



KRYDSFELTET MELLEM FORVALTNINGSRETEN OG UDBUDSRETEN

The cross field between administrative
law and public procurement law

En undersøgelse med særligt fokus på
klagemulighederne, samt princippet om
økonomisk forsvarlig forvaltning, legali-
tetsprincippet og kommunalfuldmagten

A study focused on the opportunities of
appeal, the principle of economic proper
administration, principle of legality and
“rules governing municipal government”

Forfattere:
Roshana-Jasmin Simon, cand.jur (24/06/1996)
Sarah Lindberg, cand.jur (22/09/1998)

Antal tegn: 198.679
Vejleder: Rasmus Horskjær Nielsen

Abstract

This project examines problems in the cross field between administrative law and public procurement law focused on the possibilities for appeal, and the following principles; economical proper administration, principle of legality and “rules governing municipal government”.

First, the project will look at the general administration law and public procurement law and examine the difference between the actors in both laws, to find out whether there is an overlap, where actors can be bound by both laws. Hereafter, the principle of economical proper administration will be examined. This includes an examination of the existence and the content of the principle.

Next, the principle of legality will be examined involving municipalities’ opportunities for buying charging stations. Furthermore the ”rules governing municipal government” will be examined for the purpose of clarifying the possible restrictions in relation to including environmental and social considerations in public procurements. This examination will include both the general administration law and public procurement law to show that the answer to this question might not be the same in both laws. Lastly, the opportunities to appeal in both areas of law will be examined, including the different bodies’ competences. In relation to this it will be examined whether the existing appeal process is adequate, and if not, how the process can be optimized.

The project consists of an analysis and interpretation of different sources of law, herein case law and literature. Case law shows that each body of appeal has its limitations when trying both laws. In addition, case law shows that the administrative law can limit the municipalities' procurements.

In conclusion, the project will show that one public procurement can involve many different issues which can be found in the public procurement law, the administrative law or both. Because issues can arise out of both laws, the body receiving the appeal should be enabled to try whether the procurement complies with both laws.

Indholdsfortegnelse

1 Indledning - Sarah og Roshana.....	5
1.1 Problemformulering - Sarah og Roshana	6
2 Afgrænsning - Sarah og Roshana	7
3 Metoder og kilder - Sarah og Roshana	8
4 Kort om forvaltningsret, udbudsret og aktører - Sarah og Roshana.....	12
4.1 Den generelle forvaltningsret og de forvaltningsretlige principper - Roshana	12
4.2 Den generelle udbudsret - Sarah	13
4.3 Forvaltningsretlige aktører - Roshana	14
4.3.1 Opsummering af de forvaltningsretlige aktører - Sarah og Roshana	19
4.4 Udbudsretlige aktører - Sarah	20
4.5 Samspil og overlap mellem aktørerne og regelsæt - Roshana	22
4.6 Delkonklusion vedrørende aktørerne - Sarah og Roshana	25
5 Økonomisk forsvarlig forvaltning - Roshana	25
5.1 Økonomisk forsvarlighed i udbud - Sarah	31
5.2 Perspektivering til det politiske billede - Roshana.....	37
5.3 Delkonklusion om økonomisk forsvarlig forvaltning - Sarah og Roshana.....	39
6 Legalitetsprincippet - Roshana	40
6.1 Kommuners indkøb af ladestandere - Sarah	41
6.2 Delkonklusion om legalitetsprincippet - Sarah og Roshana	46
7 Kommunalfuldmagten - Sarah	46
7.1 Almennytte og kommunal interesse - Roshana.....	47
7.2 Lokalitetsprincippet - Sarah	48
7.3 Forbud mod begunstigelse af enkeltpersoner - Roshana.....	50
7.4 Forbuddet mod berigelse af kommunen - Sarah	50
7.5 Forholdet til den private sektor - Roshana	50
7.6 Forholdsmæssighed - Sarah	52

7.7 Saglige hensyn og lighed - Roshana	52
7.8 Samfundsansvar - Sarah	52
7.9 Økonomisk forsvarlighed - Roshana	53
7.10 Opsummering af kommunalfuldmagten - Sarah og Roshana	53
7.11 Fairtrade efter kommunalrettens regler - Roshana	54
7.12 Miljøhensyn efter kommunalretten - Roshana	57
7.13 Opsummering om hensyn efter kommunalretten - Sarah og Roshana	58
7.14. Miljø - og sociale hensyn i udbudsretten - Sarah	59
7.14.1 Mærker og mærkekrav i udbudsretten - Sarah	62
7.14.2 Fairtrade efter udbudsretten - Sarah	63
8 Klagemuligheder - Sarah og Roshana	67
8.1 Domstolene - Roshana	68
8.2 Klagenævnet for Udbud - Sarah	71
8.2.1 Klagenævnet for Udbud og de forvaltningsretlige principper - Sarah	73
8.2.2 Reaktionsmuligheder for Klagenævnet for Udbud - Sarah	77
8.3 Ankestyrelsen - Roshana	77
8.4 Indenrigs- og Boligministeriet - Roshana	80
8.5 EU-Domstolen - Sarah	81
8.6 Madhus-sagen - Sarah	82
8.7 Opsummering - Sarah og Roshana	85
9 Diskussion af klagemuligheder - Sarah og Roshana	86
9.1 Udbudslovens § 193 - Sarah	90
9.2 Prøvelse af hjemmelsspørgsmål - Roshana	92
9.3 Mulige løsningsmuligheder - Sarah og Roshana	93
9.4 Delkonklusion vedrørende løsningsmuligheder - Sarah og Roshana	94
10 Konklusion - Sarah og Roshana	95
11 Kilde- og litteraturfortegnelse	97

1 Indledning

Alene sidste år i 2021 blev der på udbud.dk offentliggjort 2090 gennemførte udbud samlet for kommunerne og regionerne.¹ Udbud må således siges at udgøre en forholdsvis stor del af de opgaver som kommunerne og regionerne varetager. Nærværende fremstilling vil undersøge kommunerne og kommunernes udbud nærmere. Kommunerne er en del af det offentlige og betegnes som forvaltningsmyndigheder. Disse er derfor omfattet af forvaltningsrettens regler, såvel som kommunalretten. Forvaltningsrettens regler indeholder en række love, herunder Forvaltningsloven, Offentlighedsloven og en række særlovgivning. Derudover indeholder forvaltningsretten en lang række principper. Principperne er udviklet i praksis og er af mere generel og almen beskaffenhed, hvorved de udgør en selvstændig retskildekategori.² Kommunerne skal således ikke blot overholde lovgivningen, men ligeledes principperne og den praksis der ligger på området.

Som noget særligt for kommuner gælder kommunalfuldmagten, som er en uskreven retsgrundsætning, der kan give kommunerne hjemmel til at foretage visse dispositioner, hvor der ikke foreligger lovhjemmel.

Når kommunerne udfører udbud, bliver kommunerne samtidig omfattet af de udbudsretlige regler, såfremt udbuddet falder inden for udbudslovens anvendelsesområde. Den primære lovgivning i udbudsretten er Udbudsloven³ og Udbudsdirektivet⁴. Udbudsdirektivet er en del af EU-retten, som er implementeret ved Udbudsloven. Derudover er der en række særlovgivning inden for forsyningsvirksomhed, bygge - og anlægsopgaver under tærskelværdierne, koncessioner samt forsvars - og sikkerhedsopgaver.

Ved kommunernes gennemførelse af udbud skal kommunerne således overholde både de forvaltningsretlige regler, de udbudsretlige regler, og ikke mindst kommunalfuldmagten, hvorved der kan opstå et overlap mellem regelsættene.

¹ *Udbud.dk*

² Blume (2016), s. 262

³ UBL

⁴ Direktiv 2014/24/EU

Fremstillingen vil derfor undersøge samspillet mellem disse regler, og hvorvidt der kan opstå sammenstød eller konflikter mellem reglerne.

På forvaltningsrettens område vil det typisk være Ankestyrelsen der fungerer som klageinstans, idet denne har hjemmel i den kommunale styrelseslov⁵ til at foretage tilsyn af kommunerne, jf. KST § 47, stk. 1. På det udbudsretlige område er det både de almindelige domstole og Klagenævnet for Udbud der kan fungere som klageinstans, dog skal klager indgives til Klagenævnet for Udbud, hvis denne indgives i standstill-perioden, jf. Klagenævnslovens⁶ §5, stk. 1.

Fremstillingen vil på denne baggrund ligeledes undersøge klagemulighederne, hvor en kommune foretager udbud, som både indeholder problemstillinger vedrørende udbudsretlige - og forvaltningsretlige regler, for at belyse hvilken instans der har tilstrækkelig kompetence til at påkende en sag.

Det ovenstående leder således frem til den følgende problemformulering:

1.1 Problemformulering

En undersøgelse af problemstillinger i krydsfeltet mellem forvaltningsretten og udbudsretten med særligt henblik på klagemuligheder, samt princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning, legalitetsprincippet og kommunalfuldmagten.

Fremstillingen vil først skitsere den generelle forvaltningsret og udbudsret, og i denne forbindelse undersøge de forskellige aktører i de to regelsæt, og om der er et overlap, hvor aktører kan være bundet af begge regelsæt.

Herefter vil princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning undersøges, herunder eksistensen af princippet samt indholdet. Herefter vil legalitetsprincippet blive gennemgået, med inddragelse af kommunernes mulighed for indkøb af ladestandere. Derefter vil kommunalfuldmagtens indhold skitseres, med henblik på at belyse de begrænsninger der kan forekomme i forbindelse med varetagelse af miljø - og sociale hensyn. I denne forbindelse vil de udbudsretlige regler herfor ligeledes inddrages.

⁵ KST

⁶ KNL

Som det sidste vil klagemulighederne på de respektive områder gennemgås, herunder de forskellige organers kompetencer. I forlængelse heraf vil det blive undersøgt, om det nuværende klagesystem reelt er tilstrækkeligt og hvis ikke, om systemet kan optimeres.

2 Afgrænsning

For at kunne besvare ovenstående problemformulering kræves en grundig afgrænsning, da projektet er underlagt et maksimum antal tegn.

Heraf følger, at det alene er principperne økonomisk saglig forvaltning, legalitetsprincippet samt kommunalfuldmagten der vil blive undersøgt. Begrundelsen herfor er, at der vurderes at være en stor sammenhæng mellem principperne. Rent praktisk ses der ligeledes at være et overlap mellem principperne, idet legalitetsprincippet sætter krav om hjemmel, og kommunalfuldmagten i visse tilfælde kan agere sådan en hjemmel. Hertil kommer princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning, som ikke umiddelbart ses klart defineret eller anvendt, og derfor vil blive undersøgt nærmere. Da projektet vedrører offentlige indkøb, synes det derfor også fordelagtigt at undersøge om princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning er et princip som kan begrænse indkøbsmulighederne for ordregiver.

Projektet er afgrænset til kun at omhandle kommunale ordregivere. Begrundelsen herfor er, at særligt kommunalfuldmagten kan give begrænsninger for ordregivers indkøbsmuligheder, og at denne findes i kommunalretten. Det ville blive for omfattende for nærværende projekt at udvide det til flere typer ordregivere. Formålet med projektet er derudover at belyse krydsfeltet mellem forvaltningsretten og udbudsretten, og dette kan ligeledes opnås uden at inddrage samtlige mulige ordregivere. Projektet vil alene fremhæve enkelte problemstillinger, som kan opstå i krydsfeltet mellem de to regelsæt.

I og med projektets formål alene er at belyse nogle af de problemstillinger, som kan opstå i krydsfeltet mellem forvaltningsretten og udbudsretten, hvor kommunerne optræder, som ordregiver, er det ikke nødvendigt for projektets formål at gå helt i dybden med alle problemstillingerne, herunder de præcise grænser for kommunalfuldmagten, idet en sådan problemstilling ville gøre projektet for omfattende. I projektet er derfor alene medtaget de dele af principperne, som vurderes afgørende for projektets formål.

I nærværende fremstilling anvendes terminologien forvaltningsretlige principper i stedet for retsgrundsætninger, idet betydningen af begge er det samme, men for overskuelighedens skyld holder vi os til én terminologi.

I fremstillingen nævnes blandt andet forskelle mellem udbudsloven og udbudsdirektivet, og for at holde os inden for projektets omfang, vil alle forskelle mellem loven og direktivet derfor ikke undersøges.

I fremstillingen vil de forskellige klageorganer blive gennemgået, navnlig domstolene, Klagenævnet for Udbud, Ankestyrelsen og Indenrigsministeriet. Idet formålet med fremstillingen er at undersøge de forskellige klagemuligheder og belyse de forskellige organers kompetence og virke, er de nærmere betingelser for hver af deres virke ikke gået i dybden med, da detaljeringsgraden så ville blive for omfattende og samtidig ikke stå mål med projektets formål.

Projektet er derudover afgrænset til ikke at omfatte ombudsmandens virke, idet Ombudsmandens udtalelser formelt set ikke er retligt bindende,⁷ og Ombudsmanden derudover ikke er tillagt beføjelser til at gennemtvinge sine udtalelser,⁸ hvorved Ombudsmanden adskiller sig fra de øvrige klageorganer, som er medtaget i denne fremstilling.

3 Metoder og kilder

Projektet vil først og fremmest undersøge, hvad der er gældende ret, og i denne forbindelse er den retsdogmatiske metode⁹ anvendt. Derudover er der foretaget en komparativ analyse¹⁰ af de forvaltningsretlige aktører over for de udbudsretlige aktører. Den retspolitiske metode¹¹ er ligeledes anvendt i diskussionen af tilstrækkeligheden af de nuværende klagemuligheder, da der i den forbindelse er blevet argumenteret for hvordan retten bør være.

Der er først og fremmest anvendt lovgivning, da det er heri den gældende ret først og fremmest skal findes. I forbindelse hermed er der også anvendt forarbejder i form af bemærkningerne til lovforslagene. Det kan diskuteres, hvorvidt forarbejder kan anses som

⁷ Revsbech, m.fl., (2016), s. 512

⁸ Ibid., s. 511-512

⁹ Blume (2016), s. 40

¹⁰ Hamer, m.fl., (2020), s. 26

¹¹ Ibid.

en egentlig retskilde eller blot som fortolkningsbidrag, men undertiden anvendes forarbejder så meget i dansk ret, at det kan argumenteres om, at det er en retskilde, men uanset er forarbejderne utvivlsomt vigtige.¹² Derfor er forarbejderne inddraget i nærværende fremstilling.

I fremstillingen er der ligeledes anvendt bekendtgørelser, da der også i disse kan klarlægges den gældende ret. Bekendtgørelser anvendes typisk til at udfylde de huller, som er efterladt i lovgivningen, og hvor der i lovgivningen er en bemyndigelsesbestemmelse til en fagminister.¹³

Derudover er der i fremstillingen benyttet domme, som generelt er en vigtig retskilde, idet dommerne skal træffe afgørelser efter loven og er uafhængige.¹⁴ Der er derudover anvendt en lang række kendelser fra Klagenævnet for Udbud, samt en række udtalelser fra henholdsvis Ankestyrelsen og Indenrigsministeriet. Generelt har sådanne administrative afgørelser en stor betydning for retsstillingen, men det skal dog også bemærkes, at afgørelserne kan ændres af domstolene.¹⁵ På retsområder hvor der ikke er mange domstolsafgørelser og de administrative afgørelser derfor oftest er sidste ord i den konkrete sag, har de administrative afgørelser stor betydning.¹⁶ Udtalelserne på det forvaltningsretlige område omhandler ofte en vurdering af skøn, som kræver særlig sagkundskab, hvorfor domstolene i disse tilfælde vil være tilbageholdende med at omgøre sådanne afgørelser.¹⁷ På denne baggrund må det vurderes, at udtalelserne fra Ankestyrelsen og Indenrigsministeriet har stor betydning for retsstillingen på det forvaltningsretlige område.¹⁸

I forlængelse heraf kan nævnes, at der er inddraget en udtalelse fra Indenrigsministeriet, som ikke ligger offentligt tilgængeligt. Denne er fremskaffet ved at kontakte Indenrigs- og Boligministeriet, som har fundet den i deres arkiv. Udtalelsen er derfor vedhæftet denne fremstilling, som bilag.

¹² Ibid., s. 72

¹³ Ibid., s. 31

¹⁴ Ibid., s. 21

¹⁵ Blume (2016), s. 187

¹⁶ Ibid., s. 187-188

¹⁷ Gomard (2020), s. 36

¹⁸ Se nærmere om udtalelser afsnit 8.3 og 8.4

For så vidt angår det udbudsretlige område kræves generelt en hurtig effektiv sagsbehandling, som resulterede i oprettelsen af Klagenævnet for Udbud.¹⁹ Det var vurderingen at domstolene alene ikke kunne fungere som klageinstans på området, da de ikke var velegnede som hurtig afgørelsesinstans.²⁰ Klagenævnet består af dommere og sagkyndige medlemmer,²¹ og kan stille præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen,²² hvorefter følger at Klagenævnet er et meget domstolslignende organ. På denne baggrund vurderes, at Klagenævnet generelt har stor betydning for retsstillingen på det udbudsretlige område.

I fremstillingen er ligeledes anvendt EU-retlig praksis og lovgivning, i form af direktiver og domme fra EU-Domstolen. Danmark er medlem af EU og EU-retten har derfor betydning i Danmark.²³ Et udgangspunkt er, at EU-retten har forrang for national ret, hvorefter følger, at EU-retten går forud for enhver national bestemmelse.²⁴ Dette udgangspunkt er dog modificeret i dansk ret, idet grundlovens bestemmelser ikke kan tilsidesættes af anden lovgivning, heller ikke EU-retten.²⁵ Et vigtigt princip i denne henseende er princippet om EU-konform fortolkning.²⁶ Princippet indebærer, at national ret skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten, og at der ved modstrid mellem de to regelsæt, skal ske en fortolkning som tilgodeser EU-retten.²⁷ Såfremt det ikke er muligt at fortolke en regel i overensstemmelse med EU-retten, skal reglen tilsidesættes.²⁸ Dette betyder dog ikke, at reglen skal ophæves, men alene at den ikke kan anvendes.²⁹

De to direktiver der er anvendt i fremstillingen, er det nuværende udbudsdirektiv og det tidligere udbudsdirektiv. Direktiver er bindende retsakter, som skal implementeres i

¹⁹ Hamer (2021), s. 774

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid., s. 775

²² Mortensen, m.fl., (2020), s. 492-493

²³ Blume (2016), s. 276

²⁴ Ibid., s. 277

²⁵ Ibid.

²⁶ Hamer, m.fl., (2020), s. 153

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid., s. 154

²⁹ Ibid., s. 150

national ret af medlemsstaterne.³⁰ Heraf kommer den danske udbudslov. De EU-retlige domme er ligeledes inddraget og bidrager til fortolkningen af udbudsretten, idet EU-Domstolen fastlægger hvad der er gældende EU-ret.³¹ Derudover har dommene stor retskildemæssig værdi, idet medlemsstaterne er forpligtede til at lægge EU-Domstolens retsopfattelse til grund.³²

Der er i fremstillingen også anvendt vejledninger, herunder vejledning om forvaltningsloven og vejledning om god adfærd i det offentlige. Om vejledninger gælder, at disse ikke er bindende.³³ Vejledningerne kan således alene anvendes som råd og information om, hvorledes en lov eller bekendtgørelse skal anvendes af myndighederne.³⁴

I fremstillingen er der anvendt en lang række juridisk litteratur. Hertil gælder, at juridisk litteratur som udgangspunkt ikke udgør nogen retskilde.³⁵ Det kan dog argumenteres, at den juridiske litteratur alligevel kan siges at udgøre en retskilde, idet den bygger på anerkendte retskilder, og kan anvendes i den juridiske argumentation.³⁶ Omvendt kan litteraturen siges alene at bidrage til forståelsen og belysningen af et emne og de normer der findes.³⁷ I nærværende fremstilling er den juridiske litteratur alene anvendt til at bidrage til forståelsen af de forskellige juridiske områder, og suppleres med lovgivning, forarbejder og praksis. Specielt for nærværende fremstilling gælder dog, at de forvaltningsretlige principper er uskræve, hvorved litteraturen i højere grad kan bidrage til forståelsen af disse.

I fremstillingen er der ligeledes henvist til Revsbech m.fl. (2016) i forbindelse med to Ombudsmandsudtalelser. De to udtalelser er ikke at finde på Ombudsmandens egen hjemmeside, og hertil kan tilføjes, at Ombudsmanden selv i FOB 2013.20 på side 19 henviser til værket af Revsbech m.fl. om resumé af de to udtalelser.

I fremstillingen er ligeledes anvendt en enkelt note fra den juridiske database *Kar-nov*. Hertil kan bemærkes, at denne er på linje med litteratur, og derfor alene kan

³⁰ Blume (2016), s. 278

³¹ Ibid., s. 280

³² Ibid.

³³ Ibid., s. 222

³⁴ Ibid.

³⁵ Hamer, m.fl., (2020), s. 24

³⁶ Blume, (2016), s. 188-189

³⁷ Ibid., s. 188

anvendes som fortolkningsbidrag.³⁸ Hertil kan nævnes, at noten alene er inddraget, da der ikke kunne findes anden litteratur på området. Derudover er noten suppleret med inddragelse af en dom på området. Dommen vedrører den tidligere retsafgiftslov, men idet ordlyden af den daværende bestemmelse, som dommen omhandler, og den nuværende bestemmelse har samme ordlyd, vurderes at dommen stadig har retskildemæssig betydning.

4 Kort om forvaltningsret, udbudsret og aktører

4.1 Den generelle forvaltningsret og de forvaltningsretlige principper

Som beskrevet i indledningen består forvaltningsretten af forskellige retskilder, herunder blandt andet love, praksis samt forvaltningsretlige principper. Forvaltningsloven³⁹ er den primære retskilde på forvaltningsrettens område, idet denne regulerer al afgørelsesvirksomhed, som forvaltningen udøver, og fastsætter en række væsentlige regler for sagsbehandlingen heraf, samt en række rettigheder for parterne i en sag.⁴⁰ Herudover består forvaltningsretten af kommunalretten, som særskilt regulerer kommunerne. Idet kommunerne også er offentlige forvaltningsmyndigheder, er de derfor underlagt forvaltningsretten og de dertilhørende regler og principper.⁴¹

De forvaltningsretlige principper vil oftest finde anvendelse, hvor der ikke er en lov-hjemmel. Disse principper er udviklet i praksis, og er helt generelle og grundlæggende, og som i øvrigt har et meget bredt anvendelsesområde, idet principperne ikke kun gælder inden for et specifikt område.⁴² Det kan i den forbindelse tilføjes, at de almindelige forvaltningsretlige principper er på lovs niveau, og derfor ikke kan tilsidesættes med administrative bestemmelser, men kan tilsidesættes, hvis der laves en lovbestemmelse, som begrænser deres område.⁴³ Hvor der er tale om uklare lovbestemmelser er der overladt et skøn til sagsbehandleren, hvorved forvaltningen kan fortolke den pågældende

³⁸ Ibid., s. 78

³⁹ FVL

⁴⁰ Revsbech, m.fl., (2016), s. 110-111

⁴¹ Fenger, (2018), s. 701

⁴² Revsbech, m.fl., (2016), s. 116

⁴³ Ibid., s. 116-117

regel.⁴⁴ Denne fortolkning vil dog aldrig være fuldstændig fri, da forvaltningen skal overholde principperne, også kaldet de ulovbestemte retsgrundsætninger.⁴⁵ Principperne kan på denne baggrund konstateres at have stor betydning i forvaltningsretten, idet de altid skal overholdes, medmindre der er udtrykkelig lovhjemmel til andet.

De forvaltningsretlige principper består blandt andet af legalitetsprincippet, grund-sætningen om saglig forvaltning, lighedsgrundsætningen, proportionalitetsprincippet, økonomisk forsvarlighed og forbuddet mod skøn under regel.⁴⁶

Som følge af afgrænsningen af nærværende fremstilling, vil alene legalitetsprincip-pet, økonomisk forsvarlig forvaltning samt kommunalfuldmagten behandles.

4.2 Den generelle udbudsret

I modsætning til forvaltningsretten er udbudsretten primært reguleret i EU-regi. Det er i denne forbindelse særligt vigtigt at holde sig for øje, at dette har betydning for gennem-førelsen af udbud, såvel som den juridiske fortolkning af selve UBL, idet denne er en implementering af Udbudsdirektivet. EU-retten er et særegent system og har i EU-ret-lige øje altid forrang for national ret.⁴⁷ Dette betyder også, at UBL og de bestemmelser i direktivet, som den implementerer, skal fortolkes EU-konformt.⁴⁸

Selvom UBL er en implementering af Udbudsdirektivet, medfører dette ikke at UBL er en direkte kopi af Udbudsdirektivet, da der med UBL også er tilføjet en række danske særregler.⁴⁹ Formålet med EU direktivet er, at skabe og sikre det indre marked for of-fentlige kontrakter med fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser og bygge - og an-lægsopgaver, og ligeledes fremme konkurrencen om offentlige opgaver, og skabe lige adgang for virksomheder i hele EU til at få del i de offentlige kontrakter.⁵⁰ Det fremgår af § 1 i UBL, at: "Formålet med loven er at fastlægge procedurerne for offentlige ind-køb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de

⁴⁴ Hamer, m.fl., (2020), s. 196

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Fenger, (2018), s. 355-356

⁴⁷ Daniel, m.fl., (2011), s. 256-257

⁴⁸ Hamer, (2021), s. 46-47

⁴⁹ Ibid., s. 44

⁵⁰ Ibid., s. 33-35

offentlige midler”. Det ses således at formålsbestemmelserne adskiller sig fra hinanden, idet det EU-retlige i højere grad har fokus på det indre marked og den frie bevægelighed, som er kernen i Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF). Set med EU-retlige briller ses det umiddelbart at stemme overens med hele EU's formål, idet EU og daværende EF blev oprettet med formålet om at skabe et indre marked for EF's medlemsstater.⁵¹

Derimod ses det at formålet med UBL i højere grad fokuserer på, at de danske offentlige midler skal udnyttes bedst muligt, som sker ved effektiv konkurrence. Den danske formålsbestemmelse ses således ikke at inddrage et EU-retligt perspektiv. Det kan dog argumenteres, at dette aldrig vil få selvstændig betydning, idet der ikke kan støttes ret på UBL § 1.⁵² Udover formålsbestemmelserne kan nævnes udelukkelsesgrunde, hvor der også er forskel på loven og direktivet. I loven er listet en række obligatoriske udelukkelsesgrunde i hhv. §§ 135 og 136, hvor grundene i § 136 står i direktivets artikel 57, stk. 4, litra e, f og h, som frivillige udelukkelsesgrunde.

Der ses således flere eksempler på, hvor loven og direktivet adskiller sig fra hinanden, enten indholdsmæssigt eller opbygningsmæssigt. Det er i denne forbindelse dog vigtigt at erindre, at vi i Danmark er underlagt princippet om EU-konform fortolkning, idet EU-retten har forrang. Alle de konkrete forskelle vil ikke blive gennemgået nærmere i denne fremstilling.⁵³ Det vigtige er dog blot at holde sig for øje, at der er tæt sammenhæng og stor påvirkning fra EU-retten i den danske udbudsret.

4.3 Forvaltningsretlige aktører

Indledningsvist kan det slås fast, at gennemførelse af udbud betegnes som faktisk forvaltningsvirksomhed, og er således undtaget FVL's regler, jf. FVL § 2, stk. 1.⁵⁴ Det er derfor relevant at få fastlagt, hvem der er omfattet af de forvaltningsretlige principper, idet disse altid gælder, modsat FVL, der kun gælder for afgørelsesvirksomhed. For at fastslå, hvem der er omfattet af, og dermed forpligtet til at overholde de

⁵¹ *EF-pakken*

⁵² Hamer, (2021), s. 37-38

⁵³ Se afgrænsning, afsnit 2

⁵⁴ Hamer, (2021), s. 735

forvaltningsretlige principper, må først slås fast, hvem der kan karakteriseres som en forvaltningsretlig myndighed, idet disse er bundet af de forvaltningsretlige principper.

For at kunne afgøre, hvorvidt der er tale om en forvaltningsmyndighed, kan ses på FVL's og Offentlighedslovens anvendelsesområde. Hvis organet betragtes som offentlig medfører dette, at organet ligeledes er omfattet af de uskrevne forvaltningsretlige regler, herunder de forvaltningsretlige principper.⁵⁵

I FVL benyttes begrebet den offentlige forvaltning om de organer der er omfattet af lovens bestemmelser.⁵⁶ Det fremgår af lovens § 1, stk. 1, at den gælder for alle dele af den offentlige forvaltning.

Der skelnes mellem to vurderingsmodeller ved fastlæggelse af, hvorvidt et organ er en del af den offentlige forvaltning.⁵⁷ Som det klare udgangspunkt benyttes en organisatorisk og formel vurdering.⁵⁸ I denne vurdering indgår blandt andet kriterierne om, hvorvidt organet er oprettet ved lov eller på privat initiativ, om organet er placeret i et over-/underordnelsesforhold til en forvaltningsmyndighed, om organets drift finansieres ved offentlig bevilling eller ved private midler, samt om der ved lov er fastsat regler med hensyn til anvendelse af bevilgede midler.⁵⁹ Heraf følger, at organer, som hviler på privatretligt grundlag, som udgangspunkt aldrig vil anses for værende offentlige.⁶⁰ Det ville som udgangspunkt betyde, at alle selskaber oprettet ved en stiftende generalforsamling med vedtægter, samt universiteter, plejehjem med videre, aldrig ville kunne anses for at være en del af den offentlige forvaltning.

Ved tilfælde, hvor der opstår tvivl om, hvorvidt et organ organisatorisk kan anses som en del af den offentlige forvaltning kan suppleres med et materielt kriterium, hvorved der ses på om organet udøver offentligretlige funktioner.⁶¹ Typiske offentligretlige funktioner kunne være undervisning eller socialforsorg.⁶² Ved vurderingen skal man være opmærksom på det forhold, at et organs benævnelse, som blandt andet råd eller

⁵⁵ Revsbech, m.fl., (2016), s. 74

⁵⁶ Fenger, (2018), s. 112

⁵⁷ Revsbech, m.fl., (2016), s. 70

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Fenger, (2018), s. 113

⁶⁰ Revsbech, m.fl., (2016), s. 71

⁶¹ Fenger, (2018), s. 113

⁶² Revsbech, m.fl., (2016), s. 72

institut aldrig vil være afgørende for om det er omfattet af begrebet den offentlige forvaltning og de dertilhørende love.⁶³

I praksis bliver ved vurderingen af det materielle kriterium lagt vægt på i, hvor stort omfang organets drift - og anlægsmidler stammer fra det offentlige, omfanget af det offentliges indflydelse på den daglige drift, omfanget af det offentliges indflydelse på ledelsen, samt omfanget af det offentliges kontrolfunktioner over for organet.⁶⁴ Det må i denne forbindelse søges klarlagt, hvornår det offentlige har tilstrækkelig indflydelse til at organet tillige kan anses for offentligt.

