksomhedsdirektivet dels finder anvendelse som helhed, og dels at bestemmelsens overordnede formål og indhold er implementeret direkte gennem implementeringsbekendtgørelsens § 3. Udbudsdirektivet artikel 24 afsnit 2 og udbudsloven § 24 nr. 18 har samme definition af interessekonflikt som forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 42 afsnit 2. Eftersom både forsyningsvirksomhedsdirektivet, udbudsdirektivet og udbudsloven, som implementerer udbudsdirektivet, har samme definition af begrebet interessekonflikt, kan forarbejderne til udbudsloven i et vist omfang finde analog anvendelse ved en eventuel tvist om interessekonflikt. Udover at udbudslovens forarbejder i et vist omfang kan anvendes til en formålsfortolkning ved eventuel tvivl, findes der ligeledes flere afgørelser fra Klagenævn for Udbud og afgørelser fra EU domstolen, som tager stilling til tvister om interessekonflikt.

I afgørelsen Viking Medical Scandinavia ApS og Heraeus Medical GmbH mod Amgros I/S af 10.2.2017 fra Klagenævn for Udbud angik tvisten blandt andet, hvorvidt der i den konkrete sag forekom en interessekonflikt. I afgørelsen påstod Viking Medical Scandinavia ApS (herefter Viking Medical) og Heraeus Medical GmbH (herefter Heraeus Medical), at ordregiver havde en interessekonflikt med den vindende tilbudsgiver, da en af lægerne, som havde været med til at udarbejde mindstekravene i udbudsmaterialet, også fungerede som principal investigator for den vindende tilbudsgiver. Klagenævn for Udbud kom i den konkrete sag frem til, at der ikke forekom rådgiverinhabilitet, og at der dermed heller ikke var en interessekonflikt, som havde indflydelse på udbuddet. Klagenævn for Udbud lagde vægt på, at stillingen som Principal Investigator var godkendt af de danske sundhedsmyndigheder, og at lægen ikke havde

modtaget nogen form for betaling for sit arbejde i forbindelse hermed. Lægen havde ligeledes ikke modtaget et surrogat for betaling eksempelvis rejseomkostninger, hvorfor Klagenævn for Udbud anså det som et almindeligt professionelt samarbejde, der som udgangspunkt ikke medførte en afhængighed mellem lægen og den vindende tilbudsgiver.

Implementeringsbekendtgørelsen § 3 er i overensstemmelse med de almindelige udbudsretlige principper herunder lighedsprincippet. En interessekonflikt vil stride mod lighedsprincippet, da en interessekonflikt typisk vil forhindre enten, at alle har lige adgang til deltage i udbudsproceduren, har lige adgang til udbudsmaterialet eller på anden vis sættes i en ulige situation i udbuddet.

Bestemmelsen i implementeringsbekendtgørelsen § 3 er med til at forhindre overtrædelsen af lighedsprincippet.

Selvom implementeringen af forbuddet mod en interessekonflikt mangler en definition af begrebet interessekonflikt, må det antages, at i praksis finder definitionen i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 42, udbudsdirektivet artikel 24 og udbudsloven § 4 anvendelse. Definitionen er ens i forsyningsvirksomhedsdirektivet og udbudsdirektivet, hvilket medfører, at forarbejderne til udbudslovens § 4 i et vist omfang kan anvendes analogt ved en eventuel tvist, da de til en vis grad kan fortælle, hvad formålet med bestemmelsen er, og hvor langt bestemmelsen havde til hensigt at strække sig.

## 5.6 Implementeringsbekendtgørelsens §§ 5 og 6

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 giver EU-medlemslandene mulighed for at fastsætte de nærmere angivne regler for ordregivende enhed, om centraliserede indkøbsaktiviteter og indkøbscentraler. I Danmark er forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, stk. 1 afsnit 1 implementeret gennem implementeringsbekendtgørelsens § 5, og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, stk. 1 afsnit 2 implementeres gennem implementeringsbekendtgørelsens § 6, de øvrige bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 er ikke direkte angivet i implementeringsbekendtgørelsen §§ 5 og 6 eller i implementeringsbekendtgørelsen i øvrigt, hvorfor der kan forekomme tvivl om, hvorvidt de øvrige bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 er implementeret.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, stk. 1, afsnit 1 giver EU-medlemslandene mulighed for at fastsætte regler, som tillader, at ordregivende enheder kan erhverve bygge- og anlægsarbejder, varer og/eller tjenesteydelser fra en indkøbscentral, som tilbyder centraliserede indkøbsaktiviteter. Danmark har implementeret forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, stk. 1, afsnit 1 gennem implementeringsbekendtgørelsens § 5, hvilket betyder, at ordregivende enheder i Danmark kan erhverve bygge- og anlægsarbejder, varer og/eller tjenesteydelser fra en indkøbscentral, der tilbyder centraliserede indkøbsaktiviteter. Selvom det fremgår af implementeringsbekendtgørelsens § 5, stk. 1, at bestemmelsen implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, stk. 1, afsnit 1, er ordlyden af

implementeringsbekendtgørelsens § 5, stk. 2 ikke fuldstændig i overensstemmelse hermed. Ordlyden i implementeringsbekendtgørelsens § 5, stk. 2 ligger formulingsmæssigt tættere på ordlyden i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, stk. 1, afsnit 2, 1. pkt., end formuleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, stk. 1, afsnit 1.

Det fremgår af formuleringen i implementeringsbekendtgørelsens §§ 5 og 6, at bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, stk. 1, afsnit 1 og 2 er gældende efter dansk ret. Derudover fremgår det direkte af implementeringsbekendtgørelsens § 6, at bestemmelsen implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, stk. 1, afsnit 2. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, stk. 1, afsnit 1 og 2 implementeres uden tvivl gennem implementeringsbekendtgørelsens §§ 5 og 6 både ved direkte at angive bestemmelserne og ved overordnet at indeholde samme regulering.

Der forekommer dog ved selvsamme bestemmelser i implementeringsbekendtgørelsen §§ 5 og 6 en række uklarheder og usikkerheder. Det kan forekomme uklart, hvorvidt hele bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 er implementeret, eller om kun en del af bestemmelsen finder anvendelse og i så fald hvilken del af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, der kan antages for implementeret i Danmark.

Implementeringsbekendtgørelsens §§ 5 og 6 angiver udelukkende forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, stk. 1, afsnit 1 og 2 men tager ikke direkte stilling til de resterende dele af bestemmelsen. Ordlyden af implementeringsbekendtgørelsens § 6, stk. 2 svarer formulingsmæssigt til bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, stk. 3 om, at udbudsprocedurer varetaget af en indkøbscentral skal gennemføres ved hjælp af elektroniske kommunikationsmidler, som angivet i henholdsvis forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 40 og i Danmark bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016 om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse. Det må antages, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, stk. 3 er gældende efter dansk ret. Det skyldes, at ordlyden i implementeringsbekendtgørelsens § 6, stk. 2 overordnet indeholder samme regulering som forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, stk. 3 og dermed pålægger anvendelsen af elektroniske kommunikationsmidler ved alle udbudsprocedurer varetaget af en indkøbscentral. Det er til trods for at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, stk. 3 ikke direkte angives som en bestemmelse, der implementeres gennem enten implementeringsbekendtgørelsens §§ 5 eller 6.

De øvrige bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 angives ikke direkte af bestemmelsen i implementeringsbekendtgørelsens §§ 5 og 6, og det fremgår ligeledes ikke af ordlyden, at reguleringen i de øvrige bestemmelser er implementeret, hvorfor disse bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 ikke med samme sikkerhed kan antages som implementeret i dansk ret.

Implementeringsbekendtgørelsens § 1 implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivet som helhed, det betyder blandt andet, at de bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivet, som ikke i øvrigt er enten direkte angivet eller indirekte implementeret gennem implementeringsbekendtgørelsens ordlyd, muligvis kan være implementeret gennem den overordnede implementering i implementeringsbekendtgørelsens § 1. Implementeringsbekendtgørelsens § 1 fastsætter udelukkende, at ordregivende enhed skal overholde bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivet. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 er en bestemmelse, hvor EU-medlemslandene frit kan vælge at implementere bestemmelsen gennem den nationale lovgivning.

Eftersom forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder bestemmelser, som EU-medlemslandene frit kan vælge skal være gældende i det pågældende land, er Danmark nødt til i implementeringen at tage stilling til disse valgfri bestemmelser, da det ellers ville skabe en usikkerhed for, hvorvidt bestemmelserne er gældende efter dansk ret eller ej. Det må umiddelbart antages, at implementeringsbekendtgørelsen positivt skal tilkendegive, om de valgfri bestemmelser er gældende efter dansk ret, før de valgfri bestemmelser kan anses som implementeret og gældende efter dansk ret. Såfremt det antages, at implementeringsbekendtgørelsen positivt skal tilkendegive, at en valgfri bestemmelse er gældende, vil de resterende bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 ikke være gældende efter dansk ret, da det hverken fremgår direkte af §§ 5 og 6 i implementeringsbekendtgørelsen eller formuleringen af bestemmelserne i implementeringsbekendtgørelsen i øvrigt.

I udbudsdirektivets artikel 37 findes en tilsvarende bestemmelse til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, som er implementeret gennem udbudslovens §§ 119-122. Modsat forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 er udbudsdirektivets artikel 37 fuldstændigt implementeret gennem udbudslovens §§ 119-122. Der forekommer ikke, som i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, dele af bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 37, hvor det er usikkert om hele bestemmelsen er implementeret.

Danmark har derfor haft en intention om, at hele bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 37 skulle være gældende ret. Hvorvidt det samme er gældende for intentionen ved implementeringen af forsyningsvirksomhedsdirektivet forekommer mere usikkert. Det kan ikke siges med sikkerhed at de bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55, hvor det ikke fremgår tydeligt af ordlyden i implementeringsbekendtgørelsens §§ 5 og 6, kan antages som implementeret. Bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 55 er en samlet bestemmelse, og det kan derfor forekomme uhensigtsmæssigt kun at implementere dele af bestemmelsen. Det har derfor enten været hensigten med den danske implementering, at ikke alle dele af bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivet skulle være gældende i Danmark hvorfor udelukkende de enkelte dele af bestemmelsen, som er direkte angivet,

eller hvor det kan læses af bestemmelsens ordlyd, er gældende efter dansk ret. Alternativet hertil er, at Danmark ikke har haft et ønske om, at dele af bestemmelsen ikke er gældende efter dansk ret, men blot har fremhævet de mest relevante dele af bestemmelsen. Denne løsning skaber dog stor usikkerhed om hvilke bestemmelser, der reelt er gældende og vil derfor umiddelbart virke uhensigtsmæssig.

