

**RESUMÉER AF
AFGØRELSE ER OM UDBUD
FRA
EF-DOMSTOLEN
OG RETTEN I FØRSTE
INSTANS 2006-2008**

NB! Resuméernes henvisninger til retsregler m.m. vil/kan efterhånden blive forældede, da resuméerne principielt er udarbejdet kort efter afgørelserne

Klagenævnet for Udbud

Dette hæfte indeholder resuméer af afgørelser inden for udbudsområdet truffet af EF-domstolen og Retten i Første Instans 2006-2008, og som er optaget på EF-domstolens websted <http://curia.eu.int/>.

Resuméerne er udarbejdet af Klagenævnet for Udbud, der har ansvar for dem alene.

Den dato, der angives ved begyndelsen af hvert resumé, er datoen for den pågældende afgørelse. Den betegnelse for sagen, der angives ved hvert resumé, er EF-domstolens officielle betegnelse, sådan som den er angivet på Internettet.

Særligt om afgørelserne fra *Retten i Første Instans* bemærkes:

Afgørelserne om udbud fra Retten i Første Instans angår udbud foretaget af EU-organerne, dvs. Kommissionen, Rådet og Parlamentet mfl., idet Retten i Første Instans er klageorgan vedrørende sådanne udbud.

For EU-organernes udbud gælder nogle regler, der er indeholdt i to forordninger, dels »Finansforordningen«, dvs. Rådets forordning nr. 1605/2002 med senere ændringer, dels »Gennemførelsesforordningen«, dvs. Kommissionens forordning nr. 2342/2002 med senere ændringer.

De pågældende regler svarer i det væsentlige til de udbudsregler, der gælder for de ordregivende myndigheder i medlemsstaterne. Afgørelserne om udbud fra Retten i Første Instans kan derfor have en vis almen interesse, for så vidt som de (reelt) kan bidrage til fortolkningen af de udbudsregler, der gælder for de ordregivende myndigheder i medlemsstaterne, dvs. Udbudsdirektivet og Forsyningsvirksomhedsdirektivet m.m.

I resuméerne af afgørelser fra Retten i Første Instans er som almindelig regel kun medtaget de dele af afgørelserne, der belyser forståelsen af almindelige udbudsretlige principper. Resuméerne omfatter således principielt ikke dele af afgørelserne, der angår specifikke reguleringer af EU-organernes optræden eller formelle spørgsmål om Rettens kompetence.

NB! Resuméernes henvisninger til retsregler m.m. vil/kan efterhånden blive forældede, da resuméerne principielt er udarbejdet kort efter afgørelserne.

Indholdsfortegnelse vedrørende afgørelsernes dato og betegnelse

EF-domstolens dom af 9. februar 2006, sager C-226/04 og C-228/04, Cascina og Zilch.....	8
Retten i Første Instans' dom af 14. februar 2006 i sager T-376/05 og T-383/05, TEA-CEGOS og STG mod Kommissionen.....	9
EF-domstolens dom af 11. maj 2006, sag C-340/04, Cabotermo og Consorzio Alisei.....	10
Retten i Første Instans' kendelse af 20. juli 2006 i sag T-114/06 R, Globe mod Kommissionen	12
EF-domstolens dom af 18. januar 2007, sag C-220/05, Auroux mfl.	13
Retten i Første Instans dom af 18. april 2007 i sag T-195/05, Deloitte mod Kommissionen	15
EF-domstolens dom 19. april 2007, sag C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (kaldet Asemfo eller Tragsa).....	17
EF-domstolens dom af 14. juni 2007, sag C-6/05, Medipac-Kazantzakis	18
EF-domstolens dom af 18. juli 2007, sag C-382/05, Kommissionen mod Italien.....	19
EF-domstolens dom af 18. juli 2007, sag C-399/05, Kommissionen mod Grækenland.....	20
EF-domstolens dom af 18. juli 2007, sag C-503/04, Kommissionen mod Tyskland.....	21
EF-domstolens kendelse 4. oktober 2007, sag C-492/06, Conzorzio Elisoccorso San Raffaele.....	23
EF-domstolens dom af 11. oktober 2007, sag C-237/05, Kommissionen mod Grækenland.....	23
EF-domstolens dom af 11. oktober 2007, sag C-241/06, Lämmerzahl.....	24
EF-domstolens dom af 13. november 2007, sag C-507/03, Kommissionen mod Irland.....	25
EF-domstolens dom af 13. december 2007, sag C-337/06, Bayerische Rundfunk mfl.....	26
EF-domstolens dom af 18. december 2007, sag C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia.....	28
EF-domstolens dom af 18. december 2007, sag C-357/06, Frigerio Luigi & C.....	29
EF-domstolens dom af 24. januar 2008, sag C-532/06, Lianakis mfl.	30
EF-domstolens dom af 14. februar 2008, sag C-450/06, Varec	32
Retten i Første Instans' dom af 12. marts 2008 i sag T-332/03, European Service Network mod Kommissionen	32
Retten i Første Instans' dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen (er set benævnt Cordis)	34
EF-domstolens dom af 3. april 2008 i sag C-346/06, Rüffert	35
EF-domstolens dom af 3. april 2008, sag C-444/06, Kommissionen mod Spanien.....	37
EF-domstolens dom af 8. april 2008, sag C-337/05, Kommissionen mod Italien.....	37
EF-domstolens dom af 10. april 2008, sag C-393/06, Ing. Aigner	38
EF-domstolens dom af 15. maj 2008, sager C-147/06 og C-148/06, Secap.....	39

Klagenævnet for Udbud

Retten i Første Instans' dom af 21. maj 2008 i sag T-495/04, Belfass mod Rådet.....	41
EF-domstolens dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH	43
Retten i Første Instans' dom af 10. september 2008 i sag T-59/05, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen	44
Retten i Første Instans' dom af 10. september 2008 i sag T-272/06, Evropaiki Dynamiki mod EF-domstolen.....	45
EF-domstolens dom af 2. oktober 2008, sag C-157/06, Kommissionen mod Italien	46
Retten i Første Instans' dom af 8. oktober 2008 i sag T-411/06, Sogelma mod Det Europæiske Genopbygningsagentur.....	46
EF-domstolens dom af 13. november 2008, sag C-324/07, Coditel Brabant.....	47
EF-domstolens dom af 16. december 2008, sag C-213/07, Michaniki	49

Indholdsfortegnelse vedrørende afgørelsernes emner

Tjenesteydelsesdirektivets artikel 29 danner grænsen for, hvornår tjenesteydere kan udelukkes fra en udbudsprocedure, og medlemsstaterne kan fastsætte lempeligere regler. Det afhænger af national ret, hvornår tjenesteydere skal have opfyldt deres pligt til at betale socialt bidrag og skat, og om tjenesteydere kan opfylde denne pligt ved at indgå en afdragsordning eller ved at klage. National ret må dog ikke fuldstændig undlade at tillægge klage betydning	8
Kommissionen havde med rette afvist tilbud fra to tilbudsgivere, der tilhørte samme »juridiske gruppe«, da forholdet medførte risiko for konkurrencefordrejning og interessekonflikt	9
En ordregiver udøvede ikke samme kontrol med en virksomhed som med sine egne tjenestegrene, da virksomhedens og et mellemliggende holdingselskabs bestyrelser havde meget vidtgående beføjelser, og da holdingselskabets eksistens kunne svække kontrollen. En virksomhed udøver kun hovedparten af sine aktiviteter sammen den ordregiver, den ejes af, hvis andre aktiviteter har marginal betydning. Hvis virksomheden ejes af flere ordregivere, skal hovedparten af aktiviteterne udøves sammen med dem. Artikel 13 i det tidligere Forsyningsvirksomhedsdirektiv finder ikke anvendelse på Indkøbsdirektivet	10
Et sagsanlæg fra en forbigået tilbudsgiver tillagt opsættende virkning, da der forelå »fumus boni juris« og uopsættelighed, og da en interesseafvejning ikke kunne føre til andet resultat.....	12
En kommunes indgåelse af kontrakt med en virksomhed om gennemførelse af et byplanprojekt var omfattet af Bygge- og anlægsdirektivet, da projektets hovedformål var at gennemføre bygge- og anlægsopgaver. Det var uden betydning, at virksomheden skulle lade bygge- og anlægsarbejderne udføre af entreprenører, og at virksomheden selv var omfattet af direktivets udbudspligt. Virksomheden var ikke in house, da den var et halvoffentligt selskab med private kapitalinteresser. Projektets værdi var dets samlede værdi. Udtrykket entreprenør i Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, a) sigter ikke til, at den ordregivende myndigheds kontraktspart selv skal være entreprenør	13
Tilbud fra et konsortium vedrørende en evalueringsopgave afvist med rette, da konsortiets hoveddeltagere til dels selv udførte de opgaver, der skulle evalueres, og derfor befandt sig i en interessekonflikt. Udbyderens begrundelse for	

Resuméer af afgørelser fra EF-domstolen og Retten i Første Instans 2006-2008

afvisningen havde klart og utvetydigt angivet grunden til afvisningen. Udbyderen havde ikke haft pligt til at indhente supplerende oplysninger fra konsortiet.....	15
Et selskab, der ejes af den spanske stat med 96 % og af nogle spanske regioner med 4 %, er in house i forhold til både staten og de pågældende regioner. En virksomhed, der ejes af flere offentlige myndigheder, er in house i forhold til alle disse, hvis virksomheden udøver hovedparten af sine opgaver for dem, og det kræves ikke, at virksomheden udøver hovedparten af opgaverne for en enkelt af dem	17
Indkøbsdirektivet gælder ikke for udbud under tærskelværdien, men principperne om ligebehandling og gennemsigtighed gælder for sådanne udbud. Det var i strid med disse principper, at en fremgangsmåde i henhold til direktivet om medicinsk udstyr ikke var blevet fulgt	18
Om en aftale om tjenesteydelser skal anses for en tjenesteydelseskoncession, således at der ikke er pligt til EU-udbud, er et fællesskabsretligt spørgsmål, og national rets forståelse af koncessionsbegrebet er uden betydning. Definition af tjenesteydelseskoncessioner. Nogle aftaler om tjenesteydelser var ikke tjenesteydelseskoncessioner og skulle derfor have været udbudt	19
Antagelse af tilbud i strid med udvælgelseskriterier angår ligebehandlingsprincippet, ikke gennemsigtighedsprincippet. Det generelle ligebehandlingsprincip ikke har selvstændig betydning ved siden af en direktivregel, der udmønter princippet. I øvrigt konkret afgørelse	20
Ved ikke at foranledige ophævelse af en 30-årig kontrakt indgået i strid med Tjenesteydelsesdirektivet havde Tyskland tilsidesat sin forpligtelse efter traktatens artikel 228 til at efterkomme en tidligere dom fra EF-domstolen, ved hvilken kontraktens strid med direktivet var konstateret	21
Første kontroldirektiv er ikke er til hinder for, at national ret tillægger deltagere i tilbudsgivende konsortier klageadgang.....	23
Sag om hævdet traktatbrud som følge af manglende EU-udbud afvist, da de pågældende kontrakter havde udtømt deres virkninger før udløbet af fristen i Kommissionens begrundede udtalelse, og da det ikke lå tilstrækkelig klart, at der senere var indgået nye tilsvarende aftaler	23
En national regel om klagefrist må ikke anvendes sådan, at den i det konkrete tilfælde gør en klage praktisk umulig eller uforholdsmæssig vanskelig. National ret skal fortolkes i overensstemmelse med første kontroldirektivs formål, og er en sådan fortolkning ikke mulig, skal den nationale domstol forkaste nationale bestemmelser i strid med direktivet	24
Den irske stat kunne overlade udførelse af en bilag I B-tjenesteydelse til det irske postvæsen uden forudgående offentliggørelse, da der ikke var ført bevis for noget grænseoverskridende element	25
Licensfinansiering af nogle public service tv- og radiostationer var udtryk for, at stationerne var finansieret af staten. Stationerne skulle herefter foretage EU-udbud af rengøring, da de var offentligtretlige organer, og da det var uden betydning, at staten ikke kunne udøve bestemmende indflydelse på kontraktstildelingen. En undtagelse fra udbudspligten i Tjenesteydelsesdirektivet og Udbudsdirektivet vedrørende radio- og tv-stationer angår ikke kontrakter om rengøring.....	26
En offentlig myndigheds aftale med en virksomhed om postbefordring, der ikke er omfattet af en eneret for virksomheden i overensstemmelse med Postdirektivet, skal udbydes, hvis aftalens værdi når op på tærskelværdien for tjenesteydelser. Hvis aftalens værdi er under tærskelværdien, skal der ske en passende offentliggørelse. Et statsligt postvæsen var ikke in house i forhold til staten, da virksomhedskriteriet ikke var opfyldt	28
En italiensk lovbestemmelse om, at ordregivende myndigheder kun kan indgå kontrakter om tjenesteydelser med kapitalselskaber, var i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 26	29

Klagenævnet for Udbud

Nogle underkriterier angik tilbudsgivernes egnethed og var derfor i strid med Tjenesteydelsesdirektivet. Underkriterier til underkriterier skal som almindelig regel være oplyst på forhånd	30
Fortrolige oplysninger kan unddrages fra en klagers aktindsigt, men klageorganet skal selv have de nødvendige oplysninger, og der skal før udlevering af muligt fortrolige oplysninger indhentes en udtalelse fra den berørte virksomhed	32
Ligebehandlingsprincippet har til formål at sikre konkurrencen og give tilbudsgiverne ens chancer. Gennemsigtighedsprincippet er et supplement til ligebehandlingsprincippet og skal sikre mod favorisering og vilkårlighed. Ved udbud af kontrakter om tjenesteydelser er visse fordele for den hidtidige tjenesteyder uundgåelige. Udbyderens forsømmelser med hensyn til at give tilbudsgiverne oplysninger havde ikke haft indflydelse på tilbudsvurderingen.	32
Udbyderen tilsidesatte ligebehandlingsprincippet ved ikke at give tilbudsgiverne alle nødvendige oplysninger med den konsekvens, at kun den valgte tilbudsgiver som følge af sit samarbejde med den aktuelle tjenesteyder havde alle oplysningerne. Tildelingsbeslutningen annulleret.....	34
Udstationeringsdirektivet og traktatens artikel 49 er til hinder for en national lovbestemmelse, hvorefter offentlige byggekontrakter kun må indgås på vilkår om betaling af overenskomstmæssig mindsteløn.....	35
Spanien havde overtrådt 1. kontroldirektiv som følge af, at der i visse tilfælde ikke er mulighed for at klage over en tildelingsbeslutning før kontraktsindgåelsen. Spanien havde derimod ikke overtrådt direktivet ved en regel om, at ugyldige kontrakter kan opretholdes midlertidigt under visse betingelser.....	37
Italien havde overtrådt de tidligere indkøbsdirektiver ved en fast praksis om indkøb af helikoptere uden EU-udbud. En virksomhed, der er delvis privatejet, er aldrig in house i forhold til en offentlig ordregiver, heller ikke selvom den private ejerandel er en minoritetsandel	37
En ordregiver, der driver virksomhed under Forsyningsvirksomhedsdirektivet, er ikke omfattet af dette direktiv med hensyn til anden virksomhed. Et fjernvarmeselskab var et offentligt organ. Alle kontrakter, der indgås af et offentligt organ, er omfattet af udbudsdirektiverne, også kontrakter, der angår rent erhvervsmæssige aktiviteter.....	38
Traktatens grundlæggende regler gælder kun for kontrakter under tærskelværdien, hvis kontrakterne har en klar grænseoverskridende interesse. Der kan i den nationale lovgivning fastsættes kriterier herom	39
Udbyderens afvisning af et tilbud, fordi tilbuddet ikke opfyldte et krav i udbudsbetingelserne om et bestemt timetal, skulle ske under overholdelse af reglerne om unormalt lave bud, da disse regler omfatter alle underkriterier. Udbyderen frifundet for krav fra tilbudsgiver om erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da det ikke var bevist, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne, og da det tværtimod kunne lægges til grund, at tilbudsgiveren ikke ville have fået kontrakten	41
Væsentlige ændringer af en udbudspligtig aftale bevirker, at der foreligger en ny aftale med deraf følgende ny udbudspligt. En intern omstrukturering hos ordregiverens medkontrahent er ikke en væsentlig ændring, og det er i princippet heller ikke en væsentlig ændring, at en medkontrahent, der er en juridisk person, skifter ejerkreds. EU-retten indeholder på sit nuværende udviklingstrin ikke et forbud mod tidsbegrænsede aftaler om tjenesteydelser. En aftaleklausul om uopsigelighed i en kortere periode medfører ikke risiko for konkurrencefordrejning under forudsætning af, at den ikke systematisk genindsættes.....	43
Når en forbigået tilbudsgiver har anmodet om en begrundelse for tildelingsbeslutningen, er det ønskeligt, at udbyderen sender tilbudsgiveren evalueringsdokumentet, om nødvendigt med udeladelse af fortrolige oplysninger	44

Resuméer af afgørelser fra EF-domstolen og Retten i Første Instans 2006-2008

Annulation af beslutning om ikke at prækvalificere en tilbudsgiver som følge af, at udbyderen havde givet en urigtig og vildledende begrundelse for beslutningen	45
Italien havde overtrådt Indkøbsdirektivet ved at tillade offentlige ordregivere at indkøbe helikoptere til politi og brandvæsen uden EU-udbud.....	46
Begrundelsen for udbyderens annullation af et udbud skal i en klar og relevant form angive de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, der ligger til grund for annullationen, men begrundelsen kan være kortfattet og behøver ikke angive samtlige omstændigheder. Det var ikke i strid med udbudsreglerne, at udbyderens beslutning om annullation af udbuddet først blev truffet efter godt ½ år	46
In house-begrebets kontrolkriterium er opfyldt, hvis der ikke er privat deltagelse i den virksomhed, der er tale om, og hvis virksomhedens formål er at udøve opgaver af offentlig interesse. Dette gælder, selvom virksomhedens ledelse har selvstændige beføjelser, og beslutninger i virksomheden træffes ved stemmeflerhed blandt de offentlige myndigheder, der ejer virksomheden	47
Bygge- og anlægsdirektivets regler om udelukkelse er udtømmende, men er ikke til hinder for fastsættelse af yderligere nationale udelukkelsesgrunde til sikring af ligebehandling og gennemsigtighed under forudsætning af, at sådanne nationale regler ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dette formål. Nationale regler, der afskærer ejere mfl. af visse virksomheder fra at levere til det offentlige, går ud over det nødvendige, hvis reglerne ikke giver mulighed for i det enkelte tilfælde at godtgøre, at der ikke foreligger reel risiko for konkurrencefordrejning.....	49

Resuméer

EF-domstolens dom af 9. februar 2006, sager C-226/04 og C-228/04, Cascina og Zilch

Tjenesteydelsesdirektivets artikel 29 danner grænsen for, hvornår tjenesteydere kan udelukkes fra en udbudsprocedure, og medlemsstaterne kan fastsætte lempeligere regler. Det afhænger af national ret, hvornår tjenesteydere skal have opfyldt deres pligt til at betale socialt bidrag og skat, og om tjenesteydere kan opfylde denne pligt ved at indgå en afdragsordning eller ved at klage. National ret må dog ikke fuldstændig undlade at tillægge klage betydning

Det italienske forsvarsministerium iværksatte et begrænset udbud i henhold til Tjenesteydelsesdirektivet vedrørende kantinedrift. Efter at tilbuddene var indkommet, besluttede udbyderen at udelukke tre tilbudsgivere, alle italienske virksomheder, fordi disse tilbudsgivere var i restance med hensyn til betaling af pligtige sociale bidrag henholdsvis i skatterestance.

Efter Tjenesteydelsesdirektivets artikel 29 kan en tjenesteyder udelukkes fra en udbudsprocedure, hvis tjenesteyderen er under konkurs m.m., herunder hvis tjenesteyderen ikke har opfyldt sine forpligtelser til at betale sociale bidrag eller skatter, bestemmelsens litra e) og f).

