

KLAGENÆVNET FOR UDBUDS
ANNULATION
AF ORDREGIVERENS TILDELINGSBESLUTNING

Kandidatspeciale, foråret 2020

Navn: Joe Khalil

Studienummer: 20153175

Vejleder: Martin Holmgaard Thomsen

Indholdsfortegnelse

KAPITEL 1: SPECIALETS INDLEDENDE DEL.....	2
1.1. INDLEDNING.....	2
1.2. PROBLEMFOMULERING.....	3
1.3. AFGRÆNSNING.....	3
1.4. RETSKILDER OG METODE.....	5
1.5. DEFINITIONER.....	6
KAPITEL 2: INDLEDENDE OM UDBUDSREGLERNE.....	8
2.1. INTRODUKTION.....	8
2.2. UDBUDSRETTENS FORMÅL.....	8
2.3. UDBUDSRETTENS GRUNDLÆGGENDE PRINCIPPER.....	10
2.3.1. Ligebehandlingsprincippet.....	10
2.3.2. Gennemsigtighedsprincippet.....	11
2.3.3. Proportionalitetsprincippet.....	12
2.4. SANKTIONEN UDEN VIRKNING.....	12
2.4.1. En historisk kontekst.....	13
2.4.2. Kan eller skal erklæres for uden virkning.....	13
2.4.3. Retsvirkninger.....	14
2.4.4. De væsentligste forskelle.....	15
KAPITEL 3: ANNULLATIONENS BETINGELSER.....	17
3.1 INTRODUKTION.....	17
3.2. HVAD KAN ANNULLERES?.....	17
3.3. VURDERINGSMOMENTER.....	18
3.3.1. Overtrædelsens grovhed.....	18
3.3.1.1. Sammenfattende om overtrædelens grovhed.....	24
3.3.2. Klagers passivitet.....	25
3.3.2.1. Sammenfattende om klagers passivitet.....	31
3.3.3. Klagenævnets afvejning.....	32
3.3.3.1. Sammenfattende om Klagenævnets afvejning.....	39
KAPITEL 4: ANNULLATIONENS RETSVIRKNINGER.....	41
4.1. INTRODUKTION.....	41
4.2. ANNULLATIONENS UDBUDSRETTLIGE VIRKNINGER.....	41
4.2.1. Ikke-indgåede kontrakter.....	42
4.2.2. Indgåede kontrakter.....	43
4.2.2.1. En historisk kontekst.....	43
4.2.2.2. Udbudsloven.....	45
4.2.3. Sammenfattende om annullationens udbudsretlige virkninger.....	48
4.3. ANNULLATIONENS RETSVIRKNINGER I ANDRE TILFÆLDE.....	49
4.3.1. EU-retten.....	50
4.3.2. Domstolene.....	53
4.3.3. Klagenævnet for Udbud.....	55
4.3.4. De forvaltningsretlige principper.....	57
4.3.5. Sammenfattende.....	59
KAPITEL 5: KONKLUSION.....	60
KAPITEL 6: ABSTRACT.....	62
KAPITEL 7: LITTERATURLISTE.....	64

Kapitel 1: Specialets indledende del

1.1. Indledning

Hvert år køber den offentlige sektor varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsopgaver for omtrent 370 milliarder. Det svarer til en tredjedel af de offentlige udgifter.¹ En betydelig andel af indkøbene sker i form af et EU-udbud, der i Danmark bliver gennemført 2.000-3.000 af årligt.²

Udbudsreglerne sætter rammerne for det offentliges køb af varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder, når indkøbet foretages hos en ekstern part og er af en vis værdi. Reglerne er udtryk for EU's bestræbelser på at skabe et indre marked, hvor der er reel fri bevægelighed og en velfungerende konkurrence på varer og tjenesteydelser.³

For at sikre et effektivt tilsyn med overholdelsen af udbudsreglerne har der siden 1989 eksisteret en række kontroldirektiver, som skal sørge for overholdelsen af udbudsreglerne samt tilbyde en hurtigere og mere effektiv klagemulighed i hver medlemsstat.⁴ I Danmark blev kontroldirektiverne for første gang implementeret ved lov nr. 344 af 6. juni 1991 om Klagenævnet for Udbud. I samme forbindelse blev klageinstansen Klagenævnet for Udbud oprettet, som har til hovedopgave at opfylde Danmarks forpligtelser i henhold til kontroldirektiverne.

Klagenævnet for Udbud er i medfør af klagenævnsloven tillagt en række reaktions- og sanktionsmuligheder, som finder anvendelse ved ordregiverens overtrædelse af udbudsreglerne.⁵ Konstaterer Klagenævnet for Udbud en overtrædelse, har Klagenævnet blandt andet mulighed for at annullere en ordregivers ulovlige beslutninger og udbudsforretning.⁶

¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Status for offentlig konkurrence, 2019, s. 4.

² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Danske klagesager om udbud, 2018, s. 4.

³ Hamer, Carina Risvig, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 19.

⁴ Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurene i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter og Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.

⁵ Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 af lov nr. 492 af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud med de ændringer der følger af § 13 i lov nr. 1556 af 21. december 2010, § 1 i lov nr. 618 af 14. juni 2011, § 31 i lov nr. 1231 af 18. december 2012, lov nr. 511 af 27. maj 2013 og § 197 i lov nr. 1564 af 15. december 2015.

⁶ Klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2.

Behovet for at klage over udbudsprocessen kan opstå på et hvilket som helst tidspunkt i et udbudsforløb. På trods heraf indgives størstedelen af klager i standstill-perioden. Spørgsmålet vil derfor ofte være, om ordregivers beslutning om at tildele kontrakten kan annulleres.⁷ Der er dog ikke i klagenævnetsloven fastsat betingelser for, hvornår sanktionen finder anvendelse, men i Klagenævnets praksis kan det udledes, at der ved afgørelsen af, om en annullationspåstand skal tages til følge, inddrages en række forskellige momenter.⁸

Klagenævnets annullation af ordregiverens tildelingsbeslutning menes at være en alvorlig sanktion, der er forbeholdt visse grove overtrædelser af udbudsreglerne. Konsekvenserne af Klagenævnets annullation kan til trods herfor virke uklare. Dette er særligt tilfældet i de situationer, hvor kontrakten mellem ordregiveren og den vindende tilbudsgiver allerede er indgået på tidspunktet for Klagenævnets afgørelse om annullation.⁹

Specialet vil således forsøge at afdække disse uklarheder ved at foretage en undersøgelse af Klagenævnet for Udbuds kompetence til at annullere en ordregivers tildelingsbeslutning.

1.2. Problemformulering

Formålet med dette speciale er at foretage en tilbundsående undersøgelse af Klagenævnet for Udbuds annullationsbeføjelse. Herunder skal det særligt undersøges, under hvilke betingelser Klagenævnet kan annullere en ordregivers tildelingsbeslutning samt retsvirkningerne deraf.

1.3. Afgrænsning

Dette speciale undersøger Klagenævnet for Udbuds annullationsbeføjelse. Lovgrundlaget, som dertil primært er genstand for analyse, er klagenævnetslovens § 13, stk. 1, nr. 2.¹⁰

Klagenævnetslovens § 13 er i sin helhed sammenskrivning og præcisering af Klagenævnets kompetencer og reaktionsmuligheder for de udbud, hvor Klagenævnet for Udbud er tillagt kompetencen som

⁷ Hamer, Carina Risvig, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 819.

⁸ Treumer, Steen, Udbudsretten, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2019, s. 481 ff.

⁹ Hamer, Carina Risvig, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 821.

¹⁰ Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 af lov nr. 492 af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud med de ændringer der følger af § 13 i lov nr. 1556 af 21. december 2010, § 1 i lov nr. 618 af 14. juni 2011, § 31 i lov nr. 1231 af 18. december 2012, lov nr. 511 af 27. maj 2013 og § 197 i lov nr. 1564 af 15. december 2015.

klageinstans. Håndhævelsen af udbudsreglerne bliver endvidere reguleret i to kontroldirektiver¹¹, som senest blev ændret ved ændringsdirektivet¹². Direktiverne indeholder minimumskrav til medlemsstaternes klagesystemer og sanktioner for overtrædelse af udbudsreglerne. Da klagenævnsloven gennemfører kontroldirektiverne som ændret ved ændringsdirektivet, vil disse direktiver ikke være genstand for selvstændig analyse. Direktiverne vil i stedet blive brugt som fortolkningsbidrag i specialets analyse.

Specialet diskuterer desuden annullationsbeføjelsens retsvirkninger, når Klagenævnet annullerer en ordregivers tildelingsbeslutning. Når Klagenævnet annullerer en ordregivers tildelingsbeslutning, vil dette ske med hjemmel i klagenævnsloven. Klagenævnsloven finder anvendelse ved håndhævelsen af offentlige kontrakter, der er omfattet af udbudsloven¹³, EU-udbudsreglerne¹⁴ samt tilbudsloven¹⁵. Annullationsbeføjelsens retsvirkninger vil derfor blive forsøgt klarlagt i henhold til disse regelsæt. Ved EU-udbudsreglerne forstås udbudsdirektivet¹⁶, forsyningsvirksomhedsdirektivet¹⁷ samt koncessionsdirektivet¹⁸. Diskussionen forholder sig dog ikke direkte til annullationens konsekvenser for kontrakter omfattet af udbudsdirektivet, da dette direktiv er implementeret i udbudsloven.

Langt de fleste af Klagenavnets klager vedrører direkte eller indirekte spørgsmålet om, hvorvidt ordregiveren har tilsidesat udbudsreglernes grundlæggende principper. Principperne er væsentlige, fordi de kommer til udtryk i en lang række af udbudsreglerne.¹⁹ I specialets indledende kapitel vil hensynene bag udbudsreglerne samt udbudsreglernes grundlæggende principper derfor blive inddraget som bidrag til forståelsen af klagernes indhold.

¹¹ Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter og Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.

¹² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter

¹³ Klagenævnslovens § 1, stk. 2, nr. 1.

¹⁴ Klagenævnslovens § 1, stk. 2, nr. 2.

¹⁵ Klagenævnslovens § 1, stk. 2, nr. 3.

¹⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

¹⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF.

¹⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter.

¹⁹ Hamer, Carina Risvig, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 56.

Annulationsbeføjelsen kan til forveksling ligne Klagenævnets kompetence til at erklære en kontrakt for uden virkning. Reglerne om uden virkning vil derfor blive inddraget i specialets indledende kapitel med henblik på at belyse forskellen på de to sanktioner. Klagenævnets øvrige reaktions- og sanktionsmuligheder er dog ikke genstand for videre inddragelse i dette speciale.

De øvrige regler i udbudsloven²⁰, tilbudsloven²¹, samt udbuds-, forsyningsvirksomheds- og koncessionsdirektivet, vil kun blive inddraget, såfremt dette er relevant for besvarelsen af specialets problemformulering. Grundlaget herfor er, at det ikke er formålet med specialet at give en uddybende gennemgang af de generelle udbudsretlige regler.

1.4. Retskilder og metode

Specialet inddrager en række forskellige retskilder - dog med en forståelse om, at disse varierer i retskildeværdi. Specialets sigte er at foretage en tilbundsående undersøgelse af annullationsbeføjelsen tillagt Klagenævnet for Udbud og dens retsvirkninger, hvorfor der tages afsæt i klagenævnensloven. Dette er begrundet i, at Klagenævnet for Udbuds kompetence til at annullere ordregiverens ulovlige beslutninger følger af klagenævnenslovens § 13, stk. 1, nr. 2.

Specialet inddrager ligeledes EU's kontroldirektiver som fortolkningsbidrag. Kontroldirektiverne omhandler minimumskrav til medlemsstaternes klagesystemer og sanktioner for overtrædelse af udbudsreglerne, og er implementeret i klagenævnensloven.²² Endvidere inddrages praksis fra Klagenævnet samt domstolene, da dette er nødvendigt til besvarelse af problemformuleringen. Gennem praksis fra såvel Klagenævnet som domstolene sker der en vigtig fortolkning af udbudsreglerne samt en fastlæggelse retlige standarder i lovgivningen.²³

Praksis fra henholdsvis Klagenævnet og domstolene berører ofte spørgsmålet om, hvorvidt en ordregiver har overtrådt udbudsreglerne, herunder de grundlæggende principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Specialet inddrager derfor udbudsreglerne i form af udbudsloven, tilbudsloven samt udbuds-, forsyningsvirksomheds- samt koncessionsdirektivet i det omfang det er

²⁰ Lov nr. 1564 af 15. december 2015.

²¹ Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 af lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren med de ændringer, der følger af lov nr. 572 af 6. juni 2007.

²² Hamer, Carina Risvig, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 40.

²³ Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2014, s. 298.

nødvendigt til besvarelse af specialets problemformulering. Til at fastlægge annullationsbeføjelsens retsvirkninger vil udbudsreglerne, de forvaltningsretlige principper samt praksis fra EU-Domstolen, de nationale domstole, samt Klagenævnet for Udbud ligeledes blive inddraget.²⁴

Specialet inddrager forarbejder i form af ressortministeriets bemærkninger til lovforslagene samt direktivernes præambler. Disse anvendes som bidrag til fortolkningen af udbudsreglerne samt deres håndhævelse, vedvidende at forarbejder ikke udgør en selvstændig retskilde. Forarbejder omfatter alle de dokumenter, der er fremkommet i det lovforberedende arbejde til en bestemt lov.²⁵

Specialets formål er at beskrive retstilstanden, og derfor anvendes retsdogmatisk metode. Eftersom formålet med retsdogmatikken er at analysere og beskrive gældende ret, er det ikke sigtet med dette speciale at frembringe konkrete løsninger på et givent område, men derimod at klarlægge retstilstanden, for så vidt angår annullationsbeføjelsen og dens retsvirkninger.²⁶

Flere af de forhold, som specialet behandler, synes uklare. Selvom det antages blandt flere, at den juridiske litteratur ikke er en retskilde, bevirker den uklarhed, som følger af udbudsreglerne, at den juridiske litteratur inddrages som et bidrag til mulige forståelser af udbudsreglerne og til at klarlægge retstilstanden.²⁷

1.5. Definitioner

I de følgende kapitler vil der blive anvendt en række udbudsretlige begreber. Formålet med dette afsnit er at definere en række af de begreber, som er centrale for specialets analyse og diskussion. Flere af begreberne kan henføres til definitionsafsnittet i udbudslovens § 24, som er en implementering af udbudsdirektivets artikel 2.

Ved *Klagenævnet* forstås Klagenævnet for Udbud, som er et nævn, der behandler klager over offentlige myndigheders overtrædelser af udbudsreglerne.

²⁴ Selvom tilbudsloven ikke reguleres af EU-retten, er en række af lovens bestemmelser og begreber sammenfaldende med bestemmelser og begreber i de øvrige udbudsregler. Begrundelsen herfor er, at der skal ske en ensartet fortolkning af bestemmelserne og begreberne, ligesom praksis fra Klagenævnet, domstolene og EU-Domstolen kan overføres på loven, jf. Sune Troels Poulsen, Karnovs indledende noter til tilbudsloven.

²⁵ Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2014, s. 283.

²⁶ Ibid., s. 202.

²⁷ Ibid., s. 379.

Kontroldirektiverne er en samlet betegnelse for de regler, der regulerer konsekvenserne af en tilside-sættelse af udbudsreglerne. Kontrol­direktiverne er en henvisning til direktiv nr. 89/665/EØF af 21. december 1989 og direktiv nr. 92/13/EØF af 25. februar 1992, samt ændringsdirektivet, direktiv nr. 2007/66/EF af 11. december 2007.

Ved *offentlige kontrakter* forstås gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivere, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser, jf. udbudslovens § 24, nr. 24.

Ordregiver er en samlet betegnelse for de aktører, som sætter en offentlig kontrakt i udbud. Begrebet udgør statslige, regionale og kommunale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer, jf. udbudslovens § 24, nr. 28.

Ved *tilbudsgiver* forstås en økonomisk aktør, som har afgivet et tilbud på udførelse af arbejder eller bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser på markedet. En *økonomisk aktør* er en samlet betegnelse for enhver fysisk eller juridisk person, offentlig­hed enhed som tilbyder at afgive tilbud, jf. udbudslovens § 24, nr. 38.

Udbudsreglerne er en samlet betegnelse for de regler, der regulerer det offentliges indkøb og som ligger inden for specialets afgrænsning. Udbudsreglerne er dermed en henvisning til udbudsloven, tilbudsloven og en række udbudsdirektiver, herunder udbudsdirektivet, forsyningsvirksomhedsdirektivet og koncessionsdirektivet.

Kapitel 2: Indledende om udbudsreglerne

2.1. Introduktion

Specialet undersøger under hvilke betingelser, Klagenævnet for Udbud kan annullere en ordregivers tildelingsbeslutning. Det er i forlængelse heraf nødvendigt indledningsvist at klarlægge, hvilke hensyn og principper, udbudsretten forfølger. Dette skal givet ses på baggrund af, at langt de fleste af Klagenævnets klager vedrører direkte eller indirekte spørgsmålet om, hvorvidt ordregiveren har tilsidesat udbudsrettens grundlæggende principper.

Dernæst foretages en undersøgelse af Klagenævnets kompetence til at erklære en indgået kontrakt for uden virkning. Dette er formålstjenligt, eftersom Klagenævnets kompetence til at annullere en ordregivers ulovlige beslutninger og udbudsforretning kan til forveksling lige Klagenævnet kompetence til at erklære en kontrakt for uden virkning. Undersøgelsen foretages derfor med henblik på at belyse forskellen på de to sanktioner.

2.2. Udbudsrettens formål

Det fremgår af Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde²⁸, at EU kan vedtage foranstaltninger med det formål at oprette et indre marked eller sikre dets funktion.²⁹ Det fremgår også af Traktaten, at det indre marked udgør et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital.³⁰ Udbudsreglerne er resultatet af et af EU's foranstaltninger. Udbudsreglerne skal derfor ses i det lys, at de har til formål at sikre, at der eksisterer et indre marked for offentlige kontrakter med fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de principper, der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed.³¹

Udbudsreglerne kendetegnes ved, at de fastlægger regler, der skal overholdes for indgåelse af offentlige kontrakter. Reglernes formål er at fremme konkurrencen om offentlige kontrakter og at sikre en

²⁸ Herefter: TEUF

²⁹ TEUF art. 26, stk. 1.

³⁰ TEUF art. 26, stk. 2.

³¹ Udbudsdirektivets betragtning 1.

lige adgang for virksomheder i EU til at kunne byde og få del i kontrakterne. Reglerne skal dermed også forhindre, at medlemsstaterne favoriserer egne nationale virksomheder.³²

Disse formål er blevet bekræftet i praksis. EU-Domstolen har udtalt, at et af de centrale formål med udbudsdirektiverne er at "... fjerne hindringerne for den frie udveksling af tjenesteydelser og varer og følgelig tilsigter at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde goder eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat."³³ I en anden dom udtalte EU-Domstolen, at: "hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige aftaler er at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater."³⁴

Det kan på baggrund af EU-Domstolens udtalelser udledes, at udbudsreglerne skal medvirke til at sikre den fri bevægelighed i EU. Dette skal ske ved hjælp af en åben og fair konkurrence om offentlige kontrakter, hvor alle virksomheder har lige adgang til de offentlige kontrakter. På den måde skabes der i EU en effektiv konkurrence, hvilket kommer til udtryk i lavere priser, bedre produkter, innovation og effektivisering.

Udbudsreglerne forfølger også andre formål end at fjerne hindringer fra det indre marked.³⁵ I forslaget til udbudsdirektivet angav EU-Kommissionen, at udbudsdirektivet skulle have to supplerende formål:³⁶

1: "Mere effektiv udnyttelse af de offentlige midler for at sikre de bedst mulige resultater af indkøb med hensyn til penge."

2: "Give ordregiverne bedre mulighed for at anvende offentlige indkøb til støtte for fælles samfundsmæssige mål såsom miljøbeskyttelse, bedre ressource- og energieffektivitet, bekæmpelse af klimacændringer, fremme af innovation, beskæftigelse og social integration samt sikring af de bedst mulige betingelser for tilvejebringelse af sociale tjenester af høj kvalitet."

³² Hamer, Carina Risvig, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 32.

³³ EU-Domstolens dom af 1. februar 2001 i C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, præmis 41.

³⁴ EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 i C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig, præmis 31.

³⁵ Hamer, Carina Risvig, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 33.

³⁶ Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb af 2011/0438/COD.

