



# Specialeafhandling: Grønne hensyn i offentlige indkøb

**Fagområde:** Udbudsret

**Problemformulering:**

I hvilken grad har kravet om tilknytning til kontraktens genstand indflydelse på ordregiveres inddragelse af grønne hensyn ved udbud af datacenterydelser, og er der en udbudsretlig pligt for ordregivere til at håndhæve de grønne hensyn i den indgåede kontrakt?

Navn	KU-brugernavn
Cecilie Busch	

<b>Vejleder:</b> Carina Risvig Hamer	<b>Antal tegn:</b> 122.165
--------------------------------------	----------------------------

## ABSTRACT

Society's technological development has increased the need for public authorities to purchase data center services, such as storage and processing. However, the increasing use of data centers has an environmental impact. Through legal analysis, this paper will investigate the extent to which contracting authorities can apply green considerations in the procurement of data center services. The thesis answers two research questions:

- 1) To what extent is the link to the subject-matter requirement a limitation on the contracting authority's use of green considerations in the procurement of data center services?*
- 2) Is there a procurement law obligation for contracting authorities to enforce green considerations in the concluded contract?*

The thesis will initially introduce the primary and secondary purpose of public procurement law, and the general principles of public procurement law. In doing so, it will examine whether there is a principle of sustainability in procurement law on an equal footing with the general principles in the Danish Public Procurement Act art. 2. The thesis then examines the link to the subject-matter requirement as developed by European Court of Justice. It will conclude that the link to subject matter have been extended to include considerations that are not directly related to the material content of the procurement, such as environmental impacts and production methods. The thesis also concludes that there are limitations to how green considerations can be promoted through public procurement.

The thesis then assesses the enforcement of green considerations contract terms in relation to Danish Public Procurement Act art. 178 on substantial modifications to contracts. The thesis concludes that there is a procurement law obligation for contracting authorities to enforce green considerations in the concluded contract, if the supplier's failure to meet these criteria leads to a reduction in the supplier's costs or exceeds the environmental and climate impacts specified in the contract. This obligation is most significant when green considerations are a significant factor in the tender in question, and the selected supplier excelled in this area.

Lastly, the thesis reflects on the future of public procurement law in terms of the use of green considerations. The thesis concludes that there are arguments for a greater use of green considerations, either by expanding the scope of their application, or by making their inclusion mandatory. However, this raises concerns about safeguarding the primary objectives of procurement law, particularly effective competition.

# Indholdsfortegnelse

<b>1. INTRODUKTION</b> .....	<b>5</b>
1.1 Indledning .....	5
1.2 Problemformulering.....	6
1.3 Afgrænsning.....	7
<b>2. METODISKE OVERVEJELSER</b> .....	<b>9</b>
2.1 Den anvendte metode .....	9
2.2 De anvendte retskilder .....	10
2.2.1 EU's traktater og EU-retlige principper .....	10
2.2.2 Udbudsdirektivet .....	12
2.2.3 Udbudsloven og forarbejderne hertil.....	13
2.2.4 Kontraktretten.....	14
2.2.5 Retspraksis og praksis fra Klagenævnet for Udbud .....	15
2.2.6 Vejledninger og rapporter.....	17
2.2.7 Juridisk litteratur som fortolkningsbidrag .....	18
<b>3. UDBUDSRETTENS FORMÅL OG PRINCIPPER</b> .....	<b>19</b>
3.1 Formål .....	19
3.1.1 Primære formål .....	19
3.1.2 Sekundære formål.....	20
3.1.3 Formålet med udbudsloven .....	21
3.2 De udbudsretlige princippers betydning for inddragelsen af grønne hensyn i udbud .....	22
3.2.1 Ligebehandlingsprincippet .....	22
3.2.2 Gennemsigtighedsprincippet .....	24
3.2.3 Proportionalitetsprincippet .....	25
3.2.4 Et udbudsretligt princip om bæredygtighed? .....	26
<b>4. TILKNYTNINGSKRAVET</b> .....	<b>29</b>
4.1 Tilknytningskravets oprindelse.....	29
4.1.1 EU-Domstolens fortolkning af tilknytningskravet .....	29
4.1.2 Implementering af EU-Domstolens praksis i udbudsdirektiverne og udbudsloven.....	34