FVL gælder også for selvejende institutioner, foreninger, fonde m.v., der er oprettet ved lov eller i henhold til lov, og selvejende institutioner, foreninger, fonde m.v., der er oprettet på privatretligt grundlag, og som udøver offentlig virksomhed af mere omfattende karakter og er undergivet intensiv offentlig regulering, intensivt offentligt tilsyn og intensiv offentlig kontrol, jf. FVL § 1, stk. 2, nr. 1 og nr. 2. Det kan hertil tilføjes, at FVL § 1, stk. 2, nr. 1 og 2, har samme ordlyd som Offentlighedslovens (OFL) § 3, stk. 1, nr. 1 og 2.

Ud fra ovennævnte to formuleringer: 'undergivet intensiv offentlig regulering, intensivt offentligt tilsyn og intensiv offentlig kontrol' og 'omfanget af det offentliges indflydelse på ledelsen, samt omfanget af det offentliges kontrolfunktioner over for organet' må det undersøges, hvad det nærmere indhold heraf er.

Indledningsvist kan der af FVL § 1, stk. 2, nr. 2 udledes følgende betingelser: (1) Der skal være tale om selvejende institutioner, foreninger, fonde m.v., der er oprettet på privatretligt grundlag. (2) Udøve offentlig virksomhed af mere omfattende karakter. (3) Være undergivet intensiv offentlig regulering, intensivt offentligt tilsyn og intensiv offentlig kontrol.

Da bestemmelserne i FVL og Offentlighedsloven har nøjagtigt samme ordlyd, kan forarbejderne til offentlighedslovens bestemmelse undersøges, for at klarlægge den nærmere betydning af formuleringen *intensiv offentlig regulering*. Hertil kan tilføjes, at bestemmelserne blev medtaget i de to lovforslag samtidig, for at sikre parallelitet mellem lovene og for at lovfæste retstilstanden.⁶⁵

⁶³ Fenger, (2018), s. 113

⁶⁴ Revsbech, m.fl., (2016), s. 73

⁶⁵ L145, 2013, pkt. 1 og 4.3.2.2.

Af forarbejderne til offentlighedsloven, som også henvises til i forarbejderne til FVL, fremgår til bestemmelsen vedrørende organer, der er oprettet ved lov eller i henhold til lov, at disse som udgangspunkt altid vil være en del af den offentlige forvaltning, medmindre det i loven er klart forudsat at organet ikke skal være en del af den offentlige forvaltning.⁶⁶ Et organ organiseret, som eksempelvis et aktieselskab eller et interessentskab, som er oprettet ved det offentliges foranstaltning vil derimod aldrig være omfattet af loven, uanset om organet er 100% ejet af det offentlige og uanset karakteren af organets virksomhed, medmindre der er tale om kommunale fællesskaber.⁶⁷

Ikke-selskaber, som selvejende institutioner, fonde og foreninger kan derimod i visse tilfælde godt betegnes som en del af den offentlige forvaltning, jf. FVL §1, stk. 2. Selvejende institutioner er kendetegnet ved organisatorisk autonomi og egen formue.⁶⁸ Heraf følger, at institutionens øverste myndighed er et organ i institutionen selv, som er fastlagt i institutionens vedtægter, og at institutionens formue er adskilt fra de offentlige kasser.⁶⁹ Det klare udgangspunkt er dog, at selvejende institutioner, fonde og foreninger, som er oprettet på et privatretligt grundlag, ikke er del af den offentlige forvaltning.⁷⁰ Dog kan sådanne organer i visse tilfælde alligevel henregnes til den offentlige forvaltning, hvis de udøver offentlig virksomhed af mere omfattende karakter og er undergivet offentlig regulering, kontrol og tilsyn.⁷¹

Udøvelse af offentlig virksomhed må antages at dække udfærdigelse af retsakter og virksomhed, som traditionelt betragtes som faktisk forvaltningsmyndighed, såsom undervisning og sygepleje.⁷²

Vurderingen af hvorvidt der er tilstrækkelig intensiv offentlig regulering, tilsyn og kontrol skal foretages ud fra følgende momenter: om organet er helt eller delvist finansieret af det offentlige, undergivet statslig revision, om bestyrelsesmedlemmerne udpeges af det offentlige, om den daglige leder ansættes af det offentlige, om det offentlige

⁶⁶ L144, 2013, pkt. 3.2.2.

⁶⁷ Ibid., pkt. 3.2.2.

⁶⁸ Gammeltoft, m.fl., (1994), s. 65

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ L144, 2013, pkt. 3.2.2.

⁷¹ Ibid.

⁷² Bet. nr. 1510, 2009, kap. 9, pkt. 2.8.1

har en instruktionsbeføjelse over for organet, om organets vedtægter skal godkendes af det offentlige, om der ydes sekretariatsbistand af det offentlige, om det offentlige overtages organets rettigheder og forpligtelser, hvis denne skulle nedlægges, om regnskaberne skal godkendes af det offentlige, samt om organets drift og virksomhed er reguleret af regler og retningslinjer udstedt af det offentlige.⁷³ Vægten af hver af momenter kan dog ikke fastlægges entydigt, idet der er tale om en konkret og samlet vurdering i hvert enkelt tilfælde.⁷⁴

Hvorledes ovenstående finder anvendelse i praksis kan eksempelvis belyses ved Ombudsmandsudtalelsen FOB 1972.82, som handlede om Det Danske Hedeselskab. Selskabets udgifter finansieredes for 40 % af vedkommende af det offentlige, det offentlige havde ingen medlemmer af repræsentantskabet, som var selskabets øverste myndighed, 3 ud af 9 medlemmer af bestyrelsen var udpeget af det offentlige, selskabets regnskab var ikke undergivet offentlig godkendelse, og regulativet for de ansatte tjenestemænd var udstedt af Landbrugsministeriet.⁷⁵ Den samlede offentlige indflydelse blev betragtet som forholdsvis ringe, og selskabet kunne dermed ikke betragtes som værende en offentlig institution.⁷⁶

Som et eksempel mere kan fremhæves Ombudsmandsudtalelsen FOB 1989.104, som omhandlede TV2, der oprindeligt var en selvejende institution. Kulturministeren udpegede medlemmerne af bestyrelsen, ministeren fastsatte en vedtægt for den samlede TV2-virksomhed, ministeren og Folketingets Finansudvalg besluttede, hvor store beløb af licensmidlerne og TV2 Reklame der skulle gå til TV2 som indtægt, TV2 var omfattet af Radio- og TV-loven, som indebar en omfattende offentlig kontrol i form af revision af regnskaber gennem Rigsrevisionen.⁷⁷ Kulturministeren havde ingen indflydelse på den daglige drift.⁷⁸ Den samlede offentlige indflydelse blev betragtet som nok til at TV2 skulle anses for at være en del af den offentlige forvaltning.⁷⁹

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Revsbech, m.fl., (2016), s. 73

⁷⁶ Ibid., s. 73-74

⁷⁷ Ibid., s. 73

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

Den offentlige forvaltning omfatter alle forvaltningsmyndigheder, herunder statslige, regionale og kommunale myndigheder.⁸⁰ Eksempler på omfattede myndigheder er kommunerne, ministerier, universiteter, Danmarks Radio (DR) samt Nationalbanken.⁸¹ Herudover er regenten omfattet af begrebet når det gælder sager, hvor regenten deltager i statsstyret. I disse tilfælde er det antaget, at regenten og den pågældende forvaltningsmyndighed må betragtes som én og samme myndighed.⁸²

I nogle tilfælde kan der ved særlovgivning fastsættes, at en forvaltningsmyndighed helt eller delvist er undtaget fra Offentlighedsloven, FVL og/eller Ombudsmandsloven.⁸³ Dog har dette ingen betydning for det pågældende organs grundlæggende status som forvaltningsmyndighed, hvilket dermed betyder, at de almindelige offentligretlige regler og de forvaltningsretlige principper stadig gælder for myndigheden, medmindre der udtrykkeligt er gjort undtagelse herfra i særlovgivningen.⁸⁴

4.3.1 Opsummering af de forvaltningsretlige aktører

Sammenfattende kan siges, at det for at belyse, hvorvidt et organ er bundet af de forvaltningsretlige principper, først og fremmest skal undersøges, hvorvidt det er en del af den offentlige forvaltning. Først og fremmest er organer oprettet ved lov eller i henhold til lov som udgangspunkt omfattet af den offentlige forvaltning.

Hvis organet er kommunalt, regionalt eller statsligt vil organet være en forvaltningsmyndighed. Er organet et råd, nævn, selvejende institution, forening el.lign. må først foretages en organisatorisk og formel vurdering. Herefter vil ministerierne og ambassader også være omfattet af den offentlige forvaltning, idet disse henhører under staten.

Ved tvivlstilfælde kan der suppleres med en materiel vurdering. I den materielle vurdering handler det om, hvorvidt organet udøver offentlig virksomhed og er underlagt tilstrækkelig intensiv offentlig regulering, tilsyn og kontrol. I denne vurdering indgår en række momenter, som ved en konkret og samlet vurdering kan være med til at afgøre, hvorvidt et organ er omfattet af den offentlige forvaltning.

⁸⁰ Fenger, (2018), s. 113

⁸¹ Ibid., s. 113-114

⁸² Ibid., s. 114

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

Derudover gælder, at et organ omfattet af den offentlige forvaltning vil være bundet af de forvaltningsretlige principper. Principperne kan alene fraviges ved udtrykkelig lovhjemmel, idet principperne er på lovs niveau.⁸⁵

4.4 Udbudsretlige aktører

I UBL bruges begrebet ordregivere om de enheder der er omfattet af lovens bestemmelser. Ordregivere er defineret i UBL § 24, nr. 28 som: *Statslige, regionale og kommunale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer*. Ved første øjekast ses de tre første kategorier af ordregivere at have direkte sammenfald med de forvaltningsretlige myndigheder, da statslige, regionale og kommunale myndigheder utvivlsomt er en del af den offentlige forvaltning og er forvaltningsmyndigheder.⁸⁶

Spørgsmålet bliver dog, hvorvidt offentligretlige organer også kan siges at være forvaltningsmyndigheder. Hertil må først ses på definitionen af et offentligretligt organ i UBL's forstand. Denne er fastslået i UBL § 24, nr. 27, hvori er oplistet tre kumulative betingelser for at et organ kan anses for at være et offentligretligt organ. Betingelserne er som følger: Organet skal for det første være oprettet med henblik på at imødekomme almenhedens behov, som ikke må være af industriel eller kommerciel karakter, jf. UBL § 24, nr. 27, litra a. Organet skal derudover være en juridisk person, jf. UBL § 24, nr. 27, litra b. Sidst skal organet enten (1) for mere end 50% finansieres af staten, regionale eller kommunale myndigheder eller af andre offentligretlige organer, (2) være underlagt ledelsesmæssig kontrol af disse myndigheder eller organer, eller (3) have en bestyrelse eller direktion eller et tilsynsråd, hvor mere end 50% af medlemmerne udpeges af staten, regionale eller kommunale myndigheder eller andre offentligretlige organer, jf. UBL § 24, nr. 27, litra c.

Ved vurderingen af hvorvidt et organ er et offentligretligt organ, skal vurderingen foretages med udbudsreglernes formål for øje, således at hvor et organ kunne tænkes at lade sig lede af andre hensyn end økonomiske, bør organet være omfattet af udbudsreglerne.⁸⁷ Endvidere er det ikke et krav at det pågældende organ er oprettet for at

⁸⁵ Se afsnit 4.1

⁸⁶ Se afsnit 4.3

⁸⁷ Hamer, (2021), s. 77

imødekomme almenhedens behov, kravet kan også opfyldes hvis organet senere begynder at udføre opgaver i almenhedens interesse, bare det er inden det pågældende udbud offentliggøres.⁸⁸ Almenhedens behov kan beskrives som de opgaver, der normalt vil henhøre til den offentlige sfære, og som det offentlige traditionelt har en særlig interesse i.⁸⁹

Ved vurderingen kan indgå en række momenter, herunder om organet opererer i et konkurrencepræget miljø, om det udøver sin virksomhed på normale markedsvilkår, om det har til formål at skabe indtjening og om det selv bærer de tab og risici, der er forbundet med erhvervet.⁹⁰ Er svaret bekræftende for disse momenter vil det tale for, at organet ikke kan siges at være et offentligretligt organ. Hvis organet derimod har en lovbestemt pligt til at sørge for at dække almenhedens behov vil dette dog tale for, at der er tale om et offentligretligt organ, som er omfattet af udbudsreglerne.⁹¹

Ad betingelsen i UBL § 24, nr. 27, litra c, også kaldet kontrolkriteriet, kan det for så vidt angår det første krav om finansiering fastslås at både direkte og indirekte finansiering er omfattet.⁹² Kriteriet om ledelsesmæssig kontrol indebærer at de offentlige myndigheder skal kunne påvirke organets afgørelser på området for offentlige kontrakter, hvorved ses at efterfølgende kontrol ikke er tilstrækkeligt.⁹³ Kontrollen kan dog også bestå af indflydelse på organets vedtægter, ejeroverenskomster, budget, personaleforhold og aftaler med andre offentlige myndigheder.⁹⁴ Det afgørende for kriteriet vedrørende udpegning af medlemmer til ledelsen er at der er tale om mere end 50 %.⁹⁵ Som eksempler på offentligretlige organer efter udbudsretten kan nævnes DR, TV 2, Nationalbanken, universiteterne og Sund og Bælt Holding A/S.⁹⁶

Derudover kan private virksomheder i nogle tilfælde også blive ordregivere i UBL's forstand. Dette ses i UBL § 6, stk. 3, hvorefter private virksomheder bliver omfattet af

⁸⁸ Ibid., s. 76 og 78

⁸⁹ Ibid., s. 78

⁹⁰ Ibid., s. 79

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid., s. 82

⁹³ Ibid., s. 83

⁹⁴ Ibid., s. 84

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Ibid., s. 77

udbudsreglerne, under forudsætning af at kontraktens værdi overstiger tærskelværdierne. Det følger af bestemmelsen, at dette sker ved at ordregiver yder tilskud på mere end 50 % til bygge- og anlægsarbejder, og hvis anslåede værdi eksklusive moms er lig med eller overstiger 5.186.000 EUR. Dog skal det bemærkes, at dette kun kan lade sig gøre for kontrakter der vedrører anlægsarbejder og opførelse af hospitaler, sportsanlæg, rekreative anlæg, anlæg til fritidsformål, skole - og universitetsbygninger og bygninger til administrative formål. Derudover gælder reglen også for tjenesteydelseskontrakter, hvis disse har forbindelse til bygge- og anlægskontrakten. I dette tilfælde ville virksomheden være en ordregiver i udbudsrettens forstand, men idet der ville være tale om en virksomhed, ville denne ikke være en del af den offentlige forvaltning.

Derudover følger det af UBL § 193, som gælder for kontrakter under tærskelværdierne, som er uden klar grænseoverskridende interesse og som overstiger 500.000 kr., at ordregiver blandt andet skal overholde de forvaltningsretlige principper, uanset om ordregiver er forvaltningsmyndighed eller ej. Dette kan være med til at fastslå, at en ordregiver ikke nødvendigvis behøves at være en forvaltningsmyndighed.

4.5 Samspil og overlap mellem aktørerne og regelsæt

På baggrund af ovenstående ses det, at flere af både kriterierne samt fortolkningsmomenterne i høj grad minder om hinanden i forvaltningsretten og udbudsretten. I *Erhvervsforvaltningsret* konstaterer den ene af forfatterne, at begreberne ordregivende myndigheder og enheder der er del af den offentlige forvaltning, i mange situationer vil omfatte de samme enheder, men at der dog vil være situationer, hvor en enhed alene er omfattet af forvaltningsrettens regler, men ikke af udbudsreglerne, og situationer, hvor en enhed ikke er omfattet af forvaltningsrettens regler, men stadig vil være omfattet af udbudsreglerne.⁹⁷ I de følgende afsnit vil den forvaltningsretlige og den udbudsretlige vurdering blive sammenlignet med hinanden, for at klarlægge samspillet og overlappet mellem de to regelsæt.

Det sidste vurderingsmoment i udbudsretten, om hvis organet har en lovbestemt pligt til at sørge for at dække almenhedens behov, vil dette tale for, at der er tale om et offentligtretligt organ, kan med fordel sammenlignes med momentet i forvaltningsretten,

⁹⁷ Mortensen, m.fl., (2020), s. 470

om at organet skal være oprettet ved lov for at være en forvaltningsmyndighed. I forvaltningsretten er det også et fortolkningsmoment for at afgøre, hvorvidt der er tale om en forvaltningsmyndighed. Momentet i udbudsretten vægter dog tungt, idet det kan være tilstrækkeligt til at afgøre at organet opfylder betingelsen i UBL § 24, nr. 27, litra a, hvis organet har en lovbestemt pligt til at udføre en bestemt opgave.⁹⁸ Her ses således at være et overlap med forvaltningsretten, idet det i FVL § 1, stk. 2, nr. 1 er bestemt, at også selvejende institutioner, foreninger, fonde m.v., der er oprettet ved lov eller i henhold til lov er omfattet af forvaltningsloven. Dog kan ses én betydelig forskel, navnlig at det i henhold til FVL § 1, stk. 2, nr. 1 er nok til at gøre organet offentligt, at denne er oprettet ved lov eller i henhold til lov, hvor det efter udbudsreglerne ligeledes er krævet, at de resterende 2 betingelser i UBL § 24, nr. 27 også skal være opfyldt. Hvis et organ eksempelvis er oprettet ved lov, men ikke er kontrolleret af det offentlige, jf. UBL § 24, nr. 27, litra c, vil organet være en forvaltningsretlig myndighed, men derimod ikke være en ordregiver i udbudsrettens forstand.

Der kan derudover drages paralleller til vurderingsmomenteterne i den materielle vurdering af, hvorvidt et organ er en del af den offentlige forvaltning, idet det også der indgår som moment om at organets vedtægter skal godkendes af det offentlige, om regnskaberne skal godkendes af det offentlige, og om det offentlige har udpeget medlemmer af bestyrelsen. Disse ses at være flere af de samme kriterier der forefindes i UBL § 24, nr. 27. Det kan dog bemærkes, at der for eksempel for udpegning af ledelsesmedlemmer er sat en fast grænse i udbudsretten på 50%, hvor det i forvaltningsretten alene indgår som et moment i den samlede vurdering.

Som beskrevet i ovenstående vil de nævnte organer, såsom DR, TV 2 og Nationalbanken mv., være både forvaltningsmyndigheder og ordregivere, idet vurderingen af, hvorvidt de er omfattet af de respektive regelsæt, afgøres efter kriterier der synes på mange måder at ligne hinanden. Dette ses blandt andet ved vurderingen af, hvorvidt organet udfører opgaver i almenhedens interesse og vurderingen af om organet udøver offentligretlige funktioner. Det må kunne antages, at der ikke ses megen forskel i de to, da almenhedens behov netop består af opgaver, der normalt henhører til den offentlige sfære, som beskrevet ovenfor.

⁹⁸ Hamer, (2021), s. 80

Kontrolkriteriet forefindes også i både forvaltningsretten og udbudsretten. Formuleringerne i hhv. FVL § 1, stk. 2, nr. 2 og UBL § 24, nr. 27, litra c, har forskellig ordlyd, og bestemmelsen i UBL fremstår også mere uddybende og præciseret end bestemmelsen i FVL. Dette skyldes, at bestemmelsen i UBL indeholder konkrete holdepunkter, altså de 50 %, hvor bestemmelsen i FVL blot anvender formuleringerne *intensiv offentlig regulering, tilsyn og kontrol*, og det derudover altid afhænger af en konkret og samlet vurdering ud fra de momenter oplistet i afsnit 4.3. Kriteriet om ledelsesmæssig kontrol i UBL kan dog i højere grad sammenlignes med bestemmelsen i FVL, idet denne også indeholder et større rum for skøn, end de to øvrige kriterier i UBL.

På denne baggrund ses en lang række ligheder mellem vurderinger af hhv. forvaltningsmyndigheder og ordregivere, hvorfor en formentlig stor del af aktørerne vil være de samme. De to regelsæt har modsat også en række forskelle, som kan bevirke at nogle enheder vil være en del af den offentlige forvaltning, men ikke ordregivere, og at nogle enheder vil være ordregivere, men ikke del af den offentlige forvaltning.

Der kan ses at være situationer, hvor en ordregiver, i form af et offentligretligt organ ikke er en del af den offentlige forvaltning. Et eksempel herpå kunne være Sund & Bælt Holding A/S, som udfører opgaver i almenhedens interesse i form af drift og vedligehold af bl.a. Storebæltsbroen.⁹⁹ Derudover er selskabet en juridisk person, samt 100 % statsejet.¹⁰⁰ Sund & Bælt Holding A/S vurderes på denne baggrund at være et offentligretligt organ, jf. UBL § 24, nr. 27. Selskabet er dog et aktieselskab og derfor ikke en del af den offentlige forvaltning, uanset at denne er stiftet ved lov og 100 % statsejet.¹⁰¹

Det kan dog i denne forbindelse tilføjes, at det i nærværende fremstilling er overbevisningen, at antallet af ordregivere, der ikke er en del af den offentlige forvaltning, må antages at være yderst begrænset. Dette kan ligeledes underbygges med udbudsreglernes formål, som netop er at sikre lige adgang til *offentlige* kontrakter, hvorfor langt størstedelen af ordregiverne vil være forvaltningsmyndigheder. Det er alene bestemte offentligretlige organer, som falder uden for begrebet den offentlige forvaltning.

⁹⁹ *Moderselskabet med den overordnede styring*

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ L144, 2013, pkt. 3.2.2

4.6 Delkonklusion vedrørende aktørerne

Ud fra ovenstående kan konkluderes, at der er tilfælde, hvor et organ vil være en del af den offentlige forvaltning, som eksempelvis hvis organet alene er oprettet ved lov, men hvor organet ikke vil være en ordregiver i udbudsrettens forstand, idet betingelserne herfor i UBL § 24, nr. 27, ikke er opfyldt. Derudover er der tilfælde, hvor et organ vil være ordregiver i form af at være et offentligretligt organ, jf. UBL § 24, nr. 27, eller en virksomhed omfattet af UBL § 6, stk. 3, uden at organet er en forvaltningsmyndighed.

Overvejende ses der dog at være et stort overlap mellem aktørerne, idet momenterne i regelsættende har mange ligheder.

5 Økonomisk forsvarlig forvaltning

Efter den ovenstående belysning af de forvaltningsretlige aktører, kan man med fordel undersøge udvalgte forvaltningsretlige principper og disses betydning for kommunale udbud.

Det vil i den forbindelse undersøges, hvorvidt princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning findes. I diverse lovgivninger, herunder KST, UBL, regionsloven samt rigsrevisorloven kan det overvejes, hvorvidt der findes et princip om økonomisk saglig forvaltning. Princippet benævnes forskelligt, både i lovbestemmelserne og i litteraturen. I rigsrevisorlovens § 3, 2. pkt., bruges ordlyden ‘skyldige økonomiske hensyn’, i regionslovens § 28, stk. 2, 3. pkt., bruges samme ordlyd som i rigsrevisorloven, i KST § 42, stk. 2, 3. pkt., bruges ordlyden økonomisk hensigtsmæssighed og i UBL § 193, stk. 5, står at indkøb efter bestemmelsen skal foretages i overensstemmelse med de forvaltningsretlige principper, herunder økonomisk forsvarlig forvaltning.

Det er derfor relevant at undersøge, hvorledes et økonomisk princip og et økonomisk hensyn adskiller sig fra hinanden, herunder den generelle forskel mellem hensyn og principper fra en juridisk synsvinkel.

I forvaltningsretten inddrages ofte hensyn, idet der findes uklare retsregler, som skal fortolkes. Dette skyldes, at hensynene bruges til at udfylde den uklare retsregel.¹⁰² Dette fremgår ligeledes af magtfordrejningslæren, hvorefter forvaltningsmyndigheden kun må inddrage saglige hensyn i sin myndighedsudøvelse, hvilket betyder at man skal vurdere,

¹⁰² Hamer, m.fl., (2020), s. 197-198

hvorvidt der foreligger usaglige hensyn, da afgørelser efter grundsætningen ikke må baseres på usaglige hensyn.¹⁰³ Det kan på denne baggrund udledes, at hensyn er noget som skal inddrages i en fortolkning af regler og som led i en afgørelse.

Som beskrevet i afsnit 4.2 om den generelle forvaltningsret er forvaltningens skøn begrænset af de forvaltningsretlige principper. Principperne er på lovs niveau og kan derfor kun tilsidesættes af anden lov. Principperne er derudover udviklet i praksis og gælder generelt. For at det kan være et egentligt forvaltningsretligt princip, og dermed en egentlig retsregel, er det overbevisningen i nærværende fremstilling, at det kræves at der er konsekvenser ved ikke at overholde det pågældende princip, idet der ellers ikke kan siges at være en egentlig pligt til det. Uden en konsekvens kan det argumenteres at princippet ellers ville være indholdsløst.

Det ses hermed at principper og hensyn adskiller sig i flere henseender. Hensyn finder anvendelse som led i en fortolkning af regler, hvor principperne derimod fastsætter en retstilstand, idet disse er en del af den gældende ret. I nærværende fremstilling er det princippet økonomisk forsvarlig forvaltning der søges undersøgt, og ikke begrebet økonomiske hensyn.

I de ovenstående love ses økonomisk saglig forvaltning både at optræde som et hensyn, men også som et princip. Dette ses i ordlyden af bestemmelserne, hvor der i Rigsrevisorloven og Regionsloven anvendes 'skyldige økonomiske hensyn', og det i UBL står som et klart princip om økonomisk forsvarlig forvaltning. Det kan på denne baggrund næppe konkluderes, at princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning eksisterer. Det må derfor undersøges om det fremgår flere steder, som for eksempel i praksis, forarbejder eller andet.

Princippet kan findes i lovforarbejder, herunder forarbejderne til lov nr. 355 af 19. maj 2004 om ændring af lov om forurennet jord, hvoraf fremgår at en kommune har pligt til at handle økonomisk forsvarligt.¹⁰⁴ I lovforarbejderne nævnes blandt andet, at en kommune som udgangspunkt ikke kan yde tilskud til enkeltpersoner eller erhvervsvirksomheder uden at der foreligger lovhjemmel, og at kommunalfuldmagtsreglerne skal ses i lyset af at en kommune har pligt til at handle økonomisk forsvarligt, hvilket indebærer

¹⁰³ Ibid., s. 197

¹⁰⁴ L167, 2004, pkt. 2.1.2

at en kommune ikke må dække mangelskrav, hvor kommunen ikke er juridisk forpligtet til det.¹⁰⁵

Økonomi - og Indenrigsministeriet nævner i en skrivelse fra 1997, at kommunen har pligt til at udvise ansvarsbevidsthed i sine økonomiske anliggender, så der ikke påføres kommunen udgifter, der kunne være undgået.¹⁰⁶ Ministeriet nævner ligeledes princippet i en anden skrivelse¹⁰⁷ vedrørende en kommunens betaling af advokatsalær til et advokatfirma for bistand i forbindelse med anlæggelse af retssager om mangler i et ungdomsskollegiums ejendom. Ministeriet bemærkede, at det i de kommunale tilsynsmyndigheders praksis og i den juridiske litteratur er antaget, at kommuner efter almindelige kommunalretlige grundsætninger om kommunernes opgavevaretagelse har en helt generel pligt til at handle økonomisk forsvarligt i alle dispositioner.¹⁰⁸

I de ovennævnte kilder ses flere gange nævnt at kommuner har en helt generel pligt til at handle økonomisk forsvarligt. Herudaf må tolkes, at der som minimum kan siges at være et økonomisk hensyn der skal inddrages i forvaltningens virksomhed. Der kan derfor sættes spørgsmålstegn ved hvad det nærmere indhold af et princip om økonomisk forsvarlig forvaltning ville være. Et spørgsmål i denne henseende kunne være om der er en pligt til generelt at inddrage økonomiske hensyn.

Hertil kan bemærkes, at der er forskel på et princip og hensyn. Dog kan hensyn indgå som del af et princip. Et argument for dette kan være, at magtfordrejningslæren eller princippet om saglig forvaltning handler om en pligt til ikke at inddrage usaglige hensyn i forvaltningens myndighedsudøvelse.¹⁰⁹ På samme måde ville et muligt indhold af et princip om økonomisk forsvarlig forvaltning kunne udgøre en pligt til generelt at skulle inddrage økonomiske hensyn. For at det kan være et egentligt forvaltningsretligt princip, og dermed en egentlig retsregel, kræves dog at der er konsekvenser ved ikke at overholde det pågældende princip, idet der ellers ikke kan siges at være en egentlig pligt til det. Uden en konsekvens kunne det argumenteres at princippet ellers ville være indholdsløst.

¹⁰⁵ Ibid., pkt. 2.1.2

¹⁰⁶ J.nr. 1997/11129/793-1, s. 4

¹⁰⁷ J.nr. 1997/1110/671-1, s. 12

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Hamer, m.fl., (2020), s. 197

Princippet ville ligeledes kunne siges at være indholdsløst, hvis ikke princippet overhovedet finder anvendelse. Principper er som nævnt på lovs niveau, men hvis der er skreven lovgivning, som regulerer et helt område, vil princippet formentlig ikke finde anvendelse, idet de skrevne regler på det pågældende område må antages at være lex specialis regler, og derfor vil gå forud for princippet, da princippet er af generel karakter. For at princippet kan finde anvendelse kræves således et område, som ikke er reguleret af særlovgivning.

Begrebets fremtræden i flere retskilder og forarbejder kunne tyde på at begrebet er anerkendt, i hvert fald af lovgivningsmagten.¹¹⁰ I litteraturen ses begrebet at eksistere som en forvaltningsretlig grundsætning,¹¹¹ men det nærmere indhold af grundsætningen er uklar,¹¹² hvorfor der kan stilles spørgsmålstejn ved om et indholdsløst begreb overhovedet kan siges at eksistere.