Med de supplerende formål anerkendte Kommission, at udbudsreglerne også tilgodeså andre samfundsmæssige formål, såsom miljø, klima samt sociale hensyn. De nye formål kommer ligeledes til udtryk i udbudsdirektivets bestemmelser, hvor der blandt andet gives mulighed for, at ordregiverne kan varetage miljømæssige og sociale hensyn i tildelingen af en offentlig kontrakt.³⁷

Der vil være tilfælde, hvor der opstår et behov for at foretage en formålsfortolkning af en bestemmelse i udbudsdirektivet. I så fald skal det tillægges særlig betydning, at udbudsreglerne er vedtaget med hjemmel i TEUF's bestemmelser om det indre marked. Det vil med andre ord betyde, at udbudsdirektivets bestemmelser skal som udgangspunkt fortolkes i overensstemmelse med formålet om at styrke det indre marked og sikre lige adgang for virksomheder til offentlige kontrakter. Disse formål går derfor forud for de supplerende formål.³⁸

2.3. Udbudsrettens grundlæggende principper

Udbudsretten hviler på tre grundlæggende principper, herunder principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Principperne har det til fælles, at de skal sikre konkurrencen og den lige adgang til offentlige kontrakter. De EU-retlige principper, som er af fundamental karakter, skal af ordregiveren efterleves i alle faser af et udbud frem til tidspunktet for opfyldelsen af den udbudte kontrakt.³⁹ Flere af udbudsreglerne er en udmøntning af de tre principper. Principperne gælder også for tilbudsindhentning efter tilbudsloven.⁴⁰ De tre principper, som direkte fremgår af udbudsdirektivets artikel 18, stk. 1 og som er implementeret i udbudslovens § 2, stk. 1, vil blive behandlet nærmere nedenfor.

2.3.1. Ligebehandlingsprincippet

Det EU-retlige ligebehandlingsprincip indebærer, at det lige skal behandles lige, og at forskellige forhold ikke må behandles ens. EU-Domstolen har i relation til ligebehandlingsprincippet udtalt, at princippet udledes af forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i artikel 18 TEUF og betyder, at der ikke må ske en forskellig behandling af ensartede situationer, medmindre en forskellig behandling er objektivt begrundet.⁴¹

³⁷ Hamer, Carina Risvig, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 34.

³⁸ Ibid., s. 35.

³⁹ Erhvervs- og Vækstministeriets Bemærkninger til § 2, Folketingstidende 2015-16 (lovforslag 19), Tillæg A, s. 56 ff.

⁴⁰ Tilbudslovens § 2

⁴¹ EU-Domstolens dom af 8. oktober 1980 i C-810/79, Peter Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, præmis 16.

Ligebehandlingsprincippet er relevant i alle faser af udbudsprocessen; fra udformningen af udbudsmaterialet, over udvælgelsen og frem til endelig tildeling og afslutning af den udbudte kontrakt.⁴² Ligebehandlingsprincippet udmøntes desuden i et generelt forhandlingsforbud, ligesom princippet begrænser hvad en ordregiver og en tilbudsgiver må føre dialog om. En ordregiver må endvidere ikke give en tilbudsgiver oplysninger, som de øvrige tilbudsgivere ikke modtager, og alle tilbudsgivere skal have samme relevante information samtidigt.⁴³

2.3.2. Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet er udviklet af EU-Domstolen på baggrund af lighedsprincippet.⁴⁴ Princippet om gennemsigtighed har ifølge EU-Domstolen til formål at gøre det muligt at kontrollere, om ligebehandlingsprincippet overholdes.⁴⁵

Gennemsigtighedsprincippet sikrer offentlighed og åbenhed omkring selve udbuddet. Dette har til formål at give de økonomiske aktører mulighed for at tilkendegive deres interesse i at deltage i udbuddet. Det er herudover hensigten, at offentligheden og åbenheden omkring udbuddet skal forhindre, at ordregiveren på forhånd foretager indkøb fra leverandører, som ordregiveren eventuelt har en særlig præference for.⁴⁶

Princippet om gennemsigtighed indebærer desuden, at ordregiveren forpligtes til på forhånd i udbudsmaterialet at beskrive kontraktens genstand samt processen for udbuddet. Ordregiveren skal herefter handle i overensstemmelse med og inden for rammerne af den beskrivelse, som fremgår af udbudsmaterialet. Ordregiveren skal sørge for, at alle relevante informationer om det offentlige udbud er tilgængelige for de økonomiske aktører. Tildelingen af kontrakten skal ligeledes foregå på en gennemsigtig måde, så tilbudsgiverne kan vurdere, om ordregiveren overholder udbudsprocessen, samt de kriterier og metoder, som er opstillet for tildelingen af kontrakten.⁴⁷

⁴² Erhvervs- og Vækstministeriets Bemærkninger til § 2, Folketingstidende 2015-16 (lovforslag 19), Tillæg A, s. 56 ff.

⁴³ Hamer, Carina Risvig, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 59.

⁴⁴ EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 i C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig.

⁴⁵ EU-Domstolens dom af 18. juni 2002 i C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-Gesellschaft mbH mod Wien.

⁴⁶ Erhvervs- og Vækstministeriets Bemærkninger til § 2, Folketingstidende 2015-16 (lovforslag 19), Tillæg A, s. 56 ff.

⁴⁷ Ibid.

2.3.3 Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet fremgår direkte af artikel 5, stk. 1 i Traktaten om Den Europæiske Union.⁴⁸ Princippet indebærer en forpligtigelse for ordregiveren til at tilrettelægge og gennemføre udbudsprocessen på en proportional måde. Det betyder med andre ord, at en ordregiver kun kan stille krav til ansøgere og tilbudsgivere, som ikke går videre end det nødvendige for at opfylde ordregiverens konkrete saglige behov.

Proportionalitetsprincippet finder anvendelse i forbindelse med udarbejdelsen af ordregiverens udbudsmateriale samt ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbudsprocessen. Princippet påvirker de krav, som en ordregiver må stille til de økonomiske aktører. Det kan eksempelvis dreje sig om krav, der angår tidsfrister for en økonomisk aktørs aflevering af en ansøgning eller et tilbud, ordregiverens krav til indkøbet eller krav til deltagernes egnethed.⁴⁹

Proportionalitetsprincippet forhindrer ordregiveren i at stille krav til opgavens udførelse, som kræver uforholdsmæssigt store investeringer fra de bydende i forhold til formålet med det pågældende krav. Det vil eksempelvis være ulovligt for ordregiveren at stille krav om, at de bydende forud for tilbudsafgivelsen har etableret et forretningssted inden for et bestemt angivet område.⁵⁰

Det fremgår desuden af lovbemærkningerne til udbudslovens § 2, at en ordregiver ikke bør forkaste et tilbud som uantageligt grundet en tilbudsgivers forbehold, såfremt forholdet er af bagatelagtig karakter og nemt kan prissættes.⁵¹

2.4. Sanktionen uden virkning

Klagenævnet for Udbud kan forpligte en ordregiver til at bringe en kontrakt omfattet af udbudsloven til ophør i medfør af udbudslovens § 185, stk. 2. Denne bestemmelse finder anvendelse, når Klagenævnet annullerer ordregiverens tildelingsbeslutning. Klagenævnet har også kompetence til at bringe en kontrakt til ophør i medfør af reglerne om uden virkning. Retsvirkningen af disse to sanktioner bevirker, at sanktionerne ligner hinanden til forveksling. Formålet med dette afsnit er at redegøre for

⁴⁸ Herefter: TEU.

⁴⁹ Erhvervs- og Vækstministeriets Bemærkninger til § 2, Folketingstidende 2015-16 (lovforslag 19), Tillæg A, s. 56 ff.

⁵⁰ Hamer, Carina Risvig, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 62.

⁵¹ Erhvervs- og Vækstministeriets Bemærkninger til § 2, Folketingstidende 2015-16 (lovforslag 19), Tillæg A, s. 56 ff.

Klagenævnets kompetence til at erklære en kontrakt for uden virkning med henblik på at belyse forskellen mellem de to sanktioner.

2.4.1. En historisk kontekst

Den 1. juli 2010 trådte hovedloven til den nugældende klagenævnslov i kraft.⁵² Hovedformålet med den nye klagenævnslov var at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. For at sikre en effektiv håndhævelse blev der indført bestemmelser, som skulle gøre det muligt for Klagenævnet at bringe nye sanktioner i anvendelse ved visse overtrædelser af udbudsreglerne. En af disse sanktioner var kompetencen til at erklære en indgået kontrakt for uden virkning.⁵³

Før den seneste hovedlov trådte i kraft, havde Klagenævnet for Udbud kompetence til at annullere ordregiverens ulovlige beslutninger, påbyde en ordregiver at lovliggøre udbudsprocessen samt tilkende en part erstatning. Havde en ordregiver derfor begået en udbudskrænkelser ved eksempelvis at tildele en kontrakt til en virksomhed uden afholdelse af et udbud, havde Klagenævnet alene mulighed for at annullere ordregiverens beslutning om at tildele kontrakten. Sanktionen havde dog ingen udbudsretlige konsekvenser, hvis kontrakten allerede var indgået. Årsagen hertil var, at Klagenævnet ved anvendelse af annullationsbeføjelsen alene annullerede ordregiverens forvaltningsretlige beslutning. Eftersom kontrakten er en privatretlig aftale, påvirkes den ikke. Klagenævnet havde med andre ord ikke kompetence til at pålægge en ordregiver at bringe en ulovlig kontrakt til ophør.⁵⁴

Ved klagenævnslovens ikrafttrædelse fik Klagenævnet i medfør af §§ 16-17 kompetence til at erklære en kontrakt for uden virkning. Der skal i henhold til reglerne om uden virkning sondres mellem de tilfælde, hvor Klagenævnet *kan*, men har ikke pligt til at erklære en kontrakt for uden virkning og de tilfælde, hvor en kontrakt *skal* erklæres for uden virkning.

2.4.2. *Kan* eller *skal* erklæres for uden virkning

Lovens § 16 oplister de to tilfælde, hvor en kontrakt *kan* erklæres for uden virkning.

⁵² Lov nr. 492 af 12. maj 2010.

⁵³ Økonomi- og Erhvervsministeriets Bemærkninger til Lovforslaget, Folketingstidende 2009-10 (lovforslag 110), Tillæg A, s. 6 ff.

⁵⁴ Ibid.

En kontrakt kan i henhold til bestemmelsen erklæres for uden virkning, hvis kontrakten er indgået i standstill-perioden. En kontrakt kan tilsvarende erklæres for uden virkning, hvis kontrakten er indgået i en periode, hvor en klage har opsættende virkning.

Lovens § 17 oplister de tilfælde, hvor en kontrakt *skal* erklæres for uden virkning.

§ 17, stk. 1, nr. 1 angår de tilfælde, hvor ordregiveren foretager en ulovlig direkte tildeling. En sådan kontrakt skal som udgangspunkt erklæres for uden virkning, medmindre ordregiveren har fulgt proceduren i klagenævnslovens § 4 om profylaksebekendtgørelser. Er proceduren i § 4 ikke blevet fulgt, kan kontrakten alligevel opretholdes, hvis Klagenævnet konstaterer, at hensynet til almenhedens interesser gør det nødvendigt, at kontrakten fortsat skal have virkning.⁵⁵

§ 17, stk. 1, nr. 2 angår de tilfælde, hvor kontrakten er indgået i en periode med standstill eller opsættende virkning, og ordregiveren samtidig har overtrådt udbudsreglerne på en måde, der har påvirket klagerens mulighed for at få kontrakten. I disse tilfælde kan kontrakten alene opretholdes i medfør af undtagelsesbestemmelsen i klagenævnslovens § 17, stk. 3.

§ 17, stk. 1, nr. 3 og 4 angår de tilfælde, hvor ordregiveren enten ulovligt indgår kontrakt på baggrund af en rammeaftale eller et dynamisk indkøbssystem. I disse tilfælde kan kontrakten opretholdes, hvis ordregiveren havde haft rimelig anledning til at tro, at kontrakten lovligt kunne indgås. Det er samtidigt et krav, at ordregiveren har overholdt sin underretningspligt i medfør af udbudslovens § 171 og afholdt standstill efter reglerne i klagenævnslovens §§ 2-3.⁵⁶ Kontrakten kan også undtages i medfør af undtagelsesbestemmelsen § 17, stk. 3, hvis der foreligger væsentlige hensyn til almenhedens interesser, som gør det nødvendigt at opretholde kontrakten.

2.4.3. Retsvirkninger

Ændringsdirektivet indeholder ikke retningslinjer for, hvad sanktionen uden virkning skal medføre. Det fremgår af ændringsdirektivets artikel 2d, stk. 2 og betragtning 21, at følgerne af sanktionen skal være op til national ret. Ændringsdirektivet angiver dog, at formålet med sanktionen er, ”at kontraktparternes rettigheder og forpligtelser ikke længere bør håndhæves og opfyldes.”⁵⁷

⁵⁵ Klagenævnslovens § 17, stk. 3.

⁵⁶ Klagenævnslovens § 17, stk. 2.

⁵⁷ Ændringsdirektivets betragtning 21.

Det følger således af klagenævnslovens § 13, stk. 2, at erklæres en kontrakt for uden virkning, udsteder Klagenævnet påbud om, at ordregiveren skal bringe kontrakten til ophør. Klagenævnslovens § 18 angiver de nærmere betingelser for, hvad der skal forstås ved, at en kontrakt erklæres for uden virkning:

”En kontrakt erklæres for uden virkning for fremtidige leverancer i kontrakten. Erklæres en kontrakt for uden virkning, skal det angives, fra hvilket tidspunkt kontrakten skal anses for uden virkning, eller hvilke dele af kontrakten der skal anses for uden virkning.”

Sanktionen begrænses dermed til de forpligtelser, som endnu ikke er opfyldt (ex nunc). Den primære retsvirkning er derfor, at ordregiveren ikke længere må modtage leverancer i henhold til den ulovlige kontrakt.

At erklære en kontrakt for uden virkning kan være indgribende for ordregiveren og de involverede virksomheder. Sanktionen kan derudover resultere i skadevirkninger for samfundet. Som konsekvens heraf har man fra dansk side udnyttet muligheden for at indføre en alternativ sanktion.⁵⁸ Der skal derfor fastsættes en alternativ sanktion i form af enten en bøde eller en økonomisk sanktion, når en kontrakt, der kan eller skal erklæres for uden virkning, ikke bliver erklæret for uden virkning i sin helhed eller i kontraktens resterende løbetid.⁵⁹ Klagenævnet vil gøre brug af den alternative sanktion, når Klagenævnet finder det mere hensigtsmæssigt og proportionalt i forhold til at bringe en kontrakt til ophør.⁶⁰

2.4.4. De væsentligste forskelle

Med sanktionen uden virkning har Klagenævnet kompetence til at pålægge en ordregiver at bringe en ulovligt indgået kontrakt til ophør. Sanktionen finder dog kun anvendelse på kontrakter, der er omfattet af udbudslovens afsnit II og III eller forsyningsvirksomhedsdirektivet. Er en kontrakt derfor eksempelvis omfattet af tilbudsloven, koncessionsdirektivet, eller blot et offentligt indkøb under udbudslovens tærskelværdier, er sanktionen ikke anvendelig. Sanktionens anvendelsesområde

⁵⁸ Økonomi- og Erhvervsministeriets Bemærkninger til Lovforslaget, Folketingstidende 2009-10 (lovforslag 110), Tillæg A, s. 9.

⁵⁹ Klagenævnslovens § 18, stk. 2, nr. 1-3.

⁶⁰ Økonomi- og Erhvervsministeriets Bemærkninger til Lovforslaget, Folketingstidende 2009-10 (lovforslag 110), Tillæg A, s. 9.

begrænses yderligere af, at den konkrete udbudskrænkelser skal være oplyst i klagenævnenslovens §§ 16-17. Er den konkrete udbudskrænkelser ikke omfattet af disse bestemmelser, finder sanktionen derfor ikke anvendelse. En anden forskel er, at betragtninger om grovheden af en ordregivers udbudskrænkelser er et vurderingsmoment, som alene indgår i Klagenævnets afgørelse af, om en annullationspåstand skal tages til følge. Denne type af betragtninger har således ingen reel betydning for sanktionspåstande vedrørende uden virkning.⁶¹

Der er endvidere en væsentlig forskel i retsvirkningerne af de to sanktioner. Erklæres en kontrakt for uden virkning, har ordregiveren som udgangspunkt ikke mulighed for at vente med at bringe kontrakten til ophør, indtil en ny udbudsprocedure er afsluttet. Denne mulighed er en konsekvens af udbudslovens § 185, stk. 2, som derfor udelukkende er forbeholdt tilfælde, hvor en tildelingsbeslutning annulleres i henhold til klagenævnenslovens § 13, stk. 1, nr. 2. Klagenævnenslovens § 4 om profylaksebekendtgørelser giver desuden ordregiveren mulighed for at forhindre, at visse kontrakter erklæres for uden virkning. Dette står i kontrast til annullationsbeføjelsen, hvor der ikke gælder en forudgående mulighed for at sikre sig mod retsvirkningerne deraf.

Før udbudslovens ikrafttrædelse i 2016 havde Klagenævnet ikke mulighed for at pålægge en ordregiver at bringe en ulovlig kontrakt til ophør, medmindre kontrakten og overtrædelsen var omfattet af reglerne om uden virkning. Dette har betydet, at reglerne om uden virkning har været væsentlige i Klagenævnets håndhævelse i udbudsreglerne. Klagenævnets kompetence til at forpligte en ordregiver at bringe en ulovligt indgået kontrakt til ophør, når en tildelingsbeslutning annulleres, har sin hjemmel i udbudslovens § 185, stk. 2. Hjemlen vedrører dog kun udbud omfattet af udbudsloven, og finder kun anvendelse i de situationer, hvor tildelingsbeslutningen annulleres. Sanktionen uden virkning vurderes derfor fortsat at være et nødvendigt middel i forsøget på at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne.

⁶¹ Klagenævnets udtalelse i kendelse af 14. juli 2009, Updata Danmark A/S mod Lyngby-Taarbæk Kommune.

Kapitel 3: Annullationens betingelser

3.1 Introduktion

I nærværende kapitel vil det søges afdækket, under hvilke betingelser Klagenævnet for Udbud kan annullere en ordregivers tildelingsbeslutning. Indledningsvist vil annullationsbeføjelsens lovgrundlag og anvendelsesområde blive gennemgået. Dernæst foretages en undersøgelse af Klagenævnets vurderingsmomenter med inddragelse af relevant administrativ praksis.

3.2. Hvad kan annulleres?

Det følger af klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2, at Klagenævnet kan ”annullere ordregiverens ulovlige beslutninger eller udbudsforretning”. Annullation fungerer som en sanktionspåstand og bliver kun taget til følge, såfremt Klagenævnet på baggrund af separate materielle påstande fra klageren konstaterer, at ordregiveren har begået en udbudskrænkelse. Annullation kræver således, at klageren nedlægger påstand herom.⁶²

Som det fremgår af bestemmelsens ordlyd, kan Klagenævnet for Udbud annullere alle de typer af beslutninger, som træffes af en ordregiver i forbindelse med en udbudsprocedure. Klagenævnet kan blandt andet annullere ordregiverens beslutninger om, hvorvidt en anskaffelse ikke skal i udbud, valg af udbudsregler, afvisning af tilbud, kontraktændringer, prækvalifikation og en ordregivers beslutning om at annullere sit udbud.⁶³

Det forekommer sjældent, at hele udbudsforretningen annulleres. Dels fordi det kræver, at Klagenævnet konstaterer fejl og mangler i udbudsgrundlaget i så væsentlig grad, at der ikke er mulighed for andre former for afhjælpning, og dels fordi Klagenævnet udelukkende må tage stilling til de påstande, som en part har nedlagt.⁶⁴ I en række kendelser tilkendegiver Klagenævnet, at ordregiverens udbudsbetingelser ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning.⁶⁵ En sådan tilkendegivelse medfører i praksis, at ordregiveren annullerer sin udbudsforretning.⁶⁶

⁶² Klagenævnslovens § 10, stk. 1.

⁶³ Jakobsen, Peter Stig m.fl., EU Udbudsretten, 3. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 363.

⁶⁴ Klagenævnslovens § 10, stk. 1.

⁶⁵ Klagenævnets kendelse af 26. september 2016, P.G. Andersen & Bruhn Orgelbyggeri ApS mod Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd, hvor Klagenævnet efter påstand fra klager bestemmer, at udbudsmaterialet er uegnet til at danne baggrund for en lovlig tildelingsbeslutning.

⁶⁶ Treumer, Steen, Udbudsretten, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2019, s. 480.