<b>4.2 Tilknyningskravets betydning for inddragelsen af grønne hensyn</b> .....	<b>36</b>
4.2.1 Tekniske specifikationer .....	36
4.2.2 Egnethedskriterier og udvælgelsesfasen .....	38
4.2.3 Tildelingskriterier .....	42
4.2.4 Betingelser vedrørende kontraktens gennemførelse .....	47
4.2.5 Delkonklusion .....	49
<b>4.3 Tilknyningskravets betydning for grønne hensyn i udbud af datacenterydelser</b> .....	<b>49</b>
<b>5. EN UDBUDSRETLIG PLIGT TIL AT HÅNDHÆVE GRØNNE KONTRAKTVILKÅR? .</b>	<b>53</b>
5.1 Udbudsrettens og kontraktrettens behandling af grønne hensyn .....	53
5.2 Udbudsrettens rækkevidde .....	54
5.3 En udbudsretlig pligt til at håndhæve ifølge reglerne om ændring af kontrakter? .....	56
5.3.1 Generelt om udbudsrettens regler om ændring af kontrakter .....	56
5.3.2 En ændring af et grundlæggende element .....	60
5.3.4 Ændringsreglernes betydning for en mulig udbudsretlig pligt til at håndhæve grønne hensyn .....	64
5.3.5 Delkonklusion .....	67
5.4 Ændringer af grønne hensyn i kontrakter om datacenterydelser .....	68
5.5 Håndhævelse af grønne hensyn i kontrakter .....	69
5.5.1 Ordregiveres mulighed for håndhævelse af grønne hensyn ved Klagenævnet for Udbud .....	70
5.5.2 Ordregiveres mulighed for kontraktmæssig opfyldelse af grønne hensyn .....	72
5.5.3 Delkonklusion .....	75
<b>6. KONKLUSION</b> .....	<b>76</b>
<b>7. REFLEKSION</b> .....	<b>78</b>
7.1 Status på anvendelsen af grønne hensyn i udbud .....	78
7.2 En bredere adgang eller en pligtmæssig tilgang til at inddrage grønne hensyn? .....	79
7.3 Udbudsretlige overvejelser imod en bredere adgang til at inddrage grønne hensyn .....	81
7.4 Hvad bringer fremtiden for grønne hensyn i udbud? .....	83
<b>8. LITTERATURLISTE</b> .....	<b>86</b>

# 1. Introduktion

## 1.1 Indledning

Med den digitale udvikling af samfundet er det blevet mere nødvendigt at opbevare og håndtere data. Digitaliseringsstyrelsen forventer, at 13% af Danmarks samlede energiforbrug i 2030 vil stamme fra danske datacentres energiforbrug.<sup>1</sup> Offentlige indkøb udgør en betydelig andel af den samlede efterspørgsel på varer og tjenesteydelser. Ordregivere har dermed mulighed for at bruge deres indkøbskraft til at fremme grønne hensyn. Derfor besluttede den forhenværende regering, som en del af strategien for grønne offentlige indkøb, ”Grønne indkøb for en grøn fremtid”, at undersøge, hvordan offentlige myndigheder bedst kan varetage grønne hensyn ved køb af datacenterydelser.<sup>2</sup>

På europæisk plan er den bæredygtige dagsorden inden for offentlige indkøb blevet mere anerkendt som et strategisk instrument til at fremme bæredygtig vækst i EU,<sup>3</sup> også i forhold til at reducere miljøpåvirkningen fra datacentre. Dette har ligeledes haft indflydelse på udbudsretten, som har gennemgået et paradigmeskift som følge af bl.a. retspraksis fra Den Europæiske Unions Domstol (herefter ”EU-Domstolen”). Spørgsmålet er ikke længere, om ordregivere kan varetage grønne hensyn i udbud, men hvordan de skal gøre det, eller om de bør gøre det.<sup>4</sup>

