

Syddansk Universitet, Odense
Det Samfundsvidenskabelige Fakultet



Sekundære hensyn i udbudsretten – med fokus på tildelingsfasen

Secondary considerations in public procurement law – emphasis on the
award phase

Opgaven er udarbejdet af: Mads Raastrup Søndergaard (studerende på Cand.jur.)
Fødselsdag: 4. januar 1995

Vejleder: Carina Risvig Hamer

Juridisk Institut

Afleveringsdato: 2. juni 2020
Antal anslag: 138.798

Tro og love erklæring

Det erklæres herved på tro og love, at undertegnede egenhændigt og selvstændigt har udformet denne rapport. Alle citater i teksten er markeret som sådanne, og rapporten eller væsentlige dele af den har ikke tidligere været fremlagt i anden bedømmelsessammenhæng.

 1/6-2020

MADS RAASTRUP SØNDERGAARD

Abstract

For many years, the political work for better environmental protection and improvement of various social conditions has been high on the political agenda. In this context, legislators have been able to legislate in a wide variety of legal areas in order to promote environmental and social goals. Public procurement law in particular has been one of the legal areas that has received considerable political attention, and with the new 2014 public procurement directive (Directive 2014/24 / EU), the EU has widened the option of protecting the environment and social conditions in the area of public procurement law. In Danish law, the Danish Act on Tender Procedures (udbudsloven) implements the EU legislation for public procurement, as laid down in the 2014 public procurement directive. This thesis will examine how the contracting authority can involve so-called secondary considerations (environmental and social considerations) during the award phase. In addition, the thesis will also look at how the contracting authority ensures that the information and proof provided by the tenderers meet the award criteria. During the award phase, it is possible to include so-called secondary considerations, which are taken into account in the formulation of the award criteria; thus, an award criterion can be formulated so that the offers are evaluated based on how much a product pollutes the environment. The award criteria may also include life-cycle costs. However, the legislation limits the possibility of taking secondary considerations into account, which must be seen in the light of former cases from the Court of Justice of the European Union (ECJ). ECJ has stated that the contracting authority may take into consideration environmental criteria, provided that they are linked to the subject-matter of the contract, do not confer an unrestricted freedom of choice on the authority, are expressly mentioned in the contract documents or the tender notice, and comply with all the fundamental principles of Community law, in particular the principle of non-discrimination. Furthermore, ECJ has stated that the contracting authority must be able to verify effectively whether the tenders submitted by those tenderers meet the award criteria. The thesis concludes that the contracting authority has a broad option to include secondary considerations during the award phase, in particular as to which award criteria are considered to be covered by the requirement »the link to the subject-matter of the contract«, but that this option is limited by the requirements mentioned above by the ECJ.

Indholdsfortegnelse

Indhold

1. Indledning	5
1.2 Indledende bemærkninger til udbudsretten og specialets emne.....	5
1.3 Problemstilling.....	6
1.4 Problemformulering	7
1.5 Metode og retskilder.....	8
1.6 Udbudsrettens retskilder og fortolkning af disse.....	8
1.7 EU-konform fortolkning	11
1.8 Afgrænsning	12
2. Udbudsreglernes primære og sekundære formål	13
2.2 Flere formål.....	13
2.3 Primære formål.....	13
2.4 Sekundære formål	15
3. Udbudsrettens principper	17
3.2 Generelt om udbudsrettens grundlæggende principper	17
3.3 Ikke-diskriminationsprincippet.....	18
3.4 Ligebehandlingsprincippet	19
3.5 Gennemsigtighedsprincippet	20
3.6 Proportionalitetsprincippet.....	20
4. Inddragelse af sekundære hensyn under udbudsprocessen	21
4.2 Hvad er sekundære hensyn.....	21
4.3 Miljøhensyn.....	22
4.4 Sociale hensyn.....	22
4.5 Varetagelsen af sekundære hensyn i udbudsprocedurens forskellige faser	23
5. Varetagelsen af sekundære hensyn under tildelingsfasen	24
5.2 Tildelingsfasen.....	24
5.3 Omkostninger	25
5.3.1 Livscyklusomkostninger.....	26
5.4 Bedste forhold mellem pris og kvalitet	28
5.4.1 Lovligheden af under- og delkriterier.....	30
5.4.1.1 Kriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand	30
5.4.1.2 Kriterierne må ikke tillægge ordregiveren et ubetinget frit valg	32
5.4.1.3 Kriterierne skal være udtrykkelig nævnt i udbudsmaterialet	33

5.4.1.4	Kriterierne skal overholde alle de grundlæggende principper i EU-retten.....	34
5.4.2	Retspraksis fra EU-Domstolen vedr. sekundære hensyn i under- og delkriterierne.....	35
5.4.2.1	Concordia-sagen (C-513/99)	35
5.4.2.2	EVN Wienstrom-sagen (C-448/01)	39
5.5	EU-Kommissionens udarbejdede kriterier med et miljømæssigt aspekt.....	46
5.6	Specifikationer eller tildelingskriterier	46
5.6.1	Kendelse af 15. oktober 2019, HCS A/S Transport & Spedition mod Forsyning Helsingør Service A/S	47
6.	Kontrol og verificerbarhed	49
6.2	Hvorfor er kontrol relevant i forbindelse med varetagelsen af sekundære hensyn	49
6.3	Pligt og ret til at føre kontrol.....	50
6.4	Krav om verificerbarhed.....	50
6.5	Problemer forbundet med kontrol og verificerbarhed af tilbuddenes oplysninger	51
6.6	Testrapporter, certificering og anden dokumentation	52
6.7	Kontrol og verificerbarhed ifm. beregning af livscyklusomkostninger	53
7.	Diskussion og perspektivering	54
7.2	Krav om tilknytning til kontraktens genstand og overholdelse af EU-rettens principper	55
8.	Konklusion	59
9.	Litteratur- og kildeliste	62

1. Indledning

1.2 Indledende bemærkninger til udbudsretten og specialets emne

Udbudsretten byder på en lang række forskellige og komplicerede juridiske problemstillinger af stor relevans for både den private og offentlige sektor. Udbudsrettens regler, som udspringer fra EU-retten, regulerer alene proceduren for offentlige indkøb. Det er derfor indledningsvis vigtigt at forstå, at reglerne ikke regulerer, hvad det offentlige skal købe, da dette valg er op til det offentlige selv at træffe baseret på deres behov og ønsker til det konkrete indkøb. Når det offentlige f.eks. skal købe varer ind, pålægger udbudsreglerne den offentlige indkøber (ordregiveren) at følge en bestemt procedure for indkøbet, således at alle virksomheder (tilbudsgiveren) bl.a. sikres en gennemsigtig proces. Udbudsretten kan hermed siges at være kendetegnet ved at være en lang række af procedureregler, som finder anvendelse, når en række betingelser er opfyldt, herunder at der er tale om offentlige indkøb af varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejde af en vis værdi hos en ekstern part.¹ Sagt på en anden måde vil det sige, at udbudsreglerne sætter kravene til, hvordan udbudsprocessen skal forløbe.

Hvilke specifikke krav, der stilles til udbudsproceduren, afhænger af, hvad der skal indkøbes og til hvilken værdi. Fælles for alle kravene er, at de er udtryk for en række grundlæggende retsprincipper, herunder principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Principperne understøtter udbudsreglernes formål, som kan deles op i en primær og sekundære del.² Udbudsreglerne har først og fremmest til formål at skabe og sikre det indre marked, hvor alle virksomheder, der er etableret i EU, sikres en ufordrejet konkurrence om offentlige kontrakter i samtlige medlemsstater med fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser mv. (se afsnit 2.3). EU har særligt efter den seneste revidering af udbudsreglerne udvidet muligheden for at forfølge andre formål end det, som udbudsreglerne oprindeligt var tiltænkt (se afsnit 2.4). Det skal derfor indledningsvis bemærkes, at det er op til den enkelte ordregiver selv at bestemme, hvorvidt man ønsker at forfølge disse sekundære formål ved at inddrage såkaldte sekundære hensyn i udformningen af udbudsproceduren.³

¹ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 29

² Ibid. side 32-37

³ Ibid. side 660

Emnet for dette speciale vil omhandle det området inden for udbudsretten, som tillader den offentlige indkøber at inddrage en række hensyn, som har til formål at varetage andre ikke-økonomiske hensyn, herunder miljø og sociale hensyn. I varetagelsen af sekundære hensyn vil dette speciale undersøge, hvorvidt disse hensyn kan varetages under tildelingsfasen, og hvordan ordregiveren sikrer sig, at de oplysninger, der er fremlagt af tilbudsgiverne, opfylder kriterierne for tildeling.

1.3 Problemstilling

Når den offentlige sektor hvert år indkøber for flere milliarder kroner, kan det ikke undgås, at stærke interesser kommer i konflikt med hinanden både på national og international plan. Det vurderes, at den offentlige sektor indkøber varer og tjenesteydelser – herunder bygge- og anlægsopgaver – for ca. 370 mia. kr., hvilket svarer til ca. 1/3 af de offentlige udgifter.⁴ Det er altså enorme summer, der købes ind for hvert år. Udbudsproceduren har derfor stor økonomisk betydning for mange private virksomheder, der hvert år konkurrerer om at løse forskellige opgaver for det offentlige. Særligt de små virksomheder vinder flere af de store EU-udbud, hvoraf andelen af virksomheder med under 50 ansatte, der vinder offentlige udbud, er steget med 30 % fra 2015 til 2017.⁵ Politisk og erhvervsmæssigt har udbudsretten derfor en stor relevans for både den private og offentlige sektor.

Reglerne har igennem de seneste år fået mere politik opmærksomhed, hvilket i høj grad skyldes, at man igennem udbudsprocedurerne kan fremme andre politiske sager, som ikke umiddelbart synes at være relevant for udbudsretten. Ligesom dele af befolkningen vælger at ændre deres forbrug af hensyn til de negative sociale og miljømæssige konsekvenser, som nogle indkøb kan have ift. andre indkøb, ligeledes kan offentlige indkøb tænkes anvendt på denne måde. I medierne hører man af og til politikere komme med forslag til, hvordan ændringer i de gældende udbudsregler kan være med til løse samfundsproblemer, som udbudsreglerne oprindeligt ikke var tiltænkt at løse. F.eks. foreslog Enhedslisten i foråret 2019, at man skulle ændre udbudsreglerne således, at en for stor lønforskel inden for samme virksomhed skulle indgå som et element i

⁴ Rapport fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, "Status for offentlige konkurrence", december 2019, side 4

⁵ Rapport fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, "Små virksomheders andel af offentlige kontrakter", 2019, side 1-2

tilbudsvurderingen; er direktørens løn 20 gange højere end manden på gulvet skal dette tælle negativt i vurderingen.⁶ Sådan et forslag vil formentlig hurtigt komme i konflikt med et af udbudsreglernes grundlæggende krav om, at tildelingskriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand (se afsnit 5.4.1.1).

Det er dog ikke alle forslag, der kan siges at være direkte i strid med udbudsrettens grundlæggende regler. Således er det f.eks. i overensstemmelse med udbudsreglerne at varetage miljø og sociale hensyn (sekundære hensyn) i udbuddet under visse omstændigheder. En undersøgelse fra Dansk Erhverv viser, at der også er en stor interesse inden for den private sektor i forhold til grønne offentlige indkøb, da 84% af de adspurgte virksomheder mener, at klima og miljø skal være en parameter, når det offentlige sender opgaver i udbud, mens 53% af de adspurgte virksomheder mener, at det offentlige skal gå så langt som til at stille krav om, at tilbud på offentlige udbud skal bidrage til en reduktion af CO₂-udledningen.⁷ Der er derfor ingen tvivl om, at udbudsretten har stor bevågenhed både inde for den private og offentlige sektor, som begge viser interesse for at anvende udbudsretten til en række formål, der oprindeligt ikke var tiltænkt udbudsområdet.

Men hvor langt må man gå i varetagelsen af disse hensyn? Egner udbudsrettens sig overhovedet til at varetage miljø og sociale hensyn? Hvordan kan ordregiveren sikre sig, at de oplysninger, som skal lægges til grund for tildelingsbeslutningen er korrekte? Disse spørgsmål er centrale og yderst vigtige at forholde sig til, hvis man ønsker en retsudvikling inden for udbudsretten, der går i retning af, at man i højere grad kan varetage miljø og sociale hensyn.

1.4 Problemformulering

Hvorvidt kan ordregiveren varetage sekundære hensyn under tildelingsfasen, herunder med særligt henblik på miljøhensyn, og hvordan sikrer ordregiveren, at de oplysninger, der er fremlagt af tilbudsgiverne, opfylder kriterierne for tildeling?

⁶ <https://nyheder.tv2.dk/udland/2019-05-01-enhedslisten-vil-straaffe-hoje-direktorlonninger-ved-udbud> - besøgt d. 21.02.2020

⁷ <https://www.danskerhverv.dk/presse-og-nyheder/nyheder/sat-fokus-pa-klima-og-miljo-i-offentlige-udbud/> - besøgt sidst den 19.03.2020

1.5 Metode og retskilder

Den retsdogmatiske metode vil i dette speciale anvendes til at finde frem til, hvad der er gældende ret inden for udbudsretten. Begrebet ”gældende ret” skal forstås som det, der faktisk regulerer udbudsproceduren og effektivt efterleves af tilbudsgiveren og ordregiveren. Eftersom det er retskilderne, der danner grundlaget for en forståelse af, hvad der er gældende ret, må udbudsrettens retskilder i første omgang identificeres. Herefter kan retskilderne fortolkes for derved at kunne besvare specialets problemformulering.

1.6 Udbudsrettens retskilder og fortolkning af disse

Udbudsrettens retskilder har sit grundlag i EU-retten, hvorfor de relevante retskilder fra EU-retten vil danne grundlaget for en fortolkning af de gældende danske udbudsregler. Af denne grund kan de danske udbudsregler ikke alene fortolkes ud fra almindelige fortolkningsprincipper og hjemmelsgrundlaget i dansk forvaltningsret, da danske regler, der gennemfører EU-regler, skal fortolkes i overensstemmelse med EU-Domstolens fortolkningsstil (se afsnit 1.7).⁸ Specialet tager udgangspunkt i udbudsloven,⁹ som implementerer udbudsreglerne i dansk ret. Kendelser fra Klagenævnet for Udbud og domme fra de danske domstole vil ligeledes have en stor retskildeværdi i de tilfælde, hvor der indgives en klage eller anlægges sag ved domstolene om påståede tilsidesættelse af udbudsreglerne, dog vil kendelserne og dommene fra domstolene altid være begrænset af de påstande og beviser parterne selv fremlægger under sagens forløb, hvorfor afgørelsernes retskildeværdi vil variere fra sag til sag.¹⁰ Det vil altid være domstolenes endelige afgørelser, der i sidste ende afgør, hvad der er gældende ret.

EU-retten er inddelt i primærret, som består af EU's traktatgrundlag,¹¹ og sekundærret, som består af forordninger, direktiver og beslutninger.¹² De sekundære retskilder (sekundærretten) kaldes også afledte retsakter, da EU med hjemmel i traktatgrundlaget kan skabe juridisk bindende retsakter. Eftersom sekundærretten har hjemmel i primærretten, skal enhver forordning, direktiv eller beslutning/afgørelse fra EU

⁸ Niels Fenger, *EU-rettens påvirkning af dansk forvaltningsret* (2013), side 54

⁹ Udbudsloven, Lov nr. 1564 af 15/12/2015 (herefter ”udbudsloven”)

¹⁰ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 54

¹¹ Traktat om Den Europæiske Union (herefter ”TEU”) og Traktat om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (2008/C 115/01) (herefter ”TEUF”)

¹² Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 37-38

fortolkes ud fra EU's traktatgrundlags bestemmelser og principper, som sætter rammen for EU's kompetencer og politikområder, jf. TEU art. 5, stk. 2.¹³ 2014-udbudsdirektivet¹⁴ er i dansk ret gennemført ved udbudsloven. 2014-udbudsdirektivet afløser 2004-udbudsdirektivet,¹⁵ som i 2004 samlede de daværende tre udbudsdirektiver om henholdsvis bygge- og anlægskontrakter,¹⁶ indkøb af varer¹⁷ og tjenesteydelser¹⁸ i et direktiv. Præambelbetragtninger til 2014-udbudsdirektivet vil ligeledes indgå i fortolkningen af selve direktivet. EU-Domstolen har i denne sammenhæng udtalt, at en betragtning "(...) kan være et vejledende moment ved fortolkningen af en retsregel, men kan ikke i sig selv være en retsregel".¹⁹

EU-Domstolen fastsatte retspraksis vil ligeledes have en stor retskildeværdi inden for udbudsretten. EU-Domstolen har i mange sager fastslået, hvordan retsområdet inden for udbudsretten nærmere skal forstås, hvor en række relevante domme fra EU-Domstolen vil analyseres i dette speciale med henblik på at finde frem til, hvad der er gældende ret. Selvom EU-Domstolen i de sager, som analyseres i dette speciale, ikke forholder sig til selve ordlyden af bestemmelserne i det gældende 2014-udbudsdirektiv, har sagerne stor retskildeværdi, da visse bestemmelser i 2014-udbudsdirektivet bl.a. er udtryk for den retspraksis, som EU-Domstolen har fastlagt.

I dette speciale vil udgangspunktet for fortolkningen af udbudsreglerne ske ved ordlydsfortolkning af bestemmelserne i udbudsloven og 2014-udbudsdirektivet. I tilfælde, hvor en bestemmelse er uklar, anvendes formålsfortolkning til at finde frem til bestemmelsens betydning. Indenfor lovgivningsfortolkning anvendes formålsfortolkning, når en retsregel er uklar, hvilket betyder, at lovens formål må afklares med henblik på at bedre forstå meningen med lovens bestemmelser, der efter en

¹³ Bugge Thorbjørn Daniel m.fl., *Grundlæggende EU-ret* (2011), side 48

¹⁴ Europa Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (herefter "2014-udbudsdirektivet")

¹⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (herefter "2004-direktivet")

¹⁶ Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter

¹⁷ Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb

¹⁸ Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler

¹⁹ C-215/88, pr. 31

indledende ordlydsfortolkning fremstår uklare.²⁰ Der sondres mellem objektiv og subjektiv formålsfortolkning. Ved objektiv formålsfortolkning afklares lovens formål ved alene at forholde sig til selve lovteksten, mens den subjektive formålsfortolkning sker ved læsning af forarbejderne.²¹ Lovbemærkningerne til udbudsloven²² og EU-Kommissionen bemærkninger i forslaget til 2014-udbudsdirektiv²³ vil her udgøre grundlaget for den subjektive formålsfortolkning. Der kan være forskellige opfattelser af, hvilken retskildeværdi forarbejderne skal tillægges, men i sidste ende bidrager de til en bedre forståelse af, hvordan en konkret regel skal forstås.²⁴

Ved fortolkning af udbudsreglerne, som de er udtrykt i udbudsloven, vil det også være vigtigt at undersøge om disse harmonerer med de retsprincipper, som finder anvendelse inden for udbudsretten. Principperne har stor betydning for fortolkningen af udbudsreglerne og kan ikke alene forstås efter den traditionelle danske retlige forståelse, men skal fortolkes ud fra et EU-retsligt perspektiv, eftersom udbudsreglernes retsgrundlag findes i EU-retten.²⁵ Generelt om retsprincipperne kan det siges, at de danner udgangspunktet for, hvordan et bestemt retsområde skal forstås.