Udelukkelsen af de tre tilbudsgivere skete med hjemmel i en italiensk lovbestemmelse. Denne lovbestemmelse svarer til Tjenesteydelsesdirektivets artikel 29 e) og f), dog således, at ordene »ikke har opfyldt sine forpligtelser« i den italienske lovbestemmelse er blevet til »ikke behørigt har opfyldt sine forpligtelser.«

De tre tilbudsgivere klagede til en italiensk forvaltningsdomstol og henviste over for forvaltningsdomstolen til, at de efterfølgende havde betalt de skyldige sociale bidrag henholdsvis havde fået skattenedsættelse og en afdragsordning for skat.

Den italienske forvaltningsdomstol stillede nogle spørgsmål til EF-domstolen, der udtalte (noget ombrudt og omformuleret, Klagenævnets litrering):

1) Ad et spørgsmål, der sigtede til, om den italienske lovbestemmelse var en rigtig gennemførelse af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 29 under hensyn til, at udtrykket »behørigt« i den italienske lovbestemmelse synes at lempe kravene til tjenesteyderne i forhold til artikel 29, litra e) og f):

Tjenesteydelsesdirektivets artikel 29 udgør grænsen for medlemsstaternes muligheder, således at medlemsstaterne ikke kan fastsætte andre udelukkelsesgrunde end dem, der er anført i artikel 29. Dette følger også af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Medlemsstaterne kan imidlertid undlade at fastsætte udelukkelsesgrunde som i artikel 29 og har således kompetence til at lempe kriterierne i artikel 29 eller gøre dem mere fleksible. Under alle omstændigheder er der ingen indholdsmæssig forskel mellem de to formuleringer. (Præmis 22-23 og 27.)

2) Ad spørgsmål, der sigtede til, hvornår forpligtelserne til at betale sociale bidrag og skatter skal være opfyldt:

Forholdet afhænger af national ret. Det beror således på national ret, om betalingerne skal være sket ved anmodningen om prækvalifikation,

ved tilbudsfristens udløb eller ved tildelingen af kontrakten. Som følge af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed skal det imidlertid på forhånd være gjort klart, hvad der gælder på dette punkt, enten i den nationale lovgivning eller af udbyderen i henhold til hjemmel i den nationale lovgivning. (Præmis 29-33.)

3) Ad spørgsmål, der sigtede til, om det er foreneligt med artikel 29 at give tjenesteydere i restance mulighed for at komme ud af restancen ved indgåelse af en afdragsordning ol.:

Forholdet afhænger af national ret. Det er således ikke uforeneligt med artikel 29 at anse tjenesteydere for at have opfyldt deres forpligtelser til betaling af sociale bidrag og skat ved indgåelse af en afdragsordning ol. (præmis 36).

4) Ad spørgsmål, der sigtede til, om det har betydning, at tjenesteyderen har klaget til de relevante klagemyndigheder over det pålæg af socialt bidrag eller skat, der er tale om:

Det afhænger af national ret, om en tjenesteyder skal anses for at have opfyldt sin forpligtelse til at betale et socialt bidrag eller en skat ved at klage til en relevant klagemyndighed (præmis 39). Det kan dog være i strid med tjenesteyderens grundlæggende rettigheder, hvis national ret slet ikke tillægger det betydning, at der er klaget (præmis 38).

Retten i Første Instans' dom af 14. februar 2006 i sager T-376/05 og T-383/05, TEA-CEGOS og STG mod Kommissionen

Kommissionen havde med rette afvist tilbud fra to tilbudsgivere, der tilhørte samme »juridiske gruppe«, da forholdet medførte risiko for konkurrencefordrejning og interessekonflikt

Dommen refereres kun i det omfang, den skønnes at have almen udbudsretlig interesse.

Dansk Center for Internationale Studier og Menneskerettigheder (DCISM) spiller en central rolle i denne sag. Dette center omfatter to institutter, dels Dansk Institut for Internationale Studier (DIIS), dels Institut for menneskerettigheder (IMR).

Sagen angik et udbud iværksat af Kommissionen vedrørende ydelse af teknisk bistand til udviklingslande.

I udbudsbekendtgørelsen var angivet, at virksomheder, der tilhørte samme juridiske gruppe¹, kun kunne indgive ét tilbud, og at tilbud fra flere virksomheder, der tilhørte samme juridiske gruppe, ikke ville blive taget i betragtning. Denne angivelse var en udmøntning af en regel i Finansforordningen, hvorefter tilbud fra tilbudsgivere, der befinder sig i en interessekonflikt, ikke må tages i betragtning.

Der indkom bl.a. tilbud fra et konsortium, der havde deltagelse af DIIS, og fra et andet konsortium, der havde deltagelse af IMR. Kommissionen afviste begge tilbud med henvisning til, at DIIS og IMR tilhørte samme juridiske gruppe. Sagen var anlagt af de to konsortier mod Kommissionen, og de to konsortier gjorde bl.a. gældende, at DIIS og IMR ikke tilhørte samme juridiske gruppe.

Fra Rettens udtalelser kan nævnes:

¹ I den franske version af dommen *groupement juridique*, i den engelske version *legal group*.

Begrebet samme juridiske gruppe er ikke defineret eller fastlagt i retspraksis (præmis 52). Ved sin vurdering af, om DIIS og IMR tilhørte samme juridiske gruppe, skulle Kommissionen derfor foretage en vurdering af, om DIIS og IMR var organisatorisk forbundet med DCISM, eller om der forelå andre forhold, der medførte risiko for interessekonflikter eller konkurrencefordrejning (præmis 53, der må skulle forstås således).

DIIS og IMR bliver begge administreret af DCISM, og nogle bestyrelsesmedlemmer i DCISM udpeges af DIIS og IMR. Der kunne således på højt niveau ske en udveksling af synspunkter mellem DIIS og IMR (præmis 57). DIIS og IMR tilhørte derfor samme juridiske gruppe, hvorfor der var risiko for konkurrencefordrejning og interessekonflikt mellem tilbudsgiverne, og hvorfor Kommissionen ikke havde udøvet et åbenbart urigtigt skøn ved at anse DIIS og IMR for at tilhøre samme juridiske gruppe (præmis 58).

Kommissionen blev herefter frifundet.

EF-domstolens dom af 11. maj 2006, sag C-340/04, Cabotermo og Consorzio Alisei

En ordregiver udøvede ikke samme kontrol med en virksomhed som med sine egne tjenestegrene, da virksomhedens og et mellemliggende holdingselskabs bestyrelser havde meget vidtgående beføjelser, og da holdingselskabets eksistens kunne svække kontrollen. En virksomhed udøver kun hovedparten af sine aktiviteter sammen den ordregiver, den ejes af, hvis andre aktiviteter har marginal betydning. Hvis virksomheden ejes af flere ordregivere, skal hovedparten af aktiviteterne udøves sammen med dem. Artikel 13 i det tidligere Forsyningsvirksomhedsdirektiv finder ikke anvendelse på Indkøbsdirektivet

En italiensk kommune, BA, stiftede i 1997 et holding-aktieselskab, AH. BA ejer 99,98 % af aktierne i AH, mens de øvrige aktier ejes af nogle andre kommuner. Af AH's vedtægter fremgår:

AH's formål er at udføre tjenesteydelser for det offentlige inden for forskellige områder, bl.a. vedrørende gas, vand, parkering og varmforsyning. Andre kommuner og private virksomheder m.m. kan erhverve aktier, men BA skal have aktiemajoriteten, og private aktionærer kan ikke eje mere end 10 % af aktiekapitalen hver. Bestyrelsen har »de mest vidtgående beføjelser..., herunder mulighed for at udføre alle de handlinger, som den finder nødvendige for at gennemføre og opnå selskabets formål, alene med undtagelse af de handlinger, som loven eller vedtægterne udtrykkeligt forholder generalforsamlingen«.

I 2000 stiftede AH et andet aktieselskab, A, i hvilket AH ejer alle aktier. Af A's vedtægter fremgår:

A's formål svarer til AH's formål, dog tilsyneladende sådan, at A kan operere inden for flere områder end omfattet af AH's formål (bl.a. fx vedrørende geoteknik og edb). Ingen aktionær med undtagelse af AH må eje mere end 10 % af aktierne i A. A's bestyrelse har »de mest vidtgående beføjelser, uden begrænsning, til at varetage selskabets ordinære og ekstraordinære drift«.

I september 2003 iværksatte BA et udbud, tilsyneladende i henhold til Indkøbsdirektivet 93/36, af leverance af brændsel og tjenesteydelser vedrørende varmeinstallationer.

EF-domstolen har i flere domme opstillet følgende betingelser for offentlige ordregiveres indgåelse af kontrakt uden EU-udbud med en eks-

tern juridisk person, således fx i domme af 18. november 1999, Teckal, og 11. januar 2005, Stadt Halle mfl.:

- a. Ordregiveren skal føre samme kontrol med leverandøren som med sin egne tjenestegrene, og
- b. Leverandøren skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de myndigheder, den ejes af.

Få dage før BA's iværksættelse af det omtalte udbud havde den højeste italienske forvaltningsdomstol (?), Consiglio di Stato, ved en dom statueret, at en myndighed kan indgå en aftale med en leverandør uden udbud, hvis myndigheden udøver en kontrol med leverandøren, som svarer til den kontrol, som den fører med sine egne tjenestegrene, og hvis leverandøren udfører hovedparten af sine aktiviteter sammen med den myndighed, som kontrollerer leverandøren. Dette var tydeligvis en udmøntning af EF-domstolens to omtalte betingelser. Det fremgår ikke, om der var tilsigtet nogen realitetsforskel med, at »ejes« i betingelse b. var blevet til »kontrollerer«.

På et tidspunkt blev BA øjensynlig opmærksom på Consiglio di Stato's dom. BA annullerede det igangværende EU-udbud og indgik i stedet kontrakt med A om de pågældende leverancer. Denne kontrakt blev således indgået uden udbud.

To virksomheder klagede til en forvaltningsdomstol herover, og forvaltningsdomstolen stillede følgende spørgsmål til EF-domstolen (Klagenævnets litrering, af forståelsesgrunde omformuleret og stærkt sammentrængt):

1) Kan der indgås kontrakt uden EU-udbud i en situation som den foreliggende?

2) Er EF-domstolens betingelse b. opfyldt, når den pågældende virksomhed har hovedparten af sin omsætning inden for området for den myndighed, som virksomheden ejes af?

3) Fandt artikel 13 i Forsyningsvirksomhedsdirektivet 93/38 anvendelse? (Denne bestemmelse gik ud på, at offentlige ordregivere under visse betingelser kunne indgå tjenesteydelsesaftaler uden udbud bl.a. med »tilknyttede« virksomheder.)

EF-domstolen udtalte (af forståelsesgrunde noget sammentrængt og omformuleret):

Ad 1): Ved bedømmelsen af, om en ordregivende myndighed udøver en kontrol med en leverandør svarende til kontrollen med sine egne tjenestegrene (betingelse a.) skal alle relevante omstændigheder tages i betragtning. Kontrollen skal gøre det muligt for ordregiveren at påvirke leverandørens beslutninger, og indflydelsen skal være bestemmende, præmis 36. AH's og A's bestyrelser har de mest vidtgående beføjelser, og BA's kontrol med de to selskaber svarer i det væsentlige til det råderum, som selskabsretten giver en flertalsaktionær, hvilket betydeligt begrænser BA's mulighed for at få indflydelse på selskabernes beslutninger, præmis 38. Hertil kommer, at BA's eventuelle indflydelse på A udøves gennem et holdingselskab, hvilket kan svække kontrollen, præmis 39. Under sådanne omstændigheder udøver ordregiveren ikke en kontrol svarende til kontrollen med ordregiverens egne tjenestegrene, præmis 40.

Ad 2):

Kravet om, at leverandøren skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den myndighed, den ejes af (betingelse b.), har til navnlig til formål at undgå konkurrencefordrejning, præmis 59. En virksomhed berøves nemlig ikke nødvendigvis sin handlefrihed, selvom den kontrolleres af den myndighed, den ejes af, hvis den stadig kan udøve en væsentlig del af sin aktivitet med andre aktører, præmis 61. En virksomhed udøver herefter kun hovedparten af sin virksomhed sammen med den ordregivende myndighed, den ejes af, hvis virksomhedens aktivitet hovedsagelig er bestemt for denne myndighed, således at enhver anden aktivitet kun har marginal karakter, præmis 63. Ved vurderingen af, om dette er tilfældet, skal der tages hensyn til alle omstændigheder. Den afgørende omsætning er den, som virksomheden opnår i kraft af tildelingsbeslutninger truffet af den ordregivende myndighed, og det er uden betydning, hvem der betaler til virksomheden, dvs. om det er den ordregivende myndighed eller de enkelte brugere, præmis 65-67.

Hvis virksomheden ejes af flere ordregivere, er den omhandlede betingelse opfyldt, hvis hovedparten af virksomhedens aktivitet udøves sammen med disse myndigheder («samtlige disse myndigheder»), og det kræves ikke, at hovedparten af aktiviteten udøves sammen med en enkelt af dem («ikke nødvendigvis sammen med den ene eller den anden af disse myndigheder»), præmis 71-72.

Ad 3): Artikel 13 i Forsyningsvirksomhedsdirektivet 93/38 er en undtagelsesbestemmelse, der skal fortolkes indskrænkende, og som ikke finder anvendelse på Indkøbsdirektivet 93/36. Dette resultat bestyrkes af, at det nugældende Forsyningsvirksomhedsdirektiv 2004/17 i artikel 23 indeholder en tilsvarende bestemmelse, men at det nugældende Udbudsdirektiv 2004/18 ikke gør det. (Præmis 55-56.)

EF-domstolen besvarede herefter de stillede spørgsmål i overensstemmelse med det anførte.

Retten i Første Instans' kendelse af 20. juli 2006 i sag T-114/06 R, Globe mod Kommissionen

Et sagsanlæg fra en forbigået tilbudsgiver tillagt opsættende virkning, da der forelå »fumus boni juris« og uopsættelighed, og da en interesseafvejning ikke kunne føre til andet resultat

Kommissionen iværksatte et offentligt udbud vedrørende en it-ydelse, der omfattede leverance af nogle printere og blækpatroner til printerne. Ved et rettelsesblad, der blev offentliggjort på Internettet 14 dage før tilbudsfristens udløb, blev antallet af de blækpatroner, der skulle leveres, nedskåret væsentligt i forhold til antalsangivelsen i de oprindelige udbudsbetingelser.

Tildelingskriteriet var laveste pris, Der indkom tilbud fra nogle tilbudsgivere. Tilbuddet fra en tilbudsgiver G havde laveste tilbudspris, mens tilbuddet fra en tilbudsgiver I havde næstlaveste tilbudspris.

Det fremgik af I's tilbud, at I havde beregnet tilbudsprisen på grundlag af angivelsen af antal blækpatroner i de oprindelige udbudsbetingelser, og at I øjensynligt ikke var opmærksom på, at antallet af blækpatroner var nedskåret i det omtalte rettelsesblad. Kommissionen gav derfor I lejlighed til at ændre sit tilbud til at angå antallet af blækpatroner i henhold til rettelsesbladet. I's tilbudspris var herefter den laveste, hvorfor Kommissionen besluttede at indgå kontrakt med I.

G anlagde derefter sagen ved Retten i Første Instans og påstod sagsanlægget tillagt opsættende virkning. Rettens kendelse af 20. juli 2006 angår alene spørgsmålet om opsættende virkning.

G gjorde forskellige anbringender gældende. Kendelsen beskæftigede sig kun med et enkelt af disse anbringender, nemlig at Kommissionen havde overtrådt udbudsreglerne 1) ved at give I lejlighed til at ændre sit tilbud som nævnt ovenfor og 2) ved at have taget I's tilbud i betragtning, selvom de af I tilbudte printere ikke kunne udskrive i det format og med den hastighed, der var krævet i udbudsbetingelserne.

Retten henviste til forskellige omstændigheder i sagen i relation til det nævnte anbringende fra G og udtalte herefter, at der var meget alvorlig tvivl med hensyn til, om Kommissionens tildelingsbeslutning var lovlig. Der forelå derfor »*fumus boni juris*»² (præmis 87). Der forelå endvidere uopsættelighed (præmis 140-141), ligesom en interesseafvejning ikke kunne falde ud til fordel for I eller Kommissionen (præmis 152 og 156).

G's sagsanlæg blev herefter tillagt opsættende virkning.

Retten synes ikke at have truffet realitetsafgørelse i sagen, hvilket vel kunne tyde på, at sagen er blevet forligt på grundlag af kendelsen af 20. juli 2006.

EF-domstolens dom af 18. januar 2007, sag C-220/05, Auroux mfl.

En kommunes indgåelse af kontrakt med en virksomhed om gennemførelse af et byplanprojekt var omfattet af Bygge- og anlægsdirektivet, da projektets hovedformål var at gennemføre bygge- og anlægsopgaver. Det var uden betydning, at virksomheden skulle lade bygge- og anlægsarbejderne udføre af entreprenører, og at virksomheden selv var omfattet af direktivets udbudspligt. Virksomheden var ikke in house, da den var et halvoffentligt selskab med private kapitalinteresser. Projektets værdi var dets samlede værdi. Udtrykket entreprenør i Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, a) sigter ikke til, at den ordregivende myndigheds kontraktspart selv skal være entreprenør

En fransk bykommune (Roanne kommune, beliggende ved Loire ca. 100 km NV for Lyon) ønskede at omdanne sit banegårdskvarter til turistområde. I henhold til den franske byplanlovgivning indgik kommunen i den anledning aftale med et selskab ved navn SEDL om, at SEDL skulle forestå etablering af et fritidscenter med biograf, hotel, butikslokaler og parkeringsplads m.m. i banegårdskvarteret. SEDL beskrives i dommen som et »halvoffentligt selskab«, og SEDL ejes tilsyneladende af nogle offentlige myndigheder og private virksomheder.

I henhold til aftalen mellem kommunen og SEDL skulle SEDL gennemføre projektet ved erhvervelse af ejendomme, tilsyneladende eventuelt ved ekspropriation, opførelse af nye ejendomme og anlæg af parkeringsplads og adgangsveje m.m. SEDL skulle sælge de nye ejendomme til tredjemand, medens parkeringspladsen og adgangsvejene m.m. skulle overgå til kommunen. SEDL skulle ikke selv udføre bygge- og anlægsarbejderne under projektet, men skulle lade udførelsen ske gennem entreprenører, og det fremgår, at SEDL's funktioner ved projektets gennemførelse skulle være af administrativ og planlægningsmæssig karakter. Den samlede udgift ved projektet var anslået til godt 14 mio. € Heraf skulle

² Dvs. »en røg af god ret«, altså sandsynlighed for, at sagsanlægget var berettiget.

Klagenævnet for Udbud

SEDL oppebære ca. 8 mio. € ved salgene af de nyopførte ejendomme til tredjemand, medens kommunen skulle betale resten til SEDL, dels som betaling for parkeringspladsen og adgangsvejene, dels som vederlag for SEDL's gennemførelse af projektet.

Kommunens aftale med SEDL blev indgået uden forudgående EU-udbud, men det var i aftalen fastsat, at SEDL skulle følge reglerne om udbud i den franske lov om offentlige aftaler. Det fremgår, at dette medførte pligt for SEDL til at foretage EU-udbud af bygge- og anlægsarbejder, der oversteg Bygge- og anlægsdirektivets tærskelværdi.

Nogle virksomheder anlagde sag mod kommunen ved en fransk forvaltningsdomstol og gjorde gældende, at kommunen skulle have foretaget EU-udbud af den aftale, som kommunen havde indgået med SEDL. Forvaltningsdomstolen stillede følgende spørgsmål til EF-domstolen (omformuleret af forståelsesgrunde):

Spørgsmål 1: Skal en aftale som aftalen mellem kommunen og SEDL anses for en offentlig bygge- og anlægskontrakt i henhold til Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, a)?

Dette spørgsmål sigtede til følgende: SEDL's funktioner ved projektet havde karakter af tjenesteydelser, der ikke er omfattet af Bygge- og anlægsdirektivet. Som følge af, at de nyopførte ejendomme skulle sælges til tredjemand, var det endvidere opfattelsen hos den franske regering, at der ikke var tale om et bygge- og anlægsarbejde til opfyldelse af kommunens behov, hvilket efter direktivets artikel 1, a) ville være en betingelse for udbudspligt.

Den polske regering, der afgav et indlæg i sagen, gjorde desuden gældende, at SEDL ikke var entreprenør, fordi bygge- og anlægsarbejderne under projektet skulle udføres af entreprenører antaget af SEDL, således at kommunens aftale med SEDL ikke var en aftale mellem en ordregivende myndighed og en entreprenør som krævet i artikel 1, a).