I de fleste tilfælde er det tildelingsbeslutningen, som annulleres, og i praksis er det netop muligheden for at annullere ordregiverens tildelingsbeslutninger, som skaber den største interesse blandt teoretikere og praktiserende.⁶⁷ Annulation spiller en central rolle i Klagenævnets mulighed for at lovliggøre et offentligt udbud, og sanktionen kan endda have væsentlig betydning for gyldigheden af en eventuelt allerede indgået kontrakt.⁶⁸

3.3. Vurderingsmomenter

Det reguleres ikke i klagenævnsløven, under hvilke betingelser, Klagenævnet for Udbud kan annullere en ordregivers tildelingsbeslutning. Det kan dog af Klagenævnets praksis udledes, at tre forskellige forhold indgår i Klagenævnets vurdering af, om en beslutning skal annulleres: 1) karakteren af de konstaterede overtrædelser; 2) hvorvidt klageren har udvist passivitet; samt 3) en afvejning af de samfundsmæssige konsekvenser af en annulation over for klagerens beskyttelsesbehov.⁶⁹ I de følgende afsnit foretager specialet en tilbundsående undersøgelse af de tre vurderingsmomenter.

3.3.1. Overtrædelsens grovhed

Klagenævnets annulation af en ordregivers tildelingsbeslutning betragtes som et temmeligt byrdefuldt indgreb. Ofte gør Klagenævnet brug af begrundelsen ”karakteren af de konstaterede overtrædelser” eller lignende som begrundelse for annulationen. Grundet annulationens byrdefulde karakter forudsættes det, at annulation kun kommer på tale, såfremt de konstaterede overtrædelser af udbudsreglerne har haft ”konkret væsentlig betydning for den pågældende beslutning eller som minimum indebærer væsentlig risiko for, at beslutningen kan være forkert.” Det vil med andre ord betyde, at der som udgangspunkt skal foreligge årsagssammenhæng mellem overtrædelsen og ordregiverens tildelingsbeslutning.⁷⁰

Ved afgørelsen af, om en klagers annulationspåstand skal tages til følge, foretager Klagenævnet en afvejning af overtrædelsens grovhed og dens indflydelse på udbudsforretningens gennemførelse over for annulationens konsekvenser for ordregiveren.⁷¹ Den eller de overtrædelser, som er genstand for

⁶⁷ Jakobsen, Peter Stig m.fl., EU Udbudsretten, 3. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 635.

⁶⁸ Ordregiveren skal som udgangspunkt bringe en kontrakt til ophør, når tildelingsbeslutningen annulleres ved endelig afgørelse eller dom, jf. udbudslovens § 185, stk. 2.

⁶⁹ Jakobsen, Peter Stig m.fl., EU Udbudsretten, 3. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 636.

⁷⁰ Treumer, Steen, Udbudsretten, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2019, s. 481.

⁷¹ Jakobsen, Peter Stig m.fl., EU Udbudsretten, 3. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 636.

klagen, kan bestå af ordregiverens undladelse af udbud, ordregiverens anvendelse af forkerte udbudsregler, ordregiverens tilsidesættelse af forhandlingsforbuddet, ordregiverens overtrædelse af udbudsreglernes grundlæggende principper, samt ordregiverens formelle fejl.⁷²

I de følgende afsnit foretages en undersøgelse af to kendelser af nyere karakter. Klagenævnets kendelse, Rengoering.com A/S mod Fredensborg Kommune, analyseres med det formål at illustrere, hvornår en udbudskrænkelser er af væsentlig betydning. I modsatte retning foretages en undersøgelse af kendelsen N. Sundin Dockstavarvet AB mod DanPilot. Denne kendelse har til formål at belyse, hvornår en overtrædelse af udbudsreglerne har manglende konkret betydning for tildelingsbeslutningen. Konsekvensen heraf var, at klagerens annullationspåstand ikke blev taget til følge.

I Klagenævnets kendelse af 15. februar 2018, Rengoering.com A/S (herefter: klager) mod Fredensborg Kommune (herefter: ordregiver) skulle Klagenævnet tage stilling til, om ordregiver havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2, stk. 1. Ordregiver havde afvist klagers tilbud som ikke-konditionsmæssigt med den begrundelse, at klager ikke opfyldte udbudsbetingelsernes mindstekrav til egnethed. Klager påstod, at ordregivers beslutning om at tildele de udbudte rengørings- og vinduespoleringskontrakter til Elite Miljø A/S skulle annulleres.

Klagenævnet bemærkede, at alle tilbudsgivere på nær Elite Miljø A/S, var blevet afvist under evalueringen med den begrundelse, at tilbudsgiverne ikke levede op til egnethedskravet. Klagenævnet bemærkede hertil, at egnethedskravet var formuleret således: ”mindst tre lignende eller tilsvarende arbejder/opgaver inden for de seneste 3 år”, og at det dermed ikke fremgik tydeligt nok af mindstekravet, at det krævedes ”3 referencer inden for rengøring og 3 inden for vinduespolering, alternativt 3 referencer, hvori indgik både rengøring og vinduespolering”. Klagenævnet tog klagers påstande til følge, og lagde i den forbindelse navnlig vægt på, at mindstekravet *ikke* kunne forstås på den måde, at det omfattede tre referencer inden for både rengøring og vinduespolering.

Kendelsen er først og fremmest et udtryk for, at hensynene bag koncipistreglen, som er særlig kendt inden for aftaleretten, også finder anvendelse i udbudsretten. Det vil sige, at parten som skriver en uklar tekst, også må bære risikoen for eventuelle uklarheder under fortolkningen af den. I udbudsretten udmøntes begrebet i gennemsigtighedsprincippet, og er en påmindelse om, at ordregiveren altid

⁷² Ibid., s. 637.

skal sørge for at være omhyggelig under udarbejdelsen af udbudsmaterialet og sikre transparens.⁷³ Derudover er kendelsen også en illustration af, hvornår en ordregivers overtrædelse af udbudsreglerne medfører en væsentlig risiko for en forkert tildelingsbeslutning. I ovenstående kendelse kan det ikke udelukkes, at udbuddet ville have haft et andet resultat, hvis tilsidesættelsen af gennemsigtighedsprincippet og den uberettigede afvisning af et (eller flere) tilbud som ikke-konditionsmæssigt ikke var fundet sted.

I kendelsen N. Sundin Dockstavarvet AB (herefter: klager) mod DanPilot (herefter: ordregiver) af 26. juni 2017, kunne ordregivers overtrædelse af udbudsreglerne ikke begrunde en annullation af tildelingsbeslutningen. Kendelsen omhandlede en kontrakt om levering af to lods fartøjer. Klager var blandt de prækvalificerede, men efter modtagelsen af de endelige tilbud valgte ordregiver at tildele kontrakten til Workboats A/S. I kendelsen skulle Klagenævnet tage stilling til følgerne af ordregivers overtrædelse af udbudsreglerne ved ikke i tildelingsbeslutningen at have oplyst om de relevante grunde for beslutningen med angivelse af de væsentligste forskelle imellem det vindende tilbud og klagers tilbud.

Efter klagenævnenslovens § 2, stk. 1, nr. 2. skal en ordregiver, som afholder et udbud omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet underrette tilbudsgiverne om beslutninger, der træffes om tildeling af kontrakt.⁷⁴ Klagenævnenslovens § 2, stk. 2 angiver, at underretningen skal indeholde en begrundelse for beslutningen, som opfylder de krav, der fremgår af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 75 bestemmer, at de tilbudsgivere, som har afgivet et konditionsmæssigt tilbud, underrettes om karakteristikaene og de relative fordele ved det vindende tilbud. Klagenævnet vurderede, at ordregiver ikke havde opfyldt sin begrundelsespligt i tilstrækkelig grad. Klager fik derfor medhold i sin påstand om ordregivers overtrædelse af klagenævnenslovens § 2, stk. 2.

Spørgsmålet var herefter, om denne overtrædelse af klagenævnenslovens § 2, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 75 kunne begrunde en annullation af ordregivers tildelingsbeslutning efter klagenævnenslovens § 13, stk. 1, nr. 2. Som tidligere fastlagt er annullation et byrdefuldt indgreb. Fordi der er tale om et byrdefuldt indgreb, antages det, at Klagenævnet som udgangspunkt annullerer en tildelingsbeslutning, når udbudskrænkelsen har haft en væsentlig betydning for den pågældende

⁷³ Eriksen, Søren Overgaard, Kromann Reumert, 2018.

⁷⁴ Således som bestemmelsen var formuleret inden lovændringen ved lov nr. 1594 af 15. december 2015.

beslutning eller som minimum indebærer en risiko for, at beslutningen kan være forkert. Som tidligere nævnt skal dette forstås som et krav om årsagssammenhæng.

Det er sandsynligt, at ordregivers mangelfulde begrundelse i den konkrete sag ingen betydning havde for tildelingsbeslutningen. Det bestyrkes af, at formålet med klagenævnslovens § 2, stk. 2 er at oplyse tilbudsgivere om de relevante grunde for en tildelingsbeslutning. De forbigåede tilbudsgivere får deraf indsigt i beslutningen, således de bedre kan afgøre, om der er grundlag for at klage over ordregiverens beslutning.⁷⁵

Begrundelsespligten i klagenævnslovens § 2, stk. 2 er en formel regel, og om denne type regler, anfører Carina Risvig Hamer, at disse bør betragtes som spilleregler, der ikke har indflydelse på, hvilken tilbudsgiver, som vinder den udbudte kontrakt. Reglerne har til formål at sikre klarhed om ordregivers tildelingsbeslutning og sørge for, at udbuddet afholdes på en fair måde. Reglerne vil typisk være af processuel karakter, og en overtrædelse anses for at være en mindre overtrædelse, som ikke alene kan føre til annullation.⁷⁶ Denne opfattelse stemmer overens med Klagenævnets afgørelse i den pågældende kendelse, hvor Klagenævnet ikke fandt grundlag for at antage, at ordregiverens mangelfulde begrundelse havde haft konkret betydning for tildelingsbeslutningen. Som følge heraf fik klager ikke medhold i sin påstand om annullation.

Det er specialrets opfattelse, at Klagenævnets afgørelse kan begrundes i flere forhold. Klager havde i sine anbringender anført, at de påberåbte overtrædelser *tilsammen* skulle føre til annullation. Ordregiver blev dog ikke kendt skyldig i andre overtrædelser, hvorfor Klagenævnet alene tog stilling til væsentlighedsgraden af den føromtalt overtrædelse. Fordi reglen i klagenævnslovens § 2 er af formel karakter, vurderes det, at bestemmelsen ingen betydning har for, hvorvidt ordregivers tildelingsbeslutning eller udbudsforretning i det konkrete tilfælde antages at være ulovlig. Ordregivers overtrædelse formildnes desuden af den omstændighed, at en begrundelse for tildelingen var blevet givet; begrundelsen var blot mangelfuld, fordi den savnede de fornødne detaljer.

⁷⁵ Økonomi- og Erhvervsministeriets Bemærkninger til § 2, Folketingstidende 2009-10 (lovforslag 110), Tillæg A, s. 17.

⁷⁶ Hamer, Carina Risvig, Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2015, s. 386.

I den juridiske litteratur antages det, at Klagenævnets kompetence til at annullere en tildelingsbeslutning kræver årsagssammenhæng mellem ordregiverens begåede overtrædelse af udbudsreglerne og ordregiverens beslutning om at tildele kontrakten.⁷⁷ Dette udgangspunkt bliver i visse kendelser fraveget, hvilket analysen af Klagenævnets kendelse Axxess A/S mod Region Hovedstaden har til formål at belyse.

I kendelsen Axxess A/S (herefter: klager) mod Region Hovedstaden (herefter: ordregiver) af 22. februar 2018, blev en rammeaftale sat i offentligt udbud efter udbudslovens afsnit II. Rammeaftalens varighed var angivet til 48 måneder med mulighed for forlængelse op til i alt 36 måneder, hvilket vil sige en løbetid på potentielt syv år. Klager, som udgjorde en af de fire forbigåede tilbudsgivere, påstod, at ordregiver ikke havde bevist, at der forekom ekstraordinære tilfælde, som kunne begrunde en fravigelse af hovedreglen i udbudslovens § 95, stk. 2 om, at en rammeaftale maksimalt kan have en varighed på fire år. Spørgsmålet var derfor, om ordregiver havde overtrådt bestemmelsen i udbudslovens § 95, stk. 2, og i så fald, om dette kunne føre til en annullation af ordregivers beslutning om at tildele rammeaftalen til Datacon A/S.

Klagenævnet udtalte, at ordregiver bærer bevisbyrden for, at der foreligger ekstraordinære tilfælde, som kan begrunde en fravigelse af hovedreglen i udbudslovens § 95, stk. 2. I den forbindelse fandtes det, at ordregiver ikke havde bevist sådanne ekstraordinære omstændigheder, som lovliggør en rammeaftale af længere varighed. I sagen blev der for det første navnlig lagt vægt på det indkøbte, herunder at der var tale om standard netværkskomponenter, hvor ordregiver selv kunne sammensætte sine løsninger ud fra sine konkrete behov. For det andet havde rammeaftalen til formål at afløse en tidligere kontrakt, som var af væsentlig kortere varighed. For det tredje talte udbuddets udformning og opdeling i flere dele for, at udbuddet kunne gennemføres med henblik på at få andre leverandører, og at eventuelle problemer med netværksudstyrets tekniske kompatibilitet kunne løses uden store vanskeligheder. Klagenævnet udtalte endvidere, at overtrædelsen af udbudslovens § 95, stk. 2, som var begået ved fastsættelsen af rammeaftalens varighed, måtte anses for at være af væsentlig betydning. Klager fik som konsekvens heraf medhold i sin påstand om annullation af ordregivers tildelingsbeslutning.

⁷⁷ Jakobsen, Peter Stig m.fl., EU Udbudsretten, 3. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 636.

Som tidligere anført bør udbudskrænkelsen have konkret betydning for ordregiverens tildelingsbeslutning. Det vil med andre ord betyde, at der skal foreligge årsagssammenhæng mellem overtrædelser og tildelingsbeslutningen. Der er dog ingen særlige omstændigheder i den pågældende sag, der taler for, at den truffne tildelingsbeslutning havde været en anden, såfremt ordregivers overtrædelse ikke var fundet sted. Det fremgår endvidere af ordregivers anbringender, at der ikke under udbudsprocessen var blevet stillet øvrige spørgsmål til rammeaftalen, som kunne indikere fejl eller mangler ved udbuddet. Specialets vurdering herfor er, at den førømtalte årsagssammenhæng ikke synes at være til stede i den pågældende kendelse. Det bliver i følgende afsnit undersøgt, om der i den konkrete sag forekommer andre særlige forhold, som kan begrunde Klagenævnets annullation af tildelingsbeslutningen.

For at fastlægge hvilke særlige forhold, som i den konkrete kendelse begrunder annullation, er det nødvendigt at fastlægge de overordnede hensyn som ligger bag rammeaftaler som indkøbsmetode. Grundet rammeaftalers natur, er det ikke muligt at tilføje nye leverandører under en rammeaftales løbetid, hvilket resulterer i, at konkurrencen fjernes om de kontrakter rammeaftalen omfatter. Rammeaftaler resulterer derfor i lukkethed og risikoen herved er, at der sker en forvridding af konkurrencen mellem de økonomiske aktører, mens rammeaftalen løber. Rammeaftaler med hjemmel i udbudsloven reguleres af de procedureregler, som fremgår af udbudslovens kapital 8 om indkøbsmetoder.⁷⁸ Procedurereglerne begrænser rammeaftalers varighed, så de højst kan have en løbetid på fire år, medmindre der foreligger ekstraordinære tilfælde. Begrænsningen af løbetiden på fire år må skyldes et ønske om at varetage de grundlæggende principper, som præger udbudsreglerne. Specialet vurderer, at varighedsbegrænsningen er et resultat af udbudslovens ligebehandlingsprincip og hensynet til de tilbudsgivere, som ikke får tildelt rammeaftalen. Denne vurdering bestyrkes yderligere af, at forarbejderne til udbudsloven påpeger den risiko, der er forbundet med rammeaftaler: ”Ordregiveren må ikke misbruge rammeaftalerne eller anvende dem på en sådan måde, at konkurrencen hindres, begrænses eller fordrejes”.⁷⁹

Når Region Hovedstaten udbyder en rammeaftale, som potentielt kan have en varighed på op til syv år uden betingelsen for en sådan varighed, er opfyldt, vil der være tale om en overtrædelse af udbudslovens § 95, stk. 2, 2. pkt. og de hensyn og principper som ligger til grund for reglen. Ifølge

⁷⁸ Udbudslovens §§ 95-100

⁷⁹ Erhvervs- og Vækstministeriets Bemærkninger til § 95, Folketingstidende 2015-16 (lovforslag 19), Tillæg A, s. 124.

Klagenævnet for Udbud er der i kendelsen Axxcess A/S mod Region Hovedstanden tale om en så alvorlig overtrædelse af udbudsreglerne, at udbudsmaterialet ikke længere kan danne grundlag for en lovlig tildeling. Kendelsens resultat må begrundes i de særlige forhold, som er anført i ovenstående afsnit.

Der var således i denne sag tale om en overtrædelse, der nok ikke havde *konkret* væsentlig betydning for ordregiverens tildelingsbeslutning. Det vurderes derimod, at overtrædelsen har været *generelt* væsentlig for den trufne afgørelse, hvilket anses for at være tilstrækkeligt før Klagenævnet beslutter at annullere ordregiverens tildelingsbeslutning. Dette betyder med andre ord, at ordregiveren risikerer at få sin tildelingsbeslutning annulleret, selvom evalueringen af de indkomne tilbud vurderes at være rigtig. Årsagen hertil er, at Klagenævnet i sin vurdering om annulation inddrager grundlagene for ordregiverens evalueringer, herunder lovligheden af dem. Havde Klagenævnet ikke kigget på grundlaget for ordregiverens evalueringer, kunne en ordregiver begå alle tænkelige overtrædelser af udbudsreglerne, blot de evalueringer, som ordregiveren foretog - uanset lovligheden af disses grundlag – gav samme resultat. Når Klagenævnet konstaterer, at udbudsmaterialet ikke længere kan danne grundlag for en lovlig tildeling, vil der som minimum være tale om en fejl, der er *generelt* væsentlig for ordregiverens afgørelse. Enhver tildelingsbeslutning vil som følge heraf være ulovlig.

3.3.1.1. Sammenfattende om overtrædelens grovhed

Med udgangspunkt i de tre kendelser Rengoering.com A/S mod Fredensborg Kommune, N. Sundin Dockstavarvet AB mod DanPilot og Axxcess A/S mod Region Hovedstanden kan det sammenfattende udledes, at overtrædelsens karakter er af væsentlig betydning for Klagenævnets beslutning om at annullere en tildelingsbeslutning.

Rengoering.com A/S mod Fredensborg Kommune eksemplificerer, hvornår der foreligger en væsentlig risiko for et forkert udfald i udbuddet. Her forekom en overtrædelse af gennemsigtighedsprincippet, som førte til en uberettiget beslutning om at afvise Rengoering.com A/S' tilbud som ikke-konditionsmæssigt. I tilfælde af, at det konkrete udbuds minimumsbetingelser var formuleret klart og tydeligt, kunne Fredensborg Kommune ikke bebrejdes for noget. I kendelsen var der således klar årsagssammenhæng mellem Fredensborg Kommunes overtrædelse af udbudsreglerne og tildelingsbeslutningen.

Kendelsen N. Sundin Dockstavarvet AB mod DanPilot skildrede, hvornår en konkret overtrædelse af udbudsreglerne ikke kunne begrunde Klagenævnets anvendelse af annullationsbeføjelsen. Her antoges det, at overtrædelsens karakter og de øvrige omstændigheder spillede en afgørende rolle for Klagenævnets beslutning. Ydermere blev det af kendelsen udledt, at en overtrædelse af formelle regler, såsom begrundelsespligten i klagenævnetslovens § 2, ikke kan siges at have konkret betydning for en ordregivers tildelingsbeslutning. Der vil således mangle årsagssammenhæng mellem ordregiverens overtrædelse og udbudsforretningens udfald.

Som Peter Stig Jakobsen anfører, er udgangspunktet, at en annulation kræver årsagssammenhæng mellem den begåede overtrædelse af udbudsreglerne og ordregiverens beslutning om at tildele kontrakten.⁸⁰ Dette udgangspunkt blev fraveget i kendelsen *Axcess A/S mod Region Hovedstaden*. I kendelsen forelå ingen særlige omstændigheder, der talte for, at overtrædelsen af udbudslovens § 95, stk. 2 udgjorde en risiko for en forkert tildelingsbeslutning. I stedet var der tale om en *generelt væsentlig* overtrædelse, som medførte, at udbudsmaterialet ikke længere kunne danne grundlag for en lovlig tildeling.