For at få en nærmere fastlæggelse af princippets indhold, kan der søges inspiration i blandt andet en fælles vejledning om god adfærd i det offentlige fra Kommunernes Landsforening, Danske Regioner og Moderniseringsstyrelsen samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beskrivelse af hvad de forvaltningsretlige principper er, fra december 2019. I beskrivelsen fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastslås, at principperne altid gælder uanset om det pågældende udbud er omfattet af udbudsreglerne.¹¹³ Det beskrives nærmere, at ordregiveren har en forpligtelse til at sørge for at kontrakten kan leveres på den bedste og billigste måde.¹¹⁴ Dette ses at være i overensstemmelse med lovbemærkningerne til UBL, hvoraf det fremgår at en ordregiver skal foretage en økonomisk forsvarlig vurdering af det nødvendige indkøbsbehov, herunder hvilke produkter og hvilken pris der vil dække det konkrete behov.¹¹⁵

Af vejledningen fremgår ligeledes at udbudsreglernes formål om at sikre den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler, medvirker til økonomisk forsvarlighed.¹¹⁶

¹¹⁰ Revsbech, (2015), s. 110

¹¹¹ Revsbech, m.fl., (2017), s. 43-44 og Fenger, (2018), s. 372

¹¹² Revsbech, (2015), s. 110

¹¹³ *Hvad er de forvaltningsretlige principper?*

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ L19, 2015, s. 210

¹¹⁶ Vejl. 2017, s. 43-44

Derudover står i vejledningen: *Kravet om forsvarlig økonomisk forvaltning kan således som udgangspunkt anses for overholdt, hvis de nævnte regler er overholdt.*¹¹⁷ De nævnte regler i vejledningen er udbudsreglerne, herunder UBL. Ud fra vejledningen er det således nærliggende at antage, at princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning er sikret gennem udbudsreglerne, og således er en fast bestanddel af udbudsreglerne, uanset at princippet ikke eksplicit er nævnt i hverken formålsbestemmelsen eller i selve loven.

I denne forbindelse bemærkes det, at udbudsreglerne alene regulerer, hvordan der indkøbes, men ikke hvad der indkøbes.¹¹⁸ Dog kan det argumenteres, at den danske formålsbestemmelse om bedst mulig udnyttelse af de offentlige midler kan tolkes til at indebære et princip om økonomisk forsvarlighed, idet at bortødsle de offentlige midler utvivlsomt ville være økonomisk uforsvarligt. Dog er det i denne forbindelse vigtigt at huske på, at der ikke kan støttes ret på den danske formålsbestemmelse.¹¹⁹ Dette er ligeledes slået fast i kendelsen fra Klagenævnet for Udbud af d. 8. marts 2017, *Stadsing A/S mod Roskilde Kommune*, hvor klagenævnet afviste påstand 2 fra Stadsing A/S, idet denne omhandlede UBL § 1. Klagenævnet fastslog det ikke havde kompetence til at behandle påstanden, jf. KNL § 1, stk. 4.¹²⁰ Heraf kan dog næppe konkluderes at formålsbestemmelsen er fuldstændig uden betydning, idet denne danner rammerne om loven og dennes anvendelse.

Idet kommunerne administrerer skattemidler,¹²¹ er det nærliggende at der bør være et krav om økonomisk forsvarlighed, hvilket kan underbygges af en af kernerne i kommunalfuldmagten, som bliver gennemgået nærmere i afsnit 7. Det fremgår netop af almennyttekriteriet, at kommunen kun må foretage dispositioner som er til gode for borgerne i den pågældende kommune.¹²² Kommunen har på denne baggrund pligt til at udvise ansvarsbevidsthed i sine økonomiske anliggender, så der ikke påføres kommunen udgifter,

¹¹⁷ Ibid., s. 44

¹¹⁸ Hamer, (2021), s. 31

¹¹⁹ Ibid., s. 37

¹²⁰ Kendelse af 08.03.17, s. 24-25

¹²¹ Revsbech, m.fl., (2017), s. 43

¹²² Se afsnit 7.1

der kunne være undgået, men dog ses der at være rum for et betydeligt skøn.¹²³ Den økonomiske forsvarlighed er i høj grad rettet mod kommunens handlinger, herunder at kommunen skal foretage lovlige beslutninger.¹²⁴ Der skal således være revisionskontrol med om udførelsen af beslutningerne er økonomisk hensigtsmæssige, men ikke om beslutningerne er det.¹²⁵

Karsten Revsbech kommer i sit værk *Kommunernes opgaver (2015)* med et eksempel på anvendelse af princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning: En kommune kan eksempelvis indgå en aftale med et større antal kommuner om vedligeholdelse af deres ejendomme, men hvis kommunen trods indstillinger fra embedsmænd, der betragter aftalerne som risikofyldte, ikke tegner en forsikring, som umiddelbart ses at være rimelig og økonomisk overkommelig, vil kommunen have handlet retsstridigt på grundlag af tilsidesættelse af kravet om økonomisk forsvarlighed, og dette gælder uanset om der ender med at indtræde et tab eller ikke.¹²⁶ Idet det er et eksempel forfatteren selv har fundet på, må det dog vurderes at være tvivlsomt om en prøvelse af en sådan sag ville føre til samme resultat.

Princippet om økonomisk forsvarlighed ses ligeledes beskrevet i lovbemærkningerne til UBL § 193, hvoraf det fremgår ved vurderingen af i hvilket omfang der skal ske en afsøgning af markedet inden kontraktindgåelse. Af lovbemærkningerne fremgår: “*De almindelige forvaltningsretlige regler indebærer, at ordregiveren, ved gennemførelsen af et indkøb for en kontrakt uden klar grænseoverskridende interesse, skal handle sagligt og økonomisk forsvarligt. I den forbindelse må kræves, at ordregiveren på forhånd foretager en saglig vurdering af det nødvendige indkøbsbehov, herunder foretager en økonomisk forsvarlig afvejning af hensynet til kvalitet overfor pris. Hermed menes, at ordregiveren tager stilling til, hvilke produkter og hvilken pris, der vil kunne dække det konkrete behov, herunder enten ordregiverens eller borgernes.*”¹²⁷

På denne baggrund ville ud fra bemærkningerne kunne konkluderes, at også udbudsomkostningerne bør spille en rolle i vurderingen af, hvorvidt en kommune har handlet

¹²³ Fenger, (2018), s. 750-751

¹²⁴ Ibid., s. 372

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Revsbech, (2015), s. 111-112

¹²⁷ L19, 2015, s. 210

økonomisk forsvarligt ved et udbud. Dette ses foreneligt med ovenstående eksempel fra litteraturen, idet det ikke er det konkrete tilbud i udbuddet, som skal være økonomisk forsvarligt, men nærmere beslutningen om at foretage udbud, herunder hvordan udbuddet skal forløbe, som vil skulle være økonomisk forsvarligt.

Ovenstående viser dermed, at kommunerne ikke nødvendigvis behøves at vælge den billigste løsning ved deres dispositioner.¹²⁸ Dog skal kommunens eventuelle merudgifter for en dyrere disposition stå i forhold til den kommunale interesse, jf. udtalelsen om Eurovision Song Contest,¹²⁹ hvor ministeriet fastslog at en kommune godt måtte yde støtte til musikarrangementet, selvom det er et internationalt arrangement, som varetages af den statslige institution DR, idet det blev fastslået, at kommunen havde en interesse i arrangementet og kommunens støtte ikke stod i misforhold til den kommunale interesse.

Selvom sagen omhandler den kommunale interesse og lokalitetsprincippet i kommunalfuldmagten, kan dog også udledes af sagen, at kommunen godt måtte bruge en sum penge på at støtte arrangementet, fordi det stod i rimeligt forhold til den kommunale interesse. Heraf følger netop at kommunen ikke er tvunget til altid at vælge den billigste løsning eller er tvunget til at spare og ikke bruge penge på det overhovedet. Det kan i denne forbindelse dog argumenteres, at en merudgift, som er større end den kommunale interesse, ville kunne anses økonomisk uforsvarlig, og dermed stridende med princippet.

5.1 Økonomisk forsvarlighed i udbud

I og med at der bliver lavet så mange udbud om året og der bliver indkøbt for milliarder hvert år, er det vigtigt at sikre, at midlerne forvaltes hensigtsmæssigt, samt at udbuddene sker så effektivt som muligt, da indkøbene foretages med skattemidler.¹³⁰

For at klarlægge, hvorledes princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning spiller ind i udbud, kræver det først og fremmest en kortlægning af selve udbudsprocessen. Før en udbudsproces startes, skal ordregiver fastlægge sit behov og i denne forbindelse også vurdere, hvorvidt indkøbet overhovedet er nødvendig, da dette følger af princippet

¹²⁸ Fenger, (2018), s. 751

¹²⁹ Sagsnr. 2014-15735

¹³⁰ Mortensen, (2020), s. 463

om økonomisk forsvarlig forvaltning.¹³¹ I den forbindelse bemærkes, at udbudsreglerne alene regulerer hvordan der skal indkøbes, og ikke hvad der kan indkøbes.¹³² Derudover skal det vurderes, hvorvidt både selve indkøbet er omfattet af udbudsreglerne, men også hvorvidt enheden der foretager indkøbet er omfattet af udbudsreglerne.¹³³

Ved igangsættelse af udbuddet offentliggør ordregiveren en udbudsbekendtgørelse i EU tidende.¹³⁴ Ud over bekendtgørelsen kan ordregiver offentliggøre supplerende udbudsmateriale for at give potentielle tilbudsgivere de oplysninger der er nødvendige for at kunne byde på kontrakten.¹³⁵ Før offentliggørelsen af bekendtgørelsen har ordregiveren mulighed for at undersøge det pågældende marked, herunder hvad markedet kan levere, tale med forskellige virksomheder vedrørende mulighederne om, hvordan den pågældende opgave kan løses, samt undersøge, hvilke krav der er hensigtsmæssige at stille til virksomhederne og til løsningen af opgaven.¹³⁶ Det kan i denne forbindelse være relevant for ordregiveren at undersøge, hvilke krav der kan fordyre indkøbet, og i så fald, om ordregiveren kan acceptere en eventuel merpris.¹³⁷

Proceduren for, hvorledes udbud kan foretages findes i forskellige former, herunder offentligt udbud, begrænset udbud, konkurrencepræget dialog, udbud med forhandling, innovationspartnerskaber samt projektkonkurrencer.¹³⁸ Nogle af disse procedurer kan altid anvendes af de ordregivende myndigheder, hvorimod nogle af procedurerne kræver at visse betingelser er opfyldt.¹³⁹ Ordregiveren skal også tage hensyn til de administrative byrder og transaktionsomkostninger, herunder de forventede udbudsomkostninger, forinden ordregiver beslutter, hvilken udbudsprocedure der skal anvendes på det pågældende indkøb.¹⁴⁰

¹³¹ Hamer, (2021), s. 68

¹³² Ibid., s. 31

¹³³ Mortensen, (2020), s. 477

¹³⁴ Hamer, (2021), s. 370

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Mortensen, (2020), s. 484

¹³⁷ Hamer, (2021), s. 344-345

¹³⁸ Mortensen, (2020), s. 483-484

¹³⁹ Ibid., s. 483

¹⁴⁰ Treumer, (2019), s. 90-91

De to mest almindelige procedurer er offentligt udbud og begrænset udbud.¹⁴¹ I forhold til vurderingen af udbudsomkostningerne er det relevant at holde sig for øje, at de to procedurer har forskellige fordele og ulemper. Ved et offentligt udbud kan enhver virksomhed afgive et tilbud på baggrund af udbudsbekendtgørelsen, hvilket betyder, at der vil være større konkurrence om opgaven, hvilket i sidste ende kan give bedre priser.¹⁴² Omvendt kan det blive meget bebyrdende for ordregiveren at skulle evaluere alle de mange tilbud, hvis markedet rummer mange aktører.

Ved begrænset udbud skal virksomhederne derimod først anmode om at få lov til at afgive et tilbud, ved en såkaldt prækvalificering, hvor det er muligt at sætte en begrænsning på, hvor mange virksomheder der har mulighed for at afgive et tilbud, hvilket derfor betyder, at det vil begrænse transaktionsomkostningerne både for den ordregivende myndighed, i og med at den ikke skal evaluere så mange tilbud, og ligeledes for tilbudsgiverne, som ikke skal bruge tid og penge på at udarbejde et tilbud.¹⁴³ Omvendt kunne udgifterne ved prækvalificeringen spares væk, hvis ikke der er mange aktører på markedet, idet det så ville kunne betale sig bedst for ordregiveren at lave et almindeligt offentligt udbud, og ikke mindst er der ved valget af begrænset udbud ligeledes risiko for at begrænse konkurrencen om de bedste priser, som der findes ved offentligt udbud.

I slutningen af procedurerne skal ordregiveren afgøre hvem af tilbudsgiverne der så skal have den pågældende kontrakt. Dette vurderes ud fra tildelingskriterierne, som ordregiveren på forhånd skal have offentliggjort i udbudsmaterialet.¹⁴⁴ Den ordregivende myndighed kan vælge at en tildeling alene skal ske på baggrund af tilbudsgivers tilbudte pris eller at der tilføjes en række kvalitative elementer i vurderingen, således at ordregiveren kan finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud.¹⁴⁵

Ordregiveren pålægges i UBL § 161 at tildeling af kontrakten skal ske til det økonomisk mest fordelagtige tilbud, som i UBL § 162 ses at skulle afgøres ud fra én af tre mulige tildelingskriterier: pris, omkostninger eller bedste forhold mellem pris og kvalitet. Herved ses, at ordregiveren altid skal lade prisen indgå som et element i vurderingen

¹⁴¹ Mortensen, (2020), s. 483

¹⁴² Ibid., s. 484-485

¹⁴³ Ibid., s. 484

¹⁴⁴ Hamer, (2021), s. 553

¹⁴⁵ Mortensen, (2020), s. 489

af de indkomne tilbud.¹⁴⁶ Hvis ordregiver vælger at bruge kriteriet om bedste forhold mellem pris og kvalitet, skal kvalitetskriterierne have tilknytning til kontraktens genstand.¹⁴⁷ Generelt er ordregiveren dog indrømmet et meget vidt skøn ved evalueringen af de indkomne tilbud, så længe det sker inden for rammerne af den fastsatte evalueringsmodel, som ordregiveren selv har udformet og gjort tilbudsgiverne bekendt med.¹⁴⁸

Med lidt god vilje kan princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning således argumenteres for at være indeholdt i reglerne om tildeling af kontrakt i udbudsreglerne, idet pris altid skal indgå i vurderingen og ordregiveren er bundet heraf i evalueringen. Ordregiveren vil således aldrig have fuldstændig frit valg blandt leverandørerne, og dermed være tvunget til at foretage en egentlig vurdering af en række indkomne tilbud. Herved ses en forsvarlighed, der også er økonomisk, idet ordregiveren skal vælge mellem flere, og leverandørerne således også er i konkurrence med hinanden. På denne baggrund ses det undgået at en leverandør kan give et tilbud med en urealistisk høj pris, idet denne så ville tabe udbuddet, som netop sikrer, i hvert fald en grad af økonomisk forsvarlighed.

Det ses hermed, at princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning kan vise sig i de forskellige faser i udbudsprocessen. Herudover kan der ligge en problemstilling i de tilfælde, hvor der sker fejl i udbud og eventuel reparation af disse.

Der kan være en række fejl og mangler som eksempelvis for sen indlevering af tilbud, fejl i tilbud, manglende underskrift samt forkert eller manglende afkrydsning i felter. Når tidsfristen for et udbud er udløbet, kan en tilbudsgiver ikke ændre i sit tilbud, og derudover har en ordregivende myndighed heller ikke mulighed for at tage et for sent indkommet tilbud i betragtning, uanset om forsinkelsen skyldes forhold som kan pålægges tilbudsgiver.¹⁴⁹

Derudover ses ordregiver, i UBL § 159, stk. 5, at have en mulighed for at rette op på fejl i tilbudsgiverens ansøgning eller tilbud, men dog ses muligheden herfor begrænset af udbudsrettens principper, i og med at tilbudsgiveren ikke må ændre og forbedre sit tilbud eller fremsætte en ny anmodning.

¹⁴⁶ Hamer, (2021), s. 564

¹⁴⁷ Mortensen, (2020), s. 489

¹⁴⁸ Hamer, (2021), s. 579

¹⁴⁹ Mortensen, (2020), s. 485

Tilbudsgiver har kun mulighed for at indsende relevante oplysninger eller dokumentation for at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre en ansøgning eller tilbud, hvis ansøgningen eller tilbuddet er ufuldstændigt, fejlbehæftet eller når der mangler specifikke dokumenter, dette skal ske inden for en passende frist, jf. UBL § 159, stk. 5, 1.pkt. Muligheden begrænses dog endvidere af praksis fra EU-Domstolen, som har udtalt, at oplysningerne, som ordregiveren indhenter, skal være oplysninger, *som det objektivt kan kontrolleres forelå forud for udløbet af fristen for anmodningen om deltagelse i et udbud*.¹⁵⁰ Grænsen for hvad der kan indhentes og suppleres ses således ud fra præmissen at være forholdsvis snæver.

Derudover har ordregiver efter UBL § 159, stk. 6 pligt til at afvise en ansøgning eller et tilbud, såfremt det fremgår tydeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til at ansøgningen eller tilbuddet afvises. Hertil kommer, at ordregiveren som udgangspunkt er berettiget til at afvise ansøgning eller tilbud, som er behæftet med mangler.¹⁵¹ Det er derved som udgangspunkt op til ordregiveren selv, om denne vil give tilbudsgiverne mulighed for at rette op på fejlene.¹⁵²

Det kan dog diskuteres om der kan foreligge en pligt for forvaltningsmyndigheder som ordregivere at indhente supplerende oplysninger, idet tilbudsgivere, der måske har det mest fordelagtige tilbud ellers afvises på baggrund af en bagatel, som eksempelvis at have glemt en underskrift, have sat kryds i det forkerte felt, glemt at vedhæfte et enkelt dokument eller have tastet forkert og dermed afleverer en forkert pris eller bare et forkert tilbud. Dette ses eksempelvis i dommen T-195/08 Antwerpse Bouwwerken, hvor den ene af tilbudsgiverne havde glemt at oplyse en enhedspris, selvom det stod i udbudsmaterialet at alle udbudspriserne i det sammenfattende overslag skulle fremgå, hvorefter den pågældende tilbudsgiver blev afvist.¹⁵³

Tilbudsgiveren gjorde dog gældende, at enhedsprisen nemt kunne udledes af en anden enhedspris, som var identisk formuleret.¹⁵⁴ I dommen blev fastslået, at der kan være en pligt til at indhente supplerende oplysninger, hvis tvetydigheden i tilbudsmaterialet

¹⁵⁰ C-336/12, para. 39

¹⁵¹ Hamer, (2021), s. 604

¹⁵² Ibid., s. 604 og 620

¹⁵³ T-195/08, para. 5 og 7

¹⁵⁴ Ibid., para. 10

kan forklares på en enkel måde og nemt kan fjernes.¹⁵⁵ Derudover blev det fastslået, at det ville kunne stride med princippet om god forvaltningsskik, proportionalitets- og ligebehandlingsprincippet ikke at give tilbudsgiveren mulighed for at rette op på tvetydigheden.¹⁵⁶ Til sidst fastslås i dommen, at afvisningen af et økonomisk fordelagtigt bud på grund af åbenlyse og ubetydelige undladelser og fejl, i sidste ende ikke er foreneligt med princippet om sparsommelighed, som er nævnt i finansforordningens artikel 27.¹⁵⁷ Det fremgår dog ikke tydeligt af dommen præcis hvilket princip der var afgørende for dommens udfald, eller om det var flere af principperne.

Dog fremgår reglen om åbenlyse og ubetydelige fejl i en efterfølgende dom fra Klagenævnet. Sagen omhandlede Fælles Affaldsindsamling A/S, som d. 3. juni 2021 havde lavet et udbud vedrørende komprimatorkøretøjer.¹⁵⁸ Kontrakten blev tildelt Iveco Danmark A/S, men efterfølgende blev beslutningen tilbagekaldt, da ordregiver mente Iveco Danmark A/S havde givet et ukonditionsmæssigt tilbud, idet en reference i deres ESPD var udført af en anden virksomhed, selvom Iveco Danmark A/S havde skrevet de ikke baserede sig på andre enheder, som gjorde at mindstekravet om referencer ikke var opfyldt.¹⁵⁹ Derfor blev kontrakten tildelt en anden tilbudsgiver.¹⁶⁰ Iveco Danmark A/S nedlagde påstande om at de ville have lov til at supplere eller fuldstændiggøre oplysningerne i tilbuddet, og mente derudover at det ville være i strid med principperne i UBL § 2 at erklære deres tilbud for ukonditionsmæssigt uden at give mulighed for at indsende supplerende oplysninger.¹⁶¹ Fælles Affaldsindsamling A/S havde principalt påstået afvisning af påstand 1 og 5 og subsidiært at påstandene ikke tages til følge, samt nedlagt påstand om at den øvrige del af klagen ikke tages til følge.¹⁶²

Klagenævnet tog blandt andet stilling til, hvorvidt Fælles Affaldsindsamlig A/S var forpligtet til at give Iveco Danmark A/S mulighed for at korrigere deres tilbud.¹⁶³ Hertil

¹⁵⁵ Ibid., para. 56

¹⁵⁶ Ibid., para. 56-57

¹⁵⁷ Ibid., para. 65

¹⁵⁸ Kendelse af 23.03.22, s. 1

¹⁵⁹ Ibid., s. 1-2 og 4

¹⁶⁰ Ibid., s. 1

¹⁶¹ Ibid., s. 2

¹⁶² Ibid., s. 3

¹⁶³ Ibid., 14

bemærkede Klagenævnet, at det i UBL § 159, stk. 5 fremgår, at en ordregiver har ret til, men ikke en pligt til at indhente supplerende oplysninger ved mangelfulde eller fejlbehæftede tilbud, medmindre det er fremsættelse af et nyt tilbud.¹⁶⁴ Hertil henviste Klagenævnet til Rettens dom af 10. december 2009 i sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen, og skelner i denne forbindelse mellem almindelige fejl og åbenlyse fejl, der er nemme at berigtige.¹⁶⁵

I sagen kom Klagenævnet frem til, at den konkrete fejl ikke fremstod som åbenlys eller nemt kunne berigtiges, og ordregiveren derfor ikke havde overtrådt udbudsreglerne ved ikke at give Iveco Danmark A/S mulighed for at komme med yderligere oplysninger, samt at de yderligere oplysninger ville føre til fremsættelse af et nyt tilbud.¹⁶⁶ Idet Klagenævnet skelner mellem de almindelige fejl og åbenlyse fejl, der er nemme at berigtige, ville kunne udledes, at der så er en ret til at supplere oplysninger, hvis der er tale om almindelige fejl, men en pligt, hvis der er tale om åbenlyse fejl, der nemt kan berigtiges.

På denne baggrund kan argumenteres, at der ved en pligt til at afhjælpe åbenlyse fejl, der nemt kan berigtiges, sikres en form for økonomisk forsvarlighed, idet en potentielt vindende tilbudsgiver så ikke fravælges alene på grund af bagateller, som måske ville medføre, at en væsentligt dyrere tilbudsgiver, så ville vinde udbuddet.

På denne baggrund kan det udledes, at der er overvejende stor sandsynlighed for at princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning er overholdt, hvis udbudsreglerne er fulgt, som også fremgår af vejledningen om god adfærd i det offentlige, som beskrevet i afsnit 5.

5.2 Perspektivering til det politiske billede

I dansk ret er der de seneste år ingen udtalelser eller afgørelser fra Økonomi - og Indenrigsministeriet eller fra andre prøvelsesinstanser, hvor en kommunal beslutning er blevet erklæret ulovlig eller tilsidesat alene på baggrund af princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning.¹⁶⁷ En eventuel overtrædelse vil derimod alene medføre en kritik af

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Ibid., s. 14-15

¹⁶⁶ Ibid., s. 15

¹⁶⁷ Revsbech, m.fl., (2017), s. 44

myndigheden og ikke ugyldighed af selve beslutningen, men alternativt kan det i meget grove tilfælde eksempelvis medføre erstatningsansvar for den eller de personer der har truffet den pågældende beslutning.¹⁶⁸

Princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning, kan derfor være sammenfaldende med en kommunalbestyrelsesmedlems personlige erstatningsansvar, jf. KST §§ 50c-50 d.¹⁶⁹ Et ældre eksempel herpå omhandlede et tilfælde, hvor et sogneråd etablerede et varmeværk for at forsyne kommunens skole, 12 husstande og nogle udstykningsparceller, og sognerådet regnede med flere aftagere med tiden, men den eneste yderligere tilgang var et gartneri, som halvandet år efter gik konkurs, hvorefter kommunen led et tab på kr. 160.000.¹⁷⁰ Efterfølgende fortsatte man leverancen til den nye indehaver af gartneriet, som også endte med et yderligere tab på kr. 38.000.¹⁷¹ Tilsynsmyndigheden vurderede at sognerådets disposition var uforsvarlig og pålagde derfor medlemmerne af sognerådet et erstatningsansvar på kr. 10.000.¹⁷²

I den fælles vejledning om god adfærd i det offentlige fremgår det, at det følger af grundsætningen om økonomisk forsvarlig forvaltning, at de offentlige myndigheder, herunder kommunerne, skal anvende deres midler i overensstemmelse med de politiske prioriteringer samt efter de politisk bestemte formål, og samtidig anvende ressourcerne bedst muligt.¹⁷³ Rent praktisk skal dette foregå ved at de offentlige myndigheder skal anvende deres midler så målrettet som muligt, således at unødvendige tab undgås.¹⁷⁴ Dette ses i overensstemmelse med udtalelsen fra Økonomi- og Indenrigsministeriet fra 15. maj 1997, som nævnt tidligere, hvor det fastslås, at kommunen ikke skal påføres udgifter der kunne være undgået. Derudover kan tilføjes, at det oftest vil være kommunalbestyrelsen der træffer en politisk afgørelse om hvorledes anvendelsen af de økonomiske midler skal prioriteres.¹⁷⁵ Derfor ses økonomisk forsvarlighed generelt i høj grad

¹⁶⁸ Fenger, (2018), s. 372

¹⁶⁹ Revsbech, m.fl., (2017), s. 44

¹⁷⁰ Revsbech, (2015), s. 111

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Vejl. 2017, s. 43

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Fenger, (2018), s. 751

også at være et politisk spørgsmål, som er en afgørelse mellem kommunalbestyrelsen og vælgerne i den pågældende kommune.¹⁷⁶

5.3 Delkonklusion om økonomisk forsvarlig forvaltning

Det ses hermed at kunne konkluderes, at det er usikkert, hvorvidt princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning overhovedet eksisterer, idet princippet ikke ses anvendt som selvstændig retskilde i nogen af de ovenstående udtalelser. Dette gør det ligeledes usikkert, hvorvidt princippet kan benyttes til at støtte ret på og i så fald i hvilken grad. Overbevisningen i nærværende fremstilling er dog, at princippet utvivlsomt eksisterer, men at de præcise grænser for indholdet af princippet vanskeligt kan fastslås. Princippet ses dog at fremgå eller som minimum kunne indfortolkes flere steder i kommunalretten og udbudsretten, hvorved det kan konkluderes, at selvom princippets nærmere grænser ikke kan klarlægges, så er princippet noget kommunerne som minimum skal have i tankerne ved deres indkøb.

Princippet kan som nævnt indfortolkes i UBL's formålsbestemmelse, og selvom denne ikke kan støttes ret på, så er det den som sætter en klar overordnet ramme for den konkrete anvendelse af lovens regler.¹⁷⁷ Eksistensen af princippet kan yderligere uddybes med en udtalelse om at kravet om økonomisk forsvarlighed er en helt generel forpligtelse.¹⁷⁸

Det kan dog argumenteres, at princippet formentlig aldrig vil få en selvstændig betydning, fordi det for det første er politisk bestemt, hvad forvaltningerne skal bruge penge på, og for det andet er det i udbudsreglerne reguleret, hvordan pengene kan bruges. Forstået på den måde, at det i udbudsreglerne i høj grad er sikret, at kommunerne ud fra de modtagne tilbud fra leverandører bliver tvunget til at vælge det økonomisk mest fordelagtige bud, og dermed ikke kan ødsle pengene væk.

¹⁷⁶ Revsbech, m.fl., (2017), s. 44

¹⁷⁷ Hamer, (2021), s. 37

¹⁷⁸ Revsbech, (2015), s. 110

6 Legalitetsprincippet

Legalitetsprincippet er et af de mest centrale principper i forvaltningsretten og gælder både for faktisk forvaltningsvirksomhed og afgørelsesvirksomhed.¹⁷⁹ Idet gennemførelse af udbud, som nævnt i afsnit 4.3, er faktisk forvaltningsvirksomhed, vil legalitetsprincippet også skulle overholdes når en forvaltningsmyndighed gennemfører udbud. Dette skyldes, at principperne fortsat finder anvendelse for den forvaltningsvirksomhed der finder sted uden for FVL's anvendelsesområde.¹⁸⁰

Princippet består af to dele, henholdsvis den formelle lovs princip og hjemmelskravet.¹⁸¹ Den formelle lovs princip, kan også kaldes *lex superior*, idet denne indebærer, at love går forud for administrative afgørelser, hvorefter følger, at forvaltningens virksomhed ikke må stride imod loven.¹⁸² Af hjemmelskravet følger, at en forvaltningsmyndighed ikke må disponere eller træffe afgørelse uden den fornødne bemyndigelse i loven eller anden anerkendt retskilde.¹⁸³ En nærmere fastlæggelse af princippet kan være vanskelig, idet der i litteraturen er enighed om, at den præcise definition og det præcise indhold er uklart.¹⁸⁴

Det kan ud fra litteraturen udledes, at når der er tale om begrænsninger eller indgreb i borgernes handlefrihed, kan dette alene gøres med udtrykkelig hjemmel.¹⁸⁵ Derudover vil forbud og påbud om borgernes administrative frihedsberøvelse, husundersøgelse, udførelse af selvhjælpshandlinger eller magtanvendelse også kræve udtrykkelig hjemmel.¹⁸⁶ En sådan udtrykkelig hjemmel kaldes et skærpet hjemmelskrav.¹⁸⁷ Dette gælder ligeledes ved tildeling af ydelser og tilskud til borgere, idet dette indirekte ville kunne

¹⁷⁹ Revsbech, m.fl., (2016), s. 152

¹⁸⁰ Vejl. 1986, pkt. 3

¹⁸¹ Revsbech, m.fl., (2016) s. 150

¹⁸² Andersen, (2017), s. 130 og Berg, (2007), s. 106

¹⁸³ Ibid., og Ibid., s. 107

¹⁸⁴ Ibid., Ibid., s. 106 og Revsbech, m.fl., (2016), s. 150

¹⁸⁵ Andersen, (2017), s. 130

¹⁸⁶ Berg, (2007), s. 111

¹⁸⁷ Ibid., s. 110

påvirke andre borgeres forhold i negativ retning.¹⁸⁸ Det samme gælder, når der foretages indgreb i borgerens retsforhold.¹⁸⁹

Generelt kan således fastslås, at desto mere indgribende det er for borgeren, desto klarere hjemmel kræves.¹⁹⁰ Heraf følger modsat også, at desto mindre indgribende dispositionen er, desto lempeligere er hjemmelskravet.¹⁹¹ Det skal dog bemærkes, at hjemmelskravet aldrig vil forsvinde helt, men at der blot kan stilles lempeligere krav til hjemlens klarhed, idet ingen hjemmel overhovedet ville være i direkte strid med legalitetsprincippet.