Spørgsmål 2: Hvorledes skal værdien af et sådant projekt i forhold til Bygge- og anlægsdirektivets tærskelværdi i givet fald beregnes?

Forvaltningsdomstolen nævnedes herved følgende muligheder for beregningen af værdien: 1) som svarende til kommunens betaling for parkeringspladsen og adgangsvejene, 2) som svarende til hele det beløb, som kommunen skulle betale til SEDL, 3) som svarende til projektets samlede værdi, dvs. hele det beløb, som kommunen skulle betale til SEDL, med tillæg af det beløb, som SEDL skulle oppebære ved salget af de nyopførte ejendomme.

Spørgsmål 3 (generelt formuleret): Fritog det under alle omstændigheder kommunen for udbudspligt i henhold til Bygge- og anlægsdirektivet, at SEDL selv skulle gennemføre udbud af de bygge- og anlægskontrakter, som SEDL indgik med entreprenører?

EF-domstolen udtalte (af forståelsesgrunde stærkt sammentrængt og til dels omformuleret):

Ad spørgsmål 1:

Når en kontrakt både angår bygge- og anlægsopgaver og andre opgaver, er kontraktens hovedformål afgørende (præmis 37). Hovedformålet med aftalen mellem kommunen og SEDL var gennemførelse af et bygge- og anlægsarbejde, og tjenesteydelselementerne i aftalen sigtede til at gennemføre hovedformålet (præmis 46). Endvidere var formålet med projektet at opfylde et behov hos kommunen (præmis 42). Det var uden betydning, at SEDL skulle lade bygge- og anlægsarbejderne udføre af un-

derentreprenører, da ordet »entreprenør« i Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, a) ikke sigter til, at den, som den ordregivende myndighed indgår kontrakt med, selv skal gennemføre den aftalte ydelse direkte (præmis 38).

EF-domstolen besvarede herefter spørgsmål 1 med, at aftalen mellem kommunen og SEDL var en offentlig bygge- og anlægskontrakt som omhandlet i Bygge- og anlægsdirektivets artikel 1, a).

Ad spørgsmål 2:

Projektets værdi i relation til Bygge- og anlægsdirektivets tærskelværdi var projektets samlede værdi, dvs. hele det beløb, som kommunen skulle betale til SEDL, med tillæg af det beløb, som SEDL ville få ved salg af de nyopførte ejendomme (præmis 54). Noget andet ville undergrave Bygge- og anlægsdirektivets formål (præmis 55), og tærskelværdien for koncessionskontrakter i direktivets artikel 3 omfatter netop også beløb, der indkommer fra tredjemand (præmis 56).

EF-domstolen besvarede herefter spørgsmål 2 med, at værdien af et projekt som det pågældende i relation til direktivets tærskelværdi er projektets samlede værdi.

Ad spørgsmål 3:

I modsætning til Tjenesteydelsesdirektivet indeholder Bygge- og anlægsdirektivet ikke en regel om, at kontrakter, som en ordregivende myndighed indgår med en anden ordregivende myndighed, er fritaget for udbudspligt (præmis 59-60). SEDL var ikke en »in house«- virksomhed i forhold til kommunen, da SEDL er et halvoffentligt selskab med private kapitalandele (præmis 64). Selvom SEDL havde udbudspligt i henhold til aftalen med kommunen, ville det endvidere åbne mulighed for omgåelse, hvis der ikke var udbudspligt for kommunen selv, idet værdien af de enkelte bygge- og anlægskontrakter, som SEDL skulle indgå med underentreprenører, kunne blive mindre end Bygge- og anlægsdirektivets tærskelværdi, således at disse bygge- og anlægskontrakter kunne indgås uden EU-udbud (præmis 67).

EF-domstolen besvarede herefter spørgsmål 3 med (generelt formulering), at det ikke fritog kommunen for udbudspligt, at SEDL selv havde udbudspligt.

Det bemærkes, at sagen muligvis havde fået et andet udfald, hvis den havde været omfattet af det nugældende udbudsdirektiv 2004/18, idet dette direktiv åbner mulighed for fritagelse for udbudspligt med hensyn til kontrakter, som ordregivende myndigheder indgår med indkøbscentraler, jf. artikel 1, stk. 10, og artikel 11. Hvis sagen skulle have været afgjort efter udbudsdirektivet 2004/18, og SEDL kunne karakteriseres som en indkøbscentral, skulle spørgsmål 3 derfor muligvis have været besvaret anderledes.

EF-domstolen kom ikke nærmere ind på disse spørgsmål, men konstaterede blot, at udbudsdirektivet 2004/18 ikke fandt anvendelse (præmis 61).

Retten i Første Instans dom af 18. april 2007 i sag T-195/05, Deloitte mod Kommissionen

Tilbud fra et konsortium vedrørende en evalueringsopgave afvist med rette, da konsortiets hoveddeltagere til dels selv udførte de opgaver, der skulle evalueres, og derfor befandt sig i en interessekonflikt. Udbyderens begrund-

Klagenævnet for Udbud

delse for afvisningen havde klart og utvetydigt angivet grunden til afvisningen. Udbyderen havde ikke haft pligt til at indhente supplerende oplysninger fra konsortiet

Kommissionen iværksatte et udbud om en tjenesteydelse, der gik ud på evaluering af Fællesskabets indsats vedrørende folkesundhed. Udbudsbetingelserne indeholdt nogle angivelser om, at tilbud fra tilbudsgivere, der befandt sig i en interessekonflikt, ikke ville blive taget i betragtning. Disse angivelser var en udmøntning af en bestemmelse i Finansforordningen om obligatorisk udelukkelse af tilbudsgivere m.m., der befinder sig i en interessekonflikt.

Kommissionen afviste tilbuddet fra et konsortium med den begrundelse, at konsortiets hoveddeltagere befandt sig i en interessekonflikt. Dette sigtede til, at konsortiets hoveddeltagere udførte opgaver for Fællesskabet vedrørende folkesundhed, således at der var risiko for, at konsortiets hoveddeltagere ville komme til at evaluere deres egen indsats, hvis konsortiet fik tildelt den udbudte kontrakt.

Konsortiet anlagde herefter sagen ved Retten i Første Instans under påberåbelse af forskellige anbringender. Af disse anbringender skønnes følgende at have almen udbudsretlig interesse:

1) Kommissionen havde ikke givet en fyldestgørende begrundelse for afvisningen af konsortiets tilbud,

2) Konsortiets deltagere befandt sig ikke i en interessekonflikt, og konsortiets tilbud var netop udformet med henblik på at undgå interessekonflikter,

3) Kommissionen burde før afvisningen af konsortiets tilbud have henvendt sig til konsortiet og anmodet om uddybende oplysninger.

Konsortiet fik ikke medhold, idet Retten tog stilling til anbringenderne således:

Ad 1: Kommissionens meddelelse om afvisning af konsortiets tilbud havde klart og utvetydigt angivet de betragtninger, som Kommissionen havde lagt til grund for afvisningsbeslutningen, således at konsortiet kunne forsvare sine rettigheder og Retten kunne udøve sin prøvelsesret (præmis 47).

Ad 2: Rettens udtalelser vedrørende dette anbringende kan ikke gengives kort. Fra udtalelserne kan nævnes:

For at et tilbud kan afvises med den begrundelse, at der foreligger en interessekonflikt, skal der foreligge en reel risiko for, at der vil opstå en interessekonflikt, og der skal foretages en konkret risikovurdering (præmis 67). Kommissionen havde imidlertid med rette fundet, at der forelå en interessekonflikt, der kunne skade konsortiets upartiske gennemførelse af opgaven (præmis 77).

Ad 3: Retten henviste til ordlyden af Gennemførelsesforordningens artikel 146, stk. 3, hvorefter en udbyder kan anmode tilbudsgiverne om supplerende dokumentation vedrørende udelukkelses- og udvælgelseskriterier (en tilsvarende regel er indeholdt i Udbudsdirektivets artikel 51), og udtalte, at bestemmelsen ikke kan forstås som en forpligtelse for udbyderen til at fremsætte en sådan anmodning (præmis 102).

Herefter, og da konsortiet heller ikke fik medhold i de anbringender, der ikke er refereret ovenfor, blev Kommissionen frifundet.

Retten havde i en kendelse af 20. september 2005 under sagsnummer T-195/05 R afslået en begæring fra konsortiet om opsættende virkning.

EF-domstolens dom 19. april 2007, sag C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (kaldet Asemfo eller Tragsa)

Et selskab, der ejes af den spanske stat med 96 % og af nogle spanske regioner med 4 %, er in house i forhold til både staten og de pågældende regioner. En virksomhed, der ejes af flere offentlige myndigheder, er in house i forhold til alle disse, hvis virksomheden udøver hovedparten af sine opgaver for dem, og det kræves ikke, at virksomheden udøver hovedparten af opgaverne for en enkelt af dem

Denne dom angår spørgsmålet, om den spanske stats og nogle spanske regioners overladelse af opgaver til en virksomhed ved navn Tragsa er i overensstemmelse med EU-retten.

Tragsa er et aktieselskab, der er oprettet ved lov. Den spanske stat ejer 96 % af aktierne. De selvstyrende spanske regioner kan med statens godkendelse erhverve aktier i Tragsa, og 4 regioner ejer i henhold hertil hver 1 % af aktierne. Tragsa's formål er at udøve rådgivnings- og anlægsvirksomhed vedrørende landbrug og skovdrift og at medvirke til udvikling af landdistrikter og at udføre katastrofebekæmpelse m.m. Opgaverne udføres efter rekvisition fra staten eller regionerne, og Tragsa har pligt til at udføre de rekvirerede opgaver. Tragsa får betaling for udførelsen af opgaverne i henhold til takster, der er fastsat af staten.

EF-domstolen beskæftigede sig med Tragsa i en dom af 8. maj 2003 i sag C-349/97. Den pågældende sag angik spørgsmålet, om Spanien havde foretaget en korrekt afregning af landbrugsstøtte, og det fremgik, at Tragsa havde udført tjenesteydelser i forbindelse afregningen. I præmisserne 204-206 i dommen af 8. maj 2003 udtalte EF-domstolen med henvisning til sin praksis vedrørende »in house«-spørgsmålet, at Tragsa var et instrument for staten og regionerne, og at de spanske myndigheder derfor havde været berettiget til at tildele Tragsa de pågældende opgaver uden forudgående udbud.

Den her resumerede dom angik en klage fra en spansk virksomhed til et spansk klageorgan. Klageren gjorde gældende, at Tragsa misbrugte sin dominerende stilling på det spanske marked, og at den retlige ordning for Tragsa var uforenelig med fællesskabsrettens regler om udbud.

Efter at sagen havde passeret forskellige retsinstanser, stillede den øverste instans, Tribunal Supremo, følgende spørgsmål til EF-domstolen (af overskuelighedsgrunde gengivet sammentrængt og omformuleret):

Spørgsmål 1): Er Tragsa's virksomhed i strid med i Traktatens artikel 86, stk. 1 EF?

(Denne regel går kort gengivet ud på et forbud mod, at offentlige virksomheder m.m. misbruger en dominerende stilling eller udøver national diskrimination).

Spørgsmål 2): Er de spanske myndigheders overladelse af opgaver til Tragsa uden forudgående udbud i strid med udbudsdirektiverne?

Spørgsmål 3): Står EF-domstolens udtalelser om Tragsa i dommen af 8. maj 2003 ved magt?

EF-domstolen besvarede spørgsmålene således (noget omformuleret):

Ad spørgsmål 1):

EF-domstolen havde ikke tilstrækkelige oplysninger til at kunne besvare dette spørgsmål, præmis 44.

Ad spørgsmål 2):

EF-domstolen henviste til sin praksis, hvorefter følgende to betingelser skal være opfyldt, for at en virksomhed kan anses for »in house« i forhold til en ordregivende myndighed med den konsekvens, at den ordregivende myndighed kan overlade virksomheden opgaver uden forudgående EU-udbud: a. Den ordregivende myndighed skal udøve samme kontrol med virksomheden som med sine egne tjenestegrene, og b. virksomheden skal udføre hovedparten af sine opgaver sammen med den eller de myndigheder, den ejes af (præmis 55). De to betingelser benævnes i det følgende henholdsvis *kontrolkriteriet* og *virksomhedskriteriet*.

Vedrørende kontrolkriteriet henviste EF-domstolen til, at når en ordregivende myndighed ejer en virksomhed alene eller sammen med andre offentlige myndigheder, peger dette i retning af, at den ordregivende myndighed udøver samme kontrol med virksomheden som med sine egne tjenestegrene. EF-domstolen henviste endvidere til, at Tragsa havde pligt til at udføre rekvirerede opgaver og ikke frit kunne fastsætte takster herfor, således at Tragsa's forhold til regionerne ikke var af kontraktmæssig karakter. (Præmis 57-60).

Vedrørende virksomhedskriteriet henviste EF-domstolen til, at Tragsa efter sagens oplysninger udfører over 55 % af sin virksomhed for regionerne og ca. 35 % for staten. EF-domstolen henviste videre til, at i tilfælde, hvor en virksomhed ejes af flere myndigheder, er virksomhedskriteriet efter domstolens praksis opfyldt, hvis virksomheden udfører hovedparten af sine opgaver for disse myndigheder, således at det ikke kræves, at hovedparten af opgaverne udføres for en enkelt af dem. (Præmis 62-65).

De spanske myndigheders overladelse af opgaver til Tragsa uden forudgående EU-udbud var herefter ikke i strid med udbudsdirektiverne (præmis 65).

Ad spørgsmål 3:

Som følge af besvarelsen af spørgsmål 2 var det uforholdsmæssigt at besvare spørgsmål 3 (præmis 66).

Henvisningen ad spørgsmål 2 til, at Tragsa's forhold til regionerne ikke var af kontraktmæssig karakter, synes at sigte til det almindelige princip, hvorefter udbudsdirektiverne kun omfatter gensidigt bebyrdende aftaler, se fx artikel 1, stk. 2, a, i udbudsdirektivet af 2004. Forholdet synes dog ikke at have spillet nogen selvstændig rolle for afgørelsen.

Det fremgår ikke, hvem de sidste ca. 10 % af Tragsa's opgaver udføres for.

EF-domstolens dom af 14. juni 2007, sag C-6/05, Medipac-Kazantzakis
Indkøbsdirektivet gælder ikke for udbud under tærskelværdien, men principperne om ligebehandling og gennemsigtighed gælder for sådanne udbud. Det var i strid med disse principper, at en fremgangsmåde i henhold til direktivet om medicinsk udstyr ikke var blevet fulgt

Sagen angik et offentligt udbud af indkøb af kirurgiske suturartikler, iværksat af et græsk sygehus, der var offentlig ordregiver. Udbuddets værdi var under tærskelværdien i det dagældende indkøbsdirektiv (direktiv 93/36), men det synes at fremgå, at udbuddet desuagtet blev foretaget i henhold til dette direktiv. Tildelingskriteriet var tilsyneladende laveste bud.

De udbudte suturartikler var omfattet af direktiv 93/42 om medicinsk udstyr. Dette direktiv går i hovedtræk ud på at etablere en EF-mærkning,

således at medlemsstaterne ikke må hindre markedsføring og ibrugtagning af medicinsk udstyr, der er forsynet med EF-mærkningen. En medlemsstat kan dog under visse betingelser forbyde markedsføring og brug af sådant udstyr, men skal i så fald følge en nærmere angivet fremgangsmåde.

Der indkom tilbud fra et antal tilbudsgivere. Udbyderen afviste tilbudet fra en af tilbudsgiverne, M, med den begrundelse, at de tilbudte suturartikler ikke var i overensstemmelse med udbuddets tekniske specifikationer. Dette sigtede til, at M's suturartikler efter udbyderens opfattelse ikke havde tilstrækkelig kvalitet, uanset at de var EF-mærkede.

M klagede til den øverste græske forvaltningsdomstol, og forvaltningsdomstolen stillede EF-domstolen nogle spørgsmål, der sigtede til, om udbyderens fremgangsmåde havde været berettiget. I det første spørgsmål, der var det centrale, henvistes til Indkøbsdirektivet.

Østrig gjorde for EF-domstolen gældende, at sagen skulle afvises, fordi forvaltningsdomstolens spørgsmål angik Indkøbsdirektivet, selvom udbuddet ikke var omfattet af dette direktiv.

EF-domstolen udtalte:

Indkøbsdirektivet gælder udelukkende for udbud, hvis værdi mindst svarer til direktivets tærskelværdi. Ordregivende myndigheder skal imidlertid overholde fællesskabsrettens almindelige principper, såsom principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, og EF-domstolen kan i sit svar på præjudicielle spørgsmål inddrage fællesskabsretlige regler, som den nationale domstol ikke har henvist til. Sagen skulle derfor antages til realitetsbehandling. (Præmis 30, 33-34 og 36.)

EF-domstolen tog herefter stilling til forvaltningsdomstolens spørgsmål og udtalte herunder bl.a., det var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, at fremgangsmåden i henhold til direktivet om medicinsk udstyr ikke var blevet fulgt (præmis 55).

EF-domstolens dom af 18. juli 2007, sag C-382/05, Kommissionen mod Italien

Om en aftale om tjenesteydelser skal anses for en tjenesteydelseskoncession, således at der ikke er pligt til EU-udbud, er et fællesskabsretligt spørgsmål, og national rets forståelse af koncessionsbegrebet er uden betydning. Definition af tjenesteydelseskoncessioner. Nogle aftaler om tjenesteydelser var ikke tjenesteydelseskoncessioner og skulle derfor have været udbudt

En italiensk offentlig ordregiver indgik aftaler med nogle virksomheder om genanvendelse af affald. Der var foretaget annoncering i EF-Tidende i form af en forhåndsmeddelelse, ligesom der havde været annonceret i en regional publikation, men der var ikke gennemført EU-udbud. Sagen var anlagt af Kommissionen mod Italien med påstand om, at EF-domstolen skulle konstatere, at undladelsen af at iværksætte EU-udbud var en overtrædelse af Tjenesteydelsesdirektivet, dvs. direktiv 92/50, der var gældende ved aftalernes indgåelse.

Italien påstod frifindelse under anbringende af, at der var tale om koncessioner, der ikke var omfattet af Tjenesteydelsesdirektivet.

(Det ligger fast, at Tjenesteydelsesdirektivet ikke omfattede koncessioner. Koncessioner vedrørende tjenesteydelser er heller ikke omfattet af det nugældende Udbudsdirektiv 2004/18, jf. artikel 17 i dette direktiv.)

Som begrundelse for anbringendet om, at der var tale om koncessioner, henviste Italien til følgende, der tilsyneladende havde sammenhæng med koncessionsbegrebets forståelse i italiensk ret: a) der var tale om tjenesteydelser af almindelig interesse, hvis kontinuitet tjenesteyderne havde pligt til at sikre, b) tjenesteydelserne præsteredes direkte til de pågældende indbyggere, som betalte for dem i form af betaling til vedkommende kommune, der derefter formidlede betalingen til tjenesteyderne, c) tjenesteyderne havde indtægt ved salg af energi produceret ved genanvendelsen af affaldet, d) tjenesteydernes fortjeneste var usikker som følge af aftalernes lange løbetid (20 år) og som følge af, at en del af fortjenesten hidrørte fra salget af den producerede energi, og e) organiseringen og driften af affaldsgenanvendelsen påhvilede alene tjenesteyderne, således at myndighederne kun havde en kontrolfunktion.

Kommissionen fik medhold. EF-domstolen udtalte (temmelig sammentrængt):

Spørgsmålet, om de omhandlede aftaler skulle anses for koncessioner, således at de ikke var omfattet af Tjenesteydelsesdirektivet, skulle udelukkende vurderes efter fællesskabsretten, og det var uden betydning, hvorledes aftalerne skulle karakteriseres efter italiensk ret (præmis 30-31).

En tjenesteydelsesaftale i Tjenesteydelsesdirektivets forstand indebærer en modydelse, der betales direkte af den ordregivende myndighed (præmis 33).