Udviklingen i muligheden for at anvende grønne hensyn ses især i relation til kravet om tilknytning til kontraktens genstand (herefter ”tilknytningskravet”). EU-Domstolen har leveret en lille håndfuld afgørelser om tilknytningskravet,<sup>5</sup> der har været med til at sætte rammerne for, hvor langt ordregivere kan gå, i forhold til inddragelsen af grønne hensyn ved offentlige indkøb. Denne praksis danner nu

---

<sup>1</sup> Digitaliseringsstyrelsen, *Af rapportering for Initiativ Om Grønne Datacentre*, April 2022 s. 5.

<sup>2</sup> Digitaliseringsstyrelsen, ‘Pressemeddelelse: “Ny Rapport Undersøger, Hvordan Offentlige Myndigheder Bedst Kan Stille Grønne Krav i Deres Indkøb Af Ydelser Til Databehandling Og -Opbevaring”’, 19. april 2022.

<sup>3</sup> EU-Kommissionen; "EUROPA 2020 En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst. KOM (2010) 2010 endelig”.

<sup>4</sup> Marta Andrecka og Kateřina Peterková Mitkidis, “Sustainability Requirements in EU Public and Private Procurement – a Right or an Obligation?”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 28. september 2017, s. 77. Og Den Europæiske Revisionsret, “Særberetning 28/2023: Offentlige udbud i EU – Mindre konkurrence i forbindelse med tildeling af kontrakter om bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser i de ti år frem til 2021”, 4. december 2023.

<sup>5</sup> Bl.a. Sag C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne*, EU:C:2002:495. (herefter *Concordia*).

grundlag for udbudslovens § 163, om at underkriterier skal være tilknyttet kontraktens genstand.<sup>6</sup> Det er derfor relevant at undersøge, hvordan tilknytningskravet og grønne hensyn hænger sammen, for at kunne vurdere, hvilke grønne hensyn der kan stilles i udbud af datacenterydelser.

Det er muligt at fastsætte grønne hensyn i betingelserne for den indgåede kontrakts udførelse inden for rammerne af tilknytningskravet, jf. udbudslovens § 176.<sup>7</sup> Kontraktaktualisering af grønne hensyn kan dog skabe udfordringer med hensyn til opfyldelse og håndhævelse. Dette skyldes, at grønne hensyn er sværere at måle og kontrollere end andre kontraktuelle forpligtelser, såsom leveringstidspunktet.<sup>8</sup> Dette kan være en udfordring for ordregivere i henhold til udbudsretten, da manglende opfyldelse af kontraktvilkår kan medføre en fornyet udbudspligt efter udbudslovens § 178, om ændringer af kontrakter.<sup>9</sup> Det er derfor relevant at vurdere, om ordregiver har en udbudsretlig pligt til at håndhæve grønne hensyn i en indgået kontrakt om datacenterydelser i henhold til udbudsrettens regler om ændring af kontrakt.

## 1.2 Problemformulering

På baggrund af ovenstående undersøges følgende:

*”I hvilken grad har kravet om tilknytning til kontraktens genstand indflydelse på ordregiveres inddragelse af grønne hensyn ved udbud af datacenterydelser, og er der en udbudsretlig pligt for ordregivere til at håndhæve de grønne hensyn i den indgåede kontrakt?”*

---

<sup>6</sup> Bestemmelsen implementerer Udbudsdirektivets artikel 67, stk. 3, om kriterier for tildeling af kontrakter.

<sup>7</sup> Bestemmelsen implementerer Udbudsdirektivets artikel 70, om betingelser vedrørende kontraktens gennemførelse.