## 5.7 Implementeringsbekendtgørelsens § 7

Implementeringsbekendtgørelsen § 7 har til hensigt at implementere forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 57. Implementeringsbekendtgørelsens § 7 er en bestemmelse, som giver ordregivende enhed hjemmel til at anvende centraliserede indkøbsaktiviteter tilbudt af indkøbscentraler i et andet EU-medlemsland i overensstemmelse med dette EU-medlemslands nationale bestemmelser. Bestemmelsen i implementeringsbekendtgørelsen § 7 opstiller ikke yderligere betingelser eller krav til ordregiver i forbindelse hermed, ligesom proceduren for et sådan indkøb ikke er fastlagt yderligere i bestemmelsen. Artikel 57 i forsyningsvirksomhedsdirektivet er modsat implementeringsbekendtgørelsens § 7 mere detaljeret, da den dels stiller forbehold til bestemmelsen, og dels kommer med yderligere betingelser og krav.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57 giver den samme mulighed for, at ordregivende enhed kan anvende centraliserede indkøbsaktiviteter tilbudt af indkøbscentraler i et andet EU-medlemsland, ligesom den danske implementering i implementeringsbekendtgørelsens § 7. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57 indeholder ydermere et forbehold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28-31. Artikel 28 omhandler inhouse kontrakter, det vil sige kontrakter mellem ordregivende myndigheder, artikel 29 omhandler kontrakter tildelt tilknyttede virksomheder, artikel 30 omhandler kontrakter der tildeles et joint venture, eller en ordregivende enhed, som deltager i et joint venture.

Implementeringsbekendtgørelsens § 7 tager ikke et sådant forbehold. Det giver en usikkerhed for, om forbeholdet, som gives i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 1, afsnit 1, er gældende efter dansk ret, når implementeringsbekendtgørelsen ikke klart tager stillingen til forbeholdet. Et direktiv har ikke direkte virkning i de enkelte EU-medlemslande, men skal derimod implementeres gennem den nationale lovgivning. Det betyder, at forbeholdet i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 57, stk. 1, afsnit 1 som udgangspunkt udelukkende er gældende ret, såfremt det bliver implementeret.

Implementeringsbekendtgørelsens § 1 fastsætter, at ordregivende enhed skal overholde bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivet. Ordlyden af implementeringsbekendtgørelsen § 1 er en overordnet implementering, som ikke tager stillingen til de enkelte bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivet. Udvalgte bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivet bliver særskilt behandlet i implementeringsbekendtgørelsen, hvor implementeringen af disse udvalgte bestemmelser er mere detaljeret.

Implementeringsbekendtgørelsen § 7 forholder sig til reguleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 57 uden at angive den specifikke artikel i forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det må antages, at når implementeringsbekendtgørelsen tager stilling til specifikke bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal denne implementering vægtes højere end den overordnede implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet i implementeringsbekendtgørelsens § 1. Denne antagelse bygger på princippet om, at *lex specialis* i en lovkonflikt vægtes højere end *lex generalis*. Hvorvidt forbeholdet i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 57, stk. 1, afsnit 1 er gældende ret, selvom det ikke er direkte angivet ved implementeringen i implementeringsbekendtgørelsens § 7, må afhænge af en fortolkning. Forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 57 findes i en tilsvarende bestemmelse i udbudsdirektivets artikel 39, som er implementeret gennem udbudsloven §§ 124-126. Bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57 og udbudsdirektivets artikel 39 indeholder overordnet den samme regulering.

I forsyningsvirksomhedsdirektivet tages der forbehold for artikel 28-31, hvorimod der i udbudsdirektivet udelukkende tages forbehold for artikel 12 om offentlige kontrakter mellem enheder i den offentlige sektor. Forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 28 og udbudsdirektivet artikel 12 indeholder den samme regulering, udbudsdirektivet har dog ikke nogen tilsvarende bestemmelser til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 29-31. Udbudsdirektivet regulerer således ikke kontrakter, der tildeles en tilknyttet virksomhed eller kontrakter, der tildeles et joint venture eller en ordregivende enhed, der deltager i et joint venture. Forbeholdet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 1, afsnit 1 er således mere omfattende end forbeholdet i udbudsdirektivets artikel 39, stk. 1, afsnit 1. Formålet med forbeholdet må anses som det samme i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57 og i udbudsdirektivets artikel 39. Eftersom forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57 og udbudsdirektivets artikel 39 indeholder samme regulering om ordregivers mulighed for at anvende centraliserede indkøbsaktiviteter tilbudt af en indkøbscentral beliggende i et andet EU-medlemsland end ordregiver, kan implementeringen af udbudsdirektivet i et vist omfang anvendes som udfyldning for den manglende implementering i implementeringsbekendtgørelsen. Derudover kan implementeringen af udbudsdirektivets artikel 39 anvendes ved en formålsfortolkning af, hvor omfattende implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57 i implementeringsbekendtgørelsens § 7 skal forstås.

Implementeringen af udbudsdirektivet kan ligeledes i et vist omfang anvendes, såfremt der opstår tvivl om bestemmelsens indhold. Udbudsloven §§ 124-126 implementerer udbudsdirektivet artikel 39, men bestemmelserne i udbudsloven tager hverken i de specifikke paragraffer eller i forarbejderne hertil stillingen til forbeholdet i udbudsdirektivet artikel 39, stk. 1, afsnit 1. Implementeringsbekendtgørelsens § 7 tager ligeledes ikke stilling til forbeholdet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 1, afsnit 1. Den



manglede implementering af forbeholdet i udbudsloven får ikke umiddelbart en direkte betydning for implementeringen af forsyningsvirksomhedsdirektivet, da §§ 124-126 er en del af udbudsloven afsnit 2. Afsnit 2 og afsnit 3 i udbudsloven finder ikke anvendelse for kontrakter omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. Udbudsloven § 18. Det betyder, at selvom udbudsloven ikke tager stilling til forbeholdet, udelukker det ikke, at forbeholdet stadigvæk er gældende efter forsyningsvirksomhedsdirektivet og implementeringen af denne.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 57 og forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 28-31 omhandler forskellige situationer, hvorfor de ikke nødvendigvis vil være i strid med hinanden. Forbeholdet i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 57, stk. 1, afsnit 1 understreger blot, at situationer omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 28-31 ikke skal følge fremgangsmåden fastsat i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 57. Forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 28-31 må anses som fuldt ud implementeret gennem implementeringsbekendtgørelsens § 1 og er derfor uden tvivl gældende i Danmark. Forbeholdet i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 57, stk. 1, afsnit 1 understreger, at ordregiver skal være opmærksom på, at de forskellige situationer skal overholde forskellige regler. Det betyder således, at såfremt ordregiver ønsker at anvende centraliserede indkøbsaktiviteter tilbudt af en indkøbscentral beliggende i et andet EU-medlemsland, finder forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 57 anvendelse; hvorimod hvis en kontrakt tildeles en tilknyttet virksomhed, finder forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 29 anvendelse. Eftersom forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28-31 er fuldt ud implementeret, må det antages, at forbeholdet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 1, afsnit 1 ligeledes er gældende ret. Det skyldes, at en manglende implementering af forbeholdet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 1, afsnit 1 ikke ville have betydning for bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 28-31, som må anses som implementeret.

Implementeringsbekendtgørelsens § 7 implementerer kun en del af forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 57 direkte i dansk ret, da ordlyden af implementeringsbekendtgørelsens § 7 udelukkende implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 2, afsnit 1 direkte i dansk ret.

Implementeringsbekendtgørelsens § 7 angiver ikke forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, og det kan derfor forekomme uklart, om hele bestemmelsen er gældende ret, eller om det udelukkende er forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 2, afsnit 1, som uden tvivl er implementeret gennem bestemmelsens ordlyd.

Forbeholdet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 1, afsnit 1 er ikke direkte implementeret gennem ordlyden i implementeringsbekendtgørelsens § 7. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 2, afsnit 2 omhandler EU-medlemslandenes mulighed for at præcisere ordregivende enheds mulighed for at anvende centraliserede indkøbsaktiviteter tilbudt af indkøbscentraler, således at det kun må gennemføres

som defineret i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 2, nr. 10, litra a og b, og at det ikke direkte er implementeret gennem implementeringsbekendtgørelsens § 7. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 2, afsnit 2 er ikke en bestemmelse, som EU-medlemslandene er forpligtet til at implementere, men er derimod en bestemmelse, som EU-medlemslandene frit kan vælge skal være gældende i det pågældende land ved at implementere bestemmelsen. Hverken implementeringsbekendtgørelsens § 7 eller de øvrige bestemmelser i implementeringsbekendtgørelsen præciserer ordregivende enheds mulighed for at anvende centraliserede indkøbsaktiviteter tilbudt af indkøbscentraler til kun at må gennemføres som defineret i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 2, nr. 10, litra a og b. Det må derfor antages, at ordregivende enhed ikke i Danmark er omfattet af begrænsningen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 2 afsnit 2.

I Danmark er forsyningsvirksomhedsdirektivet implementeret som helhed gennem implementeringsbekendtgørelsens § 1 dog således, at de bestemmelser, hvor EU-medlemslandene efterlades en mulighed til enten at implementerer bestemmelsen eller ej, uddybes yderligere i implementeringsbekendtgørelsens øvrige bestemmelser. EU-medlemslandene kan, når forsyningsvirksomhedsdirektivet tillader det, uddybe eller skærpe visse bestemmelser ved implementeringen nationalt. I disse tilfælde er bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivet specifikt angivet i implementeringsbekendtgørelsen og tager stilling til, om en valgfri bestemmelse skal være gældende efter dansk ret, eller om bestemmelsen eventuelt skal udvides, i det omfang forsyningsvirksomhedsdirektivet tillader det. Det fremgår af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 2, afsnit 2, at EU-medlemslandene kan vælge at præcisere, at ordregivende enhed kun må gennemføre centraliserede indkøbsaktiviteter som defineret i artikel 2, nr. 10, litra a eller b. Der fremgår ikke i implementeringsbekendtgørelsen en sådan præcisering, og det må derfor antages, at der i Danmark ikke har været et ønske om en sådan præcisering. De resterende bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57 efterlader ikke EU-medlemslandene med samme valgfrihed, og EU-medlemslandene er dermed forpligtede til at implementere den resterende bestemmelse tilstrækkeligt og korrekt i dansk ret. Har et EU-medlemsland ikke implementeret bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivet tilstrækkeligt, risikerer det pågældende land en økonomisk sanktion.<sup>21</sup> Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3 er ikke en bestemmelse, hvor EU-medlemslandene frit kan vælge, hvorvidt den skal gælde i det pågældende land.