Når Klagenævnet for Udbud beslutter, at en tildelingsbeslutning skal annulleres, er der flere momenter, som har betydning for vurderingen. I de ovenstående afsnit er der foretaget en undersøgelse af, hvilken betydning overtrædelsens karakter har for sanktionspåstanden annullation. Det kan i relation hertil konkluderes, at overtrædelsen enten skal medføre en risiko for en forkert tildelingsbeslutning eller være af så grov karakter, at udbudsmaterialet ikke længere kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Ydermere kan det konkluderes, at visse overtrædelser kan på baggrund af deres natur og/eller de konkrete omstændigheder have en så bagatelagtig karakter, at de ikke kan begrunde Klagenævnets anvendelse af annullationsbeføjelsen til at annullere ordregiverens tildelingsbeslutning.

3.3.2. Klagers passivitet

Et andet forhold, som Klagenævnet for Udbud tillægger betydning, når en annullationspåstand skal vurderes, er klagerens passivitet. Passivitetsspørgsmålet er en vurdering af, hvorvidt der er sket en effektiv forfølgelse af sagen fra det tidspunkt, hvor klageren fik kendskab til overtrædelsen. Ifølge Peter Stig Jakobsen m.fl. synes vurderingen af klagers passivitet at være dels en afvejning af

⁸⁰ Jakobsen, Peter Stig m.fl., EU Udbudsretten, 3. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 636.

annullationspåstandens rimelighed i den konkrete situation, og dels en afvejning af klagerens beskyttelsesværdige interesse i en annullation med udgangspunkt i den tid, der er forløbet.⁸¹

Kendelserne Ortos A/S mod Odense Kommune og Bombardier Transportstation A/S mod Banedanmark analyseres i de følgende afsnit med det formål at klarlægge betydningen af passivitet for Klagenævnets annullationsbeføjelse.

I kendelsen Ortos A/S (herefter: klager) mod Odense Kommune (herefter: ordregiver) af 21. december 2011, skulle Klagenævnet tage stilling til, om ordregivers beslutning om at tildele kontrakten til Sahva A/S skulle annulleres. Der var i denne sag tale om en rammeaftale om indkøb af blandt andet bandager, proteser, ortoser, korsetter, halskraver, tilbehør og reparationer. Kontrakten mellem ordregiver og Sahva A/S blev indgået den 5. juli 2010, hvorimod klagen først blev indgivet til Klagenævnet for Udbud seks måneder senere, den 4. januar 2011.

Klager fik medhold i flere af sine materielle påstande. Klagenævnet konstaterede eksempelvis, at ordregiver havde handlet i strid med udbudsdirektivet ved at skifte udbudsprocedure til udbud med forhandling til trods for, at der forelå et forskriftsmæssigt tilbud. Klagenævnet fandt endvidere, at ordregiver havde forsømt sin underretningspligt ved ikke at underrette klager om tildelingen af kontrakten til Sahva A/S, ligesom reglerne om standstill var blevet overtrådt som konsekvens deraf.

På trods af overtrædelserne får klager ikke medhold i sin påstand om annullation. En række forhold vurderes at have haft betydning for Klagenævnets afgørelse herfor. Udbuddet bestod af to tilbudsgivere, klager og Sahva A/S, hvoraf alene den sidstnævnte afgav et konditionsmæssigt tilbud. Det er i den forbindelse legitimt for ordregiver at forkaste klagers ikke-konditionsmæssige tilbud og dernæst tildele kontrakten i slutningen af forløbet til den vindende tilbudsgiver. I den konkrete sag var der tale om udbudsretlige overtrædelser af formel og processuel karakter, og overtrædelserne havde derfor ikke indflydelse på ordregivers vurdering af tilbuddene. Ordregivers overtrædelse af reglerne om underretning og standstill bevirker således ikke, at ordregiver i sin evaluering kommer frem til, at klagers tilbud er ikke-konditionsmæssigt.

⁸¹ Jakobsen, Peter Stig m.fl., EU Udbudsretten, 3. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 641.

I den pågældende sag er det ikke udelukkende overtrædelsernes karakter, som vurderes at have betydning for Klagenævnets afgørelse. Det må ligeledes tillægges en vis betydning, at klager først vælger at indgive sin klage til Klagenævnet for Udbud seks måneder efter kontrakten mellem Odense Kommune og Sahva A/S blev indgået. Det er specialets vurdering, at det forhold, at klageren først indgiver sin klage seks måneder efter kontraktindgåelsen, har haft en skadegørende virkning på klagers påstand om annullation. Denne opfattelse bestyrkes af Klagenævnets udtalelse: ”... da klagen først er indgivet den 4. januar 2011, er der heller ikke grundlag for at annullere tildelingsbeslutningen”.

Klagers beskyttelsesværdige interesse i en annullation af ordregivers tildelingsbeslutning svækkes af den tid, der er forløbet siden kontraktindgåelsen, ligesom det heller ikke forekommer rimeligt at give klager medhold i sin påstand om annullation, når ordregiver med rette evaluerede tilbuddet som værende ikke-konditionsmæssigt. Klagers overtrædelse af reglerne om underretning og standstill bevirker ikke, at evalueringen var forkert.

I næste kendelse bliver klageren, Bombardier Transportstation Denmark A/S, prækvalificeret og virksomheden indgiver efterfølgende et konditionsmæssigt tilbud. Klageren får dog ikke medhold i sin påstand om annullation af tildelingsbeslutningen grundet passivitet. Kendelsen har til formål at belyse, hvilke konkrete forhold, der er med til at afgøre, at der foreligger passivitet.

I kendelsen Bombardier Transportstation Denmark A/S (herefter klager) mod Banedanmark (herefter: ordregiver) af 22. januar 2012, skulle Klagenævnet tage stilling til, hvorvidt ordregiver havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at prækvalificere og senere antage tilbud fra Thales-BBR, på trods af Thales-BBRs ikke-konditionsmæssige ansøgning om prækvalifikation, idét Thales-BBR ikke levede op til udbuddets minimumskrav. Der skulle i forlængelse heraf tages stilling til konsekvenserne af en sådan overtrædelse. Udbuddet omfattede to delkontrakter om udskiftning af signalsystemet på fjernbanenettet. Ordregiver besluttede den 16. december 2011 at tildele den ene af de to kontrakter til Thales-BBR.

Kendelsen er en delkendelse vedrørende opsættende virkning. Klager havde i denne sag til opgave at sandsynliggøre, at Klagenævnet ville tage påstanden om annullation til følge. Da klagen ikke blev tillagt opsættende virkning, trak klager efterfølgende klagen tilbage. På trods heraf, er kendelsen

relevant at analysere, da den konkretiserer, hvornår der foreligger passivitet i en sådan grad, at påstanden om annullation ikke tages til følge. Klagenævnet konstaterede, at ordregiver overtrådte ligebehandlingsprincippet ved at prækvalificere Thales-BBR. Alligevel fandt Klagenævnet, at klager ikke på det foreliggende grundlag havde sandsynliggjort, at påstanden om annullation ville blive taget til følge. Specialet vil i de følgende afsnit forsøge at klarlægge årsagerne herfor.

I afgørelsen lagde Klagenævnet særlig vægt på, at klager allerede den 31. maj 2010 var blevet underrettet om ordregivers beslutning om prækvalifikation. Det betyder, at klager allerede fra denne dato, havde mulighed for at tage stilling til, om der skulle klages over beslutningen om at prækvalificere Thales-BBR. Klagenævnet for Udbud modtog dog ingen klager over ordregivers beslutning om prækvalifikation efter underretningen den 31. maj 2010. Tværtimod ventede klager i 1½ med at indgive sin klage over prækvalifikationen. Det skete umiddelbart efter ordregivers beslutning, den 16. december 2011, om at tildele kontrakterne til fordel for to andre tilbudsgivere end klager, nemlig Thales-BBR og Alstom, havde fundet sted.

Det må herudover også have haft betydning, at der i perioden mellem prækvalifikationen og tildelingsbeslutningen var udført et kæmpemæssigt arbejde. Udbudsprocessen havde ifølge kendelsens indhold været særdeles kostbar, da den blandt andet omfattede:

”... udarbejdelse af udbudsmateriale på omkring 1.500 sider, gennemførelse af omfattende forhandlinger over i alt 4 - 5 uger samt afgivelse af forhandlingstilbud og endelige tilbud med et omfang på flere tusinde sider. Endelig er der foretaget evaluering af de 6 tilbud, hvorefter indklagede den 16. december 2011 traf tildelingsbeslutning”.

Eftersom klager udgjorde en af de seks prækvalificerede tilbudsgivere, havde klager derfor siden prækvalifikationen i lighed med de øvrige tilbudsgivere fuldt indblik i udbudsprocessen, dens omfang og alle de beslutninger, som var blevet truffet i forbindelse hermed.

Når Klagenævnet for Udbud tager stilling til en påstand om annullation, vil beslutningen bære præg af følgende tre momenter: overtrædelsens karakter, passivitet samt en afvejning. I den konkrete sag overtrådte ordregiver det udbudsretlige princip om ligebehandling ved at prækvalificere en økonomisk aktør, der ikke opfyldte det i udbudsbekendtgørelsen opstillede mindstekrav om dokumenterede

referencer. Det forhold, at den økonomiske aktør, der ikke opfyldte mindstekravet, Thales-BBR, fik tildelt en af de udbudte delkontrakter bevirker, at specialet finder det sandsynligt, at overtrædelsen havde en konkret betydning for udbudsforretningen. Men blot fordi den ordregivende myndighed begår en udbudskrænkelser, er det stadigvæk Klagenævnets opgave også at foretage en samlet vurdering af de momenter, som taler imod, at en tildelingsbeslutning annulleres. Det vurderes, at momentet passivitet har været udslagsgivende i Klagenævnets afgørelse af, om annullationspåstanden skal tages til følge.

Som tidligere nævnt, bliver det i den juridiske litteratur anført, at momentet passivitet vurderes på baggrund af dels en afvejning af klagerens beskyttelsesværdige interesse i en annullation fra den tid, der er forløbet, og dels en afvejning af annullationspåstandens rimelighed i den konkrete situation.⁸² Det vurderes, at klagers beskyttelsesværdige interesse i en annullation svækkes betydeligt, når klager allerede i medfør af underretningen den 31. maj 2010, kunne tage stilling til en eventuel klage over beslutningen om prækvalifikation. Til trods herfor valgte klager at forholde sig passiv i 1½ år indtil en tildeling fandt sted til fordel for to andre tilbudsgivere.

Der er desuden flere forhold i kendelsen, som får annullationspåstanden til at forekomme mindre rimelig. Både ordregiver såvel som de øvrige tilbudsgivere havde investeret betydelige ressourcer i udbuddet. Selve udbuddets karakter, genstand, omfang og økonomiske værdi samt den forbindelse udbuddet havde til øvrige projekter inden for forsyningsvirksomhed, kunne føre til negative samfundsmæssige konsekvenser, i tilfælde af Klagenævnets annullation af tildelingsbeslutningen. Endelig havde Thales-BBR siden prækvalifikationen indrettet sig på at have status som prækvalificeret, ligesom Banedanmark havde indrettet sig efter en forventning om, at beslutningen om prækvalifikation ikke blev anfægtet.

Den næste kendelse har til formål at belyse, hvilken betydning overtrædelsens grovhed har for passivitetsbedømmelsen.

Kendelsen Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden af 16. oktober 2009, angik et udbud om indkøb af operationsafdækninger, engangsbeklædninger og lignende. Ved udløbet af fristen for anmodning om prækvalifikation havde 7 tilbudsgivere anmodet om at blive

⁸² Ibid.

prækvalificeret. Den 30. oktober 2007 blev der indgået kontrakt med Mölnlycke Health Care A/S og 3M A/S. I denne kendelse skulle Klagenævnet for Udbud tage stilling til en række forskellige overtrædelser.

I forbindelse med dette udbud blev de to ordregivere i fællesskab kendt skyldige for ikke at have respekteret vedståelsesperioden på de økonomiske aktørers kontrakter, som den fremgik af udbudsbetingelserne. Fordi de to ordregivere foretog væsentlige ændringer i udbudsbetingelserne efter vedståelsesfristens udløb, og fordi ordregiverne efter disse fravigelser indgik kontrakt med Mölnlycke Health Care og 3M A/S, får kontraktindgåelsen af rammeaftalerne karakter som en direkte tildeling. Som det fremgik af udbudsbetingelserne, var begyndelsestidspunktet for aftalerne den 1. juli 2006. Det var dog først den 30. oktober 2007, at kontraktparterne indgik aftale om levering af genstande, som var omfattet af udbuddet. Der var således tale om en udskydelse af begyndelsestidspunktet på et år og fem måneder, hvilket var væsentligt, når rammeaftalen kun havde en løbetid på to år. Derfor havde de to indklagede overtrådt et af udbudsreglernes grundlæggende principper, nemlig gennemsigtighedsprincippet.

Klagenævnet for Udbud gav klager medhold i alle sine materielle påstande, ligesom klagers påstand om annulation også blev taget til følge. De nævnte overtrædelser var af så grov karakter, at de kunne begrunde annulation. For det første var der tale om handlinger, der havde karakter af direkte tildeling. En direkte tildeling er at betragte som ordregiverens undladelse af udbud, og beskriver den situation, hvor en ordregiver indgår en kontrakt med en økonomisk aktør, uden at foretage et udbud forud for indgåelsen. Det fremgår af betragtning 13 i EU's kontroldirektiv 2007/66/EF af 11. december 2007, at "... ulovlig indgåelse af direkte tildelte kontrakter, der af Domstolen er blevet betegnet som den alvorligste tilsidesættelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter, som en ordregivende myndighed eller en ordregiver kan begå...". Jakobsen, m.fl. anfører, at en direkte tildeling af en udbudspligtig kontrakt vil være en umiddelbar overtrædelse af principperne om gennemsigtighed, ligebehandling samt udbudsreglernes overordnede formål om at sikre en fri og effektiv konkurrence.⁸³

Det som er særligt interessant i kendelsen, er, hvilken betydning momentet passivitet har haft for Klagenævnets annulation af Region Sjællands og Region Hovedstadens beslutning om at tildele kontrakterne til Mölnlycke Health Care A/S og 3M A/S. Den 14. februar 2016 blev rammeaftalerne

⁸³ Jakobsen, Peter Stig m.fl., EU Udbudsretten, 3. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 637.

udbudt, den 1. september 2007 blev tildelingsbeslutningen truffet, og først den 3. december 2008 blev der klaget til Klagenævnet for Udbud. Det kan generelt udledes på baggrund af kendelsen, Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden, at overtrædelsens grovhed har en indflydelse på, hvor stor en betydning momentet passivitet tillægges af Klagenævnet for Udbud, når det skal besluttes, om en tildelingsbeslutning skal annulleres. Som tidligere nævnt, er passivitetsbedømmelsen en vurdering af, hvorvidt der er sket en effektiv forfølgelse af sagen fra det tidspunkt, hvor klageren fik kendskab til overtrædelsen. Det er derfor specialets vurdering, at de to vurderingsmomenter, overtrædelsens grovhed og passivitet, hænger sammen på den måde, at i tilfælde, hvor overtrædelsen er særlig grov, tillægges det af Klagenævnet mindre betydning, hvorvidt der er sket en effektiv forfølgelse af sagen.

3.3.2.1. Sammenfattende om klagers passivitet

Det kan på baggrund af de tre kendelser sammenfattende udledes, at passivitetsbedømmelsen har betydning for Klagenævnets afgørelse af, hvorvidt en tildelingsbeslutning skal annulleres.

I kendelsen Ortos A/S mod Odense Kommune, var der flere faktorer, som spillede ind i Klagenævnets beslutning om ikke at annullere tildelingsbeslutningen. I denne kendelse havde det betydning for afgørelsen, at Ortos A/S først indgav sin klage over ordregiverens tildelingsbeslutning til Klagenævnet for Udbud den 4. januar 2011, når kontrakten mellem Odense Kommune og Savha A/S allerede blev indgået den 5. juli 2010. Udover passivitetsbedømmelsen må det også have haft en skadevirkende betydning, at Ortos A/S's tilbud var ikke-konditionsmæssigt, og at Odense Kommune udelukkende havde overtrådt regler af formel karakter. Den omstændighed, at Ortos A/S ventede seks måneder med at klage over kontraktindgåelsen, vurderes at have haft en svækkende indflydelse på Ortos A/S' beskyttelsesværdige interesse i en annulation.

I delkendelsen Bombardier Transportstation Denmark A/S mod Banedanmark, er Banedanmarks overtrædelse ikke blot af formel karakter og Bombardier Transportstation Denmark A/S' tilbud er i øvrigt konditionsmæssigt. På trods af disse forhold, får klager ikke medhold i sin påstand om annulation af tildelingsbeslutningen. Som følge af underretningen, der blev givet den 31. maj 2010, kunne Bombardier umiddelbart herefter tage stilling til en klage over beslutningen om prækvalifikation. Alligevel valgte Bombardier på trods heraf at forholde sig passiv i 1½ år indtil en tildelingsbeslutning var truffet til fordel for to andre tilbudsgivere. Først herefter indgav Bombardier sin klage til

Klagenævnet for Udbud, og netop disse omstændigheder vægtede højt i Klagenævnets afgørelse. Hertil skal det bemærkes, at en række rimelighedsbetragtninger, såsom samfundskonsekvenser og ressourcespild havde ligeledes indflydelse på afgørelsen.

I tredje og sidste kendelse, Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden, indgik de to ordregivere kontrakt i 2007, men det var først i slutningen af 2008, at klagen blev indgivet til Klagenævnet for Udbud. Kendelsen belyser, hvilken indflydelse overtrædelsens grovhed kan have på passivitetsbedømmelsen. Selvom det må antages, at der i den konkrete sag umiddelbart indtræder passivitet, når klagen først indgives et år og tre måneder efter kontraktindgåelsen, blev det af Klagenævnet for Udbud, efter en samlet vurdering af alle de momenter, der i den konkrete sag taler henholdsvis for og imod en annullation, besluttet, at tage påstanden om annullation til følge. Region Sjællands og Region Hovedstadens beslutning om at tildele kontrakterne direkte uden forudgående offentliggørelse anses for at være blandt de groveste udbudsretlige overtrædelser, en ordregiver kan begå. Specialet vurderer, at netop dette forhold medvirkede til, at tildelingsbeslutningen blev annulleret.

I relation til momentet passivitet kan det samlet set konkluderes, at passivitetsbedømmelsen har en betydning for Klagenævnets vurdering af annullationspåstande. Som det anføres i Udbudsretten af Steen Treumer, må udgangspunktet være, at en økonomisk aktør skal reagere på en udbudskrænkelser på det tidspunkt, hvor denne konstateres eller burde være konstateret.⁸⁴ Såfremt klageren ikke reagerer straks efter konstateringen, er udgangspunktet, at denne passivitet vil få en skadevirkende effekt på klagers annullationspåstand. Klagers passivitet tillægges undtagelsesvist en mindre betydning for annullationspåstanden, såfremt overtrædelsen er af særlig grov karakter.

3.3.3. Klagenævnets afvejning

Selv i en situation, hvor en ordregivers overtrædelse er af særlig grov karakter, og hvor klageren effektivt forfølger sagen fra det tidspunkt, hvor overtrædelsen kunne konstateres, kan en række tertiære forhold have betydning for, om Klagenævnet for Udbud annullerer tildelingsbeslutningen. Klagenævnet foretager en konkret vurdering af, om der foreligger særlige hensyn, som kan begrunde, at en klager ikke skal have medhold i sin påstand om annullation af ordregiverens tildelingsbeslutning. I litteraturen bliver det anført, at Klagenævnet først foretager en vurdering af de særlige forhold, som

⁸⁴ Treumer, Steen, Udbudsretten, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2019, s. 482.

taler imod en annullation, når Klagenævnet konstaterer en væsentlig overtrædelse af udbudsreglerne.⁸⁵ Jakobsen m.fl. anfører, at denne vurdering, som Klagenævnet foretager, udmøntes i en afvejning af de samfundsmæssige interesser over for klagerens beskyttelseshensyn.⁸⁶

I de næste afsnit vil der blive foretaget en undersøgelse af hvilke samfundsmæssige interesser eller forhold, der kan være af så særlig karakter, at en væsentlig overtrædelse af udbudsreglerne ikke fører til en annullation af ordregiverens tildelingsbeslutning.

I følgende kendelse tog Klagenævnet for Udbud stilling til annullationsbeføjelsen, herunder om Københavns Amts udbudsforretning såvel som amtets tildelingsbeslutning skulle annulleres. Klagenævnet overvejede denne beføjelse, selvom Visma Logistics ASA ikke nedlagde påstand herom. Grundlaget herfor var, at Klagenævnet før lovændringen ikke var bundet af parternes nedlagte påstande og anbringender.⁸⁷ Klagenævnet havde derfor i den konkrete sag hjemmel til at tage spørgsmål op af egen drift til påkendelse.