<sup>8</sup> Maria Edith Lindhokm Gausdal og Carina Risvig Hamer, “Kapitel 10. Den offentlige kontrakt i et complianceperspektiv”, i *Compliance i den offentlige sektor*, 1. udg. (København: DJØF/Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2023), s. 309.

<sup>9</sup> Bestemmelsen implementerer Udbudsdirektivets artikel 72, om kontraktændringer.

### 1.3 Afgrænsning

Afhandlingens omdrejningspunkt er grønne hensyn i udbud af datacenterydelser. Dette fokus udspringer af Digitaliseringsstyrelsens ”Afrapportering for initiativ om grønne datacentre”.<sup>10</sup> I rapporten bruges grønne hensyn til at beskrive, hvordan det offentlige i sine indkøb bedst kan sikre, at opbevaring og behandling af data er klima- og miljøvenligt. Den digitale udvikling forudsætter et stadigt stigende energi- og ressourceforbrug til databehandling og -opbevaring.<sup>11</sup> Derfor vil fokus også være på energieffektivitet. Dermed forstås grønne hensyn i afhandlingen som elementer af miljø- og klimamæssig effekt samt energieffektivitet. Med datacenterydelser menes i afhandlingen opbevaring og behandling af data i serverrum og datacentre. Da afhandlingens fokus er på udbudsretlige vurderinger, omtales tekniske aspekter vedrørende datacenterydelser kun kort.

Afhandlingens formål er for det første at undersøge, hvordan kravet om tilknytning til kontraktens genstand påvirker ordregiveres inddragelse af grønne hensyn i forskellige faser af udbud. Derfor vil udbudslovens bestemmelser vedrørende tekniske specifikationer, egnedskriterier, tildelingskriterier og betingelser for kontraktens gennemførelse blive analyseret med henblik på at vurdere tilknytningskravets rækkevidde.<sup>12</sup> Afhandlingen inddrager særligt retspraksis fra EU-Domstolen, herunder EU-Domstolens afgørelse i *Max Havelaar*.<sup>13</sup> Afhandlingen afgrænser sig dog fra at behandle dommens problemstilling om mærker samt udbudsrettens regler om mærker generelt, da dette ville overskride afhandlingens omfang. Fokus for afhandlingen er på tilknytningskravets rækkevidde i forhold til ordregiveres inddragelse af grønne hensyn. Sociale hensyn vil derfor kun blive anvendt i begrænset grad i analysen til at reflektere og diskutere tilknytningskravets rækkevidde.

Afhandlingens andet formål er at undersøge, om ordregivere har en udbudsretlig forpligtelse til at håndhæve de grønne hensyn, som ordregiverne har fastsat i kontrakten. Afhandlingen fokuserer dermed på situationen, hvor en vindende tilbudsgiver ikke efterlever de grønne hensyn, som en ordregiver har fastsat i kontrakten. Analysen tager udgangspunkt i udbudslovens § 178 om ændringer

---

<sup>10</sup> Digitaliseringsstyrelsen, ”Afrapportering for initiativ om grønne datacentre”, s. 3.

<sup>11</sup> Ibid. s. 3.

<sup>12</sup> Udbudsdirektivet vil blive inddraget i de tilfælde, hvor dette kan bidrage til yderligere klarhed om tilknytningskravets betydning for ordregiveres inddragelse af inddrage grønne hensyn.

<sup>13</sup> Sag C-368/10, *Max Havelaar*, EU:C:2012:284. (herefter *Max Havelaar*).