Implementeringsbekendtgørelsens § 7 omhandler implementeringen af dele af bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, herunder forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 57, stk. 3,

---

<sup>21</sup> Europa-kommissionen: Traktatbrudsprocedure. Udgivet af Europa-kommissionen. Internetadresse: [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure\\_da](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_da) - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)

afsnit 1. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3, afsnit 2 er ikke umiddelbart implementeret gennem ordlyden i implementeringsbekendtgørelsens § 7.

Implementeringsbekendtgørelsens § 1 implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivet som helhed, og det må antages, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3, afsnit 2 bliver implementeret herigennem, da bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3 ikke er en bestemmelse de enkelte EU-medlemslande frit kan vælge skal være gældende eller ej, når forsyningsvirksomhedsdirektivet implementeres i den nationale lovgivning.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3 afsnit 1, som er implementeret gennem implementeringsbekendtgørelsens § 7 fastsætter, at når en indkøbscentral, som er beliggende i et andet EU-medlemsland, leverer centraliserede indkøbsaktiviteter, skal disse gennemføres i overensstemmelse med reglerne i det EU-medlemsland, hvori indkøbscentralen er beliggende.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3, afsnit 2 fastsætter i hvilke andre tilfælde de nationale bestemmelser i det pågældende EU-medlemsland, som indkøbscentralen er beliggende i, finder anvendelse. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3, afsnit 2 er ikke implementeret gennem implementeringsbekendtgørelsens § 7, men er derimod implementeret gennem den overordnede implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet i implementeringsbekendtgørelsens § 1.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3, litra a fastsætter, at den nationale regulering, hvor indkøbscentralen er beliggende, finder anvendelse ved tildeling af kontrakter, når der anvendes et dynamisk indkøbssystem; og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3, litra b fastsætter, at den nationale regulering finder anvendelse, hvor indkøbscentralen er beliggende, ved gennemførelse af fornyet konkurrence i henhold til en rammeaftale.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3 har en tilsvarende bestemmelse i udbudsdirektivets artikel 39, stk. 3. Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 3 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3 er dog ikke fuldstændig ens, da udbudsdirektivets artikel 39, stk. 3 foruden litra a og b indeholder et litra c, som bestemmer, at reguleringen i det EU-medlemsland, hvor indkøbscentralen er beliggende, finder anvendelse, når der er truffet beslutning om, hvilke økonomiske aktører, der er part i rammeaftalen og skal udføre en given opgave i henhold til udbudsdirektivet artikel 33, stk. 4, litra a eller b.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3 og udbudsdirektivet artikel 39, stk. 3 er således tæt på at have den samme ordlyd og indeholder samme regulering. Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 3, litra c henviser til udbudsdirektivets artikel 33, stk. 4, litra a og b, som omhandler rammeaftaler med mere end en økonomisk aktør. Der findes ikke en tilsvarende bestemmelse i forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvorfor det forekommer naturligt, at forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke indeholder et litra c på samme måde, som udbudsdirektivets artikel 39, stk. 3 gør.

Den sidste del af udbudslovens § 124 implementerer udbudsdirektivets artikel 39, stk. 3, afsnit 1, men indeholder ikke en bestemmelse om implementering af udbudsdirektivets artikel 39, stk. 3, afsnit 2. Der findes ikke i udbudsloven en bestemmelse, som direkte implementerer udbudsdirektivets artikel 39, stk. 3, afsnit 2. Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 3, afsnit 2, som ikke fremgår direkte af udbudslovens § 124, er den del af bestemmelsen i udbudsdirektivet, som fraviger ordlyden i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3. Implementeringen af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3, afsnit 2 kan derfor ikke ved en eventuel fortolkningstvivil anvende udbudslovens ordlyd eller forarbejder som inspirationen til en formålsfortolkning. Det skyldes dels at bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3, afsnit 2 og udbudsdirektivets artikel 39, stk. 3, afsnit 2 ikke har samme ordlyd, og dels at bestemmelsen ikke fremgår af udbudsloven, hvorfor der ikke forekommer forarbejder, der kan hjælpe ved en eventuel tvivl. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3, afsnit 1 har derimod næsten samme ordlyd som udbudsdirektivets artikel 39, stk. 3, afsnit 1, som er implementeret i udbudsloven gennem udbudslovens § 124. Forarbejderne til udbudslovens § 124 kan anvendes til inspiration ved en eventuel fortolkningstvivil af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3, afsnit 1. Udbudslovens § 124 er dog ikke gældende for forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. udbudslovens § 18. Forarbejderne til udbudslovens § 124 kan derfor udelukkende anvendes som inspiration til en eventuel formålsfortolkning af bestemmelsen, da udbudslovens § 124 implementerer udbudsdirektivets artikel 39, stk. 3, afsnit 1, som har samme ordlyd som forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3, afsnit 1. Forarbejderne til udbudsloven § 124 behandler kun kort den fastsatte bestemmelse om, at den nationale lovgivning i det land, hvor indkøbscentralen er beliggende, finder anvendelse ved at uddybe, at dette gælder i alle led i udbudsproceduren, herunder kontrakter tildelt på baggrund af dynamisk indkøbssystem og i henhold til rammeaftale. Forarbejderne til udbudslovens § 124 behandler således bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 39, stk. 3, afsnit 2, som bortset fra litra c har samme ordlyd som forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3, afsnit 2.

Implementeringsbekendtgørelsens § 7 implementerer som tidligere nævnt ikke direkte hele ordlyden af forsyningsvirksomhedsdirektivet, da de konkrete detaljer af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3, afsnit 2 ikke fremgår af implementeringsbekendtgørelsens § 7. Det må dog antages, at hele bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3 er gældende efter dansk ret, da forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3, afsnit 2 kan anses som en uddybning af bestemmelsens afsnit 1, hvorfor det ikke er nødvendigt at have bestemmelsens fulde ordlyd med i implementeringsteksten. Derudover vil det forekomme unaturligt, hvis ikke forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk., afsnit 2 finder anvendelse på lige fod med afsnit 1. Udbudsloven har ligesom implementeringsbekendtgørelsen ikke inkluderet hele ordlyden i bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 39, stk. 3, men det kan læses af

forarbejderne til udbudslovens § 124, at bestemmelsen implementerer udbudsdirektivets artikel 39, stk. 3. Både udbudsloven og implementeringsbekendtgørelsen har derfor ikke implementeret bestemmelsens fulde ordlyd i henholdsvis udbudsdirektivets artikel 39, stk. 3 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3, men formålet med bestemmelsen i udbudsloven var at implementere hele bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 39, stk. 3, og det må antages, at implementeringen i implementeringsbekendtgørelsens § 7 har haft samme formål. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 3 må derfor anses som gældende efter dansk ret.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 4 fastsætter, at ordregivende enheder fra forskellige EU-medlemslande, som f.eks. tildeler en kontrakt i fællesskab, skal indgå en aftale, som dels fastlægger parternes ansvar og hvilke nationale regler, der finder anvendelse og dels fastlægger den interne organisering af udbudsproceduren.

Bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 57, stk. 4 er ikke direkte implementeret i implementeringsbekendtgørelsens § 7. Implementeringsbekendtgørelsens § 7 giver ordregivende enheder mulighed for at anvende centraliserede indkøbsaktiviteter tilbudt af indkøbscentraler beliggende i et andet EU-medlemsland og fastslår, at ved en sådan anvendelse af centraliserede indkøbsaktiviteter fra en indkøbscentral beliggende i et andet EU-medlemsland finder den nationale regulering i det pågældende land anvendelse. Selvom forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 4 ikke er direkte implementeret gennem implementeringsbekendtgørelsens § 7, må det antages, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 4 er implementeret gennem implementeringsbekendtgørelsens § 1.

I udbudsdirektivets artikel 39, stk. 4 findes en tilsvarende bestemmelse til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 4, der har enslydende ordlyd. Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 4, afsnit 1 er implementeret gennem udbudslovens § 125, som implementeres ved at have en ordlyd tæt på den, der kan findes i udbudsdirektivet. § 125 implementerer ikke direkte udbudsdirektivets artikel 39, stk. 4, afsnit 2, men da denne bestemmelse er en uddybning af forpligtelsen i udbudsdirektivet artikel 39, stk. 4, afsnit 1 ved blandt andet at fastlægge regler om, at ordregiver kan fordele specifikke ansvarsområder, og at dette skal fremgå af udbudsdokumenterne. Eftersom udbudsdirektivets artikel 39, stk. 4, afsnit 2 er en uddybning af reglerne i afsnit 1, må det antages, at hele bestemmelsen er gældende ret. I det tilfælde at der skulle opstå en tvivl om, hvordan ordlyden af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 4 skal forstås, kan forarbejderne til udbudslovens § 125 i et vist omfang anvendes til en formålsfortolkning. Forarbejder vil dog komme i anden række til f.eks. præamblerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet og eventuelle afgørelser fra Klagenævn for Udbud, de nationale domstole eller EU-domstolen, da udbudsloven § 125 ikke er en implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 4 og som udgangspunkt ikke finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. udbudslovens § 18. Forarbejderne til

udbudslovens § 125 uddyber kort bestemmelsen ved f.eks. at angive at fordelingen af ansvarsområde og national lovgivning, som finder anvendelse på udbudsprocedurerne i udbudsmaterialet.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 4, er implementeret ved implementeringsbekendtgørelsens § 1. Såfremt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 4s ordlyd ikke alene er nok til at afgøre en eventuel tvist, kan forarbejderne til udbudslovens § 125 anvendes, da § 125 implementerer udbudsdirektivets artikel 39, stk. 4, som har næsten samme ordlyd som forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 4.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 5 er på samme måde som forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 4 ikke direkte implementeret gennem implementeringsbekendtgørelsens § 7, men bliver derimod implementeret gennem implementeringsbekendtgørelsens § 1, som implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivet som helhed. I udbudsdirektivets artikel 39, stk. 5 findes en tilsvarende bestemmelse til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 5. Udbudsdirektivets artikel 39, stk. 4 er implementeret i Danmark gennem udbudslovens § 126, forarbejderne til denne bestemmelse kan i et vist omfang anvendes ved fortolkningstvivil af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 57, stk. 5, det er dog vigtigt at huske, at udbudslovens § 126 ikke implementerer bestemmelser fra forsyningsvirksomhedsdirektivet.