Klagenævnet skulle i kendelsen Visma Logistics ASA (herefter: klager) mod Københavns Amt (herefter: ordregiver) af 8. august 2000, forholde sig til en række udbudsretlige overtrædelser. Sagen angik et udbud af en IT-ydelse foretaget af ordregiver som begrænset udbud. Klager afgav tilbud, men tilbuddet blev afvist af ordregiver, som valgte at indgå kontrakt med en anden tilbudsgiver, WM-Data A/S. Klager påstod blandt andet, at klagers tilbud var konditionsmæssigt, og at ordregiver som følge heraf uretmæssigt havde afvist klagers tilbud, ligesom klager påstod at ordregiver havde foretaget en uretmæssig forskelsbehandling af tilbudsgiverne. Klager påstod desuden, at ordregiver enten havde foretaget efterfølgende forhandlinger i strid med udbudsreglerne eller godkendt WM-Data A/S' ikke-konditionsmæssige tilbud.

Som tidligere nævnt foretager Klagenævnet for Udbud udelukkende en afvejning af de samfundsmæssige interesser over for klagerens beskyttelseshensyn i de situationer, hvor Klagenævnet konstaterer en væsentlig overtrædelse. I tilfælde, hvor klageren ikke formår at sandsynliggøre, at en given

⁸⁵ Hamer, Carina Risvig, Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2015, s. 390.

⁸⁶ Jakobsen, Peter Stig m.fl., EU Udbudsretten, 3. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 642.

⁸⁷ Lov nr. 618 af 14. juni 2011.

ordregiver har begået en grov overtrædelse, vil afvejningen af de samfundsmæssige interesser over for klagerens beskyttelseshensyn ikke finde sted.

I denne kendelse konstaterede Klagenævnet for Udbud en række alvorlige overtrædelser i henhold til klagers materielle påstande. Klagenævnet udtalte i den konkrete sag, at udbuddet bar præg af en uklar og upræcis beskrivelse af det udbudte. Ordregiver havde således overtrådt det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, som indebærer, at indholdet i udbudsmaterialet skal fremstå klart og tydeligt for at sikre en nøjagtig beskrivelse af det udbudte. Ordregiver havde heller ikke overholdt reglerne om mindstekrav for så vidt angår alternative bud. Kontraktgenstanden var blevet udbudt som et begrænset udbud, men ordregiver havde forhandlet med tilbudsgiverne på trods heraf. Ordregiver blev fundet skyldig i at tilsidesætte procedurens forhandlingsforbud som følge heraf. I kraft af disse overtrædelser, vurderede Klagenævnet, at udbuddet og dets gennemførelse var fundamentalt i strid med udbudsreglerne og af denne grund uegnet til at danne grundlag for en udbudsforretning og indgåelse af kontrakt.

Der var en række forhold i denne sag, som talte for annullation, hvilket gav Klagenævnet for Udbud anledning til at diskutere, hvorvidt annullationsbeføjelsen skulle tages i brug på trods af manglende påstand fra klagers side. I diskussionen inddrog Klagenævnet desuden de forhold, som talte imod annullation. Det havde for Klagenavnets afgørelse om, hvorvidt der skulle ske annullation, haft afgørende betydning, at kontrakten med WM-Data havde, på tidspunktet for Klagenavnets behandling af klagen, efter alt at dømme været opfyldt i det væsentligste. Havde Klagenævnet valgt at annullere henholdsvis tildelingsbeslutningen samt udbudsforretningen, ville annullationen føre til et samfundsmæssigt værdispild. Klagenævnet fandt det derfor mest rigtigt ikke at annullere hverken udbudsforretningen eller tildelingsbeslutningen.

Kendelsen eksemplificerer, hvordan Klagenævnet inddrager værdispildsbetragtninger i sin vurdering af, om en tildelingsbeslutning skal annulleres. I den konkrete sag tages der udgangspunkt i, om kontrakten helt eller delvist er opfyldt på annullationstidspunktet. Det kan også ifølge Carina Risvig Hamer tillægges betydning, hvorvidt ordregiveren har foretaget betydelige investeringer i god tro om kontraktens opfyldelse.⁸⁸

⁸⁸ Hamer, Carina Risvig, Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2015, s. 390.

Det kan på baggrund af Klagenævnets afgørelse generelt udledes, at Klagenævnet afstår fra at annullere en tildelingsbeslutning, i de tilfælde, hvor kontrakten vurderes at være opfyldt i det væsentligste, og hvor en annulation således medfører et samfundsmæssigt værdispild; et samfundsmæssigt værdispild, som ikke vil stå i rimeligt forhold til en klagers interesse i en annulation på annulationstidspunktet.

I den juridiske litteratur bliver det angivet, at Klagenævnet også afstår brugen af annulationbeføjelsen, såfremt det er i offentlighedens interesse, at der ikke forekommer yderligere forsinkelser i kontraktens udførelse. Herunder kan hensynet til miljø og dyr samt menneskers liv og sundhed tillægges særlig betydning.⁸⁹

I de foregående afsnit om passivitet, blev det konkluderet, at de groveste udbudskrænkelser medfører, at klagers eventuelle passivitet tillægges mindre betydning for Klagenævnets afgørelse af, om en annulationspåstand skal tages til følge. Umiddelbart må det til en vis grad forekomme sandsynligt, at samme konklusion kan tilsluttes, for så vidt angår afvejningsmomentet. Det kan derfor være muligt, at et eventuelt samfundsmæssigt værdispild tillægges en mindre betydning, hvis den konkrete udbudskrænkelse er særlig grov. Spørgsmålet vil dog i mangel af relevant praksis herfor ikke blive behandlet yderligere, og følgeslutningen frembringes derfor med stor usikkerhed.

Den følgende analyse af kendelsen Almenbo a.m.b.a mod Den selvejende almene boligorganisation Boligorganisationen Nygårdsparken har til formål at klarlægge betydningen af en kontrakts varighed over for Klagenævnets beslutning, at en tildelingsbeslutning skal annulleres.

Kendelsen Almenbo a.m.b.a (herefter: klager) mod Den selvejende almene boligorganisation Boligorganisationen Nygårdsparken (herefter: ordregiver) af 15. september 2009, angik en 1-årig administrationsaftale om varetagelse af den daglige drift og administration af 504 lejemål, som ordregiver havde indgået med foreningen Lejerbo. Aftalen trådte i kraft den 1. januar 2009 og var omfattet som tjenesteydelseskontrakt omfattet af tilbudsloven. Klager indgav klage til Klagenævnet for Udbud den 14. januar 2009 og påstod, at ordregiver havde handlet i strid med tilbudsloven ved ikke forud for indgåelsen af kontrakten at have offentliggjort en annonce i pressen eller i et elektronisk medie,

⁸⁹ Ibid.

ligesom klager påstod, at ordregivers beslutning om at indgå kontrakt med foreningen Lejerbo skulle annulleres.

Klagenævnet skulle tage stilling til, om ordregiver havde overtrådt reglerne om annonceringspligt i tilbudsloven, ved ikke at offentliggøre en annonce for den udbudte tjenesteydelse. Klagenævnet lagde efter oplysningerne om kontraktens anslåede værdi til grund, at den tjenesteydelseskontrakt, ordregiver havde indgået med foreningen Lejerbo, var omfattet af tilbudsloven. Ordregiver havde derfor efter tilbudslovens regler, som udgangspunkt forud for indhentning af tilbud og tildeling af ordre pligt til at offentliggøre en annonce i pressen eller i et elektronisk medie. Den annonceringspligt, som havde sin hjemmel tilbudslovens afsnit II, inden afsnittet blev ophævet ved lov nr. 1564 af 15. december 2015, gjaldt ikke, i de tilfælde, der fremgik af udbudsdirektivets undtagelsesbestemmelser, hvorefter en ordregivende myndighed under visse betingelser kunne indgå offentlige kontrakter ved udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse.⁹⁰ Efter udbudsdirektivet kunne en ordregivende myndighed anvende den nævnte fremgangsmåde, når kontrakten af tekniske grunde kun kunne overdrages til en bestemt økonomisk aktør. Ordregiver havde ikke godtgjort, at denne betingelse var opfyldt med hensyn til den administrationsaftale, ordregiver havde indgået med foreningen Lejerbo. Klagenævnet konstaterede derfor, at ordregiver havde været forpligtet til at foretage annoncering efter tilbudslovens regler.

Klagenævnet for Udbud tog hernæst tag stilling til, om ordregiverens tildelingsbeslutning om at indgå kontrakt med foreningen Lejerbo skulle annulleres. Hertil valgte Klagenævnet ikke at tage klagers påstand om annulation til følge. Det kan med udgangspunkt i kendelsen udledes, at flere forhold havde betydning for Klagenævnets afgørelse. Klagenævnet nævnte eksplicit omfanget og karakteren af den 1-årige administrationsaftale, hvortil Klagenævnet lagde til grund, at kontraktens genstand bestod af en løbende tjenesteydelse, som skulle leveres fra den 1. januar og et år frem. Det talte derfor imod annulation, at kontraktens varighed var relativ kort og at kontrakten i september måned, hvor kendelsen blev afsagt, var udført i det væsentligste, nemlig med 75 %. Klagenævnet forklarede ikke, hvad der skulle forstås ved kontraktgenstandens ”karakter”. Det er dog specialets vurdering, at med kontraktgenstandens karakter menes der, at kontraktens genstand er en tjenesteydelse, hvilket gør det umuligt at tilbagelevere realydelsen, når den først er udført.

⁹⁰ Undtagelsesbestemmelsen fremgik af art. 31 i det tidligere udbudsdirektiv: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Udover det forhold, at kontrakten var af kort varighed, havde Klagenævnet i deres afgørelse også lagt vægt på klagers passivitet. Selvom kontrakten trådte i kraft den 1. januar 2009, havde klager ifølge sagens omstændigheder haft kendskab til kontraktindgåelsen siden den 17. juni 2008. Klager valgte dog på trods heraf først at indgive sin klage til Klagenævnet den 14. januar 2009. Det er derfor specialrets opfattelse, at klager ikke har foretaget en effektiv forfølgelse af sagen fra det tidspunkt, hvor klager fik kendskab til det ulovlige forhold, som klagen omfatter.

Det kan derfor af kendelsen sammenfattende udledes, at både kontraktens varighed og kontraktens karakter tillægges en betydning, når Klagenævnet for Udbud skal vurdere, om en tildelingsbeslutning skal annulleres. Det havde i den pågældende kendelse haft konkret betydning, at kontraktens varighed udgjorde et år, og at kontraktgenstanden bestod af en tjenesteydelse, som var umulig at tilbagelevere, når den først var udført.

Indtil videre kan det konkluderes, at samfundsmæssige værdispildsbetragtninger, kontraktens varighed, samt kontraktens karakter er forhold, som Klagenævnet for Udbud tillægger betydning. Dette er alle sammen forhold, som kan føre til, at annulation undlades. Den juridiske forfatter, Carina Risvig Hamer, er af den overbevisning, at Klagenævnet også kan tillægge hensynet til ordregiverens kontraktpart betydning.⁹¹ Denne overbevisning skyldes, at det i visse kendelser kan læses, at Klagenævnet eksplicit nævner hensynet til ordregiverens kontraktpart, når det skal vurdere forhold, som taler imod en annulation af tildelingsbeslutningen. Den følgende kendelse er et eksempel herpå.

I kendelsen Updata Danmark A/S (herefter: klager) mod Lyngby-Taarbæk Kommune (herefter: ordregiver) af 14. juli 2009, skulle Klagenævnet tage stilling til følgerne af ordregivers overtrædelser, herunder om ordregivers beslutning, om at tildele kontrakten til Consia A/S skulle annulleres. Ordregiver havde som et offentligt udbud efter det tidligere udbudsdirektiv udbudt en kontrakt om levering af en tjenesteydelse bestående af en samlet infrastruktur til sammenbinding af alle kommunens arbejdspladser telefoni- og datamæssigt. Ordregiver besluttede den 26. januar 2009 at indgå kontrakt med Consia A/S. Klager indgav sin klage over ordregiver til Klagenævnet for Udbud den 4. februar

⁹¹ Hamer, Carina Risvig, Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2015, s. 392.

2009. Kontrakten mellem ordregiver og den vindende tilbudsgiver blev herefter indgået den 6. april 2009.

Det bemærkelsesværdige i denne sag var, at Klagenævnet endte med at konstatere 17 forskellige overtrædelser af udbudsreglerne. Ud af de 17 konstaterede overtrædelser, var to af overtrædelserne af formel karakter, og kunne derfor ikke føre til annullation. De øvrige 15 konstaterede overtrædelser kunne hver for sig karakteriseres som grove, hvad enten de angik selve udbudsbetingelserne eller ordregivers evaluering af tilbuddene. Spørgsmålet var herefter, om tildelingsbeslutningen skulle annulleres. Klager havde, med udgangspunkt i sagens faktiske omstændigheder, forfulgt sagen effektivt fra det tidspunkt, hvor klager fik kendskab til de ulovlige forhold. Spørgsmålet var dernæst, om der forelå tertiære momenter, herunder samfundsmæssige interesser eller hensyn af så særlig karakter, at en væsentlig overtrædelse af udbudsreglerne ikke skulle føre til en annullation af ordregivers tildelingsbeslutning. Til besvarelse af dette spørgsmål, udtalte Klagenævnet for Udbud følgende:

”Indklagedes gentagne anbringender om, at Klagenævnet ved vurderingen skal tage hensyn til Conscia A/S, der har afgivet sit tilbud i tillid til angivelserne i udbudsbetingelserne, kan i den givne sammenhæng heller ikke føre til, at Klagenævnet ikke annullerer tildelingsbeslutningen. Klagen er indgivet i umiddelbar fortsættelse af meddelelsen om, at klageren ikke fik kontrakten, og det havde stået indklagede frit for at undlade at indgå kontrakt med Conscia A/S, til Klagenævnets afgørelse forelå. Hensynet til indklagede, der under klagesagen har indgået kontrakt med Conscia A/S, kan heller ikke føre til, at annullation undlades.”

Klagenævnet kommenterede ordregivers anbringender om, at Klagenævnet skulle tage hensyn til Conscia A/S, som havde afgivet sit tilbud i tillid til angivelserne i udbudsbetingelserne. Hensynet til Conscia A/S kunne dog i den givne sammenhæng ikke føre til, at annullation undlades, ligesom det heller ikke var tilfældet med hensynet til ordregiver selv. Det er specialets opfattelse, at den omstændighed, at Conscia A/S havde afgivet sit tilbud i tillid til angivelserne i udbudsbetingelserne, var udtryk for, at Conscia A/S havde handlet i god tro. God tro må i den konkrete sammenhæng forstås ved, at Conscia A/S havde afgivet sit tilbud af den overbevisning, at der var tale om en lovlig udbudsforretning. Klagenævnets udtalelse er derfor et eksempel på, at hensynet til kontraktparten kan under visse omstændigheder tillægges en betydning.

Således kan det på baggrund af kendelsen udledes, at den gode tro hos ordregiverens kontraktpart *kan* tillægges en vis betydning ved vurderingen af, om en tildelingsbeslutning skal annulleres. Det er dog fortsat uklart, hvor stor en betydning hensynet til kontraktparten tillægges, da hensynet til ordregiverens kontraktpart i den konkrete sag ikke bevirkede, at annulation blev undladt.

3.3.3.1. Sammenfattende om Klagenævnets afvejning

På baggrund af de tre kendelser *Visma Logistics ASA mod Københavns Amt, Almenbo a.m.b.a mod Den selvejende almene boligorganisation Boligorganisationen Nygårdsparken og Updata Danmark A/S mod Lyngby-Taarbæk Kommune* kan det overordnet set udledes, at Klagenævnet for Udbud foretager en konkret hensynsafvejning ved brugen af annulation. Hensynsafvejningen er en vurdering af de samfundsmæssige interesser over for klagerens beskyttelseshensyn, og Klagenævnet for Udbud vurderer i den forbindelse, om der foreligger særlige hensyn, som fører til, at annulation undlades.

Kendelsen *Visma Logistics ASA mod Københavns Amt* illustrerer, hvilken betydning værdispildsbetragtninger kan have for Klagenævnets hensynsafvejning. Til trods for Københavns Amts grove overtrædelser af udbudsreglerne, blev det tillagt betydning, at kontrakten var opfyldt i det væsentligste på annulationstidspunktet. En annulation ville derfor medføre et samfundsmæssigt værdispild, som ikke stod i rimeligt forhold til *Visma Logistics ASA's* interesse.

I kendelsen *Almenbo a.m.b.a mod Den selvejende almene boligorganisation Boligorganisationen Nygårdsparken* besluttede Klagenævnet for Udbud at undlade annulation af tildelingsbeslutningen. Det havde betydning for Klagenævnets beslutning herom, at sagen drejede sig om en 1-årig administrationsaftale. Dette blev udledt af den omstændighed, at Klagenævnet i hensynsafvejningen lagde vægt på kontraktgenstandens omfang og karakter. Ved kontraktgenstandens omfang og dens karakter forstås kontraktens korte varighed samt det forhold, at kontraktgenstanden bestod af en løbende tjenesteydelse, hvilket umuliggjorde en eventuel tilbagelevering af det udførte arbejde, i tilfælde af annulation.

I kendelsen *Updata Danmark A/S mod Lyngby-Taarbæk Kommune* lagde Klagenævnet en vis vægt på hensynet til Lyngby-Taarbæk Kommunes kontraktpart. Den vindende tilbudsgiver havde afgivet sit tilbud af den overbevisning, at der var tale om en lovlig udbudsforretning. Dette moment havde

Klagenævnet inddraget i sin vurdering. Væsentligheden af dette moment synes dog fortsat at være uklar, da hensynet til den vindende tilbudsgiver, ikke afstod Klagenævnet for Udbud fra at annullere tildelingsbeslutningen.

I den juridiske litteratur angives yderligere forhold, som kan have betydning for Klagenavnets hensynsafvejning. Det kan tale imod annulation, at ordregiveren har foretaget betydelige investeringer i tillid til kontraktens opfyldelse, ligesom tilbudsgivernes betydelige investering kan tillægges en betydning. Ønsket, om at undgå yderligere forsinkelser i kontraktens udførelse, såfremt det er i offentlighedens interesse, at forsinkelserne undgås, er også et forhold, der taler imod annulation. Endelig kan hensynet til miljø og dyr, samt hensynet til menneskers liv og sundhed tillægges særlig betydning.

I relation til moment afvejning kan det samlet set konkluderes, at Klagenævnet for Udbud foretager en afvejning af de samfundsmæssige interesser over for klagerens beskyttelseshensyn. Vurderingen bliver først lavet, når Klagenævnet har konstateret en væsentlig overtrædelse af udbudsreglerne. I de ovenstående afsnit er der foretaget en undersøgelse af, hvilke samfundsmæssige interesser eller forhold, som Klagenævnet tillægger særlig betydning i deres vurdering af, om annullationspåstanden skal tages til følge. Denne afvejning er af betydelig karakter og skal ikke negligeres, for disse tertiære forhold kan spille en afgørende rolle for, hvorvidt Klagenævnet for Udbud annullerer tildelingsbeslutningen. Samfundsmæssige værdispildsbetragtninger, kontraktens omfang og varighed, hensynet til ordregiveren og ordregiverens kontraktpart, den offentlige interesse, og ikke mindst hensynet til miljø og dyr og menneskers liv og sundhed er forhold, som Klagenævnet for Udbud kan inddrage i sin afvejning.

Kapitel 4: Annulationens retsvirkninger

4.1. Introduktion

Hvor det i ovenstående kapitel blev undersøgt, under hvilke betingelser Klagenævnet kan annullere en ordregivers tildelingsbeslutning, bliver det i nærværende kapitel undersøgt, hvilke konsekvenser sanktionen medfører.

Kapitlets første del behandler de udbudsretlige virkninger af Klagenævnets annulation. Udbudslovens § 185, stk. 2 vil i forlængelse heraf blive inddraget.

I kapitlets anden del vil det blive undersøgt, hvorvidt der eksisterer en pligt til at bringe en kontrakt, som er indgået i strid med udbudsreglerne til ophør i tilfælde, hvor kontrakten ikke er omfattet af udbudslovens § 185, stk. 2. I undersøgelsen inddrages relevant praksis fra EU-Domstolen, de nationale domstole, samt Klagenævnet for Udbud.

Dette kapitel har således til formål at klarlægge annulationens retsvirkninger.