Retsprincipperne har ikke nogen klar definition, men de omtales ofte som »almindelige retsgrundsætninger« eller »retningslinje«.²⁶ Udbudsrettens principper siger derfor ikke noget konkret om, hvordan udbudsprocessen skal forløbe. Derimod opsætter principperne rammen for udbudsproceduren, som i sidste ende kommer til udtryk i konkrete retsregler. For at forstå en retsregel må man derfor også forstå princippet, som ligger bag. Udbudsrettens principper er nævnt i 2014-udbudsdirektivets art. 18, stk. 1, som er implementeret i udbudslovens § 2. Et særligt vigtigt princip inden for udbudsretten er ikke-diskriminationsprincippet, som spiller en betydelig rolle under udbudsprocessen. Princippet må ikke forveksles med ligebehandlingsprincippet, da det EU-retlige ikke-diskriminationsprincip indebærer, at man ikke må forskelsbehandle på grundlag af nationalitet. Det er derfor altafgørende for ethvert udbud, at

²⁰ Jens Evald, *Juridisk teori, metode og videnskab* (2016), side 45

²¹ Ibid.

²² Forslag til Udbudsloven, lovforslag nr. L 19, Folketinget 2015-16 (herefter "Lovbemærkningerne til udbudsloven")

²³ EU-Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb (KOM(2011) 896 endelig) (Herefter "EU-Kommissionens forslag til 2014-udbudsdirektiv")

²⁴ Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode* (2011), side 160

²⁵ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 56

²⁶ Jens Evald, *Juridisk teori, metode, og videnskab*, (2016) side 77

udbudsproceduren overholder de retsprincipper, som udbudsretten bygger på. Dette speciale vil derfor gennemgå udbudsrettens formål og grundlæggende principper med henblik på at besvare specialets problemformulering.

1.7 EU-konform fortolkning

Alle danske regler, der gennemfører EU-regler, skal fortolkes EU-konformt.²⁷ De danske udbudsregler implementerer EU-udbudsdirektiver, hvorfor de danske regler må fortolkes i overensstemmelse med de bagvedliggende direktiver. Der er tale om en fortolkningsforpligtelse, der er begrundet i TEUF art. 288, om medlemsstaternes pligt til at opnå de med direktivernes tilsigtede mål, hvilket understøttes af loyalitetsforpligtelsen efter TEUF art. 4, stk. 3.²⁸ Der var ud fra disse traktatbestemmelser, at EU-Domstolen i dommen C-14/83, Von Colson, fra 1984 første gang fastslog forpligtelsen til EU-konform fortolkning. EU-Domstolen har formuleret forpligtelsen på følgende måde: ”Heraf følger, at ved anvendelsen af national ret, især af bestemmelserne i en national lov, der særligt er vedtaget for at gennemføre direktiv 76/207, er den nationale domstol forpligtet til at fortolke intern ret i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det resultat, der tilstræbes ved traktatens artikel 189, stk. 3”.²⁹ EU-Domstolens henvisning til traktatens art. 189, stk. 3 findes nu i TEUF art. 288. Ifølge EU-Domstolen gælder forpligtelsen til at fortolke EU-konformt, selvom den pågældende nationale bestemmelse er ældre end EU-direktivet.³⁰

Fortolkningsforpligtelsen svarer i denne sammenhæng til forrangsprincippet.³¹ Forpligtelsen til EU-konform fortolkning kan dermed siges at have til formål at harmonisere EU-retten og skabe kohærens mellem EU-retten og nationalretten.³² Det er herefter vigtigt at spørge, hvor langt denne fortolkningsforpligtelse rækker. EU-Domstolen har til dette spørgsmål fastslået, at de nationale retsinstanser er forpligtet til i videst muligt omfang at fortolke nationale retsforskrifter EU-konformt.³³ Det betyder ikke, at de nationale retsinstanser er forpligtet til at tilsidesætte nationale bestemmelser, da EU-konform fortolkning ikke kan gå så langt, at der er tale om fortolkning *contra*

²⁷ Niels Fenger, *EU-rettens påvirkning af dansk forvaltningsret*, (2013), side 54

²⁸ Bugge Thorbjørn Daniel m.fl., *Grundlæggende EU-ret* (2011), side 280

²⁹ C-14/83, Von Colson, pr. 26

³⁰ C-106/89, Marleasing, pr. 8

³¹ Bugge Thorbjørn Daniel m.fl., *Grundlæggende EU-ret* (2011), side 282

³² Jens Evald, *Juridisk teori, metode, og videnskab*, (2016), side 25

³³ C-334/92, Wagner Miret, pr. 20

legem. EU-Domstolen har hertil udtalt, at EU-konform fortolkning begrænses "(...) af generelle retsprincipper, herunder retssikkerhedsprincippet og forbuddet mod tilbagevirkende kraft, og det kan ikke tjene som grundlag for en fortolkning *contra legem* af national ret".³⁴ Ordlyden af den danske bestemmelse kan derfor ikke brydes ud fra en EU-konform fortolkning. Hvor en overensstemmende fortolkning ikke er mulig, har EU-Domstolen dog bestemt, at "(...) den nationale domstol [er] forpligtet til at anvende fællesskabsretten i sin helhed og beskytte de rettigheder, som denne giver private, og den skal herved om nødvendigt undlade at anvende enhver bestemmelse, som under de foreliggende omstændigheder vil kunne føre til et resultat, som er i strid med fællesskabsretten".³⁵ Angående de danske udbudsregler kan det dermed konkluderes, at Klagenævn for Udbud og de danske domstole er forpligtet til at tilsidesætte lovbestemmelserne i udbudsloven, hvis det ikke er muligt at foretage en EU-konform fortolkning af udbudsloven i overensstemmelse med 2014-udbudsdirektivet, og i stedet anvende 2014-udbudsdirektivet direkte.³⁶ Samme opfattelse fremgår ligeledes af lovforslaget til udbudsloven, som fremhæver, at hensigten med udbudsloven ikke er "(...) at regulere udbudsretlige spørgsmål i strid med EU-retten, således som denne til enhver tid fortolkes af EU-Domstolen. Det betyder, at hvis EU-Domstolen i fremtidige sager måtte fastslå en anden retstilstand, end den, der er angivet i lovforslaget, vil EU-Domstolens opfattelse skulle lægges til grund. Udbudsloven skal således fortolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivet, således som dette til enhver tid fortolkes af EU-Domstolen".³⁷ EU-Domstolen har dermed stor betydning for, hvordan udbudsreglerne skal fortolkes, da det i sidste ende er EU-Domstolen, der fastslår retstilstanden inden for udbudsretten. Eksempelvis har EU-Domstolen i flere sager fastslået, hvordan udbudsreglernes formål og de udbudsretlige principper skal forstås.

1.8 Afgrænsning

Specialet kan ikke redegøre for alle udbudsrettens regler og problemstillinger, hvorfor specialets fokus vil være at besvare specialets problemformulering. Hertil vil specialet tage udgangspunkt i udbudsrettens formål og principper, som sammen med

³⁴ C-268/06, pr. 100

³⁵ C-262/97, pr. 40

³⁶ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 45

³⁷ Lovbemærkningerne til udbudsloven, s. 38

udbudsrettens andre retskilder – relevante EU-domme og kendelser fra Klagenævn for Udbud - vil bruges i fortolkningen af de danske udbudsregler, der vedrører tildelingsfasen, som findes i udbudslovens kap. 13 om fremgangsmåde ved tildeling af kontrakter (§§ 159-170). Under tildelingsfasen er det muligt at inddrage såkaldte sekundære hensyn, herunder sociale og miljømæssige hensyn. Specialet vil hovedsageligt have fokus på miljøhensynene. De overordnede krav, der stilles til anvendelsen af tildelingskriterier, der varetager sekundære hensyn, er oftest ens for både de miljømæssige som de sociale hensyn.

Herefter vil der ses på, hvordan ordregiveren sikrer sig, at tilbudsgiverne faktisk kan leve op til disse sekundære hensyn. Det vil undersøges, hvilke muligheder ordregiveren har, når det skal sikres, at de oplysninger, som er fremlagt af tilbudsgiverne, opfylder kriterierne for tildeling. Her vil der også ses på muligheden for at gøre brug af testrapporter, certificering og anden dokumentation efter udbudslovens §§ 47 og 48.

2. Udbudsreglernes primære og sekundære formål

2.2 Flere formål

Udbudsreglerne har - som nævnt i indledningen - både primære og sekundære formål. Årsagen til denne opdeling findes i udbudsreglerne retlige opdeling i EU- og nationalret. Udbudsreglerne har sin baggrund i EU-retten, hvorfor de EU-retlige formål må gå forud for de formål, som medlemsstaterne selv kan fastlægge i egen lovgivning. Opstår der konflikt imellem de EU-retlige formål og nationale formål, har de EU-retlige formål første prioritet, hvorfor de betegnes som henholdsvis primære og sekundære formål. Hvad der nærmere kan siges at være de primære og sekundære formål med udbudsreglerne gennemgås i de følgende afsnit.

2.3 Primære formål

Udbudsreglernes primære formål udspringer fra EU-retten. Alle direktiver skal have hjemmel i EU's traktatgrundlag, hvilket følger af legalitetsprincippet, som udtrykkeligt er fastslået i TEU art. 3, stk. 6. Retsgrundlaget for EU's regulering på udbudsområdet findes i TEUF,³⁸ hvorefter EU har hjemmel til at vedtage foranstaltninger med henblik på harmonisering af EU-medlemsstaternes lovgivning vedr. det indre marked.³⁹ Det

³⁸ TEUF art. 53, stk. 1, art. 62 og art. 114

³⁹ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 32

følger af TEUF art. 26, stk. 1, at EU kan vedtage foranstaltninger med henblik på oprettelse af det indre marked eller sikring af dets funktion i henhold til de relevante bestemmelser i traktaterne. 2014-udbudsdirektivet er sådanne foranstaltninger, der er vedtaget med henblik på oprettelsen og sikring af det indre marked og dets funktioner.⁴⁰ Udbudsreglerne på EU-plan har derfor det primære formål at oprette og sikre det indre marked for offentlige kontrakter.⁴¹ Det indre marked skal her forstås som et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i traktaterne, jf. TEUF art. 26, stk. 2.

At udbudsreglerne på EU-plan har det primære formål at oprette og sikre det indre marked for offentlige kontrakter bekræftes ligeledes af EU-Domstolen, som bl.a. har udtalt, ”(...) at hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige aftaler er at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater”.⁴² Hovedformålet - altså det primære formål - kan hermed siges at have to led. Første led angår den frie bevægelighed (det indre marked), mens det andet led angår adgangen til en ufordrejet konkurrence.

Angående første led fastslår EU-domstolen, at en del af hovedformålet med udbudsreglerne er at sikre *fri bevægelighed*. Den frie bevægelighed er forudsætningen for det indre marked, der indebærer et område uden indre grænser med fri bevægelighed, som defineret i TEUF art. 26, stk. 2. Dette understøttes af præambelbetragtning nr. 1 til 2014-udbudsdirektivet, som nævner, at tildeling af offentlige kontrakter skal ske i overensstemmelse med principperne i TEUF, navnlig fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser.

Angående andet led er det ifølge EU-domstolen en del af hovedformålet med udbudsreglerne at sikre *adgang til en ufordrejet konkurrence* i samtlige medlemsstater. Når EU-domstolen bruger denne formuleringen, henvises der formentlig til, at udbudsreglernes primære formål tillige er, at virksomheder, der er etableret i EU, ikke forskelsbehandles på baggrund af deres nationalitet. Udbudsreglerne har dermed til hensigt, at skabe en udbudsproces, hvori alle virksomheder har en lige adgang til

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Se også Sue Arrowsmith, *EU Public Procurement Law: An Introduction*, kap. 2, side 58

⁴² C-454/06, Pressetext, pr. 31

offentlige kontrakter. Det betyder blandt andet, at udbudsproceduren skal sikre ligebehandling og gennemsigtighed igennem ens vilkår for virksomhederne og lige adgang til de samme informationer på samme tid.⁴³

Der er derfor ingen tvivl om, at det primære formål med udbudsreglerne på EU-plan er at skabe og sikre det indre marked uden indre grænser, hvor alle virksomheder, der er etableret i EU, sikres en ufordrejet konkurrence om offentlige kontrakter i samtlige medlemsstater med fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser mv. i overensstemmelse med bestemmelserne i traktaterne.

2.4 Sekundære formål

EU har med udbudsreglerne tilladt, at man også kan forfølge andre supplerende formål end ovennævnte primære formål. I EU-Kommissionens forslag til 2014-udbudsdirektivet, kan man bl.a. læse, at forslaget har to supplerende formål, hvorefter det ene er at give ordregiveren bedre mulighed for at anvende offentlige indkøb til støtte for fælles samfundsmæssige mål såsom miljøbeskyttelse, bedre ressource- og energieffektivitet, bekæmpelse af klimaændringer, fremme af beskæftigelse og social integration mv.⁴⁴ Herfra kan udledes, at man fra EU's side anerkender, at udbudsreglerne ikke kun forfølger de ovennævnte primære formål, men at man med udbudsreglerne også kan forfølge en række andre sekundære formål, såsom miljøbeskyttelse eller social integration.

Når ordregiveren vælger at forfølge disse sekundære formål, taler man også om, at ordregiveren inddrager såkaldte sekundære hensyn under udbudsprocessen. Hvis en dansk ordregiver ønsker at forfølge sekundære formål, er det vigtigt, at ordregiveren er opmærksom på at udformningen af udbuddet ikke må bryde med udbudsreglernes primære formål, hvilket vil sige at udbuddet ikke må udformes således, at det udgør en hindring for den frie bevægelighed eller kunstigt indskrænke konkurrencen, jf. bl.a. 2014-udbudsdirektivets art. 18, stk. 1, 3. pkt. Konkurrencen anses for at være kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt, jf. 2014-udbudsdirektivets art. 18, stk. 1, 4.

⁴³ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 33

⁴⁴ EU-Kommissionens forslag til 2014-udbudsdirektivet, side 2

Vælger ordregiveren at varetage miljø eller sociale hensyn, vil den økonomiske pris for indkøbet ofte være højere, end hvis ordregiveren ikke havde valgt at inddrage disse sekundære hensyn. Allerede her fastsætter udbudsreglerne en begrænsning for muligheden at forfølge sekundære formål, da udbudslovens § 161 bestemmer, at ordregiveren skal tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet *det økonomisk mest fordelagtige tilbud*. Er den pågældende ordregiver omfattet af forvaltningsretlige regler, finder de forvaltningsretlige principper anvendelse, herunder princippet om at offentlige myndigheder skal handle økonomisk forsvarligt,⁴⁵ hvilket også sætter nogle grænser for, hvad det offentlige kan købe.⁴⁶ Hvordan muligheden for at forfølge sekundære hensyn begrænses, hvis ordregiveren vælger at varetage sekundære hensyn under tildelingsfasen, vil undersøges i afsnit 5.

Indenfor dansk ret fastsætter udbudslovens formålsbestemmelse i § 1, at formålet med loven er at fastlægge procedurene for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler. Man kan hermed sige at de danske udbudsregler har til hovedformål at sikre den bedst udnyttelse af offentlige midler via konkurrence,⁴⁷ hvilket også nævnes som noget af det første i indledningen til bemærkninger til lovforslaget: ”Det er afgørende, at der købes effektivt ind, så den offentlige sektor får mest muligt ud af sine indkøb, og sådan at de omkostninger, der er forbundet med udbud for både offentlige myndigheder og tilbudsgivere minimeres”.⁴⁸ Lovbemærkningerne nævner umiddelbart herefter: ”Der er samtidig et stort potentiale i at anvende den offentlige efterspørgsel, så den fremmer kvalitetsudvikling, innovation og bæredygtighed i både den offentlige sektor og det private erhvervsliv”.⁴⁹ Der er hermed ingen tvivl om, at det fra lovgiverens side er vigtigere, at de offentlige indkøb sker effektivt, og at udbudsomkostningerne minimeres for både ordregiverne og tilbudsgiverne, end det er at anvende udbudsprocessen til at varetage specifikke sekundære hensyn.

⁴⁵ Se også Karsten Revsbech, *Kommunernes Opgaver – Kommunalfuldmagten mv.*, (2015), side 109

⁴⁶ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 36

⁴⁷ Ibid. side 37

⁴⁸ Lovbemærkningerne til udbudsloven, side 36

⁴⁹ Ibid.

3. Udbudsrettens principper

Udbudsreglernes formål understøttes af udbudsrettens principper, hvorfor disse også spiller en væsentlig rolle i fortolkningen af udbudsreglerne. I praksis er det ofte påstand om brud på de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, der behandles os Klagenævn for Udbud.⁵⁰ Det har derfor stor betydning for enhver ordregiver at forstå udbudsrettens principper, som de konkrete udbudsregler er udtryk for. Når en ordregiver skal sikre sig, at et kommende udbud ikke bryder med udbudsreglerne, må denne tage udgangspunkt i EU-retten, da udbudsrettens principper er EU-retlige principper, der er udledt af EU's traktatgrundlag, hvorfor principperne skal fortolkes i lyset af EU-retten.⁵¹

3.2 Generelt om udbudsrettens grundlæggende principper

Udbudslovens § 2, stk. 1, fastsætter de grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, som skal overholdes ved offentlige indkøb. Derudover bestemmer udbudslovens § 3, stk. 2, at en ordregiver ikke må give økonomiske aktører og ydelser fra lande, der er medlem af EU eller Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, en behandling, der er mindre gunstig end den, der gives økonomiske aktører og ydelser fra Danmark, hvilket medfører et forbud mod diskrimination på grundlag af nationalitet, som også kaldes for princippet om ikke-diskrimination. Udbudslovens § 2, stk. 1 og § 3, stk. 2 gennemfører 2014-udbudsdirektivets art. 18, stk. 1, 1. afsnit, som bestemmer, at ordregiveren skal behandle tilbudsgiverne ens og uden forskelsbehandling og handle på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde.

Som noget nyt bestemmer udbudslovens § 2, stk. 2, at et offentligt udbud ikke må udformes med det formål at udelukke det fra denne lovs anvendelsesområde eller kunstigt begrænse konkurrencen. Bestemmelsen gennemfører 2014-udbudsdirektivets art. 18, stk. 1, 2. afsnit. At ordregiveren ikke må udforme et offentligt udbud med det formål at kunstigt begrænse konkurrencen, kan allerede udledes ud fra ligebehandlingsprincippet, men ”Den sproglige tilføjelse om dette forhold i artikel 18, stk. 1, 2. afsnit, er indsat med det formål at sende et klart signal herom direkte i

⁵⁰ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 56

⁵¹ Ibid.

direktivteksten”.⁵² Der er ingen tvivl om, at det fra lovgiverens side er vigtigt at konkurrencen ikke indskrænkes, hvilket særlig har stor betydning i fasen for kontrakttildelelse. Desuden nævner præambelbetragtning nr. 1 i 2014-udbudsdirektivets, at udbudsproceduren skal ske i overensstemmelse med principperne i TEUF, navnlig fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de principper, der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed. Udbudsrettens principper kan dermed siges at understøtte udbudsreglernes primære formål, der særligt har til hensigt at sikre en ufordrejet konkurrence om offentlige kontrakter. Der vil i de følgende afsnit redegøres kort for disse grundlæggende principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

3.3 Ikke-diskriminationsprincippet

Inden for EU gælder der et generelt forbud mod diskrimination på grundlag af nationalitet, jf. TEUF art. 18. Forbuddet mod diskrimination på grundlag af nationalitet er centralt indenfor for udbudsretten, hvori forbuddet bl.a. medfører, at en dansk ordregiver ikke må give tilbudsgivere fra andre EU-lande, en mindre gunstig behandling end den, der gives til danske tilbudsgivere, jf. udbudslovens § 3, stk. 2. ”Derudover er bestemmelsen ikke til hinder for, at en ordregiver stiller krav om dansktalende personale, hvis det i den konkrete situation er sagligt krav at stille sådan et krav”.⁵³ Ifølge udbudslovens § 3, stk. 1, gælder der ligeledes et forbud mod at diskriminere danske virksomheder, hvilket kaldes for omvendt diskrimination. Ikke-diskriminationsprincippet adskiller sig fra ligebehandlingsprincippet ved at indeholde et forbud mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, mens ligebehandlingsprincippet indeholder et forbud mod alle former for usaglig forskelsbehandling.⁵⁴ Sondringen er vigtig inden for udbudsretten, da de danske udbudsregler udspringer fra EU-retten, hvorfor princippet skal fortolkes i overensstemmelse med TEUF. Ikke-diskriminationsprincippet medfører, at en ordregiver ikke må favorisere nationale tilbudsgivere. Favorisering af nationale tilbudsgivere ville betyde, at potentielle udenlandske tilbudsgivere ville have et mindre

⁵² Lovbemærkningerne til udbudsloven, side 41

⁵³ Lovbemærkningerne til udbudslovens § 3, stk. 2, side 59

⁵⁴ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 58

incitament til at deltage i udbuddet, hvilket ville stride imod udbudsreglerne primære formål om at sikre en ufordrejet konkurrence om offentlige kontrakter i samtlige EU-medlemsstater.