Foreligger der dog ingen lovhjemmel for en given disposition, kan andre retskilder, også være tilstrækkelige. Som eksempler kan nævnes anordninger, bekendtgørelser, reglementer, vedtægter og lignende.¹⁹² På visse områder må forvaltningen dog selv fastlægge kriterierne for den virksomhed der skal udøves, men dette skøn er styret af de grundlæggende principper i forvaltningsretten.¹⁹³ Forvaltningen kan således agere helt uden lovhjemmel, herunder blandt andet med hjemmel i uskrevne retsgrundsætninger. En sådan situation kunne være, hvor en kommune med hjemmel i kommunalfuldmagten kan disponere over borgernes skattemidler, selvom der ikke er nogen lovhjemmel herfor.¹⁹⁴

6.1 Kommuners indkøb af ladestandere

Legalitetsprincippet betydning og funktion kan ses belyst i spørgsmålet om kommunernes mulighed for finansiering, etablering og drift af el-ladestandere.

Tønder Kommune henvendte sig til Social- og Indenrigsministeriet d. 13. august 2020, hvorefter ministeriet har formuleret en vejledende udtalelse om kommuners mulighed for at etablere el-ladestandere.¹⁹⁵ Ministeriet skriver indledningsvist, at

¹⁸⁸ Andersen, (2017), s. 130

¹⁸⁹ Berg, (2007), s. 110

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ Ibid., s. 114

¹⁹² Andersen, (2017), s. 131

¹⁹³ Ibid. og Berg, (2007), s. 109

¹⁹⁴ Berg, (2007), s. 115-116

¹⁹⁵ Sagsnr. 2020-7785, s. 1

kommunen, som følge af legalitetsprincippet skal have hjemmel til at foretage dispositionen, enten i lov eller i kommunalfuldmagtsreglerne, hvis ikke det er reguleret ved lov.¹⁹⁶ I sin udtalelse henviser ministeriet til en udtalelse fra Margrethe Vestager, den tidligere økonomi- og indenrigsminister, om kommunal finansiering og opstilling af el-ladestandere.¹⁹⁷

I ministerens udtalelse oplyser denne, at spørgsmålet om kommunal finansiering og opstilling af el-ladestandere ikke er reguleret i lovgivningen, og at spørgsmålet derfor skal søges besvaret i kommunalfuldmagtsreglerne.¹⁹⁸ I denne forbindelse redegør ministeren, at det følger af kommunalfuldmagtsreglerne, at kommunen som udgangspunkt ikke kan drive handel, håndværk, industri og finansiell virksomhed, og at det på denne baggrund ikke er en kommunal opgave at drive erhvervsvirksomhed.¹⁹⁹

Ministeren fastslår dog, at en kommune godt vil kunne finansiere og opstille el-ladestandere til brug for de el-biler, som kommunen bruger til at varetage de kommunale opgaver, og at kommunen i denne forbindelse godt kan sælge en eventuel overkapacitet af el-ladestandere til markedspris, hvis altså overkapaciteten er opstået lovligt og kommunen ikke kan afskaffe den, men at det altid vil bero på en konkret vurdering.²⁰⁰

Ministeriet fastslår på baggrund af ministerens udtalelse, at kommunen derfor ikke har fornøden hjemmel til at finansiere, opstille og drive el-ladestandere med henblik på at tilgodese bestemte persongrupper, såsom ansatte eller gæster i det offentlige rum, uanset om standerne drives efter hvile i sig selv-princippet.²⁰¹ Hvile i sig selv-princippet indebærer kort, at en kommunal forsyningsvirksomheds indtægter og udgifter skal balancere, det vil sige et forbud mod at oparbejde et overskud, såvel som et underskud, på forsyningsvirksomheden.²⁰²

Ministeriet afviser endvidere, at el-ladestanderne ville kunne etableres og drives med hjemmel i klima- og miljøhensyn, idet driften af el-ladestanderne under alle

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ Ibid., s. 2 og Sagsnr. 2013-09151, s. 1

¹⁹⁸ Sagsnr. 2013-09151, s. 1

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Sagsnr. 2020-7785, s. 2

²⁰² Revsbech, (2015), s. 185

omstændigheder vil være erhvervsvirksomhed, når disse er til brug for private, og derfor kræver hjemmel i den skrevne lovgivning.²⁰³ Derudover fastslår ministeriet, at kommunen heller ikke ville kunne lave udbud eller offentligt/privat samarbejde om etablering og drift af el-ladestandere til brug for ansatte eller gæster, da kommunen ved at overlade opgaven til private ikke kan udvide området for kommunens opgavevaretagelse.²⁰⁴

I forlængelse heraf kan nævnes en forhåndsudtalelse fra Ankestyrelsen fra d. 27. januar 2021 på baggrund af en forespørgsel fra Frederiksberg Kommune, der d. 6. december 2019 henvendte sig til Ankestyrelsen for at få Ankestyrelsens vurdering af, hvilke muligheder kommunen havde i forhold til etablering af el-ladestandere til offentlig brug på offentlig vej.²⁰⁵ I denne forbindelse havde Frederiksberg Kommune opstillet fire modeller for kommunens engagement for etableringen af el-ladestandere.

Af de senere supplerende oplysninger fra kommunen fremgik, at kommunen ønskede en vurdering af, om kommunen måtte betale for etablering og drift af ladestandere til el-biler på offentlig vej, herunder etablering og montage af grundinstallationerne til el-ladestanderne, samt udbud af den efterfølgende drift.²⁰⁶ Frederiksberg Kommune havde henvist til et notat, som advokatfirmaet Horten havde udarbejdet for kommunen.²⁰⁷

Det fremgik blandt andet af notatet, at det var advokatfirmaets vurdering, at spørgsmålet om kommunens muligheder for etablering af el-ladestandere ikke var reguleret i den skrevne lovgivning, og at det derfor skal vurderes efter kommunalfuldmagtsreglerne, og at advokatfirmaet samlet set fandt at der var argumenter for at kommunen kunne opstille og drive el-ladestandere, men at der samtidig var forhold der talte imod.²⁰⁸ På baggrund heraf var det advokatfirmaets anbefaling, at kommunen bad Ankestyrelsen om en vejledende udtalelse.²⁰⁹ Det kan som kort bemærkning hertil konstateres, at der kan siges at herske stor tvivl og usikkerhed på området, når selv advokatfirmaet ikke kommer med en egentlig vurdering eller konklusion på kommunens

²⁰³ Sagsnr. 2020-7785, s. 2-3

²⁰⁴ Ibid., s. 3

²⁰⁵ J.nr. 19-60548, s. 2

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Ibid., s. 2-3

spørgsmål. Dette skyldes, at konklusionen om at der er ting der taler for og ting der taler imod, og de derfor må spørge en anden, næppe kan kaldes en egentlig konklusion.

Herudover havde Frederiksberg Kommune oplyst, at den ønskede at engagere sig i etablering af el-ladestander med henblik på at understøtte kommunens politikker, herunder blandt andet kommuneplanen, en bæredygtighedsplan, en elbilstrategi, en strategi for bekæmpelse af luftforurening samt en ladegaranti, som blev besluttet i budgettet for 2020 og indebærer en garanti for at der maksimalt skal være 250 meter til en el-ladestander i hele kommunen fra 2025.²¹⁰

Herefter bad Ankestyrelsen d. 1. juli 2020 kommunen om yderligere supplerende oplysninger til behandlingen af sagen, herunder oplysninger om de vilkår el-ladestanderne skulle drives på.²¹¹

D. 16. september 2020 sendte Ankestyrelsen en kopi af Social - og Indenrigsministeriets udtalelse vedrørende Tønder Kommune, som gennemgået tidligere, til Frederiksberg Kommune.²¹² På baggrund heraf bad Ankestyrelsen Frederiksberg Kommune om at vende tilbage, hvis kommunen i lyset af ministeriets udtalelse fortsat havde brug for en vejledende udtalelse fra Ankestyrelsen.²¹³

Herefter sendte Frederiksberg Kommune de supplerende oplysninger, som Ankestyrelsen havde bedt om d. 1. juli 2020, og oplyste samtidig, at kommunen ønskede en forhåndsudtalelse om kommunens muligheder for etablering af ladestander til elbiler på offentlig vej.²¹⁴ Herudover bad kommunen om Ankestyrelsens vurdering af, om kommunen kunne udbyde opsætning af el-ladestander, som en koncessionsaftale, hvor en operatør forpligtes til at opstille et antal el-ladestander inden for en given frist og drive dem i en given årrække.²¹⁵

I sin vurdering af sagen henviste Ankestyrelsen til ministerens besvarelse af spørgsmålet om kommunal finansiering og opstilling af el-ladestander samt Social- og Indenrigsministeriets udtalelse vedrørende Tønder Kommune og vurderede på baggrund af

²¹⁰ Ibid., s. 3

²¹¹ Ibid.

²¹² Ibid.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Ibid.

disse besvarelser, at Frederiksberg Kommune ikke lovligt kunne betale for etablering af offentlig tilgængelige el-ladestandere, herunder betale for etablering af grundinstallationer til el-ladestandere og for installation af el-ladestandere.²¹⁶ Ankestyrelsens begrundelse og vurdering var i høj grad en gentagelse af argumenterne og vurderingen i Social- og Indenrigsministeriets udtalelse.

Det kan på baggrund af de to sager vedrørende henholdsvis Frederiksberg - og Tønder Kommune konstateres, at kommunernes opsætning af el-ladestandere vil være i strid med legalitetsprincippet, idet der ikke foreligger hjemmel til dispositionen, og der ligeledes ikke kan findes tilstrækkelig hjemmel i de uskrevne grundsætninger, herunder kommunalfuldmagtsreglerne, som vil blive gennemgået nærmere i afsnit 7.

Det kan dog tilføjes, at der efterfølgende har været politisk og offentlig debat om kommunernes begrænsninger for at medvirke til den grønne udvikling, herunder mulighederne for at fremme omstillingen til elbiler. Som også nævnes afslutningsvist i udtalelsen fra Social- og Indenrigsministeriet vedrørende Tønder Kommune, er der lavet en såkaldt Ladestanderbekendtgørelse²¹⁷, hvor det dog skal påpeges, at ministeriet kun gør opmærksom på den, men ikke vurderer, hvorvidt den giver kommunerne tilstrækkelig hjemmel.²¹⁸

Debatten har udmøntet sig et lovforslag om infrastruktur for alternative drivmidler til transport, som skal give kommunerne den fornødne lovhjemmel til at lave udbud og medfinansiere ladestandere, så legalitetsprincippet kan overholdes. Denne udvikling ses beskrevet på hjemmesiden for Kommunernes Landsforening, hvoraf der blandt andet gives udtryk for et ønske om at give kommunerne tilstrækkelig hjemmel, rådgivning og viden for at give dem de optimale rammer for at få etableret en effektiv landsdækkende ladeinfrastruktur.²¹⁹ Af hjemmesiden fremgår derudover, at ladestanderbekendtgørelsen ikke har givet hjemmel til offentlig opsætning af ladestandere, men kun hjemmel til opsætning af ladestandere til kommunens eget brug og varetagelse af kommunens opgaver, som der også er hjemmel til i reglerne om kommunalfuldmagten, som også

²¹⁶ Ibid., s. 6-7

²¹⁷ Bkg nr. 181

²¹⁸ Sagsnr. 2020-7785, s. 3

²¹⁹ *Elbiler og ladeinfrastruktur*

beskrevet i begge udtalelser. Lovforslaget om infrastruktur for alternative drivmidler til transport blev vedtaget d. 29. marts 2022.²²⁰

Det kan på baggrund af ovenstående udledes, hvor uklart området er samtidigt med, hvor stor en påvirkning de forvaltningsretlige principper kan have på de offentlige indkøb. Af Ankestyrelsens afgørelse kan netop ses den tvivl der har været i spørgsmålet om, hvorvidt der fandtes tilstrækkelig hjemmel i forvaltningsretten, og kun Indenrigsministeriets udtalelse, som byggede på et svar fra en minister, kom med et egentligt svar på problemstillingen. Heri ses dog måske også en problemstilling i sig selv, idet det ikke er en ministers opgave at komme med svar til besvarelse af konkrete sager, men at det er en opgave for en prøvelsesmyndighed.

6.2 Delkonklusion om legalitetsprincippet

Det kan sammenfattende konkluderes, at det forvaltningsretlige princip, legalitetsprincippet, ses at have en meget betydelig indflydelse på kommunernes muligheder for at gennemføre visse udbud, herunder eksempelvis udbud vedrørende etablering og drift af el-ladestandere. Herudover ses illustreret, hvorledes udbudsretten og forvaltningsretten kan kollidere, idet de to regelsæt overlapper hinanden når det gælder offentlige indkøb. Forvaltningsretten kan siges at regulere hvad en ordregiver må indkøbe, og udbudsreglerne regulerer hvordan en ordregiver må indkøbe. I sagerne med ladestanderne sås ikke noget udbudsretligt problem, men alene et forvaltningsretligt spørgsmål, navnlig lovligheden i indkøbet i sig selv. På denne baggrund kan udledes, at det rette for ordregiver at gøre vil være først at tage stilling til om det forvaltningsretligt er lovligt at foretage et bestemt indkøb, og efterfølgende ud fra de udbudsretlige regler at vurdere på hvilken måde det påtænkte indkøb så lovligt kan gennemføres.

7 Kommunalfuldmagten

Som nævnt ovenfor under afsnittet om legalitetsprincippet, kan kommunalfuldmagten i visse tilfælde give kommunerne hjemmel til at foretage visse dispositioner, hvor der ikke foreligger lovgivning på området. Kommunalfuldmagten sætter kommunerne i

²²⁰ L112, 2022

stand til at foretage økonomiske dispositioner uden en egentlig lovhjemmel.²²¹ Det retlige grundlag for kommunalfuldmagten er uskrevne retsgrundsætninger der har grundlag i forholdets natur, hvilket giver kommunen den samme dispositionsfrihed, som andre selvstændige enheder med egen økonomi.²²²

Kommunen kan ikke med hjemmel i kommunalfuldmagten foretage dispositioner, som er indgribende over for borgeren, i form af myndighedsafgørelser, eksempelvis påbud, forbud eller dispensationer, idet hertil kræves klar lovhjemmel, jf. legalitetsprincippet.

De økonomiske dispositioner, som kommunen kan foretage, vil typisk også være omfattet af udbudsreglerne, idet disse regulerer køb af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsopgaver foretaget af en ordregiver, som i UBL's forstand er statslige, regionale og kommunale myndigheder, samt offentligretlige organer og sammenslutninger af én eller flere af disse myndigheder eller offentligretlige organer, jf. UBL § 24, nr. 24 og 28.

Spørgsmålet bliver i denne henseende, i hvor høj grad kommunalfuldmagten kan give kommunerne hjemmel til at indkøbe, og i så fald, hvad der kan indkøbes. Kommunalfuldmagten har en række begrænsninger, herunder anden lovgivning, som betyder at kommunalfuldmagten viger for skreven ret. Derudover er der en række kriterier og principper, som ligeledes udgør begrænsninger. Disse er: almennytte, lokalitetsprincippet, forbud mod begunstigelse af enkeltpersoner, forbuddet mod berigelse af kommunen, forholdet til den private sektor, forholdsmæssighed, saglige hensyn og lighed, økonomisk forsvarlighed og samfundsansvar.²²³

7.1 Almennytte og kommunal interesse

Kriteriet om almennytte indebærer, at kommunens påtænkte økonomiske disposition skal være rettet til borgerne i almindelighed, og dermed have et generelt sigte.²²⁴ Herudover er det generelt antaget i litteraturen, at dette kriterium ikke har noget egentligt selvstændigt indhold, men snarere er et overordnet hensyn, der skal have sigte.²²⁵

²²¹ Revsbech, m.fl., (2017), s. 23

²²² Ibid., s. 24-25

²²³ Ibid., s. 29-46

²²⁴ Revsbech, (2015), s. 66

²²⁵ Revsbech, m.fl., (2017), s. 30 og Revsbech, (2015), s. 67

Kommunal interesse hænger sammen med kriteriet om almennytte, idet kommunal interesse kræver at kommunen skal have interesse i de dispositioner, som den foretager sig.²²⁶ Kriteriet går grundlæggende ud på, at en kommune skal løse fælles opgaver, idet det er en sammenslutning af borgere inden for et geografisk område, som alle er med til at bidrage til kommunens ressourcer gennem skattebetaling.²²⁷ Dermed har kommunen et ansvar for at anvende ressourcerne til fælles bedste, så det kommer alle borgerne i den pågældende kommune til gode. Eksempler på aktiviteter, som kan have kommunal interesse, er opbygning og vedligeholdelse af infrastruktur i den pågældende kommune, byplaner og byudviklingsmæssige forhold i kommunen, fremme af idrætslivet og kulturformål, herunder fremme af turismen i kommunen, samt fremme af folkesundheden i den pågældende kommune.²²⁸

7.2 Lokalitetsprincippet

Dette princip går ud på, at den disposition kommunen vil foretage eller støtte, skal have en interessemæssig tilknytning til den pågældende kommune.²²⁹ Princippet er opdelt i to underprincipper, navnlig princippet om opgavefordeling og princippet om territorial afgrænsning.

Princippet om opgavefordeling går ud på, at dispositionerne, som kommunen vil foretage eller støtte, skal være kommunale opgaver, og således ikke statslige opgaver.²³⁰

Princippet om territorial afgrænsning går ud på, at dispositionerne, som kommunen vil foretage, skal være afgrænset til kommunens geografiske område, hvor der dog findes en undtagelse til dette, navnlig at dispositionen har en tilstrækkelig tilknytning til den pågældende kommune.²³¹

Endnu en undtagelse til den territoriale afgrænsning foreligger ved indsamlinger til humanitære formål, hvor kommunen uafhængig af lokalitetsprincippet kan yde et

²²⁶ Revsbech, m.fl., (2017), s. 30

²²⁷ Ibid., s. 30-31

²²⁸ Revsbech, (2015), s. 70-72

²²⁹ Ibid., s. 76

²³⁰ Revsbech, m.fl., (2017), s. 35

²³¹ Ibid., s. 34-35

bidrag.²³² Hertil gælder det klare udgangspunkt, at kommuner er underlagt et forbud mod at beskæftige sig med udenrigspolitik, idet det netop er en opgave, der tilhører staten.²³³ Spørgsmålet bliver i denne henseende, hvad en udenrigspolitisk tilkendegivelse indebærer, fordi en sådan ville være i strid med dette forbud.

Handlinger der utvivlsomt har udenrigspolitisk karakter vil være omfattet af forbuddet, herunder eksempelvis ulandsbistand, boykotte varer fra lande af udenrigspolitiske grunde, samt støtte af oprørsbevægelser i fremmed stat.²³⁴ Dog er forbuddet ikke absolut, idet der til forbuddet gælder tre undtagelser. Først og fremmest har kommunerne i praksis adgang til at støtte humanitære indsamlinger, som også støttes af staten.²³⁵ Det afgørende for bidrag til humanitære formål er derfor, om bidraget indebærer en udenrigspolitisk tilkendegivelse.²³⁶ For det andet kan der ydes støtte til aktiviteter i fremmede lande, hvis der til støtten ikke er knyttet udenrigspolitisk tilkendegivelse samt at beløbet er bagatelagtigt.²³⁷ Sidst, men ikke mindst, er det accepteret at kommunerne har venskabsaftaler.²³⁸

Et eksempel på støtte, som ikke var en udenrigspolitisk tilkendegivelse, findes i Indenrigs- og Sundhedsministeriets udtalelse af 5. januar 2005, hvor ministeriet fastslog at kommuner kunne yde bidrag til indsamlinger for ofre for flodbølge-katastrofen i Asien, da bidraget blev ydet uden nogen udenrigspolitisk tilkendegivelse på et upartisk grundlag, og det sikredes at bidraget kun blev anvendt til det humanitære formål.²³⁹ Ministeriet påpegede derudover også at der er en snæver grænse for beløbets størrelse, og at dette må bero på en konkret vurdering.²⁴⁰ I denne forbindelse kan tilføjes, at den konkrete vurdering afhænger af en række faktorer, herunder hvor stort et beløb staten bidrager med, samt offerviljen i den kommune som vil yde det pågældende bidrag.²⁴¹

²³² Ibid., s. 35

²³³ Revsbech, (2015), s. 359

²³⁴ Revsbech, m.fl., (2017), s. 54-55

²³⁵ Ibid., s. 55

²³⁶ Revsbech, (2015), s. 360

²³⁷ Revsbech, m.fl., (2017), s. 55

²³⁸ Ibid.

²³⁹ Revsbech, (2015), s. 360

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Ibid.

Et andet eksempel ses i Indenrigsministeriets skrivelse af 26. oktober 1989, som vedrørte en kommunes bidrag til en regnskovsgruppe, som ville bruge beløbet til at opkøbe regnskov i Costa Rica for at få denne fredet.²⁴² Ministeriet fandt at støtten kunne side-stilles med humanitær støtte, og vurderede at beløbet var af ubetydelig størrelse, idet der var tale om kr. 9.000, svarende til ca. 10 øre pr. indbygger i kommunen.²⁴³ Lovligheden af støtten fandt ministeriet at bero på betingelsen om at støtten ydes uden nogen udenrigspolitisk meningstilkendegivelse.²⁴⁴

7.3 Forbud mod begunstigelse af enkeltpersoner

Dette kriterium indebærer, at der som udgangspunkt skal være en klar lovhjemmel ved begunstigelse af enkeltpersoner og grupper af borgere, medmindre der foreligger en klar kommunal interesse.²⁴⁵

7.4 Forbuddet mod berigelse af kommunen

Dette kriterium er baseret på, at en kommune ikke må opnå berigelse på borgernes bekostning. Dette betyder, at kommunen ved sine dispositioner ikke må inddrage finansielle hensyn, idet dette vil være i strid med magtfordrejningslæren, herunder finansiell magtfordrejning.²⁴⁶ Derudover kan tilføjes, at der antages at gælde en uskreven hovedregel om at kommuner ikke må foretage dispositioner med formål om profit eller fortjeneste.²⁴⁷

7.5 Forholdet til den private sektor

Dette princip indebærer, at kommunen af hensyn til at undgå mulig konkurrenceforvridning og i øvrigt urimelig konkurrence skal respektere den private sektor.²⁴⁸

²⁴² Ibid., s. 361

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ Revsbech, m.fl., (2017), s. 36-39

²⁴⁶ Ibid., s. 39

²⁴⁷ Revsbech, (2015), s. 129

²⁴⁸ Ibid., s. 96-97

Begrundelsen herfor kan søges i at det offentlige er en enormt stor enhed, som er skattefinansieret, og derved ville kunne udkonkurrere det private erhvervsliv.

Som allerede nævnt i afsnit 6.1 gælder der en uskreven hovedregel om at kommuner, når der ikke foreligger en lovhjemmel, er afskåret fra alene eller i samarbejde med andre at drive handel, håndværk, industri eller finansiell virksomhed.²⁴⁹

Dog er hovedreglen underlagt en række undtagelser.²⁵⁰ En af undtagelserne er produktion til eget brug, som betyder at kommuner har mulighed for at producere varer og tjenesteydelser som led i deres løsning af lovbestemte opgaver eller opgaver som kommuner varetager inden for rammerne af kommunalfuldmagten.²⁵¹ Det er hertil en betingelse, at produktionen alene er til kommunens selvforsyning og ikke til afsætning på det frie marked.²⁵² Kommunen har dog mulighed for lovligt at afsætte noget af sin produktion på det frie marked, hvis der er tale om salg af overskudskapacitet eller salg af biprodukter.²⁵³

Kommunen kan afsætte biprodukter fra en i øvrigt lovlig kommunal aktivitet, hvis disse er en naturlig, tilfældig og uundgåelig følge af en lovlig kommunal opgave og at disse afsættes til markedspris.²⁵⁴ Hensynene bag dette består af en værdispildsbetraktning, idet det ville være samfundsøkonomisk utilfredsstillende at kassere restprodukter med en vis økonomisk værdi på grund af formelle grunde, og at det vil være imod kommunernes almindelige pligt til forsvarlig anvendelse af kommunens ressourcer.²⁵⁵

I forlængelse heraf kan tilføjes, at det ligeledes er almindeligt antaget, at en kommune kan afsætte tilfældig overskudskapacitet, som er opstået i forbindelse med den lovlige kommunale aktivitet, på markedet.²⁵⁶ To betingelser skal dog være opfyldt for lovligt at afsætte overskudskapacitet.²⁵⁷ Der skal først og fremmest være tale om overskydende kapacitet, som ikke kan afskaffes, og derudover skal kommunen ved salg af

²⁴⁹ Revsbech m.fl., (2017), s. 63

²⁵⁰ Revsbech, (2015), s. 137

²⁵¹ Ibid., s. 144-145

²⁵² Revsbech, m.fl., (2017), s. 66

²⁵³ Revsbech, (2015), s. 145

²⁵⁴ Revsbech, m.fl., (2017), s. 66-67

²⁵⁵ Revsbech, (2015), s. 151-152

²⁵⁶ Ibid., s. 163-164

²⁵⁷ Revsbech, m.fl., (2017), s. 69

overskudskapacitet fastsætte betalingen til markedsprisen.²⁵⁸ Hensynene bag reglen er de samme som hensynene bag salg af biproduktion.²⁵⁹

7.6 Forholdsmæssighed

Kommunens dispositioner er underlagt et krav om forholdsmæssighed, som bevirker at den ydede kommunale støtte skal stå i et rimeligt forhold til den kommunale interesse.²⁶⁰

7.7 Saglige hensyn og lighed

Kommunerne er en forvaltningsmyndighed, og dermed underlagt de forvaltningsretlige regler, herunder grundsætningen om saglig forvaltning og lighedsgrundsætningen.²⁶¹ Dette betyder, at kommunen i sine vurderinger ikke må inddrage usaglige hensyn eller forskelsbehandle. Grundsætningen om lighed består i, at alle kommunens borgere som udgangspunkt skal kunne drage nytte af de dispositioner kommunen har foretaget, medmindre der er sket en saglig afgrænsning af gruppen af borgere, som eksempelvis ses, hvor kommunen har kunnet begrænse abonnementskort til busser til pensionister, fordi disse kan benytte busserne uden for myldretiden, og dette kunne give en trafikøkonomisk fordel for kommunen.²⁶²

7.8 Samfundsansvar

Det er i nyere praksis fastslået, at en kommune godt uden hjemmel kan påtage sig et samfundsansvar i forbindelse med sin opgavevaretagelse.²⁶³ Praksis fra Økonomi - og Indenrigsministeriet vedrørende varetagelse af samfundshensyn ved at tage et samfundsansvar vil blive uddybet i afsnit 7.11-7.13.

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ Ibid., s. 70

²⁶⁰ Ibid., s. 40

²⁶¹ Revsbech, (2015), s. 100 og 103

²⁶² Revsbech, m.fl., (2017), s. 42-43

²⁶³ Ibid., s. 45

7.9 Økonomisk forsvarlighed

Som beskrevet i afsnittet om kommunal interesse er kommunens ressourcer baseret på indkomsten fra skatteyderne. Dette må siges at kunne indebære et krav om at kommunens dispositioner over disse ressourcer derfor skal være økonomisk forsvarlige, altså at kommunen skal handle ansvarsbevidst for at undgå at påføre kommunen og dens borgere unødige udgifter og tab.²⁶⁴ Økonomisk forsvarlighed ses at kunne udledes i forbindelse med kommunens produktion til eget brug, hvortil Karsten Revsbech skriver: “[...] *den kommunale produktion til eget brug ikke må være driftsøkonomisk urentabel, og at omkostningerne i forbindelse med produktionen af en vare eller tjenesteydelse ikke må stå i misforhold til den pris, hvortil en privat virksomhed kunne levere en tilsvarende vare eller tjenesteydelse.*”²⁶⁵ Ifølge forfatteren skal der foreligge et betydeligt misforhold.²⁶⁶

Som tidligere nævnt i afsnit 5.3 om princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning, må det være tvivlsomt, hvorvidt det kan prøves og hvorvidt økonomisk forsvarlighed i sig selv vil være udslagsgivende.

7.10 Opsummering af kommunalfuldmagten

Ud fra ovenstående kan det konkluderes, at kommunerne før deres indkøb skal finde ud af, hvorvidt der er hjemmel til den påtænkte disposition. Er der ikke lovhjemmel, kan kommunerne søge hjemmel i kommunalfuldmagtens regler. Kommunalfuldmagten kan således sætte begrænsninger for kommunen i forbindelse med dennes påtænkte indkøb. Et eksempel herpå sås i forbindelse med ladestanderne, hvor det vurderedes, at kommunalfuldmagten ikke gav tilstrækkelig hjemmel til dispositionen, hvorfor opsætningen af ladestanderne til brug for andre end kommunen selv, var i strid med legalitetsprincippet. Spørgsmålet bliver på denne baggrund, om der er flere områder, hvor kommunalfuldmagten kan sætte begrænsninger for de offentlige indkøb. For at belyse, hvordan kommunalfuldmagten kan begrænse offentlige indkøb, undersøges noget af praksis på området for miljø - og sociale hensyn.

²⁶⁴ Revsbech, (2015), s. 110

²⁶⁵ Ibid., s. 150

²⁶⁶ Ibid.