## 5.8 Implementeringsbekendtgørelsens § 8

Implementeringsbekendtgørelsens § 8 omhandler implementeringen af reguleringen vedrørende mærker, testrapport, certificering og passende dokumentation, kvalitetsstandarder og miljøledelsesstandarder. Implementeringsbekendtgørelsens § 8 fastsætter, at udbudslovens § 46, stk. 3 og 4, § 48, § 157, stk. 2 og 3 og § 158, stk. 2 og 3 finder anvendelse for kontrakter udbudspligtige efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Implementeringsbekendtgørelsens § 8 er således den første bestemmelse i implementeringsbekendtgørelsen, der henviser direkte til udbudsloven. Implementeringen af bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, 62 og 81 sker således gennem udbudslovens bestemmelser. Udbudsloven er en mere detaljeret regulering af udbud end implementeringsbekendtgørelsen. Ved en mere detaljeret regulering skabes ligeledes en bedre retssikkerhed, da de enkelte aktører med en mere detaljeret regulering lettere kan gennemskue og forudse deres retsstillingen ved udbud. En mere kortfattet regulering vil typisk forekomme mere uklar og oftere give anledning til flere tvister. Foruden en mere detaljeret regulering i udbudsloven fremfor implementeringsbekendtgørelsen vægtes en lov højere end en bekendtgørelse i den retlige trinfølge. Implementeringsbekendtgørelsen har konsekvent enten en ordlyd der minder om den tilsvarende bestemmelse i forsyningsvirksomhedsdirektivet, eller den har en direkte henvisning til forsyningsvirksomhedsdirektivet ved at angive, at den konkrete bestemmelse i

forsyningsvirksomhedsdirektivet finder anvendelse. I udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet skal ordregiver orientere sig i tre forskellige regelsæt, da udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet i Danmark dels er reguleret af implementeringsbekendtgørelsen, dels er reguleret af forsyningsvirksomhedsdirektivet og dels er reguleret af udbudsloven, hvilket blandt andet ses gennem implementeringsbekendtgørelsens § 8. En af ulemperne ved at fordele reguleringen af udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet mellem flere regelsæt er, at det øger risikoen for, at ordregiver eller andre relevante aktører mister overblikket over reguleringen og hvilke bestemmelser, der er gældende, samt hvilke forpligtelser de pålægges.

Udbudslovens afsnit 2 og afsnit 3 finder som udgangspunkt ikke anvendelse på kontrakter og projektkonkurrencer, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. udbudslovens § 18. De i implementeringsbekendtgørelsens § 8 angivne bestemmelser er alle placeret i udbudslovens afsnit 2. Det vil som udgangspunkt betyde, at bestemmelserne ikke er gældende for kontrakter udbudspligtige efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, men da det konkret fremgår af ordlyden i implementeringsbekendtgørelsens § 8, at udbudslovens § 46, stk. 3 og 4, § 48, § 157, stk. 2 og 3 og § 158, stk. 2 og 3 finder anvendelse for kontrakter udbudspligtige efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, er det en undtagelse til hovedreglen i udbudslovens § 18, hvorfor de angivne bestemmelser finder anvendelse for kontrakter udbudspligtige efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

De mange henvisninger og undtagelsen til hovedreglen kan medvirke til, at ordregiver eller tilbudsgiver mister overblikket over hvilke bestemmelser, der er gældende i det konkrete udbud. Det kan forekomme forvirrende, at reguleringen af udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet sker gennem flere regelsæt, og der kan i den forbindelse opstå tvivl om, hvilket regelsæt er gældende hvornår. Udbudslovens §§ 46, 48, 157 og 158 implementerer overordnet udbudsdirektivets artikel 43, artikel 44 og artikel 62. Udbudsdirektivets artikel 43 omhandler mærker, og bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61 har en enslydende ordlyd og fastsætter overordnet de samme regler for kontrakter udbudspligtige efter udbudsdirektivet og kontrakter udbudspligtige efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Udbudsdirektivets artikel 44 omhandler testrapporter, certificering og anden dokumentation, og der findes i forsyningsvirksomhedsdirektivet en tilsvarende bestemmelse i artikel 62, som har enslydende ordlyd og fastsætter de samme regler for udbud omfattet af udbudsdirektivet og udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Udbudsdirektivets artikel 62 omhandler kvalitetssikringsstandarder og miljøledelsesstandarder, og der findes en tilsvarende bestemmelse i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 81 med en enslydende ordlyd, der fastsætter samme regler for udbud efter udbudsdirektivet og udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Bestemmelserne i udbudsloven, der henvises til i implementeringsbekendtgørelsen, implementerer således bestemmelser i udbudsdirektivet, der har

næsten samme ordlyd som de tilsvarende bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Udbudsdirektivets artikel 43, 44 og 62 indeholder blandt andet en bestemmelse, som fastsætter, at ordregiver skal acceptere relevant dokumentation fra de økonomiske aktører, som ikke inden for en nærmere angivet frist har haft mulighed for eksempelvis i udbudsdirektivets artikel 43 at overholde det i udbudsmaterialet angivne mærkekrav ved at anskaffe det konkrete mærke eller et tilsvarende mærke. I den danske implementering af udbudsdirektivets artikel 43, 44 og 62 udvides den konkrete bestemmelse til at inkludere både økonomiske aktører, som ikke havde mulighed for at anskaffe sig mærket inden for den angivne frist, og økonomiske aktører, som havde mulighed for at anskaffe mærket. Det betyder således, at i Danmark skal ordregiver altid acceptere passende dokumentation, hvis en økonomisk aktør ikke har mulighed for at anskaffe det konkrete mærke eller et tilsvarende inden for den angivne frist, og hvis en økonomisk aktør har haft mulighed for at anskaffe sig mærket. Ordregiver skal udelukkende acceptere passende dokumentation fra en økonomisk aktør, som har haft mulighed for at anskaffe det krævede mærke inden for den fastsatte frist, såfremt ordregiver ikke skal bruge uhensigtsmæssigt mange ressourcer hertil. Hvorvidt ordregiver har anvendt uhensigtsmæssigt mange ressourcer vil afhænge af en konkret vurdering, hvor der kan sammenlignes med, hvor mange ressourcer ordregiver skal anvende for at konstatere, at en økonomisk aktør er i besiddelse af det krævede mærke. Bestemmelsen om mærker er således udvidet i den danske implementering, og den samme udvidelse ses i henholdsvis bestemmelsen om testrapporter, certificering og anden dokumentation, og bestemmelsen om kvalitetssikringsstandarder og miljøledelsesstandarder. Udvidelsen i den danske implementering må anses som en lovlig udvidelse af bestemmelserne i udbudsdirektivet, da den danske implementering ikke her strider mod udbudsdirektivets bestemmelser og opfylder udbudsdirektivets overordnede formål. Udvidelsen af udbudsdirektivets artikel 43, 44 og 62 i udbudslovens §§ 46-48 og §§ 157-158 finder ligeledes anvendelse på bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, 62 og 81, da implementeringsbekendtgørelsens § 8 specifikt henviser til de dele af bestemmelserne i udbudsloven, som udvider anvendelsen.

Bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, 62 og 81 er udelukkende gældende efter dansk ret, hvis de er implementeret gennem den danske lovgivning i dette tilfælde enten udbudsloven eller implementeringsbekendtgørelsen.

Implementeringsbekendtgørelsens § 8 henviser udelukkende til udvidelsen i udbudslovens § 46, stk. 3 og 4, § 48, § 157, stk. 2 og 3 og § 158, stk. 2 og 3, men ikke til bestemmelserne i øvrigt og dermed ikke til de dele af bestemmelserne, der kan udledes direkte af henholdsvis udbudsdirektivets artikel 43, 44 og 62 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, 62 og 81. Hvorvidt henvisningen til udbudslovens § 46, stk. 3 og 4, § 48, § 157, stk. 2 og 3 og § 158, stk. 2 og 3 i implementeringsbekendtgørelsens § 8 skal forstås som en implementering af bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, 62 og 81, (dog således



at udvidelsen i udbudslovens § 46, stk. 3 og 4, § 48, § 157, stk. 2 og 3 og § 158, stk. 2 og 3 ligeledes er gældende for udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet), eller om implementeringen skal forstås således at udelukkende udvidelsen i udbudslovens § 46, stk. 3 og 4, § 48, § 157, stk. 2 og 3 og § 158, stk. 2 og 3 er gældende efter dansk ret kan ikke siges med sikkerhed.

Ordlyden af implementeringsbekendtgørelsens § 8 antyder umiddelbart, at det udelukkende er den danske udvidelse i udbudslovens § 46, stk. 3 og 4, § 48, § 157, stk. 2 og 3 og § 158, stk. 2 og 3, som er gældende for udbud i Danmark omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det skyldes, at den eneste direkte henvisning, som kan læses af implementeringsbekendtgørelsens § 8, er til udvidelsen i udbudsloven. Det vil sige, at der ikke henvises til de resterende bestemmelser i enten udbudsloven eller forsyningsvirksomhedsdirektivet. Implementeringsbekendtgørelsens § 8 fastsætter dog, at udvidelsen i udbudslovens § 46, stk. 3 og 4, § 48, § 157, stk. 2 og 3 og § 158, stk. 2 og 3 finder anvendelse, hvis ordregivende enhed i et udbud fastsætter krav til enten mærker, testrapporter, eller certifikater, eller kvalitetssikringsstandarder, eller miljøstandarder i henhold til henholdsvis forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, artikel 62 og artikel 81. Implementeringen i implementeringsbekendtgørelsens § 8 antager derfor, at ordregiver i udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet kan stille krav til mærker, testrapporter, eller certifikater og kvalitetssikringsstandarder og miljøledelsesstandarder i overensstemmelse med forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, 62 og 81. Implementeringsbekendtgørelsens § 8 har derfor dels en ordlyd, som udelukkende implementerer en lille del af bestemmelserne i udbudslovens § 46, stk. 3 og 4, § 48, § 157, stk. 2 og 3 og § 158, stk. 2 og 3 om mærker, testrapporter, certificering og anden dokumentation og kvalitetssikringsstandarder og miljøledelsesstandarder, og dels en ordlyd, der antyder, at bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, 62 og 81 er gældende efter dansk ret. Hvorvidt antydningen i implementeringsbekendtgørelsens § 8 er tilstrækkeligt til at antage, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, 62 og 81 finder anvendelse i Danmark kan ikke med sikkerhed fastslås og ville i sidste ende skulle afgøres af Klagenævn for Udbud eller domstolen. Såfremt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, 62 og 81 ikke er implementeret, vil den danske implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke være tilstrækkelig, da hverken forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, 62 eller 81 er bestemmelser, EU-medlemslandene frit kan vælge at implementere.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, 62 og 81 er ikke implementeret igennem udbudsloven, da bestemmelserne i udbudsloven, som omhandler mærker, testrapporter, certificering eller anden dokumentation og kvalitetssikringsstandarder og miljøledelsesstandarder, fremgår af udbudslovens afsnit 2, som ikke er gældende for kontrakter eller projektkonkurrencer omfattet af

forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. udbudslovens § 18. Implementeringsbekendtgørelsens § 8 henviser til dele af bestemmelserne i udbudslovens §§ 46-48 og §§ 157-158, som omhandler mærker, certificering eller anden dokumentation og kvalitetssikringsstandarder og miljøledelsesstandarder. Der henvises ikke til bestemmelserne i udbudsloven som helhed, men derimod en specifik del af bestemmelse, der er en udvidelse af bestemmelserne, der fremgår af udbudsdirektivets artikel 43, 44 og 62 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, 62 og 81. Det betyder overordnet, at udbudsloven og implementeringsbekendtgørelsens § 8 ikke implementerer bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, 62 og 81 som helhed. Det fremgår af implementeringsbekendtgørelsen, at bestemmelserne i udbudslovens § 46, stk. 3 og 4, § 48, § 157, stk. 2 og 3 og § 158, stk. 2 og 3 finder anvendelse i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, 62 og 81. Udvidelsen i udbudsloven er dermed ligeledes gældende for kontrakter udbudspligtige efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Implementeringsbekendtgørelsens § 8 antager, at bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivet er gældende efter dansk ret, da en udvidelse af bestemmelserne ikke vil give mening, såfremt hoveddelen af bestemmelsen ikke finder anvendelse efter dansk ret. Derudover vil en manglende implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, 62 og 81 betyde, at Danmark har misligholdt sine EU-retlige forpligtelser til at implementere direktiver korrekt og rettidigt. På baggrund af ovenstående må det antages, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, 62 og 81 er implementeret gennem implementeringsbekendtgørelsens § 1 og derfor er gældende, da en manglende implementering vil stride mod Danmarks forpligtelse til at implementere EU-direktiver gennem den nationale lovgivning; og udvidelsen, der fremgår af udbudslovens § 46, stk. 3 og 4, § 48, § 157, stk. 2 og 3 og § 158, stk. 2 og 3, ville være meningsløs for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, selvom udvidelsen tydeligt er implementeret gennem implementeringsbekendtgørelsens § 8. Implementeringsbekendtgørelsens § 8 antyder ligeledes, at bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 61, 62 og 81 er gældende efter dansk ret, hvilket antyder, at lovgiver havde en intention om, at bestemmelserne skulle være gældende, hvorfor det kan antages, at de er implementeret efter implementeringsbekendtgørelsens § 1.

## 5.9 Implementeringsbekendtgørelsens § 9

Implementeringsbekendtgørelsens § 9 omhandler ordregivers mulighed for at udbyde særskilte delaftaler i stedet for at udbyde en samlet kontrakt, herunder hvad der skal anføres i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at bekræfte interessetilkendegivelse, når ordregiver udbyder delaftaler i stedet for en samlet kontrakt. Implementeringsbekendtgørelsens § 9 implementerer dele af reguleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65 dog således, at forsyningsvirksomhedsdirektivets 65, stk. 4 ikke er implementeret herigennem.

Implementeringsbekendtgørelsens § 9, stk. 1 implementerer reguleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 1, afsnit 1, der giver ordregiver mulighed for at udbyde særskilte delkontrakter i stedet for en samlet kontrakt. Implementeringsbekendtgørelsens § 9, stk. 2 fastsætter dels i nr. 1, at ordregiver skal anføre, om en tilbudsgiver kan afgive tilbud på en, flere eller alle delaftaler i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at bekræfte interessetilkendegivelsen; og dels at ordregiver skal anføre, om en tilbudsgiver kan tildeles en, flere eller alle delkontrakter, og såfremt de kan, hvordan delkontrakter kan kombineres i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at bekræfte interessetilkendegivelsen.

Implementeringsbekendtgørelsens § 9, stk. 2, nr. 1 implementerer reguleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 1, afsnit 2. Implementeringsbekendtgørelsens § 9, angiver ikke bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65. Der kan ikke være tvivl om, at implementeringsbekendtgørelsens § 9, stk. 2, nr. 1 implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 1, afsnit 2, da bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivet dels ikke er en bestemmelse EU-medlemslandene frit kan vælge at implementere, og dels at ordlyden i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 1, afsnit 1 og implementeringsbekendtgørelsens § 9, stk. 2, nr. 1 indeholder samme regulering, og bestemmelsen er derfor implementeret i overensstemmelse med EU-retten.

Implementeringsbekendtgørelsens § 9, stk. 2, nr. 2 implementerer reguleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 3. Det fremgår af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 3 at EU-medlemslandene kan fastsætte den nærmere regulering i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 3, og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 1 og 2 er derfor ikke en bestemmelse, som Danmark er forpligtet til at implementere. Det fremgår ikke med henvisning til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 3 i implementeringsbekendtgørelsens § 9, stk. 2, nr. 2, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 3 er implementeret i Danmark og dermed er gældende. Det fremgår derimod af ordlyden af implementeringsbekendtgørelsens § 9, stk. 2, nr. 2, da den indeholder samme regulering som bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 3. Indholdet af bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 3 kan derfor med sikkerhed antages som implementeret gennem implementeringsbekendtgørelsens § 9, stk. 2, nr. 2.

Implementeringsbekendtgørelsens § 9, stk. 3 implementerer reguleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 2 om ordregivers forpligtelse til, når der udbydes delkontrakter, i udbudsbekendtgørelsen, i opfordringen til at bekræfte interessetilkendegivelse eller i udbudsmaterialet, at anføre de objektive og ikkediskriminerende kriterier, som ved tildelingen af delkontrakter er afgørende, herunder hvordan en eller flere delkontrakter tildeles, hvis kriterierne resulterer i, at en enkelt tilbudsgiver får tildelt flere delkontrakter, end det maksimale antal en tilbudsgiver

kan få tildelt. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 2 er ikke en bestemmelse, hvor EU-medlemslandene frit kan vælge, om bestemmelsen skal være gældende i det pågældende land, men derimod en bestemmelse, som EU-medlemslandene skal implementere gennem den nationale ret for at undgå en økonomisk sanktion for en utilstrækkelig implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Implementeringsbekendtgørelsens § 9, stk. 3 henviser ikke direkte til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 2, men ordlyden i de to bestemmelser indeholder samme regulering, og formuleringen af implementeringsbekendtgørelsens § 9, stk. 3 er tilstrækkelig til at anse forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 2 som implementeret efter dansk ret.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 1-3 er således implementeret gennem implementeringsbekendtgørelsens § 9. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 4 er derimod hverken angivet i implementeringsbekendtgørelsens § 9 eller i implementeringsbekendtgørelsen i øvrigt, heller ikke implementeringsbekendtgørelsens § 9 har en sådan ordlyd, at forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 4 kan anses som implementeret. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 65, stk. 4 giver EU-medlemslandene en mulighed for at gøre tildelingen af kontrakter i form af separate delkontrakter og betingelser, der fastsættes i den nationale lovgivning og i overensstemmelse med EU-retten, obligatorisk. Bestemmelsen pålægges dog ikke EU-medlemslandene, og Danmark kan derfor frit vælge ikke at implementere bestemmelsen og fastsætte nærmere betingelser uden at pådrage sig økonomiske sanktioner fra EU.

## 5.10 Implementeringsbekendtgørelsens § 10

Implementeringsbekendtgørelsens § 10 omhandler ordregivers forpligtelse og/eller mulighed for at udelukke en eller flere tilbudsgivere. Implementeringsbekendtgørelsens § 10 implementerer reguleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 1 ved at henvise til udbudslovens §§ 135-138 og § 177, stk. 5. Udbudslovens §§ 135-138 og § 177, stk. 5 fremgår alle af udbudslovens afsnit 2, der som udgangspunkt ikke finder anvendelse for kontrakter eller projektkonkurrence omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. udbudslovens § 18. Den direkte henvisning i implementeringsbekendtgørelsens § 10 betyder dog, at bestemmelserne i udbudslovens §§ 135-138 og § 177, stk. 5 finder anvendelse på kontrakter udbudspligtige efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Den konkrete henvisning i implementeringsbekendtgørelsens § 10 forekommer ikke umiddelbart u hensigtsmæssig, da implementeringsbekendtgørelsen implementerer reguleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 1. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 1 omhandler udelukkelse og udvælgelse af økonomiske aktører og henviser til bestemmelserne i udbudsdirektivets artikel 57 om udelukkelse og udvælgelse af økonomiske aktører. Det betyder således, at implementeringsbekendtgørelsens § 10 ved en henvisning til den danske implementering af reglerne om

udelukkelse og udvælgelse af økonomiske aktører i udbudsdirektivet i udbudslovens § 135-138 og § 177, stk. 5 følger strukturen i forsyningsvirksomhedsdirektivets, der ligeledes henviser til reglerne i udbudsdirektivet.

Implementeringsbekendtgørelsens § 10 har en klar henvisning til bestemmelserne i udbudsloven, og der forekommer derfor heller ikke tvivl om, at disse bestemmelser finder anvendelse ved udelukkelse og udvælgelse af økonomiske aktører. Ved en eventuel tvivl til det materielle indhold af bestemmelsen kan forarbejderne til udbudsloven uden tvivl anvendes, da udbudslovens bestemmelser finder anvendelse, og dermed kan forarbejderne anvendes til eksempelvis at uddybe, hvad der skal forstås ved en kriminel organisation.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 2 omhandler udvælgelseskriterier, og her henviser forsyningsvirksomhedsdirektivet til bestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 58.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet har således ikke en eller flere selvstændige bestemmelser om udvælgelseskriterier, men kræver, at EU-medlemslandene implementerer reglerne fra udbudsdirektivet, således at de ligeledes er gældende for udbudspligtige kontrakter efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. I Danmark er reguleringen i udbudsdirektivet implementeret gennem udbudsloven. Udbudslovens §§ 140-143 omhandler krav til ansøger eller tilbudsgivers egnethed og implementerer udbudsdirektivets artikel 58 om udvælgelseskriterier, jf. forarbejderne til udbudslovens §§ 140-143. Udbudslovens §§ 140-143 er en del af udbudslovens afsnit 2, der ikke finder anvendelse ved kontrakter eller projektkonkurrencer omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. udbudslovens § 18. Det betyder, at udbudslovens §§ 140-143 som udgangspunkt ikke finder anvendelse medmindre implementeringsbekendtgørelsen, som implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivet, direkte henviser til udbudslovens §§ 140-143.