3.4 Ligebehandlingsprincippet

Af lovbemærkningerne nævnes det ift. ligebehandlingsprincippet, at ”Det følger af ligebehandlingsprincippet, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet og proportionalt”.⁵⁵ Ligebehandlingsprincippet kan derfor også siges at indebære et krav om saglighed og proportionalitet, da princippet ikke forbyder, at ordregiverne kan forskelsbehandle tilbudsgiverne, hvis sådan en forskelsbehandling er saglig og proportionel. Før ligebehandlingsprincippet blev skrevet ind i udbudsdirektiverne, fastslog EU-Domstolen følgende: ”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, som (...) bl.a. tager sigte på at udvikle en effektiv konkurrence (...)”.⁵⁶ Ligebehandlingsprincippet understøtter det primære formål med udbudsreglerne, og gælder i alle faser af udbudsprocessen,⁵⁷ hvorfor ordregiveren også bør være opmærksom på, at fastsættelsen af krav og tildelingskriterier ikke strider imod ligebehandlingsprincippet. Det skal dog bemærkes, at ligebehandlingsprincippet ikke stiller krav om, ”(...) at ethvert vilkår i udbudsmaterialet skal være konkurrenceneutralt for alle aktører på markedet. En ordregiver har således ikke pligt til at sænke sine krav til en ydelse, blot fordi en eller nogle få leverandører vil kunne levere det ønskede, hvis kravene i øvrigt er saglige”.⁵⁸ At tildelingskriterier er udformet på sådan en måde, at de giver en eller få virksomheder en konkurrencefordel, betyder ikke nødvendigvis, at disse kriterier er i strid med ligebehandlingsprincippet, så længe disse kriterier er saglige og proportionelle.

⁵⁵ Lovbemærkningerne til udbudslovens § 2, side 57

⁵⁶ C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Storebælt, pr. 33

⁵⁷ C-470/99, Universale-Bau, pr. 93

⁵⁸ Lovbemærkningerne til udbudslovens § 2, side 57

3.5 Gennemsigtighedsprincippet

For at sikre, at ligebehandlingsprincippet er overholdt, må udbudsprocessen være gennemsigtig. EU-Domstolen har på baggrund af ligebehandlingsprincippet udviklet gennemsigtighedsprincippet, da "(...) ligebehandlingsprincippet, som ligger til grund for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter, indebærer en forpligtelse til gennemsækelighed, således at det er muligt at fastslå, at princippet er blevet overholdt (...)".⁵⁹ Gennemsigtighed sikrer, dermed at man kan kontrollere, om ordregiveren har handlet i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.⁶⁰ I udbudsreglerne kommer gennemsigtighedsprincippet bl.a. til udtryk i udbudslovens § 165, stk. 1, hvorefter ordregiveren i udbudsmaterialet skal angive, hvordan ordregiveren vil vægte de fastsatte underkriterier til tildelingskriterierne. Ordregiveren har i henhold til gennemsigtighedsprincippet også pligt til at dokumentere sine handlinger.⁶¹ Klagenævn for Udbud har hertil udtalt: "Indklagede har som en offentlig myndighed, der udbyder en tjenesteydelse efter tjenesteydelsesdirektivet, ansvaret for, at udbudet er foregået i overensstemmelse med EU-udbudsrettens regler, (...)".⁶² Ordregiveren skal dermed kunne dokumentere, at udbudsreglerne er overholdt.

3.6 Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet, som følger af udbudslovens § 2, forpligter ordregiveren til at tilrettelægge og gennemføre udbudsprocessen på en proportional måde, hvilket betyder, "(...) at ordregiveren i sit udbudsmateriale og ved tilrettelæggelsen, samt gennemførelsen af udbudsprocessen, kun skal stille krav til ansøgere og tilbudsgivere, som står i et rimeligt forhold til det konkrete indkøb og ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at imødekomme ordregiverens konkrete saglige behov".⁶³ Med andre ord kan ordregiveren kun stille krav, som er nødvendig og passende ift. formålet med kravet,⁶⁴ hvorfor princippet kan siges at indskrænke hvilke krav, ordregiveren kan stille i forbindelse med et udbud. F.eks. bestemmer 2014-udbudsdirektivets art. 58, stk. 3, 2. afsnit, at fastsatte mindstekrav til tilbudsgivernes minimumsomsætning ikke må være

⁵⁹ C-92/00, Hospital Ingenieure, pr. 45

⁶⁰ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 60

⁶¹ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 61

⁶² Kendelse af 7. august 2003, KAS Transport ved Kim Schrøder mod Århus Kommune, side 11

⁶³ Lovbemærkningerne til udbudslovens § 2, side 58

⁶⁴ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 61

højere end den dobbelte anslåede værdi af kontrakten, hvilket dog er tilladt i behørigt begrundede tilfælde, hvor der er særlige risici forbundet med ydelsen/anskaffelsen. Proportionalitetsprincippet skal særligt ses i lyset af, at princippet – ligesom ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet – understøtter udbudsreglernes primære formål om at sikre en ufordrejet konkurrence om offentlige kontrakter, hvor også små og mellemstore virksomheder har mulighed for at deltage i udbuddet. Når en ordregiver fastsætter, hvilke kriterier en offentlig kontrakt vil blive tildelt efter, skal proportionalitetsprincippet derfor også overholdes.

4. Inddragelse af sekundære hensyn under udbudsprocessen

4.2 Hvad er sekundære hensyn

Sekundære hensyn er ikke defineret i lovgivningen, men hensynene kan siges at omfatte alle de hensyn, der støtter fælles samfundsmæssige mål, og som ikke har et økonomisk aspekt.⁶⁵ Hvad der nærmere skal forstås ved fælles samfundsmæssige mål, er ikke oplistet eller beskrevet nogen steder i lovgivningen, men i forslaget til 2014-udbudsdirektivet nævner Europa-Kommissionen, at forslaget bl.a. har til formål at: ”Give ordregiverne bedre mulighed for at anvende offentlige indkøb til støtte for fælles samfundsmæssige mål såsom miljøbeskyttelse, bedre ressource- og energieffektivitet, bekæmpelse af klimaændringer, fremme af innovation, beskæftigelse og social integration samt sikring af de bedst mulige betingelser for tilvejebringelse af sociale tjenester af høj kvalitet”.⁶⁶ Baggrunden herfor skal findes i Europa 2020-strategien for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst.⁶⁷ Offentlige indkøb spiller derfor en væsentlig rolle i EU’s vækststrategi strategi som et af de markedsbaserede instrumenter, der skal anvendes til at opnå intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst og således sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler, jf. præambelbetragtning nr. 2 til 2014-udbudsdirektivet. Der er hermed ingen tvivl om at EU’s hensigt med 2014-udbudsdirektivet er, at fremme muligheden for inddragelse af sekundære hensyn under udbudsprocessen, og at disse hensyn vægtes højt på EU-niveau.

⁶⁵ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 662

⁶⁶ Se EU-Kommissionens forslag til 2014-udbudsdirektivet, side 2

⁶⁷ EU-kommissionens meddelelse, "Europa 2020 - En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst" (KOM(2010) 2020 endelig)

Det er ikke nyt, at man med 2014-udbudsdirektivet kan varetage disse hensyn under udbudsprocessen. Eksempelvis fulgte det af 2004-udbudsdirektivets art. 26, at de ordregivende myndigheder kunne fastsætte særlige betingelser vedr. kontraktens udførelse, hvis disse var forenelige med fællesskabsretten og de var nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, som navnlig handler om sociale hensyn eller miljøhensyn.

Overordnet set kan de sekundære hensyn deles op i to kategorier af hensyn, som ordregiveren kan vælge at inddrage under udbudsprocessen. De to kategorier omhandler miljø og sociale hensyn.

4.3 Miljøhensyn

Offentlige indkøb, hvor ordregiveren vælger at varetage miljøhensyn, kaldes også for ”Grønne offentlige indkøb”, som har forkortelsen GPP (Green Public Procurement). I Europa-Kommissionens meddelelse om offentlige indkøb for et bedre miljø defineres GPP som "(...) en proces, hvorved offentlige myndigheder erhverver varer, tjenester eller får udført bygge- og anlægsarbejder, som har mindre miljøvirkning målt over levetiden sammenlignet med varer, tjenester og bygge- og anlægsarbejder med samme primære funktion, som ellers ville være erhvervet eller blive udført".⁶⁸ Hvis en ordregiver vælger at varetage miljøhensyn i et udbud, kan denne f.eks. vælge at gøre anskaffelsens miljøpåvirkningen til et konkurrenceparameter, således at der tildeles point efter, hvor lidt anskaffelsen forurener.

4.4 Sociale hensyn

Offentlige indkøb, hvor ordregiveren vælger at varetage sociale hensyn, kaldes også for social ansvarlighed i offentlige indkøb. Offentlige indkøb, der inddrager sociale hensyn, har forkortelsen SRPP (Socially-Responsible Public Procurement). I Europa-Kommissionens vejledning i mulighederne for at varetage sociale hensyn ved offentlige indkøb defineres SRPP som "(...) indkøb, der tager hensyn til et eller flere af følgende sociale aspekter: beskæftigelsesmuligheder, værdigt arbejde, overholdelse af sociale rettigheder og arbejdsmarkedsrettigheder, social integration (herunder handicappede), lige muligheder, tilgængelighed, design for alle under hensyntagen til

⁶⁸ EU-Kommissionens meddelelse, "Offentlige indkøb for et bedre miljø", (KOM (2008) 400 endelig), side 4

bæredygtighedskriterier og spørgsmål i tilknytning til etisk handel og bredere frivillig overensstemmelse med virksomheders sociale ansvar samtidig med at de principper, der er stadfæstet i [TEUF] og i udbudsdirektiverne, overholdes”.⁶⁹ Ønsker ordregiveren at varetage sociale hensyn i et udbud, kan denne f.eks. opsætte et kriterium, hvorefter tilbudsgiverne konkurrerer på, hvem der har den højeste sociale integration for personer med handicap.

4.5 Varetagelsen af sekundære hensyn i udbudsprocedurens forskellige faser

Varetagelse af de sekundære hensyn kan ske i fire forskellige faser under udbudsproceduren. De fire faser er 1) kravspecifikation, 2) udelukkelse, egnethed og udvælgelse, 3) tildelingsfasen og 4) fastsættelsen af kontraktbetingelser.⁷⁰ I dette speciale vil fokus være på, hvorvidt sekundære hensyn (særligt miljøhensyn) kan varetages under tildelingsfasen ved fastsættelse af tildelingskriterier, der har et socialt eller miljømæssigt aspekt (se afsnit 5). Varetagelsen af sekundære hensyn under tildelingsfasen skal dog forstås i tilknytning til de andre faser. F.eks. er det muligt for ordregiveren under faserne for kravspecifikation at fastsætte minimumskrav til ydelsen eller anskaffelsen, som tilbudsgiverne senere kan konkurrere på at opfylde bedst under tildelingsfasen (se afsnit 5.6). Kontraktbetingelser er faste objektive krav, der modsat tildelingskriterierne, ikke har betydning for vurderingen af tilbuddene.⁷¹ Kontraktbetingelserne kan være identisk med kravspecifikationerne, men hvis kontrakten er tildelt en tilbudsgiver, som efter tildelingskriterierne kan levere en bedre kvalitet end den, der er beskrevet i kravspecifikationerne, er det vigtigt, at dette forhold bliver specificeret i kontrakten.⁷² En tilbudsgiver, der f.eks. tildeles en kontrakt om drift af bybusser, fordi denne tilbudsgiver bl.a. kan levere bybusser med det laveste emissionsniveau af drivhusgasser, skal selvfølgelig også leve op til dette i kontraktfasen. Hvordan ordregiveren kan sikre sig, at de oplysninger, der er fremlagt af tilbudsgiverne, opfylder kriterierne for tildeling, behandles i afsnit 6.

⁶⁹ EU-Kommissionen, ”Sociale hensyn ved indkøb - En vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved offentlige indkøb”, 2010, side 7

⁷⁰ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 664

⁷¹ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 670

⁷² Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 397-398

5. Varetagelsen af sekundære hensyn under tildelingsfasen

5.2 Tildelingsfasen

Ethvert udbud handler i sidste ende om at tildele den offentlige kontrakt til en tilbudsgiver, som dermed får lov til at løse den pågældende opgave. Det er under tildelingsfasen, at de afgivne tilbud bliver vurderet af ordregiveren med henblik på at finde den tilbudsgiver, som skal tildeles kontrakten. Før tildelingsfasen indledes, skal ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen angive, hvilke kriterier kontrakten vil blive tildelt efter, samt beskrive evalueringsmetoden, og hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen, jf. udbudslovens § 160, stk. 1. Man kan dermed sige, at tildelingskriterierne sætter rammen for konkurrencen, eftersom tildelingskriterierne omhandler de forhold, som tilbudsgiverne kan konkurrere på.⁷³ Ud fra tildelingskriterierne tillægges tilbuddene point ud fra, hvor godt tilbuddene opfylder disse fastsatte tildelingskriterier, og det tilbud, der opnår det højeste pointtal, tildeles kontrakten.

Det er vigtigt, at ordregiveren holder eventuelle minimumskrav til egnethed adskilt fra tildelingskriterierne, da minimumskravene alene vedrører de forhold, som alle tilbudsgiverne skal leve op til, for at kunne deltage i udbuddet. Sondringen er særligt vigtig for ordregiveren i tildelingsfasen, da denne ikke kan undlade at tildele en kontrakt med henvisning til minimumskravene, hvis disse er opfyldt.⁷⁴ Ordregiveren kan ikke tildele en udbudt kontrakt til en tilbudsgiver, der ikke opfylder minimumskravene til egnethed, jf. udbudslovens § 159, stk. 2, nr. 2. Har ordregiveren ikke fastsat nogle minimumskrav, må ordregiveren heller ikke tillægge dette betydning under tildelingsfasen,⁷⁵ jf. bl.a. klagenævnets kendelse af 3. september 2013, UAB Tauro Zenklas mod Vejdirektoratet.

Tildelingen skal ske på et objektivi grundlag, hvilket vil sige, at de grundlæggende udbudsretlige principper, som angivet i udbudslovens § 2, skal overholdes i udformningen af kriterierne.⁷⁶ Uanset hvilke tildelingskriterier ordregiveren vælger at vurdere tilbuddene efter, gælder det ifølge udbudslovens § 161, at en ordregiver skal

⁷³ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 543

⁷⁴ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 506

⁷⁵ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 505

⁷⁶ Lovbemærkningerne til udbudslovens § 162, side 186

tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Bestemmelsen er en implementering 2014 udbudsdirektivets art. 67, stk. 1, som bruger den samme formulering, nemlig: »*det økonomiske mest fordelagtige tilbud*«. Hvordan ordregiveren identificerer det økonomisk mest fordelagtige tilbud, skal ske ud fra et af de tre forskellige tildelingskriterier, som er oplyst i udbudslovens § 162, stk. 1, nr. 1-3. De tre tildelingskriterier, som ordregiveren kan vælge imellem, er: 1) pris, 2) omkostninger eller 3) bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Det er efter tildelingskriterierne nr. 2 (*omkostninger*) og nr. 3 (*bedste forhold mellem pris og kvalitet*), at ordregiveren har mulighed for at varetage sekundære hensyn under tildelingsfasen. Efter tildelingskriteriet nr. 2, kan ordregiveren varetage miljøhensyn, da det herefter er muligt at vurdere tilbuddene på baggrund af livscyklusomkostninger, som kan have en miljømæssig fordel. Efter tildelingskriteriet nr. 3 kan ordregiveren vurdere tilbuddet på grundlag af en række underkriterier, som har et miljømæssigt eller socialt aspekt, jf. udbudslovens § 162, stk. 3. Der er dog ingen tvivl om, at vælges tildelingskriteriet nr. 1 (*pris*) er det fuldstændig udelukket at vurdere tilbuddene på baggrund af andet end selve prisen.

Hvilke sekundære hensyn ordregiveren kan inddrage under tildelingsfasen er derfor særligt interessant i det tilfælde, hvor ordregiveren vælger at tildele kontrakten efter tildelingskriteriet nr. 2 og 3, da det er under tildelingsfasen, at tilbudsgiverne konkurrerer om, hvem der kan levere de bedste tilbud, der f.eks. giver den bedste miljøbeskyttelse. Men hvad skal der nærmere forstås ved omkostninger og bedste forhold mellem pris og kvalitet? Som ordlyden er, vil prisen stadig skulle indgå som et vurderingselement, når det økonomisk mest fordelagtige tilbud skal findes blandt tilbuddene. Hvilke forhold, der kan siges at være omfattet af begreberne omkostninger og kvalitet, vil undersøges i de nedenstående afsnit.

5.3 Omkostninger

Vælger ordregiveren at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet 2) omkostninger, kan alle former for omkostninger inddrages, jf. udbudslovens § 162, stk. 2, herunder totalomkostninger, som består af indkøbsprisen,

driftsomkostninger og bortskaffelsesværdien.⁷⁷ Derudover kan ordregiveren inddrage livscyklusomkostninger, jf. udbudslovens § 166, som tillige kan indgå som et underkriterium til delingskriteriet 3) bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Totalomkostninger forkortes ofte TCO, som står for Total Cost of Ownership, mens livscyklusomkostninger forkortes LCC, som står for Life-Cycle Costing.

Forskellen på TCO og LCC er, at der ved TCO alene ses på ordregiverens egne interne omkostninger i brugsperioden, hvorimod ordregiveren ved LCC også kan tage eksterne miljøpåvirkninger i betragtning.⁷⁸ TCO har således karakter af omkostninger, der er knyttet til selve ejerskabsperioden, mens LCC omfatter andre omkostninger, der ikke kun knytter sig til selve ejerskabsperioden.⁷⁹ TCO er særligt relevant for ordregiveren, når anskaffelsen/ydelsen er forbundet med betydelige omkostninger under brugstiden eller i forbindelse med afskaffelsen. F.eks. bør ordregiveren ikke blot se på anskaffelsesprisen, hvis ordregiveren selv står for vedligeholdelse.