Der er derimod tale om en tjenesteydelseskoncession, når den aftalte godtgørelsesform består i tjenesteyderens ret til at udnytte sin egen ydelse, således at tjenesteyderen har risikoen ved driften af tjenesteydelserne. Disse betingelser var ikke opfyldt med hensyn til de tjenesteydelser, som sagen angik, idet tjenesteydernes godtgørelse i det væsentlige bestod i betaling fra det offentlige og ikke i retten til at udnytte tjenesteydelserne, og idet aftalerne om tjenesteydelserne indeholdt nærmere angivne bestemmelser med henblik på at sikre tjenesteyderne økonomisk. De pågældende aftaler var derfor tjenesteydelsesaftaler omfattet af Tjenesteydelsesdirektivet og var ikke koncessioner. Der skulle således have været iværksat EU-udbud (præmis 34-37).

EF-domstolen tog i præmis 38-44 afstand fra Italiens begrundelse for anbringendet om, at der var tale om koncessioner.

EF-domstolen henviste til flere af sine tidligere domme, bl.a. dom af 18. oktober 2005 i sag C-458/03, Parking Brixen, der indeholder en definition af begrebet tjenesteydelseskoncessioner svarende til definitionen i den her resumerede dom.

EF-domstolens dom af 18. juli 2007, sag C-399/05, Kommissionen mod Grækenland

Antagelse af tilbud i strid med udvælgelseskriterier angår ligebehandlingsprincippet, ikke gennemsigthedsprincippet. Det generelle ligebehandlingsprincip ikke har selvstændig betydning ved siden af en direktivregel, der udmønter princippet. I øvrigt konkret afgørelse

Sagen angik et udbud i henhold til Forsyningsvirksomhedsdirektiv 93/38 vedrørende projektering, opførelse, idriftsættelse og vedligeholdelse af et kraftvarmeværk. Udbuddet var foretaget af en græsk offentlig ordregiver, øjensynligt som udbud efter forhandling. Der indkom tilbud fra

nogle tilbudsgivere, hvorefter udbyderen besluttede at indgå kontrakt med en af tilbudsgiverne.

Sagen var anlagt af Kommissionen mod Grækenland på baggrund af en klage fra en virksomhed, der havde afstået fra at give tilbud. Kommissionens påstand gik ud på, at der var sket overtrædelse af forbuddet mod forskelsbehandling i direktivets artikel 4, stk. 2, samt af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, fordi

1) et af tilbuddene var taget i betragtning, selvom tilbudsgiveren ikke opfyldte de fastsatte udvælgelseskriterier, og fordi

2) et andet tilbud var taget i betragtning, selvom vedligeholdelsen af en gasturbine, der var et led i projektet, ifølge tilbuddet skulle udføres af tilbudsgiveren selv, hvorimod det efter Kommissionens opfattelse fulgte af udvælgelseskriterierne, at den pågældende vedligeholdelse skulle udføres af leverandøren af gasturbinen.

Kommissionen fik ikke medhold.

Vedrørende punkt 1) fastslog EF-domstolen ud fra en fortolkning af udvælgelseskriterierne, at tilbudsgiveren opfyldte udvælgelseskriterierne.

Vedrørende punkt 2) henviste EF-domstolen bl.a. til, at udvælgelseskriterierne måtte forstås sådan, at vedligeholdelsen af gasturbinen ikke nødvendigvis skulle udføres af leverandøren af turbinen.

EF-domstolen udtalte endvidere, at en udbyders antagelse af et tilbud i strid med de fastsatte udvælgelseskriterier vedrører ligebehandlingsprincippet og ikke gennemsigtighedsprincippet, og (noget omformuleret) at det generelle ligebehandlingsprincip ikke har selvstændig betydning inden for et direktivs område, hvis en regel i direktivet er en udmøntning af princippet.

EF-domstolens dom af 18. juli 2007, sag C-503/04, Kommissionen mod Tyskland

Ved ikke at foranledige ophævelse af en 30-årig kontrakt indgået i strid med Tjenesteydelsesdirektivet havde Tyskland tilsidesat sin forpligtelse efter traktatens artikel 228 til at efterkomme en tidligere dom fra EF-domstolen, ved hvilken kontraktens strid med direktivet var konstateret

Ved dom af 10. april 2003 i sagerne C-20/01 og C-28/01, Kommissionen mod Tyskland, fastslog EF-domstolen, at Tyskland havde overtrådt Tjenesteydelsesdirektivet ved, at to kommuner i delstaten Niedersachsen havde foretaget følgende:

1) Bockhorn Kommune havde indgået en kontrakt om bortledning af spildevand uden forudgående EU-udbud.

2) Braunschweig Kommune havde indgået en kontrakt om bortskaffelse af dagrenovation på grundlag af et udbud efter forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse.

Efter dommen spurgte Kommissionen Tyskland, hvilke foranstaltninger Tyskland havde iværksat for at efterkomme dommen. Tyskland svarede, at den tyske forbundsregering i et brev af 23. december 2003 havde indskærpet over for delstaten, at udbudsreglerne skulle overholdes nøje. Tyskland henviste desuden til, at fællesskabsretten efter Tysklands opfattelse ikke førte til krav om ophævelse af de omtalte kontrakter. I en begrundet udtalelse fastsatte Kommissionen herefter en frist med udløb den 1. juni 2004 til Tysklands opfyldelse af dommen.

Da Tyskland efter Kommissionens opfattelse ikke havde opfyldt dommen ved fristens udløb, anlagde Kommissionen en ny sag mod Tyskland ved EF-domstolen med påstand om, at det skulle fastslås, at Tyskland havde overtrådt traktatens artikel 228 EF ved ikke at have truffet de foranstaltninger, der fulgte af dommen af 10. april 2003, og med påstand om, at der skulle pålægges Tyskland tvangsbøder.

(Artikel 228 EF går ud på, at hvis EF-domstolen fastslår, at en medlemsstat ikke har opfyldt en forpligtelse, skal medlemsstaten træffe de nødvendige foranstaltninger til forpligtelsens opfyldelse, og EF-domstolen kan pålægge medlemsstaten tvangsbøder.)

Under sagens forberedelse oplyste Tyskland, at Bockhorn Kommunes kontrakt om bortledning af spildevand ville blive ophævet. Kommissionen frafaldt påstanden vedrørende Bockhorn Kommune, og Bockhorn Kommunes kontrakt blev ophævet.

Sagen angik herefter kun Braunschweig Kommunes kontrakt om bortskaffelse af dagrenovation. Denne kontrakt var indgået for 30 år. Også denne kontrakt blev ophævet under sagens forberedelse. Kommissionen frafaldt herefter påstanden om tvangsbøder, men fastholdt påstanden om, at det skulle fastslås, at Tyskland ikke havde truffet de nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af dommen af 10. april 2003 med hensyn til Braunschweig Kommune. Sagen drejede sig herefter alene om dette spørgsmål.

Tyskland fremsatte nogle formelle indsigelser, herunder at sagsgenstanden var bortfaldet som følge af ophævelsen af Braunschweig Kommunes kontrakt, men fik ikke medhold i disse indsigelser (præmis 13-24).

Med hensyn til sagens realitet gjorde Tyskland følgende indsigelser gældende (til dels sammentrængt gengivet):

a. Tysklands indskærpelse over for delstaten i brevet af 23. december 2003 af, at udbudsreglerne skulle overholdes nøje, var tilstrækkelige foranstaltninger til opfyldelse af dommen af 10. april 2003.

b., støttet af Finland, Frankrig og Holland: Artikel 2, stk. 6, 2. pkt., i 1. kontroldirektiv medfører, at der ikke er pligt til at ophæve en indgået kontrakt. Til støtte herfor henviste Tyskland til principperne om retssikkerhed, beskyttelse af berettigede forventninger og aftalers bindende virkning. Tyskland henviste desuden til traktatens artikel 295 EF, hvorefter medlemsstaternes ejendomsretlige ordninger ikke berøres af traktaten, samt til EF-domstolens praksis om en doms tidsmæssige virkninger.

(Artikel 2, stk. 6, 2. pkt., i 1. kontroldirektiv går kort gengivet ud på, at medlemsstaterne kan begrænse klageorganernes beføjelser til at pålægge ordregiverne at betale erstatning.)

Tyskland fik heller ikke medhold vedrørende sagens realitet.

Ad indsigelse a. henviste EF-domstolen til følgende: Tysklands indskærpelse over for delstaten havde alene til formål at forhindre nye overtrædelser, men havde ikke forhindret virkningen af Braunschweig Kommunes kontrakt. Endvidere kunne traktatbruddet i henhold til denne kontrakt være fortsat i årtier, da kontrakten var indgået for 30 år. I en situation som den foreliggende havde Tyskland herefter ikke foretaget de nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af dommen af 10. april 2003 (præmis 28-31).

Ad indsigelse b. udtalte EF-domstolen (noget sammentrængt):

Artikel 2, stk. 6, 2. pkt., i 1. kontroldirektiv har ikke betydning for anvendelsen af traktatens artikel 228 EF og ville i modsat fald indskrænke rækkevidden af traktatbestemmelserne om det indre marked (præmis 34). Som følge af sin særegne beskaffenhed regulerer bestemmelsen endvidere ikke forholdet mellem en medlemsstat og fællesskabet (præmis 35).

Selvom en ordregivende myndigheds medkontrahent muligvis kan påberåbe sig principperne om retssikkerhed etc., kan en medlemsstat ikke påberåbe sig dem som begrundelse for ikke at opfylde en dom, der har fastslået et traktatbrud (præmis 36).

Traktatens artikel 295 EF fører ikke til, at medlemsstaternes ejendomsretlige ordninger ikke er omfattet af traktatens grundlæggende principper. Særegenheder i en medlemsstats ejendomsretlige ordning kan ikke begrunde en krænkelse af den frie udveksling af tjenesteydelser, og en medlemsstat kan ikke påberåbe sig sin nationale retsorden til støtte for ikke at overholde fællesskabsretlige forpligtelser (præmis 37-38).

Domstolens praksis om en doms tidsmæssige virkninger kan ikke begrunde manglende opfyldelse af en dom, der har fastslået et traktatbrud (præmis 39).

EF-domstolen fastslog herefter, at Tyskland ikke ved udløbet af fristen i Kommissionens begrundede udtalelse havde truffet de nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af dommen af 10. april 2003 med hensyn til Braunschweig Kommunes kontrakt om bortskaffelse af dagrenovation.

EF-domstolens kendelse 4. oktober 2007, sag C-492/06, Conzorzio Elisoccorso San Raffaele

Første kontroldirektiv er ikke er til hinder for, at national ret tillægger deltagere i tilbudsgivende konsortier klageadgang

Ved denne kendelse blev følgende fastslået: Første kontroldirektiv er ikke er til hinder for, at national ret tillægger deltagere i tilbudsgivende konsortier klageadgang.

Refereres i øvrigt ikke, da resultatet forekommer oplagt. Også EF-domstolen anså resultatet for oplagt og afgjorde derfor sagen ved kendelse, jf. præmis 18.

EF-domstolens dom af 11. oktober 2007, sag C-237/05, Kommissionen mod Grækenland

Sag om hævdet traktatbrud som følge af manglende EU-udbud afvist, da de pågældende kontrakter havde udtømt deres virkninger før udløbet af fristen i Kommissionens begrundede udtalelse, og da det ikke lå tilstrækkelig klart, at der senere var indgået nye tilsvarende aftaler

I 2001 indgik det græske landbrugsministerium en aftale med de græske landboforeningers forbund om administrationen af EU's landbrugsstøtteordning for året 2001. Aftalen gik ud på, de lokale landboforeninger skulle yde landmændene bistand ved udfyldelse af ansøgningskemaer m.m., og at der skulle indgås aftaler herom mellem de enkelte lokale landboforeninger og den stedlige præfekt. Sådanne lokale aftaler blev indgået, og landboforeningernes forbunds rolle i sammenhængen var at koordinere deres indgåelse.

Sagen var anlagt af Kommissionen mod Grækenland med påstand om, at det skulle konstateres, at Grækenland havde overtrådt Tjenesteydelses-

direktivet ved, at aftalerne mellem de lokale landboforeninger og præfekterne var indgået uden forudgående EU-udbud.

EF-domstolen afviste sagen med henvisning til følgende (stærkt sammentrængt):

Aftalen mellem landbrugsministeriet og landboforeningernes forbund og aftalerne mellem de lokale landboforeninger og præfekterne angik kun 2001 og havde udtømt deres virkninger før udløbet af den frist, der var fastsat i Kommissionens begrundede udtalelse, dvs. 19. februar 2004. Det fulgte heraf af EF-domstolens praksis, at sagen skulle afvises. Således som sagen var oplyst, havde Kommissionen endvidere ikke med tilstrækkelig klarhed kunnet vise rigtigheden af et anbringende om, at det hævdede traktatbrud var fortsat i årene efter 2001.

EF-domstolens dom af 11. oktober 2007, sag C-241/06, Lämmerzahl

En national regel om klagefrist må ikke anvendes sådan, at den i det konkrete tilfælde gør en klage praktisk umulig eller uforholdsmæssig vanskelig. National ret skal fortolkes i overensstemmelse med første kontrol-direktivs formål, og er en sådan fortolkning ikke mulig, skal den nationale domstol forkaste nationale bestemmelser i strid med direktivet

En tysk kommune iværksatte et offentligt udbud af anskaffelse af standardsoftware til brug for socialrådgivning m.m. Udbuddet blev ikke foretaget som EU-udbud. Det blev ikke ved udbuddet oplyst, hvor mange softwarelicenser udbuddet omfattede, og udbyderen svarede undvigende og uklart på et spørgsmål herom fra en potentiel tilbudsgiver, L. Det fremgår imidlertid, at udbuddets værdi oversteg tærskelværdierne både for indkøb og tjenesteydelser.

L afgav tilbud, men udbyderen besluttede at tildele en anden tilbudsgiver kontrakten med den begrundelse, at den anden tilbudsgivers tilbud var det økonomisk mest fordelagtige.

L klagede derefter til et klageorgan, Vergabekammer, og gjorde gældende dels, at der skulle have været foretaget EU-udbud som følge af, at udbuddets værdi oversteg tærskelværdien, dels at kommunen havde begået fejl ved tilbudsvurderingen.

Vergabekammer afviste klagen med den begrundelse, at den var indgivet for sent. Dette sigtede til en bestemmelse i den tyske lovgivning om offentlige kontrakter, hvorefter en klage over et forhold, der fremgår af en udbudsbekendtgørelse, skal indgives til den ordregivende myndighed inden udløbet af fristen for afgivelse af tilbud eller indgivelse af ansøgning om prækvalifikation. Da L ikke havde klaget til kommunen inden tilbudsfristens udløb, medførte denne bestemmelse efter Vergabekammerets opfattelse, at L var afskåret fra at klage både over, at der ikke var foretaget EU-udbud, og over kommunens tilbudsvurdering.

L indbragte sagen for en højere instans, Oberlandesgericht, og begærede opsættende virkning, men Oberlandesgericht afslog at tillægge klagen opsættende virkning. Som begrundelse herfor tilsluttede Oberlandesgericht sig Vergabekammerets synspunkt om, at L som følge af den omhandlede bestemmelse i den tyske lovgivning var afskåret fra at klage både over det manglende EU-udbud og over tilbudsvurderingen.

Senere kom Oberlandesgericht øjensynlig i tvivl med hensyn til, om afskæringen af L's klageadgang var i overensstemmelse med første kontroldirektiv, og Oberlandesgericht forelagde derfor sagen for EF-domstolen, der udtalte (stærkt sammentrængt, Klagenævnets litrering):

1) Sagen var omfattet af det dagældende indkøbsdirektiv, direktiv 93/36, og ifølge § 9, stk. 4, i dette direktiv skulle kontraktens samlede mængde og omfang angives i udbudsbekendtgørelsen. Undladelse af en sådan angivelse skal i medfør af første kontroldirektiv kunne gøres til genstand for en klage. (Præmis 38-44. Den tilsvarende bestemmelse er i dag Udbudsdirektivets artikel 36, stk. 1).

2) Første kontroldirektiv er ikke til hinder for, at der i national ret fastsættes klagefrister, men sådanne klagefrister må ikke gøre det praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der kan udledes af fællesskabsretten (præmis 50-52). Hvis en udbudsbekendtgørelse mangler oplysning om kontraktens samlede værdi, og udbyderen svarer undvigende på en potentiel tilbudsgivers spørgsmål herom, vil en regel som den omhandlede tyske regel gøre det uforholdsmæssigt vanskeligt for den potentielle tilbudsgiver at udøve sine rettigheder i henhold til fællesskabsretten. Selvom den tyske regel i princippet er forenelig med fællesskabsretten, var dens anvendelse i det foreliggende tilfælde derfor i strid med det effektivitetsprincip, der følger af første kontroldirektiv (præmis 53-57).

3) Den omhandlede tyske regel kan efter sit indhold kun finde anvendelse på forhold, der kan konstateres før udløbet af fristen for afgivelse af tilbud eller ansøgning om prækvalifikation, men kan derimod ikke finde anvendelse på forhold, som først opstår senere. Oberlandesgericht havde imidlertid anvendt reglen således, at den fandt anvendelse på alle udbyderens beslutninger under udbuddet, hvilket var i strid med første kontroldirektiv. Den nationale ret skal fortolke den nationale ret i overensstemmelse med formålet i første kontroldirektiv, og er en sådan fortolkning ikke mulig, skal den nationale ret forkaste nationale bestemmelser i strid med direktivet. (Præmis 68-63).

EF-domstolen besvarede herefter nogle spørgsmål fra Oberlandesgericht i overensstemmelse med det anførte.

EF-domstolens dom af 13. november 2007, sag C-507/03, Kommissionen mod Irland

Den irske stat kunne overlade udførelse af en bilag I B-tjenesteydelse til det irske postvæsen uden forudgående offentliggørelse, da der ikke var ført bevis for noget grænseoverskridende element

Den irske regering indgik en kontrakt med det irske postvæsen, der har betegnelsen »An Post«, om, at modtagere af sociale ydelser kunne hæve ydelserne på posthusene.

(Det bemærkes, at »An Post« betyder »Postvæsnat«. Ordet »An« synes at være gælisk).

Sagen var anlagt af Kommissionen med påstand om, at det skulle konstateres, at Irland havde overtrådt reglerne i traktatens artikel 43 EF og 49 EF om henholdsvis den frie etableringsret og den frie udveksling af tjenesteydelser samt principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at have indgået kontrakten uden en forudgående offentliggørelse.

EF-domstolen udtalte (noget sammentrængt):

Der var tale om en tjenesteydelse, som var omfattet af bilag I B i det dagældende tjenesteydelsesdirektiv 92/50 (nu bilag II B i udbudsdirektivet af 2004). Sådanne tjenesteydelser er ikke omfattet af udbudsligten, fordi de ikke umiddelbart frembyder nogen grænseoverskridende

interesse. Fællesskabsrettens grundlæggende principper, herunder principperne om fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, gælder ganske vist for indgåelse af offentlige kontrakter om sådanne tjenesteydelser, såfremt sådanne kontrakter alligevel frembyder en grænseoverskridende interesse, ligesom der kan blive tale om forskelsbehandling, hvis der ikke er gennemsigtighed (præmis 25-31). Det påhvilede imidlertid Kommissionen at bevise, at den omhandlede kontrakt havde haft en vis interesse for en virksomhed i en anden medlemsstat, og at denne virksomhed var blevet afskåret fra at tilkendegive sin interesse før kontrakten, fordi den ikke havde haft adgang til passende information for tildelingen af kontrakten. Et sådant bevis var ikke ført, og Kommissionen kunne ikke påberåbe sig nogen formodning for, at der forelå et traktatbrud (præmis 32-34).

Irland blev herefter frifundet.

EF-domstolen har i flere tidligere afgørelse fastslået, at der kan være pligt til en forudgående offentliggørelse vedrørende offentlige ordregiveres indgåelse af kontrakter, der ikke er omfattet af udbudsdirektivernes udbudspligt. Dette gælder således bl.a. domstolens domme af 21. juli 2005, Coname, og 13. oktober 2005, Parking Brixen, begge vedrørende tjenesteydelseskoncessioner.

Den her resumerede dom introducerer som betingelse for en sådan pligt, at der skal foreligge et grænseoverskridende element. Dommen blev afsagt af EF-domstolens store afdeling, hvilket må tages som udtryk for, at der er tale om principiel modifikation af den hidtidige praksis.