7.11 Fairtrade efter kommunalrettens regler

Aarhus Kommune besluttede d. 10. maj 2010 at ville profilere Fairtrade-mærket og også at blive Fairtrade By, hvilket indebærer, at iværksætte en informationsindsats om Fairtrade og også fremme offentlige indkøb af Fairtrade-mærkede produkter.²⁶⁷ Dette indebærer blandt andet en indkøbspolitik, hvorefter minimum 60 % af kaffe, the og sukker i rådhuset/centraladministrationen skulle være Fairtrade-mærket eller økologisk, og at minimum 10 % af kaffe, the og sukker i hele kommunen skulle være Fairtrade-mærket.²⁶⁸

Statsforvaltningen Midtjylland, der først tog stilling til sagen, vurderede at dette var i strid med kommunalfuldmagtens regler med henvisning til lokalitetsprincippet.²⁶⁹ Statsforvaltningen vurderede, at der kun var en snæver adgang til at yde støtte eller anden bistand uden for landets grænser, som Fairtrade ville være at gøre.²⁷⁰ Statsforvaltningen fastslog, at kommunens tilkendegivelse af at ville støtte op om Fairtrade, og dermed også arbejdsvilkår for eksempelvis bønder i Asien var at ligestille med en udenrigspolitisk tilkendegivelse, og dermed ulovligt efter kommunalfuldmagtens lokalitetsprincip.²⁷¹ Derudover nævnte Statsforvaltningen, at kommunen har pligt til at handle økonomisk forsvarligt, som indebærer en pligt til at købe bedst og billigst.²⁷² Statsforvaltning fandt på baggrund af de nævnte hensyn frem til at kommunen ikke kunne stille krav om Fairtrade, når kommunen udbød varer til kommunens brug.²⁷³

Økonomi- og Indenrigsministeriet kom først og fremmest frem til, at spørgsmålet om Fairtrade-hensynet ikke er reguleret i lov, og at spørgsmålet om, hvorvidt kommunen havde hjemmel til at varetage det pågældende hensyn derfor skulle vurderes efter kommunalfuldmagten.²⁷⁴ Næst fastslog ministeriet, at private virksomheder, såvel som offentlige myndigheder bør tage et samfundsansvar når de har mulighed for det.²⁷⁵

²⁶⁷ Sagsnr. 2012-00470, s. 1

²⁶⁸ Ibid., s. 4

²⁶⁹ Ibid., s. 2

²⁷⁰ Ibid.

²⁷¹ Ibid., s. 3

²⁷² Ibid.

²⁷³ Ibid., s. 4

²⁷⁴ Ibid., s. 20

²⁷⁵ Ibid., s. 21

Ministeriet måtte konkret tage stilling til, hvorvidt Fairtrade indkøb vil være i strid med forbuddet mod ydelse af tilskud til enkeltpersoner, om den højere pris er saglig og økonomisk forsvarlig og om indkøbspolitik om prioritering af indkøb af Fairtrade-mærkede varer er et udenrigspolitisk standpunkt, som netop ville være i strid med lokalitetsprincippet, som netop Statsforvaltningen Midtjylland vurderede.

Ad spørgsmålet om tilskud til enkeltpersoner konkluderede ministeriet, at kommunens indkøbspolitik med prioritering af Fairtrade-mærkede produkter ikke kan sidestilles med tilskud til enkeltpersoner.²⁷⁶ Ad spørgsmålet om saglighed og økonomisk forsvarlighed konkluderede ministeriet at kommunen ikke var forpligtet til kun at kigge på prisen, men også må varetage et samfundsansvar, og dermed betale en eventuelt højere pris for de forøgede omkostninger.²⁷⁷ Det var ministeriets opfattelse, at internationale anerkendte standarder må anses for at være saglige hensyn, som må inddrages i eksempelvis indkøbspolitikker, og som ministeriet vurderede Fairtrade ville være.²⁷⁸ Derudover fastslog ministeriet, at kommunerne må gives et bredt skøn, til at vurdere, hvorvidt et konkret indkøb eller en bestemt indkøbspolitik er økonomisk forsvarlig.²⁷⁹

Ad spørgsmålet om, hvorvidt indkøbspolitikken om indkøb af Fairtrade-mærkede varer er en udenrigspolitisk tilkendegivelse, vurderede ministeriet, at det faktum at Fairtrade-mærkede varer har til formål at imødegå de arbejdsmæssige, sociale og miljømæssige udfordringer, som gør sig gældende, hvor de produceres, ikke i sig selv er nok til at udgøre en udenrigspolitisk tilkendegivelse.²⁸⁰ Ministeriet konkluderede på denne baggrund, at en kommune lovligt kan lægge vægt på indkøb af Fairtrade-mærkede varer.²⁸¹ Ministeriet nævnte derudover i henhold til spørgsmålet om informationsindsatsen, at en kommunes positive omtale af Fairtrade og Fairtrade-mærket ikke er udtryk for en udenrigspolitisk tilkendegivelse, så længe kommunens ikke fremfører synspunkter

²⁷⁶ Ibid., s. 23

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ Ibid., s. 22

²⁸⁰ Ibid., s. 23-24

²⁸¹ Ibid., s. 24

om andre regeringer eller landes håndtering af blandt andet menneskerettigheder og miljø - klimaindsatser.²⁸²

Det ses i ovenstående udtalelse, at en lang række faktorer spiller ind i Indenrigsministeriets vurdering. Ud fra udtalelsen kan det udledes, at kommunalfuldmagten ikke har så snævre rammer for inddragelse af hensyn, som ligger uden for kommunens geografiske grænser, end først antaget ved Statsforvaltningen Midtjyllands afgørelse. Kommunalfuldmagten overlader kommunerne en forholdsvis bred skønsmargin, hvilket medfører, at der skal foretages en konkret vurdering. I den konkrete sag var der alene tale om 10 % af kommunens samlede indkøb af kaffe, the og sukker, som skulle være Fairtrade-mærkede.

Det kan diskuteres, hvorvidt sagen ville have haft et andet udfald, hvis der var tale om en større procentdel, eller hvis det vedrørte endnu flere produkter. Hertil kunne anføres som argumenter, at det for det første ville koste kommunen endnu mere, hvilket kunne komme i konflikt med kommunalfuldmagtens kriterium om økonomisk forsvarlighed, såvel som den kommunale interesse. I kriteriet om den kommunale interesse skal borgernes offervilje også medregnes, som i spørgsmålet om Fairtrade potentielt ville kunne rykke på forholdsmæssigheden af indkøbet. Når der er tale om så stor en disposition, som det ville være med en meget øget del Fairtrade, kan det diskuteres, hvorvidt dette ville stå mål med almennyttens, idet de hensyn der ligger til grund for Fairtrade-mærket ikke har et generelt sigte for de borgere, som bor i kommunen, da borgere ikke kan drage nytte af det. Derudover ville det også kunne argumenteres, at en kommunes ønske om en meget stor andel Fairtrade-mærkede produkter ville kunne tolkes som en i højere grad udenrigspolitisk signalerende adfærd, end blot de 10 %, som i ovenstående.

På den anden side kan argumenteres, at store aktører, som en kommune, skal have mulighed for at foretage indkøb af Fairtrade-mærkede varer, idet hele meningen med mærket og de hensyn, som ligger bag mærket ellers vil mistes. Der vil utvivlsomt være stor forskel på om en enkelt borger går ned i sit lokale supermarked og køber et Fairtrade produkt, og på om en kommune indkøber Fairtrade produkter til hele sin organisation. For at imødekomme mål såsom sunde og sikre arbejdsvilkår, ansvarlig

²⁸² Ibid., s. 25

handelspraksis og at undgå børne- og tvangsarbejde kræves store aktører. Hvis kommunerne ikke lovligt ville kunne tilrettelægge deres indkøbspolitik efter sådanne mål, ville det blive vanskeligt nogensinde at nå dem. Næst kan anføres som argument, at de 10 % ikke er nævnt noget sted i Indenrigsministeriets vurdering, hvorved ses, at det ikke har været udslagsgivende for vurderingen.

Afsluttende må konkluderes, at udtalelsen må anses for at gælde generelt for Fairtrade og ikke bare for den konkrete sag, idet udtalelsen er formuleret meget generelt. Derudover konkluderes, at udfaldet formentlig ville have været det samme, hvis kommunen havde valgt i sin indkøbspolitik at have en større procentdel Fairtrade produkter som målsætning.

7.12 Miljøhensyn efter kommunalretten

D. 23. december 2019 bad Hørsholm Kommune Ankestyrelsen om at komme med en forhåndsudtalelse om, hvorvidt kommunen lovligt kunne indgå en partnerskabsaftale med virksomheden Gubra ApS.²⁸³ Formålet med partnerskabsaftalen var at gøre Hørsholm kommune CO2-neutral fra 2020, samt forbedre forhold for natur og biodiversitet ved blandt andet køb af carbon-offset.²⁸⁴

Ankestyrelsen fremhævede først og fremmest, at ovenstående spørgsmål ikke var reguleret i den skrevne lovgivning, og derfor skulle afgøres efter kommunalfuldmagtsreglerne.²⁸⁵ I denne forbindelse nævnte Ankestyrelsen, at det er en lovlig kommunal opgave at varetage miljø- og klimahensyn, herunder at iværksætte lokale klimaforbedrende tiltag.²⁸⁶ Samtidig slog Ankestyrelsen fast, at det som udgangspunkt er en forudsætning at lokalitetsprincippet i denne forbindelse iagttages.²⁸⁷

Ankestyrelsen lagde vægt på at køb af carbon-offset, eksempelvis ved skovbeplantning i udlandet ikke vil nedbringe CO2-udledningen i kommunen, men derimod et andet sted i verden, og at kommunen således ved køb af carbon-offset vil varetage en opgave der alene eller i det væsentlige kan anses for at være af interesse for borgere uden

²⁸³ J.nr. 20-1298, s. 1

²⁸⁴ Ibid.

²⁸⁵ Ibid., s. 8

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ Ibid.

for kommunen.²⁸⁸ Kommunens tiltag ville således efter Ankestyrelsens opfattelse ikke interessmæssigt være knyttet til kommunen, idet tiltaget ikke har en direkte effekt i kommunen eller for borgerne i kommunen.²⁸⁹

Kommunen havde i sin skrivelse lagt vægt på at tiltaget sker som led i en større klimastrategi, og at det er håbet at anspore andre virksomheder til at tilslutte sig partnerskabet og/eller støtte op om kommunens samlede klimaindsats, eksempelvis ved omlægning af produktion og elforbrug til mere klimavenlige løsninger, samt ved at udføre og støtte andre klimatiltag med direkte lokal virkning.²⁹⁰ Dette forhold udgjorde efter Ankestyrelsens vurdering ikke en sådan interesse, at lokalitetsprincippet kunne fraviges.²⁹¹

Herudover vurderede Ankestyrelsen om humanitær støtte kunne føre til at lokalitetsprincippet kunne fraviges.²⁹² Kommunen ville anvende minimum 200.000 kr. årligt over i hvert fald tre år til projektet, herunder til køb af carbon-offset.²⁹³ Det var Ankestyrelsens opfattelse, at støtten ikke var af bagatelagtig karakter, hvorfor humanitær støtte ikke kunne medføre at lokalitetsprincippet kunne fraviges.²⁹⁴ Derudover fandt Ankestyrelsen ikke at Hørsholm kommune havde peget på andre kommunale interesser, som ville kunne føre til at lokalitetsprincippet kunne fraviges i den konkrete situation.²⁹⁵

Ankestyrelsen vurderede, at Hørsholm kommune inden for rammerne af kommunalfuldmagten ikke kunne købe carbon-offset, hvorfor kommunen ikke lovligt kunne indgå den ønskede partnerskabsaftale med Gubra ApS.²⁹⁶

7.13 Opsummering om hensyn efter kommunalretten

Ud fra ovenstående kan indledningsvist konstateres, at kommunerne generelt godt må varetage miljøhensyn og tage samfundsansvar. Dog ses begrænsninger i på hvilken

²⁸⁸ Ibid.

²⁸⁹ Ibid.

²⁹⁰ Ibid.

²⁹¹ Ibid.

²⁹² Ibid., s. 9

²⁹³ Ibid.

²⁹⁴ Ibid.

²⁹⁵ Ibid.

²⁹⁶ Ibid., s. 1

måde kommunen kan varetage sådanne hensyn, idet kommunen, hvis ikke der foreligger den nødvendige lovhjemmel, skal holde sig inden for kommunalfuldmagtens grænser.

Udtalelserne illustrerer, at det kan være en vanskelig afvejning, idet mange kriterier spiller ind i afvejningen. Denne vanskelige afvejning af de forskellige kriterier ses ligeledes i alle de tre nævnte udtalelser: om ladestanderne, fairtrade og carbon-offset, som alle viser, hvorledes der kan blive lagt forskellig vægt på de forskellige kriterier i kommunalfuldmagten. Dette er netop det som gør, at kommunalfuldmagten kan være en svær regel at arbejde med i praksis og i konkrete spørgsmål.

Det vil dernæst være oplagt at undersøge, hvorledes miljø - og sociale hensyn behandles i udbudsretten. Dette gøres, ved først at se på de generelle regler i udbudsretten vedrørende miljø- og sociale hensyn, og hvor i udbudsprocessen disse kan inddrages. Næst ses på reglerne for mærker og mærkekrav. Sidst undersøges, hvorvidt udbudsretten giver mulighed for at inddrage hensyn som Fairtrade og økologi.

7.14. Miljø - og sociale hensyn i udbudsretten

Indledningsvist kan kort beskrives hvad miljø - og sociale hensyn indeholder. Miljøhensyn indebærer alle former for hensyn, der har til formål at tilgodese miljøet, herunder eksempelvis begrænset brug af giftige kemikalier og brug af energieffektive maskiner eller økologi.²⁹⁷ Sociale hensyn kan eksempelvis være, at der skal være adgang for handicappede, krav til en leverandørs arbejdsmiljø, personalepolitik, inddragelse af udsatte grupper på arbejdsmarkedet eller undgåelse af social dumping.²⁹⁸ Generelt vægtes fremelsen af miljø - og sociale hensyn højt på EU plan.²⁹⁹ Der er findes dog i udbudsretten ingen pligt til at inddrage miljø - og sociale hensyn, men det er alene en mulighed, som en ordregiver kan benytte sig af.³⁰⁰

Ordregiver har mulighed for at varetage miljø - og sociale hensyn i de fire faser i udbudsprocessen: i kravspecifikationen, udelukkelsen, tildelingen samt kontraktvilkårene.³⁰¹ Ved kravspecifikationen kan ordregiver stille krav til genstanden for kontrakten,

²⁹⁷ Hamer, (2021), s. 669

²⁹⁸ Ibid., s. 669-670

²⁹⁹ Ibid., s. 667

³⁰⁰ Ibid., s. 667-668

³⁰¹ Ibid., s. 672

herunder produktionsprocessen, tilvejebringelse af produktet eller enhver anden fase af produktets livscyklus.³⁰² Det vil således ikke være muligt at stille generelle krav til en tilbudsgiver, som eksempelvis krav til ligestilling i ledelsen, at medarbejderne i virksomheden skal bruge bestemte kuglepenne eller andet, da dette ikke ville være forbundet til kontraktens genstand, hvis denne eksempelvis ville være levering af kaffe.³⁰³ Ordregiver kan i kravspecifikationen formulere specifikke karakteristika for det pågældende produkt, men kan også henvise til specifikke miljømærker eller sociale mærkningsordninger, hvor sidstnævnte dog er underlagt udbudsrettens regler om mærker, som vil blive uddybet nærmere i afsnit 7.14.1.³⁰⁴

Ordregiveren har i UBL § 137, stk. 1, nr. 1 mulighed for at udelukke tilbudsgivere, som har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljø, social eller arbejdsretlige område. UBL § 137 lister de frivillige udelukkelsesgrunde, og det er derved op til ordregiveren i det konkrete udbud at beslutte om han/hun ønsker at anvende dem, ved at tilføje det i udbudsbekendtgørelsen. På denne måde ses en ordregiver at kunne lægge vægt på miljø og sociale hensyn i udelukkelsesfasen.

I tildelingen af kontrakten, har ordregiver ligeledes mulighed for at inddrage miljøhensyn i tildelingskriterierne.³⁰⁵ Udgangspunktet er at ordregiver skal tildele en kontrakt på baggrund af det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af ét af følgende kriterier, pris, omkostninger eller bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. UBL § 162, stk. 1. Hvis ordregiveren vælger kriteriet omkostninger, kan ordregiver inddrage alle former for omkostninger, herunder livscyklusomkostninger, jf. UBL § 162, stk. 2. Ordregiver har således mulighed for at inddrage miljøhensyn ved vurderingen af omkostninger, idet livscyklusomkostninger kan inddrage blandt andet omkostninger i form af forbrug af energi og omkostninger i forbindelse med indsamling og genindvinding, jf. UBL § 166, stk. 1, nr. 1, litra b og d. Derudover kan eksterne virkninger på miljøet som produktet medfører i løbet af sin livscyklus medregnes i omkostningerne, herunder drivhusgasemmissioner og omkostninger i forbindelse i modvirkning af klimaændringer, jf.

³⁰² Ibid., s. 672-673

³⁰³ Udledt af Ibid., s. 672

³⁰⁴ Hamer, (2021), s. 672

³⁰⁵ Ibid., s. 677

UBL § 166, stk. 1, nr. 2. Særligt UBL § 166, stk. 1, nr. 2 ses således at give ordregiver mulighed for at inddrage miljøhensyn i sit udbud.

Ved tildeling efter kriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet har ordregiver mulighed for at inddrage både miljøhensyn og sociale hensyn, idet disse står listet i UBL § 162, stk. 3, nr. 1, som mulige underkriterier. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at EU domstolen i sagen C-513/99, *Concordia*, fastslog, at en ordregivende myndighed ved fastsættelsen af underkriterier skal overholde en række betingelser, navnlig at kriterierne skal være forbundet til kontraktens genstand, at kriterierne ikke tillægger ordregiveren et ubetinget frit valg, at kriterierne er udtrykkeligt nævnt i udbudsmaterialet, samt at de grundlæggende principper i EU retten skal overholdes, herunder forbuddet mod forskelsbehandling.³⁰⁶ I den konkrete sag var det domstolens vurdering, at den ordregivende myndighed i forbindelse med en offentlig kontrakt vedrørende udførelse af bybustransportydelse godt kunne tildele kontrakten ved at tage hensyn til miljøkriterier, herunder bussernes nitrogenoxidemissioner eller støjniveau, idet de nævnte betingelser var opfyldt.³⁰⁷

I UBL § 176 er der givet ordregiver mulighed for at stille en række betingelser til selve udførelsen af en kontrakt, under betingelse af at disse er forbundet med kontraktens genstand og er anført i udbudsmaterialet. Betingelserne kan blandt andet omfatte miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn, jf. UBL § 176, 3. pkt. Betingelserne kan relatere sig til alle aspekter og ethvert trin i en anskaffelses livscyklus, herunder eksempelvis også betingelser for gennemførelsen af kontrakten.³⁰⁸

Vedrørende kontraktens gennemførelse, kan ordregiveren eksempelvis indsætte en social klausul, som eksempelvis en lærlingeklausul, som forpligter leverandøren til at inddrage lærlinge på den pågældende kontrakt, og/eller en arbejdsklausul, som skal sikre, at dem der udfører kontrakten ikke har arbejdsvilkår, der er mindre gunstige end dem der gælder for arbejde af samme art indenfor samme felt.³⁰⁹ I denne forbindelse skal bemærkes, at ordregiver vil være forpligtet til at følge op på om leverandøren

³⁰⁶ C-513/99, para. 64

³⁰⁷ Ibid., para. 69

³⁰⁸ Hamer, (2021), s. 679

³⁰⁹ Ibid., s. 680-681

overholder de fastsatte betingelser.³¹⁰ I forbindelse med miljø - og sociale hensyn, er der i udbudsretten givet ordregiver mulighed for at henvise til mærker og mærkekrav, som behandles i det følgende afsnit.

Som konkret eksempel kan nævnes FN's 17 verdensmål. Spørgsmålet er hvorledes disse ville kunne inddrages i udbud. Hertil kan først bemærkes, at enkelte konkrete mål ville kunne inddrages efter reglerne beskrevet ovenfor. Som eksempel kan nævnes verdensmålet om afskaffelse af fattigdom, hvor der som kontraktvilkår ville kunne indsættes en arbejdsklausul, hvorefter arbejderne på kontrakten skal sikres lige vilkår og løn. Hvis verdensmålene generelt blev lavet til et krav eller tildelingskriterium, så ville tilbudsgiverne blive stillet krav til virksomheden generelt, som eksempelvis med verdensmålet om ligestilling mellem kønnene, hvilket ikke ville have tilknytning til kontraktens genstand, og dermed være i strid med udbudsretten.

7.14.1 Mærker og mærkekrav i udbudsretten

Som nævnt i forbindelse med inddragelse af miljø og sociale hensyn i kravspecifikationen, kan ordregiver have mulighed for at henvise til bestemte mærker. Definitionen af et mærke samt mærkekrav står beskrevet i UBL § 24, nr. 21 og nr. 22. Af disse fremgår, at et mærke er ethvert dokument, certifikat eller attestering, der bekræfter opfyldelsen af nogle krav, som skal være opfyldt for at få det pågældende mærke.

Reglen om mærker findes i UBL § 46, hvoraf fremgår, at en ordregiver i de tekniske specifikationer, kriterierne for tildeling eller vilkårene for kontraktens udførelse kan kræve, at et indkøb er forsynet med et bestemt mærke som dokumentation for specifikke egenskaber.

Dog er der nogle begrænsninger til bestemmelsen, navnlig, at mærkekravene kun vedrører krav, der er forbundet med kontraktens genstand og er egnede til at definere egenskaberne ved genstanden for kontrakten, at mærket er fastsat på grundlag af objektivt verificerbare og ikke-diskriminerende kriterier, udviklet på grundlag af en åben og gennemsigtig procedure, tilgængelige for alle potentielle tilbudsgivere og fastsat af en tredjemand, som den økonomiske aktør, der ansøger om mærket, ikke udøver en afgørende indflydelse på, jf. UBL § 46, stk. 1.

³¹⁰ Ibid., s. 685

En ordregiver, som kræver et bestemt mærke, skal acceptere alle mærker, der opfylder tilsvarende mærkekrav, jf. UBL § 46, stk. 3. Derudover skal ordregiveren altid acceptere anden passende dokumentation, hvis en tilbudsgiver ikke har mulighed for at få det krævede mærke eller et tilsvarende mærke inden for den gældende frist af årsager, der ikke kan tilskrives den pågældende, jf. UBL § 46, stk. 4, nr. 1. Det samme gælder i tilfælde, hvor en tilbudsgiver ikke har det krævede mærke, selv om det har været muligt at opnå det inden for den gældende frist, og ordregiveren kan konstatere, at mærkekravene er opfyldt, uden at ordregiveren skal bruge flere ressourcer end ordregiveren ville skulle bruge på at konstatere, at tilbudsgiveren er i besiddelse af det krævede mærke, jf. UBL § 46, stk. 4, nr. 2.

Bestemmelsen ses at indeholde en lang række krav til ordregiveren, hvis denne ønsker at gøre brug af et bestemt mærke eller mærkekrav. På denne måde gøres det lettere for ordregiveren både at specificere, hvilke egenskaber produktet skal have, men samtidig også at verificere de indkomne tilbud efterfølgende.³¹¹ Derudover gøres det lettere for tilbudsgiveren at dokumentere at denne lever op til kravene i det udbudte materiale.³¹²

7.14.2 Fairtrade efter udbudsretten

I relation til miljø og sociale hensyn i udbudsretten, samt redegørelsen for brug af mærker efter UBL § 46 kan det undersøges, hvorvidt krav om Fairtrade og økologi lovligt kan indgå i udbud. Hertil vil dommen C-368/10, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene, undersøges nærmere.

Provinsen Noord-Holland havde for en offentlig kontrakt om levering og drift af kaffeautomater sat krav om mærkerne Max Havelaar og EKO eller i hvert fald mærker med sammenlignelige eller identiske udgangspunkter, i de tekniske specifikationer, samt henvist hertil i tildelingskriterierne.³¹³ Mærket EKO gives for produkter, hvoraf mindst 95% af ingredienserne er økologiske.³¹⁴ Mærket Max Havelaar tildeles for produkter, som er købt hos organisationer, som består af små producenter i udviklingslande, til en

³¹¹ Ibid., s. 686

³¹² Ibid.

³¹³ C-368/10, para. 1

³¹⁴ Ibid., para. 34

fair pris og på fair handelsbetingelser.³¹⁵ Begge mærkerne er private mærker, som forvaltes af fonde.³¹⁶ Der var i indkøbet fokus på bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar, idet der til prøvelsen af virksomhedernes formåen var anvendt kriterier, som vedrørte disse to punkter.³¹⁷

EU-Domstolen slog for det første fast, at det var uforeneligt med det daværende udbudsdirektivs artikel 23, stk. 6, at Holland valgte at angive et bestemt miljømærke frem for at anvende de detaljerede specifikationer for mærket.³¹⁸ I denne forbindelse slog domstolen fast, at det er den ordregivende myndigheds pligt udtrykkeligt at angive de detaljerede miljøegenskaber, som den tilsigter at pålægge.³¹⁹ Domstolen nævnte endvidere at det daværende udbudsdirektivs artikel 23, stk. 6 giver mulighed for at anvende detaljerede specifikationer af et miljømærke, men derimod ikke selve miljømærket.³²⁰ I denne forbindelse nævnte domstolen ligeledes, at en ordregiver har mulighed for at angive mærker som anses for opfylde de angivne tekniske specifikationer, dog slog domstolen fast, at dette kun tillader en sekundær anvendelse af miljømærket, som et bevis for at de fastsatte tekniske specifikationer er opfyldt.³²¹ Miljømærket er således ikke et krav i sig selv og ikke en teknisk specifikation, men derimod blot et bevis for at de specifikationer, som ordregiveren har fastsat i udbudsbetingelserne er opfyldt.

Den daværende artikel 23, stk. 6, og bestemmelsen i UBL § 46, stk. 1, vurderes at være meget ens, hvorfor dommen stadig er relevant. Ud fra domstolens begrundelse kan udledes, at det ikke var henvisningen til mærket EKO i sig selv, som var problemet, men at mærkekravene ikke var angivet.

I relation til anvendelsen af mærket Max Haavelaar fastslog domstolen, at kriteriet ikke svarede til definitionen af tekniske specifikationer, men at det derimod var omfattet af bestemmelsen vedrørende kontraktens udførelse, samt at lovligheden heraf skulle prøves efter direktivets artikel 26.³²² Kommissionen havde i deres anbringender alene

³¹⁵ Ibid., para. 37

³¹⁶ Ibid., para. 34 og 36

³¹⁷ Ibid., para. 1

³¹⁸ Ibid., para. 70

³¹⁹ Ibid., para. 67

³²⁰ Ibid., para. 63

³²¹ Ibid., para. 64

³²² Ibid., para. 74-76

henvist til artikel 23, stk. 8 og ikke artikel 26, hvorfor domstolen ikke kunne antage dette til realitetsbehandling, og afviste dermed anbringendet vedrørende artikel 23, stk. 8.³²³ På denne baggrund kan det konstateres, at Fairtrade krav ikke ville kunne angives som tekniske specifikationer, men derimod som et krav til kontraktens udførelse.

Som beskrevet ovenfor i afsnit 7.14, kan miljø og sociale hensyn inddrages fire steder i udbudsprocessen. Krav til gennemførelse af kontrakten vil kunne inddrages i den sidste fase, navnlig i kontraktbetingelserne, som vedrører kontraktens udførelse. Idet Fairtrade er krav der blandt andet vedrører betaling af en minimumspris og en højere pris til producenterne, ses at være tale om et krav, som relaterer sig til handlen af produktet, og dermed et trin i produktets livscyklus, hvorfor der godt kan stilles krav hertil i kontraktbetingelserne.

I forhold til sociale hensyn anerkender domstolen, at disse kan anvendes som tildelingskriterier, idet listen i direktivets artikel 53, stk. 1, ikke er udtømmende.³²⁴ Derudover nævnte domstolen, at kontrakten vedrørte levering af kaffe, te og andre ingredienser, og at det omtvistede tildelingskriterium vedrørte de omtalte ingredienser, hvorved der var tilstrækkelig forbindelse mellem tildelingskriteriet og genstanden for kontrakten.³²⁵

På denne baggrund kan det udledes, at der som udgangspunkt ikke står noget i vejen for at anvende miljøhensyn eller sociale hensyn som del af tildelingskriterierne, under forudsætning af at disse har tilknytning til kontraktens genstand. Det er dog et krav, at tildelingskriterierne skal være klare og objektive, ligesom specifikationerne skal være så præcise, at tilbudsgivere kan identificere kontraktens genstand.³²⁶ I det pågældende udbud havde den ordregivende myndighed ikke opregnet de bagvedliggende kriterier for mærkerne, hvilket domstolen fandt uforeneligt med direktivets artikel 53, stk. 1.³²⁷ Det kan herved konstateres, at idet kriterierne for mærkerne ikke var beskrevet, var disse ikke tilstrækkeligt klare og præcise, hvorfor de ikke kunne anvendes som tildelingskriterier.

³²³ Ibid., para. 77-79

³²⁴ Ibid., para. 84 og 85

³²⁵ Ibid., para. 90 og 92

³²⁶ Ibid., para. 93 og 94

³²⁷ Ibid., para. 97

I forhold til overholdelse af kriterierne for bæredygtigt indkøb og socialt ansvarlig adfærd udtalte domstolen at Holland havde listet de to udtryk som minimumskriterier til den faglige formåen for de erhvervsdrivende.³²⁸ Det skulle derfor vurderes om disse to udtryk kunne udledes i listen over tilladte elementer i vurderingen af teknisk og faglig formåen i direktivets artikel 48. Domstolen fandt i denne forbindelse frem til, at bæredygtigt indkøb og socialt ansvarlig adfærd ikke kunne udledes af artikel 48 og derfor har handlet i strid med direktivets bestemmelser.³²⁹

I forhold til gennemsigtighedsprincippet udtalte domstolen, at alle betingelser og bestemmelser i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, således at alle bydende har lige mulighed for at forstå og fortolke på samme måde, og ikke mindst at ordregiver kan efterprøve de afgivne bud på en effektiv måde.³³⁰ I og med at Hollands udbudsbetingelser ikke var formuleret klart, præcist og utvetydigt, og at der heller ikke var angivet en præcis indikation angående oplysninger, som tilbudsgiverne skulle fremlægge, slog domstolen fast, at Holland ikke overholdte gennemsigtighedsprincippet i direktivets artikel 2.³³¹

Dommen er afsagt med baggrund i det tidligere udbudsdirektiv 2004/18/EF. Bestemmelserne, som dommen vedrører, navnlig artikel 23, 48 og 53, er i høj grad videreført i det nuværende direktiv 2014/24/EU. Artikel 53 vedrører det nuværende direktivs artikel 67, som er udvidet væsentligt. Dog er kravet om at tildelingskriterierne skal være klare og objektive fortsat gældende. Artikel 48 vedrører det nuværende direktivs artikel 58, som også er ændret, men også efter den nuværende bestemmelse, findes 'bæredygtigt indkøb og socialt ansvarlig adfærd' ikke som udvælgelseskriterium. Artikel 23 vedrører det nuværende direktivs artikel 42 og 43, hvoraf artikel 43 specifikt vedrører mærker. Selvom bestemmelsen er ændret, og udvidet væsentligt, ses dog stadig at kunne udledes at mærkekravene skal oplistes, og at en henvisning til et mærke alene, ikke er tilstrækkeligt, som også redegjort for i afsnit 7.14.1. På denne baggrund kan det konkluderes, at

³²⁸ Ibid., para. 103 og 104

³²⁹ Ibid., para. 107 og 108

³³⁰ Ibid., para. 109

³³¹ Ibid., para. 110

domstolen formentlig ville være nået frem til samme resultat, hvis sagen var blevet anlagt efter det nuværende direktiv.