Ønsker ordregiveren at varetage sekundære hensyn, skal ordregiveren vælge at vurdere omkostningerne ud fra en beregning af livscyklusomkostningerne, da det er her, at ordregiveren kan varetage miljøhensyn. I det følgende afsnit 5.3.1. om LCC vil der ses på de krav, der stilles til anvendelsen af LCC som et tildelingskriterium.

5.3.1 Livscyklusomkostninger

LCC er defineret i udbudslovens § 24, nr. 20, som: ”Alle fortløbende eller sammenhængende faser, herunder forskning og udvikling, der skal udføres, produktion, handel og betingelserne herfor, transport, anvendelse og vedligeholdelse i hele eksistensen af en vare eller et bygge- og anlægsarbejde eller levering af en tjenesteydelse fra erhvervelse af råvarer eller oparbejdelse af ressourcer til bortskaffelse, godkendelse og afslutning af leveringen eller anvendelsen”. LCC kan dermed siges at omfatte »præejerskabsomkostninger«, hvorved forstås omkostninger, der ligger forud for ejerskabsperioden, såsom materialeudvinding, produktion og transport mellem produktionssted til forhandleren mv., og »postejerskabsomkostninger«, hvorved forstås

⁷⁷ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 547

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Steen Treumer (red.) m.fl., *Udbudsloven*, (2016), kap. 11, side 332

omkostninger, der ligger efter ejerskabsperioden, såsom destruktion og genanvendelse.⁸⁰

Omkostningsberegningen af LCC er reguleret i udbudslovens §§ 166-168, som bygger på 2014-udbudsdirektiv art. 68. Beregningen af LCC skal ske efter udbudslovens § 166, som bestemmer, hvilke omkostninger, der kan indgå i beregningen. Beregningen kan omfatte en del af eller alle omkostninger, der er oplyst i udbudslovens § 166, nr. 1, litra a)-d) eller nr. 2. Omkostningerne oplyst i nr. 1 minder om TCO-betragtninger, da der er tale om interne omkostninger, mens nr. 2 omhandler omkostninger, der kan henføres til eksterne virkninger på miljøet.⁸¹ Sidstnævnt omkostning kaldes også for »eksterne LLC«, da disse omkostninger har en vis tilknytning til kontraktens genstand, selvom disse omkostninger ikke afholdes af ordregiveren selv.⁸²

Beregning af LCC kan ifølge udbudslovens § 166, nr. 2, omfatte: ”omkostninger, der kan henføres til eksterne virkninger på miljøet, og som er knyttet til varen, tjenesteydelsen eller bygge- og anlægsarbejdet i løbet af livscyklussen, såfremt deres pengemæssige værdi kan bestemmes og verificeres. Disse omkostninger kan omfatte omkostninger forbundet med drivhusgasemissioner og andre forurenende emissioner og andre omkostninger i forbindelse med modvirkning af klimaændringer”. Ordlyden af bestemmelsen omfatter alene *eksterne virkninger på miljøet*, hvorved skal forstås negative eksternaliteter, som kan indgå i beregningen af eksterne LCC, hvis deres pengemæssige værdi kan bestemmes og verificeres. Beregningen skal ske ud fra tilbudsgivernes egne oplysninger, hvilket i sig selv kan være en udfordring for ordregiveren, da sådanne oplysninger kan være vanskelige at validere⁸³ (se afsnit 6.7). En anden udfordring er, at der ved eksterne LCC kun indgår omkostninger, som ikke bæres af kontraktparterne, hvilket kan medføre en forøgelse af de interne omkostninger.⁸⁴ Ordregiveren vil i sådanne situationer formentlig have et mindre incitament til at inddrage eksterne LCC i beregningen af tilbuddenes omkostninger.

⁸⁰ Steen Treumer (red.) m.fl., *Udbudsloven*, (2016), kap. 11, side 334

⁸¹ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 550

⁸² Steen Treumer (red.) m.fl., *Udbudsloven*, (2016), kap. 11, side 356

⁸³ Steen Treumer (red.) m.fl., *Udbudsloven*, (2016), kap. 11, side 353

⁸⁴ Steen Treumer (red.) m.fl., *Udbudsloven*, (2016), kap. 11, side 356-357

Ordregiveren skal i udbudsbekendtgørelsen eller det øvrige udbudsmateriale anføre, hvilke oplysninger tilbudsgiverne skal fremlægge, og hvilken metode ordregiveren vil anvende til at beregne livscyklusomkostningerne, jf. udbudslovens § 167. Metoden, der skal anvendes til vurdering af omkostninger forbundet med eksterne virkninger på miljøet, skal opfylde de betingelser, som er nævnt i udbudslovens § 168, stk. 1, nr. 1-4. Betingelserne er kumulative og indebærer, 1) at metoden skal være baseret på objektiv verificerbare og ikke-diskriminerende kriterier, 2) at metoden ikke må uretmæssigt favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt, 3) at metoden skal være tilgængelig for alle økonomiske aktører, og 4) at de oplysninger/data som kræves, skal kunne fremskaffes ved en rimelig indsats af tilbudsgiverne, der udviser almindelig påpasselighed. Betingelserne sikrer proportionalitet og gennemsigtighed, når ordregiveren skal anvende en bestemt metode til at beregne LCC.

EU-Kommissionen kan fastsætte obligatoriske fælles metoder til beregning af LCC, jf. 2014-udbudsdirektivets art. 68, stk. 3. Når sådanne metoder foreligger, kan erhvervsministeren gennemføre dem i dansk ret ved en bekendtgørelse, jf. udbudslovens § 168, stk. 2. Sådant en bekendtgørelse er endnu ikke udstedt. Så længe der ikke foreligger en fælles beregningsmetode(r), skal ordregiveren selv fastsætte metoden for beregning af LCC, der opfylder betingelserne i udbudslovens § 168, stk. 1, nr. 1-4.

5.4 Bedste forhold mellem pris og kvalitet

Vælger ordregiveren at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet efter udbudslovens § 162, stk. 1, nr. 3, skal tilbuddet vurderes på grundlag af en række underkriterier, som eksempelvis kan have kvalitative, miljømæssige og sociale aspekter, jf. udbudslovens § 162, stk. 3. Indledningsvis bemærkes det, at ordet pris også kan forstås som omkostninger, herunder livscyklusomkostninger.⁸⁵ Beregningen af prisen kan derfor også ske efter metoden til beregning af livscyklusomkostninger.

Udbudslovens § 162, stk. 3, nr. 1-3, oplister, hvilke forhold underkriterierne kan omfatte. Listen er ikke udtømmende, da den blot indeholder eksempler på mulige kvalitative underkriterier, som ordregiveren kan anvende med henblik på at anskaffe sig

⁸⁵ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 552

de varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejde, som svare bedst til ordregiveren behov.⁸⁶ Af relevans for miljø og sociale hensyn, nævner udbudslovens § 162, stk. 3, nr. 1, at underkriterier kan omfatte kvalitet, herunder tilgængelighed, design for samtlige brugere, sociale, miljømæssige og innovative karakteristika. Umiddelbart fremstår underkriterierne noget brede og vage. F.eks. er det ikke videre præciseret i udbudsloven, hvad underkriteriet ”miljømæssige karakteristika” omfatter. Hertil er det nødvendigt at se på, hvad lovbemærkningerne siger, og hvilke forhold retspraksis har accepteret som værende omfattet af udbudslovens § 162, stk. 3. Eftersom listen ikke er udtømmende, er det endda muligt for ordregiveren at fastsætte andre underkriterier end dem, som er nævnt i § udbudslovens § 162, stk. 3, nr. 1-3, dog skal sådanne underkriterier stadig kunne siges at være kvalitative og overholde de overordnede krav, som gennemgås i afsnit 5.4.1.

Ordregiveren kan vælge at anvende såkaldte delkriterier til de valgte underkriterier for nærmere at specificere, hvordan det enkelte underkriterium opfyldes. Hertil nævner lovbemærkningerne følgende: ”Endvidere har ordregiveren mulighed for i forbindelse med anvendelse af underkriterier at anvende delkriterier. Delkriterier er specifikke kriterier, der ligger til grund for, hvordan tilbudsgivernes tilbud vil blive vurderet på de enkelte underkriterier. For eksempel kan et underkriterium have en række delkriterier tilknyttet, som tilsammen danner basis for, hvordan tilbudsgivernes tilbud vurderes på dette område. Hvis et delkriterium tillægges særlig stor eller særlig lille betydning i forhold til andre delkriterier under samme underkriterium, skal dette angives i udbudsmaterialet”.⁸⁷ For bedre forståelse af, hvilke under- og delkriterier ordregiveren kan lægge til grund for kontrakttildelingen, vil det i første omgang undersøge, hvilke overordnede krav, der stilles til kriterierne. Om et kriterium er lovligt afhænger derfor af om kriteriet overholder de overordnede krav, som er fastsat i lovgivningen og retspraksis. Herefter vil der være muligt nærmere at undersøge, hvordan sekundære hensyn i praksis kan inddrages i tildelingsfasen som under- og delkriterier, samt hvordan disse begrænses af kravene. I de følgende afsnit vil under- og delkriterierne også blive omtalt som »tildelingskriterierne« eller blot »kriterierne«.

⁸⁶ Lovbemærkningerne til udbudslovens § 162, stk. 3, side 186

⁸⁷ Lovbemærkningerne til udbudslovens § 162, side 186

5.4.1 Lovligheden af under- og delkriterier

Når ordregiveren skal fastlægge hvilke under- og delkriterier, tilbuddene vil blive vurderet ud fra, og hvordan disse vil blive vægtet i den samlede vurdering, er det ikke tilstrækkeligt, at ordregiveren alene angiver, at tilbuddene vil blive vurderes ud fra deres miljømæssige aspekter. Det er heller ikke tilstrækkeligt at angive, at tilbuddene vil blive vurderet ud fra, hvem der kan levere det mest socialt ansvarlige tilbud. Udbudsloven og retspraksis opsætter en række krav til udformningen af kriterierne. EU-Domstolen har under Concordia-sagen⁸⁸ i denne forbindelse bemærket, at ordregiveren kan anvende kriterier, der f.eks. har et miljømæssigt aspekt, "(...) for så vidt som disse kriterier er forbundet med kontraktens genstand, ikke tillægger den nævnte ordregivende myndighed et ubetinget frit valg, er udtrykkeligt nævnt i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen og overholder alle de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling".⁸⁹ Disse krav er i dag fastsat i udbudsloven. Det følger tillige af udbudslovens § 164, stk. 1, 2. pkt., at kriterierne også skal sikre mulighed for en effektiv konkurrence, hvilket hænger naturligt sammen med kravet om at kriterierne ikke må give ordregiveren et ubetinget frit valg, som er fastsat i udbudslovens § 164, stk. 1, 1. pkt. Man kan diskutere, hvorvidt der er tale om to særskilte krav eller et samlet krav med to formuleringer, men eftersom udbudslovens nævner begge forhold i samme bestemmelse, og at den effektive konkurrence forudsætter, at ordregiveren ikke har et frit valg mellem tilbuddene, anses det som et samlet krav. Herfra kan der overordnet udledes fire overordnede krav, som ordregiverens skal overholde, hvis ordregiveren ønsker at anvende under- og delkriterier i et aktuelt udbud.⁹⁰ Fælles for alle kravene er, at de er udtryk for de udbudsretlige principper og skal ses i lyset af udbudsrettens formål. De fire overordnede krav vil nærmere analyseres i de følgende afsnit.

5.4.1.1 Kriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand

Kravet om, at kriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand findes i udbudslovens § 163, som gennemfører 2014-udbudsdirektivets art. 67, stk. 3. Først og fremmest skal kriterierne være forbundet med kontraktens genstand, jf. udbudslovens §

⁸⁸ C-513/99, Concordia

⁸⁹ C-513/99, Concordia, pr. 69

⁹⁰ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 553

163, stk. 1. Hvornår et kriterium er forbundet med kontraktens genstand, følger det af stk. 2, at underkriterier er forbundet med kontraktens genstand, når de relaterer sig til de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten, for så vidt angår ethvert aspekt og ethvert trin i deres livscyklus, herunder faktorer, der indgår i 1) den specifikke proces med fremstilling eller levering af eller handel med de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser eller 2) en specifik proces for en anden fase i deres livscyklus.

2014-udbudsdirektivet og udbudsloven fastsætter dermed en bredere forståelse for, hvornår et underkriterium er forbundet til kontraktens genstand.⁹¹ Bestemmelsen er ny i forhold til gældende ret, og baggrunden for bestemmelsen er "(...) et ønske om at integrere sociale og miljømæssige hensyn bedre i offentlige indkøb".⁹² Det er særligt på dette punkt, at 2014-udbudsdirektivet har udvidet ordregiveren mulighed for at inddrage sekundære hensyn i udbuddet, da flere forhold kan siges at være forbundet med kontraktens genstand. Af lovbemærkningerne til § 163, stk. 2 bemærkes følgende:

"Ordregiveren kan med henblik på at integrere sociale og miljømæssige hensyn i udbudsprocedurerne anvende underkriterier eller fastsætte vilkår for gennemførelse af kontrakten, der skal leveres i henhold til den offentlige kontrakt, for så vidt angår alle aspekter og ethvert trin i deres livscyklus. Det kan være lige fra ekstraktion af råmaterialer til produkterne til tidspunktet for bortskaffelse af produktet".⁹³

Underkriterierne, der varetager miljø og sociale hensyn, kan altså relatere sig til alle aspekter eller trin i livscyklussen for kontraktens genstand, herunder faktorer der indgår i produktionsmetoden eller bortskaffelsen af kontraktens genstand, selv om sådanne faktorer ikke udgør en del af indkøbets materielle indhold, jf. udbudslovens § 163, stk. 3. Hvad der menes med, at faktorerne ikke udgør en del af indkøbets materielle indhold, nævner lovbemærkningerne følgende: "Hermed menes, at faktorerne ikke påvirker indkøbets ydelse eller funktion men har en indirekte merværdi, eksempelvis miljøeffektivitet eller social inddragelse".⁹⁴

⁹¹ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 555

⁹² Lovbemærkningerne til udbudslovens § 163, side 186

⁹³ Lovbemærkningerne til udbudslovens § 163, stk. 2, side 186

⁹⁴ Lovbemærkningerne til udbudslovens § 163, stk. 3, side 187

Ordregiveren kan hermed fastsætte underkriterier vedrørende produktionsmetoden, som f.eks. "(...) at fremstillingen af de indkøbte varer ikke omfatter giftige kemikalier, eller at de indkøbte tjenesteydelser leveres ved hjælp af energieffektive maskiner".⁹⁵ Hvor grænsen går for, hvornår et underkriterium kan siges at være forbundet til kontraktens genstand, nævner lovbemærkningerne: "Et underkriterium vedrørende en virksomheds generelle politik kan ikke betragtes som værende en faktor, der vedrører den specifikke proces med fremstilling eller levering, og kan derfor ikke anvendes som underkriterium i denne forbindelse. Ordregiveren kan derfor ikke kræve, at tilbudsgivere har en gældende generel virksomhedspolitik for socialt eller miljømæssig ansvar, da disse ikke er forbundet med kontraktens genstand".⁹⁶ Det kan hermed konkluderes, at kravet, om at kriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand, er gjort bredere i den forstand, at flere forhold anses for at være forbundet med kontrakten genstand ifølge udbudslovens § 163, eftersom ordregiveren i vurderingen af tilbuddene under tildelingsfasen kan lægge vægt på produktionsmetoden og andre faktorer, der indgår i en specifik proces på ethvert tidspunkt i livscyklussen for kontrakten genstand.

5.4.1.2 Kriterierne må ikke tillægge ordregiveren et ubetinget frit valg

At kriterierne ikke må tillægge ordregiveren et ubetinget frit valg mellem tilbuddene, følger af udbudslovens § 164, stk. 1, 1. pkt. På den anden side skal kriterierne sikre mulighed for effektiv konkurrence om kontrakten, jf. udbudslovens § 164, stk. 1, 2. pkt. Kravet er centralt inden for udbudsretten og nævnes i 2014-udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 92, hvorfra det fremgår, at de valgte tildelingskriterier ikke bør give den ordregivende myndighed ubegrænset valgfrihed, og de bør sikre muligheden for effektiv og fair konkurrence. Udbudslovens § 164 gennemfører 2014-udbudsdirektivets art. 67, stk. 4, som bl.a. bestemmer, at kriterierne skal være ledsaget af specifikationer, der giver ordregiveren mulighed for at føre en effektiv kontrol af tilbudsgivernes oplysninger, med henblik på at vurdere, i hvilket omfang tilbuddene opfylder tildelingskriterierne. Kravet spiller dermed også en vigtig rolle i ordregiverens mulighed for at kontrollere de oplysninger og den dokumentation, som tilbudsgiverne har angivet i tilbuddene (se afsnit 6).

⁹⁵ Lovbemærkningerne til udbudslovens § 163, side 187

⁹⁶ Ibid.