Implementeringsbekendtgørelsen henviser ikke på noget tidspunkt til udbudslovens §§ 140-143, hverken i implementeringsbekendtgørelsens § 10 eller i implementeringsbekendtgørelsen i øvrigt. Der forekommer dermed en situation, hvor det ikke med sikkerhed kan antages, at bestemmelserne om egnethed og udvælgelseskriterier er implementeret.

Det forekommer uhensigtsmæssigt, at implementeringsbekendtgørelsens § 10 umiddelbart udelukkende implementerer en del af den regulering omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80. Derudover er reguleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 2 og udbudsdirektivets artikel 58 ikke bestemmelser, som Danmark frit kan vælge ikke skal være gældende i Danmark, hvorfor en manglende implementering vil stride mod Danmark EU-retlige forpligtelser og i sidste ende medføre en økonomisk sanktion for en utilstrækkelig implementering.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Europa-kommissionen: Traktatbrudsprocedure. Udgivet af Europa-kommissionen. Internetadresse: [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure\\_da](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_da) - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)

## 5.11 Implementeringsbekendtgørelsens § 11

Implementeringsbekendtgørelsens § 11 omhandler det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) og implementerer reguleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 3.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 3 fastsætter, at udbudsdirektivets artikel 59 og 61 finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det er i implementeringsbekendtgørelsens § 11 udformet således, at udbudslovens § 148 om det fælles udbudsdokument finder anvendelse. Det fælles udbudsdokument kan anvendes som et foreløbigt bevis for, at tilbudsgiver eller ansøger ikke er omfattet af en af udelukkelsesgrundene i udbudslovens § 135, stk. 1 eller 3 og § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7; og som bevis for tilbudsgivers eller ansøgers opfyldelse af kravene om egnethed i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 78. Derudover fastsætter implementeringsbekendtgørelsens § 11 ligeledes, at udbudslovens §§ 150, 151 og 152, stk. 3 finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Henvisningerne i implementeringsbekendtgørelsens § 11 er utvetydige, og der kan derfor ikke være tvivl om, at de angivne bestemmelser i implementeringsbekendtgørelsens § 11 finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, selvom de angivne bestemmelser fremgår af udbudslovens afsnit 2, der ellers ikke finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. udbudslovens § 18.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 3 fastsætter, at udbudsdirektivets artikel 59 og 61 finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Forsyningsvirksomhedsdirektivet angiver derimod ikke udbudsdirektivets artikel 60, hvorfor denne bestemmelse ikke umiddelbart kan anvendes ved udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Udbudsdirektivets artikel 60 omhandler dokumentation. Udbudsdirektivets artikel 59 omhandler det fælles udbudsdokument, som kan anvendes som foreløbigt bevis for, at tilbudsgiver eller ansøger er omfattet af udelukkelsesgrundene, samt at tilbudsgiver eller ansøger opfylder kravene til egnethed. Dokumentation omfattet af udbudsdirektivets artikel 60 skal anvendes til endeligt at dokumentere, at tilbudsgiver eller ansøger ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene og opfylder betingelserne til egnethed.

Udbudsdirektivets artikel 60 implementeres gennem udbudslovens §§ 152-155.

Implementeringsbekendtgørelsens § 11 fastsætter, at udbudsdirektivets artikel 152, stk. 3 er gældende for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, men fastsætter derimod ikke, at de resterende bestemmelser, der implementerer udbudsdirektivets artikel 60, finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

I udbudslovens § 152 pålægges det ordregiver at kræve dokumentation for, at minimumskravene til egnethed er opfyldt, og at der ikke er grundlag for udelukkelse. I udbudslovens § 153 pålægges det ordregiver at acceptere de i udbudslovens § 153 angivne former for dokumentation. Udbudslovens §§ 152 og 153 er dermed begge bestemmelser, der pålægger ordregiver en forpligtelse, og som ordregiver skal overholde. Udbudslovens §§ 154 og 155 er derimod bestemmelser, der giver ordregiver mulighed for i visse situationer at kræve dokumentation for tilbudsgivers eller ansøgers henholdsvis økonomiske og finansielle formåen samt tekniske og faglige formåen. Udbudslovens §§ 154 og 155 indeholder således ikke en forpligtelse for ordregiver.

Konsekvensen af, at reguleringen om dokumentation i udbudslovens §§ 152 og 153 ikke er gældende for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, kan blandt andet være, at ordregiver ikke er forpligtet til at kræve yderligere dokumentation end det fælles udbudsdokument for tilbudsgivers eller ansøgers overholdelsen af kravene om egnethed, og at der ikke er grundlag for udelukkelse. Den manglende implementering af reguleringen om dokumentation, som ses i udbudsdirektivets artikel 60 og udbudslovens §§ 152-155 for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, betyder ikke, at ordregiver ikke har mulighed for at kræve den dokumentation omfattet af udbudslovens §§ 152 og 153, men det kan ikke umiddelbart anses som en forpligtelse, ordregiver er pålagt.

Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 3 fastsætter i den danske udgave, at udbudsdirektivets artikel 59 og 61 finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet udformet på henholdsvis svensk, engelsk og tysk fastsætter, at udbudsdirektivets artikel 59-61 finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvilket betyder, at udbudsdirektivets artikel 60 er gældende på linje med 59 og 61 i udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet ved udformningen af direktivet på svensk, engelsk og tysk modsat den danske udformning, hvor udelukkende udbudsdirektivets artikel 59 og 61 finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Et direktiv er ikke ensbetydende med en identisk regulering, som ses ved forordning, men derimod en harmoniseret regulering, hvor EU fastsætter nogle overordnede mål, de enkelte EU-medlemslande efterfølgende skal overholde ved at implementere reguleringen i den nationale lovgivning enten ved inkorporering eller omskrivning. Et direktiv er derfor ikke til hinder for, at de enkelte lande har forskellige reguleringer på et område, i det omfang det pågældende direktiv tillader det. Det betyder, at det faktisk at Danmark, modsat andre EU-medlemslande, ikke har fastlagt, at udbudsdirektivets artikel 60 er gældende for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke i sig selv strider mod EU-retten, hvilket kan betyde, at Danmark kan få økonomiske sanktioner som følge af en mangelfuld implementering. Hvorvidt Danmarks implementering er mangelfuld, og hvorvidt Danmark reelt kan undlade at lade udbudsdirektivets

artikel 60 være gældende for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet vil være afhængig af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Selvom formålet med regulering gennem et direktiv ikke er identisk regulering, vil der stadigvæk være et ønske om en harmoniserende regulering på tværs af EU-medlemslandene, når EU regulerer gennem et direktiv. En fejl i oversættelsen af et direktiv vil umiddelbart stride mod et sådant formål.

Det danske forsyningsvirksomhedsdirektivs ordlyd fastsætter i artikel 80, stk. 3, at udbudsdirektivets artikel 59 og 61 er gældende for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, mens det engelske, tyske og svenske forsyningsvirksomhedsdirektiv fastsætter, at udbudsdirektivets artikel 59 til 61 finder anvendelse ved udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det må således antages, at der i det danske forsyningsvirksomhedsdirektiv er en fejl i oversættelsen, da et direktiv bør indeholde samme regulering på alle sprog, direktivet er oversat til. Implementeringsbekendtgørelsens § 11 implementerer umiddelbart den danske oversættelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet, da implementeringsbekendtgørelsens § 11 fastsætter, at udbudslovens §§ 148 150, 151 og 152, stk. 3 finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Udbudsdirektivets artikel 59 omhandler det fælles udbudsdokument, som bliver implementeret gennem udbudslovens § 148, denne bestemmelse er ligeledes klart og tydeligt gældende for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. implementeringsbekendtgørelsens § 11. Udbudslovens § 151 implementerer udbudsdirektivets artikel 59, jf. forarbejderne til udbudslovens § 151. Udbudslovens § 151 er ligeledes klart og tydelige gældende for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. implementeringsbekendtgørelsens § 11. Udbudslovens § 152, stk. 3 implementerer reguleringen i udbudsdirektivets artikel 61 og er også klart og tydelige gældende for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. implementeringsbekendtgørelsens § 11.

Implementeringsbekendtgørelsen fastsætter ikke, at udbudslovens § 152, stk. 1 og 2 og §§ 153-155 er gældende for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, da implementeringsbekendtgørelsen ikke angiver disse bestemmelser som gældende. Udbudslovens § 152, stk. 1 og 2 og §§ 153-155 implementerer reguleringen i udbudsdirektivets artikel 60 og dermed den bestemmelse, der ikke er angivet som gældende efter den danske oversættelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet, men er angivet som gældende efter den engelske, tyske og svenske udgave af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det betyder, at den danske implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke implementerer udbudsdirektivets artikel 60 for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, selvom udbudsdirektivets artikel 60 er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 3 på andre sprog af forsyningsvirksomhedsdirektivet, og Danmark kan derfor potentielt have implementeret bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 3 forkert, hvorfor Danmark potentielt kan pålægges en økonomisk sanktion for en utilstrækkelig implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet.



Reguleringen i udbudsdirektivets artikel 60 og udbudslovens §§ 152-155 omhandler dokumentation for, at en tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i udbudsdirektivets artikel 57 og udbudslovens §§ 135-137 og dokumentation for, at tilbudsgiver opfylder kravene til egnethed omfattet af udbudsdirektivets artikel 58 og udbudslovens §§ 140-143. Udbudslovens §§ 135-137 finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet og reguleringen om udelukkelsesgrunde finder dermed anvendelse, jf. implementeringsbekendtgørelsens § 10. Den danske implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet får således den betydning, at reglerne om udelukkelsesgrunde i udbudslovens §§ 135-137 og reglerne om foreløbig dokumentation for, at tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i form af det fælles udbudsdokument i udbudslovens § 148, er gældende for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. implementeringsbekendtgørelsens §§ 10 og 11. Reglerne for dokumentation i udbudslovens §§ 152-155 (med undtagelse af § 152, stk. 3, der finder anvendelse) finder ikke anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, da de konkrete bestemmelser ikke angives og implementeres i implementeringsbekendtgørelsen. Reguleringen af udelukkelsesgrunde må dog anses som meningsløs, hvis ikke ordregiver har mulighed for og i en vis grad er forpligtet til at indhente dokumentation, der kan bevise, at tilbudsgiver ikke er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde i udbudslovens §§ 135-137.

