

Fra Storebælt til udbudslov

Dansk Forening for Europaret

10. december 2015

Kirsten Thorup

Introduktion

Danske udbudssager for EU-Domstolen

- C- 243/89, Kommissionen mod Danmark
- C-275/98, Unitron Scandinavia A/S
- C-59/00, Spøttrup Boligforening
- C-336/12, Manova A/S
- C-396/14, MT Højgaard A/S
- C-549/14, Finn Frogne A/S

Storebæltsagen

C-243/89

- Kommissionens påstande:
- Kongeriget har tilsidesat sine forpligtelser efter EØF-traktens artikel 30, 48 og 59 og direktiv 71/395/EØF
- - ved en udbudsbetingelse om, at der i størst muligt omfang skal anvendes danske materialer og forbrugsgods, dansk arbejdskraft og materiel,
- - og ved at forhandle på grundlag af et ikke-konditionsmæssigt tilbud.

C-243/89, præmis 32 og 33

- "...Domstolen skal derfor indledningsvis undersøge den danske regerings anbringende om, at [ligebehandlingsprincippet] ikke er omfattet af direktivet og følgelig udgør et nyt retsgrundlag for det påståede retsbrud"

Dengang som nu!

- ”Det er i så henseende tilstrækkeligt at fastslå, at direktivet ganske vist ikke udtrykkeligt nævner princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, men at forpligtelsen til at overholde dette princip følger af selve hovedformålet med direktivet...”

C-243/89, præmis 37

- "...det følger af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, at samtlige tilbud skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i udbudsbetingelserne for at sikre muligheden for en objektiv sammenligning af de bud, der afgives af de enkelte tilbudsgivere."

C- 243/89, præmis 39

- ”Med hensyn til den danske regerings anbringende om, at den danske lovgivning om offentlige bygge- og anlægsarbejder giver mulighed for at acceptere forbehold, bemærkes, at denne lovgivning kun kan finde anvendelse, såfremt det sker under fuld overholdelse af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, som ligger til grund for direktivet, og som indebærer, at buddene skal være i overensstemmelse med udbudsbetingelserne”

Foreløbige forholdsregler?

- Der er ikke en kendelse fra Domstolen med sagsnummeret C-243/89-R

C-243/89, præmis 28

- ”Den danske regering har for det andet gjort gældende, at den i sin erklæring af 22. september 1989, der blev afgivet for Domstolen under sagen om foreløbige forholdsregler, ikke alene erkendte, at klausulen om dansk indhold var i strid med fællesskabsretten, men også erkendte sit ansvar over for de virksomheder, der havde afgivet tilbud, hvorfor sagen er blevet uden genstand på dette punkt.”

Schlütter: "Vi bygger, uanset hvad
Domstolen siger!"

Henrik v. Holstein, Festskrift til Ole Due

- "Lidt om foreløbige forholdsregler i EU-retten"
- Nu som dengang: en præsidentkompetence, som udgangspunkt en enekompetence.

Henrik v. Holstein

- Foreløbige forholdsregler skal tjene til at opretholde status quo og sikre , at den endelige afgørelse får sin fulde virkning.
- De foreløbige forholdsregler kan ...ikke gå ud over rammerne af den sag, de vedrører. Udsættelse kan kun gives med hensyn til den retsakt, der anfægtes [ie i et annulationssøgsmål].

Henrik v. Holstein

- Ved andre foreløbige forholdsregler kan der ikke foreløbigt sikres en part en retsstilling, der er bedre end den, han kunne opnå på grundlag af en endelig dom, der gav ham medhold.
- Det kan derfor umiddelbart forekomme overraskende, at der i forbindelse med en traktatbrudssag...som foreløbig forholdsregel kan meddeles en medlemsstat forbud eller påbud.

Henrik v. Holstein

- Ved et traktatbrudssøgsmål kan Kommissionen kun opnå, at Domstolen i sin dom statuerer, at den pågældende medlemsstat ved denne eller hin handling eller undladelse har tilsidesat sine forpligtelser efter traktaten.
- De foreløbige forholdsregler går imidlertid ud på, at den pågældende medlemsstat forpligtes til omgående – men dog kun indtil videre – at bringe traktatbruddet til ophør.