Udformningen af kriterierne skal gøre det muligt for ordregiveren at føre en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet med henblik på at vurdere, i hvilket omfang tilbuddene opfylder kriterierne for tildeling. Lovbemærkningerne nævner hertil: ”Såfremt ordregiveren fastsætter kriterier for tildeling, der ikke gør det muligt at foretage en effektiv kontrol af tilbudsgivernes oplysninger, vil disse kriterier være i strid med nærværende bestemmelse, idet et sådanne kriterier ikke garanterer gennemsigtighed og objektivitet i udbudsproceduren”.⁹⁷ Kravet kan dermed siges at være udtryk for gennemsigtighedsprincippet. At kriterierne skal sikre mulighed for en effektiv konkurrence, betyder at kriterierne skal indeholde et konkurrenceelement, eller på anden måde danne grundlaget for en konkurrence, som gør det muligt at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvilket eksempelvis kan ske ”(...) ved at have kriterier, hvor opfyldelsesgraden vurderes, således en bedømmelsen hænger sammen med den konkrete grad af opfyldelse. Jo bedre en tilbudsgiver opfylder et konkret kriterium, jo bedre bedømmelse vil tilbudsgiveren få”.⁹⁸

5.4.1.3 Kriterierne skal være udtrykkelig nævnt i udbudsmaterialet

EU-Domstolen har fastslået, at en ordregiver ikke har ”(...) ret til at anvende bestemmelser om vægtning eller underkriterier for kriterierne for tildeling af ordren, som ikke forudgående er bragt til tilbudsgivernes kundskab (...)”.⁹⁹ At kriterierne forudgående skal bringes til tilbudsgivernes kundskab, betyder, at ordregiveren skal beskrive disse i udbudsmaterialet og angive, hvordan underkriterierne vil vægtes. På den måde sikres det, at underkriterierne og deres konkrete betydning ved tilbudsevalueringen kommer til tilbudsgivernes kundskab forud for et udbud. Hermed overholdes princippet om gennemsigtighed og ligebehandling. Pligten hertil følger af udbudslovens § 160, som bestemmer at ordregiveren i udbudsmaterialet skal angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen. Kravene har ligeledes et konkurrence-element, da muligheden for en effektiv konkurrence om offentlige kontrakter forudsætter, at tilbudsgiverne ved, hvilke kriterier tilbuddene vil blive vurderet ud fra. Klagenævn for Udbud har hertil fastslået, at et underkriterium, der er uklart beskrevet, kan give en

⁹⁷ Lovbemærkningerne til udbudslovens § 164, side 187

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ C-532/06, Lianakis, pr. 38

utilbørlig konkurrencefordel, og underkriteriet vil derfor være "(...) uegnet til at danne grundlag for vurderingen af tilbuddene (...)".¹⁰⁰ Hvis ordregiveren fik lov til at formulere underkriterierne vagt og upræcist, ville man samtidig risikere, at ordregiveren ville få en ubetinget valgfrihed mellem tilbuddene, da det ikke objektivt kunne sikres, hvilke tilbud, der opfyldte de fastlagte underkriterier bedst. Kravet om, at kriterierne skal være udtrykkeligt nævnt i udbudsmaterialet, hænger derfor tæt sammen med kravet i udbudslovens § 164. I lovbemærkningerne hertil, nævnes det bl.a. at: "I henhold gennemsigtighedsprincippet i § 2, skal kriterierne være beskrevet klart og tydeligt. Denne forpligtelse svarer til den forpligtelse til at beskrive kriterierne for tildeling klart og tydeligt, som følger af retspraksis fra EU-domstolen. Herefter skal alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren være formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale, (...)".¹⁰¹ Der er dermed ingen tvivl om, at ordregiveren i udbudsmaterialet skal angive underkriterierne, så de er formuleres klart, præcist og utvetydigt, for dermed at kunne identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Denne angivelse kan ske ved at fastsætte delkriterier til de enkelte underkriterier. Ordregiveren kan på den måde vælge at anvende mere detaljeret delkriterier til at beskrive, hvordan underkriterierne skal forstås. Delkriterierne skal selvfølgelig også være klart formuleret, og Klagenævn for Udbud har bl.a. udtalt: "(...) hvis der fastsættes delkriterier, skal de være så klare, at tilbudsgiverne ved en naturlig læsning af udbudsbetingelserne kan forstå omfanget og betydningen heraf".¹⁰²

5.4.1.4 Kriterierne skal overholde alle de grundlæggende principper i EU-retten
At kriterierne skal overholde alle de grundlæggende principper i EU-retten, er fastslået af EU-domstolen. I ATI-sagen¹⁰³ fastslog EU-Domstolen med henvisning til Concordia-sagen, "(...) at de af den ordregivende myndighed fastlagte kriterier for tildeling (...) navnlig skal overholde de grundlæggende principper om ligebehandling, princippet om forbud mod forskelsbehandling og princippet om gennemsigtighed".¹⁰⁴ I præambelbetragtning nr. 1 til 2014-udbudsdirektiv bemærkes det ligeledes, at tildeling

¹⁰⁰ Kendelse af 4. marts 2010, Dansk Flygtningehjælp mod Hvidovre Kommune, side 24-25

¹⁰¹ Lovbemærkningerne til udbudsloven, side 187

¹⁰² Kendelse af 15. juni 2015, Grøn Sol A/S mod Aarhus Kommune, side 13

¹⁰³ C-331/04, ATI

¹⁰⁴ C-331/04, ATI, pr. 21

af offentlige kontrakter skal ske i overensstemmelse med principperne i TEUF. Herfra kan det udledes, at ordregiveren f.eks. kan anvende miljøkriterier eller andre underkriterier, der har et socialt aspekt, hvis disse kriterier er i overensstemmelse med de grundlæggende principper i EU-retten. Om et underkriterium eller dets delkriterier er i strid med de grundlæggende principper i EU-retten, har EU-Domstolen forholdt sig til i en række sager, som vil analyseres i de nedenstående afsnit.

5.4.2 Retspraksis fra EU-Domstolen vedr. sekundære hensyn i under- og delkriterierne

Det er - som redegjort foroven - muligt for ordregiveren at varetage miljø og sociale hensyn under tildelingsfasen, ved at anvende under- og delkriterier, der har et miljømæssigt eller socialt aspekt. Under- og delkriterier, som varetager sekundære hensyn, omtales også som sociale eller miljøkriterier. Man kan også sige, at tildelingskriterierne er social- eller miljøbetingsbet. Nedenfor vil to centrale domme fra EU-Domstolen analyseres med henblik på at klarlægge området, hvor det er muligt at anvende under- og delkriterier, der varetager sekundære hensyn. Retspraksis fra EU-Domstolen er i denne sammenhæng relevant, da EU-Domstolen i en række sager har besvaret præjudicielle fortolkningsspørgsmål, som er indbragt af de nationale domstole, vedrørende muligheden for at anvende tildelingskriterier, som er social- eller miljøbetingsbet.

5.4.2.1 Concordia-sagen (C-513/99)

Som et konkret eksempel på et underkriterium, der havde et miljømæssigt aspekt (miljøkriterium), og hvor EU-Domstolen har taget stilling til miljøkriteriets lovlighed inden for EU-retten, kan nævnes et udbud om kommunale bybustransportydelse. Sagen omhandlede køb af tjenesteydelser i form af busdrift, som ordregiveren Helsingin Kaupunki (herefter Helsinki Kommune) sendte i udbud. Concordia Bus Finland Oy Ab (Herefter Concordia) tabte udbuddet til den vindende tilbudsgiver virksomheden HKL-Bussiliikennet (herefter HKL). Concordia klagede over tildelingen og lagde sag an mod Helsinki Kommune, hvorefter Concordia krævede kontrakttildelingen til busselskabet HKL annulleret. Det særlige ved sagen var, at HKL var ordregiverens (kommunen) eget busselskab. Ifølge udbudsbekendtgørelsen ville kontrakten blive tildelt den virksomhed, der afgav det økonomisk mest fordelagtige bud for Helsinki Kommune, og at der skulle

tages hensyn til tre [under]kriterier, nemlig: 1) den samlede tilbudte pris for varetagelsen af transporten, 2) materiellets kvalitet (busserne) og 3) tjenesteyderens drift inden for området for kvalitet og miljø.¹⁰⁵ *Angående underkriterie nr. 1* om den samlede tilbudte pris, ville det mest fordelagtige bud gives 86 points, mens de resterende tilbud herefter blev beregnet på grundlag af følgende formel: Antal point = prisen på den årlige godtgørelse for driften, der betales for det mest interessante bud, divideret med godtgørelsen, som vedkommende bydende foreslår, multipliceret med 86.¹⁰⁶ *Angående underkriterie nr. 2* om kvaliteten af busmaterielle, kunne der opnås 10 tillægspoints på grundlag af visse [del]kriterier, som bl.a. vedrørte bussernes »nitrogenoxidemissioner« og »støjniveau«.¹⁰⁷ Jo mindre busserne udledte af nitrogenoxid og jo mindre de støjede, jo flere tillægspoints kunne der opnås. *Angående underkriterie nr. 3* om tjenesteyderens drift inden for området for kvalitet og miljø ”skulle der tildeles tillægspoints for en helhed af kvalitative kriterier samt for et program for bevarelse af miljøet, der skulle være attesteret ved certifikation”.¹⁰⁸

Ved underkriterie nr. 1 opnåede Concordia flest point på i alt 86 points, da Concordia leveret det laveste bud, mens HKL opnåede 85,75 points. Ved underkriterie nr. 2 opnåede Concordia -1,44 points, mens HKL opnåede 2,94 points. Begge tilbudsgiver opnåede maksimumpoint på i alt 4 points ved underkriterie nr. 3. HKL vandt dermed udbuddet med i alt 92,69 points mod Concordia, der fik 88,56 points.¹⁰⁹ Havde udbuddet udelukkende vurderet tilbuddene ud fra den samlede tilbudte pris, ville Concordia have vundet udbuddet, men som det fremgår af vægtningen mellem underkriterierne, havde miljøkriteriet afgørende betydning for kontrakttildelingen i den pågældende sag. Concordia indbragte derfor afgørelsen til Kilpailuneuvosto (Konkurrencerådet i Finland), hvor Concordia gjorde gældende, ”(...) at tildelingen af tillægspoints for materiel, hvis nitrogenoxidemissioner og støjniveau ligger under visse grænser, er udtryk for ulighed og forskelsbehandling. Ifølge selskabet blev tillægspointene tildelt for anvendelse af en bustype, som kun én bydende, nemlig HKL,

¹⁰⁵ C-513/99, Concordia, pr. 21

¹⁰⁶ Ibid. pr. 22

¹⁰⁷ Ibid. pr. 23

¹⁰⁸ Ibid. pr. 24

¹⁰⁹ Ibid. pr. 26

reelt havde mulighed for at tilbyde”.¹¹⁰ Konkurrencerådet afviste sagen, som Concordia derefter indbragte for Korkein hallinto-oikeus (domstol i finsk administrationsret), hvor Concordia gjorde gældende, at ”(...) tildelingen af tillægspoints til de mindst forurenende og mindst støjende busser [favoriserede] HKL, som var den eneste bydende, der i praksis havde mulighed for at anvende materiel, der kunne opnå sådanne tillægspoint”.¹¹¹ Spørgsmålet var her, om et miljøkriterium, som det der fremgik af underkriterie nr. 2, var i overensstemmelse med EU-rettens princip om ligebehandling. Hvis svaret var, at miljøkriteriet var i strid med ligebehandlingsprincippet, ville kriteriet være ulovligt, og Concordias tilbud ville dermed overstige det pointtal, som HKL opnåede.¹¹² Den finske domstol stillede derfor følgende præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen: ”Skal Det Europæiske Fællesskabs bestemmelser om offentlige kontrakter fortolkes således, at det alligevel ikke er tilladt at give tillægspoints for ovennævnte egenskaber vedrørende materiellets nitrogenoxidemissioner og støjniveau, såfremt det på forhånd er klart, at den ordregivende bys egen Trafikvæsen, der driver et busnet, har mulighed for at tilbyde materiel, som har de nævnte egenskaber, der på grund af omstændighederne kun kan tilbydes af et fåtal af virksomheder inden for branchen?”.¹¹³ Ifølge EU-Domstolen, tillader de udbudsretlige EU-regler, at en ordregiver kan ”(...) tage hensyn til miljøkriterier, såsom bussernes nitrogenoxidemissioner eller støjniveau, for så vidt som disse kriterier er forbundet med kontraktens genstand, ikke tillægger den nævnte ordregivende myndighed et ubetinget frit valg, er udtrykkeligt nævnt i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen og overholder alle de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling”.¹¹⁴ I Concordia-sagen skulle EU-Domstolen vurdere lovligheden af miljøkriterierne ud fra art. 36, stk. 1, litra a) i direktiv 92/50. Denne bestemmelse findes i dag i 2014-udbudsdirektivet art. 67 med en anden ordlyd, men begge bestemmelser tillader, at ordregiveren anvender underkriterier med et socialt eller miljømæssigt aspekt. Om princippet om ligebehandling er til hinder for, at der kan stilles miljøkriterier som dem, der blev fastsat i underkriterium nr. 2, idet Helsinki Kommunes

¹¹⁰ Ibid. pr. 27

¹¹¹ Ibid. pr. 30

¹¹² Ibid. pr. 32

¹¹³ Ibid. pr. 35, spørgsmål 3)

¹¹⁴ Ibid. pr. 69

egen transportvirksomhed HKL er en af de få virksomheder, der har mulighed for at tilbyde materiel, der opfylder de nævnte delkriterier, svarede EU-domstolen: ”Det fastslås, at forpligtelsen til at overholde princippet om ligebehandling følger af selve hovedformålet med direktiverne om offentlige kontrakter, (...)”,¹¹⁵ og derfor skal tildelingskriterierne ifølge EU-retspraksis¹¹⁶ ”(...) overholde princippet om forbud mod forskelsbehandling, som det følger af traktatens bestemmelser om etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser”.¹¹⁷ EU-Domstolen fastslå hermed, ”(...) at det forhold, at et af de kriterier, den ordregivende myndighed har valgt med henblik på at udpege det økonomisk mest fordelagtige bud, kun kunne opfyldes af et mindre antal virksomheder, heriblandt en virksomhed, der tilhørte den nævnte ordregiver, ikke i sig selv kan udgøre en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling”.¹¹⁸

Sagens centrale spørgsmål er: ”(...) om princippet om ligebehandling er til hinder for, at der tages hensyn til kriterier som de i hovedsagen omhandlede, der er forbundet med beskyttelse af miljøet, idet den ordregivende virksomheds egen transportvirksomhed er en af de få virksomheder, der har mulighed for at tilbyde materiel, der opfylder de nævnte kriterier”.¹¹⁹ Hertil svarede EU-Domstolen ud fra sagen omstændigheder, ”(...) at princippet om ligebehandling ikke er til hinder for, at der tages hensyn til kriterier, som de i hovedsagen omhandlede, der er forbundet med beskyttelse af miljøet, idet den ordregivende myndigheds egen transportvirksomhed er en af de få virksomheder, der har mulighed for at tilbyde materiel, der opfylder de nævnte kriterier”.¹²⁰

Konklusionen er interessant i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt et eller flere miljøkriterier er i overensstemmelse med udbudsrettens principper, herunder princippet om ligebehandling, når disse kriterier kun kan opfyldes af et mindre antal virksomheder, heriblandt ordregiverens egen virksomhed. Som Concordia-sagen viser, er det ikke i strid med ligebehandlingsprincippet, at ordregiveren fastsætter miljøkriterier, selvom det i det konkrete udbud kun lykkes en virksomhed at opnå et højt pointtal ud fra

¹¹⁵ Ibid. pr. 81

¹¹⁶ C-513/99, Concordia, pr. 63, der henviser til C-31/87, Beentjes, præmis 29, og C-225/98, Kommissionen mod Frankrig, præmis 50

¹¹⁷ C-513/99, Concordia, pr. 82

¹¹⁸ Ibid. pr. 85

¹¹⁹ Ibid. pr. 70

¹²⁰ Ibid. pr. 86

miljøkriteriet. Det gør heller ingen forskel, at denne virksomhed ejes af ordregiveren selv. Domstolens konklusionen skal dog altid ses ud fra sagens omstændigheder, som kan være anderledes i andre fremtidige sager og dermed lede til en anden konklusion. Hvis et miljøkriterium er formuleret på en sådan måde, at det er skræddersyet til en bestemt tilbudsgiver, således at det kun er denne, som kan opfylde kriteriet, eller at miljøkriteriet tilgodeser nationale tilbudsgivere, ved f.eks. at lægge vægt på lokale hensyn, og dette miljøkriterium vægtes højt under evalueringen af tilbuddene, vil det formentlig lede til, at dette kriterium er i strid med ligebehandlingsprincippet og/eller ikke-diskriminationsprincippet. Som EU-Domstolen fremhæver i deres konklusion, er ligebehandlingsprincippet ikke til hinder for, at der fastsættes et miljøkriterium, som det i sagen, idet ordregiverens egen virksomhed er »en af de få virksomheder, der har mulighed for at tilbyde materiel, der opfylder de nævnte kriterier«. ¹²¹ Ordregiverens virksomhed er altså ikke den eneste, der kan opfylde de nævnte kriterier, men hvis situationen var den, at ordregiverens virksomhed *var* den eneste, der kunne opfylde de nævnte kriterier, ville konklusionen formentlig være en anden.

5.4.2.2 EVN Wienstrom-sagen (C-448/01)

I EVN Wienstrom-sagen skulle EU-Domstolen forholde sig til, hvorvidt et underkriterium, der havde et miljømæssigt aspekt, var lovligt og forenelig med de EU-udbudsretlige regler og principper. Sagens miljøkriterium omhandlede levering af elektricitet fra vedvarende energikilder. Derudover svarede EU-Domstolen i dommen på en række udbudsretlige spørgsmål, herunder om det i sagens omhandlede miljøkriterium var forbundet med kontraktens genstand. Sagen omhandlede et offentligt udbud om levering af elektricitet ved indgåelse af en rammekontrakt, hvorefter der skulle indgås enkeltkontrakter om at forsyne samtlige offentlige bygninger i Kärnten med elektricitet. ¹²² Tilbuddene skulle indeholde pris pr. kilowatt-time (kWh) i ATS, som skulle gælde hele kontraktperioden, hvori den ikke kunne ændres eller tilpasses, og elforsyningsvirksomheden "(...) skulle forpligte sig til, for så vidt det var teknisk muligt, at levere forbundsmyndighederne elektricitet fra vedvarende energikilder og til under alle omstændigheder ikke at levere elektricitet, som elforsyningsvirksomheden

¹²¹ Ibid.

¹²² C-448/01, EVN Wienstrom, pr. 15

var bekendt med hidrørte fra atomkraftværker”.¹²³ Da ordregiveren skønnede at forbruge 22,5 gigawatt-timer (GWh) årligt, blev det stillet som et krav, at der kun ville kontraheres med tilbudsgivere, der mindst rådede over 22,5 GWh, som var produceret fra vedvarende energikilder, selvom ordregiveren var bevidst om, at ingen forsyningsvirksomhed af tekniske grunde kunne garantere, at strømmen, som den forsyner en bestemt aftager med, virkelig hidrører fra vedvarende energikilder.¹²⁴ ”Endvidere var det angivet, at bud, hvori det ikke var godtgjort, at »den bydende i de to foregående år har rådet over eller købt og/eller i de to kommende år vil råde over eller købe 22,5 GWh elektricitet hidrørende fra vedvarende energikilder, som han har forsynet eller vil forsyne slutbrugerne med«, kunne udelukkes”.¹²⁵

Ud fra dette mindstekrav fastsatte ordregiveren to tildelingskriterier (underkriterier), hvorefter tilbuddene ville vurderes ud fra: 1) nettoprisen pr. kWh med vægt på 55%, og 2) energi fra vedvarende energikilder med vægt 45%.¹²⁶ ”Hvad angår det sidste kriterium blev det bestemt, at der »kun vil blive taget hensyn til den elektricitetsmængde fra vedvarende energikilder, der overstiger 22,5 GWh pr. år, og som den bydende er i stand til at levere«. ¹²⁷ Med andre ord ville der i tilbudsevalueringen ud fra tildelingskriteriet nr. 2 om vedvarende energikilder kun ses på den energimængde, som oversteg ordregiveren årlige energiforbrug.

Der blev afgivet fire tilbud i alt. Konsortiet Kärntner Elektrizitäts-AG og Stadtwerke Klagenfurt AG (herefter KELAG) vandt udbuddet,¹²⁸ mens sagsøgeren, der var en sammenslutningen af to virksomheder EVN AG og Wienstrom GmbH (herefter EVN-Wienstrom), tabte udbuddet.¹²⁹ Ordregiveren fandt, ”(...) at KELAG's bud var det mest fordelagtige af de fire afgivne bud, hvilket bud havde fået det største antal point for hvert af de to tildelingskriterier. Sagsøgerne i hovedsagen modtog færrest points for de to kriterier”.¹³⁰ EVN-Wienstrom sagsøgte herefter ordregiveren med den opfattelse,

¹²³ Ibid. pr. 16

¹²⁴ Ibid. pr. 17

¹²⁵ Ibid. pr. 18

¹²⁶ Ibid. pr. 18

¹²⁷ Ibid. pr. 18

¹²⁸ Ibid. pr. 19

¹²⁹ Ibid. pr. 20

¹³⁰ Ibid. pr. 21

”(…) at flere af bestemmelserne i udbuddet, herunder kriteriet om »vedvarende energikilder«, var ulovlige, (…)”.¹³¹

Til EU-Domstolen blev der stillet fire præjudicielle spørgsmål, hvorefter første spørgsmål omhandler lovligheden af miljøkriteriet om levering af vedvarende energi, hvor EU-Domstolen skulle svare på: ”Forbyder de fællesskabsretlige forskrifter, der gælder for udbud af offentlige kontrakter, herunder navnlig artikel 26 i direktiv 93/36/EØF, at den ordregivende myndighed ved et udbud om levering af elektricitet fastsætter et kriterium, der vægtes med 45%, og hvorefter de bydende pålægges at angive — uden at der er fastsat et bestemt tidspunkt for levering — hvor stor en del af den strøm, de leverer til en ikke nærmere bestemt kundekreds, hidrører fra vedvarende energikilder, og hvorefter den bydende, der angiver den største mængde, opnår maksimumspoint, og hvorved der kun tages hensyn til den mængde, der overstiger det i henhold til den udbudte kontrakt forventede forbrug?”.¹³² EU-Domstolen skulle særligt forholde sig til art. 26 i direktiv 93/36, som i dag findes i 2014-udbudsdirektivet art. 67 med en anden ordlyd. Begge bestemmelser har det tilfælles, at de regulerer tildeling af offentlige kontrakter, hvorefter det økonomisk mest fordelagtige tilbud skal identificeres, hvilket kan gøres ved at fastsætte kriterier, der f.eks. har et miljømæssigt aspekt.