af grundlæggende elementer, idet refleksvirkningen af bestemmelsen er ordregiveres pligt til at gennemføre en ny udbudsprocedure. Afhandlingen ser derfor ikke nærmere på udbudslovens undtagelsesbestemmelser i §§ 179-183, idet forudsætningen for afhandlingen er, at ordregivere har et ønske om at opretholde de grønne hensyn, som de har fastsat i deres kontrakter. Da afhandlingen fokuserer på ændringer efter kontraktindgåelse, vil afhandlingen ikke analysere udbudslovens § 134 om ændringer i udbudsmaterialet under udbudsprocessen og indtil kontraktindgåelsen. Afhandlingen afgrænser sig også fra at behandle ordregiveres kontrol og verificering af det indleverede tilbud, jf. udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2. Dog vil praksis om kontraktopfølgning blive inddraget i forbindelse med gennemgang af klagenævnspraksis vedrørende ændringer af grundlæggende elementer. På samme måde er ordregiveres reelle håndhævelse af grønne hensyn kun behandlet i relation til naturalopfyldelse gennem kontraktopfølgning eller opfyldelse på baggrund af bod eller bonus. Øvrige kontrakt- eller civilretlige regler om håndhævelse behandles derfor ikke. De udbudsretlige sanktioner om uden virkning og ophør af kontrakt behandles heller ikke.

I denne afhandling vil der primært blive henvist til reglerne i udbudsloven og det nuværende Udbudsdirektiv (herefter ”2014-Udbudsdirektivet”).<sup>14</sup> De tre specialdirektiver,<sup>15</sup> som regulerer sektorspecifikke offentlige indkøb på tværs af EU’s medlemsstater, vil af afgrænsningsmæssige hensyn ikke blive behandlet nærmere. Dette gælder ligeledes kontroldirektiverne.<sup>16</sup> Eftersom fokus i afhandlingen er på datacenterydelser, afgrænses specialet også fra at behandle tilbudsloven.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

<sup>15</sup> Direktiv 2014/23/EU om tildeling af koncessionskontrakter, Direktiv 2014/25/EU om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og Direktiv 2009/81/EF om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet.

<sup>16</sup> Direktiv nr. 89/665/EØF af 21. december 1989 og direktiv nr. 92/13/EØF af 25. februar 1992, som senest ændret ved 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.

<sup>17</sup> Lovbekendtgørelse 2007-12-07 nr. 1410 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.



## 2. Metodiske overvejelser

### 2.1 Den anvendte metode

Afhandlingen søger at fastlægge gældende ret med hensyn til afhandlingens problemformulering. Fastlæggelsen af gældende ret betegnes ofte som retsdogmatik, men det er ikke klart i den juridiske teori, hvad begrebet retsdogmatik præcist indebærer, eller om juridiske forfattere benytter en særlig metode til at fastlægge gældende ret.<sup>18</sup> *Schaumburg-Müller* argumenterer for, at man i stedet for begrebet ”retsdogmatik” bør bruge begrebet ”den juridiske metode” til at beskrive, hvordan man søger svar på gældende ret.<sup>19</sup> Dette indebærer at beskrive, fortolke og systematisere retskilderne.<sup>20</sup> Udbudsdirektivet,<sup>21</sup> de udbudsretlige principper og udbudsloven<sup>22</sup> anses i den forbindelse for at være de primære retskilder i dansk udbudsret.<sup>23</sup>

Da de EU-retlige udbudsretskilder danner grundlaget for dansk udbudsret, er det nødvendigt at inddrage både EU-retlige og nationale retskilder for at afdække, hvad der er gældende ret i forhold til afhandlingens problemformulering. EU-rettens forrang betyder desuden, at en bestemmelse i Udbudsdirektivet skal anvendes, hvis den modstrider en regel i udbudsloven.<sup>24</sup> Dette gælder især, hvis direktivbestemmelsen er relevant for afgørelsen af det konkrete forhold.<sup>25</sup> Det bemærkes, at der

---

<sup>18</sup> Carina Risvig Hamer og Sten Schaumburg-Müller, *Juraens verden. Metoder, retskilder og discipliner* (København: Jurist- og Økonomforbund, 2020). s. 27.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Karsten Naundrup Olesen, ”Kapitel 2. Retsdogmatik – Kilder og argumentation”, i *Ret på tværs: mellem retsdogmatik og andre metoder*, red. Louise Victoria Johansen og Cecilie Brito Cederstrøm (DJØF/Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2023), s. 38.