4.2. Annulationens udbudsretlige virkninger

I ændringsdirektivet bliver det i artikel 2, stk. 7 fastlagt, at ”virkningerne af udøvelsen af de i stk. 1 omhandlede beføjelser for den kontrakt, som følger efter tildelingen af en ordre, fastlægges i national ret.”⁹² Ændringsdirektivets artikel 2 indeholder krav til medlemsstaternes klageprocedurer, og i kraft af artikel 2, stk. 7 gives der hjemmel til, at medlemsstaterne selv kan fastlægge hvilken retsvirkning, det skal have, når ordregiverens tildelingsbeslutning annulleres af Klagenævnet for Udbud.

De følgende afsnit eksemplificerer, hvordan annullationsbeføjelsens retsvirkning kan variere. Annulationens retsvirkning afhænger nemlig af, hvorvidt en kontrakt mellem ordregiveren og den vindende tilbudsgiver er indgået på tidspunktet for Klagenævnets afgørelse af sagen. Retsvirkningerne kan derfor opdeles i de tilfælde, hvor kontrakten endnu ikke er indgået, og i de tilfælde, hvor kontrakten allerede er indgået. De to situationer behandles særskilt nedenfor.

⁹² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter.

4.2.1. Ikke-indgåede kontrakter

Overordnet set vil Klagenævnets annullation af en ordregiverens beslutninger betyde, at ordregiveren ikke længere kan handle i overensstemmelse med beslutningen. Annullerer Klagenævnet for Udbud ordregiverens tildelingsbeslutning, vil sanktionen således medføre, at ordregiveren ikke er lovligt berettiget til at indgå kontrakt med den vindende tilbudsgiver. I stedet må ordregiveren træffe en ny, lovlig tildelingsbeslutning. Dette er særligt relevant i de tilfælde, hvor ordregiverens overtrædelse blot omhandler fejl i evalueringen af tilbuddene.⁹³

Som tidligere nævnt kan det til tider opleves, at Klagenævnet annullerer hele ordregiverens udbudsforretning. Det kan være tilfældet i de situationer, hvor Klagenævnet konstaterer, at udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet er hæftet med fejl i en sådan grad, at det ikke kan afhjælpes. Har Klagenævnet i kraft af sin kompetence i klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2 annulleret ordregiverens ulovlige udbudsforretning, vil det som konsekvens heraf, ikke være muligt for ordregiveren at træffe en ny, lovlig tildelingsbeslutning. I stedet må ordregiveren enten gennemføre et genudbud eller give afkald på anskaffelsen.⁹⁴

Er der tale om en rammeaftale, vil en annullation af tildelingsbeslutningen, der vedrører rammeaftalen have den konsekvens, at ordregiveren ikke kan foretage anskaffelser efter rammeaftalen. Såfremt ordregiveren fortsat gør brug af den ulovlige rammeaftale, vil de efterfølgende anskaffelser have karakter af direkte tildeling, hvorfor disse vil blive erklæret for uden virkning efter klagenævnslovens § 17.⁹⁵ Er der tale om Klagenævnets annullation af en ordregivers beslutning om tildeling af en indkøbscentrals rammeaftale, vil det være særligt relevant at fastlægge, om ordregiverens tildelingsprocedure for en kontrakt på baggrund af rammeaftalen blev iværksat forinden. Det følger nemlig af klagenævnslovens § 17, stk. 5, at en kontraktindgåelse på baggrund af en indkøbscentrals rammeaftale ikke vil kunne erklæres for uden virkning med henvisning til, at indkøbscentralen har begået fejl, hvis ordregiveren har iværksat en tildelingsprocedure, inden tildelingsbeslutningen vedrørende rammeaftalen annulleres.

⁹³ Treumer, Steen, Udbudsretten, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2019, s. 482 ff.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid., s. 483.

Klagenævnet for Udbud har ikke hjemmel til at erstatte en ordregivers ulovlige tildelingsbeslutning med en anden. Klagenævnet har dog i medfør af klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 3 hjemmel til at udstede et påbud, der har til formål at sikre en lovliggørelse af udbudsproceduren eller ordregiverens beslutninger i forbindelse med udbudsforretningen. Kompetencen har dog ikke hidtil haft nogen reel fylde i praksis. Grundlaget herfor kan være, at der oftest indgives klage til Klagenævnet på et tidspunkt, hvor udbudsforretningen er gennemført i hvert fald frem til og med ordregiverens tildelingsbeslutning. At Klagenævnets kompetence om lovliggørelse ikke har levnet noget stort udfoldelsesområde skal også ses på baggrund af, at der for de danske ordregivere ikke eksisterer en kontraheeringspligt. Det er således ikke muligt at forestille sig, at Klagenævnet udsteder et påbud til ordregiveren om at genstarte udbudsprocessen.⁹⁶

4.2.2. Indgåede kontrakter

Klagenævnets annullation af en ordregivers tildelingsbeslutning anses for at være en alvorlig sanktion, da annullation kan have store konsekvenser for udbudsforretningen. Som en naturlig konsekvens heraf, foretager Klagenævnet for Udbud ved afgørelsen af om en påstand om annullation skal tages til følge, en konkret vurdering af overtrædelsens grovhed, en vurdering af, hvorvidt klageren har forfulgt sagen effektivt fra det tidspunkt, hvor klager fik kendskab til det ulovlige forhold, der er omfattet af klagen og endelig en konkret væsentlighedsvurdering, hvor Klagenævnet inddrager, om der foreligger tertiære momenter, der taler imod annullation.

Klagenævnets annullation af ordregiverens tildelingsbeslutning karakteriseres som værende en alvorlig sanktion, forbeholdt visse grove overtrædelser af udbudsreglerne. I tilfælde, hvor kontrakten mellem en ordregiver og en økonomisk aktør er indgået, kan det ikke desto mindre synes uklart, hvilken retsvirkning det så har, at Klagenævnet annullerer den pågældendes tildelingsbeslutning. I forsøget på at klarlægge retsvirkningerne derom, vil lovforarbejderne til de danske håndhævelsesregler for overtrædelse af udbudsreglerne være genstand for inddragelse. Lovforarbejder skal i denne forbindelse tjene som fortolkningsbidrag.

4.2.2.1. En historisk kontekst

I henhold til den første klagenævnslov, lov nr. 344 af 6. juni 1991, Lov om Klagenævnet for Udbud, havde Klagenævnet for Udbud efter lovens § 5 kompetence til at annullere ulovlige beslutninger eller

⁹⁶ Jakobsen, Peter Stig m.fl., EU Udbudsretten, 3. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 646 ff.

pålægge ordregiveren at lovliggøre udbudsforretningen. Det fremgår af lovbemærkningerne til § 5, at:

”I tilfælde, hvor ordregiveren har udbudt, men udbudet har været behæftet med mangler, kan nævnet annullere ulovlige beslutninger eller pålægge den ordregivende myndighed at lovliggøre udbudsforretningen. Annullation af en udbudsprocedure kan under særlige omstændigheder blive aktuel. Dansk rets almindelige materielle regler vil være gældende for en sådan afgørelse.”⁹⁷

I forbindelse med vedtagelsen af den oprindelige klagenævnslov tog lovgiver ikke eksplicit stilling til, hvilken konsekvens Klagenævnets annullation skulle have for en allerede indgået kontrakt. Det var på baggrund af den første klagenævnslov endnu uvist, hvorvidt Klagenævnet for Udbud havde kompetence til at bringe en indgået kontrakt til ophør.

I den nyere klagenævnslov, lov. nr. 415 af 31. maj 2000, forblev annullationsbeføjelsen ordlyd den samme. Det blev dog i de indledende bemærkninger til lovforslaget gjort tydeligt, at Klagenævnet for Udbud ikke havde kompetence til at ophæve en kontrakt:

”Da Klagenævnet ikke kan ophæve en kontrakt, kan nævnet derfor i almindelighed kun tage stilling til lovligheden af den gennemførte udbudsforretning. I ca. 2/3 af disse sager er udbudsforretningen kendt ulovlig, men dette har så vidt vides aldrig fået som konsekvens, at en kontrakt er blevet ophævet. Dette skyldes, at Klagenævnets annullation af en ulovlig forvaltningsretlig beslutning om valg af tilbudsgiver ikke medfører, at den privatretlige aftale, kontrakten, er ugyldig.”⁹⁸

Det var i forbindelse med fremsættelsen af lovforslaget til klagenævnsloven, lov nr. 415 af 31. maj 2000, at lovgiver eksplicit gjorde det klart, at Klagenævnets afgørelse om at annullere en ordregivers tildelingsbeslutning ikke påvirkede den privatretlige aftale, hvilket vil sige kontrakten, mellem ordregiver og dennes kontraktpart.

I 2010 blev hovedloven til den nugældende klagenævnslov indført, Lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., lov nr. 492 af 12. maj 2010. Klagenævnet for Udbud blev lovens ikrafttrædelse tillagt

⁹⁷ Industriministeriets Bemærkninger til § 5, Folketingstidende 1991-92 (lovforslag 86), Tillæg A, s. 1980.

⁹⁸ Erhvervsministeriets Bemærkninger til Lovforslaget, Folketingstidende 1999-20 (lovforslag 243), Tillæg A, s. 6861.

kompetence til at erklære en indgået kontrakt for uden virkning. Under lovforslagets fremsættelse udtalte lovgiver, at annullationsbeføjelsen gav Klagenævnet for Udbud mulighed for at annullere ordregiverens beslutninger eller udbudsforretninger, og at beføjelsen var en videreførelse af gældende ret. Lovgiver uddybede dette ved at fastlægge, at:

”Annullation af ordregiverens beslutninger medfører ikke, at en indgået kontrakt er uden virkning. Dette skyldes, at Klagenævnets annullation af en ulovlig forvaltningsretlig beslutning om fx valg af tilbudsgiver ikke medfører, at den privatretlige aftale, dvs. kontrakten, er uden virkning. Annullationsbeføjelsen er således rettet mod en ordregivers ulovlige forvaltningsretlige beslutninger og ikke mod den indgåede kontrakt. Det kan være bestemte, konkrete beslutninger eller dispositioner, men det kan også omfatte udbudsprocessen som helhed. Kontrakten kan dog være underlagt forslagets §§ 16 og 17, hvilket medfører, at kontrakten i visse tilfælde skal erklæres for uden virkning.”⁹⁹

Lovgiver understregede hermed, at annullationsbeføjelsen ikke skulle forveksles med sanktionen uden virkning. Lovgiver understregede endvidere, at Klagenævnet for Udbud havde med sine oprindelige beføjelser ingen mulighed for at pålægge en ordregiver at bringe en allerede indgået kontrakt til ophør, og dermed havde Klagenævnet for Udbud ingen kompetence til at bringe en indgået kontrakt til ophør, når Klagenævnet besluttede at annullere en ordregivers tildelingsbeslutning.

4.2.2.2. Udbudsloven

Det var først ved indførelsen af udbudsloven, lov nr. 1564 af 15. december 2015, at der kom ændringer i annullationsbeføjelsens retsvirkninger. Udbudsloven, herunder udbudslovens § 185, stk. 2 rettede op på den tidligere retstilstand, hvor Klagenævnets annullation af tildelingsbeslutningen ikke havde konsekvenser for den privatretlige aftale mellem ordregiver og den økonomiske aktør. Ordlyden af udbudslovens § 185, stk. 2 er som følgende:

”Er en tildelingsbeslutning annulleret ved endelig afgørelse eller dom, skal ordregiveren bringe en kontrakt eller rammeaftale, som er indgået på grundlag af beslutningen, til ophør med et passende varsel, medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende. Bestemmelsen finder ikke

⁹⁹ Økonomi- og Erhvervsministeriets Bemærkninger til § 13, Folketingstidende 2009-10 (lovforslag 110), Tillæg A, s. 26.

anvendelse, hvor §§ 16 eller 17 om uden virkning i lov om Klagenævnet for Udbud finder anvendelse. Ordregiverens eventuelle beslutning om kontraktens videreførelse skal offentliggøres samme sted som udbudsmaterialet senest 7 kalenderdage efter offentliggørelsen af den endelige afgørelse eller dom.”

Udbudslovens § 185 stk. 2 indebærer ifølge lovbemærkningerne, at ”annullation af beslutningen om tildeling af en kontrakt eller rammeaftale ved endelig afgørelse eller dom skal medføre, at ordregiveren skal tage skridt til at bringe kontrakten eller rammeaftalen til ophør med henblik på at bringe det ulovlige forhold i orden.”¹⁰⁰

Det fremgår af bestemmelsens ordlyd, at ordregiveren skal bringe kontrakten til ophør inden for et *passende varsel*, medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende. Ifølge lovbemærkningerne til udbudslovens § 185, stk. 2, beror et passende varsel på sagens konkrete omstændinger. Klagenævnet skal ved vurderingen af, hvad der i den konkrete sag anses for et ”passende varsel”, tillægge kontraktens karakter samt den konkrete overtrædelse betydning. I tilfælde, hvor ordregiveren som følge af den annullerede tildelingsbeslutning beslutter at gennemføre et nyt udbud, indebærer bestemmelsen, at ordregiveren først er forpligtet til at bringe den oprindelige kontrakt til ophør, når den nye udbudsprocedure er afsluttet.¹⁰¹

Det skal bemærkes, at udbudslovens § 185, stk. 2 ikke kan bruges i de tilfælde, hvor klagenævnslovens regler om uden virkning efter §§ 16 og 17 finder anvendelse. Dette skal ses i lyset af udbudslovens § 185, stk. 2 formål, som er at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Formålet hermed varetages allerede af reglerne om uden virkning, der giver Klagenævnet for Udbud mulighed for under visse betingelser at ophæve en kontrakt, som er indgået i strid med udbudsreglerne. Dette er grundlaget for, at det i bestemmelsens ordlyd præciseres, at reglen ikke finder anvendelse i de nævnte situationer.¹⁰²

Det fremgår af udbudslovens § 185, stk. 2, at ordregiveren skal bringe kontrakten eller rammeaftalen til ophør, medmindre ”særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende”. Lovgiver udtaler i relation hertil, at særlige forhold blandt andet omfatter væsentlige samfundsinteresser,

¹⁰⁰ Erhvervs- og Vækstministeriets Bemærkninger til § 185, Folketingstidende 2015-16 (lovforslag 19), Tillæg A, s. 203.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid.

såsom den offentlige sikkerhed, mennesker og dyrs liv og sundhed, eller hvis kontraktens ophævelse er forbundet med et helt ekstraordinært værdispild. Værdispildsbetragtninger bliver dog allerede af Klagenævnet inddraget ved afgørelsen af, om ordregiverens tildelingsbeslutning skal annulleres, hvilket i flere kendelser har resulteret i, at klagers påstand om annulation ikke tages til følge.¹⁰³

Efter påstand fra klageren eller indklagede, kan Klagenævnet for Udbud afgive en ikkebindende foreløbig udtalelse om, hvorvidt der foreligger særlige omstændigheder, som tilsiger kontraktens videreførelse.¹⁰⁴ Bestemmelsen er en konsekvens af udbudslovens § 185, stk. 2, og giver Klagenævnet mulighed for at afgive en foreløbig udtalelse i klagesager, hvor der er nedlagt påstand om annulation af tildelingsbeslutningen. Der er dog ikke for Klagenævnets vedkommende tale om en pligt, og ifølge lovbemærkningerne vil det i visse sager desuden være uhensigtsmæssigt for Klagenævnet at komme med en foreløbig udtalelse, særligt i sager af mere omfattende karakter.¹⁰⁵ I Klagenævnets kendelse af 20. august 2018 Aarsleff Rail A/S mod Viborg Kommune besluttede Klagenævnet for Udbud ikke afgive en ikkebindende udtalelse som påstået af klager. Påstanden om en foreløbig udtalelse efter klagenævnslovens § 14 a blev ikke taget til følge, selvom Klagenævnet bestemte, at Viborg Kommune havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, hvilket førte til annulation af Viborg Kommunes tildelingsbeslutning.

Det vil herudover være muligt at videreføre kontrakten, hvis en tilbudsgiver, der uretmæssigt er blevet forbigået ved tildelingen, har fået erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, og den tilbudsgiver som har fået tildelt kontrakten, også skulle være tildelt kontrakten, såfremt den uretmæssigt forbigåede tilbudsgiver ikke havde afgivet tilbud.¹⁰⁶ Tanken bag undtagelsen må være, at den uretmæssigt forbigåede tilbudsgiver erstattes økonomisk for den begåede udbudskrænkelser, som var han blevet tildelt kontrakten, og den økonomiske aktør som uretmæssigt blev tildelt kontrakten ville alligevel have fået kontrakten, hvis den forbigåede tilbudsgiver ikke havde afgivet tilbud. Konstellationen forekommer til en vis grad teoretisk, også taget i betragtning af, at det i disse situationer forekommer vanskeligt at få tilkendt erstatning, idét klagerne sjældent kan dokumentere et tab.¹⁰⁷ Situationen

¹⁰³ Eksempel herpå er kendelsen, *Visma Logistics ASA mod Københavns Amt* af 8. august 2000. Analyse af denne kendelse kan læses i afsnit 3.5.1.

¹⁰⁴ Klagenævnslovens § 14 a.

¹⁰⁵ Erhvervs- og Vækstministeriets Bemærkninger til nr. 20, Folketingstidende 2015-16 (lovforslag 19), Tillæg A, s. 218 ff.

¹⁰⁶ *Ibid.*, § 185 s. 203.

¹⁰⁷ *Ibid.*

bliver desuden udelukkende angivet i lovbemærkningerne. Det kan derfor stilles spørgsmålstejn ved, hvor stor en betydning konstellationen vil blive tillagt af Klagenævnet for Udbud.¹⁰⁸

Det skal desuden bemærkes, at Klagenævnet ikke har kompetence til at tage stilling til følgerne af en eventuel annullation af en ordregivers tildelingsbeslutning. Hertil udtaler Klagenævnet i kendelse af 27. oktober 2017 Ing. Sumetzberger GmbH mod Region Midtjylland:

”Det ligger uden for klagenævnets kompetence at tage stilling til følgerne af en eventuel annullation af en tildelingsbeslutning. Det fremgår således udtrykkeligt af udbudslovens § 185, stk. 2, at det er ordregiveren, der træffer beslutning om, hvorvidt der er grundlag for at ophæve en indgået kontrakt.”

Klagenævnet bekræfter, at det alene har kompetence til at påbyde en ordregiver at bringe en kontrakt til ophør i de tilfælde, der er omfattet af klagenævnenslovens § 13, stk. 2. Klagenævnenslovens § 13, stk. 2 angår de tilfælde, hvor Klagenævnet erklærer en kontrakt for uden virkning i medfør af klagenævnenslovens §§ 16 eller 17. En sådan forpligtelse kan imidlertid forekomme, som en direkte følge af bestemmelsen i udbudslovens § 185, stk. 2. Det fremgår dog udtrykkeligt af udbudslovens § 185, stk. 2, at det er ordregiveren, der træffer beslutning om, hvorvidt der er grundlag for at bringe kontrakten til ophør. Ordregiverens beslutning om en eventuel videreførelse af kontrakten kan herefter indbringes for Klagenævnet for Udbud eller domstolene.¹⁰⁹

4.2.3. Sammenfattende om annullationens udbudsretlige virkninger

Annulerer Klagenævnet for Udbud ordregiverens tildelingsbeslutning, og er kontrakten mellem ordregiveren og tilbudsgiveren ikke indgået, vil den pågældende ordregiver ikke lovligt kunne indgå kontrakt på baggrund af tildelingsbeslutningen. Ordregiveren kan lovligt træffe en ny tildelingsbeslutning, hvis der dermed kan rettes op på fejlen. I de tilfælde, hvor afhjælpning ikke er muligt, må ordregiveren annullere sit udbud.

I tilfælde, hvor kontrakten mellem ordregiveren og dennes kontraktspart er indgået, følger det af udbudslovens § 185, stk. 2, at ordregiveren skal bringe kontrakten til ophør, medmindre der foreligger særlige forhold, som kan begrunde en videreførelse af kontrakten.

¹⁰⁸ Hamer, Carina Risvig, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 824.

¹⁰⁹ Erhvervs- og Vækstministeriets Bemærkninger til § 185, Folketingstidende 2015-16 (lovforslag 19), Tillæg A, s. 204.

Udbudslovens § 185, stk. 2 gælder dog ikke for alle udbud. Bestemmelsen finder alene anvendelse for udbud, der er iværksat den 1. januar 2016 eller senere, og som er omfattet af udbudsloven, herunder offentlige indkøb over tærskelværdien efter afsnit II, indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser efter III eller offentlige indkøb under tærskelværdierne. Det bemærkelsesværdige herved er, at bestemmelsen i udbudslovens § 185, stk. 2 ikke er blevet indført i implementeringsbekendtgørelserne til forsyningsvirksomhedsdirektivet og koncessionsdirektivet, ligesom lovgiver heller ikke har indført bestemmelsen i tilbudsloven.¹¹⁰ Som følge heraf finder forpligtelsen ikke anvendelse, når Klagenævnet annullerer en ordregivers tildelingsbeslutning truffet efter disse regler.