I sagen delte EU-Domstolen første præjudicielle spørgsmål op i to led. Første led omhandlede spørgsmålet, om EU-reglerne om offentlige indkøb er til hinder for, at ordregiveren ”(…) i forbindelse med bedømmelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud på en kontrakt, der vedrører levering af elektricitet, anvender et tildelingskriterium, der kræver levering af elektricitet, som er produceret på grundlag af vedvarende energikilder”.¹³³ Vedr. andet led udtalte EU-Domstolen: ”Såfremt spørgsmålets første led besvares bekræftende, ønsker den forelæggende ret dernæst at få præciseret, hvilke krav fællesskabsretten stiller med hensyn til den konkrete anvendelse af et sådant kriterium, (…)”.¹³⁴ Med henvisning til fællesskabsretten, som i dag omtales EU-retten,

¹³¹ Ibid. pr. 22

¹³² C-448/01, EVN Wienstrom, pr. 26, 1) spørgsmål

¹³³ Ibid. pr. 27

¹³⁴ Ibid. pr. 28

henvises der til de grundlæggende EU-principper, der begrænser anvendelsen af sekundære hensyn under tildelingsfasen.

EU-Domstolen gentog vedr. første led, at det er i overensstemmelse med EU-reglerne for offentlige indkøb, at fastsætte kriterier, der er forbundet med miljøbeskyttelse, og at sådanne kriterier kan anvendes til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, så længe de opfylder de fire overordnede krav til kriterierne, som blev fastslået i Concordia-sagen.¹³⁵ Hertil bemærkede EU-Domstolen, at det ikke er et krav, at ethvert tildelingskriterie nødvendigvis skal være af rent økonomisk karakter.¹³⁶ EU-Domstolen konkluderede dermed vedrørende første spørgsmål første led: ”Det følger heraf, at fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed i forbindelse med bedømmelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud på en kontrakt, der vedrører levering af elektricitet, anvender et tildelingskriterium, der kræver levering og elektricitet, som er produceret på grundlag af vedvarende energikilder, (...)”.¹³⁷

Eftersom første spørgsmål første led kunne besvares bekræftende, skulle EU-Domstolen svare på, hvilke krav EU-retten stiller med hensyn til den konkrete anvendelse af et sådant miljøkriterium. EU-Domstolen delte spørgsmålet op i fire underspørgsmål, hvortil EU-Domstolen forholdte sig til, om det konkrete kriterium er forenelig med EU-retten, når a) kriteriet vægtes med 45%, b) kriteriet er hverken ledsaget af krav, der gør det muligt at foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger, der er indeholdt i buddene, eller af krav, der nødvendigvis gør det muligt at nå det ønskede mål, c) kriteriet fastsætter ikke et bestemt leveringstidspunkt, og d) kriteriet pålægger de bydende, at de angiver, hvilken elektricitetsmængde, der er produceret på grundlag af vedvarende energikilder, de vil kunne levere til en ikke nærmere bestemt kundekreds, og tildeler maksimumpoint til den bydende, der angiver den største mængde, og hvorved der kun tages hensyn til den mængde, der overstiger det i henhold til den udbudte kontrakt forventede forbrug.¹³⁸

¹³⁵ C-448/01, EVN Wienstrom, pr. 33, med henvisning til C-513/99, Concordia, pr. 69

¹³⁶ C-448/01, EVN Wienstrom, pr. 32, med henvisning til C-513/99, Concordia, pr. 55

¹³⁷ C-448/01, EVN Wienstrom, pr. 34

¹³⁸ Ibid. pr. 29, litra a) til d)

Problemstillingen i litra a) omhandler, om udbuddets miljøkriterie, der ikke direkte kan vurderes økonomisk, kan vægtes med 45% under tildelingsfasen. Her konkluderet EU-Domstolen ud fra sagens omstændigheder, ”(...) at vægtningen af det i hovedsagen omhandlede tildelingskriterium med 45% ikke i sig selv er uforeneligt med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter.”.¹³⁹ Det er derfor i overensstemmelse med EU-reglerne om offentlige indkøb at vægte et miljøkriterium, som det i sagen, med 45%, selvom miljøkriteriet ikke direkte kan vurderes økonomisk. På baggrund af denne konklusion bemærkede EU-Domstolen, ”(...) at anvendelsen af vedvarende energikilder til fremstilling af elektricitet er nyttig for beskyttelsen af miljøet, for så vidt som den bidrager til reduktion af drivhusgasemissioner, som er en af hovedårsagerne til de klimaændringer, som Det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater har forpligtet sig til at bekæmpe (...)”,¹⁴⁰ og at det er, ”(...) således som det fremgår af 18. betragtning til direktiv 2001/77 og dets artikel 1 og 3, netop under denne synsvinkel, at det nævnte direktiv sigter mod at begunstige en forhøjelse af vedvarende energikilders andel i fremstillingen af elektricitet inden for det indre marked gennem udnyttelse markeds kræfterne, hvilket formål Fællesskabet ifølge direktivets anden betragtning tillægger stor vægt. Når der således henses til den vigtighed, der er forbundet med det formål, der forfølges med kriteriet i hovedsagen, kan det ikke antages, at en vægtning heraf med 45% hindrer en samlet vurdering af de anvendte kriterier med henblik på at udvælge det økonomisk mest fordelagtige bud”.¹⁴¹ Heraf må det gælde, at miljøkriteriets vægtningen på 45% er tilladt, eftersom kriteriet søger at varetage hensynet til klimaet, som inden for EU (dengang EF) tillægges stor vægt. Det formodes, at dette stadig er gældende henset til, at EU-Kommissionens forslag til 2014-udbudsdirektivet direkte nævner, at forslagetets mål er, at give ordregiverens bedre mulighed for at anvende offentlige indkøb til støtte for ”bekæmpelse af klimaændringer”.¹⁴²

Problemstillingen i litra b) omhandler, ”(...) hvorvidt det i hovedsagen omhandlede tildelingskriterium er lovligt i forhold til fællesskabsretten, idet den ordregivende myndighed selv har indrømmet, at den teknisk set ikke er i stand til at kontrollere, om

¹³⁹ Ibid. pr. 43

¹⁴⁰ C-448/01, EVN Wienstrom, pr. 40, med henvisning til C-379/98, PreussenElektra, pr. 73

¹⁴¹ C-448/01, EVN Wienstrom, pr. 41 og 42

¹⁴² EU-Kommissionens forslag til 2014-udbudsdirektivet, side 2

den leverede elektricitet faktisk er blevet produceret på grundlag af vedvarende energikilder, og den har ikke krævet, at de bydende redegør for deres leveringsforpligtelser eller indgåede aftaler om elektricitetsforsyning”.¹⁴³ EU-Domstolen skulle til dette spørgsmål svare på, om den omstændighed at ordregiveren anvender et miljøkriterium, der ikke er forbundet med krav, der gør det muligt at foretage en nøjagtig kontrol af oplysninger i tilbuddene, er i strid med EU-reglerne, der regulerer tildelingen af offentlige kontrakter.¹⁴⁴ EU-Domstolen konkluderet hertil følgende: ”Det må herefter konstateres, at et tildelingskriterium, hvortil der ikke er knyttet krav, der gør det muligt at foretage en effektiv kontrol med nøjagtigheden af de oplysninger, der er fremlagt af de bydende, er i strid med de fællesskabsretlige principper, der gælder for offentlige kontrakter”.¹⁴⁵ EU-Domstolen begrundet konklusionen med, at principperne for ligebehandling og gennemsigtighed forudsætter, ”(...) at den ordregivende myndighed faktisk er i stand til på grundlag af de oplysninger og beviser, der er fremlagt af de bydende, at vurdere, om deres bud opfylder kriterierne for tildeling”.¹⁴⁶ Videre udtalte EU-Domstolen: ”Det fremgår derfor, at når en ordregivende myndighed foreskriver et tildelingskriterium og angiver, at den hverken ønsker eller kan kontrollere nøjagtigheden af de bydendes oplysninger, tilsidesætter den princippet om ligebehandling, idet et sådant kriterium ikke garanterer gennemsigtighed og objektivitet i udbudsproceduren”.¹⁴⁷ Ligebehandlingsprincippet er i denne sammenhæng et grundlæggende udbudsretligt princip, der indebærer en forpligtelse til gennemsigtighed.¹⁴⁸ Kontrol af tildelingskriterierne opfyldelse udgør derfor et centralt element ved ligebehandlingen af tilbudsgiverne.¹⁴⁹ Der er ingen tvivl om, at det er vigtigt for ethvert udbud, at den tilbudsgiver, som tildeles kontrakten, faktisk kan levere i overensstemmelse med de oplysninger, som ordregiveren har vurderet tilbuddene og tildelt kontrakten efter. I afsnit 6 behandles problemstillingen vedr. kontrol og verificering af tilbuddenes oplysninger med henblik på at sikre sig, at tilbuddene opfylder tildelingskriterierne, der varetager sekundære hensyn.

¹⁴³ C-448/01, EVN Wienstrom, pr. 44

¹⁴⁴ Ibid. pr. 45

¹⁴⁵ Ibid. pr. 52

¹⁴⁶ Ibid. pr. 50

¹⁴⁷ Ibid. pr. 51

¹⁴⁸ Ibid. pr. 49

¹⁴⁹ Steen Treumer (red.) m.fl., *Udbudsloven*, (2016), kap. 15, side 459

Angående litra c) konkluderet EU-Domstolen, at så vidt ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen undlader at præcisere for hvilken periode, tilbudsgiverne skulle angive den mængde elektricitet fra vedvarende kilder, de kunne levere, kan denne omstændighed "(...) være en tilsidesættelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, hvis det måtte vise sig, at denne undladelse har gjort det vanskeligt eller endog umuligt for de bydende at kende den nøjagtige rækkevidde af det omhandlede kriterium og derfor være i stand til at fortolke det på samme måde".¹⁵⁰ EU-Domstolen forholder sig ikke til, om kriteriet er formuleret tilstrækkeligt klart, således at det ikke udgør en brud på principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, hvilket er op til den nationale ret at afgøre.¹⁵¹ Det må forstås sådan, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed forudsætter, at kriterierne er formuleret klart og tydeligt, men at det må være op til den nationale ret at afgøre, hvorvidt kriterierne er tilstrækkeligt formuleret.

Angående litra d) konkluderede EU-Domstolen følgende: "Det må fastslås, at det i hovedsagen anvendte tildelingskriterium ikke vedrører den ydelse, der er genstand for kontrakten, nemlig levering af de mængder elektricitet til den ordregivende myndighed, der svarer til det forventede årlige forbrug som fastsat i udbuddet, men derimod vedrører de mængder, de bydende har leveret eller vil levere til andre kunder end den ordregivende myndighed".¹⁵² Udgangspunktet må være, at ordregiveren kan fastsætte et miljøkriterium, hvorefter der gives point for, hvor meget af det produceret elektricitet, der er produceret på grundlag af vedvarende energikilder, når dette miljøkriterium overholder det fire overordnede krav (se afsnit 5.4.1), herunder at kriteriet skal være forbundet med kontraktens genstand.¹⁵³ Er miljøkriteriet udformet således, at det udelukkende henviser til mængden af elektricitet fra vedvarende energikilder, der overstiger det forventede årlige forbrug, som det er fastsat i udbuddet, kan kriteriet ikke anses for at være forbundet med kontraktens genstand.¹⁵⁴ Det i sagens anvendte miljøkriterium er ikke forbundet med kontraktens genstand, da kriteriet kun tager hensyn til den mængde elektricitet, der overstiger ordregiverens eget forbrug, hvorfor

¹⁵⁰ C-448/01, EVN Wienstrom, pr. 58

¹⁵¹ Ibid. pr. 59

¹⁵² Ibid. pr. 67

¹⁵³ Ibid. pr. 34

¹⁵⁴ Ibid. pr. 68

kriteriet i realiteten giver point for at levere elektricitet fra vedvarende energikilder til andre kunder end ordregiveren. EU-Domstolen bemærkede hertil, at denne omstændighed kan "(...) give en fordel til de bydende, der som følge af deres større produktions- eller leveringskapacitet kan levere større mængder elektricitet end andre. Kriteriet kan derfor medføre en uberettiget forskelsbehandling af de bydende, hvis bud fuld ud kan opfylde de betingelser, der er knyttet til kontraktens genstand. En sådan begrænsning af kredsen af de erhvervsdrivende, der kan byde, vil modarbejde det mål, der går ud på at åbne konkurrencen, og som forfølges med direktiverne om samordning af fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige indkøbskontrakter".¹⁵⁵ Fastsættelsen af et tildelingskriterie, der varetager sekundære hensyn, vil derfor formentlig være i strid med udbudsreglernes primære formål, hvis det, som i EVN Wienstrom-sagen omhandlende miljøkriterium, ikke er forbundet med kontraktens genstand, da man ville risikere at fordreje konkurrencen om offentlige kontrakter.

5.5 EU-Kommissionens udarbejdede kriterier med et miljømæssigt aspekt
EU-Kommissionen har udarbejdet en lang række dokumenter om GPP-kriterier,¹⁵⁶ der har til formål at lette ordregiverens arbejde med at fastsætte lovlige under- og delkriterier, der varetager miljømæssige hensyn. De udarbejdede GPP-kriterier vedrører alt fra køb af rengøringstjenester, møbler til vejtransport og elektricitet mv. og kan bruges af enhver ordregiver, der ønsker at inddrage miljøhensyn under et udbud. GPP-kriterierne er formuleret således, at de kan indarbejdes i myndighedernes udbudsmateriale med minimal tilpasning, og for hvert kriterium angives det, hvilke metoder for prøvning (kontrol), der kan gøres brug af. De udarbejdede dokumenter kan derfor være et godt redskab til de ordregivere, der ønsker at inddrage miljøhensyn i et udbud, særligt med henblik på at hjælpe ordregiveren i formuleringen af kriterierne, og hvordan tilbuddenes oplysninger kan verificeres.

5.6 Specifikationer eller tildelingskriterier

Det er muligt at fastsætte mindstekrav til ydeevne i de tekniske specifikationer (kravsspecifikation) og herefter tildele tillægspoint for endnu bedre ydeevne under tildelingen.¹⁵⁷ På den måde kan ordregiveren anvende kravspecifikation i tilknytning

¹⁵⁵ Ibid. pr. 69

¹⁵⁶ https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm - sidst besøgt den 13. maj 2020

¹⁵⁷ EU-Kommissionen, "Køb grønt! Håndbog om grønne offentlige indkøb" (2016), side 51

med tildelingskriterierne. Ordregiveren kan f.eks. vælge at tildele point i tildelingsfasen til de tilbud, som leverer bedre miljøpræstationer end de fastsatte mindstekrav i specifikationerne.¹⁵⁸

5.6.1 Kendelse af 15. oktober 2019, HCS A/S Transport & Spedition mod Forsyning Helsingør Service A/S

Hvorvidt man kan stille mindstekrav, der relaterer sig til miljømæssige betingelser i et udbud blev bl.a. behandlet af Klagenævn for Udbud i kendelse af 15. oktober 2019. Sagen handler ikke umiddelbart om tildelingskriterier, men eftersom det er muligt at fastsætte mindstekrav til ydeevne (specifikationer) og herefter tildele tillægspoint for endnu bedre ydeevne under tildelingen, er sagen konklusion er alligevel af interesse i forhold til spørgsmålet, hvorvidt et tildelingskriterie kan være miljøbetinget. I sagen klagede den tabende tilbudsgiver HCS A/S Transport & Spedition (kaldes herefter HCS A/S) over kontrakttildelingen til Biond Production Helsingborg AB. HCS A/S påstod, at ordregiveren Forsyning Helsingør Service A/S (kaldes herefter FHS A/S) havde "(...) handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 ved i udbudsbetingelserne at foreskrive, at forbehandling af det kildesorterede organiske dagrenovationsaffald skal ske i henhold til lovgivningen i det land, hvor det benyttede forbehandlingsanlæg er beliggende, idet dette krav ikke sikrer ligebehandling af tilbudsgiverne".¹⁵⁹ FHS A/S havde udbudt kontrakt om forbehandling og genanvendelse af organisk affald i form af kildesorteret organisk dagrenovation (herefter omtalt som "KOD"). KOD er organisk affald. FHS A/S ville levere KOD på det af den valgte tilbudsgivers forbrændingsanlæg, hvor forbehandling skulle foretages. I udbudsmaterialet fremgik det af kravsspecifikationerne, at forbehandlingen af KOD skulle ske efter den lovgivning, som er gældende i det land, hvor forbehandlingen ville foretages. HCS A/S gjorde gældende, at de svenske miljøregler om forbehandling var væsentligt lempeligere end dem i Danmark, og argumenteret for, at det ville være i overensstemmelse med EU-retten at stille miljøkrav, som overstiger minimumskrav ifølge lovgivningen i de enkelte medlemsstater, ved at opsætte mindstekrav om, at

¹⁵⁸ Ibid. side 48

¹⁵⁹ Kendelse af 15. oktober 2019, HCS A/S Transport & Spedition mod Forsyning Helsingør Service A/S, side 2

forbehandlingen skulle ske efter dansk lovgivning uanset hvor forbehandlingen ville finde sted.¹⁶⁰

Klagenævnet fastslå herefter: ”Det kan således ikke antages, at forbehandlingsanlæg i andre lande rentabelt ville kunne omstilles, så de – alene med henblik på at behandle det organiske affald fra en enkelt ordregiver i Danmark – overholder de danske regler. Et krav om opfyldelse af de danske regler, uanset forbehandlingsanlæggets beliggenhed, ville derfor være en restriktion – reelt en fuldstændig hindring – af den fri bevægelighed af tjenesteydelser”.¹⁶¹ Videre fastslog Klagenævnet: ”Forsyning Helsingør Service ville følgelig ikke lovligt have kunnet stille krav om, at tilbudsgivere fra andre medlemsstater, som agtede at foretage forbehandlingen i deres hjemland, skulle opfylde de danske regler”.¹⁶²

Klagenævnet bemærkede i denne sammenhæng tillige, at EU-reguleringen på affaldsområdet er omfattende, og at det må antages, at de svenske regler vedr. forbehandling og genbrug af KOD udspringer af samme EU-regulering som den danske bekendtgørelse.¹⁶³ Klagenævnet konkluderet dermed, at: ”Et krav om, at tilbudsgivere i andre EU-lande skal overholde danske miljøregler, som går videre end de harmoniserede EU-affaldsregler, vil være i åbenbar strid med formålet med EU-harmoniseringen på affaldsområdet (...)”.¹⁶⁴

Konklusionen må herefter være, at en ordregiver ikke kan stille mindstekrav om, at alle tilbudsgivere – uanset hvor disse måtte vælge at udføre den udbudte opgave - skal overholde en medlemsstats miljølovgivning om, hvordan en miljøbehandling skal foretages, hvis dette reelt vil udgøre en restriktion mod den frie bevægelighed. Hvis miljølovgivningen i Danmark ville være skrapere end miljølovgivningen i andre medlemsstater, kan den danske miljølovgivning derfor ikke fastsættes som et mindstekrav, hvor der efterfølgende tildeles tillægspoint for bedre opfyldelse.