Henrik v. Holstein

- De foreløbige forholdsregler går således videre end det, der kan opnås ved en endelig dom.

UfR 2010.303B

- ”Standstill og opsættende virkning i udbudsretten”
- Så længe kontrakt ikke er indgået, er anmodningen om opsættende virkning et meget slagkraftigt middel.

Dernières Lettres...

- Udbudsret er spændende...
- Opsættende virkning er spændende...
- Kombinationen er dødspændende...

C-275/98, Unitron Scandinavia A/S

- Forelæggelse fra Klagenævnet for Udbud.
- Rart at have med ved klagenævnets senere forlæggelse i C-396/14

C-59/00 eller: her går det godt!

- Bent Mousten Vestergaard mod Spøttrup Boligforening.

Tvisten i Spøttrup

- Byggeri under tæskelværdien
- Bent Mousten Vestergaard var billigst
- ”Toikal”vinduer fra Tyskland eller ”Hvidbjerg Vinduet” som krævet – Hvidbjerg 23.743 kr. dyrere
- Forbehold i forbindelse med kontraktindgåelsen
- Efterfølgende krav om merbetaling
- Klagenævnet

Vestre Landsrets forelæggelse

- "... ønsker oplyst, om den omstændighed, at en ordregivende myndighed i udbudsbetingelserne for en...kontrakt, der ikke overskrider tærskelværdien i direktiv 93/97, indsætter en bestemmelse, hvorefter det kræves, at der benyttes et produkt af et bestemt fabrikat, er i strid med traktatens grundlæggende regler og navnlig dens artikel 6 og 30, når kravet ikke ledsages af bemærkningen "eller dermed ligestillet"."

Eller sagt på en anden måde:

- Skal offentlige myndigheder overholde traktatens grundlæggende principper, når man er under tærskelværdien?

Mellemspil, præmis 17

- ”Da besvarelsen af det således omformulerede spørgsmål klart kan udledes af retspraksis og navnlig af dom i sag C-359/93 ... underrettede Domstolen ...Vestre Landsret om, at den havde til hensigt at træffe afgørelse ved begrundet kendelse og anmodede parterne om bemærkninger”

Ingen reaktion

- Bemærk: Afgørelsen er ikke truffet ved dom, men ved begrundet kendelse.
- Bemærk: ikke en problemstilling om "klar grænseoverskridende karakter".

Surprise, surprise!

- Præmis 20:
- ”Selv om visse kontrakter er udelukket fra anvendelsesområdet for EF-direktiverne vedrørende offentlige kontrakter, er de ordregivende myndigheder, der indgår dem, dog forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler.”

C-336/12 Manova

” Som Fanden læser biblen”

- Undervisningsministeriets tilbudsindhentning efter tilbudslovens afsnit II (udbudsdirektivets bilag II B-ydelse)
- Kontrakt om driften af 7 regionale vejledningscentre (studievalg)
- Manova A/S blev prækvalificeret i alle 7 områder, men blev ikke tildelt kontrakt, som i stedet gik til bl.a. Syddansk Universitet (område 5) og Københavns Universitet (område 7).

C-336/12

Klagenævnets kendelse

- Fastsatte kriterier for udvælgelse:
- ”Tilbudsgivere, som ønsker at komme i betragtning, skal ...opfylde de nævnte mindstekrav: 1)....2)Fremlæggelse af ansøgers seneste balance såfremt ansøgeren er forpligtet til at udarbejde balance”
- Ansøgningerne fra Syddansk Universitet og Københavns Universitet indeholdt ikke universitetets seneste balance

C-336/12 Manova

Klagenævnets kendelse, fortsat

- Ministeriet anmodede Syddansk Universitet og Københavns Universitet om at fremsende balancerne, hvilket skete.
- Mellemspil om fejlagtig evaluering.
- Aktindsigt. Manova A/S meddelte, at der var begået fejl ved prækvalifikationen af Syddansk Universitet og Københavns Universitet, idet ansøgningerne skulle have været afvist.
- Klage med 13 påstande

C-336-/12

Klagenævnets kendelse, fortsat

- Påstand 1 og 2:
- Monova A/S påstår ansøgningerne fra de 2 universiteter afvist
- Undervisningsministeriet: ej til formål at forvride konkurrencen, ej mindstekrav om økonomisk formåen, hensynet til at sikre konkurrencen, i det hele ubetænkeligt at indhente balancerne.