Betingelsen om et grænseoverskridende element er gentaget og udbygget i EF-domstolens dom af 15. maj 2008 i sagerne C-147/06 og C-148/06, Secap, der er resumeret nedenfor. Betingelsen har næppe den store betydning for danske ordregivende myndigheder, se bemærkningerne til Secap-dommen nedenfor.

EF-domstolens dom af 13. december 2007, sag C-337/06, Bayerische Rundfunk mfl.

Licensfinansiering af nogle public service tv- og radiostationer var udtryk for, at stationerne var finansieret af staten. Stationerne skulle herefter foretage EU-udbud af rengøring, da de var offentligretlige organer, og da det var uden betydning, at staten ikke kunne udøve bestemmende indflydelse på kontrakttildelingen. En undtagelse fra udbudspligten i Tjenesteydelsesdirektivet og Udbudsdirektivet vedrørende radio- og tv-stationer angår ikke kontrakter om rengøring

Tyskland har et antal tv- og radioselskaber, der udøver virksomhed i form af public service, i det følgende benævnt public service-stationer. I hvert fald over halvdelen af public-service-stationernes indtægter består af licensbetalinger, der opkræves hos de enkelte indehavere af tv- og radioapparater. Licensens størrelse fastsættes af delstaterne, der dog i princippet har pligt til at følge indstillinger fra et særligt landsdækkende udvalg.

Den tyske grundlov indeholder en bestemmelse, der sikrer pressefriheden m.m., og denne bestemmelse fortolkes i tysk ret som et forbud mod offentlige myndigheders indblanding i public service-stationernes aktiviteter.

Det fremgår, at public service-stationer er offentligretlige organer, der har til opgave at imødekomme almenhedens behov, jf. Tjenestey-

delsesdirektivets artikel 1, b, nu Udbudsdirektivets artikel 1, stk. 9. Det følger af de nævnte bestemmelser, at sådanne offentligtretlige organer var/er omfattet af de to direktivers udbudspligt, bl.a. hvis de for over halvdelens vedkommende er finansieret af staten eller er underlagt statens kontrol. (Med hensyn til finansieringsandelen bruger Udbudsdirektivet udtrykket »størstedelen«, hvor Tjenesteydelsesdirektivet brugte udtrykket »halvdelen«, men de to bestemmelser betyder det samme, jf. præmis 30 i den her resumerede dom).

Public service-stationerne har etableret et samarbejdsorgan, i sagen benævnt GEZ, der udfører forskellige opgaver i forbindelse med licensopkrævning. GEZ er ikke en juridisk person.

Sagen angik en klage fra et rengøringsfirma til en klageinstans over, at GEZ havde indgået kontrakt om rengøring af GEZ' lokaler uden EU-udbud. Kontraktens værdi var over tærskelværdien i det dagældende tjenesteydelsesdirektiv. Klageren fik medhold, hvorefter public service-stationerne indbragte sagen for en overinstans, Oberlandesgericht Düsseldorf.

Public service-stationerne gjorde øjensynlig gældende, at de ikke var omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets udbudspligt, dels fordi de ikke opfyldte den ovenfor nævnte betingelse om statens finansiering eller kontrol, dels fordi Tjenesteydelsesdirektivet i medfør af direktivets artikel 1, a, iv, ikke omfattede radio- og tv-selskabers indkøb m.m. (En tilsvarende bestemmelse indeholdes i Udbudsdirektivets artikel 16, b).

Oberlandesgericht Düsseldorf stillede følgende spørgsmål til EF-domstolen (af overskuelighedsgrunde gengivet stærkt sammentrængt og noget omformuleret):

Spørgsmål 1) Er public service-stationernes finansiering ved licensbetaling udtryk for, at stationerne finansieres af staten?

Spørgsmål 2) Er det en betingelse for at anse et organ for at være finansieret af staten, at staten kan udøve en direkte indflydelse ved organets tildeling af kontrakter?

Spørgsmål 3) Omfatter undtagelsen fra udbudspligt for radio- og tv-selskabers indkøb mv. tjenesteydelser, der ikke vedrører programmerne?

EF-stolen besvarede spørgsmålene således (ligeledes gengivet stærkt sammentrængt og til dels omformuleret):

Ad spørgsmål 1): Public service-stationernes finansiering ved licensbetaling er udtryk for, at stationerne finansieres af staten. EF-domstolen henviste herved til udbudsdirektivernes formål m.m. (præmis 34-50).

Ad spørgsmål 2): Det er ikke en betingelse for at anse et organ for finansieret af staten, at staten kan udøve bestemmende indflydelse ved organets indgåelse af kontrakter som den i sagen omhandlede. EF-domstolen henviste herved bl.a. til, at public service-stationernes eksistens afhænger af staten (præmis 55-60).

Ad spørgsmål 3): Bestemmelsen om undtagelse fra udbudspligt for radio- og tv-stationer omfatter kun de tjenesteydelser, der nævnes i bestemmelsen. EF-domstolen henviste herved bl.a. til, at bestemmelsen som følge af sin karakter af undtagelse fra hovedformålet må fortolkes indskrænkende, og til, at det af betragtning 25 (ved en skrivefejl angivet som 28) i præambelen til Udbudsdirektivet er anført, at undtagelsen ikke skal gælde for levering af teknisk materiel (præmis 64-65). Det fremgår,

at svaret skal forstås sådan, at radio- og tv-stationers indgåelse af en rengøringskontrakt ikke er omfattet af undtagelsen fra udbudspligt.

Som også berørt ovenfor fremgår det af dommens præmis 30, at sagen ville have fået samme udfald, hvis den havde været omfattet af det nugældende udbudsdirektiv.

EF-domstolens dom af 18. december 2007, sag C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia

En offentlig myndigheds aftale med en virksomhed om postbefordring, der ikke er omfattet af en eneret for virksomheden i overensstemmelse med Postdirektivet, skal udbydes, hvis aftalens værdi når op på tærskelværdien for tjenesteydelser. Hvis aftalens værdi er under tærskelværdien, skal der ske en passende offentliggørelse. Et statsligt postvæsen var ikke in house i forhold til staten, da virksomhedskriteriet ikke var opfyldt

Direktiv 97/67, i det følgende kaldet Postdirektivet, går bl.a. ud på følgende: 1) Hver medlemsstat skal sørge for, at der i medlemsstaten findes mindst én virksomhed, der har pligt til at udføre postbefordring, 2) medlemsstaten kan give den eller de virksomheder, der har pligt til at udføre postbefordring, eneret til at udføre befordring bl.a. af forsendelser under 350 g.

I Spanien ligger pligten til at udføre postbefordring hos det spanske post- og telegrafvæsen, et statsejet aktieselskab, der i sagen omtales som Correos. Ved den spanske lovgivning er der tillagt Correos eneret til at udføre visse former for postbefordring, tilsyneladende i overensstemmelse med Postdirektivets regler om eneret.

Efter den spanske lovgivning kan offentlige myndigheder indgå samarbejdsaftaler med Correos, og sagen angår en sådan samarbejdsaftale indgået mellem det spanske undervisningsministerium og Correos. Denne samarbejdsaftale, der er indgået uden tidsbegrænsning, går ud på, at Correos mod en nærmere fastsat betaling udfører postbefordring m.m. for undervisningsministeriet, også postbefordring, der ikke er omfattet af Correos' eneret.

En virksomhed klagede til en domstol over, at den omtalte samarbejdsaftale var indgået uden forudgående udbud. Domstolen forelagde sagen for EF-domstolen med et spørgsmål, om hvorvidt Traktatens bestemmelser om fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser m.m. var til hinder for en samarbejdsaftale som den omtalte.

EF-domstolen udtalte (Klagenævnets litrering, af forståelsesgrunde stærkt sammentrængt og til dels omformuleret):

1) Fællesskabsretten er ikke til hinder for at, at offentlige myndigheder i en medlemsstat uden udbud overlader postbesørgelse til et statsligt selskab, der har postbefordringspligten i medlemsstaten, i det omfang den overladede postbesørgelse er omfattet af en eneret, som virksomheden har fået tillagt i overensstemmelse med Postdirektivet. EF-domstolens stillingtagen skulle således kun angå postbesørgelse, der ikke er omfattet af en sådan eneret. (Præmis 39-42).

2) Afgørende for, om der var udbudspligt, dvs. i henhold til det dagældende tjenesteydelsesdirektiv, var dels, om samarbejdsaftalens værdi nåede op på direktivets tærskelværdi, dels om samarbejdsaftalen kunne anses for en egentlig aftale. Det tilkom den nationale domstol at tage stilling til disse spørgsmål. Den nationale domstol skulle herunder undersøge, om

Correos kunne forhandle aftalens indhold og betalingen, og om Correos kunne opsigte aftalen. (Præmis 48 og 54-55).

3) Correos kunne ikke anses for »in house« i forhold til den spanske stat, da den ene af de to betingelser, som EF-domstolen har opstillet for at anse en selvstændig juridisk person for in house, ikke var opfyldt, dvs. en betingelse om, at den pågældende virksomhed udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de myndigheder, der ejes af. Hovedparten af Correos' virksomhed udføres nemlig ikke for det offentlige, men for et ubestemt antal kunder. (Præmis 58-59).

(De to omtalte betingelser for at anse en selvstændig juridisk person for in house er opstillet i et antal tidligere domme fra EF-domstolen, senest i dom af 19. april 2007 i sag C-295/05). I Klagenævnets resumé af denne dom er den her omtalte betingelse kaldt »virksomhedskriteriet«.

4) Aftalen var ikke omfattet af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 6, hvorefter direktivet ikke fandt anvendelse på tjenesteydelsesaftaler med en ordregivende myndighed på grundlag af en eneret, der er tildelt den pågældende ordregivende myndighed i overensstemmelse med traktaten. (En tilsvarende bestemmelse indeholdes i det nugældende udbudsdirektivs artikel 18). En eventuel eneret for Correos til at udføre postbesørgelse for den offentlige administration er i nemlig strid med Postdirektivet, hvis den angår postbefordring, for hvis vedkommende en tildeling af en eneret ikke har hjemmel i Postdirektivet. Domstolen fremsatte i forbindelse hermed nogle udtalelser om rækkevidden af begrebet eneret i henhold til Postdirektivet (Præmis 64-68).

5) For det tilfælde, at værdien af samarbejdsaftalen mellem undervisningsministeriet og Correos ikke nåede op på Tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi, fremsatte EF-domstolen nogle udførlige udtalelser, der ikke kan gengives kort (præmis 70-88). Som de mest centrale af disse udtalelser kan nævnes:

Princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet, fri etableringsret, fri udveksling af tjenesteydelser og ligebehandling finder anvendelse. Der er herefter et krav om gennemskuelse, hvorfor der skal sikres en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver. (Præmis 73-76).

Traktatens artikel 86, stk. 2 (om virksomheder, der udfører tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse) kan ikke påberåbes med hensyn til postbefordring, der ikke er omfattet af eneret i overensstemmelse med Postdirektivet (præmis 79-83).

EF-domstolens dom af 18. december 2007, sag C-357/06, Frigerio Luigi & C.

En italiensk lovbestemmelse om, at ordregivende myndigheder kun kan indgå kontrakter om tjenesteydelser med kapitalselskaber, var i strid med Tjenesteydelsesdirektivets artikel 26

Efter den italienske lovgivning kan offentlige myndigheder kun indgå kontrakter om udførelse af tjenesteydelser med kapitalselskaber (dvs. selskaber med begrænset hæftelse, der opfylder visse minimumskrav, i dansk ret aktie- og anpartsselskaber).

Et interessentskab, F, havde i en årrække sammen med et andet interessentskab udført renovationsarbejdet for en kommune, og F var opført på en fortegnelse over virksomheder med ret til at varetage affaldsaktivi-

teter. På et tidspunkt overdrog kommunen uden forudgående udbud renovationsarbejdet til et aktieselskab, som kommunen samtidig indtrådte i.

F klagede til en forvaltningsdomstol over, at kommunens overdragelse af renovationsarbejdet til aktieselskabet var sket uden EU-udbud. Kommunen påstod klagen afvist med den begrundelse, at F ikke havde retlig interesse, fordi F ikke var et kapitalselskab.

Forvaltningsdomstolen forelagde sagen for EF-domstolen med nogle spørgsmål, der med forskellige formuleringer sigtede til, om den ovennævnte bestemmelse i den italienske lovgivning var i overensstemmelse med fællesskabsretten.

EF-domstolen udtalte (noget sammentrængt):

Det var Tjenesteydelsesdirektivet, der fandt anvendelse.

Tjenesteydelsesdirektivets artikel 26, stk. 2, er til hinder for en national lovbestemmelse, der udelukker virksomheder med ret til at udføre en tjenesteydelse i deres egen medlemsstat fra at være tilbudsgivere med hensyn til denne tjenesteydelse på grund af den kategori af juridiske personer, de tilhører. F havde endvidere ret til at udføre affaldsaktiviteter i Italien. (Den tilsvarende bestemmelse er i dag Udbudsdirektivets artikel 4, stk. 1).

Det følger af Tjenesteydelsesdirektivets artikel 26, stk. 1, at en ordregivende myndighed ikke kan kræve, at en sammenslutning af tjenesteydere omdannes til en bestemt retlig form med henblik på afgivelse af tilbud. (Den tilsvarende bestemmelse i Udbudsdirektivet er artikel 4, stk. 2).

Den nationale domstol er forpligtet til at fortolke og anvende en national lovbestemmelse i overensstemmelse med fællesskabsretten og til om fornødent at undlade at anvende en national lovbestemmelse, der strider mod fællesskabsretten.

Det fandtes uforholdsmæssigt at besvare to af de stillede spørgsmål, der direkte gik på, om den omtalte regel i den italienske lovgivning var i strid med fællesskabsretten, da den italienske domstol ved EF-domstolens udtalelser i øvrigt havde fået tilstrækkeligt grundlag til at afgøre den konkrete sag, hvorfor besvarelsen af de to spørgsmål udelukkende ville være af hypotetisk interesse.

EF-domstolens dom af 24. januar 2008, sag C-532/06, Lianakis mfl.

Nogle underkriterier angik tilbudsgivernes egnethed og var derfor i strid med Tjenesteydelsesdirektivet. Underkriterier til underkriterier skal som almindelig regel være oplyst på forhånd

En græsk kommune iværksatte et EU-udbud i henhold til det dagældende tjenesteydelsesdirektiv vedrørende en tjenesteydelse bestående af opmåling m.m. i en bydel. Kriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud. I udbudsbekendtgørelsen var angivet følgende underkriterier i prioriteret orden: 1) tilbudsgiverens erfaring, 2) tilbudsgiverens personale og udstyr og 3) tilbudsgiverens evne til at gennemføre undersøgelsen inden for den fastsatte tid.

Efter tilbuddenes afgivelse fastsatte ordregiveren vægtningsprocenter for de tre underkriterier, henholdsvis 60 %, 20 % og 20 %.

Ordregiveren besluttede desuden, at pointtildelingen til tilbuddene vedrørende hvert af underkriterierne efter nærmere angivne beregningsmetoder skulle ske på grundlag af følgende forhold: Vedrørende underkriterium 1) værdien af de undersøgelser, som tilbudsgiveren havde udført, vedrørende underkriterium 2) størrelsen af tilbudsgiverens personale og vedrørende underkriterium 3) omfanget af den tilbudte undersøgelse. Denne

beslutning kaldes i dommen, at ordregiveren fastsatte underkriterier til underkriterierne, hvilken terminologi benyttes i det følgende.

En tilbudsgiver, der ikke fik tildelt kontrakten, klagede til en græsk forvaltningsdomstol over, at underkriteriernes vægtning og underkriterierne til underkriterierne ikke havde været oplyst på forhånd.

Forvaltningsdomstolen forelagde sagen for EF-domstolen med et spørgsmål om, hvorvidt det var i overensstemmelse med tjenesteydelsesdirektivet først at fastsætte vægtningen af underkriterier efter udbuddet.

EF-domstolen udtalte (gengivet stærkt sammentrængt og til dels omformuleret):

1) taget op ex officio på grundlag af et indlæg fra Kommissionen: Efterprøvelsen af tilbudsgivernes kvalifikationer og tildelingen af en udbudt kontrakt kan finde sted samtidig. Der er imidlertid tale om to særskilte processer, der er omfattet af forskellige regler, og underkriterier skal have til formål at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Dette var ikke tilfældet for underkriterierne i det udbud, som sagen angik, da de vedrørte tilbudsgivernes evne til at gennemføre den udbudte ydelse. De anvendte underkriterier var derfor i strid med Tjenesteydelsesdirektivets regler om vurdering af tilbudsgivernes egnethed og tildelingskriterier. (Præmis 24-32).

2) Af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed følger, at potentielle tilbudsgivere skal kunne skaffe sig kendskab til alle forhold, som ordregiveren tager i betragtning ved udvælgelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud. En ordregiver har derfor ikke ret til at anvende bestemmelser om vægtning eller underkriterier til underkriterier, som ikke forudgående er bragt til tilbudsgivernes kundskab. (Præmis 33-40).

EF-domstolen udtalte videre (præmis 41-44), at disse konstateringer ikke er uforenelige med domstolens dom af 24. november 2005 i sagen ATI EAC mfl., som den græske forvaltningsdomstol havde henvist til, da denne dom angik en anden situation, og da der i den blev opstillet følgende betingelser for, at en ordregiver kan undlade at oplyse vægtning af underkriterier til underkriterier på forhånd: 1) at der ikke sker ændring af de oplyste underkriterier, 2) at der ikke sker ændringer af betydning for tilbuddenes udformning, og 3) at der ikke sker diskrimination af tilbudsgivere.

Følgende bemærkes:

En pligt til forhåndsoplysning af underkriteriernes indbyrdes vægtning følger i dag af § 4, stk. 2, i Udbudsdirektivet. Derimod indeholder Udbudsdirektivet ikke en regel om, at principperne for pointtildeling vedrørende de enkelte underkriterier skal være oplyst på forhånd.

For det tilfælde, at pointtildelingen sker på grundlag af bestemte forhold, i dommen omtalt som underkriterier til underkriterierne, opstiller den her resumerede dom et krav om, om disse forhold skal være oplyst på forhånd. Derimod tager dommen ikke stilling til, om principperne for pointtildeling skal oplyses på forhånd.

Den i dommen omtalte tidligere dom af 24. november 2005, ATI EAC mfl. angik et tilfælde med noget anderledes omstændigheder end den foreliggende sag. ATI EAC-sagen drejede sig om, hvorvidt den indbyrdes vægtningen af underkriterierne til et underkriterium med deraf følgende pointtildeling skulle have været oplyst på forhånd, og EF-domstolen nåede frem til, at ordregiveren ikke havde haft pligt til dette. Oplysningsni-

veauet var imidlertid langt højere i ATI EAC-sagen end i den foreliggende sag, idet underkriteriernes vægning og underkriterierne til det omtalte underkriterium var oplyst på forhånd.

EF-domstolens dom af 14. februar 2008, sag C-450/06, Varec

Fortrolige oplysninger kan unddrages fra en klagers aktindsigt, men klageorganet skal selv have de nødvendige oplysninger, og der skal før udlevering af muligt fortrolige oplysninger indhentes en udtalelse fra den berørte virksomhed

Denne dom angik en klage til en belgisk domstol over et EU-udbud vedrørende indkøb af dele til kampvogne. Klagen var indgivet af en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten. Klageren havde ikke fået aktindsigt i hele tilbuddet fra den valgte tilbudsgiver, og der forelå under sagen et spørgsmål om konsekvenserne heraf.

Den belgiske domstol forelagde sagen for EF-domstolen med et spørgsmål, der gik på, om det efter første kontroldirektiv og EU-udbudsreglerne er berettiget at unddrage fortrolige oplysninger og forretningshemmeligheder fra en klagers aktindsigt.

EF-domstolen besvarede spørgsmålet bekræftende og henviste herved til forskellige forhold, herunder at udlevering af visse oplysninger til en konkurrent kan være konkurrencefordrejende. EF-domstolen udtalte desuden bl.a., at klageorganet selv skal have de nødvendige oplysninger (præmis 53), og at klageorganet inden udleveringen af eventuelt fortrolige oplysninger til en klager skal indhente en udtalelse fra den berørte virksomhed (præmis 54).