¹⁶⁰ Ibid. side 12 og 13

¹⁶¹ Ibid. side 20

¹⁶² Ibid. side 22

¹⁶³ Ibid. side 21

¹⁶⁴ Ibid. side 22

6. Kontrol og verificerbarhed

6.2 Hvorfor er kontrol relevant i forbindelse med varetagelsen af sekundære hensyn

En tilbudsgiver, der tildeles en kontrakt på baggrund af, at denne opnåede flest point efter et eller flere tildelingskriterier, der havde et miljømæssigt eller socialt aspekt, skal selvfølgelig også leve op til disse sekundære hensyn. Sekundære hensyn er bl.a. karakteriseret ved ikke at have et økonomisk aspekt, men alligevel er det muligt indenfor udbudsretten at tildele en kontrakt, hvor et eller flere kriterier udelukkende varetager sekundære hensyn. Det er fortsat et krav, at prisen eller omkostningerne indgår som et kriterium under tildelingsfasen, og at kriterierne samlet set danner grundlaget, der gør det muligt for ordregiveren at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf. udbudsloven § 162, stk. 1, men indenfor de rammer, som de overordnede krav til tildelingskriterierne fastsætter, kan ordregiveren formulere og fastsætte tildelingskriterier med et miljømæssigt eller socialt aspekt, der ikke umiddelbart kan vurderes eller måles økonomisk.

Et miljøkriterium kan dermed være det kriterium, der i sidste ende afgør, om kontrakten skal tildeles A i stedet for B, hvis både A og B opfyldte de andre økonomiske kriterier næsten lige godt. I det tænkte eksempel kan B tildeles flest point efter kriteriet vedr. pris, mens A tildeles flest point efter miljøkriteriet, hvorefter den samlede pointscore medfører, at A vinder udbuddet. Situationen minder om den i Concordia-sagen, hvor den tilbudsgiver, der opnåede flest point efter kriteriet vedr. den samlede tilbudte pris, tabte udbuddet, mens den tilbudsgiver, der opnåede flest point efter miljøkriteriet, vandt udbuddet. Hvis den vindende tilbudsgiver herefter ikke kan leve op til disse sekundære hensyn under kontraktfasen, vil denne omstændig formentlig stride imod selve formålet med de danske udbudsregler, som er at opnå den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler gennem en effektiv konkurrence, jf. udbudslovens § 1. Derudover fastslå EU-Domstolen i EVN-Wienstrom-sagen, at en ordregiver, der hverken kan eller vil kontrollere nøjagtigheden af tilbudsgivernes oplysninger, tilsidesætter principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.¹⁶⁵ Er ordregiveren ikke stand til at kontrollere nøjagtigheden af tilbuddenes oplysninger, vil dette være i strid med både ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Som det bl.a. kan udledes af EVN-

¹⁶⁵ C-448/01, EVN Wienstrom, pr. 51

Wienstrom-sagen, udgør kontrol af overholdelse af de fastsatte tildelingskriterier et væsentligt element ved ligebehandling af tilbudsgiverne.¹⁶⁶ Ordregiveren skal derfor sikre en objektiv og gennemsigtig vurdering af tilbuddene, hvilket forudsætter, at ordregiveren faktisk er i stand til på grundlag af de oplysninger, der er fremlagt af tilbudsgiverne, at vurdere, om deres tilbud opfylder kriterierne for tildeling.¹⁶⁷ Ordregiveren skal derfor sikre, at der kan foretages en effektiv kontrol af de oplysninger, som tilbudsgiverne fremlægger, således at ordregiveren kan vurdere, hvorvidt tilbuddene opfylder kriterierne for tildeling.¹⁶⁸

6.3 Pligt og ret til at føre kontrol

I visse tilfælde har ordregiveren endda pligt til at kontrollere oplysningerne, som tilbudsgiverne fremlægger. Det følger af udbudslovens § 159, stk. 3 og § 164, stk. 2, at ordregiveren i tvivlstilfælde skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet. Lovbemærkningerne angiver hertil: ”Der påhviler ikke ordregiveren en generel pligt til at undersøge rigtigheden af oplysningerne i de afgivne tilbud. (...) Ordregiveren har dog altid en ret til at undersøge og verificere, at oplysningerne i de afgivne tilbud er korrekte, såfremt dette sker i overensstemmelse med principperne i § 2”.¹⁶⁹ Vælger ordregiveren at undersøge og verificere oplysningerne i tilbuddene, skal ordregiveren i denne sammenhæng være opmærksom på, at denne kontrol overholder principperne i udbudslovens § 2, særligt proportionalitetsprincippet.

6.4 Krav om verificerbarhed

Fastsættelsen af tildelingskriterierne skal i henhold til gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 være beskrevet klart og tydeligt, ”(...) således at ordregiveren behørigt kan verificere, at tilbuddene opfylder kriterierne for den pågældende kontrakt”.¹⁷⁰ Kravet om, at tildelingskriterier ikke må give ordregiveren et ubetinget frit valg, og at de skal være udtrykkelig nævnt i udbudsmaterialet, skal derfor også ses i den sammenhæng. Når ordregiveren fastsætter tildelingskriterierne, skal disse være

¹⁶⁶ Steen Treumer (red.) m.fl., *Udbudsloven*, (2016), kap. 15, side 459

¹⁶⁷ C-448/01, EVN Wienstrom, pr. 50

¹⁶⁸ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 565

¹⁶⁹ Lovbemærkningerne til § 159, side 180

¹⁷⁰ Lovbemærkningerne til § 164, side 187

gennemsigtig og gøre det muligt for ordregiveren at føre en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet med henblik på at vurdere, i hvilket omfang tilbuddene opfylder kriterierne for tildeling. Man kan dermed sige, at der gælder et overordnet krav om, at tildelingskriterierne skal være verificerbare. Kravet hjælper på denne måde ordregiveren, når denne skal sikre sig, at oplysningerne i tilbuddene er korrekte.

6.5 Problemer forbundet med kontrol og verificerbarhed af tilbuddenes oplysninger

Ordregiveren har ret til at undersøge og verificere oplysningerne i tilbuddene med henblik på at sikre, at oplysningerne opfylder kriterierne for tildeling, dog således at denne kontrol overholder principperne i udbudslovens § 2. Derudover skal tildelingskriterierne være beskrevet klart og tydeligt, således at ordregiveren behørigt kan verificere, at tilbuddene opfylder kriterierne for den pågældende kontrakt. Det vil variere fra kontrakt til kontrakt, hvilken kontrolmetode ordregiveren vælger at benytte sig af, men ordregiveren bør overveje, hvordan denne ønsker at verificere de oplysninger, som tilbudsgiverne fremlægger. Dokumentation som testresultater, certificeringer og egenerklæring eller løbende inspektion er muligheder, som ordregiveren har til at verificere tilbuddenes oplysninger. Kontrolmulighederne rejser dog to centrale problemer.

For det første kan det være vanskeligt og dyrt for ordregiveren at kontrollere tilbuddenes oplysninger og dokumentation. Vælger ordregiveren f.eks. at fastsætte miljøkriterier, kan disse kriterier ofte være komplekse i sådan en grad, at det kræver teknisk ekspertise at vurdere overholdelsen.¹⁷¹ Hvis der er tale om køb af varer, der produceres i udlandet, vil det tillige være vanskeligt og dyrt at kontrollere om produktionen overholder eventuelle miljømæssige eller sociale krav ved at sende en kontrollør fra ordregiverens side ud til leverandøren for at kontrollere forholdene.

For det andet er kontrollen begrænset af principperne i udbudslovens § 2. F.eks. skal de oplysninger, som ordregiveren kræver, at tilbudsgiverne skal levere i forbindelse med vurdering af livscyklusomkostningerne ses i lyset af proportionalitetsprincippet, eftersom det kan være dyrt for tilbudsgiverne at fremskaffe de relevante oplysninger.¹⁷²

¹⁷¹ EU-Kommissionen, "Køb grønt! Håndbog om grønne offentlige indkøb" (2016), side 37

¹⁷² Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* (2016), side 551

Ordregiveren kan derfor ikke kræve hvad som helt fra tilbudsgiverne. Som følge af proportionalitetsprincippet skal den påkrævede dokumentation stå i et rimeligt forhold til det formål, hvorefter oplysningerne skal bruges, og må ikke gå videre end, hvad der er nødvendigt for at imødekomme dokumentationskravet. Det må bero på en konkret vurdering fra sag til sag, hvorvidt proportionalitetsprincippet overholdes.

6.6 Testrapporter, certificering og anden dokumentation

Ifølge udbudslovens § 47, stk. 1, kan en ordregiver kræve, at en tilbudsgiver fremlægger en testrapport eller et certifikat fra et overensstemmelsesvurderingsorgan som dokumentation for opfyldelsen af kriterierne for tildeling efter § 162. Ordregiveren skal dog acceptere testrapporter eller certifikater udstedt af tilsvarende vurderingsorganer, jf. udbudslovens § 47, stk. 2. Bestemmelsen giver dermed ordregiven mulighed for at få verificeret, at tilbuddene opfylder kriterierne for tildeling, hvilket er særligt "(...) relevant, hvor der er tale om teknisk komplekse indkøb, hvor ordregiveren ikke er i besiddelse af den fornødne ekspertise til at verificere, hvorvidt de tilbudte løsninger lever op til de i udbudsmaterialet anførte krav og kriterier".¹⁷³ Det kan derfor være en fordel for ordregiveren ved anvendelse af miljøkriterier, at gøre brug af testrapporter eller certificeringer. Selvom stk. 2 medfører, at ordregiveren ikke kan afvise tilbud, hvor tilbudsgiveren har fremlagt testrapporter eller certifikater fra et tilsvarende overensstemmelsesvurderingsorgan, er det tilbudsgiveren, der skal påvise, at det tilsvarende vurderingsorgan svarer til det krævede vurderingsorgan.¹⁷⁴

Ordregiveren skal ifølge udbudslovens § 48, nr. 1 acceptere anden passende dokumentation, hvis en tilbudsgiver ikke har adgang til at få udstedt de krævede testrapporter eller certifikater, jf. § 47, stk. 1, eller ikke har mulighed for at få de krævede testrapporter eller certifikater, jf. § 47, stk. 1, inden for den gældende frist af årsager, der ikke kan tilskrives den pågældende.

Yderligere skal ordregiveren ifølge udbudslovens § 48, nr. 2, også acceptere anden passende dokumentation, hvis en tilbudsgiver ikke har de krævede testrapporter eller certifikater, selv om det har været muligt at opnå dem inden for den gældende frist, og ordregiveren kan konstatere, at kriterierne for tildeling er opfyldt, uden at de ressourcer,

¹⁷³ Lovbemærkningerne til udbudslovens § 47, side 92

¹⁷⁴ Ibid.

som ordregiveren skal bruge på dette, efter en konkret vurdering i uhensigtsmæssigt omfang overstiger de ressourcer, som ordregiveren ville skulle bruge på at konstatere, at tilbudsgiveren er i besiddelse af de krævede testrapporter eller certifikater. Hvornår der er tale om brug af flere ressourcer i uhensigtsmæssigt omfang, har Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget bemærket, at: ”I denne forbindelse vil det være forbundet med brugen af flere ressourcer i uhensigtsmæssigt omfang, hvis ordregiveren skal bruge end 1 time pr. tilbud på at konstatere, at den anden dokumentation er passende”.¹⁷⁵

6.7 Kontrol og verificerbarhed ifm. beregning af livscyklusomkostninger

Særligt når ordregiveren har valgt tildelingskriteriet omkostninger, hvor LCC inddrages, skal ordregiveren være opmærksom på, hvordan det kan sikres at oplysningerne er korrekte. Beregning af omkostninger, som kan henføres til eksterne virkninger på miljøet, og som er knyttet til anskaffelsen i løbet af dennes livscyklus, kan ske såfremt deres pengemæssige værdi kan bestemmes og verificeres, jf. udbudslovens § 166, nr. 2. Bestemmelsen angiver omkostninger forbundet med drivhusemissioner samt andre omkostninger i forbindelse med modvirkning af klimaændringer som eksempler på eksterne omkostninger, der kan inddrages i beregningen. Spørgsmålet er herefter: hvordan kan sådanne omkostningers pengemæssige værdi bestemmes og verificeres? Lovbemærkningerne kommer ikke med svar på dette spørgsmål. Videre følger det af udbudslovens § 168, stk. 1, nr. 1, at metoden, som anvendes til vurdering af omkostninger forbundet med eksterne virkninger på miljøet, skal være baseret på objektive verificerbare og ikkediskriminerende kriterier. Ligeså skal de oplysninger, som kræves, kunne fremskaffes ved en rimelig indsats af økonomiske aktører, der udviser almindelig påpasselighed, jf. udbudslovens § 168, stk. 1, nr. 4.

Der er ingen tvivl om, at beregning af eksterne omkostninger, herunder omkostninger ifm. modvirkning af klimaændringer, er forbundet med en stor usikkerhed, da der er tale om beregning af omkostninger, der strækker sig over mange år, og der ikke findes veletablerede metoder til beregning af sådanne omkostninger.¹⁷⁶ Afgørende er, at de oplysningerne, som ordregiveren kræver, eksempelvis kan understøttes gennem

¹⁷⁵ Se Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget betænkning over forslag til udbudsloven afgivet den 12. november 2015, bemærkningerne til ændringsforslag nr. 11

¹⁷⁶ Steen Treumer (red.) m.fl., *Udbudsloven*, (2016), kap. 11, side 365

driftsdata, analyser og undersøgelser fra uafhængige eksperter eller organer.¹⁷⁷

Derudover bør ordregiveren overveje at anvende proceduren »udbud med forhandling«, som kan være et væsentligt støtteværktøj for ordregiveren med henblik på at kontrollere de oplysninger, der er afgivet af tilbudsgiverne til brug for beregning af omkostningerne.¹⁷⁸

7. Diskussion og perspektivering

Umiddelbart kan det virke ulogisk, at ordregiveren kan anvende ikke-økonomiske målbare kriterier, når det økonomisk mest fordelagtige tilbud skal identificeres. EU-Domstolen fastslog dog allerede tilbage i 1990'erne, at ikke ethvert af de kriterier, som ordregiveren fastsætter med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud, nødvendigvis skal være af rent økonomisk karakter.¹⁷⁹ Efter indførelsen af 2014-udbudsdirektivet er der ingen tvivl om, at hensigten bl.a. var at give ordregiveren bedre mulighed for at anvende offentlige indkøb til støtte for fælles samfundsmæssige mål, herunder at udbrede grønne offentlige indkøb (GPP), hvorfor EU-Kommissionen så det nødvendigt at revidere og modernisere lovgivningen om offentlige indkøb, "(...) så den bliver bedre egnet til tage hensyn til den ændrede politiske, sociale og økonomiske situation".¹⁸⁰ 2014-udbudsdirektivet har f.eks. givet mulighed for at anvende tildelingskriteriet omkostninger, hvor ordregiveren kan basere beslutningen om tildeling på grundlag af livscyklusomkostninger, hvor der kan tages hensyn til eksterne miljøomkostninger, hvis disse kan værdisættes og verificeres. Yderligere kan ordregiveren fastsætte en række under- og delkriterier, der varetager sociale og miljømæssige hensyn, så længe disse kriterier overholder de fire overordnede krav om, at kriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand, ikke må tillægge ordregiveren et ubetinget frit valg, skal være udtrykkeligt nævnt i udbudsmaterialet og overholde alle de grundlæggende principper i EU-retten. Særligt kravene om, at kriterierne skal være forbundet til kontraktens genstand og overholde de grundlæggende principper i EU-retten, begrænser, hvorvidt ordregiveren kan varetage sekundære hensyn i et udbud, og har været genstand for meget diskussion. At kriterierne skal være

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ C-513/99, Concordia, pr. 55

¹⁸⁰ EU-Kommissionens forslag til 2014-udbudsdirektiv, side 2

forbundet med kontraktens genstand, forhindre f.eks. en ordregiver i at fastsætte et miljøkriterium vedr. en generel virksomhedspolitik for miljømæssigt ansvar.

7.2 Krav om tilknytning til kontraktens genstand og overholdelse af EU-rettens principper

2014-udbudsdirektivet har udvidet forståelse for, hvornår et tildelingskriterium er forbundet med kontraktens genstand. Tildelingskriterierne anses efter 2014-udbudsdirektivets art. 67, stk. 3, som værende forbundet med kontraktens genstand, såfremt de relaterer sig til de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten, for så vidt angår ethvert aspekt og ethvert trin i deres livscyklus, herunder faktorer der indgår i *produktionsmetoden*, hvilket gælder selvom sådanne faktorer ikke udgør en del af deres materielle indhold. På den måde kan ordregiveren igennem et udbud fastsætte tildelingskriterier, hvor der gives point for mere miljø- eller klimavenlige produktionsmetoder. Der er ingen tvivl om, at ordregiveren med denne bestemmelse har fået en bredere mulighed for at varetage sekundære hensyn under tildelingsfasen, dog stadig således at kravet om, at kriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand, stadig skal overholdes. F.eks. medfører det nævnte krav, at et tildelingskriterium ikke kan vedrøre en *virksomheds generelle politik*, hvor ordregiveren kræver, at tilbudsgiveren har en bestemt virksomhedspolitik for socialt eller miljømæssigt ansvar.¹⁸¹ At kriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand sætter dermed en begrænsning på de forhold, som kan udgøre et konkurrenceelement under tildelingsfasen.