Den danske implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 3 i implementeringsbekendtgørelsens § 11 vil umiddelbart betyde, at udbudsdirektivets artikel 60 og implementeringen af udbudsdirektivets artikel 60 gennem udbudsloven ikke finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Bestemmelserne om udelukkelsesgrunde, som uden tvivl er gældende for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, er tæt knyttet til dokumentation herom, og det vil derfor være problematisk, hvis ikke reglerne om dokumentation i udbudsdirektivets artikel 60 og udbudslovens §§ 152-155, eller en tilsvarende regulering, finder anvendelse. Derudover er der i den danske oversættelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet en fejl i oversættelsen. Fejlen betyder, at udbudsdirektivets artikel 60 ikke er gældende for udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet og ordlyden i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 3. Samlet set må det betyde, at ordregiver omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet har mulighed for at indhente dokumentation som angivet i udbudsdirektivets artikel 60 og udbudslovens §§ 152-155 for på denne måde at sikre den harmoniserede regulering og sikre, at ordregiver kan anvende bestemmelserne om udelukkelsesgrunde uden at disse mister deres betydning.

## **5.12 Implementeringsbekendtgørelsens § 15**

Implementeringsbekendtgørelsens § 15 giver ordregivende enhed, som er ordregivende myndighed, mulighed for at forbeholde retten til at deltage i det pågældende udbud til organisationer, som

udelukkende beskæftiger sig med tjenesteydelser på sundheds- social- og kulturområdet, som defineret i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 94, stk. 1 ved CPV-koder og under overholdelse af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 94 generelt. Implementeringsbekendtgørelsens § 15 implementerer således forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 94. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 94 indeholder samme regulering som reguleringen fastsat i implementeringsbekendtgørelsens § 15. Derudover indeholder forsyningsvirksomhedsdirektivet en mere præcis definition af hvilke tjenesteydelser, der er omfattet ved at angive, hvilke CPV-koder bestemmelsen omfatter. Forsyningsvirksomhedsdirektivet fastsætter ligeledes en række betingelser for de omtalte organisationer omfattet af bestemmelsen, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 94, stk. 2, litra a-d. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 94, stk. 3 fastsætter, at en kontrakt, hvor forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 94 er anvendt, højst må have en løbetid på 3 år; mens forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 94, stk. 4 indeholder et krav om henvisning til forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 94 ved indkaldelse af tilbud, når forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 94 anvendes.

Implementeringen af forsyningsvirksomhedsdirektivet giver ikke umiddelbart anledning til tvivl, da ordlyden af implementeringsbekendtgørelsens § 15 stemmer overens med ordlyden i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 94, og implementeringsbekendtgørelsen har en klar og tydelig henvisning til, at bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 94 finder anvendelse.

### **5.13 Implementeringsbekendtgørelsens § 16**

Implementeringsbekendtgørelsens § 16 omhandler ophævelse af kontrakter og implementerer reguleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 90. Både implementeringsbekendtgørelsens § 16 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 90 fastsætter, at ordregiver kan ophæve en allerede tildelt kontrakt, hvis kontrakten enten har været genstand for en sådan ændring, at det ville have krævet en ny udbudsprocedure efter regulering i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, hvis den vindende tilbudsgiver er omfattet af en af udelukkelsesgrundene i udbudslovens §§ 135-137 på tidspunktet for kontrakttildeling, eller hvis den vindende tilbudsgiver har begået væsentlige overtrædelser af sine forpligtelser i henhold til traktaterne, forsyningsvirksomhedsdirektivet, der er fastslået af Den Europæiske Unions Domstol i forbindelse med en procedure efter TEUF artikel 258, i en sådan grad, at kontrakten ikke skulle have været tildelt den vindende tilbudsgiver.

Implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 90 gennem implementeringsbekendtgørelsens § 16 giver ikke umiddelbart anledning til tvivl, da ordlyden i implementeringsbekendtgørelsens § 16 er overensstemmende med ordlyden i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 90, og de to bestemmelser indeholder samme regulering.

## 6. Konklusion

Det udbudsretlige område er på EU-plan reguleret af en række direktiver herunder udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet, som skal implementeres i de enkelte EU-medlemslande gennem den nationale lovgivning. Det nuværende udbudsdirektiv og det nuværende forsyningsvirksomhedsdirektiv blev vedtaget i 2014 og er en revidering af de tilsvarende direktiver fra 2004. Det nuværende udbudsdirektiv og det nuværende forsyningsvirksomhedsdirektiv har blandt andet præciseret en række definitioner, der førhen kunne forekomme uklare, ligesom særligt det nye udbudsdirektiv gav mulighed for større fleksibilitet ved valg af udbudsprocedurer ved f.eks. i højere grad end førhen at kunne anvende udbud med forhandling.

Udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet har til formål at skabe en effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter ved blandt andet at forhindre konkurrenceforvridning. Det skal opnås ved overholdelse af de udbudsretlige principper om gennemsigtighed, ligebehandling og proportionalitet. Derudover skal udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet sikre, at ordregiver (herunder offentlige myndigheder) opnår den bedst mulige pris på det ønskede produkt, hvilket skal være med til at sikre, at de offentlige midler bruges fornuftigt og effektivt.

Udbudsdirektivet er i Danmark implementeret gennem udbudsloven. Udbudsloven finder ligeledes til dels anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, dog således at afsnit 2 og 3 i udbudsloven som udgangspunkt ikke finder anvendelse, jf. udbudslovens § 18.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet er overordnet implementeret gennem implementeringsbekendtgørelsen. Både udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet regulerer udbud med henblik på tildeling af offentlige kontrakter, men forsyningsvirksomhedsdirektivet har et udvidet ordregiverbegreb og omhandler de i forsyningsvirksomhedsdirektivet nærmere angivne forsyningsaktiviteter. Udbudsdirektivet begrænser ordregiver til en ordregivende myndighed, herunder offentlige myndigheder og offentligretlig organ.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet har to typer ordregivere, der kan være omfattet af reguleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivet: ordregivende myndighed og ordregivende enhed. Den ordregivende myndighed har i forsyningsvirksomhedsdirektivet den samme definition som i udbudsdirektivet, og det afgørende for, om en ordregivende myndighed er omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, er, om den pågældende kontrakt har en direkte eller indirekte forbindelse til forsyningsaktiviteterne angivet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 8-14. Ordregivende enhed er ikke omfattet af ordregiverbegrebet i udbudsdirektivet og er derfor særligt for forsyningsvirksomhedsdirektivet. Ordregivende enhed kan dels være en offentlig myndighed, og kan dels også omfatte offentlige virksomheder, der har fået tildelt eksklusive rettigheder af en kompetent myndighed, hvis kontrakten har indirekte eller direkte forbindelse til de i forsyningsvirksomhedsdirektivets

artikel 8-14 angivne forsyningsaktiviteter. Hvorvidt en ordregiver er omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet kommer derfor an på dels ordregiverdefinitionen, og dels på kontraktens materielle indhold da kontrakter, der knytter sig til driften af forsyningsvirksomheder, skal overholde reguleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivet, og udbudsprocedurerne skal følger reglerne heri. I afgørelsen Cafax Gruppen A/S mod DONG Energy Oil og Gas A/S, 24.2.2014 fra Klagenævn for Udbud omhandler tvisten blandt andet, om den pågældende kontrakt og den pågældende virksomhed var omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet. Ordregiver (DONG Energy) var i den konkrete afgørelse en offentlig virksomhed og derfor ikke omfattet af reguleringen i udbudsdirektivet og dele af udbudsloven. Dong Energy kunne efter omstændighederne være omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, da de foretog indkøb på vegne af en forsyningsvirksomhed i samme koncern. Kontrakten omhandlede blandt andet kaffe, som umiddelbart ikke knytter sig til driften af forsyningsvirksomheder, men kan anvendes af de øvrige selskaber i koncernen såvel som af forsyningsvirksomheden. Klagenævn for Udbud kom frem til, at kontrakten var udbudspligtig efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Afgørelsen viser derfor, at et konkret udbud ikke nødvendigvis skal foretages af en forsyningsvirksomhed, men kan ligge i en stabsfunktion, der foretager udbud på vegne af hele koncernen, og at kontraktens genstand ikke nødvendigvis skal have en direkte tilknytning til driften af forsyningsvirksomheder, hvis blot kontraktens genstand skal eller kan anvendes af forsyningsvirksomheden. Klagenævn for Udbud nævner dog, at kontrakten ikke var udbudspligtig efter udbudsdirektivet og dele af udbudsloven, hvorfor det konkrete udbud, som blev foretaget efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, under alle omstændigheder ikke kunne kendes ulovligt af klagenævnet, da reguleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivet var overholdt, og klagenævnet ikke havde kompetence til at annullere en tildelingsbeslutning, såfremt en kontrakt ikke er udbudspligtig.

Reguleringen af udbud har til formål at forhindre en konkurrenceforvridning og sikre ligebehandling. Det betyder, at som udgangspunkt kan alle økonomiske aktører deltage i udbudsprocedurerne. Reguleringen af udbud indeholder dog også nogle undtagelser til dette udgangspunkt, f.eks. rådgiverinhabilitet, krav til egnethed og udelukkelsesgrunde.

Princippet om ligebehandling er et af grundprincipperne inden for udbudsretten, og med udgangspunkt i dette principet findes reglerne om afhjælpning og forebyggelse af interessekonflikter i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 42 og implementeringsbekendtgørelsens § 3. Afhjælpning og forebyggelse af interessekonflikter skal skabe den mest effektive og lige konkurrence ved f.eks. at forhindre rådgiverinhabilitet, hvor en økonomisk aktør f.eks. først hjælper ordregiver med at udforme udbudsmaterialet og senere deltager i udbuddet og bruger den unikke viden tilegnet i hvervet som rådgiver for ordregiver til at udforme tilbuddet i udbudsproceduren. En økonomisk aktør er ikke udelukket fra at

deltage i et udbud, hvis de er eller tidligere har været rådgivere eller på anden vis har forbindelse til ordregiver, hvis fordelene kan udlignes i udbudsprocedurerne f.eks. ved at give yderligere information til de øvrige tilbudsgivere. Den danske implementering af regulering af afhjælpning og forebyggelse af interessekonflikter indeholder ikke en definition af interessekonflikter og kan derfor efterlade tvivl om, hvornår der forekommer en interessekonflikt. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 42 indeholder dog en sådan definition, der blandt andet fastsætter, at en interessekonflikt som minimum indbefatter en situation, hvor personalet hos enten ordregiver eller en ekstern rådgiver for ordregiver er involveret i gennemførelsen af udbudsproceduren eller på anden måde kan påvirke resultatet af udbudsproceduren, har en direkte eller indirekte finansiell, økonomisk eller personlig interesse. Reguleringen af interessekonflikter er sammenlignelig mellem udbud efter udbudsdirektivet og udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvorfor forarbejderne til udbudsloven i tvivlstilfælde kan anvendes som retningslinje for, hvad der kan anses som en interessekonflikt.