Sammenfattende kan på baggrund af ovenstående konkluderes, at mærkerne EKO og Max Havelaar havde tilstrækkelig forbindelse til kontraktens genstand og godt kunne inddrages i udbuddet, men at måden Holland havde gjort det på udgjorde problemet. Havde mærkekravene til EKO og Max Havelaar stået beskrevet tilstrækkeligt klart i udbudsmaterialet, vurderes dommen med stor sandsynlighed at ville have haft det modsatte udfald. Det konkluderes derfor, at økologi og Fairtrade lovligt kan inddrages i udbud, under betingelse af, at kravene beskrevet i afsnit 7.14 og 7.14.1 er opfyldt.

8 Klagemuligheder

Indledningsvist kan nævnes en problemstilling i sagen vedrørende Fairtrade, som blev vurderet efter kommunalrettens regler.³³² I Statsforvaltningen Midtjyllands afgørelse vedrørende Fairtrade vurderer statsforvaltningen, at kommunen ikke lovligt kan stille Fairtrade-mærket som krav, idet det efter udbudsreglerne gælder at krav skal være forbundet til kontraktens genstand, og at der som udgangspunkt ikke må stilles krav om et specifikt mærke eller fabrikat, som Fairtrade er.³³³ Dette er dog undtagelsesvist tilladt, hvis ikke kontraktens genstand kan beskrives tilstrækkeligt nøjagtigt og forståeligt uden anvendelsen af det pågældende mærke.³³⁴ Økonomi- og Indenrigsministeriet svarer i deres udtalelse dog ikke herpå, idet de ikke mener det tilkommer dem at tage stilling til udbudsreglerne, men at det derimod er en opgave for Klagenævnet.³³⁵ Dette begrundes af Økonomi- og Indenrigsministeriet med en henvisning til KST § 48, stk. 3, som fastslår, at Statsforvaltningen ikke kan føre tilsyn, hvis en særlig klagemyndighed kan tage stilling til den pågældende sag.

Det ses hermed, at der er et overlap i sagsområderne, hvorfor det skal afgøres, hvilken instans der har kompetencen til at påkende spørgsmålet. De forskellige instanser, som vil kunne blive inddraget, samt disses kompetence, vil derfor blive undersøgt nærmere i det følgende.

³³² Se afsnit 7.11

³³³ J.nr. 2010-613/833, s. 6

³³⁴ Ibid.

³³⁵ Sagsnr. 2012-00470, s. 15

8.1 Domstolene

Domstolene er underlagt reglerne i Retsplejelovent³³⁶, og har således kompetence til at behandle borgerlige retssager, jf. RPL § 224. Borgerlige retssager omhandler den borgerlige retspleje, som blandt andet indebærer, at domstolene skal tage stilling til konkrete retstvister, som blandt andet kan opstå mellem en privat part og en offentlig part.³³⁷ Tvisterne kan være privatretlige tvister eller offentligretlige tvister.³³⁸

Domstolene ses således at have kompetence i en lang række tilfælde. Det kan i denne forbindelse tilføjes, at domstolene kun kan behandle en sag, når en part anlægger en sag hos dem.³³⁹ Domstolene har således ikke beføjelse til at tage sager op af egen drift. Der gælder derfor ingen generel pligt til at benytte sig af domstolene i konkrete sager.³⁴⁰ Parterne kan som udgangspunkt selv vælge, hvilken form for tvistløsning de vil benytte sig af, herunder om deres tvist skal løses hos domstolene, hos et nævn, voldgift eller andet.³⁴¹ Hertil gælder dog, at det tvistløsningsorgan som parterne vælger, skal have kompetence til at behandle sagen. Klager over udbud kan indbringes både til Klagenævnet og direkte for domstolene.³⁴² Der er således som udgangspunkt frit valg for klageren mellem disse to instanser.

Klager som indbringes direkte for domstolen efter RPL § 224, hører under den civile retspleje. Efter den nævnte bestemmelse behandles en sag, som udgangspunkt altid i byretten som 1. instans. Landsretten kan dog behandle sager som 1. instans i tilfælde hvor sagen er af principiel karakter, jf. RPL § 226, stk. 1.

Udgangspunktet i dansk ret er to-instansprincippet, som følger af RPL § 371, 1. pkt. Dette betyder, at man, som udgangspunkt kan få prøvet en sag af to instanser, hvorefter der ikke er mulighed for at få prøvet sagen yderligere. Dog kan der ved principielle sager undtagelsesvis fås bevilling til 3. instansbehandling af Procesbevillingsnævnet, jf. RPL § 371, 2. pkt.

³³⁶ RPL

³³⁷ Bang-Pedersen, (2020), s. 27

³³⁸ Ibid., s. 27

³³⁹ Ibid., s. 101

³⁴⁰ Ibid., s. 30

³⁴¹ Ibid.

³⁴² Hamer (2021), s. 774

I forhold til domstolenes kontrol med forvaltningen, følger det af Grundlovens § 63, stk. 1, 1.pkt., at domstolene er berettigede til at påkende ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser. Øvrighedsmyndigheden er en betegnelse for offentlige administrative myndigheder, og domstolskontrollen omfatter derfor alle forvaltningsenheder og alle disses funktioner.³⁴³

Domstolen består af dommere, som betegnes generalister, idet de beskæftiger sig med alle retsområder.³⁴⁴ Domstolene er derfor formentlig varsomme med at tilsidesætte afgørelser truffet af ankenævn og administrative organer med domstolslignende træk, idet vurderingen forudsætter særlige sagkundskaber, medmindre der er tale om prøvelse af formelle forskrifter.³⁴⁵ I de tilfælde, hvor en forvaltningsmyndighed er overladt et skøn, vil domstolene normalt ikke efterprøve skønnet, ud over de retlige rammer, herunder om skønnet er baseret på saglige hensyn og om alle saglige hensyn er inddraget, men ikke i selve afvejningen af hensynene.³⁴⁶

Ved anlæggelse af en sag ved domstolene skal der betales sagsomkostninger. Først og fremmest skal der som udgangspunkt betales en retsafgift på kr. 1.500, som betales for at anlægge sagen, jf. Retsafgiftslovens³⁴⁷ § 1, stk. 1. For sager uden økonomisk værdi, eller hvor værdien af sagen højst er kr. 100.000, skal der derimod betales kr. 750 ved anlæggelse af sagen, jf. RAL § 1, stk. 2. Skal sagen også til hovedforhandling for domstolene betales også afgift hertil, hvis sagen har en økonomisk værdi på mere end kr. 100.000, jf. RAL § 2, stk. 1, 1.pkt. Denne beregnes efter en tabel i RAL § 2, stk. 4, hvor kan nævnes, at sager med en økonomisk værdi over kr. 6 mio. skal betales kr. 160.000 i afgift. Hertil gælder dog en undtagelse for sager vedrørende prøvelse af myndighedsudøvelse, hvorefter afgiften er fastsat til kr. 3.000, jf. RAL § 2, stk. 3. Spørgsmålet bliver i denne henseende om offentlige udbud, foretaget af en kommune, ville være myndighedsudøvelse, og dermed kunne anlægges ved domstolene til den væsentligt lempeligere retsafgift.

³⁴³ Revsbech, m.fl., (2016), s. 361-362

³⁴⁴ Blume, (2016), s. 92

³⁴⁵ Gomard, (2020), s. 36

³⁴⁶ Revsbech, m.fl., (2016), s. 406-407

³⁴⁷ RAL

Hertil erindres, at udbud er faktisk forvaltningsvirksomhed.³⁴⁸ Af noterne til RAL i Karnov fremgår: *‘Sager om prøvelse af myndighedsudøvelse omfatter bl.a. sager om prøvelse af forvaltningsmyndigheders afgørelser samt sager om prøvelse af forvaltningsmyndigheds faktiske handlinger, hvor der er foretaget et indgreb i borgernes eller virksomhedernes forhold [...]’*.³⁴⁹ På denne baggrund vurderes faktisk forvaltningsvirksomhed også omfattet af bestemmelsen, og dermed også klager vedrørende konkrete udbud af eksempelvis en forbigået tilbudsgiver. Dette ses ligeledes fastslået i dommen U.2014.3307.Ø, der vedrørte Forsvarets indkøb af maritime/skibsbaserede helikoptere.

I dommen anlagde en forbigået tilbudsgiver sag an mod Forsvarets Materieltjeneste om brud på de udbudsretlige regler, og påstod i denne forbindelse, at retsafgiften skulle fastsættes ud fra reglen om myndighedsudøvelse. Det var Landsrettens vurdering, at sagen vedrørte prøvelse af myndighedsudøvelse, og retten slog derfor fast, at retsafgiften i sagen skulle fastsættes efter bestemmelsen om myndighedsudøvelse i RAL.

Det kan på denne baggrund fastslås, at en klager ville skulle betale kr. 1.500 plus kr. 3.000 i retsafgifter for behandling af sagen hos domstolene, hvis sagen vedrører myndighedsudøvelse.

Sager der afgøres hos domstolene afgøres efter det såkaldte forhandlingsprincip, hvorefter det er parternes påstande og anbringender, som danner rammen for retssagen.³⁵⁰ Retten kan efter dette princip ikke af egen drift inddrage andet processtof end parterne har inddraget.³⁵¹ Derudover kan retten ikke tilkende en part mere end han har påstået, jf. RPL § 338.

Domstolenes prøvelse ender med et domsresultat, som også kaldes domstolens reaktion.³⁵² Reaktionen kan være forskellig afhængig af sagen.³⁵³ Når domstolene skal afgøre en sag, sker det som udgangspunkt ved en dom, kendelse eller beslutning.³⁵⁴

³⁴⁸ Se afsnit 4.3

³⁴⁹ RAL, note 15

³⁵⁰ Revsbech, m.fl., (2016), s. 383

³⁵¹ Bang-Pedersen, (2020), s. 109

³⁵² Revsbech, m.fl., (2016), s. 431

³⁵³ Ibid.

³⁵⁴ Andersen, (1993), s. 229

Når domstolen træffer afgørelse i en sag, sker det som hovedregel ved en dom.³⁵⁵ En dom vil typisk være en anerkendelsesdom eller fuldbyrdelsesdom eller en kombination af disse.³⁵⁶ En anerkendelsesdom går ud på at sagsøgte skal anerkende, at sagsøger er berettiget til noget bestemt.³⁵⁷ En fuldbyrdelsesdom skal skabe grundlag for tvangsfuldbyrdelse og indebærer, at den ene part skal foretage en eller flere opfyldelseshandlinger.³⁵⁸ En kombination af begge kan dog forekomme, eksempelvis i de tilfælde, hvor domstolene dømmer sagsøgte til at anerkende noget bestemt, og samtidig dømmer sagsøgte til at betale erstatning.³⁵⁹

Afgørelser der derimod træffes under en sags behandling, vil være en kendelse eller beslutning.³⁶⁰ Eksempler herpå kan være afvisning af en sag på grund af en formalitetsmangel uden at domstolen har taget stilling til sagen, eller henvisning til en anden domstol ved mangel på stedlig eller saglig kompetence.³⁶¹

8.2 Klagenævnet for Udbud

I dansk ret er der oprettet en række administrative nævn, som i første instans tager stilling til en række retstvister, som domstolene ellers skulle have varetaget.³⁶² Klagenævnet er et administrativt nævn, hvoraf følger, at det skal overholde de forvaltningsretlige regler, når det træffer afgørelser og i sin sagsbehandling.³⁶³

Selvom Klagenævnet er et administrativt nævn, er det dog også bundet af forhandlingsprincippet, ligesom domstolene, da princippet er indført i KNL. Princippet ses i KNL § 10, stk. 1, hvoraf fremgår, at Klagenævnet ikke kan tilkende en part mere end denne har påstået, og heller ikke kan tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende

³⁵⁵ Ibid.

³⁵⁶ Ibid., s. 232-233

³⁵⁷ Gomard, (2020), s. 398

³⁵⁸ Ibid.

³⁵⁹ Andersen, (1993), s. 233

³⁶⁰ Gomard, (2020), s. 641

³⁶¹ Ibid.

³⁶² Christensen, m.fl., (2020), s. 272

³⁶³ Hamer, (2021), s. 775

af denne. Det skal i denne forbindelse tilføjes, at Klagenævnet, ligesom domstolene, ikke har kompetence til at tage sager op af egen drift.³⁶⁴

Klagenævnet består af et formandskab bestående af en formand og en række næstformænd som er dommere, jf. KNL § 9, stk. 1 og 2. Ud over dette består Klagenævnet af et antal sagkyndige medlemmer, som har kendskab til blandt andet bygge - og anlægsvirksomhed, offentlig indkøbsvirksomhed eller har juridisk sagkundskab, jf. KNL § 9, stk. 1 og 2.

Afgørelser truffet af Klagenævnet kan ikke indbringes for andre end domstolene, andre administrative myndigheder er således udelukkede fra at tage stilling til afgørelserne.³⁶⁵ Som beskrevet ovenfor har klagere som udgangspunkt frit valg mellem at anlægge en sag hos domstolene eller hos Klagenævnet. Hertil gælder dog en undtagelse i KNL § 5, stk. 1, hvorefter klager indgivet i standstill-perioden skal indgives til Klagenævnet, og først kan indbringes for domstolene efter Klagenævnet har truffet afgørelse i sagen. Lovgivers begrundelse for dette beror på effektivitetshensyn, idet det ikke ville være hensigtsmæssigt, at samtlige landets domstole ikke skal kunne håndtere kontrolindklagenes regler om automatisk opsættende virkning.³⁶⁶

Der kan dog i denne forbindelse stilles spørgsmålstejn ved om dette er hensigtsmæssigt. I de tilfælde, hvor en forbigået tilbudsgiver eller ansøger allerede ved sagsanlægget ved, at sagen vedrører en problemstilling på det forvaltningsretlige område, herunder brud på principperne, vil det være uhensigtsmæssigt at klageren er tvunget til først at anlægge sagen ved Klagenævnet, velvidende de afviser den, og den burde gå til Ankestyrelsen i stedet. I de tilfælde, hvor en forbigået tilbudsgiver eller ansøger allerede ved sagsanlægget ved, at sagen vedrører en udbudsretlig og en forvaltningsretlig problemstilling synes det ligeledes uhensigtsmæssigt, at klageren er tvunget til først at anlægge sagen ved Klagenævnet velvidende Klagenævnet kun kan tage stilling til den ene del af klagen, hvor sagen i stedet burde være gået til domstolene, da de er de eneste der har kompetence til at efterprøve begge problemstillinger.

Når der anlægges en sag ved Klagenævnet, skal der betales sagsomkostninger i form af et gebyr, som er fastlagt i Klagenævnsbekendtgørelsen. Beløbet er kr. 20.000 hvis

³⁶⁴ Ibid., s. 777-778

³⁶⁵ Ibid., s. 775

³⁶⁶ L110, 2010, s. 7

klagen omhandler overtrædelse af UBL afsnit I-III, som vedrører de generelle bestemmelser, offentlige indkøb over tærskelværdierne og light-regimet, jf. Klagenævnsbekendtgørelsens § 5, stk. 4, nr. 1. Derudover gælder gebyret på kr. 20.000 også for sager vedrørende overholdelsen af de øvrige direktiver, altså forsyningsvirksomhedsdirektivet, forsvars- og sikkerhedsdirektivet, samt koncessionsdirektivet. For øvrige klager omfattet af nævnets kompetence er gebyret fastsat til kr. 10.000, jf. Klagenævnsbekendtgørelsens § 5, stk. 3.

Klagenævnets kompetencer er hovedsagelig fastsat i KNL § 1. Af bestemmelsen fremgår, at Klagenævnet har kompetencer til at behandle klager over overtrædelse af UBL, samt regler der er udstedt i medfør af loven med undtagelse af UBL §§ 1 og 193, jf. KNL § 1, stk. 2, nr. 1 og stk. 4. Derudover har nævnet kompetence til at behandle klager over overtrædelse af EU-udbudsreglerne samt tilbudsloven, jf. KNL § 1, stk. 2, nr. 2 og 3. Klagenævnet har ligeledes kompetence når der er lovbestemt klageadgang til nævnet, jf. KNL § 1, stk. 3.

På denne baggrund ses blandt andet, at Klagenævnet ikke tager stilling til om ordregivere, i indkøb under tærskelværdierne har overholdt de forvaltningsretlige principper, idet disse fremgår af UBL § 193. Spørgsmålet bliver dog, om Klagenævnet har kompetence til at tage stilling til, hvorvidt de ordregivere, som er en del af den offentlige forvaltning, har overholdt de forvaltningsretlige principper i deres indkøb generelt set.

8.2.1 Klagenævnet for Udbud og de forvaltningsretlige principper

Spørgsmålet om, hvorvidt Klagenævnet har kompetence til at tage stilling til de forvaltningsretlige principper, har Klagenævnet haft mulighed for at tage stilling til i flere sager. Først kan nævnes kendelsen af 10. januar 2012, *Tandlæge Anne Lise Groth m.fl. mod Frederikshavn Kommune*. I sagen havde Frederikshavn Kommune på sin hjemmeside annonceret en tilbudsindhentning vedrørende en ydelse om børne- og ungetandpleje.³⁶⁷ Kommunen havde indsat et minimumskrav ved tilbudsindhentningen, som efter kommunens opfattelse skulle sikre et tilstrækkeligt erfaringsgrundlag ved behandlingen af børn og unge, som skulle modsvare den nuværende kommunale tandpleje.³⁶⁸

³⁶⁷ Kendelse af 10.01.12, s. 1

³⁶⁸ Ibid., s. 2

Tandlægerne Anne Lise Goth, Erik Jensen og Jens Vollbrecht klagede over Frederikshavn Kommunes annonce.³⁶⁹ Klagerne påstod blandt andet, at indklagede havde handlet i strid med det forvaltningsretlige princip om saglig forvaltning ved i udbudsbetingelsernes pkt. 4.2 at fastsætte et minimumskrav, om at den privatpraktiserende tandlægepraksis af tandlægefaglige grunde skulle have et patientgrundlag på minimum 300 patienter i aldersgruppen 3-18 år, som sikrede grundlaget for den nødvendige kvalitetsudvikling.³⁷⁰

Ud over princippet om saglig forvaltning påstod klagerne ligeledes, at indklagede havde handlet i strid med almindelige licitations - og udbudsregler, herunder EU-traktatens princippet om ligebehandling og ikke-diskrimination.³⁷¹

Frederikshavn Kommune havde nedlagt påstand om principalt afvisning, subsidiært, at klagen ikke skulle tages til følge, og havde herunder blandt andet gjort gældende, at Klagenævnet ikke havde kompetence til at tage stilling til overholdelse af almindelige forvaltningsretlige principper.³⁷²

I forbindelse med det EU-retlige princip om ligebehandling bemærkede Klagenævnet, at for så vidt princippet fandt anvendelse, og hvad angik ligebehandlingsprincippet i tilbudsloven, havde ordregiveren som indklagede, et vidt skøn med hensyn til, hvilke kvalitative minimumskrav der ønskes stillet ved annonceringen eller udbud af en given ydelse.³⁷³ Efter Klagenævnets vurdering tjente, det af indklagede stillede minimumskrav, et sagligt formål om at sikre fornøden erfaring i behandling af børn og unge, og var dermed ikke uproportionalt og der var heller ikke grundlag for at antage at indklagede havde overskredet rammerne for skønnet over, hvilke kvalitative krav der ønskes stillet.³⁷⁴ Klagenævnet vurderede dog, at det EU-retlige lighedsprincip ikke fandt anvendelse i den konkrete sag.³⁷⁵

³⁶⁹ Ibid., s. 1

³⁷⁰ Ibid., s. 2

³⁷¹ Ibid.

³⁷² Ibid., s. 2-3

³⁷³ Ibid., s. 5

³⁷⁴ Ibid.

³⁷⁵ Ibid.

Klagenævnet konkluderede ligeledes, at dets kompetence ikke omfatter overholdelse af almindelige forvaltningsretlige principper, og at sådanne principper ikke i en sammenhæng som nærværende kan antages at føre til andre og mere vidtgående resultater, end hvad der følger af de udbudsretlige principper om blandt andet ligebehandling.³⁷⁶

Det ses af ovenstående, at Klagenævnet ikke har kompetence til at tage stilling til de forvaltningsretlige principper, men det ses samtidig, at det efter nævnets opfattelse heller ingen betydning har, så længe de udbudsretlige principper er overholdt, da det efter dennes vurdering ikke vil føre til andre og mere vidtgående resultater, i hvert fald for så vidt angår ligebehandlingsprincippet.

En anden sag, hvor Klagenævnet skulle tage stilling til sin kompetence, var i kendelsen af 28. maj 2018, *Danske Slagtermestre som mandatar for Gert Nielsen A/S mod Høje-Taastrup Kommune*. I sagen udbød Høje-Taastrup kommune, som offentligt udbud efter UBL en rammeaftale om levering af fødevarer til kommunen ved en udbudsbekendtgørelse.³⁷⁷ Kommunen havde konsolideret sit indkøb af fødevarer ved brug af én leverandør til alle kommunens institutioner mv. ved sit udbud i 2014, og havde ved genudbuddet i 2018 ikke genovervejet muligheden for at opdele kontrakten i delkontrakter.³⁷⁸ Kommunen havde ved udbuddet i 2014 lavet en vurdering, hvor der blandt andet blev lagt vægt på forenkling af logistikkæden fra bestilling til betaling og den efterfølgende interne kontrol med brug af rammeaftaler, for at formindske leveringsomkostninger samt at begrænse miljøbelastningen fra transport ved levering, hvorfor kommunen vurderede det skulle udbydes som én aftale.³⁷⁹ Kommunen mente det var de samme hensyn der fortsat var gældende i 2018, og genovervejede derfor ikke muligheden for delkontrakter, og der forelå heller ingen formel dokumentation for overvejelserne.³⁸⁰

Danske Slagtermestre som mandatar for Gert Nielsen A/S klagede.³⁸¹ Klager gjorde blandt andet gældende, at det har formodningen imod sig, at beslutningen om at benytte

³⁷⁶ Ibid.

³⁷⁷ Kendelse af 28.05.18, s. 1

³⁷⁸ Ibid., s. 5

³⁷⁹ Ibid.

³⁸⁰ Ibid.

³⁸¹ Ibid., s. 1

én totalleverandør var truffet på et sagligt grundlag, da kommunen afviste at udlevere akter der understøttede beslutningen.³⁸² Derudover gjorde klager ligeledes gældende, at kommunen havde tilsidesat det pligtmæssige skøn ved vurderingen af om kommunen kunne benytte delkontrakter frem for en totalkontrakt, samt at kommunen blot pegede på det almindelige i at udbyde en samlet kontrakt, og at beslutningen om anvendelse af en totalkontrakt derfor måtte anses for at være i strid med forbuddet mod skøn under regel.³⁸³

Derudover havde klager nedlagt påstand om at kommunen havde handlet i strid med ligebehandlings - og gennemsigtighedsprincippet i UBL § 2 ved ikke på sagligt grundlag at oplyse om baggrunden for ikke at udbyde særskilte delkontrakter, jf. UBL § 49, stk. 2.³⁸⁴

I forhold til klagers påstand vedrørende skøn under regel, udtalte Klagenævnet, at nævnet, jf. KNL § 1 alene har kompetence til at tage stilling til om udbudsretlige regler i UBL og EU-retten er overholdt, men derimod ikke kompetence til at tage stilling til om generelle danske forvaltningsretlige principper, herunder forbuddet mod “skøn under regel”, er tilsidesat.³⁸⁵

I forhold til den manglende begrundelse var det Klagenævnets vurdering, at kommunen fremkom med svar til klagers spørgsmål under udbuddet med en begrundelse, som en supplerende oplysning, jf. UBL § 134, hvorfor kommunen efter Klagenævnets vurdering havde opfyldt begrundelseskravet, jf. UBL § 49, stk. 2.³⁸⁶

Det ses hermed, at der i ovenstående sag ses at være både en udbudsretlig og en forvaltningsretlig problemstilling. Det er dog kun den udbudsretlige som behandles. Der kan i denne forbindelse stilles spørgsmålstegn ved om sagen ville have haft samme udfald, hvis problemstillingen vedrørende skøn under regel også var blevet prøvet. Det kan dog sammenfattende konkluderes, at Klagenævnet ikke tager stilling til forvaltningsretlige spørgsmål, herunder overholdelsen af de forvaltningsretlige principper.

³⁸² Ibid., s. 7

³⁸³ Ibid.

³⁸⁴ Ibid., s. 2

³⁸⁵ Ibid., s. 17-18

³⁸⁶ Ibid., s. 20

8.2.2 Reaktionsmuligheder for Klagenævnet for Udbud

I KNL er Klagenævnet tillagt forskellige reaktionsmuligheder ved overtrædelse af udbudsreglerne. Disse står skrevet i KNL kapitel 5. Klagenævnet kan først og fremmest afgøre, hvorvidt en klage skal have opsættende virkning, jf. KNL § 12. I tilfælde, hvor en ordregiver har overtrådt UBL eller EU-udbudsreglerne, kan Klagenævnet enten suspendere ordregiverens udbudsprocedure eller beslutninger i forbindelse med udbudsforretningen, jf. KNL § 13, stk. 1, nr. 1, annullere en ordregivers ulovlige beslutninger eller udbudsforretning, jf. KNL § 13, stk. 1, nr. 2, udstede påbud om lovgiggørelse af udbudsproceduren eller beslutningerne, jf. KNL § 13, stk. 1, nr. 3 eller pålægge en ordregiver en økonomisk sanktion, jf. KNL § 13, stk. 1, nr. 4. Derudover kan Klagenævnet pålægge ordregiveren at betale erstatning til klageren for tab, som følge af brud på udbudsreglerne, jf. KNL § 14, stk. 1. Klagenævnet har ligeledes kompetence til at erklære en kontrakt for uden virkning, jf. KNL §§ 16-18. Sidst kan nævnes, at Klagenævnet også har mulighed for at udstede bøder til en ordregiver, jf. KNL §§ 20-21.

8.3 Ankestyrelsen

Tilsynet med kommunerne varetages af Ankestyrelsen, jf. KST § 47, stk. 1. Ankestyrelsen består af ca. 600 medarbejdere, hvoraf hovedparten er jurister.³⁸⁷ De øvrige medarbejdere er blandt andet kontoruddannede, samfundsvidenskabelige akademikere eller kommunikationsuddannede.³⁸⁸

Ankestyrelsen fører tilsyn med at kommunerne overholder lovgivningen der særligt gælder for offentlige myndigheder, jf. KST § 48, stk. 1. Lovgivning skal dog forstås bredt, idet også uskreven ret er omfattet af Ankestyrelsens kompetence.³⁸⁹ Spørgsmålet bliver dog i denne henseende, hvordan formuleringen '*der særligt gælder for offentlige myndigheder*' skal tolkes, for at få fastlagt, hvorvidt udbudsreglerne ville kunne være lovgivning omfattet af Ankestyrelsens kompetence efter KST § 48, stk. 1.

Som argument for at udbudsreglerne er omfattet af bestemmelsen, kan anføres, at udbudsreglerne gælder for en meget stor andel af forvaltningsretlige aktører, som

³⁸⁷ *Ankestyrelsen som arbejdsplads*

³⁸⁸ *Jobopslag*

³⁸⁹ Revsbech, m.fl., (2017), s. 93

beskrevet i afsnit 4.5. De udbudsretlige og forvaltningsretlige aktører er dog ikke fuldstændig sammenfaldende, men en meget stor andel må antages at være.³⁹⁰ Dette kunne tyde på, at udbudsreglerne godt ville kunne tolkes til særligt at gælde for offentlige myndigheder.

Imod taler dog, at der er oprettet et særligt klagenævn til at påkende spørgsmål om udbudsreglerne, altså Klagenævnet, hvorved alle sager, som Klagenævnet kan påkende vil falde uden for Ankestyrelsens kompetence, jf. KST § 48, stk. 3. Derudover kan tilføjes, at lovgivning, som gælder ensartet for både offentlige myndigheder og private falder uden for tilsynsmyndighedens kompetence.³⁹¹ Som beskrevet i afsnit 4.5 kan offentlige organer oprettet på privatretligt grundlag i selskabsform være omfattet af udbudsreglerne, men derimod ikke være en del af den offentlige forvaltning. Således ses udbudsreglerne at gælde for nogle private aktører, som selskaber må betegnes at være, uanset ejerskab, hvilket undtager udbudsreglerne Ankestyrelsens kompetenceområde. I Klagenævnets kompetence er blandt andet UBL §§ 1 og 193, som nævnt, undtaget. Det fremgår dog af forarbejderne til § 1, at der ikke kan støttes ret på den.³⁹² Det kan derfor tilføjes, at det formentlig alene ville være klager over overtrædelse af UBL § 193, som ville kunne klages til Ankestyrelsen, idet Klagenævnet har kompetence på de resterende sager vedrørende overtrædelser af udbudsreglerne. Idet udbudsreglerne må vurderes at ligge uden for Ankestyrelsens kompetence, jf. KST § 48, stk. 1, kan konkluderes, at sager vedrørende overtrædelse af UBL § 193 således alene kan anlægges hos domstolene.