Spørgsmålet er derfor, om der foreligger en pligt til at bringe en kontrakt til ophør uden for udbudslovens § 185, stk. 2, når kontrakten er indgået i strid med udbudsreglerne. Spørgsmålet vil blive undersøgt og diskuteret i de følgende afsnit.

4.3. Annullationens retsvirkninger i andre tilfælde

Siden klagenævnens lovens ikrafttrædelse den 1. juli 2010, har Klagenævnet for Udbud haft kompetence til at erklære visse typer af indgåede kontrakter for uden virkning. Spørgsmålet om, hvorvidt der eksisterer en ophævelsespligt uden for udbudslovens § 185, stk. 2 er dog fortsat aktuelt. Spørgsmålets aktualitet skal ses på baggrund af, at med de gældende regler har Klagenævnet for Udbud kun mulighed for at pålægge en ordregiver at bringe sin kontrakt til ophør i de tilfælde, der er oplyst i klagenævnens lovens §§ 16 og 17. Rækkevidden af Klagenævnets kompetence til at erklære en kontrakt for uden virkning begrænses yderligere af, at sanktionen kun finder anvendelse på kontrakter, der er omfattet af udbudslovens afsnit II eller III eller forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det er som følge af ovenstående relevant at undersøge, om der i praksis kan udledes en pligt til at ophæve en kontrakt, der er indgået i strid med udbudsreglerne. Specialet tager i forbindelse hermed udgangspunkt i praksis fra EU-Domstolen, de danske domstole samt Klagenævnet for Udbud.

¹¹⁰ Bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og bekendtgørelse nr. 1625 af 15. december 2015 om tildeling af koncessionskontrakter.

4.3.1. EU-retten

EU-Domstolens dom af 18. juli 2007 i C-503/04, Kommissionen mod Tyskland, har til formål at belyse, om og i hvilket omfang medlemsstaterne har pligt til at bringe en indgået kontrakt til ophør, når kontrakten er indgået i strid med udbudsreglerne.

Sagen drejede sig om en tysk ordregiver, den tyske by Braunschweig, som i slutningen af 1990'erne indgik en kontrakt om bortskaffelse af dagrenovation for en periode på 30 år. Ordregiveren var af den opfattelse, at kontrakten var omfattet af EU's udbudsregler, men at det i den konkrete situation var lovligt at anvende proceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Den ordregivende myndighed fandt, at betingelserne herfor var opfyldt. Ordregiveren tildelte efterfølgende kontrakten til den økonomiske aktør, Braunschweigische Kohlenbergwerke. Kommissionen var derimod af den opfattelse, at betingelserne for fritagelse ikke var opfyldt, hvorfor Kommissionen anlagde sag mod Tyskland. Sagen endte for EU-Domstolen, hvor det blev fastlagt, at den tyske ordregiver havde overtrådt de relevante udbudsregler.¹¹¹

Spørgsmålet var herefter, hvilken konsekvens domsfældelsen skulle have. Tyskland redegjorde for, hvilke foranstaltninger i henhold til artikel 228 i TEF (nu: artikel 260 i TEUF)¹¹² Tyskland havde truffet for at efterkomme afgørelsen. Det blev af Tyskland understreget, at den tyske regering havde indskærpet reglerne over for de tyske myndigheder. Tyskland hævdede endvidere, at Kommissionen ikke kunne kræve en indgået kontrakt ophævet.

Kommissionen indledte en ny traktatbrudssag mod Tyskland. Grundlaget herfor var, at Kommissionen fandt, at Tyskland ikke havde truffet de nødvendige foranstaltninger, der var nødvendige for opfyldelsen af Domstolens dom i C-20/01 og C-28/01 (forenede sager). Kommissionen nedlagde påstand om, at Tyskland skulle pålægges tvangsbøder indtil en ophævelse af kontrakten skete.¹¹³

Kontrakten blev af de tyske myndigheder ophævet under retssagen, hvilket fik Kommissionen til at frafalde sin påstand om tvangsbøder, da der ikke længere var grundlag herfor. EU-Domstolen skulle

¹¹¹ EU-Domstolens dom af 10. april 2003 i C-20/01 og C-28/01 (forenede sager), Kommissionen mod Tyskland.

¹¹² EF-traktaten skiftede med Lissabontraktatens ikrafttrædelse den 1. december 2009 navn til TEUF. EF-traktatens bestemmelser blev som følge heraf overført til TEUF.

¹¹³ EU-Domstolens dom af 18. juli 2007 i C-503/04, Kommissionen mod Tyskland.

dernæst tage stilling til, om det fulgte af fællesskabsretten, at de tyske myndigheder var forpligtede til at bringe en kontrakt til ophør, som var indgået i strid med udbudsreglerne.

Til besvarelse af spørgsmålet herom, lagde EU-Domstolen særligt vægt på, at traktatbruddet kunne have fortsat i årtier, da den pågældende kontrakt var indgået for en lang periode. En effektiv håndhævelse af udbudsreglerne ville derfor forudsætte, at den ulovlige kontrakt skulle bringes til ophør. EU-Domstolen fandt endvidere, at principperne om beskyttelse af den berettigede forventning, *pacta sunt servanda*, samt princippet om ejendomsretten som en grundlæggende rettighed heller ikke kunne begrunde nogen indskrænkning i Tysklands forpligtelse til at bringe et traktatbrud til ophør. Ifølge EU-Domstolen tilkommer principperne alene ordregiverens medkontrahent, som vil kunne påberåbe sig principperne over for ordregiveren. Principperne er derimod ikke egnede til at kunne påberåbes af ordregiveren med det formål at unddrage sig sit eget ansvar i henhold til fællesskabsretten.

Det blev således af EU-Domstolen bestemt, at Tyskland havde været forpligtet til at bringe en ulovlig kontrakt til ophør, da kontrakten var indgået i strid med udbudsreglerne. En manglende ophævelse af kontrakten betød, at Tyskland havde tilsidesat sine forpligtelser ved ikke at have truffet de nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af den tidligere afsagte dom i C-20/01 og C-28/01 (forenede sager) i henhold til artikel 260 TEUF.

Det kan af C-503/04 udledes, at medlemsstaterne i visse situationer har pligt til at bringe en kontrakt til ophør, når kontrakten er indgået i strid med udbudsreglerne. C-503/04 klarlægger ikke i hvilke situationer, der foreligger en pligt til at bringe en indgået kontrakt til ophør, men det må anses for mest sandsynligt, at ophævelsespligten forudsætter en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse.¹¹⁴ Om kvalificerede overtrædelser fremfører Steen Treumer, at en overtrædelse anses som "tilstrækkelig kvalificeret", når overtrædelsen har påvirket udfaldet af det offentlige udbud eller når overtrædelsen forventes at påvirke udfaldet af det offentlige udbud.¹¹⁵ Der skal i vurderingen heraf formentlig tages hensyn til:

"... hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er, hvorvidt et skøn, som den tilsidesatte bestemmelse overlader de nationale myndigheder eller

¹¹⁴ Broberg, Morten, Kontrakter kan ophæves ved brud på EU's udbudsregler, Advokatsamfundet, 2008.

¹¹⁵ Treumer, Steen, Towards an Obligation to Terminate Contracts Concluded in Breach of the EC Public Procurement Rules: The End of the Status on Concluded Public Contracts as Sacred Cows, Public Procurement Law Review, 2007, s. 371 ff.

*fællesskabsmyndighederne, om overtrædelsen er begået eller tabet er forvoldt forsætligt eller uagtsomt, om en eventuel retsvildfarelse er undskyldelig eller uundskyldelig, den omstændighed, at en fællesskabsinstitutions holdning kan have været medvirkende til undladelsen, vedtagelsen eller opretholdelsen af nationale foranstaltninger eller praksis i strid med fællesskabsretten. Hertil kommer, at den ulovlige aftales indvirkning på det indre marked også må tillægges vægt, hvorved særligt aftalens varighed og størrelse har betydning.*¹¹⁶

C-503/04 er en konkret begrundet dom. Der skal derfor udvises påpasselighed i forsøget på at klarlægge dommens konsekvenser og betydning. Dommen omhandlede en medlemsstats forpligtelser i henhold til artikel 260 TEUF. En bestemmelse som finder anvendelse, når EU-Domstolen fastslår, at en medlemsstat ikke har overholdt en forpligtelse, som påhviler den i henhold til traktaterne. I den konkrete sag var der tale om et langvarigt og vedvarende kontraktforhold, som var blevet etableret ved en af de groveste overtrædelser i udbudsretten i form af ulovlig direkte tildeling.

Artikel 260 TEUF regulerer alene forholdet mellem en medlemsstat og Fællesskabet. Bestemmelsen vurderes derfor ikke at kunne anvendes som en direkte hjemmel til at forpligte ordregivende myndigheder i almindelighed. At udlede en sådan forpligtelse vil desuden antages at være for vidtgående.¹¹⁷ Det kan derimod af dommen udledes, at der eksisterer en ophævelsespligt i bestemte tilfælde. Det vil være i de tilfælde, hvor EU-Domstolen statuerer traktatbrud som følge af, at en ordregiver ulovligt indgår en langvarende og vedvarende kontrakt uden på forhånd at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse. C-503/04, Kommissionen mod Tyskland, er den eneste sag, hvor EU-Domstolen har udtalt, at der eksisterer en ophævelsespligt, når kontrakten omfattes af udbudsdirektiverne.¹¹⁸

Med udgangspunkt i C-503/04, Kommissionen mod Tyskland, kan det foreløbigt konkluderes, at det af EU-Domstolen er blevet fastlagt, at *medlemsstaterne* i visse situationer har pligt til at bringe en kontrakt til ophør, som er indgået i strid med udbudsreglerne.

¹¹⁶ Broberg, Morten, Kontrakter kan ophæves ved brud på EU's udbudsregler, Advokatsamfundet, 2008.

¹¹⁷ Offersen, René m.fl., Ugyldighed og annullation af kontrakter indgået i strid med udbudsreglerne, U 2008B.372, 2008, s. 373 ff.

¹¹⁸ Hamer, Carina Risvig, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 849.

Også i dansk retspraksis, er spørgsmålet om der foreligger en ophævelsespligt og omfanget af den, blevet afprøvet. Specialets næste afsnit har til formål at belyse, hvorvidt der eksisterer en pligt til at ophæve en indgået kontrakt ved henholdsvis domstolene og Klagenævnet for Udbud.

4.3.2. Domstolene

I U 2009.1331 Ø, Centralforeningen af Taxiforening i Danmark m.fl. mod Region Sjælland skulle Landsretten tage stilling til, hvorvidt en patienttransportkontrakt, som vedrørte ambulancekørsel, skulle ophæves. Kontrakten var blevet indgået uden forinden at gennemføre et offentligt udbud. Sagsøger påstod derfor, at patienttransportkontrakten af 20. december 2001, der udløb den 31. december 2007 skulle ophæves. Sagsøger påstod desuden, at tillægsaftalen af 30. januar 2008, som havde til formål at videreføre kontrakten, skulle gøres ugyldig.

Landsretten var enig i, at den oprindelige patienttransportkontrakt samt den indgåede tillægsaftale var i strid med udbudsreglerne. Landsretten lagde dog til grund, at Region Sjælland allerede inden udløbet af den oprindelige patienttransportkontrakt havde planlagt at bringe en kontrakt om ambulancekørsel i udbud i begyndelsen af 2007. I forhold til den oprindelige kontrakt blev det af landsretten tillagt betydning, at ordregiveren havde rettet sig efter den fortolkning af udbudsreglerne, som de ordregivende myndigheder anså for korrekt i 2001. Landsretten lagde endvidere til grund, at tillægsaftalen udelukkende var blevet indgået grundet en manglende overholdelse af den fremlagte tidsplan.

Til trods for Region Sjællands overtrædelse af udbudsreglerne, fandt landsretten ikke grundlag for at ophæve kontrakten eller gøre tillægsaftalen uvirksom. Landsretten lagde i sin afgørelse vægt på de saglige grunde der var, for at indgå kontrakten, hvorved det blev påpeget, at tillægsaftalen udgjorde en kort overgangsperiode, at et udbud allerede var under iværksættelse, og at en ophævelse ville medføre et samfundsmæssigt værdispild. Af mere bemærkelsesværdig karakter udtalte landsretten: ”Der består hverken efter EU-retten eller dansk ret en generel pligt til at ophæve kontrakter indgået i strid med EU's udbudsregler.”

Det kunne af dommen konstateres, at der ikke forelå en *generel* pligt til at ophæve en i strid med udbudsreglerne indgået kontrakt. Det var dog med landsrettens udtalelse ikke udelukket, at der i visse tilfælde, hvor overtrædelsen var særlig grov, kunne bestå en pligt for ordregiveren til at ophæve en kontrakt. Dette spørgsmål behandles i følgende dom.

I ØLD af 30.03.2009, Region Syddanmark mod Sectra A/S i B-2541-07, skulle Østre Landsret tage stilling til, om Region Syddanmark havde overtrådt udbudsreglerne, og i bekræftende fald, hvad konsekvenserne heraf var. Klagenævnet for Udbud havde forinden konstateret, at Region Syddanmark havde overtrådt udbudsreglerne ved at foretage en fejlagtig tilbudsevaluering af Sectra A/S' tilbud, og tildelingsbeslutningen blev som konsekvens deraf annulleret. Kontrakten var dog allerede indgået på daværende tidspunkt.

Landsretten konstaterede i overensstemmelse med Klagenævnet, at ordregiveren havde overtrådt udbudsreglerne ved at have foretaget en fejlagtig tilbudsevaluering. Landsretten udtalte endvidere i relation til overtrædelsens konsekvenser, at det i medfør af kontroldirektiverne er op til national ret at fastlægge virkningerne af en ulovligt indgået kontrakt, og at der i dansk lovgivning ikke er fastlagt pligt til at bringe en indgået kontrakt til ophør. Landsretten udtalte endvidere: ”Efter EU-retten i øvrigt består sådan pligt ikke generelt, men efter EF-domstolens praksis kan pligten dog gælde ved meget grove og alvorlige overtrædelser såsom efter omstændighederne undladt udbud. Region Syddanmarks fejlagtige evaluering er ikke en sådan meget kvalificeret overtrædelse.”

Det er specialets vurdering, at Østre Landsrets udtalelse er en henvisning til Kommissionen mod Tyskland i C-503/04. Sagen blev afsagt af EU-Domstolen (tidligere EF-Domstolen) og omhandlede konsekvenserne af en ulovlig direkte tildeling. Det kan med afsæt i Østre Landsrets udtalelse konstateres, at der eksisterer en ophævelsespligt, der gælder ved meget grove og alvorlige overtrædelser, såsom en ordregivers undladelse af udbud.

Den følgende dom, afsagt af Vestre Landsret behandler ligeledes spørgsmålet om, hvorvidt der eksisterer en ophævelsespligt.

I U 2012.3232 V, 12-by-gruppens Indkøbscentral mod AV Form A/S var der tale om et udbud af en rammeaftale om køb af formnings- og beskæftigelsesmaterialer omfattet af udbudsdirektivet. Landsretten fandt, at ordregiveren, 12-by-gruppens Indkøbscentral, havde foretaget et udbud som klart favoriserede den vindende tilbudsgiver på en række væsentlige punkter med den konsekvens, at ingen andre tilbudsgivere fik tildelt rammeaftalen. Ordregiveren havde hermed tilsidesat

gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet. Spørgsmålet var derfor, om den indgåede kontrakt skulle bringes til ophør.

Ordregiveren gjorde i sagen gældende, at et påbud om ophør af kontrakt uden for tilfælde, der var omfattet af reglerne om uden virkning, var forbeholdt meget grove og alvorlige overtrædelser af udbudsreglerne, ligesom ordregiveren mente, at et sådant påbud forudsatte efter EU-Domstolens praksis, at der var tale om en langvarig kontrakt. At der i den konkrete var tale om en rammeaftale med en løbetid på to år og en option på forlængelse i op til yderligere to år var ifølge ordregiveren ikke tilstrækkelig langt til at retfærdiggøre en pligt til at bringe kontrakten til ophør.

Landsretten udtalte, at ordregiveren havde tilsidesat udbudsreglerne på en meget kvalificeret måde. Landsretten gav derfor klageren, AV Form A/S, medhold i, at ordregiveren skulle tilpligtes at bringe den indgåede rammekontrakt til ophør.

Det kan af dommens resultat udledes, at der vil være tilfælde, hvor den ordregivende myndighed begår en så alvorlig overtrædelse, at den indgåede kontrakt skal bringes til ophør. Det vil være tilfældet i de situationer, hvor udbudsreglerne overtrædes på en meget kvalificeret måde. Dommen harmonerer godt med Østre Landsrets udtalelse i ØLD af 30.03.2009 Region Syddanmark mod Sectra A/S i sag B-2541-07 om, at der eksisterer en ophævelsespligt ved meget grove og alvorlige overtrædelser af udbudsreglerne.

Analysen har indtil videre taget udgangspunkt i praksis fra såvel EU-Domstolen som de nationale domstole i forsøget på at klarlægge, om der eksisterer en pligt til bringe en kontrakt til ophør, som er indgået i strid med udbudsreglerne. Analysen synes at vise, at domstolene tilpligter en ordregiver at bringe en kontrakt til ophør ved kvalificerede overtrædelser og at denne pligt muligvis hidrører fra EU-Domstolens praksis. Spørgsmålet er derfor, om Klagenævnets tilgang er den samme som den, der ses ved domstolene. Til besvarelse af spørgsmålet herom, vil der blive taget udgangspunkt klagenævnspraksis.

4.3.3. Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet udtalte i en kendelse, hvor en række uklarheder i underkriterierne medførte, at udbudsbetingelserne ikke kunne danne grundlag for et lovligt udbud, at:

”... det er en vanlig konsekvens af håndhævelsessystemet i kontroldirektivet sammenholdt med lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v., at en kontrakt, som er indgået på grundlag af udbudsbetingelser, der ikke kan danne grundlag for en lovlig tildeling, ikke kan kræves ophævet, bortset fra de tilfælde, der omfattes af reglerne om uden virkning.”¹¹⁹

Klagenævnet for Udbud fremførte en lignende udtalelse i sagen mellem 12-by-gruppens Indkøbscentral og AV Form A/S:

”Klagenævnet har således alene hjemmel til efter lovens §§ 16-17 at træffe afgørelse om, at en kontrakt erklæres for uden virkning, men ikke hjemmel til uden for disse situationer at påbyde indklagede at bringe en kontrakt til ophør eller at statuere en forpligtelse hertil, sådan som klageren har påstået. Det er således op til de indklagede kommuner som offentlige myndigheder at drage de nødvendige slutninger af klagenævnets kendelse.”¹²⁰

Klagenævnet udtaler ikke at have kompetence til at bringe en indgået kontrakt til ophør, medmindre kontrakten er omfattet reglerne om uden virkning. Det bemærkelsesværdige i denne sag, som året efter blev bragt for domstolene, er, at landsretten endte med at tilpligte ordregiveren at bringe den indgåede rammekontrakt til ophør, modsat Klagenævnet for Udbud. Det kan af afgørelsen udledes, at domstolene ikke har samme tilgang som Klagenævnet.

Dommen viser, at domstolene kan tilpligte en ordregiver at bringe en kontrakt til ophør, som er indgået i strid med udbudsreglerne. Klagenævnet har i modsætning hertil, alene kompetence til efter klagenævnslovens §§ 16 og 17 at træffe afgørelse om, at en kontrakt skal erklæres for uden virkning. Uden for disse tilfælde, har Klagenævnet ikke mulighed for at påbyde en ordregiver at bringe en kontrakt til ophør, ligesom Klagenævnet heller ikke kan statuere en forpligtelse hertil.

Denne opfattelse synes at blive delt med en række juridiske forfattere i udbudsret, herunder Carina Risvig Hamer og Steen Treumer. Sidstnævnte angiver blandt andet, at en forskel i behandlingen ved domstolene er mulig. Dette skal ses på baggrund af, at klagenævnsloven “refers mainly to the

¹¹⁹ Klagenævnets kendelse af 26. november 2012, Tecan Nordic AB mod Statens Serum Institut.