Dommen har næppe den store umiddelbare interesse set fra en dansk synsvinkel, idet Klagenævnet for Udbud administrerer klageres aktindsigt i overensstemmelse med dommen i medfør af Forvaltningslovens § 15, stk. 1. Referatet ovenfor er derfor yderst summarisk.

Retten i Første Instans' dom af 12. marts 2008 i sag T-332/03, European Service Network mod Kommissionen

Ligebehandlingsprincippet har til formål at sikre konkurrencen og give tilbudsgiverne ens chancer. Gennemsigtighedsprincippet er et supplement til ligebehandlingsprincippet og skal sikre mod favorisering og vilkårlighed. Ved udbud af kontrakter om tjenesteydelser er visse fordele for den hidtidige tjenesteyder uundgåelige. Udbyderens forsømmelser med hensyn til at give tilbudsgiverne oplysninger havde ikke haft indflydelse på tilbudsvurderingen.

Dommen er særdeles udførlig. Nedenstående referat er yderst summarisk og omfatter kun de dele af dommen, der skønnes at have nogenlunde almen udbudsretlig interesse.

Kommissionen iværksatte et EU-udbud vedrørende en tjenesteydelse. Tildelingskriteriet var det mest fordelagtige cost benefit-forhold.³ Som underkriterier var angivet nogle kvalitative underkriterier samt prisen. De kvalitative underkriterier var, stærkt sammentrængt gengivet: 1. teknisk værdi, 2. arbejdsmetoder, 3. kreativitet og 4. tidsplan.

³ »le rapport coût-efficacité le plus avantageux». Dette tildelingskriterium skal formentlig ses på baggrund af, at der tilsyneladende ikke på udbuddets tidspunkt var faste regler, om hvilke tildelingskriterier EU-institutionerne skulle anvende. Efter de nugældende regler skal EU-institutionerne anvende tildelingskriterier svarende til Udbudsdirektivets tildelingskriterier, jf. Gennemførelsesforordningens artikel 138.

I udbudsbetingelserne var angivet, at tilbuddene ville få tildelt points i relation til hvert af de kvalitative underkriterier inden for en skala med et nærmere angivet maksimum for hvert underkriterium, således at tilbuddene højst kunne få 100 points for de kvalitative underkriterier tilsammen. Fastsættelsen af de enkelte maksima var udtryk for en indbyrdes vægtning af de kvalitative underkriterier.

I udbudsbetingelserne var endvidere angivet, at tilbud, der ikke opnåede mindst 50 % af de mulige points pr. kvalitativt underkriterium og mindst 60 points tilsammen for de kvalitative underkriterier, ikke ville blive taget i betragtning.

Følgende fremgik desuden af udbudsbetingelserne: Når der var tildelt tilbuddene points for de kvalitative underkriterier, ville Kommissionen sætte »prisfaktoren« i relation til »kvalitetsfaktoren«. Det var tilsyneladende ikke angivet, hvorledes denne relation ville blive beregnet.

Der indkom tilbud fra nogle tilbudsgivere, herunder den virksomhed, der aktuelt udførte den udbudte tjenesteydelse. Kommissionen tildelte tilbuddene points vedrørende de kvalitative underkriterier og beregnede derefter den omtalte relation mellem prisfaktoren og kvalitetsfaktoren. Denne beregning blev foretaget ved brug af følgende formel:

$$\frac{\text{samlet pointtal for de kvalitative underkriterier} \times 1 \text{ mio.}}{\text{tilbudspris}}$$

Beregningen førte til den bedste relation for tilbuddet fra den aktuelle tjenesteyder, efter det foreliggende reelt som følge af en lav tilbudspris, hvorfor Kommissionen besluttede at indgå kontrakt med den aktuelle tjenesteyder.

En af de andre tilbudsgivere anlagde sagen med påstand om annullation af udbuddet og under påberåbelse af forskellige anbringender. Rettens afgørelse kan gengives således:

1) Ad et anbringende om overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved et krav i udbudsbetingelserne om, at en ny kontraktpart skulle gennemgå en obligatorisk indkøringsperiode på tre måneder uden betaling:

Ikke taget til følge, bl.a. med henvisning til, at der ikke var tale om en obligatorisk indkøringsperiode på tre måneder (præmis 77). Ud fra en samlet vurdering forelå der ikke en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet (præmis 87).

2) Ad et anbringende om overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved et krav om, at en ny kontraktpart skulle betale for forskellige oplysninger m.m.:

Ikke taget til følge (præmis 95), da der ikke var stillet et sådant krav (præmis 93).

3) Ad et anbringende om overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved, at alene den hidtidige tjenesteyder havde adgang til forskellige væsentlige oplysninger m.m.:

Retten udtalelser vedrørende dette anbringende (præmis 97-178) er særdeles omfattende og kan ikke gengives kort. Fra udtalelserne kan nævnes: Ligebehandlingsprincippet har til formål at fremme konkurrencen, og det følger af ligebehandlingsprincippet, at alle tilbudsgivere skal have ens chancer (præmis 125). Gennemsigtighedsprincippet er et supplement (»corroilaire«) til ligebehandlingsprincippet og har som hoved-

formål at sikre mod favorisering og vilkårlighed (præmis 126). At alene den hidtidige tjenesteyder har visse oplysninger m.m., er en integreret og uundgåelig konsekvens ved udbud af ydelser, der hidtil er udført af en enkelt kontraktpart (præmis 142). Der skulle foretages en afvejning (præmis 147), og visse oplysninger, der var fremkommet for sent fra Kommissionen, var ikke afgørende for tilbudsudformningen (præmis 151). Kommissionen havde udvist forskellige forsømmelser med hensyn til at give tilbudsgiverne oplysninger (præmis 164-166), men forsømmelserne havde ikke haft indflydelse på tilbudsvurderingen (præmis 173 og 177).

Anbringendet blev herefter ikke taget til følge (præmis 178).

4) Ad et anbringende om, at Kommissionen havde vurderet tilbuddene i strid med den tilbudsvurdering, der var angivet i udbudsbetingelserne.

Anbringendet sigtede navnlig til, at den anvendte formel for relationen mellem de kvalitative underkriterier og prisen efter sagsøgerens opfattelse ikke tillagde de kvalitative underkriterier tilstrækkelig vægt.

Anbringendet blev ikke taget til følge, da der ikke var grundlag herfor (præmis 201). Herved bl.a. henvist til nogle formler opstillet af Retten (præmis 197).

5) Ad et anbringende om, at Kommissionens vurdering af sagsøgerens tilbud med hensyn til tilbuddets kvalitet m.m. var sket i strid med udbudsbetingelserne:

Ikke taget til følge (præmis 227), idet Kommissionen efter Rettens vurdering havde foretaget tilbudsvurderingen i overensstemmelse med udbudsbetingelserne (præmis 225).

Kommissionen blev herefter frifundet. En yderligere påstand, der ikke er refereret ovenfor, blev dog afvist.

Rettens dom af samme dag i sag T-345/03, *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen* (er set benævnt *Cordis*), angår en særlig delaftale under samme udbud.

Retten i Første Instans' dom af 12. marts 2008 i sag T-345/03, *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen* (er set benævnt *Cordis*)

Udbyderen tilsidesatte ligebehandlingsprincippet ved ikke at give tilbudsgiverne alle nødvendige oplysninger med den konsekvens, at kun den valgte tilbudsgiver som følge af sit samarbejde med den aktuelle tjenesteyder havde alle oplysningerne. Tildelingsbeslutningen annulleret

Sagen angår et EU-udbud vedrørende en tjenesteydelse, iværksat af Kommissionen. Sagen var anlagt af en tilbudsgiver, der ikke havde fået tildelt kontrakten, med påstand om annullation af tildelingsbeslutningen.

Dommen angår samme udbud som Rettens dom af samme dag i sag T-332/03, *European Service Network mod Kommissionen*, men angår en særlig delaftale under udbuddet. Med hensyn til tildelingskriteriet og principperne for tilbudsvurderingen ol. henvises til resuméet af dommen i *European Service Network*-sagen.

Rettens stillingtagen til sagsøgerens anbringender i den her resumerede dom kan gengives således:

1) Ad et anbringende om overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved et krav i udbudsbetingelserne om, at en ny kontraktpart skulle gennemgå en obligatorisk indkøringsperiode på tre måneder uden betaling:

Ikke taget til følge med henvisning til, at der ikke var tale om en obligatorisk indkøringsperiode på tre måneder (præmis 86). Afgørelsen svarer

til den tilsvarende afgørelse om samme spørgsmål i European Service Network-sagen (om end præmisserne ikke er identiske).

2) Ad et anbringende om overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved, at alle tilbudsgiverne ikke eller ikke rettidigt havde fået alle nødvendige oplysninger.

Dette anbringende sigtede til dels til, at den valgte tilbudsgiver havde samarbejde med den aktuelle tjenesteyder og ville benytte denne som underleverandør, hvorfor den valgte tilbudsgiver efter sagsøgerens opfattelse havde et bedre kendskab til den udbudte tjenesteydelse end de øvrige tilbudsgivere.

Retten fremsatte nogle generelle udtalelser om principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Disse udtalelser svarer til de tilsvarende generelle udtalelser om emnet i European Service Network-dommen, og der henvises om dem til resuméet af denne dom.

Med hensyn til visse af de omhandlede oplysninger tog Retten ikke anbringendet til følge med henvisning til, at forholdet ikke havde haft betydning for tilbudsvurderingen (præmis 169). Afgørelsen herom svarer til den tilsvarende afgørelse i European Service Network-sagen.

Retten lagde derimod til grund, at fuldt kendskab var nødvendigt på et andet punkt, dvs. med hensyn til opbygningen og kildekoden for et edb-system, der aktuelt blev brugt ved tjenesteydelsens udførelse. Som følge af manglende eller ufuldstændige oplysninger herom over for tilbudsgiverne var det kun den valgte tilbudsgiver og den aktuelle tjenesteyder, der havde kendskab til edb-systemet, hvilket havde givet den valgte tilbudsgiver en uberettiget fordel (præmis 175 ff.). Det var endvidere på troværdig måde påvist, at forholdet kunne have haft betydelig negativ indvirkning på sagsøgerens tilbudspris og derved kunne have frataget sagsøgeren muligheden for at få kontrakten (præmis 203).

Retten annullerede herefter Kommissionens tildelingsbeslutning.

EF-domstolens dom af 3. april 2008 i sag C-346/06, Rüffert

Udstationeringsdirektivet og traktatens artikel 49 er til hinder for en national lovbestemmelse, hvorefter offentlige byggekontrakter kun må indgås på vilkår om betaling af overenskomstmæssig mindsteløn

Referatet nedenfor er stærkt sammentrængt og kun medtaget for at henlede opmærksomheden på dommen.

Sagen angår direktiv 96/71 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser, i det følgende kaldet Udstationeringsdirektivet. Dette direktiv angår virksomheder i en medlemsstat, der i forbindelse med levering af tjenesteydelser over grænserne udstationerer arbejdstagere på en anden medlemsstats område. Direktivet finder således bl.a. anvendelse, når et byggefirma i en medlemsstat udfører byggearbejde i en anden medlemsstat.

Udstationeringsdirektivet går (meget stærkt sammentrængt) ud på følgende: Medlemsstaterne påser, at virksomheder fra en anden medlemsstat sikrer udstationerede arbejdstagere de arbejds- og ansættelsesvilkår, herunder mindsteløn, som følger af lovgivning eller af kollektive aftaler, der finder generel anvendelse i den medlemsstat, hvor arbejdet udføres. Ved kollektive aftaler, der finder generel anvendelse, forstås kollektive aftaler, der skal overholdes af alle virksomheder inden for sektoren, eller – hvis sådanne aftaler ikke findes – aftaler, som er alment gældende for alle til-

svarende virksomheder i området, eller som er indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter på nationalt plan for hele det nationale område.

Sagen angik et fængselsbyggeri i en tysk delstat foretaget af delstaten efter EU-udbud. Kontrakten blev tildelt et tysk byggefirma og indeholdt en klausul om, at byggefirmaet skulle overholde en kollektiv overenskomst om offentlige bygge- og anlægsarbejder. Dette var i overensstemmelse med delstatens lov om offentlige kontrakter, hvorefter offentlige kontrakter om bygge- og anlægsarbejder kun må gives til virksomheder, som har forpligtet sig til at betale sine ansatte den på leveringsstedet overenskomstmæssigt fastsatte løn.

Byggefirmaet antog en polsk virksomhed som underentreprenør. Efter at det var kommet frem, at den polske virksomhed udbetalte en lavere løn til sine medarbejdere end mindstelønnen i henhold til den omtalte overenskomst, hævede udbyderen kontrakten med det tyske byggefirma, der derefter gik konkurs. Der verserede herefter en retssag mellem byggefirmaets konkursbo og udbyderen, tilsyneladende om et erstatningskrav fra konkursboet.

Den tyske domstol forelagde sagen for EF-domstolen med et spørgsmål om, hvorvidt den omtalte lovbestemmelse var i overensstemmelse med traktatens regler om fri udveksling af tjenesteydelser.

EF-domstolen udtalte:

Delstatens lov om offentlige kontrakter var ikke en lov som omhandlet i Udstationeringsdirektivet, da loven ikke fastsatte en mindsteløn (præmis 24). Endvidere fandt den omtalte kollektive overenskomst efter sagens oplysninger ikke generel anvendelse, og den var heller ikke alment gældende, da den kun angik offentlige byggerier (præmis 28 og 29). Herefter, og da forskellige nærmere angivne regler i direktivet ikke fandt anvendelse, besvarede EF-domstolen det stillede spørgsmål således: Udstationeringsdirektivet og traktatens artikel 49 (om fri udveksling af tjenesteydelser) er til hinder for en national lovbestemmelse om, at en ordregivende myndighed kun må indgå kontrakter med virksomheder, som har forpligtet sig til at udbetale deres ansatte den overenskomstmæssige mindsteløn, der gælder på leveringsstedet.

Følgende bemærkes yderligere:

Udstationeringsdirektivet angår forskellige andre spørgsmål end mindsteløn, dvs. hviletidsregler m.m. EF-domstolen har også beskæftiget sig med direktivet i dom af 18. december 2007 i sag C-341/05, Laval und Partneri (også kaldet Vaxholm). Denne sag angik berettigelsen af kollektive kampskridt til gennemførelse af forskellige nationale overenskomstbestemmelser om andet end mindsteløn.

Udstationeringsdirektivet er implementeret i Danmark ved lovbeholdning nr. 849 af 21. juli 2006 om udstationering af lønmodtagere. Denne lov indeholder ikke regler om mindsteløn. Arbejdsministeriet har indlertid ved cirkulæreskrivelse nr. 114 af 18. maj 1996 tilkendegivet, at der i statslige byggekontrakter m.m. over en vis størrelse skal indsættes en klausul om, at bl.a. lønvilkår ikke må være mindre gunstige end sædvanlige vilkår. Denne cirkulæreskrivelse bygger på en ILO-konvention, til hvilken der henvises i cirkulæreskrivelsen. I Konkurrencestyrelsens vejledning om sociale aftaler henvises s. 8 hertil og udtales desuden, at en virksomhed, der er etableret i et andet EU-land, ikke kan udelukkes fra at

deltage i et udbud, blot fordi den ikke har tilsluttet sig en kollektiv overenskomst i Danmark.

Umiddelbart forekommer det usikkert, om den omtalte cirkulæreskrivelse kan opretholdes efter den her resumerede dom, og om en offentlig ordregiver kan fastsætte som vilkår for et EU-udbud, at tilbudsgiverne skal aflønne deres ansatte svarende til dansk mindsteløn.

EF-domstolens dom af 3. april 2008, sag C-444/06, Kommissionen mod Spanien

Spanien havde overtrådt 1. kontroldirektiv som følge af, at der i visse tilfælde ikke er mulighed for at klage over en tildelingsbeslutning før kontraktsindgåelsen. Spanien havde derimod ikke overtrådt direktivet ved en regel om, at ugyldige kontrakter kan opretholdes midlertidigt under visse betingelser

Ved denne dom statueredes, at Spanien havde overtrådt 1. kontrol-direktiv på grund af følgende: Den spanske lovgivning om offentlige kontrakter var indrettet sådan, at der i visse tilfælde ikke var mulighed for at klage over en tildelingsbeslutning fra en ordregiver før ordregiverens indgåelse af kontrakt med den valgte tilbudsgiver.

Derimod havde Kommissionen ikke godtgjort, at Spanien havde overtrådt kontrol-direktivet ved en regel i den spanske lovgivning, hvorefter kontrakter, der er erklæret ugyldige, under visse betingelser kan opretholdes midlertidigt for at undgå at forstyrre den offentlige tjeneste alvorligt. Herved bl.a. henvist til, at formålet med denne bestemmelse ikke var at forhindre ugyldigheden af en kontrakt, men at undgå uforholdsmæssige og eventuelt skadelige konsekvenser for almenvellet.

EF-domstolens dom af 8. april 2008, sag C-337/05, Kommissionen mod Italien

Italien havde overtrådt de tidligere indkøbsdirektiver ved en fast praksis om indkøb af helikoptere uden EU-udbud. En virksomhed, der er delvis privatejet, er aldrig in house i forhold til en offentlig ordregiver, heller ikke selvom den private ejerandel er en minoritetsandel

Ved denne dom statueredes, at Italien havde overtrådt de tidligere indkøbsdirektiver ved en fast praksis om indkøb af helikoptere fra helikopterproducenten Augusta uden forudgående EU-udbud og uden at følge procedurerne i direktiverne.

EF-domstolen udtalte herunder bl.a.:

Helikopterfirmaet Augusta kunne ikke som påberåbt af Italien anses for »in house« i forhold til den italienske stat med den begrundelse, at Augusta delvis ejes af staten. EF-domstolen henviste herved til, at Augusta er delvis privatejet og derfor ikke opfylder det af EF-domstolen opstillede kontrolkriterium, hvorefter en virksomhed for at være in house i forhold til en ordregiver skal være undergivet samme kontrol fra ordregiveren som ordregiverens kontrol med sine egne tjenestegrene. Udtalt, at en privat ejerandel under alle omstændigheder udelukker, at kontrolkriteriet er opfyldt, også selvom den private ejerandel er en minoritetsandel (præmis 38).

Italien kunne ikke påberåbe sig forskellige traktatbestemmelser om legitime nationale hensyn og den offentlige sikkerhed m.m. som begrundel-

se for at undlade udbud. Herved bl.a. henvist til, at helikopterne til dels blev brugt til civile formål (præmis 42-49).

Italien kunne ikke påberåbe sig en undtagelsesbestemmelse i de tidligere indkøbsdirektiver om indkøbsaftaler, der er hemmelige, eller som ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger. (Den tilsvarende bestemmelse i Udbudsdirektivet 2004/18 er artikel 14). Herved henvist til, at Italien ikke havde godtgjort, at formålet ikke kunne forfølges inden for rammerne af en udbudsprocedure (præmis 53).

Italien havde ikke som hævdet kunnet iværksætte udbud efter forhandling i medfør af de tidligere indkøbsdirektivs regler om udbud efter forhandling med hensyn til varer, der kun kan overdrages til en bestemt leverandør m.m. (De tilsvarende regler i Udbudsdirektivet 2004/18 er artikel, litra 1, a og b). Herved bl.a. henvist til, at Italien ikke havde godtgjort, at udelukkende Augustas helikoptere havde de krævede tekniske egenskaber (præmis 59).

EF-domstolens dom af 10. april 2008, sag C-393/06, Ing. Aigner

En ordregiver, der driver virksomhed under Forsyningsvirksomhedsdirektivet, er ikke omfattet af dette direktiv med hensyn til anden virksomhed. Et fjernvarmeselskab var et offentligretligt organ. Alle kontrakter, der indgås af et offentligretligt organ, er omfattet af udbudsdirektiverne, også kontrakter, der angår rent erhvervsmæssige aktiviteter

Aktieselskabet Fernwärme Wien varetager fjernvarmeforsyningen i Wien og har reelt monopol herpå. Denne aktivitet er omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Herudover driver Fernwärme Wien på almindelige markedsvilkår virksomhed med etablering af køleanlæg, hvilket ikke er omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Fernwärme Wien ejes og kontrolleres af byen Wien.