Tilsynet omfatter al virksomhed i kommunerne der udøves af kommunalbestyrelsen eller på vegne af kommunalbestyrelsen, herunder faktisk forvaltningsvirksomhed.³⁹³ Der er ikke mulighed for at klage direkte til Ankestyrelsen, idet en sag ved Ankestyrelsen rejses ved egen drift (ex officio).³⁹⁴ Ankestyrelsen beslutter selv om der er tilstrækkelig anledning til at rejse en tilsynssag, jf. KST § 48 a. Det kan i denne forbindelse tilføjes, at Indenrigs- og Boligministeriet kan pålægge Ankestyrelsen at tage en sag op til behandling, jf. KST § 54.

³⁹⁰ Se afsnit 4.5

³⁹¹ Revsbech, m.fl., (2017), s. 95

³⁹² L19, 2015, s. 56

³⁹³ Revsbech, m.fl., (2017), s. 92

³⁹⁴ Ibid., s. 99

Det koster ikke noget at få Ankestyrelsen til at behandle en klage.³⁹⁵ Ankestyrelsen er ligesom Klagenævnet en del af forvaltningen, og dermed bundet af de forvaltningsretlige regler i deres sagsbehandling. Ankestyrelsen er i sin tilsynsvirksomhed bundet af officialprincippet, og er dermed forpligtet til at fremskaffe de oplysninger der er nødvendige for behandling af en sag.³⁹⁶

Herudover har Ankestyrelsen mulighed for at udtale sig vejledende om lovligheden af kommunale dispositioner eller undladelser, jf. KST § 50. I denne forbindelse kan Ankestyrelsen udtale sig om forståelsen af de kommunalretlige regler eller indholdet af gældende ret, hvor andre myndigheder ikke er nærmere hertil.³⁹⁷ Ankestyrelsen har mulighed for at afgive en vejledende udtalelse enten før eller efter at kommunen foretager en disposition.³⁹⁸ Her har Ankestyrelsen mulighed for at opfordre kommunen til at genoptage en sag eller lave konstaterede pålæg, hvor Ankestyrelsen beskriver, hvad de mener kommunen har pligt til at gøre.³⁹⁹ Kommunen har ikke pligt til at følge sådanne hjemvisninger og pålæg, men disse kan danne grundlag for en senere sanktion mod den pågældende kommune, hvorfor kommunen oftest vil rette sig efter udtalelserne.⁴⁰⁰

Ankestyrelsens sanktionsbeføjelser er opregnet i KST §§ 50a - 50d. Ankestyrelsen har mulighed for at annullere en beslutning fra kommunalbestyrelsen, som strider mod lovgivningen, jf. KST § 50a, stk. 1. Ankestyrelsen har efter samme bestemmelse mulighed for midlertidigt at suspendere en beslutning truffet af kommunalbestyrelsen indtil Ankestyrelsen har truffet afgørelse. Bestemmelsen giver ikke Ankestyrelsen mulighed for at erstatte beslutningen med sin egen eller ændre beslutningen.⁴⁰¹ Ankestyrelsen har derudover også mulighed for at udstede tvangsbøder i medfør af KST § 50b, stk. 1. I tilfælde af at en kommune har lidt et tab på grund af et eller flere kommunalbestyrelsesmedlemmer, har Ankestyrelsen mulighed for at pålægge den eller de ansvarlige et erstatningsansvar, jf. KST § 50c, stk. 1. Ankestyrelsen kan dog frafalde sagsanlægget,

³⁹⁵ *Spørgsmål og svar om klager*

³⁹⁶ Revsbech, m.fl., (2017), s. 100

³⁹⁷ Ibid., s. 107

³⁹⁸ Thomsen, m.fl., (2010), s. 428

³⁹⁹ Revsbech, m.fl., (2017), s. 107

⁴⁰⁰ Ibid., s. 107-108

⁴⁰¹ Ibid., s. 109

hvis de eller den ansvarlige betaler et nærmere angivet beløb inden en fastsat frist til kommunen, jf. KST § 50d. Ankestyrelsen har herudover mulighed for at anlægge et anerkendelsessøgsmål mod en kommune, hvis en kommune har truffet en beslutning der strider mod lovgivningen, eller hvis kommunen har undladt at udføre en beslutning, som den efter lovgivningen har pligt til at udføre eller hvis beslutning Ankestyrelsen har sat ud af kraft eller midlertidig suspenderet, jf. KST § 51.

Ankestyrelsens afgørelser kan som udgangspunkt ikke indbringes for andre administrative myndigheder.⁴⁰² Afgørelserne kan dog indbringes for Indenrigsministeriet, jf. KST § 52, stk. 1 og stk. 2, eller for domstolene, jf. Grundlovens § 63.

8.4 Indenrigs- og Boligministeriet

Økonomi - og Indenrigsministeriet, det nuværende Indenrigs - og Boligministerium, har det overordnede tilsyn med kommunerne, jf. KST kap VII.

Indenrigs - og Boligministeriet har kompetence til at udtale vejledende om kommunale dispositioner eller udtalelser, jf. KST § 63a. Det fremgår dog af bemærkningerne til loven, at ministeriet skal være opmærksomt på inhabilitet, da en sag senere kan indbringes for ministeriet, og derfor kan ministeriet kun afgive generel abstrakt vejledning.⁴⁰³ Dette ses ligeledes i sagen vedrørende Tønder Kommunes påtænkte indkøb af ladestanderne, hvor kommunen bad Social- og Indenrigsministeriet afklare spørgsmålet om ladestanderne. I den forbindelse udtalte ministeriet indledningsvist, at de ikke kunne udtale sig konkret om den påtænkte disposition, men kun kunne udtale sig generelt vejledende om de retlige rammer for kommuners mulighed for at etablere ladestanderne.⁴⁰⁴

Hvis sagen derimod er påklaget til ministeriet eller den er taget op af egen drift, kan ministeriet ligeledes afgive en vejledende udtalelse, hvor denne dog kan vedrøre den konkrete sag, jf. KST § 53, stk. 2. Indenrigs - og boligministeriet har ikke instruktionsbeføjelse over for Ankestyrelsen, jf. KST § 47, stk. 2.

Ministeriet fungerer som rekursmyndighed for Ankestyrelsen, idet Ankestyrelsens afgørelser kan indbringes for ministeriet, jf. KST § 52, stk. 1 og stk. 2. Ministeriet har fuld prøvelsesret i klagesager, hvilket betyder, at ministeren kan prøve lovligheden af

⁴⁰² Bkg nr. 992, § 31, stk. 2

⁴⁰³ L188, 2003, pkt. 5.3.5.

⁴⁰⁴ Sagsnr. 2020-7785, s. 1

den anvendte reaktion, rimeligheden af et skøn i en godkendelsessag, samt om den anvendte sanktion er nødvendig. Derudover har ministeriet kompetence til at tage sager op af egen drift, hvis ministeriet skønner at sagen er af principiel eller generel betydning eller har alvorlig karakter, jf. KST § 52, stk. 3.

Hos Indenrigs- og boligministeriet er der ikke lavet regler for gebyr i forbindelse med behandling af klagesager. Dette ses ved, at der ikke er lavet særskilte regler herfor, som tilfældet er ved domstolene og Klagenævnet.

Indenrigs- og boligministeriets reaktionsmuligheder er enten stadfæstelse, ophævelse eller ændring af Ankestyrelsens afgørelse, samt at pålægge Ankestyrelsen at tage sagen op til ny behandling, jf. KST § 52, stk. 4. Herudover har ministeriet mulighed for at anlægge et anerkendelsessøgsmål eller pålægge Ankestyrelsen at anlægge et anerkendelsessøgsmål, jf. KST § 52, stk. 4, sidste pkt.

Indenrigs- og boligministeriet kan ud over beføjelserne KST §§ 52 og 53 også tage sager op af egen drift, som omhandler lovligheden af Ankestyrelsens dispositioner eller undladelser, hvis ministeriet skønner at sagen er af principiel eller generel betydning eller har alvorlig karakter, jf. KST § 53a, stk. 1. I disse tilfælde kan ministeriet reagere ved enten at komme med en udtalelse vedrørende Ankestyrelsens dispositioner eller undladelser og stadfæste, ophæve, hjemvise eller ændre en beslutning truffet af Ankestyrelsen, jf. KST § 53a, stk. 2.

Ministeriet kan i henhold til § 54 pålægge Ankestyrelsen at tage en sag op til behandling efter §§ 50-50d. Bestemmelsen kan finde anvendelse i tilfælde, hvor Ankestyrelsen har besluttet ikke at behandle en sag, jf. KST § 48 a. På denne måde er bestemmelsen med til at sikre at Ankestyrelsen behandler en sag.⁴⁰⁵

Indenrigsministeriet er øverste tilsynsmyndighed, og dennes afgørelser kan derfor alene indbringes for domstolene, jf. Grundlovens § 63.

8.5 EU-Domstolen

EU-Domstolen er en af institutionerne i EU-samarbejdet, og har til opgave, at sikre en ensartet tolkning af EU-retten i hele EU.⁴⁰⁶ EU-Domstolen er suppleret af Retten, som

⁴⁰⁵Revsbech, m.fl., (2017), s. 153

⁴⁰⁶ Daniel, m.fl., (2011), s. 39

træffer afgørelse i første instans, som kan ankes til EU-Domstolen.⁴⁰⁷ Heraf følger, at EU-Domstolen ikke har kompetence til at tage stilling til den danske forvaltningsret, idet denne er national, herunder også de danske forvaltningsretlige principper.

I forhold til de udbudsretlige sager, følger af ovenstående, at EU-Domstolen ikke har til opgave at træffe afgørelse i alle konkrete sager, da domstolens opgave er at sikre ensartet tolkning af EU-retten. Det vil således kun tilkomme domstolen at tage stilling til sager af principiel karakter, hvor det er tolkningen af EU-retlige regler der er problemstillingen i sagen, og ikke sager, hvor det konkrete tvister vedrørende sagens faktum.

Direktiv 2007/66/EF fastsætter en række regler for klageprocedurer i udbudssager. Målene med direktivet er at forbedre effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelsen af offentlige kontrakter efter udbudsdirektivet.⁴⁰⁸ Som følge heraf blev KNL vedtaget i Danmark, for at sikre overholdelse af direktivet, samt sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne.⁴⁰⁹ Heraf følger, at Klagenævnet er etableret som klagenational instans vedrørende udbudsreglerne. Det vil derfor ikke være oplagt for en forbi-gået tilbudsgiver at indgive sin klage på EU-plan. Hertil kommer, at det vil tage uforholdsmæssigt lang tid at få en sag til EU-Domstolen, idet Kommissionens vurdering af hvorvidt der overhovedet kan indledes en sag kan tage op til 12 måneder.⁴¹⁰ Dette vil ikke være hensigtsmæssigt for sager, der ikke er af principiel karakter.

På baggrund af ovenstående kan konkluderes, at EU-Domstolen ikke kan agere instans for almindelige klager i udbudssager, da Klagenævnet er nærmest hertil. Hertil kommer, at EU-Domstolen ikke kan efterprøve overholdelsen af de forvaltningsretlige principper.

8.6 *Madhus-sagen*

Det ses ovenfor skitseret, hvorledes de forskellige klageorganer fungerer. Organernes funktioner, deres kompetencer samt rekurs-/ ankemuligheder kan give anledning til undren. Der kan både opstå forvaltningsretlige, kommunalretlige og udbudsretlige problemstillinger i udbudssager. Spørgsmålet bliver i denne henseende, hvilket organ en

⁴⁰⁷ Ibid.

⁴⁰⁸ Direktiv 2007/66/EF, præambelbetragtning 34

⁴⁰⁹ L110, 2010, s. 6

⁴¹⁰ *Hvad gør Europa-Kommissionen med din klage?*

klager så kan henvende sig til. Det er derfor vigtigt som klager først at forholde sig til præcis, hvilket sagsområde ens klage vedrører.

Problemstillingen vedrørende de forskellige organernes kompetencer ses især i kendelse af d. 22. marts 2018, *Det Danske Madhus A/S mod Norddjurs Kommune*.

Sagen omhandlede Norddjurs Kommune, som besluttede sig for at deres madservice for nogle af kommunes borgere skulle udføres i et tværkommunalt samarbejde med Randers Kommune.⁴¹¹ Samarbejdsaftalen indebar blandt andet, at Randers Kommune skulle producere maden, og at Randers og Norddjurs Kommune selv var ansvarlige for biler og udbringning.⁴¹² Randers Kommune havde derudover også det driftsmæssige ansvar for samarbejdet.⁴¹³

Det Danske Madhus A/S klagede over, at aftalen var indgået uden udbud, og at der var handlet i strid med UBL § 187.⁴¹⁴ Norddjurs Kommune gjorde gældende, at aftalen var undtaget udbudspligt efter UBL § 15 om horisontale aftaler.⁴¹⁵

Klagenævnet vurderede, at ydelsen var af almen interesse og at betingelserne i UBL § 15, nr. 2 og 3 var opfyldt.⁴¹⁶ UBL § 15, nr. 3 ses opfyldt, idet Klagenævnet vurderede, at ydelsen var en udvidet in-house-ydelse, som ikke leveredes på det åbne marked, hvorfor grænsen på 20 % på det åbne marked ikke var overskredet.⁴¹⁷ Det skulle næst vurderes, hvorvidt der var tale om et reelt samarbejde mellem de to kommuner, jf. UBL § 15, nr. 1.⁴¹⁸

Klagenævnet bemærkede, at Randers Kommune utvivlsomt havde hovedydelsen i form af madproduktion, men at Norddjurs Kommune også havde andre bidrag til samarbejdet end betaling for madproduktionen.⁴¹⁹ Norddjurs kommune bidrog med koordineringen samt udviklingen af madtilbuddet, fastsættelse af kvalitetskrav, udarbejdelse af fælles information til borgere og medarbejdere, erfaringsopsamling, økonomiske

⁴¹¹ Kendelse af 22.03.18, s. 1

⁴¹² Ibid., s. 6

⁴¹³ Ibid., s. 7

⁴¹⁴ Ibid., s. 1-2

⁴¹⁵ Ibid., s. 28-29

⁴¹⁶ Ibid., s. 48

⁴¹⁷ Ibid., s. 49

⁴¹⁸ Ibid., s. 48

⁴¹⁹ Ibid., s. 49

drøftelser, fastlæggelse af arbejds gange, samt en gensidig forpligtelse til at stille kølebi-
ler til rådighed for hinanden.⁴²⁰ Klagenævnet vurderede derfor, at Norddjurs Kommune
havde påtaget sig forpligtelser der lå ud over den rene betaling, hvorved betingelsen i
UBL § 15, nr. 1 også var opfyldt.⁴²¹ Klagenævnet tog derfor ikke Det Danske Madhus’
klage til følge.⁴²²

Efterfølgende blev lovligheden af kommunernes samarbejde vurderet ved Ankesty-
relsen d. 25. oktober 2018, hvor Ankestyrelsen først og fremmest slog fast, at kommu-
ners samarbejde om produktion og levering af mad til hjemmeboende borgere, ikke var
reguleret i den skrevne lovgivning.⁴²³ Det var derfor Ankestyrelsens vurdering, at
spørgsmålet skulle afgøres efter kommunalfuldmagtsreglerne.⁴²⁴

Ankestyrelsen redegjorde i denne forbindelse for forbuddet mod erhvervsvirksomhed
og undtagelsen om produktion af varer og tjenesteydelser til eget brug.⁴²⁵ En kommunes
tilberedning og levering af mad til hjemmeboende borgere i kommunen, var efter Anke-
styrelsens vurdering, omfattet af undtagelsen om produktion til eget brug.⁴²⁶

Hertil bemærkede Ankestyrelsen, at en kommune i udgangspunktet har frie rammer
med hensyn til, hvorledes den ønsker at organisere opgaven, og at produktion til eget
brug ikke nødvendigvis skal udføres af kommunen selv, men kan indgås som samar-
bejde mellem flere kommuner, som i fællesskab producerer varer og tjenesteydelser
som de alle benytter sig af.⁴²⁷ På baggrund heraf var det Ankestyrelsens vurdering, at
samarbejdsaftalen mellem Norddjurs - og Randers Kommune var lovlige kommunale
opgaver.⁴²⁸ Ankestyrelsen lagde vægt på, at kommunerne ikke producerede og leverede
mad til andre offentlige myndigheder eller til private, men at samarbejdet udelukkende

⁴²⁰ Ibid., s. 48-49

⁴²¹ Ibid., s. 49

⁴²² Ibid., s. 50

⁴²³ Sagsnr. 2018-2492, s. 15

⁴²⁴ Ibid.

⁴²⁵ Se hertil også afsnit 7.5

⁴²⁶ Sagsnr. 2018-2492, s. 15

⁴²⁷ Ibid.

⁴²⁸ Ibid.

bestod af et samarbejde om opgaver, som kommunerne lovligt kunne have varetaget hver for sig.⁴²⁹

Social - og Indenrigsministeriet kom derimod frem til det modsatte, nemlig at der med samarbejdet om madproduktionen mellem de to kommuner var tale om erhvervs-virksomhed.⁴³⁰

I sin vurdering lagde ministeriet vægt på de forhold der ligger til grund for forbuddet mod kommunal erhvervsvirksomhed.⁴³¹ Ministeriet understregede i den forbindelse, at et kommunestyre ikke er opbygget med henblik på at producere og afsætte varer og tjenesteydelser på et marked, men derimod med henblik på varetagelse af fælleskabssopgaver for et lokalsamfund.⁴³² Der skal derfor efter ministeriets opfattelse foreligge tungtvejende hensyn for at forbuddet mod erhvervsvirksomhed kan gennembrydes med hjemmel i kommunalfuldmagtsreglerne.⁴³³

Det var derfor ministeriets vurdering, at der ikke forelå en interesse af en sådan karakter og styrke, at samarbejdet kunne anses for at være lovlig efter kommunalfuldmagtsreglerne.⁴³⁴ Kommunerne havde efter ministeriets opfattelse således ikke hjemmel i lovgivningen til deres samarbejde om madproduktionen.⁴³⁵

8.7 Opsummering

Af ovenstående ses, at sagen endte med at blive vurderet som værende en ulovlig aftale, da kommunerne ikke havde tilstrækkelig hjemmel. Klagen blev indbragt til Klagenævnet d. 3. januar 2018, og blev endeligt afgjort af Indenrigsministeriet d. 31. oktober 2019.⁴³⁶ I perioden fra Klagenævnets afgørelse og indtil udtalelsen fra Indenrigsministeriet, blev aftalen dog anset for lovligt indgået, da Klagenævnet og Ankestyrelsen begge vurderede at aftalen var lovligt indgået. Kontrakten var således påbegyndt og var i gang

⁴²⁹ Ibid., s. 16

⁴³⁰ Ibid., s. 40

⁴³¹ Ibid.

⁴³² Ibid.

⁴³³ Ibid.

⁴³⁴ Ibid., s. 41

⁴³⁵ Ibid.

⁴³⁶ Kendelse af 22.03.18, s. 1-2 og Sagsnr. 2018-2492, s. 1

i en periode, før Indenrigsministeriet kunne komme med en vurdering. Heri kan dog ses flere problemstillinger. Klagenævnet tog ikke stilling til hjemmelsspørgsmålet i kommunalfuldmagten, da dette er et forvaltningsretligt spørgsmål, og dermed uden for Klagenævnets kompetence.⁴³⁷ Derudover vurderede Klagenævnet, at aftalen var lovligt indgået, som af parterne måtte antages, som værende korrekt, i den forstand at sagen så var afgjort.

Der kan dog stilles spørgsmålstejn ved om Klagenævnets afgørelse kan anses for at være materielt korrekt i denne sag, idet Klagenævnet helt har undladt at tage stilling til et meget væsentligt spørgsmål i sagen, nemlig om kommunerne overhovedet havde tilstrækkelig hjemmel til at indgå aftalen. Klagenævnets afgørelse ses således alene at være udbudsretligt korrekt. Hertil kan tilføjes, at sagen alene blev vurderet hos Ankestyrelsen og Indenrigsministeriet, da advokaten for Det Danske Madhus A/S anmodede dem om at tage stilling til spørgsmålet. I denne forbindelse kan der stilles spørgsmålet, om sagen overhovedet var blevet vurderet, hvis ikke advokaten selv havde henvendt sig og spurgt til hjemlen. Er svaret herpå benægtende, så ville en ulovlig aftale kunne have fortsat uden, måske, nogensinde at være blevet opdaget og vurderet.

9 Diskussion af klagemuligheder

Ovenstående kan give anledning til diskussion om, hvorvidt der er tilstrækkeligt med klagemuligheder på områderne.

Som beskrevet i afsnit 4, ses der at være et stort overlap imellem de forvaltningsretlige og de udbudsretlige aktører. På denne baggrund kan argumenteres, at en stor andel af de offentlige indkøb er omfattet af begge regelsæt, og dermed skal vurderes herefter. I og med at de forvaltningsretlige regler regulerer, hvad der må indkøbes, og udbudsreglerne regulerer, hvordan der må indkøbes, synes det åbenlyst, at begge dele skal vurderes, hvis der skal være vished om, hvorvidt hele indkøbet er lovligt. Hvis det der indkøbes er ulovligt, synes det overflødigt, hvorvidt det er foretaget på den rette måde, såvel som hvis det der indkøbes er købt på ulovlig vis, er det overflødigt, hvorvidt selve varen, tjenesteydelsen eller bygge- og anlægsopgaven i sig selv er lovlig. På denne

⁴³⁷ Se hertil afsnit 8.2.1

baggrund må det vurderes, at både indkøbsprocessen og indkøbet i sig selv bør prøves, da der kun ved en sådan praksis kan vurderes den fuldstændige lovlighed af dispositionen.

Dette kunne imødekommes ved, at Ankestyrelsen prøver lovligheden af selve indkøbet og Klagenævnet prøver om indkøbet er foretaget korrekt, således som situationen er nu, jf. afsnit 8.2-8.3. Hvis en part klager til Klagenævnet eller til Ankestyrelsen vedrørende et konkret offentligt indkøb, må parten dog kunne gå ud fra, at den afgørelse det pågældende organ kommer med, er den rigtige. Problemet er dog, at ingen af de to organer prøver hele indkøbet, men kun hver sin del af det. På denne baggrund ses, at parterne ikke nødvendigvis kan regne med den afgørelse de får, fordi enten hjemlen til indkøbet i sig selv, eller proceduren for indkøbet ikke er blevet prøvet, hvilket ikke er en fyldestgørende afgørelse. Heri ses således et retssikkerhedsmæssigt problem og et muligt ressourcspild.

Dette betyder, at en part ikke nødvendigvis får den materielt rigtige afgørelse, idet enten den forvaltningsretlige eller den udbudsretlige del af sagen ikke bliver prøvet. For at imødekomme dette problem, skal en part ud fra nuværende regelsæt anlægge en sag både ved Ankestyrelsen og Klagenævnet. Dette vil koste mange ressourcer for både klager og indklagede. Idet den ene af parterne, i en stor andel af sagerne, vil være en del af den offentlige forvaltning, vil det i sidste ende være skatte kroner der spildes på prøvelsesprocessen.

Det vurderes derfor, at der er behov for et bedre system, hvor hele lovligheden prøves, og hvor parterne i sagen kan være sikre på, at den afgørelse de får, er en fuldstændig prøvelse af sagen, og ikke kun hvad der potentielt er halvdelen af sagen.

Ud over ressourcspildsproblemet vil en sag anlagt ved to instanser med stor sandsynlighed betyde lang sagsbehandlingstid. For så vidt angår udbud, er der behov for effektiv og hurtig prøvelse.⁴³⁸ Hvis der i en konkret sag eksempelvis er både en forvaltningsretlig og en udbudsretlig problemstilling, ville det være nødvendigt at anlægge sagen to steder, navnlig hos Ankestyrelsen og hos Klagenævnet. Allerede her kræves tid og ressourcer til føring af to sager. Hvis der så også klages over afgørelsen fra begge organer, så afgørelsen fra Ankestyrelsen kommer til Indenrigsministeriet, der er

⁴³⁸ L153, 2013, pkt. 1.1

rekursmyndighed, og afgørelsen fra Klagenævnet kommer til domstolene, så er det pludselig tid og ressourcer til hele fire sager. Det må dog antages, at de færreste ville have interesse i et sådant sagsforløb. Det skal i denne forbindelse særligt bemærkes, at små og mellemstore virksomheder vil have særligt begrænsede klagemuligheder, idet det for sådanne virksomheder ikke kan betale sig at betale mange penge for sagsomkostninger, herunder advokatudgifter, da dette formentlig ikke vil kunne stå mål med værdien af de kontrakter de har mulighed for at byde på.

Hvis en part mener der både er en forvaltningsretlig problemstilling og en udbudsretlig problemstilling, vil den pågældende, ud fra de nuværende muligheder, derfor formentlig vælge at gå direkte til domstolene i stedet for, da der på denne måde kan tages stilling til begge problemstillinger samtidig. I denne forbindelse kan der dog stilles spørgsmålstejn ved om domstolene ville være de mest oplagte til at foretage en sådan prøvelse.

Ankestyrelsen og Klagenævnet er specialiserede inden for henholdsvis forvaltningsret/kommunalret og udbudsret, hvor domstolene har et væsentligt bredere sagsområde og derved er mere generaliseret. Hvis domstolene er den mest oplagte instans til at prøve både den forvaltningsretlige og udbudsretlige problemstilling i en konkret sag, så vil Ankestyrelsen og Klagenævnet være overflødige.

Ankestyrelsen og Klagenævnet er nedsat med det formål, at behandle sager som er specifikt inden for deres område, hvorved de kan træffe en mere specialiseret afgørelse, jf. afsnit 8.2-8-3. Som eksempel kan nævnes Ankestyrelsens kompetence til at prøve en myndigheds skønsudøvelse, samt Klagenævnets kompetence til at prøve lovligheden af udbudsproceduren.

I forlængelse heraf kan området for prisindhentninger for hjælpemidler efter service-lovens § 112, stk. 3 bruges til at illustrere forskellen på, hvilke momenter der er afgørende for henholdsvis domstolenes og Klagenævnets afgørelser. Klagenævnet har i en lang række sager taget stilling til, hvornår noget er en ikke-udbudspligtig prisindhentning, og hvornår der er tale om en udbudspligtig gensidigt bebyrdende aftale. I denne forbindelse kan nævnes kendelse af d. 21. august 2013, *Bandagist-Centret A/S mod Haderslev Kommune* og kendelse af d. 30. marts 2016, *OneMed A/S mod Københavns Kommune*, hvor Klagenævnet i begge kendelser vurderede, at der var tale om ikke-udbudspligtige prisindhentninger, da kommunerne ikke havde direkte økonomisk interesse

i aftalerne. Klagenævnet tog i kendelse af d. 10. januar 2017, *Kirstine Hardam A/S mod Køge Kommune*, igen stilling til spørgsmålet om, hvorvidt der var tale om en gensidigt bebyrdende aftale eller en ikke-udbudspligtig prisindhentning. Klagenævnet vurderede, at der var tale om en prisindhentning i overensstemmelse med den hidtidige klagenævnsspraksis. Sagen blev dog efterfølgende anlagt ved Retten i Roskilde, som afsagde dom d. 1. december 2017, og modsat Klagenævnet kom frem til, at der var tale om en gensidig bebyrdende aftale, og dermed en udbudspligtig leverandøraftale. Et eksempel på, hvordan et moment bliver fortolket forskelligt af de to instanser ses på følgende citater:

Klagenævnet udtalte: *“I bevillingsskrivelserne til stomipatienterne har kommunen specifikt vejledt om borgerens ret til frit valg, jf. lov om social service § 112, stk. 3. Det forhold, at der i bevillingsskrivelsen er anvendt ordet ”skal” og ikke ”kan” i relation til, hvor hjælpemidler uden for indkøbsaftalen med Kirstine Hardam A/S indkøbes, kan derfor ikke tillægges særlig betydning ved vurderingen af, om der reelt er tale om en udbudspligtig aftale.”*⁴³⁹

Retten i Roskilde udtalte: *“Aftalen anses på den baggrund for en gensidigt bebyrdende aftale. Retten har i den forbindelse lagt vægt på benævnelsen af aftalen og af parterne i aftalen samt det anførte vilkår om bl.a. opsigelse, hvilket var uforløst, såfremt aftalen ikke var et udtryk for et gensidigt bebyrdende samarbejde, men alene var et tilbud med henblik på, at kommunen kunne beregne prisen på “det bedst egnede og billigste hjælpemiddel” i henhold til servicelovens § 112, stk. 3. Den omstændighed, at der i bevillingsskrivelserne nederst er henvist til fritvalgsordningen kan ikke medføre en anden vurdering, idet henvisningen hertil har karakter af en standardformulering til sammenligning med kommunens meget konkrete anvisning til borgeren om, at produkterne fremadrettet “skal” bestilles hos Abena A/S.”*⁴⁴⁰

Ud fra ovenstående ses, at Retten i Roskilde og Klagenævnet lægger vægt på nærmest modsatte momenter. Efter dommen blev spørgsmålet om Klagenævnet ville ændre sin fremtidige praksis til at være i overensstemmelse med rettens afgørelse i Kirstine Hardam-sagen. Klagenævnet har i kendelse af d. 6. januar 2022, *Mediq Danmark A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune*, haft mulighed for igen at tage stilling til

⁴³⁹ Kendelse af 10.01.17, s. 10

⁴⁴⁰ *Kirstine Hardam*, s. 32

spørgsmålet. I kendelsen vurderede Klagenevnet, at kommunen alene havde indirekte interesse i aftalen, i kraft af sin rolle som tilskudsgiver til hjælpemidlerne. Dette resultat nåede Klagenevnet frem til, med henvisning til sin tidligere praksis. I denne forbindelse henviste Klagenevnet blandt andet til kendelse af d. 10. januar 2017, *Kirstine Hardam A/S mod Køge Kommune*.⁴⁴¹ Dette, selvom denne blev underkendt af Retten i Roskilde. Dette vurderes at være bemærkelsesværdigt, idet byretten er en højere instans end Klagenevnet, og i kraft af grundlovens § 63 kan tage stilling til øvrighedsmyndighedens grænser, herunder Klagenevnets afgørelser. At Klagenevnet i sin efterfølgende afgørelse henviser til en underkendt afgørelse, synes derfor problematisk.

På baggrund af ovenstående ses illustreret, at der kan være forskel på vurderingen af sagerne hos hhv. Klagenevnet og domstolene, hvorfor det kan argumenteres ikke at være uden betydning hos hvilket organ en klager vælger at få prøvet sin sag hos.

Sammenfattende kan det konstateres, at der er et overlap mellem aktørerne på det forvaltningsretlige og udbudsretlige område, og dermed også et potentielt overlap i problemstillingerne i indkøbene, men at der ikke er en specialiseret instans der kan prøve lovligheden af begge regelsæt samtidig. Domstolene er de eneste der kan tage stilling til begge dele.