I rapport »Sustainability through public procurement: the way forward – Reform Proposals«¹⁸² foreslås det, at kravet, om at kriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand, afskaffes "(...) in favour of the more precise concept of the life cycle".¹⁸³ Som argument herfor fremføres det, at den præcise mening med kravet om, at kriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand (også kaldet 'link to the subject-matter', forkortet L2SM), er uklar, hvorfor: "This in itself may have a chilling effect on contracting authorities otherwise ready to buy sustainably, but averse to

¹⁸¹ Lovbemærkningerne til udbudslovens § 163, side 187

¹⁸² Marta Andhov, Roberto Caranta (Eds.), *Sustainability through public procurement: the way forward – Reform Proposals*, (University of Copenhagen, 2020)

¹⁸³ Ibid. side 38

litigation risks”.¹⁸⁴ Mens det omhandlende krav hænger uløseligt sammen med livscyklussen for kontraktens genstand, er forståelsen af livscyklussen mindre tvetydig, eftersom det er defineret i 2014-udbudsdirektivets art. 2, nr. 20.¹⁸⁵ Rapporten foreslår derfor: ”For reasons of clarity and to enhance SPP, it is recommended that the L2SM is abandoned and reference in Articles 42, 43, 45, 67, 678 and 70 of Directive 2014/24/EU is made to ‘the product, service or works during (or and) its life cycle’ rather than to the L2SM”.¹⁸⁶ Forkortelsen SPP referer til Sustainability Public Procurement, og der menes der formentlig art. 68 og ikke 678, hvilket må være en tastefejl. Ved at fjerne kravet om L2SM, skal underkriterier vedr. generel virksomhedspolitik, herunder CSR (Corporate social responsibility), tillades. I rapporten defineres CSR, som: “a type of international private business self-regulation where a company takes responsibility for the impact of its business on the environment, society, and employees while striving for economic success”.¹⁸⁷

Jason J. Czarnezki skriver i sin Ph.d.-afhandling ligeledes om fremtidens GPP (Green Public Procurement), og hvorledes ordregiveren kan fastsætte tildelingskriterierne med et miljømæssigt aspekt. Czarnezki behandler problemstillingen vedr. kravet, om at kriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand (‘linked to the subject matter of the contract’ forkortes herefter LtSC).¹⁸⁸ Selvom produktionsmetoden kan indgå som et tildelingskriterium, kan der ikke fastsættes kriterier vedr. virksomhedens generelle politik, da denne ikke kan betragtes som en faktor, der karakteriserer den specifikke proces med fremstilling eller levering af kontraktens genstand, jf. præambelbetragtning nr. 97 til 2014-udbudsdirektivet. Hertil skriver Czarnezki følgende: ”This limitation removes the ability to incorporate general corporate environmental/social responsibility policies beyond the specific needs of the contracting authority. Thus, strict application of the LtSC requirement may pose problems for achieving the objectives of including environmental criteria given the complexity of supply chains and magnitude of “upstream” environmental and social impacts. On the other hand, abandoning or loosening the link may pose problems in terms of verification of criteria and the

¹⁸⁴ Ibid. side 38

¹⁸⁵ Ibid. side 39

¹⁸⁶ Ibid. side 39

¹⁸⁷ Ibid. side 40

¹⁸⁸ Jason J. Czarnezki, *Green Public Procurement*, (2019), side 125

targeted benefits”.¹⁸⁹ Som Czarnezki fremhæver det, kan der opstå problemer, hvis kravet (LtSC) afskaffes helt eller delvist, da det kan blive en stor udfordring for en ordregiver at verificere tilbuddenes oplysninger med henblik på, hvordan de opfylder kriterier, der vedrører virksomheders generelle politik. Det kan være nemt at formulere et kriterium vedr. en virksomheds generelle politik, men langt sværere at kontrollere dette. Derudover nævner Czarnezki, at: ”The LtSC requirement might limit discrimination from other Member States where overall corporate policies are more prevalent, make small- and medium-sized enterprises (SMEs) more competitive as they can create eco-friendly products but cannot compete with overall corporate environmental policies like waste management or a company eco-label, (...)”.¹⁹⁰ Czarnezki bemærker videre, at: ”Removing the LtSC requirement may be a next step in helping price and efficiency take a back seat to sustainability, but getting rid of the requirement may violate the principle of proportionality. (...) Perhaps EU procurement policy can simply make the LtSC requirement more flexible to allow inclusion of company level environmental policy, rather than remove the requirement all together”.¹⁹¹

Det vil være en stor ændring af det gældende udbudsretlige regler, hvis man afskaffede kravet, om at kriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand. Afskaffelsen af kravet vil dog kunne betyde, at mere generelle forhold kunne indgå i tildelingskriterierne, hvilket ville udvide muligheden for at inddrage sekundære hensyn under tildelingsfasen. I et tænkt eksempel¹⁹² kan det vise sig, at kravet ligefrem kan have den konsekvens, at en tilbudsgivers samlede miljøpåvirkningen øges, da en tilbudsgiver, der flytter produktionen tættere på ordregiverens lokalitet for at opnå flere point efter et tildelingskriterie, der tager hensyn til udledningen af drivhusgasser i forbindelse med transporten fra tilbudsgiverens produktionssted til ordregiverens leveringssted, vil øge tilbudsgiverens samlede udledning af drivhusgasser, hvis flytningen medfører, at afstanden mellem det nye produktionssted og de andre leveringssteder til andre kunder øges. Som udbudsreglerne er i dag, er det ikke tilladt, at fastsætte et tildelingskriterium, der vedrører en virksomheds samlede emissioner af

¹⁸⁹ Ibid. side 127

¹⁹⁰ Ibid. side 128

¹⁹¹ Ibid. side 129

¹⁹² Se også Abby Semple, *Practical Guide to Public Procurement*, (2015), side 67

drivhusgasser, men det er tilladt, at fastsætte et tildelingskriterium, der vedrører emissionen af drivhusgasser, der er forbundet med produktionen af kontraktgenstanden. Derudover kan det – som den omtalte rapport foroven også nævner – virke uklart, hvad der helt præcist skal forstås ved kravet, om at kriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand, hvilket kan have en afskrækkende effekt på de ordregivere, der eller ville have været villige til at inddrage sekundære hensyn i et udbud.

På den anden side er det allerede muligt at fastsætte tildelingskriterier, der vedrører bredere forhold, herunder faktorer der indgår i kontraktgenstandens livscyklus efter udbudslovens § 163, eller livscyklusomkostninger efter udbudslovens § 166-168. Selvom det kan virke uklart for en ordregiver, hvad der helt præcist skal forstås ved kravet om, at kriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand, vil afskaffelsen af dette krav formentlig bryde med princippet om proportionalitet, samt modvirke små og mellemstore virksomheders (SMV) konkurrencedygtighed i udbuddene, som Czarnecki fremførte foroven. Det erindres, at forslaget med 2014-udbudsdirektiv har to supplerende mål, hvorefter det også er hensigten med 2014-udbudsdirektivet, at skabe en mere forenklet og effektiv fremgangsmåde for offentlige indkøb, hvilket ikke blot vil være en fordel for alle økonomiske aktører, men det vil også ”lette SMV'ers og grænseoverskridende tilbudsgiveres deltagelse”.¹⁹³

Kravet, at kriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand, kan siges at være udtryk for et princip om, at kun det, som ordregiveren konkret har behov for, kan indgå som et vurderingselement, når det økonomisk mest fordelagtige tilbud skal identificeres. Det vil formentlig skabe en masse tvivl blandt ordregiverne, om det ville stride imod de udbudsretlige principper, hvis det var tilladt at fastsætte kriterier, der f.eks. vedrørte virksomhedernes generelle miljøpolitik. Proportionalitetsprincippet indebærer, at ordregiveren ikke må fastsætte tildelingskriterier, der går videre, end hvad der er nødvendigt og passende i forhold til formålet med disse kriterier. Spørgsmålet er her, om det er nødvendigt og passende, at tildelingskriterier vedrører virksomhedernes øvrige aktivitet og ageren ift. andre kunder.

Derudover vil afskaffelsen af kravet formentlig også komme i konflikt med ikke-diskriminationsprincippet, da tildelingskriterier, der vedrører generel

¹⁹³ EU-Kommissionens forslag til 2014-udbudsdirektiv, side 2

virksomhedspolitik, kan favorisere virksomheder inden for de EU-medlemslande, hvor der hersker en høj standard blandt virksomhedernes politik for socialt og miljømæssigt ansvar. Ligeledes ved samme tankegang kunne gøres gældende ift.

ligebehandlingsprincippet, hvortil lovbemærkningerne til udbudsloven fremhæver:

”Såfremt ordregiveren fastsætter krav eller betingelser i udbudsmaterialet, der alene kan opfyldes af få økonomiske aktører på markedet, kan det være medvirkende til at forrykke den lige konkurrence mellem de økonomiske aktører, og skal i videst muligt omfang undgås”.¹⁹⁴ Skærpede krav kan være i strid med TEUF’ bestemmelser vedr. forbud mod handelshindring inden for EU, hvis de gør det vanskeligere for virksomheder fra andre EU-lande at overholde kravene, medmindre disse krav ud fra en konkret vurdering er saglige og proportionale.¹⁹⁵ Til slut skal det bemærkes, at det primære formål med udbudsreglerne er at skabe det indre marked med en ufordrejet konkurrence om offentlige kontrakter. Udbudsreglerne for tildeling af kontrakten kan derfor aldrig fortolkes således, at reglerne tillader anvendelsen af tildelingskriterier, der strider imod EU-rettens principperne og bestemmelserne i TEUF.

8. Konklusion

Specialet har først og fremmest haft til formål at undersøge, hvorvidt ordregiveren kan varetage sekundære hensyn under tildelingsfasen, herunder særligt miljøhensyn. Hertil kan det konkluderes, at ordregiveren efter udbudsloven, som implementerer 2014-udbudsdirektivet, har mange muligheder for at varetage sekundære hensyn under tildelingsfasen. Ifølge udbudslovens § 162, stk. 1, skal ordregiveren identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af et af følgende tildelingskriterier: 1) pris, 2) omkostninger eller 3) bedste forhold mellem pris og kvalitet. Det er efter tildelingskriterierne 2) *omkostninger* eller 3) *bedste forhold mellem pris og kvalitet*, at ordregiveren kan fastsætte kriterier for tildeling med henblik på at varetage sekundære hensyn.

EU-Domstolen har siden Concordia-sagen begrænset mulighederne for at anvende tildelingskriterier, der har et socialt eller miljømæssigt aspekt, ved at opstille fire overordnede krav hertil. Tildelingskriterier, der varetager sekundære hensyn, er lovlige

¹⁹⁴ Lovbemærkningerne til udbudslovens, side 41

¹⁹⁵ Sune Troels Poulsen (kap. 15, *Miljø- og sociale hensyn ved offentlige anskaffelser*) i Steen Treumer, *Udbudsloven*, (2016), side 458-459

for så vidt disse kriterier er *forbundet med kontraktens genstand, ikke tillægger ordregiveren et ubetinget frit valg, er udtrykkeligt nævnt i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen og overholder alle de grundlæggende principper i EU-retten*. Siden EU-Domstolen fastslog disse fire overordnede krav, har det særligt været kravene om, at kriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand og overholde de grundlæggende principper i EU-retten, der har begrænset ordregiverens mulighed for at anvendelse tildelingskriterier med et socialt eller miljømæssigt aspekt. EU-Domstolen fastslog således i EVN-Wienstrom-sagen, at et tildelingskriterium, der vedrører levering af elektricitet, som er produceret på grundlag af vedvarende energikilder, kan være et lovligt miljøkriterium, men eftersom sagens omhandlende kriterium kun tog hensyn til den elektricitetsmængde, der oversteg ordregiverens forventede forbrug, kunne miljøkriteriet ikke anses for at være forbundet med kontraktens genstand.

Kravene gælder stadig i dag og findes i 2014-udbudsdirektivets og udbudslovens bestemmelser. EU har dog udvidet området for, hvornår et tildelingskriterium anses for at være forbundet med kontraktens genstand. Det er for det første gjort muligt for ordregiveren at inddrage livscyklusbetragtninger, som et tildelingskriterium. Hermed kan livscyklusomkostninger indgå som et tildelingskriterium, hvor det er muligt at fastsætte kriterier for tildeling, som tager højde for andre omkostninger end dem, som ordregiveren selv skal stå for, hvilket vil sige, at der også kan inddrages eksterne miljøomkostninger, så længe disse er direkte knyttet til anskaffelsens livscyklus, og deres pengemæssige værdi kan bestemmes og verificeres. Livscyklusomkostninger kan anvendes ved tildelingskriterierne 2) omkostninger eller 3) bedste forhold mellem pris og kvalitet. For det andet kan ordregiveren, hvis denne vælger tildelingskriteriet 3) bedste forhold mellem pris og kvalitet, fastsætte en række underkriterier med et miljømæssigt eller socialt aspekt, der anses at være forbundet med kontraktens genstand, når de relaterer sig til de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten, for så vidt angår ethvert aspekt og ethvert trin i deres livscyklus. Med andre ord er et kriterium forbundet med kontraktens genstand, når det vedrører produktionsmetoden. På den måde kan der fastsættes kriterier, der tager højde for om et produkt er produceret af energieffektive maskiner eller uden anvendelse af giftige kemikalier.

Derudover har specialet haft til formål at undersøge, hvordan ordregiveren sikrer sig, at de oplysninger, der er fremlagt af tilbudsgiverne, opfylder kriterierne for tildeling. Området er særligt vigtigt, da EU-Domstolen EVN-Wienstrom-sagen har fastslået, at ordregiveren skal være i stand til på grundlag af de oplysninger, som er fremlagt af tilbudsgiverne, at vurdere, om tilbuddene opfylder kriterierne for tildeling. Hvis ordregiveren fastsætter et miljøkriterium, hvorefter ordregiveren hverken vil eller kan kontrollere nøjagtigheden af tilbuddenes oplysninger, tilsidesætter ordregiveren dermed ligebehandlingsprincippet, da sådan et kriterium ikke kan garantere gennemsigtighed og objektivitet i udbudsproceduren. Tildelingskriterierne skal derfor være beskrevet klart og tydeligt beskrevet i udbudsmaterialet, således at ordregiveren behørigt kan verificere, at tilbuddene opfylder kriterierne for tildeling. Det kan være dyrt og vanskeligt at kontrollere tilbuddenes oplysninger, og ordregiveren kan grundet proportionalitetsprincippet ikke kræve hvad som helst fra tilbudsgiverne med henblik på at kontrollere deres oplysninger, hvorfor påkrævede dokumentation skal stå i et rimeligt forhold til det formål, som oplysningerne skal bruges. Ordregiveren kan gøre brug af testrapporter, certificeringer eller anden passende dokumentation som dokumentation for opfyldelsen af kriterierne for tildeling.

Det kan konkluderes, at varetagelsen af sekundære hensyn har sine begrænsninger under tildelingsfasen. Særligt skal det erindres, at det primære formål med udbudsreglerne er at sikre det indre marked og en ufordrejet konkurrence om offentlige kontrakter. Selvom udbudsreglerne har potentiale til at fremme miljøbeskyttelse eller forbedre sociale forhold, bør lovgivningsmagten derfor i første omgang se på de regler, der regulerer de områder, som man ønsker at forbedre, før man kigger på udbudsreglerne.

9. Litteratur- og kildeliste

Bøger:

Arrowsmith, Sue (red.), m.fl., *EU Public Procurement Law: An Introduction*, University of Nottingham, 2010

Blume, Peter, *Retssystemet og juridisk metode*, Jurist- og økonomforbundets forlag, 1. udgave, 2. oplag, 2011

Daniel, Bugge Thorbjørn, Elholm, Thomas, Starup, Peter og Steinicke, Michael, *Grundlæggende EU-ret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave, 2011

Evald, Jens, *Juridisk teori, metode og videnskab*, Jurist- og økonomforbundets forlag, 1. udgave, 1. oplag, 2016

Fenger, Niels, *EU-rettens påvirkning af dansk forvaltningsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave, 2013

Hamer, Carina Risvig, *Grundlæggende udbudsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2. oplag, 2016

Jason J. Czarnecki, *Green Public Procurement. Legal Instruments for Promoting Environmental Interests in the United States and European Union* (Uppsala Universitet, Ph.d.-afhandling, 2019) ISBN 978-91-506-2789-3.

Kroon, Morten og Ippolito, Andreas Estrup (kap. 11, Livscyklusomkostninger), og Poulsen, Sune Troels (kap. 15, Miljø- og sociale hensyn ved offentlige anskaffelser), i Treumer, Steen (red.), *Udbudsloven*, Ex Tuto Publishing, 1. udgave, 1. oplag, 2016

Revsbech, Karsten, *Kommunernes Opgaver – Kommunalfuldmagten mv.*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave, 2015

Semple, Abby, *Practical Guide to Public Procurement*, Oxford, 1st edn., 2015

Lovgivning:

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

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

Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler

Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb

Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter

Traktat om Den Europæiske Union (TEU)

Traktat om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (2008/C 115/01) (TEUF)

Udbudsloven, Lov nr. 1564 af 15/12/2015

Afgørelser og domme:

EU-Domstolens dom af 10. april 1984 - C-14/83, Von Colson

EU-Domstolens dom af 20. september 1988 - C-31/87, Beentjes

EU-Domstolens dom af 13. juli 1989 - C-215/88, CASA FLEISCHHANDEL / BALM

EU-Domstolens dom af 22. juni 1993 - C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Storebælt

EU-Domstolens dom af 13. november 1990 - C-106/89, Marleasing

EU-Domstolens dom af 16. december 1993 - C-334/92, Wagner Miret

EU-Domstolens dom af 26. september 2000 - C-262/97, Engelbrecht

EU-Domstolens dom af 26. september 2000 - C-225/98, Kommissionen mod Frankrig

EU-Domstolens dom af 13. marts 2001 - C-379/98, PreussenElektra

EU-Domstolens dom af 18. juni 2002 - C-92/00, Hospital Ingenieure

EU-Domstolens dom af 17. september 2002 - C-513/99, Concordia

EU-Domstolens dom af 12. december 2002 - C-470/99, Universale-Bau

EU-Domstolens dom af 4. december 2003 - C-448/01, EVN Wienstrom

EU-Domstolens dom af 24. november 2005 - C-331/04, ATI

EU-Domstolens dom af 24. januar 2008 - C-532/06, Lianakis

EU-Domstolens dom af 15. april 2008 - C-268/06, Impact

EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 - C-454/06, Presstext

Klagenævn for Udbud: Kendelse af 7. august 2003, KAS Transport ved Kim Schrøder mod Århus Kommune

Klagenævn for Udbud: Kendelse af 4. marts 2010, Dansk Flygtningehjælp mod Hvidovre Kommune

Klagenævn for Udbud: Kendelse af 15. juni 2015, Grøn Sol A/S mod Aarhus Kommune

Klagenævn for Udbud: Kendelse af 3. september 2013, UAB Tauro Zenklas mod Vejdirektoratet.

Klagenævn for Udbud: Kendelse af 15. oktober 2019, HCS A/S Transport & Spedition mod Forsyning Helsingør Service A/S

Artikler og rapporter:

Andhov, M., Caranta, R., Stoffel, T., Grandia, J., Janssen, W. A., Vornicu, R., Czarnezki, J. J., Gromnica, A., Tallbo, K. Martin-Ortega, O., Melon, L. Edman, Å. Göthberg, P. Nohrstedt, P. Wiesbrock, A. (University of Copenhagen, 2020). Sustainability through public procurement: the way forward – Reform Proposals.

Rapport fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, ”Små virksomheders andel af offentlige kontrakter”, nr. 26, 2019

Rapport fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, ”Status for offentlige konkurrence”, december 2019, ISBN 9788770294324

Andre dokumenter:

Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget betænkning over forslag til udbudsloven afgivet den 12. november 2015

EU-Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb (KOM(2011) 896 endelig)

EU-Kommissionen, ”Køb grønt! Håndbog om grønne offentlige indkøb”, 3. udgave, 2016

EU-kommissionens meddelelse, ”Europa 2020 - En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst” (KOM(2010) 2020 endelig)

EU-Kommissionens meddelelse, ”Offentlige indkøb for et bedre miljø”, (KOM (2008) 400 endelig)

EU-Kommissionen, ”Sociale hensyn ved indkøb - En vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved offentlige indkøb”, 2010, ISBN 978-92-79-18386-7

Forslag til Udbudsloven, lovforslag nr. L 19, Folketinget 2015-16

Hjemmesider:

<https://nyheder.tv2.dk/udland/2019-05-01-enhedslisten-vil-straaffe-hoje-direktorlonninger-ved-udbud> - sidst besøgt d. 21.02.2020

<https://www.danskerhverv.dk/presse-og-nyheder/nyheder/sat-fokus-pa-klima-og-miljo-i-offentlige-udbud/> - sidst besøgt den 19.03.2020

https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm - sidst besøgt den 13.05.2020