Sagen angik et udbud iværksat af Fernwärme Wien vedrørende udførelse af et køleanlæg. Udbuddet blev ikke foretaget som EU-udbud, da Fernwärme Wien ikke mente at have pligt hertil. Efter at Fernwärme Wien havde meddelt en tilbudsgiver, at tilbudsgiverens tilbud ikke kom i betragtning, klagede tilbudsgiveren til et klageorgan og gjorde gældende, at udbuddet var omfattet af EU-udbudsreglerne.

Klageorganet stillede tre spørgsmål til EF-domstolen. Spørgsmålene kan lidt omformuleret gives således:

Spørgsmål 1): Er en ordregiver, der udøver virksomhed omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet, også omfattet af dette direktiv med hensyn til en anden virksomhed, som ordregiveren udøver?

Spørgsmål 2): Er et selskab som Fernwärme Wien et offentligretligt organ?

Spørgsmål 3): Er et offentligretligt organ omfattet af udbudsdirektiverne med hensyn til en erhvervsmæssig virksomhed, som det offentligretlige organ udøver ved siden af sin virksomhed som offentligretligt organ, og som regnskabsmæssigt m.m. er klart adskilt fra denne virksomhed?

EF-domstolen besvarede spørgsmålene således (noget sammentrængt og af forståelsesgrunde til dels omformuleret):

Ad spørgsmål 1): En ordregiver, der udøver virksomhed omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet, er ikke omfattet af dette direktiv med hensyn til en anden virksomhed, som ordregiveren udøver. Herved bl.a. henvist til, at Forsyningsvirksomhedsdirektivet har begrænset rækkevidde og for så vidt skal fortolkes indskrænkende (præmis 27).

Ad spørgsmål 2): Et selskab som Fernwärme Wien er et offentligretligt organ, da det opfylder udbudsdirektivernes betingelser herfor (præmis 34-46). Herved bl.a. henvises til, at Fernwärme Wien reelt har monopol på levering af fjernvarme (præmis 44). Det er uden betydning, at Fernwärme Wien ved siden af sin virksomhed til imødekommelse af almenhedens behov også udøver erhvervsmæssig virksomhed («udøver andre former for virksomhed med profit for øje», præmis 47).

Ad spørgsmål 3): Ordregivende myndigheder, herunder offentligretlige organer, skal udbyde alle kontrakter [dvs. om anskaffelser omfattet af udbudsdirektiverne]. Hvis kontrakterne har relation til en aktivitet omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal fremgangsmåden i dette direktiv følges. Alle andre kontrakter skal udbydes efter Udbudsdirektivet (præmis 56-58). Det er uden betydning, om det offentligretlige organ fører særskilt regnskab for sine erhvervsmæssige aktiviteter ud over sin virksomhed til imødekommelse af almenhedens behov, idet det er særdeles tvivlsomt, om aktiviteterne i praksis kan holdes ude fra hinanden (præmis 49-54).

Følgende bemærkes yderligere:

Om begrebet »offentligretligt organ«, dvs. en særlig type ordregiver, der er omfattet af udbudsdirektivernes udbudspligt, henvises til definitionerne i Udbudsdirektivets artikel 1, stk. 9, og Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 2, stk. 1, a. De to definitioner er formuleret lidt forskelligt, men karakteriseres i dommen som enslydende (præmis 35). De er overtaget fra de tidligere udbudsdirektiver og skal utvivlsomt forstås i overensstemmelse med dem, hvilket også fremgår af, at dommen henviser til forskellige afgørelser vedrørende begrebet offentligretligt organ under de tidligere udbudsdirektiver.

Klagenævnet har i sit resumé af en af de tidligere afgørelser, dvs. dom af 27. februar 2003 i sag C-373/00, Adolf Truley, givet en generel fremstilling af begrebet offentligretligt organ. Adolf Truley-sagen minder meget om den aktuelle sag, og EF-domstolens udtalelser i den her resumerede dom synes ikke at være udtryk for noget nyt.

EF-domstolens dom af 15. maj 2008, sager C-147/06 og C-148/06, Se-cap

Traktatens grundlæggende regler gælder kun for kontrakter under tærskelværdien, hvis kontrakterne har en klar grænseoverskridende interesse. Der kan i den nationale lovgivning fastsættes kriterier herom

En italiensk lov om offentlige bygge- og anlægsarbejder indeholdt en regel om unormalt lave bud ved udbud med tildelingskriteriet laveste pris. Denne regel kan kort gengives således:

Tilbud, hvis tilbudsbeløb i et nærmere angivet omfang lå under gennemsnittet af alle tilbudsbeløb, skulle anses som unormalt lave bud, og udbyderen skulle med hensyn til sådanne tilbud forholde sig således:

Hvis kontraktens værdi nåede op på eller oversteg Bygge- og anlægsdirektivets tærskelværdi, skulle udbyderen følge regler svarende til direktivets artikel 30 om fremgangsmåden med hensyn til unormalt lave bud (hvorefter udbyderen skulle kontrollere sammensætningen af det eller de pågældende tilbud; de tilsvarende regler er i dag indeholdt i Udbudsdirektivets artikel 55).

Klagenævnet for Udbud

Hvis kontraktens værdi ikke nåede op på tærskelværdien, skulle udbyderen automatisk udelukke unormalt lave bud fra at komme i betragtning, medmindre der var indkommet mindre end 5 tilbud.

Sagen angik to udbud iværksat af en italiensk kommune vedrørende bygge- og anlægsarbejder. Værdien af begge udbud lå under Bygge- og anlægsdirektivets tærskelværdi. Tildelingskriteriet var øjensynligt laveste pris ved begge udbud. I udbudsbetingelserne for begge udbud var angivet, at udbyderen ikke automatisk ville undlade at tage unormalt lave bud i betragtning.

To virksomheder, der havde afgivet tilbud ved hver sit af de to udbud, klagede til en italiensk forvaltningsdomstol over, at udbyderen ved begge udbud havde taget unormalt lave bud i betragtning. Virksomhederne gjorde gældende, at udbyderen havde været uberettiget hertil som følge af den omtalte italienske lovbestemmelse om automatisk udelukkelse af unormalt lave bud ved indgåelse af kontrakter under tærskelværdien.

Forvaltningsdomstolen frifandt udbyderen med begrundelse, at udbyderen ikke havde haft pligt til automatisk at udelukke unormalt lave bud, og at udbyderen havde været berettiget til i stedet for – hvilket var sket – at kontrollere de pågældende tilbuds sammensætning (dvs. havde været berettiget til at følge den omtalte italienske lovregel, der svarede til Bygge- og anlægsdirektivets regel om fremgangsmåden ved unormalt lave bud).

De to virksomheder indbragte sagen for en ankeinstans, der øjensynligt var i tvivl om, hvorvidt den omtalte italienske lovbestemmelse om automatisk udelukkelse af unormalt lave bud ved indgåelse af kontrakter under tærskelværdien var i strid med EU-retten. Ankeinstansen forelagde derfor sagen for EF-domstolen med spørgsmål om, hvorvidt udbudsdirektivernes regler om fremgangsmåden ved unormalt lave bud er udtryk for grundlæggende fællesskabsretlige principper.

EF-domstolen kommenterede forelæggelsen ret udførligt og udtalte herunder bl.a.:

De fremgangsmåder, der er fastsat i udbudsdirektiverne, finder kun anvendelse ved indgåelse af kontrakter, hvis værdi [når op på eller] overskrider tærskelværdien (præmis 19).

Med hensyn til kontrakter under tærskelværdien skal de ordregivende myndigheder imidlertid overholde traktatens grundlæggende regler, navnlig forbuddet mod forskelsbehandling på grund af nationalitet (præmis 20).

Dette forudsætter dog, at de pågældende kontrakter under tærskelværdien har en klar grænseoverskridende interesse (præmis 21). En national regel om automatisk udelukkelse af unormalt lave bud vil således ved kontrakter med klar grænseoverskridende interesse være i strid med traktatens grundlæggende regler om fri bevægelighed og i strid med det generelle forbud mod forskelsbehandling. En sådan regel vil også stride mod de ordregivende myndigheders egen interesse (præmis 29).

Den ordregivende myndighed skal vurdere, om en kontrakt under udbudsdirektivernes tærskelværdi har grænseoverskridende interesse, men spørgsmålet skal kunne indbringes for domstolene. Der kan endvidere i den nationale lovgivning fastsættes kriterier for, hvornår en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse, bl.a. kriterier vedrørende kontraktens størrelse og udførelsesstedet (præmis 30-31).

Selvom der foreligger en klar grænseoverskridende interesse, vil en automatisk udelukkelse af unormalt lave bud dog være acceptabel, hvis udelukkelsen er begrundet i et usædvanligt stort antal bud, således at det ville overstige ordregiverens kapacitet at følge udbudsdirektivernes regler om fremgangsmåden ved unormalt lave bud. Kriterier herom kan fastsættes i den nationale lovgivning eller af den ordregivende myndighed selv. Grænsen på 5 tilbud i den italienske lovregel er ikke rimelig (præmis 32-33).

Den italienske ankeinstans skulle foretage en indgående vurdering af, om der forelå en klar grænseoverskridende interesse i hovedsagen (præmis 34).

EF-domstolen besvarede herefter de stillede spørgsmål i overensstemmelse med det anførte.

Følgende bemærkes:

EF-domstolen har i en række tidligere afgørelser statueret, at de ordregivende myndigheder har pligt til at overholde almindelige principper om ligebehandling og gennemsigtighed med hensyn til kontrakter, der ikke er omfattet af udbudspligten efter udbudsdirektiverne, fx dom af 14. juni 2007 i sag C-06/05, Medipac-Kazantzakis. Af disse afgørelser er fremgået, at der derfor gælder en vis form for offentliggørelsespligt for sådanne kontrakter, se fx dom af 21. juli 2005 i sag C-231/03, Coname.

Det synes at være nyt, at disse forpligtelser forudsætter et grænseoverskridende element. Dette er første gang nævnt i dom af 13. november 2007 i sag C-507/03, Kommissionen mod Irland (An Post), som blev afsagt af domstolens store afdeling. Den her resumerede dom følger dette op og uddyber det.

Det nye kriterium om et grænseoverskridende element har dog næppe den store umiddelbare interesse for de danske ordregivende myndigheder. De retningslinjer, der følger af den omtalte praksis fra EF-domstolen, er implementeret i Danmark ved Tilbudslovens afsnit II, som ikke anvender begrebet grænseoverskridende element, og som danske ordregivende myndigheder skal følge under alle omstændigheder.

Retten i Første Instans' dom af 21. maj 2008 i sag T-495/04, Belfass mod Rådet

Udbyderens afvisning af et tilbud, fordi tilbuddet ikke opfyldte et krav i udbudsbetingelserne om et bestemt timetal, skulle ske under overholdelse af reglerne om unormalt lave bud, da disse regler omfatter alle underkriterier. Udbyderen frifundet for krav fra tilbudsgiver om erstatning til dækning af positiv opfyldelsesinteresse, da det ikke var bevist, at tilbudsgiveren ville have fået kontrakten, hvis udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne, og da det tværtimod kunne lægges til grund, at tilbudsgiveren ikke ville have fået kontrakten

Rådet iværksatte et EU-udbud vedrørende rengøring. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Tilbudsvurderingen blev foretaget ved brug af en evalueringsmodel, der tilsyneladende svarede nogenlunde til den evalueringsmodel, der blev anvendt i sagen T-332/03, European Service Network mod Kommissionen, se resuméet af Rettens dom af 12. marts 2008 i denne sag.

I tilbuddene skulle gives oplysning om tilbudsgiverens timesats ved aflønningen af rengøringspersonalet og om antallet af de arbejdstimer, der

ville blive anvendt ved rengøringsarbejdets udførelse. I udbudsbetingelserne var endvidere angivet, at et tilbud ikke ville blive taget i betragtning, hvis tilbudsgiverens timesats lå under en overenskomstmæssig belgisk timesats, og/eller hvis antallet af de arbejdstimer, der ville blive anvendt, lå mere end en bestemt procentdel under gennemsnittet for arbejdstimerne i henhold til alle tilbud.

Udbuddet omfattede to delaftaler. En tilbudsgiver B afgav tilbud vedrørende begge delaftaler. Udbyderen afviste B's tilbud vedrørende delaftale 1 med henvisning til, at B's timepris vedrørende denne delaftale lå under den overenskomstmæssige belgiske mindsteløn. Udbyderen afviste endvidere B's tilbud vedrørende delaftale 2 med henvisning til, at antallet af de arbejdstimer, som B ville anvende i denne delaftale, lå under den omtalte procentdel af gennemsnittet for arbejdstimerne i henhold til alle tilbud.

B anlagde herefter sagen og gjorde forskellige anbringender gældende. Retten tog stilling til sagen således:

1) Ad et anbringende vedrørende afvisningen af B's tilbud om delaftale 1 gående ud på (stærkt sammentrængt gengivet), at udbyderen burde have indset, at angivelsen af timesats i B's tilbud skyldtes en regnefejl, hvorfor udbyderen burde have foretaget nærmere undersøgelser:

Ikke taget til følge med henvisning til, at der af nærmere angivne grunde ikke var tale om en åbenlys fejl i B's tilbud som omhandlet i Gennemførelsesforordningens artikel 148, stk. 3. Udbyderen kunne derfor ikke kritiseres for ikke at have givet B mulighed for at berigtige fejlen (præmis 71).

Det bemærkes, at den omtalte regel i Gennemførelsesforordningens artikel 148, stk. 3, går ud på, at den ordregivende myndighed »kan« kontakte en tilbudsgiver om en åbenlys skrivefejl i tilbuddet. En tilsvarende regel må antages at gælde for udbud efter udbudsdirektiverne. Det fremgår ikke, om Rettens formulering skal forstås sådan, at en ordregivende myndighed efter omstændighederne har pligt til at tage en sådan kontakt.

2) Ad forskellige anbringender vedrørende afvisningen af B's tilbud om delaftale 2. Disse anbringender gik på den ene side ud på, at klausulen i udbudsbetingelserne om afvisning af tilbud med et lavt antal arbejdstimer i sig selv var diskriminerende m.m., og gik på den anden side ud på, at udbyderen før afvisningen af B's tilbud burde have fulgt fremgangsmåden med hensyn til unormalt lave bud (Gennemførelsesforordningens artikel 139, stk. 1, der svarer til Udbudsdirektivets artikel 55 og lignende bestemmelser i de tidligere udbudsdirektiver).

Retten tog kun stilling til anbringendet om, at udbyderen skulle have fulgt fremgangsmåden ved unormalt lave bud. Rettens udtalelser kan formentlig gengives således (noget sammentrængt og til dels omformuleret):

Gennemførelsesforordningens regel om fremgangsmåden ved unormalt lave bud svarer til de tilsvarende regler i udbudsdirektiverne (præmis 93). Reglen har til formål at sikre en sund konkurrence og indeholder et grundlæggende krav om, at udbyderen skal kontrollere ethvert unormalt lavt bud ved en kontradiktorisk procedure (præmis 97-98). Dette grundlæggende krav finder anvendelse på alle underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, for så vidt som det er muligt at fastlægge en objektiv tærskel for, hvornår et tilbud er unormalt lavt (præmis 100). Udbyderen havde endvidere afvist B's tilbud, fordi

timetallet i tilbuddet var unormalt lavt, og det var derfor en overtrædelse af udbudsreglerne, at udbyderen ikke før afvisningen havde fulgt fremgangsmåden i henhold til Gennemførelsesforordningens regel om unormalt lave tilbud (præmis 103-104).

Retten annullerede herefter udbyderens beslutning om at afvise B's tilbud vedrørende delaftale 2.

En påstand fra B om, at udbyderen skulle erstatte B's manglende for tjeneste ved ikke at have fået kontrakten vedrørende delaftale 2, blev ikke taget til følge, da det ikke var bevist, at B ville have fået denne kontrakt, hvis udbyderen ikke havde afvist B's tilbud om delaftale 2, og da det tværtimod efter sagens oplysninger kunne lægges til grund, at B ikke ville have fået kontrakten (præmis 125-126).

EF-domstolens dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH

Væsentlige ændringer af en udbudspligtig aftale bevirker, at der foreligger en ny aftale med deraf følgende ny udbudspligt. En intern omstrukturering hos ordregiverens medkontrahent er ikke en væsentlig ændring, og det er i princippet heller ikke en væsentlig ændring, at en medkontrahent, der er en juridisk person, skifter ejerkreds. EU-retten indeholder på sit nuværende udviklingstrin ikke et forbud mod tidsubegrænsede aftaler om tjenesteydelser. En aftaleklausul om uopsigelighed i en kortere periode medfører ikke risiko for konkurrencefordrejning under forudsætning af, at den ikke systematisk genindsættes

I 1994, dvs. før Østrigs tiltrædelse af fællesskabet, indgik den østrigske stat en aftale med et østrigsk nyhedsagentur, APA, om adgang til nogle databaser og adgang til at udsende pressemeddelelser. Aftalen indeholdt forskellige regler om vederlaget herfor. Det var et led i aftalen, at den tidligst kunne opsiges pr. 31. december 1999.

APA er et andelsselskab, hvis andelshavere er den østrigske radiofoni og stort set alle østrigske dagblade.

I 2000 oprettede APA et andelsselskab med betegnelsen APA-OTS, i hvilket APA ejer alle andele, og overførte nogle aktiviteter til APA-OTS. Den omtalte aftale med den østrigske stat blev i forbindelse hermed i hvert fald delvis ændret til at angå APA-OTS i stedet for APA.

I 2001 blev aftalens regler om vederlag ændret på forskellig måde i forbindelse med, at Østrig overgik til Euro.

I 2005 blev aftalen ændret på ny, dels ved forlængelse af uopsigeligheden til 31. december 2008, dels ved ændring af en rabatbestemmelse.

I 2006 klagede et andet nyhedsagentur til et østrigsk klageorgan og gjorde gældende, at der skulle have været foretaget EU-udbud før ændringen i 2000 af aftalen til at angå APA-OTS og før ændringerne af aftalen i 2001 og 2005.

Klageorganet forelagde sagen for EF-domstolen med 7 spørgsmål. De første tre spørgsmål kan yderst sammentrængt og omformuleret gengives således:

Spørgsmål 1: Var det i strid med Tjenesteydelsesdirektivet, at ændringen af aftalen i 2000 til at angå APA-OTS skete uden forudgående EU-udbud, og har det betydning i denne forbindelse, at APA kan videreoverdrage andelene i APA-OTS?

Klagenævnet for Udbud

Spørgsmål 2: Var det i strid med Tjenesteydelsesdirektivet, at ændringen af aftalen i 2000 i forbindelse med Østrigs overgang til Euro skete uden forudgående EU-udbud?

Spørgsmål 3: Var det i strid med Tjenesteydelsesdirektivet, at ændringen af aftalen i 2005 skete uden forudgående EU-udbud?

De øvrige spørgsmål, dvs. spørgsmål 4-7, angik traktatens forbud mod misbrug af dominerende stilling m.m. samt forholdet mellem første kontroldirektiv og klagereglerne i den østrigske lovgivning.

EF-domstolen kommenterede spørgsmål 1-3 udførligt og udtalte herunder bl.a.:

Generelt: Selvom den oprindelige aftale blev indgået før Østrigs tiltrædelse af fællesskabet, finder fællesskabsreglerne anvendelse på aftalen (præmis 28). Ændring af en udbudspligtig aftale bevirker, at der foreligger en ny aftale, hvis de nye bestemmelser i aftalen er væsentligt forskellige fra de oprindelige bestemmelser og derfor bærer præg af, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens væsentlige elementer. (Præmis 34. Den danske oversættelse af denne præmis forekommer usikker, hvorfor resuméet her bygger på den franske og den tyske version af dommen).

Ad spørgsmål 1: Ændringen af aftalen i 2000 til at angå APA-OTS var ikke en væsentlig ændring, men var derimod en intern omstrukturering hos ordregiverens medkontrahent (præmis 45). Ændringer i ejerkredsen for en medkontrahent, der er en juridisk person, er endvidere i princippet ikke en væsentlig ændring (præmis 51-52).

Ad spørgsmål 2: Ændringen af aftalen i 2001 som følge af Østrigs overgang til Euro var en ikke-væsentlig justering (præmis 57-69).