Klagenævnets kendelse af 10. marts 2010

- Undervisningsministeriet har handlet i strid med princippet om ligebehandling.
Annulation af tildelingsbeslutningerne.
- Kendelsen indbragt for Østre Landsret, der forelagde
- Behandlet af 3 dommere uden generaladvokat.

EU-domstolens dom, sagsfremstillingen præmis 19

- ”Manova indbragte beslutningerne om at indgå kontrakter med disse universiteter for klagenævnet...som...fastslog, at ministeriet havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved ikke at afvise...anmodningerne om prækvalifikation med den begrundelse, at de ikke havde indleveret deres balancer for tidspunktet for anmodningerne om prækvalifikation, og annullerede dermed kontrakterne”.
- !!!!

Mange skønne citat-egnedede præmisser

- "Anvendelsen af ligebehandlingsprincippet i udbudsprocedurer udgør således ikke et mål i sig selv, men skal bedømmes i lyset af de formål, det forfølger" (29)
- "...artikel 2 i direktiv 2004/18 er ikke til hinder for, at oplysningerne vdrørende budet i enkelttilfælde kan berigtiges eller suppleres, bl.a. fordi de åbenlyst blot kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør"(32)

”EU-Domstolen korrigerer Klagenævnet for Udbud”

- ”Den ordregivende myndighed kan således anmode om, at de oplysninger, der fremgår af en sådan ansøgning, i enkelttilfælde berigtiges eller suppleres, for så vidt som en sådan anmodning vedrører forhold eller oplysninger, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres forelå forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud.” (39)

Som Fanden læser Biblen?

- Det skal imidlertid præciseres, at dette ikke ville være tilfældet, hvis udbudsmaterialet krævede fremsendelse af det manglende dokument eller den manglende oplysning, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet. Det påhviler således den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat (jf....C-496/99P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta...) (40)

C-42/13, Cartier eller: de mente det!

- ”Domstolen har imidlertid allerede fastslået, at det påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat, således at den er forpligtet til fra udbuddet at udelukke en økonomisk aktør, som ikke har fremsendt et dokument eller en oplysning, som var påkrævet, idet aktøren ellers ville blive udelukket fra udbuddet (C-336/12, Manova...præmis 40)” (42)

EU-Ret & Menneskeret, nr. 6, 2013

- Nina Holst-Christensen:
- ”Klagenævnts praksis blev således bekræftet af Domstolen med den præcisering, at ligebehandlingsprincippet inden for udbudsretten finder anvendelse med henblik på at sikre dels den fri bevægelighed for tjenesteydelser, dels adgangen til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater. Det finder således ikke anvendelse i de tilfælde, hvor der ikke er nogen klar grænseoverskridende interesse i forhold til det pågældende udbud.”

C-396/14, MT Højgaard A/S

Eller: mens vi venter!

- Klagenævnets forelæggelse om virkningen af Phils konkurs
- Generaladvokatens forslag af 25. november 2015
- ?
- Det går dog vist an at mene, at klagenævnet nok kan forelægge...

Udbudslovens § 147

- ”Bestemmelsen regulerer et fortolkningssspørgsmål, der er forelagt for EU-Domstolen af Klagenævnet for Udbud, jf. sag C-396/14....Det bemærkes derfor, at hvis EU-Domstolen måtte fastslå en anden retstilstand, end den, der er angivet i lovforslaget, vil EU-Domstolens afgørelse skulle lægges til grund.”
- Rigtigt? Dristigt! Unødvendigt?