9.1 Udbudslovens § 193

Som endnu en problemstilling i krydsfeltet mellem forvaltningsretten samt udbudsretten kan UBL § 193 nævnes.

Som beskrevet i afsnit 5 er det ikke afklaret, hvad det præcise indhold af økonomisk forsvarlighed er. Princippet er eksplicit nævnt i UBL § 193, stk. 5, hvilket i udgangspunktet betyder, at der kan støttes ret på princippet, og dermed ligeledes anlægges en sag, eksempelvis med påstand om, at et indkøb indgået efter bestemmelsen ikke er økonomisk forsvarligt. Som beskrevet i afsnit 8.2.1. og 8.3, kan UBL § 193 ikke prøves hos Klagenevnet og ej heller ved Ankestyrelsen, hvorved domstolene forbliver tilbage som prøvelsesmyndighed. Der kan i teorien derfor godt anlægges en sag hos domstolene om det nærmere indhold af princippet om økonomisk forsvarlighed i et konkret indkøb. Vurderingen af, hvorvidt noget er økonomisk forsvarligt, beror på et skøn. Som

⁴⁴¹ Kendelse af 06.01.22, s. 21

beskrevet i afsnit 8.1 er domstolene tilbageholdende med at prøve skøn. Det kan derfor diskuteres, hvorvidt et princip om økonomisk forsvarlig forvaltning derfor vil blive tilstrækkelig prøvet, særligt når indholdet af princippet er uafklaret.

Det vil betyde, at hvis en leverandør eksempelvis anlægger en sag ved domstolen efter UBL § 193, stk. 5, og mener, at tilbudsindhentningen er økonomisk uforsvarlig, må det vurderes at være usikkert, hvad udfaldet af en sådan sag vil være. Dette må vurderes at stille leverandørerne, som mulige klagere, i en position med enormt dårlig retssikkerhed. Hertil kan tilføjes, at små og mellemstore virksomheder formentlig ikke vil være tilbøjelige til at anlægge en sådan sag, idet det vil koste dem advokatombkostninger plus retsafgift, og uden at de er nogenlunde sikre i sagens udfald.

Man kan i denne forbindelse undre sig over, hvorfor UBL § 193 særskilt er undtaget Klagensævnets kompetence. KNL § 1, stk. 4 blev indført med UBL, men i forarbejderne til lovforslaget, fremgår alene at ændringen foretages, men ikke en egentlig begrundelse for det.⁴⁴² Begrundelsen kan muligvis tænkes at ligge i, at Klagensævnet ikke skal tage stilling til forvaltningsretlige spørgsmål, som er nævnt i UBL § 193. Lige netop dette stiller forfatterne af nærværende opgave sig dog undrende overfor. Klagensævnet er, som nævnt, en forvaltningsmyndighed og skal afgøre sager, hvor en meget stor andel af parterne også er forvaltningsretlige myndigheder. Derfor synes det bemærkelsesværdigt, at det juridiske område, som Klagensævnet selv og sagens parter er omfattet af, er undtaget deres kompetence. Netop dette må ligeledes vurderes at åbne op for en meget stor risiko for materielt forkerte afgørelser, idet vigtige problemstillinger, herunder om indkøbene i sig selv overhovedet er lovlige, slet ikke bliver taget stilling til. Dette kan argumenteres at være paradoksalt, når Klagensævnet netop i kraft af at være en forvaltningsmyndighed er bundet af officialmaksimen.

Det ses at Klagensævnet er underlagt forhandlingsprincippet, jf. KNL § 10, stk. 1. Formål med dette var at sikre en effektiv og målrettet anvendelse af Klagensævnets resourcer.⁴⁴³ Det kan i denne forbindelse diskuteres, om det vigtigste er at sikre en effektiv sagsbehandling eller derimod en sagsbehandling på baggrund af officialmaksimen, og samtidig være tillagt retten til at tage sager op af egen drift, og dermed sagsbehandling på grundlag af oplysninger der er nødvendige for at finde den materielt rigtige

⁴⁴² L19, 2015, s. 214-215

⁴⁴³ L204, 2011, s. 3

afgørelse. Derfor kan det diskuteres, om det havde været mere korrekt, hvis Klagenævnet var underlagt en forpligtelse til at undersøge hele sagen, og ikke kun den del parterne har påstået. Det kan derudover argumenteres, at det næppe kan betegnes 'effektivt' hvis sagen, som Klagenævnet har afgjort, ender med at skulle afgøres igen af eksempelvis Ankestyrelsen, fordi Klagenævnet ikke har taget stilling til hjemmelsspørgsmålet.

9.2 Prøvelse af hjemmelsspørgsmål

I denne forbindelse kan henvises til afsnittene 6-7 ovenfor, hvor legalitetsprincippet og kommunalfuldmagten er blevet gennemgået. I disse afsnit er vist forskellige problemstillinger, hvor de to forvaltningsretlige principper kan komme til at begrænse ordregiveres muligheder. Legalitetsprincippet indebærer, som nævnt, at kommunerne skal have tilstrækkelig hjemmel til de dispositioner de foretager, og kommunalfuldmagten kan agere en sådan hjemmel, i tilfælde hvor området ikke er lovreguleret. Særligt på området for miljø- og sociale hensyn, og herunder den stadigt stigende bæredygtige udvikling, kan dette give anledning til udfordringer.

En del af disse udfordringer kan argumenteres at udspringe af kommunalfuldmagtens tvetydige grænser. Som beskrevet i afsnittet om kommunalfuldmagten vil spørgsmålet om, hvorvidt kommunalfuldmagten kan udgøre tilstrækkelig hjemmel til en bestemt disposition, skulle afgøres ud fra en konkret vurdering i hvert enkelt tilfælde. På denne baggrund kan kommunalfuldmagten vurderes at give et rum for skøn, som kan være vanskeligt for den enkelte ordregiver at afgøre de nærmere grænser af. Netop dette kan formodes at være årsag til, at flere kommuner henvender sig til Ankestyrelsen eller Indenrigsministeriet, da de er usikre i vurderingen af om de har fornøden hjemmel til en bestemt disposition.

I nogle af disse tilfælde bliver hjemlen til en kommunal disposition alene en udtalelse. I denne forbindelse kan man dog stille spørgsmålet, om den pågældende disposition overhovedet var blevet efterprøvet, hvis ikke kommunerne selv havde henvendt sig, som eksempelvis i sagerne vedrørende ladestanderne. Ankestyrelsen har, som nævnt i afsnit 8.3, kompetence til at tage sager op af egen drift, men spørgsmålet er om Ankestyrelsen ville have gjort det i den konkrete sag.

Det kan derfor sammenfattende vurderes, at kommunerne kan risikere at stå i en situation, hvor de har foretaget et indkøb, der egentlig var ulovligt, fordi de ikke havde tilstrækkelig hjemmel. Hvis det efterfølgende ses at være ulovligt, kan kommunerne blive pålagt at bringe det ulovlige forhold til ophør, som vil kunne føre til et stort tab, som i sidste ende kommer til at gå ud over skatteborgernes midler.

9.3 Mulige løsningsmuligheder

På baggrund af ovenstående er det vurderingen, at der på nuværende tidspunkt ikke er fyldestgørende klagemuligheder i sager, som ligger i krydsfeltet mellem forvaltningsretten og udbudsretten.

En af måderne, hvorpå problemet vedrørende regeloverlappet mellem de forvaltningsretlige og de udbudsretlige spørgsmål kan søges løst på, kan være ved at Klagenævnet bliver integreret som underinstans hos Ankestyrelsen, og dermed ud over at tage stilling til kun de udbudsretlige spørgsmål, ligeledes tager stilling til de forvaltningsretlige spørgsmål. Hermed kan en sag, hvor der er begge problemstillinger, vurderes af en instans med sagkundskab, og dermed undgås der der tids - og ressourcspild, som der ses at være i dag. Derudover ville Klagenævnet blive underlagt samme regler som Ankestyrelsen, og være tvunget til at undersøge hele sagen, og ikke kun den del parterne har påstået.

En ulempe herved kan dog blive en voldsomt øget sagsmængde og dermed længere sagsbehandlingstider, som ville kunne risikere at forhindre Klagenævnet i at håndtere kontroldirektivernes regler om automatisk opsættende virkning i standstill-perioden. Dette vil dog måske kunne imødekommes ved at ansætte flere sagsbehandlere. En ulempe mere kan være, at Ankestyrelsen behandler sager inden for mange forskellige områder, og ved at få Klagenævnet integreret i Ankestyrelsen, kan det måske resultere i at udbudsområdet bliver blandet sammen med en masse andre sager, og derved hele formålet med at have et særskilt organ for udbudsområdet mistes. Derudover er sammensætningen af Klagenævnet væsentligt forskelligt fra Ankestyrelsen, hvilket i sig selv ville kunne risikere at give store udfordringer. Denne løsningsmulighed vurderes derfor ikke at være oplagt.

En anden mulighed kunne derimod være at beholde Klagenævnet som særskilt instans, men pålægge dem at tage stilling til de forvaltningsretlige principper, på lige fod

med de udbudsretlige. På denne måde ville det stadig være forhandlingsprincippet der er gældende, men parterne vil dog have mulighed for også at påstå brud på eksempelvis legalitetsprincippet og princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning. Idet Klagenævnet selv er en forvaltningsretlig myndighed, må det antages, at regelsættet ikke er dem ukendt.

Ulempen ville dog formentlig være den samme som ovenfor, navnlig øget sagsmængde og sagsbehandlingstid. Konsekvensen af denne ulempe vurderes dog at være mindre omfattende, idet denne, som nævnt, formentlig ville kunne imødekommes ved ansættelse af flere sagsbehandlere og en generel udvidelse af Klagenævnet.

Fordelene ved at Klagenævnet gives kompetence til også at tage stilling til de forvaltningsretlige spørgsmål, kan være at kommunerne sparer penge ved at de kan få prøvet hele dispositionen i én omgang, hos ét organ. Dette ville ligeledes spare kommunen tid, idet vurdering hos ét organ utvivlsomt må være hurtigere end at sagen skal genvurderes hos et organ mere. Dette ville ligeledes give klagere, som eksempelvis små og mellemstore virksomheder en mere lige adgang til at klage, hvor de før ville være begrænsede af det store ressourcebehov for at anlægge en sag vedrørende både et forvaltningsretligt og et udbudsretligt spørgsmål. Dertil kommer, at UBL § 193 ville kunne prøves fuldt ud, i modsætning til nu. Derudover vil retssikkerheden øges, idet hele lovligheden prøves af én omgang, og parterne derfor i langt højere grad kan stole på afgørelsens rigtighed.

9.4 Delkonklusion vedrørende løsningsmuligheder

På denne baggrund vurderes det, at fordelene ved at udvide Klagenævnets kompetence i høj grad opvejer risikoen for forlænget sagsbehandlingstid, under forudsætning af, at kontroldirektivets regler om automatisk opsættende virkning i standstill-perioden overholdes. Kontroldirektivet gælder for håndhævelse af udbudsreglerne, og fristen for vurderingen af opsættende virkning gælder således kun i relation til de udbudsretlige regler. Derfor vil stillingtagen til de forvaltningsretlige spørgsmål være subsidiært, og ikke skulle inddrages i afgørelsen vedrørende den opsættende virkning, men alene i vurderingen af sagen i sin helhed i den efterfølgende kendelse. At der også skal tages stilling til forvaltningsretlige spørgsmål må således antages ikke at ændre på hurtigheden af Klagenævnets afgørelser vedrørende opsættende virkning efter kontroldirektivet.

Sammenfattende konkluderes, at det er overbevisningen i nærværende fremstilling, at mulighed nummer to ville kunne imødekomme de problemstillinger der vurderes at være i den nuværende retsstilling.

10 Konklusion

Formålet med nærværende fremstilling var at undersøge problemstillinger i krydsfeltet mellem forvaltningsretten og udbudsretten med særligt henblik på klagemuligheder, samt princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning, legalitetsprincippet og kommunalfuldmagten.

I fremstillingen blev først undersøgt, hvem de forskellige aktører i henholdsvis udbudsretten og forvaltningsretten er, samt om der ville være overlap, hvor aktører kunne være bundet af begge regelsæt. I denne forbindelse kan konkluderes, at der er et stort overlap mellem aktørerne, samt at vurderingsmomenterne for hvorvidt et organ er omfattet af henholdsvis forvaltningsretten og udbudsretten har mange ligheder, og kun adskiller sig en smule fra hinanden. Den smule forskel der er på de to vurderinger, er dog nok til, at enkelte organer kun vil være omfattet af det ene regelsæt og ikke det andet. Hertil kan nævnes de offentligretlige organer, som er i selskabsform, og dermed ikke en del af den offentlige forvaltning.

Næst blev princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning undersøgt, herunder eksistensen af princippet samt indholdet. Det kan konkluderes, at princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning eksisterer, idet princippet både er nævnt flere steder og kan indfortolkes flere steder. Princippets grænser kan dog ikke klarlægges nærmere, idet princippet ikke alene har været genstand for prøvelse.

Efterfølgende blev legalitetsprincippet undersøgt med inddragelse af kommunernes mulighed for indkøb af ladestandere. Det kan konkluderes, at de forvaltningsretlige principper kan have stor indflydelse på ordregivers mulighed for at gennemføre visse udbud. I sagerne om ladestanderne var der som udgangspunkt ikke nogen udbudsretlige problemer, men derimod et hjemmelsproblem, som følge af legalitetsprincippet.

Næst blev kommunalfuldmagten undersøgt med henblik på at belyse de begrænsninger der kan forekomme i forbindelse med varetagelse af miljø - og sociale hensyn. I denne forbindelse blev de udbudsretlige regler herfor ligeledes inddraget. Det kan konkluderes, at kommuner, som ordregivende myndigheder, som følge af

kommunalfuldmagten, kan blive underlagt visse begrænsninger i forbindelse med offentlige indkøb, herunder når kommuner vil inddrage miljø - og sociale hensyn i deres indkøb. Kommunalfuldmagtens begrænsninger skal vurderes konkret i hvert enkelt tilfælde. Udbudsretligt kan det konkluderes, at der også findes en række mulige begrænsninger, herunder at krav vedrørende miljø - og sociale hensyn skal have forbindelse til kontraktens genstand, og herudover at reglerne om mærker skal overholdes, hvis sådanne anvendes.

Sidst blev klagemulighederne på de respektive områder undersøgt, herunder de forskellige organers kompetencer. I forlængelse heraf blev det undersøgt, om det nuværende klagesystem reelt er tilstrækkeligt og hvis ikke, om så systemet kan optimeres.

Det kan konkluderes, at det nuværende klagesystem ikke vurderes tilstrækkeligt, og at der derfor er et behov for en udvidet klageadgang. Nærværende fremstilling vurderer det gavnligt at udvide klagenævnets kompetence til også at omfatte forvaltningsretlige spørgsmål.

11. Kilde- og litteraturfortegnelse

11.1. Kilder

11.1.1. Kendelser fra Klagenævnet for Udbud

Kendelse af 10. januar 2012, *Tandlæge Anne Lise Groth m.fl. mod Frederikshavn Kommune* (benævnes: *Kendelse af 10.01.12*)

Kendelse af d. 21. august 2013, *Bandagist-Centret A/S mod Haderslev Kommune* (benævnes: *Kendelse af 21.08.13*)

Kendelse af d. 30. marts 2016, *OneMed A/S mod Københavns Kommune* (benævnes: *Kendelse af 30.03.16*)

Kendelse af d. 10. januar 2017, *Kirstine Hardam A/S mod Køge Kommune* (benævnes: *Kendelse af 10.01.17*)

Kendelse af d. 8. marts 2017, *Stadsing A/S mod Roskilde Kommune* (benævnes: *Kendelse af 08.03.17*)

Kendelse af d. 22. marts 2018, *Det Danske Madhus A/S mod Norddjurs Kommune* (benævnes: *Kendelse af 22.03.18*)

Kendelse af 28. maj 2018, *Danske Slagtermestre som mandatar for Gert Nielsen A/S mod Høje-Taastrup Kommune* (benævnes: *Kendelse af 28.05.18*)

Kendelse af 13. maj 2019, *Teledyne Caris Inc. mod Geodatastyrelsen* (benævnes: *Kendelse af 13.05.19*)

Kendelse af d. 6. januar 2022, *Mediq Danmark A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune* (benævnes: *Kendelse af 06.01.22*)

Kendelse af d. 23. marts 2022, *Iveco Danmark A/S mod Fælles Affaldsindsamling A/S* (benævnes: *Kendelse af 23.03.22*)

11.1.2. Danske domme

Retten i Roskilde, Kirstine Hardam, <https://nplaw.dk/wp-content/uploads/2017/12/Retten-i-Roskilde-dom-af-1.-december-2017-2.pdf> (besøgt d. 12. maj 2022) (benævnes: *Kirstine Hardam*)

UfR 2014.3307 Ø

11.1.3. EU-domme

C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussi-liikenne, EU:C:2002:495 (benævnes: *C-513/99*)

T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen, EU:T:2009:491 (benævnes: *T-195/08*)

C-368/10, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene, EU:C:2011:840 (benævnes: *C-368/10*)

C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Monova A/S, EU:C:2013:647 (benævnes: *C-336/12*)

11.1.4. Love

Grundloven: Lov nr. 169 af 05.06.1953 (benævnes: *GRL*)

Klagenævnsløven: Lovbekendtgørelse nr. 593 af 02.06.2016 (benævnes: *KNL*)

Kommunestyrelsesloven: Lovbekendtgørelse nr. 47 af 15.01.2019 (benævnes: *KST*)

Retsafgiftsloven: Lov nr. 425 af 16.03.2021 (benævnes: *RAL*)

Retsplejeloven: Lovbekendtgørelse nr. 1835 af 15.09.2021 (benævnes: *RPL*)

Udbudsloven: Lov nr. 1564 af 15.12.2015 (benævnes: *UBL*)

11.1.5. Direktiver

Direktiv 2004/18/EF: 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 (benævnes: *Direktiv 2004/18/EF*)

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

Direktiv 2014/24/EU: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2014-02-26 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (2014/24) (benævnes: *Direktiv 2014/24/EU*)

11.1.6. Bekendtgørelser

Ankestyrelsens forretningsorden: Bekendtgørelse nr. 992 af 26.06.2020 (benævnes: *Bkg nr. 992*)

Klagenævnsbekendtgørelsen: Bekendtgørelse nr. 887 af 11.08.2011 (benævnes: *Bkg nr. 887*)

Ladestanderbekendtgørelsen: Bekendtgørelse nr. 181 af 05.03.2020 (benævnes: *Bkg nr. 181*)

11.1.7. Lovforslag og bemærkninger

Lovforslag L 188, fremsat 13.03.2003, http://webarkiv.ft.dk/?/samling/20021/lov-forslag_oversigtsformat/1188.htm (besøgt d. 6. maj 2022) (benævnes: *L188, 2003*)

Lovforslag L 167, fremsat 19.02.2004, http://webarkiv.ft.dk/?/samling/20031/lov-forslag_oversigtsformat/1167.htm (besøgt d. 29. april 2022) (benævnes: *L167, 2004*)

Lovforslag L 110, fremsat 27.01.2010 (benævnes: *L110, 2010*)

Lovforslag L 204, fremsat 29.04.2011 (benævnes: *L204, 2011*)

Lovforslag L 144, fremsat 07.02.2013 (benævnes: *L144, 2013*)

Lovforslag L 145, fremsat 07.02.2013 (benævnes: *L145, 2013*)

Lovforslag L 153, fremsat 27.02.2013 (benævnes: *L153, 2013*)

Lovforslag L 19, fremsat 07.10.2015 (benævnes: *L19, 2015*)

Lovforslag L 112, fremsat 26.01.2022 (benævnes: *L112, 2022*)

11.1.8. Betænkninger

Betænkning nr. 1510, 2009, *om offentlighedsloven*, https://www.betænkninger.dk/wp-content/uploads/2021/02/1510_bind1.pdf (besøgt d. 29. april 2022) (benævnes: *Bet. nr. 1510, 2009*)

11.1.9. Udtalelser

Indenrigsministeriet, 2. kommunekontor, j.nr. 1997/1110/671-1, af d. 28. maj 1997 (ikke offentligt tilgængelig) (benævnes: *j.nr. 1997/1110/671-1*)

Indenrigsministeriet, 2. kommunekontor, j.nr. 1997/11129/793-1, af d. 15. maj 1997, <https://resumedatabase.im.dk/Media/637770679110431370/Indenrigsministeriets%20udtalelse%20af%2015.%20maj%201997%20vedr.%20erstatningsbeløb.pdf> (besøgt d. 26. maj 2022) (benævnes: *j.nr. 1997/11129/793-1*)

Økonomi- og Indenrigsministeriet, Sagsnr. 2012-00470, af d. 3. maj 2013, *Aarhus Kommunes mulighed for at varetage Fairtrade hensyn*, https://resumedatabase.im.dk/media/26631/13_3_2_Om_Aarhus_Kommunes_mulighed_for_at_varetage_Fair_Trade-hensyn.pdf (besøgt d. 29. april 2022) (benævnes: *Sagsnr. 2012-00470*)

Økonomi- og Indenrigsministeriet, Sagsnr. 2013-09151, af d. 30. august 2013, *Folketingets Kommunaludvalg*, https://resumedatabase.im.dk/media/15948/2031-om-en-kommunes-mulighed-for-at-etablere-og-drive-elladestandere-paa-offentlige-arealer2_t.pdf (besøgt d. 29. april 2022) (benævnes: *Sagsnr. 2013-09151*)

Social- og Indenrigsministeriet, Sagsnr. 2014-15735, af d. 12. oktober 2016, *Kommunal og regional støtte til Eurovision Song Contest 2014*, <https://resumedatabase.im.dk/resumedatabasen/2016/1632-om-kommunal-og-regional-stoette-til-eurovision-song-contest-2014-esc-2014> (besøgt d. 29. april 2022) (benævnes: *Sagsnr. 2014-15735*)

Social- og Indenrigsministeriet, Sagsnr. 2018-2492, af d. 31. oktober 2019, *Randers og Norddjurs Kommuner samarbejde om madproduktion*, https://resumedatabase.sim.dk/media/15931/1932-om-to-kommuners-samarbejde-om-madproduktion_tilg.pdf (besøgt d. 29. april 2022) (benævnes: *Sagsnr. 2018-2492*)

Ankestyrelsen, J.nr. 20-1298, af d. 6. marts 2020, *Tilsynsudtalelse vedrørende Hørsholm Kommune*, https://ast.dk/tilsynet/udtalelser/udtalelsesdatabase/_ube_/media/pdf_files/5_Udtalelse_fra_Ankestyrelsen_-_Hørsholm_Kommune_.pdf (besøgt d. 29. april 2022) (benævnes: *J.nr. 20-1298*)

Social- og Indenrigsministeriet, Sagsnr. 2020-7785, af d. 21. august 2020, *Tønder Kommunes henvendelse til Social- og Indenrigsministeriet*, https://resumedatabase.im.dk/media/15947/2031-om-en-kommunes-mulighed-for-at-etablere-og-drive-elladestandere-paa-offentlige-arealer_1_t.pdf (besøgt d. 29. april 2022) (benævnes: *Sagsnr. 2020-7785*)

Ankestyrelsen, J.nr. 19-60548, af d. 27. januar 2021, *Tilsynsudtalelse vedrørende Frederiksberg Kommune*, https://ast.dk/tilsynet/udtalelser/udtalelsesdatabase/_ube/_media/pdf_files/68_Frederiksberg_Kommune_-_Udtalelse_-_Mulighed_for_at_engagere_etablering_af_HjgYNBC.pdf (besøgt d. 29. april 2022) (benævnes: *J.nr. 19-60548*)

11.1.10. Vejledninger

Vejledning om forvaltningsloven, 1986, <https://www.retsinformation.dk/eli/retsinfo/1986/11740> (besøgt d. 21. marts 2022) (benævnes: *Vejl. 1986*)

Vejledning om god adfærd i det offentlige, 2017, <https://www.ft.dk/samling/20171/alm-del/REU/bilag/146/1845474.pdf> (besøgt d. 21. marts 2022) (benævnes: *Vejl. 2017*)

11.1.11. Øvrig praksis

Ombudsmandsudtalelse FOB 1972.82 (benævnes: *FOB 1972.82*)

Ombudsmandsudtalelse FOB 1989.104 (benævnes: *FOB 1989.104*)

Statsforvaltningen Midtjylland. Afgørelse af 3. juli 2012, j. nr. 2010- 613/833, <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000524656> (besøgt d. 29. april 2022) (benævnes: *J.nr. 2010-613/833*)

11.2. Litteratur

11.2.1. Bøger

Andersen, Jens Anker. & Werlauff, Erik. (1993). *Dansk retspleje i hovedtræk* (1. udg.). G.E.C Gads Forlag.

Andersen, Jon. (2017). *Forvaltningsret: Sagsbehandling. Hjemmel. Prøvelse* (9. udg.). Karnov Group.

Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow., Christensen, Lasse Højlund. & Petersen, Clement Salung. (2020). *Den civile retspleje* (5. udg.). Hans Reitzels Forlag

Berg, Bendt. (2007). *Almindelig forvaltningsret* (3. udg.). Forlaget Thomson.

Blume, Peter. (2016). *Retssystemet og juridisk metode* (3. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Christensen, Jens Peter., Jensen, Jørgen Albæk. & Jensen, Michael Hansen. (2020). *Dansk Statsret*. (3. udg.). Jurist - og Økonomforbundets Forlag.

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

Fenger, Niels. (2018). *Forvaltningsret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Gammeltoft-Hansen, Hans., Andersen, Jon., Larsen, Kaj. & Loiborg, Karsten. (1994). *Forvaltningsret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Gomard, Bernhard. & Kistrup, Michael. (2020). *Civilprocessen* (8. udg.). Karnov Group.

Hamer, Carina Risvig. (2021). *Udbudsret* (2. udg.). Djøf Forlag.

Hamer, Carina Risvig. & Schaumburg-Müller, Sten. (2020). *Juraens Verden*. Djøf Forlag.

Mortensen, Bent Ole Gram., Khalaf, Bassah., Hamer, Carina Risvig. & Motzfeldt, Hanne Marie. (2020). *Erhvervsforvaltningsret* (2. udg.). Djøf Forlag.

Revsbech, Karsten. (2015). *Kommunernes opgaver* (3. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Revsbech, Karsten. & Garde, Jens. (2017). *Kommunalret* (4. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Revsbech, Karsten., Garde, Jens., Jensen, Jørgen Albæk., Jensen, Orla Friis., Madsen, Helle Bødker. & Mørup, Søren Højgaard. (2016). *Forvaltningsret: Almindelige emner* (6. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Thomsen, Hans B., Christensen, Pernille. & Brandi-Hansen, Lise. (2010). *Lov om kommunernes styrelsen med kommentarer* (2. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Treumer, Steen., Andersen, Carsten Sommer., Bødtcher-Hansen, Jens., Christensen, Andreas., Clausen, Christian., Elkan, Leah., Fabricius, Jesper., Hamer, Carina Risvig., Hansen, Rasmus Holm., Herbing, Michael., Holdgaard, Rass., Høegh, Katja., Høg, Tor-kil., Jørgensen, Peter Dann., Kroon, Morten., Larsen, Thomas., Larsen, Trine Louise., Madsen, Laura Juul., Nielsen, Anders Birkelund., Nielsen, Rasmus Horskjær., Olsen, Jeppe Lefevre., Piening, Anja., Pinborg, Jacob., Plum, Jens Munk., Poulsen, Sune Tro-els., Puggaard, Henrik., Riberholt-Rischel, Amanda Elisabeth., Stæhr, Martin., Thorup, Kirsten. & Ølykke, Grith Skovgaard. (2019). *Udbudsretten*. Ex Tuto Publishing A/S.

11.2.2. Øvrig litteratur

Allan Münther, Jesper. Note 15. Lov 2021-03-16 nr. 425 om retsafgifter. Karnov (be-nævnes: *RAL*, note 15)

11.3. Hjemmesider

Ankestyrelsen som arbejdsplads, <https://ast.dk/job-karriere/ankestyrelsen-som-arbejds-plads> (besøgt d. 6. maj 2022) (benævnes: *Ankestyrelsen som arbejdsplads*)

EF-pakken, <https://www.eu.dk/da/leksikon/EF-pak-ken?fbclid=IwAR3t0Gr3G6FmsahMkgzB8NvKyBFYrjy-MAZ3rMd6INVBu5NwHhcYjpSGJQxs> (Besøgt d. 4. marts 2022) (benævnes: *EF-pak-ken*)

Elbiler og ladeinfrastruktur, <https://www.kl.dk/kommunale-opgaver/teknik-og-mil-joe/groen-mobilitet/elbiler-og-ladeinfrastruktur/> (besøgt d. 29. april 2022) (benævnes: *Elbiler og ladeinfrastruktur*)

Foto på forsiden fundet på: https://www.infobel.com/da/norway/jurist_lynn_aasnes_juridisk_bistand_og_radgivning/porsgrunn/NO101216332-46953307/businessdetails.aspx (besøgt d. 17. maj 2022)

Hvad er de forvaltningsretlige principper?, <https://www.kfst.dk/faq/udbud/nyt-udbud/fase-1/hvad-er-de-forvaltningsretlige-principper/> (besøgt d. 18. marts 2022) (benævnes: *Hvad er de forvaltningsretlige principper?*)

Hvad gør Europa-Kommissionen med din klage?, https://ec.europa.eu/info/about-european-commission/contact/problems-and-complaints/complaints-about-breaches-eu-law/how-make-complaint-eu-level_da (besøgt d. 24. maj 2022) (benævnes: *Hvad gør Europa-Kommissionen med din klage?*)

Jobopslag, <https://ast.dk/job-karriere/ankestyrelsen-som-arbejdsplads/job-i-ankestyrelsen> (besøgt d. 6. maj 2022) (benævnes: *Jobopslag*)

Moderselskabet med den overordnede styring, <https://sundogbaelt.dk/om-os/organisering-og-ledelse/sund-baelt-holding-a-s/> (besøgt d. 24. maj 2022) (benævnes: *Moderselskabet med den overordnede styring*)

Spørgsmål og svar om klager, <https://ast.dk/for-borgere-med-en-klagesag/din-sag-i-ankestyrelsen/sporgsmal-svar-om-klagesager> (besøgt d. 6. maj 2022) (benævnes: *Spørgsmål og svar om klager*)

Udbud.dk, <https://udbud.dk> (besøgt d. 3. marts 2022) (benævnes: *Udbud.dk*)