¹²⁰ Klagenævnets kendelse af 23. marts 2011, AV Form A/S mod 12-by-gruppens Indkøbscentral.

competence of the Complaints Board and considers only the competence of the ordinary courts to a limited extent in the provisions or the preparatory works.”¹²¹

Forskellen i behandlingen kan også begrundes i det faktum, at Klagenævnet er et administrativt organ, der skal have tillagt kompetence først.¹²² Det vil derfor i disse situationer være op til den ordregivende myndighed at drage de nødvendige slutninger af Klagenævnets annullation af ordregiverens tildelingsbeslutning.

4.3.4. De forvaltningsretlige principper

Når den ordregivende myndighed skal drage de nødvendige slutninger af en annullation, vil det være relevant for den offentlige myndighed at tage udgangspunkt i de almindelige principper om lovlig forvaltning. I sin udtalelse om annullationens retsvirkninger og en eventuel pligt til at bringe en kontrakt til ophør, inddrager Klagenævnsdommer Kirsten Thorup de forvaltningsretlige principper:

”Selvom der efter den gældende udbudsretlige regulering ikke i almindelighed er mulighed for at tilpligte en ordregiver at bringe en kontrakt, der er indgået på grundlag af den ulovlige tildelingsbeslutning, til ophør, må det endvidere antages at følge af de nævnte principper om lovlig forvaltning, at en offentlig ordregiver i tilfælde, hvor en tildelingsbeslutning er blevet annulleret af klagenævnet eller en domstol, og kontrakten dermed indgået uden lovlig hjemmel, er forpligtet til så vidt muligt at søge kontrakten bragt til ophør”¹²³

Ved de almindelige principper om lovlig forvaltning forstås de principper, som en ordregiver omfattet af offentlighedsloven skal varetage og som skal iagttages på lige fod med de udbudsretlige principper.¹²⁴ De grundlæggende forvaltningsretlige principper bevirker, at alle forvaltningsretlige myndigheder skal udøve saglig forvaltning i overensstemmelse med magtfordrejningslæren. Dette indebærer, at den forvaltningsretlige myndighed skal overholde forbuddet mod varetagelse af private hensyn, ligebehandlingsprincippet, kravet om forsvarlig økonomisk forvaltning og proportionalitetsprincippet.¹²⁵

¹²¹ Treumer, Steen, Ineffectiveness of Contracts: the Danish Perspective, Paper præsenteret ved Public Procurement: Global Revolution V, Copenhagen, Danmark, 2010.

¹²² Hamer, Carina Risvig, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 853.

¹²³ Klagenævnets kendelse af 2. december 2015, Annelise Küseler mod Morsø Kommune.

¹²⁴ Hamer, Carina Risvig, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016, s. 65.

¹²⁵ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Hvad er de forvaltningsretlige principper?

Principperne skal iagttages uanset hvad der måtte følge af udbudsreglerne og den øvrige EU-ret. De grundlæggende forvaltningsretlige principper skal som følge heraf overholdes, selvom myndighedens kontrakt ikke er omfattet af udbudsreglerne.¹²⁶

Af lovbemærkningerne til udbudsloven fremgår det, at selvom de grundlæggende forvaltningsretlige principper ikke er nævnt i udbudslovens § 2, gælder der på trods heraf et krav om saglighed til den ordregivende myndigheds håndtering af sit udbud. Kravet om saglighed har i praksis været særligt anvendt i forbindelse med ordregiverens annullation af udbud, ligesom kravet også er relevant i forhold til de beslutninger, ordregiveren træffer under udbudsprocessen. Det kan ifølge lovbemærkningerne være ordregiverens beslutning om ikke at opdele en kontrakt i delkontrakter, eller beslutningen om at udvælge mere end fem ansøgere til udbud med forhandling.¹²⁷

Ifølge klagenævnsdommer Kirsten Thorup må de grundlæggende forvaltningsretlige principper også finde anvendelse, i tilfælde, hvor en ordregiver bliver opmærksom på, at de anvendte udbudsbetingelser ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Ordregiveren må i disse situationer være forpligtet til at undlade at indgå kontrakt. Såfremt tildelingsbeslutningen allerede er truffet, må ordregiveren annullere denne. Det må ligeledes følge af de forvaltningsretlige principper, at en ordregiver, der af Klagenævnet får sin tildelingsbeslutning annulleret, er forpligtet til så vidt muligt at bringe kontrakten til ophør.¹²⁸

Kirstin Thorups udtalelse harmonerer med den analyserede praksis fra domstolene om, hvorvidt der eksisterer en pligt til at bringe en kontrakt, som er indgået i strid med udbudsreglerne til ophør. Praksis fra domstolene viser, at domstolene i visse tilfælde tilpligter en ordregiver at bringe en kontrakt til ophør. Det vil være i tilfælde, hvor udbudsreglerne overtrædes på en meget kvalificeret måde.

Henvisningen til at ordregiveren er forpligtet til ”så vidt muligt at søge kontrakten bragt til ophør” formodes at være en indikation på, at der til forpligtelsen synes at gælde nogle undtagelser. Det samme gælder trods alt for bestemmelsen i udbudsloven § 185, stk. 2, hvoraf det fremgår, at

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Erhvervs- og Vækstministeriets Bemærkninger til § 2, Folketingstidende 2015-16 (lovforslag 19), Tillæg A, s. 57 ff.

¹²⁸ Klagenævnets udtalelse i kendelse af 2. december 2015, Annelise Küseler mod Morsø Kommune.

ordregiver skal bringe kontrakten til ophør, ”medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende.”

Forpligtelsen, som Kristin Thorup taler om, udledes af de forvaltningsretlige principper, og er som følge heraf ikke en forpligtelse som følger af udbudsreglerne. Klagenævnet har ikke kompetence til at behandle klager vedrørende offentlige kontrakter under EU-tærskelværdierne og uden klar grænseoverskridende interesse, ligesom Klagenævnet heller ikke har kompetence til at tage stilling til overholdelsen af de forvaltningsretlige principper.¹²⁹ Klager i relation til sådanne typer af kontrakter samt klager om en ordregivers overholdelse af de forvaltningsretlige principper, kan alene indbringes for domstolene eller indgives i det almindelige administrative klagesystem.¹³⁰ Denne indskrænkning i Klagenævnets kompetence til at behandle klager, sammenlignet med domstolene, taler også for, at tilgangen – eller behandlingen – ved de respektive organer er forskellig.

4.3.5. Sammenfattende

I tilfælde, hvor kontrakten ikke er omfattet af udbudsloven, er det specialets vurdering, at der eksisterer en pligt til at bringe en indgået kontrakt til ophør ved særligt grove og kvalificerede overtrædelser. Det er muligt, at *domstolene* i visse tilfælde kommer frem til, at der foreligger en ophævelsespligt uden for anvendelsesområdet af reglerne om uden virkning. Denne pligt synes at hidrøre fra EU-Domstolens praksis på området. *Klagenævnet* er dog bundet af de kompetencer, som organet er blevet tildelt i medfør af loven. Klagenævnet har derfor alene hjemmel til efter reglerne om uden virkning at træffe afgørelse om, at en kontrakt erklæres for uden virkning. Som konsekvens heraf har klagenævnet ikke hjemmel til uden for disse situationer at påbyde en ordregiver at bringe en kontrakt til ophør eller at statuere en forpligtelse hertil. Ikke desto mindre synes det at følge af almindelige principper om lovlig forvaltning, at en offentlig myndighed i tilfælde, hvor dens tildelingsbeslutning annulleres, så vidt muligt søger at bringe den indgåede kontrakt til ophør.

¹²⁹ Klagenævnslovens § 1, stk. 4.

¹³⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Hvem skal man klage til over udbudte kontrakter?

Kapitel 5: Konklusion

Formålet med dette speciale er at foretage en tilbundsående undersøgelse af Klagenævnet for Udbuds annullationsbeføjelse. Herunder skal det særligt undersøges, under hvilke betingelser Klagenævnet kan annullere en ordregivers tildelingsbeslutning samt retsvirkningerne deraf.

Det følger af klagenævnslovens § 13, stk. 1, nr. 2, at Klagenævnet kan ”annullere ordregiverens ulovlige beslutninger eller udbudsforretning”. Der er ikke i klagenævnsloven fastsat betingelser for, hvornår annullation kan finde anvendelse. Alligevel kan det ud fra retspraksis udledes, at tre forskellige forhold indgår i Klagenævnets afgørelse af, om en annullationspåstand skal tages til følge: 1) karakteren af de konstaterede overtrædelser; 2) hvorvidt klageren har udvist passivitet; samt 3) en afvejning af de samfundsmæssige konsekvenser af en annullation over for klagerens beskyttelsesbehov.

Specialet har undersøgt, hvilken betydning overtrædelsens karakter har for Klagenævnets annullation af en tildelingsbeslutning. Overtrædelserne skal medføre en risiko for en forkert tildelingsbeslutning eller være af så grov karakter, at udbudsmaterialet ikke længere kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning. Imidlertid kan visse overtrædelser på baggrund af deres natur og/eller de konkrete omstændigheder have en så bagatelagtig karakter, at de ikke kan begrunde en annullation.

Passivitetsspørgsmålet er en vurdering af, hvorvidt der er sket en effektiv forfølgelse af sagen fra tidspunktet, hvor klageren fik kendskab til overtrædelserne, klagen omfatter. Udgangspunktet er, at en økonomisk aktør skal reagere på en udbudskrænkelser på det tidspunkt, hvor denne konstateres eller burde være konstateret. I de tilfælde, hvor klageren ikke reagerer straks efter sin konstatering, er udgangspunktet, at den udviste passivitet har en skadevirkende effekt på klagerens annullationspåstand. Klagers passivitet tillægges undtagelsesvist en mindre betydning, såfremt overtrædelserne er af særlig grov karakter.

Endelig foretager Klagenævnet for Udbud en afvejning af de samfundsmæssige interesser over for klagerens beskyttelseshensyn. Afvejningen foretages først, såfremt Klagenævnet konstaterer en væsentlig overtrædelse af udbudsreglerne. Afvejningen er et væsentligt moment og skal ikke negligeres, for disse tertiære forhold kan spille en afgørende rolle for, om Klagenævnet for Udbud tager annullationspåstanden til følge. Samfundsmæssige værdispildsbetragtninger, kontraktens omfang og

varighed, hensynet til ordregiveren og ordregiverens kontraktpart, den offentlige interesse, og ikke mindst hensynet til miljø og dyr og menneskers liv og sundhed er forhold, som Klagenævnet for Udbud inddrager i sin afvejning.

Retsvirkningen af annullationsbeføjelsen afhænger af, hvorvidt en kontrakt mellem ordregiveren og den vindende tilbudsgiver er indgået på tidspunktet for Klagenævnets afgørelse af sagen. Er kontrakten ikke indgået, vil ordregiveren ikke lovligt kunne indgå kontrakt på baggrund af tildelingsbeslutningen. Ordregiveren kan lovligt træffe en ny tildelingsbeslutning, hvis der dermed kan rettes op på fejlen. I tilfælde, hvor afhjælpning ikke er muligt, må ordregiveren annullere sit udbud.

Er kontrakten derimod indgået, følger det af udbudslovens § 185, stk. 2, at en ordregiver skal bringe kontrakten til ophør, når tildelingsbeslutningen annulleres, medmindre der foreligger særlige forhold, som kan begrunde en videreførelse af kontrakten.

Udbudslovens § 185, stk. 2 gælder imidlertid kun for udbud omfattet af udbudsloven. Forpligtelsen er heller ikke indført i tilbudsloven eller i implementeringsbekendtgørelserne til forsyningsvirksomhedsdirektivet og koncessionsdirektivet. Specialet konkluderer, at der synes at eksistere en pligt til at bringe en indgået kontrakt til ophør ved særligt grove og kvalificerede overtrædelser. Det er muligt, at *domstolene* i visse tilfælde kommer frem til, at der foreligger en ophævelsespligt uden for anvendelsesområdet af reglerne om uden virkning. Denne pligt synes at hidrøre fra EU-Domstolen. *Klagenævnet* er dog bundet af de kompetencer, som organet er blevet tildelt i medfør af loven. Klagenævnet har derfor alene hjemmel til efter reglerne om uden virkning at træffe afgørelse om, at en kontrakt erklæres for uden virkning. Som konsekvens deraf har Klagenævnet ikke hjemmel til uden for disse situationer at påbyde en ordregiver at bringe en kontrakt til ophør eller at statuere en forpligtelse hertil. Ikke desto mindre synes det at følge af almindelige principper om lovlig forvaltning, at en offentlig myndighed i tilfælde, hvor dens tildelingsbeslutning annulleres, så vidt muligt søger at bringe den indgåede kontrakt til ophør.

Kapitel 6: Abstract

The Danish Complaints Board for Public Procurement (the Complaints Board) aim to ensure effective enforcement of the procurement rules. If the Complaints Board finds that a contracting authority has infringed the public procurement rules, the Complaints Board may use a number of powers. Its powers are set out in section 13 of The Act on The Complaints Board and include the necessary power to set aside decisions taken unlawfully of the contracting authority. Although the power to set aside decisions taken unlawfully is considered onerous, its conditions are not regulated by law.

Therefore, the purpose of this thesis is to analyze the power of the Complaints Board to set aside decisions taken unlawfully. Subsequently, the conditions, under which the Complaints Board is able to set aside the contract award decision of the contracting authority, will be examined. The thesis will also examine the legal effects of such sanction.

The thesis concludes that in deciding whether to comply with a claim for setting aside the contract award decision of the contracting authority or not, the Complaints Board first and foremost emphasizes whether the contracting authority has committed infringements, including the extent and severity of any infringements, and whether the infringements were essential to the unlawful decision. Next, the Complaints Board makes an overall assessment of the factors, which in the specific case, speak for and against setting aside the contract award decision respectively. In this connection, the Complaints Board decide whether an effective prosecution of the case has taken place, based on the time the complainant knew or had reason to know about the infringement. Lastly, the Complaints Board balances the societal interests with regard to the complainant's protection purposes. If the overall assessment does not contradict the claim to set aside the contract award decision, the Complaints Board shall decide to uphold the claim.

The thesis also concludes that the legal effect of such sanction depends on whether a contract between the contracting authority and the winning tenderer is concluded at the time of the Complaints Board's decision on the matter. If the contract is covered by The Public Procurement Act, it is implied in section 185 (2) of said act that if a contract award decision is set aside, the contracting authority must cancel the contract. This obligation does not apply to public contracts covered by different procurement rules, such as The Tender Act, the utilities directive as well as the concession directive.

However, unlike the Complaints Board, it seems that an obligation to cancel the contract does in fact exist in the law-courts in cases of particularly aggravated infringements.

Kapitel 7: Litteraturliste

Lovgrundlag:

- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter. (Det gamle udbudsdirektiv)
- Traktaten om Den Europæiske Union
- Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde
- Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter. (Kontrolldirektivet)
- Lov nr. 344 af 6. juni 1991
- Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation. (Kontrolldirektivet)
- Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 af lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren med de ændringer, der følger af lov nr. 572 af 6. juni 2007. (Tilbudsloven)
- Lov nr. 492 af 12. maj 2010.
- Lov nr. 618 af 14. juni 2011.
- Lov nr. 1564 af 15. december 2015. (Udbudsloven)
- Bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.
- Bekendtgørelse nr. 1625 af 15. december 2015 om tildeling af koncessionskontrakter.
- Lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 af lov nr. 492 af 12. maj 2010 om Klagenævnet for Udbud med de ændringer der følger af § 13 i lov nr. 1556 af 21. december 2010, § 1 i lov nr. 618 af 14. juni 2011, § 31 i lov nr. 1231 af 18. december 2012, lov nr. 511 af 27. maj 2013 og § 197 i lov nr. 1564 af 15. december 2015. (Klagenævnsloven)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF. (Udbudsdirektivet)

- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF. (Forsyningsvirksomhedsdirektivet)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter. (Koncessionsdirektivet)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter. (Ændringsdirektivet)

Forarbejder:

- Erhvervs- og Vækstministeriets Bemærkninger til Lovforslaget, Folketingstidende 2015-16 (lovforslag 19), Tillæg A. (Udbudsloven)
- Erhvervsministeriets Bemærkninger til Lovforslaget, Folketingstidende 1999-20 (lovforslag 243), Tillæg A.
- Industriministeriets Bemærkninger til Lovforslaget, Folketingstidende 1991-92 (lovforslag 86), Tillæg A.
- Økonomi- og Erhvervsministeriets Bemærkninger til Lovforslaget, Folketingstidende 2009-10 (lovforslag 110), Tillæg A. (Klagenævnensloven)

Retspraksis:

- EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 i C-454/06, Preetext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig.
- EU-Domstolens dom af 18. juli 2007 i C-503/04, Kommissionen mod Tyskland.
- EU-Domstolens dom af 10. april 2003 i C-20/01 og C-28/01 (forenede sager), Kommissionen mod Tyskland.
- EU-Domstolens dom af 18. juni 2002 i C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs-Gesellschaft mbH mod Wien.
- EU-Domstolens dom af 1. februar 2001 i C-237/99, Kommissionen mod Frankrig.
- EU-Domstolens dom af 8. oktober 1980 i C-810/79, Peter Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte.
- U 2012.3232 V, 12-by-gruppens Indkøbscentral mod AV Form A/S
- U 2009.1331 Ø, Centralforeningen af Taxiforeninger i Danmark m.fl. mod Region Sjælland

- ØLD af 30.03.2009, Region Syddanmark mod Sectra A/S i sag B-2541-07

Administrativ praksis:

- Klagenævnets kendelse af 22. februar 2018, Axxess A/S mod Region Hovedstaden.
- Klagenævnets kendelse af 15. februar 2018, Rengoering.com A/S mod Fredensborg Kommune.
- Klagenævnets kendelse af 26. juni 2017, N. Sundin Dockstavarvet AB mod DanPilot.
- Klagenævnets kendelse af 26. september 2016, P.G. Andersen & Bruhn Orgelbyggeri ApS mod Nørre Vium-Herborg Sognes Menighedsråd.
- Klagenævnets kendelse af 2. december 2015, Annelise Kuseler mod Morsø Kommune.
- Klagenævnets kendelse af 1. juli 2014, Havnens Skibsreparationer A/S og Nettobådene A/S mod Trakfikselskabet Movia.
- Klagenævnets kendelse af 26. november 2012, Tecan Nordic AB mod Statens Serum Institut.
- Klagenævnets kendelse af 22. januar 2012, Bombardier Transportstation Denmark A/S mod Bandedanmark.
- Klagenævnets kendelse af 21. december 2011, Ortos A/S mod Odense Kommune.
- Klagenævnets kendelse af 23. marts 2011, AV Form A/S mod 12-by-gruppens Indkøbscentral.
- Klagenævnets kendelse af 16. oktober 2009, Konkurrencestyrelsen mod Region Sjælland og Region Hovedstaden.
- Klagenævnets kendelse af 15. september 2009, Almenbo a.m.b.a mod Den selvejende almene boligorganisation Boligorganisationen Nygårdsparken.
- Klagenævnets kendelse af 14. juli 2009, Updata Danmark A/S mod Lyngby-Taarbæk Kommune.
- Klagenævnets kendelse af 8. august 2000, Visma Logistics ASA mod Københavns Amt.

Vejledninger:

- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Danske klagesager om udbud, 2018.
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Status for offentlig konkurrence, 2019.

Litteratur:

Bøger

- Hamer, Carina Risvig, Grundlæggende udbudsret, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016.

- Hamer, Carina Risvig, Lov om håndhævelse af udbudsreglerne med kommentarer, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2015.
- Jakobsen, Peter Stig m.fl., EU Udbudsretten, 3. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016.
- Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2014.
- Treumer, Steen, Udbudsretten, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2019.

Artikler

- Broberg, Morten, Kontrakter kan ophæves ved brud på EU's udbudsregler, Advokatsamfundet, 2008.
- Eriksen, Søren Overgaard, Koncipistreglen i udbudsretten, Kromann Reumert, 2018.
- Offersen, René m.fl., Ugyldighed og annullation af kontrakter indgået i strid med udbudsreglerne, U 2008B.372, 2008, s. 373-378.
- Treumer, Steen, Towards an Obligation to Terminate Contracts Concluded in Breach of the EC Public Procurement Rules: The End of the Status on Concluded Public Contracts as Sacred Cows, Public Procurement Law Review, 2007, s. 371-386.

Øvrige:

- Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb af 2011/0438/COD.
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Hvad er de forvaltningsretlige principper? (Sidst besøgt den 14. maj, 2020)
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Hvem skal man klage til over udbudte kontrakter? (Sidst besøgt den 14. maj, 2020)
- Treumer, Steen, Ineffectiveness of Contracts: the Danish Perspective, Paper præsenteret ved Public Procurement: Global Revolution V, Copenhagen, Danmark, 2010.