C-549/14, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet

- Kontrakt om kontrolrumssoftware indgået i 2008.
Hævebegrundende misligholdelse ?
Tillægsaftale/forligsaftale oktober 2010.
Klagenævnets kendelse af 3. november 2011.
- Indbragt for Østre Landsret, der ved dom af 20. december 2013 ligesom klagenævnet fandt, at den del af forligsaftalen, der angik radiodispatchen, ikke skulle have været udbudt, mens overdragelse af serverfarme skulle have været konkurrenceudsat.

C-549/14, fortsat

- Indbragt for Højesteret
- Forelagt ved kendelse af 30. januar 2015
- ”Skal artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF¹ af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter sammenholdt med EU-Domstolens domme i sag C-454/06, Pressetext og sag C-91/08, Wall AG fortolkes således, at en forligsaftale, der indebærer indskrænkninger og ændringer af parternes oprindeligt aftalte ydelser under en tidligere udbudt kontrakt samt et gensidigt afkald på udøvelse af misligholdelsesbeføjelser med henblik på at undgå en efterfølgende retslig tvist, udgør en kontrakt, der i sig selv er udbudspligtig, hvis det må lægges til grund, at den oprindelige kontrakt er blevet nødlidende.”

Udbudsloven

- Stadigvæk som i Storebælt: Ligebehandling og gennemsigtighed.
- Afsnit V: Offentlige indkøb under tærskelværdierne uden klar grænseoverskridende interesse
- § 193, bemærkningerne: ”Hvis kontrakten ikke har en klar grænseoverskridende interesse, finder principperne, jf. § 2, ikke anvendelse. I dette tilfælde vil en forvaltningsmyndighed kun være omfattet af de almindelige forvaltningsretlige principper.”
- § 193, stk. 5: Vejledning i udbudsloven om den almindelige forvaltningsret.

Udbudslovens § 193, stk. 5

- ”En ordregiver, der foretager indkøb efter denne bestemmelse, skal handle i overensstemmelse med de forvaltningsretlige principper om saglighed, økonomisk forsvarlig forvaltning, forbuddet mod varetagelse af uvedkommende hensyn, ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet.”

Udbudslovens § 185, stk. 1 (direktivbaseret)

- Ordregiveren *kan* bringe en kontrakt til ophør, når
- 1) grundlæggende elementer er ændret og ny udbudsprocedure påkrævet
- 2) leverandøren var omfattet af udelukkelsesgrundene
- 3) alvorlige overtrædelser af EU-retten fastslået af EU-domstolen efter artikel 258

§ 185, stk. 2 (ikke direktivbaseret)

- Ordregiveren *skal* bringe en kontrakt til ophør, hvis tildelingsbeslutningen er annulleret ved endelig afgørelse eller dom
- U1: særlige forhold
- U2: erstatning (positiv opfyldelse)
- U3: afvente nyt udbud
- U4: uden virkning

U4: uden virkning

- Bemærkningerne:
- ”Stk. 2 kan ikke benyttes, såfremt en klager har haft mulighed for at benytte §§ 16 og 17 i Lov om Klagenævnet for Udbud, men grundet klagefrister eller andre proceduremæssige forhold ikke konkret har haft mulighed for at benytte bestemmelserne.”

Tandløs tiger?

- Med § 185, stk. 2, overskrides grænsen mellem udbudsret og kontraktret.
- Klagenævnet har (bortset fra ”uden virkning”) ikke før udbudsloven haft kompetence på kontraktretligt område.
- Mere slagkraftigt våben end nogensinde
- Sammenligning til traktatbrudssagerne

Ringen sluttet?

- Storebæltsagen – en traktatbrudssag, hvor den største trussel lå i anmodningen om opsættende virkning.
- Standstillsagerne i udbudsretten: i lighed hermed et effektiv våben. (Senest kendelse af 4. november 2015, Øresundsbro Konsortiet)
- Udbudslovens § 185, stk. 2?

Evt. flere minutter?

•

?