Ad spørgsmål 3: Forlængelsen af uopsigeligheden ved aftalen i 2005 var ikke en væsentlig ændring (præmis 79). Herved henvist til, at der ikke på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er noget til hinder for tidsbegrænsede tjenesteydelsesaftaler (præmis 74). Desuden henvist til, at aftalen ikke var blevet opsagt, således at der ved ændringen i 2005 kun var tale om en forlængelse på 3 år, og til, at det ikke var påvist, at en sådan uopsigelse indebærer risiko for konkurrencefordrejning under forudsætning af, at den ikke systematisk genindsættes i aftalen (præmis 79). Ændringen af rabatbestemmelsen var endvidere af nærmere angivne grunde ikke væsentlig (præmis 81-87).

EF-domstolen besvarede spørgsmål 1-3 i overensstemmelse med det anførte og fandt det herefter uforholdsmæssigt at besvare de øvrige spørgsmål (præmis 89).

Retten i Første Instans' dom af 10. september 2008 i sag T-59/05, *Evropaïki Dynamiki mod Kommissionen*

Når en forbigået tilbudsgiver har anmodet om en begrundelse for tildelingsbeslutningen, er det ønskeligt, at udbyderen sender tilbudsgiveren evalueringsdokumentet, om nødvendigt med udeladelse af fortrolige oplysninger

Kommissionen iværksatte et udbud vedrørende en tjenesteydelse. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige bud på grundlag af et underkriterium om pris og følgende kvalitative underkriterier (stærkt sammentrængt gengivet): 1. kvaliteten af den tilbudte løsning, 2. løsningens opfyldelse af udbyderens behov og 3. kvalitetskontrol.

Tilbudsvurderingen blev foretaget ved brug af følgende evalueringsmodel:

Tilbuddene fik tildelt points i relation til hvert af de kvalitative underkriterier inden for en skala med et nærmere angivet maksimum for hvert underkriterium, således at tilbuddene højst kunne få 100 points for de kvalitative underkriterier tilsammen. Fastsættelsen af de enkelte maksima var udtryk for en indbyrdes vægtning af de kvalitative underkriterier. Tilbud, der ikke opnåede mindst 50 % af de mulige points pr. kvalitativt underkriterium og mindst 65 points tilsammen for de kvalitative underkriterier, blev ikke taget i betragtning. De opnåede points blev divideret med tilbudsgiverens vægtede tilbudspris, og det tilbud, der herved opnåede det højeste tal, var det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Udbyderen udfærdigede et evalueringsdokument om tilbudsvurderingen.

Sagen var anlagt af en tilbudsgiver, der ikke havde fået kontrakten, idet tilbudsgiverens tilbud ved den omtalte beregning var blevet placeret som nr. 4.

Sagsøgeren gjorde forskellige anbringender gældende, men fik ikke medhold i nogen af dem. Kun et anbringende om, at udbyderen havde givet en utilstrækkelig begrundelse for tildelingsbeslutningen, og Rettens udtalelser om dette anbringende skønnes at have almen udbudsretlig interesse.

Fra Rettens udtalelser om det omtalte anbringende kan nævnes:

Selvom udbyderens evalueringsdokument var beklageligt kortfattet, opfyldte det udbyderens forpligtelse til (dvs. efter anmodning) at give en begrundelse for tildelingsbeslutningen (præmis 133).

Når en tilbudsgiver har anmodet om en begrundelse for tildelingsbeslutningen, er det ønskeligt, at udbyderen sender tilbudsgiveren evalueringsdokumentet, om nødvendigt med udeladelse af fortrolige oplysninger (præmis 135).

Retten i Første Instans' dom af 10. september 2008 i sag T-272/06, Europaïki Dynamiki mod EF-domstolen

Annulation af beslutning om ikke at prækvalificere en tilbudsgiver som følge af, at udbyderen havde givet en urigtig og vildledende begrundelse for beslutningen

EF-domstolen iværksatte et begrænset udbud vedrørende en tjenesteydelse. Efter tilbuddenes modtagelse meddelte udbyderen en tilbudsgiver E, at E ikke var blevet prækvalificeret, fordi tilbuddet ikke opfyldte betingelserne herfor. Under en efterfølgende korrespondance henviste udbyderen til, at der efter udbudsbekendtgørelsen skulle prækvalificeres 5 virksomheder, og at E var blevet vurderet som nr. 6. E anlagde herefter sagen ved Retten i Første Instans.

Retten konstaterede:

1) E's tilbud var indgået i tilbudsvurderingen og var blevet vurderet ved denne. Det var således ikke rigtigt, at E ikke var blevet prækvalificeret. Der kunne ikke tages hensyn til et anbringende fra udbyderen om, at vurderingen af E's tilbud blot var sket for en sikkerheds skyld (præmis 36).

2) Udbyderen havde under korrespondancen med E ladet forstå, at E's referencer var for gamle. Dette var imidlertid vildledende, idet udbyderen ikke havde anset alle referencerne som for gamle (præmis 37 ff.).

Retten udtalte, at udbyderen som følge af disse forhold havde handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet og begrundelsesreglen i Finansfor-

ordningens artikel 100 (præmis 43), og annullerede udbyderens beslutning om ikke at prækvalificere E.

Dommen foreligger ikke på dansk, og resuméet ovenfor bygger på den franske udgave af dommen. I resuméet er anvendt ordet »prækvalificere«, der ikke synes at have et umiddelbart sidestykke på fransk, hvor dommen bruger udtryk som udvælge (sélectionner) og tage i betragtning (retenir) m.m.

EF-domstolens dom af 2. oktober 2008, sag C-157/06, Kommissionen mod Italien

Italien havde overtrådt Indkøbsdirektivet ved at tillade offentlige ordregivere at indkøbe helikoptere til politi og brandvæsen uden EU-udbud

Ved denne dom blev det fastslået, at Italien havde overtrådt indkøbsdirektivet 93/36 ved udstede en bekendtgørelse, hvorefter offentlige ordregivere kunne indkøbe helikoptere til politi og brandvæsen uden EU-udbud.

EF-domstolen traf en lignende afgørelse ved dom af 8. april 2008 i sag C 337/05, Kommissionen mod Italien, vedrørende en fast italiensk praksis om indkøb af helikoptere uden EU-udbud.

Refereres i øvrigt ikke, da resultatet forekommer oplagt.

Retten i Første Instans' dom af 8. oktober 2008 i sag T-411/06, Sogelma mod Det Europæiske Genopbygningsagentur

Begrundelsen for udbyderens annullation af et udbud skal i en klar og relevant form angive de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, der ligger til grund for annullationen, men begrundelsen kan være kortfattet og behøver ikke angive samtlige omstændigheder. Det var ikke i strid med udbudsreglerne, at udbyderens beslutning om annullation af udbuddet først blev truffet efter godt 1/2 år

Det Europæiske Genopbygningsagentur (AER), der er en EU-institution, iværksatte i september 2005 et udbud vedrørende fjernelse af ueksploderede bomber i nogle vandveje. Der indkom bl.a. tilbud fra et konsortium med deltagelse af et selskab S.

I marts 2006 anmodede udbyderen tilbudsgiverne om supplerende oplysninger, og i oktober 2006 annullerede udbyderen udbuddet med den begrundelse, at ingen af de modtagne tilbud opfyldte de krævede tekniske betingelser. Udbyderen anførte desuden, at nogle nøglepersoner hos S ikke opfyldte udbudsbetingelsernes krav. Efter at S havde anmodet udbyderen om en uddybning, oplyste udbyderen yderligere, at udbyderen havde valgt at annullere udbuddet og iværksætte et nyt udbud som følge af, at de tekniske omstændigheder var ændret i betydeligt omfang.

Sagen var anlagt af S mod udbyderen med påstand om annullation af udbyderens beslutning om at annullere udbuddet og iværksætte et nyt udbud. Det meste af dommen angår forskellige formelle spørgsmål om overholdelse af søgsmålsfrist og S' kompetence til at anlægge sagen m.m. Disse dele af dommen refereres ikke.

Retten tog stilling til sagens realitet således (gengivet stærkt sammentrængt og af forståelsesgrunde til dels omformuleret):

1) Ad et anbringende fra S om, at udbyderen ikke havde givet tilstrækkelig begrundelse for annullationen af udbuddet og beslutningen om at iværksætte et nyt udbud, og om, at den givne begrundelse var ulogisk og selvmodsigende:

Retten henviste til Finansforordningens artikel 101, hvorefter der skal gives tilbudsgiverne en begrundelse for en beslutning om annullation af et udbud. Retten udtalte videre, at en sådan begrundelse klart og utvetydigt skal angive de betragtninger, som udbyderen har lagt til grund (præmis 119). Begrundelsen skal dog ikke angive samtlige relevante momenter, og det er tilstrækkeligt, at begrundelsen på en kortfattet måde angiver de væsentlige retlige og faktiske omstændigheder i en klar og relevant form (præmis 120). Udbyderen havde endvidere givet en kortfattet, klar og relevant begrundelse (præmis 123). Den givne begrundelse var endvidere ikke selvmodsigende (præmis 130-131) og svarede til den egentlige begrundelse (præmis 142).

Udbyderen blev herefter frifundet for S' annullationspåstand.

2) Ad en erstatningspåstand fra S:

Udbyderen blev frifundet med henvisning til, at udbyderen ikke havde overtrådt udbudsreglerne (præmis 148), og til, at det ikke var retsstridigt, at der var gået mere end 6 måneder mellem udbyderens anmodning om supplerende oplysninger og annullationen (præmis 149). Der var endvidere ikke årsagsforbindelse mellem den begåede tid og S's udgifter til udarbejdelse af tilbud (præmis 150).

EF-domstolens dom af 13. november 2008, sag C-324/07, Coditel Brabant

In house-begrebets kontrolkriterium er opfyldt, hvis der ikke er privat deltagelse i den virksomhed, der er tale om, og hvis virksomhedens formål er at udøve opgaver af offentlig interesse. Dette gælder, selvom virksomhedens ledelse har selvstændige beføjelser, og beslutninger i virksomheden træffes ved stemmeflerhed blandt de offentlige myndigheder, der ejer virksomheden

En belgisk kommune ejede et telekommunikationsnet, der var etableret i kommunens område. Efter at have gjort forgæves forsøg på at finde en koncessionshaver til drift af telekommunikationsnettet eller en køber af nettet meddelte kommunen uden forudgående udbud eller annoncering et fælleskommunalt selskab, Brutélé, koncession på drift af nettet. Kommunen indtrådte samtidig i Brutélé.

Brutélé, der synes at være en væsentlig belgisk teleoperatør, er et andelsselskab, hvis andelshavere er kommuner og en kommunal sammenlutning, der kun består af kommuner.

En belgisk virksomhed, Coditel, der tilsyneladende er en privat teleoperatør, anlagde sag mod kommunen ved en belgisk domstol og gjorde gældende, at kommunen havde overtrådt fællesskabsretten ved tildele Brutélé driften af telekommunikationsnettet uden forudgående offentliggørelse (lidt omformuleret af forståelsesgrunde).

Koncessionen til Brutélé vedrørende driften af telekommunikationsnettet angik en tjenesteydelse, og koncessioner om tjenesteydelser er ikke omfattet af EU-udbudsreglerne. Dette er fastslået i flere domme fra EF-domstolen og er nævnt udtrykkeligt i Udbudsdirektivets artikel 17.

EF-domstolen har imidlertid i flere afgørelser tilkendegivet, at ordregivende myndigheders anskaffelser af ikke-udbudspligtige ydelser skal ske efter en passende offentliggørelse, således dom af 21. juli 2005 i sag C-231/03, Coname (om tjenesteydelseskoncessioner) og dom af 15. maj

2008 i sagerne C-147/06 og C-148/06, Secap (om anskaffelser under tærskelværdien med klar grænseoverskridende interesse).

EF-domstolen har endvidere i nogle afgørelser opstillet to betingelser for, at en virksomhed kan anses for »in house« i forhold til en ordregivende myndighed med den konsekvens, at den ordregivende myndighed kan foretage udbudspligtige anskaffelser fra den pågældende virksomhed uden EU-udbud, således fx dom af 19. april 2007 i sag C-295/05, kaldet Asemfo eller Tragsa. De to betingelser er 1) kontrolkriteriet, dvs. at den ordregivende myndighed skal udøve kontrol med virksomheden svarende til den kontrol, den udøver med sine egne tjenestegrene, og 2) virksomhedskriteriet, dvs. at virksomheden skal udføre hovedparten af sine opgaver sammen med den eller de virksomheder, den ejes af.

Når en virksomhed er in house i forhold til en ordregivende myndighed, kan den ordregivende myndighed således foretage udbudspligtige anskaffelser fra virksomheden uden forudgående udbud. Heraf må så meget mere følge, at en ordregivende myndighed kan foretage ikke-udbudspligtige anskaffelser fra en in house-virksomhed uden den forudgående offentliggørelse med hensyn til ikke-udbudspligtige anskaffelser, som EF-domstolen ellers har foreskrevet, jf. ovenfor. Dette fremgår bl.a. direkte af den her resumerede dom (præmis 26).

Afgørende for den retssag, som Coditel havde anlagt mod kommunen ved en belgisk domstol, var derfor, om Brutélé kunne anses for in house i forhold til kommunen. Den belgiske domstol var i tvivl på dette punkt, idet den anså det for tvivlsomt, om kontrolkriteriet var opfyldt, dvs. om kommunen kunne anses for at udføre samme kontrol med Brutélé som med sine egne tjenestegrene. Tvivlen skyldtes, at kommunen som én andelshaver blandt mange i Brutélé kun havde begrænset indflydelse på Brutélé's dispositioner. Den belgiske domstol stillede derfor EF-domstolen nogle spørgsmål, der sigtede til, om kontrolkriteriet var opfyldt.

EF-domstolen fremsatte i præmis 28 og herefter en lang række udtalelser om kontrolkriteriets indhold. Disse udtalelser sigter efter deres formulering først og fremmest til kontrolkriteriets indhold i relation til tjenesteydelseskoncessioner, men skal utvivlsomt forstås som sigtende til kontrolkriteriets indhold i almindelighed. Fra udtalelserne kan nævnes, gengivet sammentrængt og af forståelsesgrunde til dels omformuleret:

Kontrolkriteriet er ikke opfyldt, hvis den virksomhed, der er tale om, har en eller flere private deltagere (præmis 30 og 32).

Selvom virksomhedens ledende organer har selvstændige beføjelser, er kontrolkriteriet opfyldt, hvis virksomhedens formål er at udføre en opgave af offentlig interesse, således at virksomheden ikke varetager andre opgaver end de opgaver, der hører under de tilsluttede offentlige myndigheder (præmis 38 og 39).

Dette gælder så meget mere i et tilfælde som det foreliggende, hvor de kommuner, der er tilsluttet Brutélé, har særlig indflydelse på Brutélé's aktiviteter i deres eget område (præmis 40, der må forstås således).

Kontrolkriteriet er opfyldt, selvom kontrollen med virksomheden føres i fællesskab af de offentlige myndigheder, der ejer den, således at afgørelser i givet fald træffes ved stemmeflerhed (navnlig præmis 54).

EF-domstolen besvarede herefter de stillede spørgsmål i overensstemmelse med det anførte.

Følgende bemærkes:

Kontrolkriteriet og virksomhedskriteriet blev første gang opstillet i EF-domstolens dom af 18. november 1999 i sag C-107/98, Teckal (ganske kort udtrykt i præmis 50 i denne dom). Begge kriterier er senere uddybet i forskellige afgørelser fra EF-domstolen.

Således som kontrolkriteriet er blevet uddybet i den her resumerede dom, synes det efterhånden nærmest kun at gå ud på, at der ikke må være privat deltagelse i den virksomhed, der er tale om. Hvis denne forståelse er rigtig, er kontrolkriteriets formulering (kontrol svarende til kontrollen med egne tjenestegrene) blevet fuldstændig misvisende.

EF-domstolens dom af 16. december 2008, sag C-213/07, Michaniki

Bygge- og anlægsdirektivets regler om udelukkelse er udtømmende, men er ikke til hinder for fastsættelse af yderligere nationale udelukkelsesgrunde til sikring af ligebehandling og gennemsigtighed under forudsætning af, at sådanne nationale regler ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dette formål. Nationale regler, der afskærer ejere mfl. af visse virksomheder fra at levere til det offentlige, går ud over det nødvendige, hvis reglerne ikke giver mulighed for i det enkelte tilfælde at godtgøre, at der ikke foreligger reel risiko for konkurrencefordrejning

Sagen angår reglerne i det tidligere bygge- og anlægsdirektivs artikel 24 om udelukkelse af tilbudsgivere. Efter disse regler kunne de ordregivende myndigheder udelukke virksomheder, der var under konkurs eller i skatterestance m.m., fra deltagelse i en udbudsprocedure.

(Udbudsdirektivets artikel 45 indeholder lignende regler og indeholder derudover en regel om, at virksomheder, der har deltaget i en kriminel organisation m.m., skal udelukkes).

Med betegnelserne »ejere« og »ejet« sigtes i det følgende til ejere, hovedaktionærer, og ledere mfl.

Den græske forfatning indeholder nogle regler om mediernes ejerforhold med henblik på at sikre demokratiet og modvirke korrupsion. Disse regler går bl.a. ud på, at virksomheder, som leverer til det offentlige, ikke må være ejet af ejere af medievirksomheder eller af ægtefæller og slægtninge til ejere af medievirksomheder.

I henhold til en hjemmel i forfatningen er de nævnte regler udmøntet i en særlig lovgivning. Af denne lovgivning fremgår bl.a., at ægtefæller og slægtninge til ejere af en medievirksomhed kan være ejere af virksomheder, der leverer til det offentlige, hvis de kan godtgøre, at de er økonomisk uafhængige af medievirksomhedens ejer.

Sagen angik en græsk ordregivende myndigheds EU-udbud af et bygge- og anlægsarbejde i henhold til det tidligere bygge- og anlægsdirektiv. Kontrakten blev tildelt en virksomhed, hvis hovedaktionær var slægtning til et bestyrelsesmedlem i en medievirksomhed. Tildelingen skete, efter at et kontrolorgan havde tilkendegivet, at den omtalte hovedaktionær var økonomisk uafhængig af det omtalte bestyrelsesmedlem.

En forbigået tilbudsgiver anlagde ved en græsk domstol sag mod kontrolorganet og den græske stat. Tilbudsgiveren gjorde gældende, at den omtalte lovgivning, hvorefter ægtefæller og slægtninge kan godtgøre økonomisk uafhængighed, er i strid med de nævnte forfatningsbestemmelser.

Den græske domstol forelagde sagen for EF-domstolen med tre spørgsmål, der stærkt omformuleret og sammentrængt kan gives således:

Klagenævnet for Udbud

1) Indeholder Bygge- og anlægsgdirektivets regler om udelukkelse af tilbudsgivere en udtømmende opregning af de tilfælde, hvor der kan ske udelukkelse?

2) Hvis disse regler ikke er udtømmende, er de omtalte græske regler så i strid med proportionalitetsprincippet?

3) Hvis udelukkelsesreglerne i Bygge- og anlægsgdirektivet er udtømmende, er disse regler så i strid med traktaten?

EF-domstolen udtalte (af forståelsesgrunde stærkt sammentrængt og noget omformuleret):

Ad spørgsmål 1: Bygge- og anlægsgdirektivets opregning af udelukkelsesgrunde er udtømmende (præmis 43), men er ikke til hinder for, at medlemsstaterne fastsætter yderligere udelukkelsesgrunde for at sikre principperne om ligebehandling og gennemsigtighed (præmis 47), under forudsætning af, at sådanne udelukkelsesforanstaltninger ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dette formål (præmis 48).

Ad spørgsmål 2: Nationale regler, der generelt afskærer en virksomhed fra at levere til det offentlige på grund af ejerforhold etc., uden at der gives mulighed for at godtgøre, at der ikke foreligger nogen reel risiko for konkurrencefordrejning og korrupsion m.m., går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå ligebehandling og gennemsigtighed (præmis 60 samt 62 og følgende).

Ad spørgsmål 3: Det var uforholdent at besvare dette spørgsmål.

Afgørelsen svarer reelt ganske til EF-domstolens senere afgørelse i dom af 19. maj 2009, Assitur, vedrørende udelukkelsesgrundene i det tidligere tjenesteydelsesdirektiv.