I afgørelsen Viking Medical Scandinavia ApS og Heraeus Medical GmbH mod Amgros I/S af 10.2.2017 fra Klagenævn for Udbud, som omhandler en potentiel interessekonflikt, kommer klagenævnet frem til, at der ikke i det konkrete udbud forelå en interessekonflikt, da lægen, som dels var involveret i udbuddet som ordregiver og dels havde en tilknytning til tilbudsgiver, ikke kunne anses for at have en direkte eller indirekte økonomisk, finansiell eller personlig interesse i udbuddet. Dette skyldtes blandt andet at lægen ikke modtog et vederlag eller et surrogat herfor fra tilbudsgiveren.

Den danske implementering kan forekomme uklar, da definitionen ikke fastsættes i implementeringsbekendtgørelsens § 3, men i praksis forekommer bestemmelser anvendelig, og det er ikke umiddelbart implementeringen, som efterlader tvivl, da interessekonflikt dels er defineret i forsyningsvirksomhedsdirektivet, og dels har samme definition som i udbudsdirektivet og dermed udbudsloven, hvorfor disse kan anvendes ved tvivl.

Ordregiver kan fastsætte krav til egnethed, og såfremt en økonomisk aktør ikke opfylder disse, kan de ikke tildeles kontrakten. Forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder ikke en selvstændig regulering af krav til egnethed, men henviser derimod til reguleringen i udbudsdirektivet, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, stk. 2. Den danske implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet har dog ikke henvist til reguleringen i udbudsloven eller på anden måde fastsat regler om krav til egnethed.

Implementeringsbekendtgørelsen henviser kun til reglerne om udelukkelse i udbudsloven som gældende for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det forekommer derfor umiddelbart, at der ved udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke kan stilles krav til egnethed. Der er ikke nogen klar grund til ikke at implementere reguleringen om krav til egnethed for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, da de særlige udbud, der foretages efter forsyningsvirksomhedsdirektivet,

ikke umiddelbart kræver, at denne regulering ikke er gældende. Tværtimod er regler om krav til egnethed med til at indsnævre feltet af tilbudsgivere, da der eks. kan sættes krav til tilbudsgiveres økonomisk formåen og dermed sikre, at en tilbudsgiver reelt kan opfylde den udbudte kontrakt. Dette virker umiddelbart som særligt relevant for udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, da kontrakterne på dette område kan være komplicerede og bekostelige. I praksis må det antages, at ordregiver kan stille krav til egnethed ved udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, og at reguleringen i udbudsloven her vil være gældende også selvom reguleringen ikke er direkte implementeret i implementeringsbekendtgørelsen. Det antages, at krav til egnethed implementeres gennem implementeringsbekendtgørelsens § 1, som implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivets som helhed. Forsyningsvirksomhedsdirektivet henviser til udbudsdirektivet, hvorfor bestemmelserne her må antages at være gældende på lige fod med implementeringen af udbudsdirektivet i udbudsloven. Udbudslovens regulering af krav til egnethed finder derfor anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Derudover kan en økonomisk aktør afskæres fra at deltage i et udbud, såfremt en af udelukkelsesgrundene kan gøres gældende. Reguleringen om udelukkelse i udbudsloven finder ligeledes anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. implementeringsbekendtgørelsens § 10. Implementeringen af udelukkelsesgrundene efterlader ikke tvivl om, hvad der kan anses som gældende ret, da der klart og tydeligt er henvist til specifikke bestemmelser i udbudsloven. Et element, der dog kan være afgørende for udelukkelse og krav til egnethed, er dokumentationen herfor. Reguleringen om dokumentation for udelukkelse og krav til egnethed er til dels implementeret, men grundet en fejl i den danske udgave implementeres udbudsdirektivets artikel 60 ikke og er derfor ikke gældende for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det forekommer uhensigtsmæssigt ikke at forpligte og give ordregiver mulighed for at indhente endelig dokumentation for udelukkelse og krav til egnethed, da reglerne om udelukkelse uden dokumentation forekommer meningsløse. Det må derfor ligeledes antages, at reguleringen om dokumentation i udbudslovens §§ 152-155 finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Den danske implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet virker flere steder utilstrækkelig og upræcis og kan skabe tvivl om, hvad der kan anses som gældende ret. Det virker særligt problematisk at have en detaljeret regulering i udbudsloven og dermed en detaljeret implementering af udbudsdirektivet og herefter en simpel implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet, som kun overordnet behandler enkelte bestemmelser. Det er særligt problematisk, når dele af udbudsloven finder anvendelse for udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, da der herefter er en detaljeret reguleringen for visse dele af forsyningsvirksomhedsdirektivet og en overordnet regulering for størstedelen. Umiddelbart burde både

udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet implementeres på samme måde, da det må antages at være de samme hensyn, som gør sig gældende. Det betyder derfor, at såfremt en detaljeret implementering ved lov anses som nødvendigt for udbudsdirektivet, burde det ligeledes være nødvendigt ved implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

## Litteraturliste

### Bøger

- Hamer, Carina Risvig: *Grundlæggende udbudsret*. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016. (Bog)
- *Aktuel udbudsret II*. Redigeret af: Karsten Hagel-Sørensen. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016. (Bog)
- Ølykke, Grith Skovgaard og Ruth Nielsen: *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*. 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017. (Bog)
- Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014. (Bog)
- Jakobsen, Peter Stig m.fl.: *EU Udbudsretten*. 3. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016. (Bog)
- Sørensen, Karsten Ensigt m.fl.: *EU Retten*. 6. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014. (Bog)

### Internet

- Den Europæiske Union: EU-traktater. Udgivet af EU-kommissionens informationsafdeling. Internetadresse: [https://europa.eu/european-union/law/treaties\\_da](https://europa.eu/european-union/law/treaties_da) - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)
- Den Europæiske Union: Forordninger, direktiver og andre retsakter. Udgivet af EU-kommissionens informationsafdeling. Internetadresse: [https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts\\_da](https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_da) - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)
- Europa-kommissionen: Traktatbrudsprocedure. Udgivet af Europa-kommissionen. Internetadresse: [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure\\_da](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_da) - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)
- Høring - over bekendtgørelse om implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet, bekendtgørelse om implementering af koncessionsdirektivet, bekendtgørelse om udbud.dk mv.. Udgivet af Advokatsamfundet. Internetadresse:

<http://www.advokatsamfundet.dk/OmAdvokatsamfundet/Hoeringssvar%20SKJULT/Hoeringssvar/2015/2015-4046%20Lovudvalget.aspx> - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)

## Dansk lovgivning

- Retsinformation: Lov nr. 1564 af 15. december 2015. Udgivet af Civilstyrelsen. Internetadresse: <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=175507> - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)
- Folketingstidende: L 164 Forslag til udbudslov. Udgivet af Folketinget. Internetadresse: [http://www.folketingstidende.dk/RI/pdf/samling/20141/lovforslag/L164/20141\\_L164\\_som\\_fremsat.pdf](http://www.folketingstidende.dk/RI/pdf/samling/20141/lovforslag/L164/20141_L164_som_fremsat.pdf) - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)
- Retsinformation: Bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester. Udgivet af Civilstyrelsen. Internetadresse: <https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2015/1624> - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)
- Retsinformation: Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 om Klagenævn for Udbud. Udgivet af Civilstyrelsen. Internetadresse: <https://www.retsinformation.dk/Forms/r0710.aspx?id=181609> - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)

## EU-regulering

- EUR-lex: Direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF. Udgivet af Europa-Parlamentet og rådet. Internetadresse: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=EN> - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)
- EUR-lex: 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. Udgivet af Europa-Parlamentet og rådet. Internetadresse: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0025&qid=1526069988206&from=EN> - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)
- EUR-lex: 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. Udgivet af Europa-Parlamentet og rådet. Internetadresse: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018&from=en> - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)
- EUR-lex: Direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester



- (»forsyningsvirksomhedsdirektivet«). Udgivet af Europa-Parlamentet og rådet. Internetadresse: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0017&from=DA> - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)
- EUR-lex: Direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG. Udgivet af Europa-Parlamentet og rådet. Internetadresse: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0025&from=SV> - Besøgt d. 15.5.2018 (Internet)
  - EUR-lex: Richtlinie 2014/25/EU vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG. Udgivet af Europa-Parlamentet og rådet. Internetadresse: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.094.01.0243.01.DEU&toc=OJ:L:2014:094:TOC](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.094.01.0243.01.DEU&toc=OJ:L:2014:094:TOC) - Besøgt d. 15.05.2018 (Internet)
  - EUR-lex: Directive 2014/25/EU of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC. Udgivet af Europa-Parlamentet og rådet. Internetadresse: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0025&from=EN> - Besøgt d. 15.5.2018 (Internet)

## FN-Konvention

- Det Centrale Handicapråd: FN's konvention om rettigheder for personer med handicap (FN's handicapkonvention). Udgivet af FN. Internetadresse: <http://www.dch.dk/content/konventionsteksten> - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)

## Afgørelser

- Erhvervsstyrelsen: Cafax Gruppen A/S mod DONG Energy Oil og Gas A/S, 24.2.2014. Udgivet af Klagenævnet for udbud. Internetadresse: [http://publicure.dk/sites/default/files/public/indhold/klagenaeavn\\_24.02.2014\\_cafax\\_gruppen\\_as\\_mod\\_dong\\_energy\\_oil\\_gas\\_as.pdf](http://publicure.dk/sites/default/files/public/indhold/klagenaeavn_24.02.2014_cafax_gruppen_as_mod_dong_energy_oil_gas_as.pdf) - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)
- Erhvervsstyrelsen: Viking Medical Scandinavia ApS og Heraeus Medical GmbH mod Amgros I/S af 10.2.2017. Udgivet af Klagenævnet for udbud. Internetadresse: [https://erhvervsstyrelsen.dk/sites/default/files/media/udbud/viking\\_medical\\_scandinavia\\_aps\\_og\\_heraeus\\_medical\\_gmbh\\_mod\\_amgros\\_is\\_1.pdf](https://erhvervsstyrelsen.dk/sites/default/files/media/udbud/viking_medical_scandinavia_aps_og_heraeus_medical_gmbh_mod_amgros_is_1.pdf) - Besøgt d. 11.5.2018 (Internet)