<sup>21</sup> Med dette menes Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

<sup>22</sup> Med udbudsloven forstås Hovedloven Lov nr. 1564 af 15. december 2015, Udbudsloven; som senest er blevet ændret ved LBK nr. 10 af 6. januar 2023, Udbudsloven.

<sup>23</sup> Sune Troels Poulsen m.fl., *EU udbudsretten: udbudsloven - forsyningsvirksomhedsdirektivet - koncessionsdirektivet*, 4. udgave (København: Djøf, 2022). s. 49.

<sup>24</sup> Poulsen m.fl., *EU udbudsretten*. s. 50.

<sup>25</sup> F.eks. i relation til bedømmelsen af tilknytningskravet rækkevide, hvor det eksplicit fremgår af Udbudsdirektivet artikel 70, at tilknytningskravet skal forstås som tilknytningskravet i artikel 67, stk. 3, forstand. Lignende fremgår ikke at udbudslovens § 176.

på EU-plan ikke er en klart defineret juridisk metode.<sup>26</sup> Der anvendes således ikke en anden metode til at fortolke de EU-udbudsretlige kilder end den juridiske metode. Afhandlingen vil derfor anvende EU-udbudsretten som et fortolkningsbidrag til de danske bestemmelser i udbudsloven og til at fastlægge sekundære hensyn i udbudsretten. Anvendelsen af de EU-retlige retskilder sker desuden med den refleksion, at EU-Domstolen i sine sager kan fastslå en anden forståelse af Udbudsdirektivet end den, der er implementeret i udbudsloven.<sup>27</sup>

Udbudsdirektivet, de udbudsretlige principper og udbudsloven kan ikke stå alene, især ikke når håndhævelsen af grønne hensyn undersøges, da problemstillingen hverken er blevet behandlet eksplicit af EU-Domstolen eller Klagenævnet for Udbud. Analysen vil derfor benytte et samspil mellem retspraksis og andre retskilder til at undersøge tilknytningskravets rækkevidde og vurdere, om der findes en pligt for ordregivere til at håndhæve grønne hensyn. Analysen forsøger således at fastlægge gældende ret ved brug af den juridiske metode og ikke at vurdere emnet ud fra et retspolitisk synspunkt.

I refleksionen overvejes det, hvordan anvendelsen af grønne hensyn styrkes i offentlige indkøb, herunder hvad fremtiden bringer vedrørende inddragelsen af grønne hensyn både nationalt og på EU-plan. Disse overvejelser må anses for at være retspolitiske, da afsnittet har til formål at diskutere, hvordan gældende ret bør være.<sup>28</sup> Der fremsættes forskellige hensyn til at afveje, hvordan der skabes den bedste balance mellem udbudsrettens primære formål om at fremme konkurrencen om offentlige indkøb og brug af grønne hensyn i udbud.

## **2.2 De anvendte retskilder**

### ***2.2.1 EU's traktater og EU-retlige principper***

I EU-retten sondres mellem primærretten og bindende sekundærregulering. EU-rettens primære retskilder består af EU Traktaten om Den Europæiske Union (TEU) og Traktaten om Den Europæiske

---

<sup>26</sup> Hamer og Schaumburg-Müller, *Juraens verden. Metoder, retskilder og discipliner*. s. 137.

<sup>27</sup> Lovforslag L 19 'Forslag til udbudsloven' fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 38. Se også Carina Risvig Hamer, *Udbudsret*, 2. udgave, 1. oplag (København: Djøf Forlag, 2021), s. 46.

<sup>28</sup> Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, 4. udgave (Kbh.: Djøf, 2020). s. 285

Unions Funktionsmåde (TEUF)<sup>29</sup> samt de grundlæggende EU-retlige principper.<sup>30</sup> Hverken TEU eller TEUF regulerer eksplicit udbud af offentlige kontrakter. TEUF's regler om fri bevægelighed og forbud mod forskelsbehandling er dog centrale i en udbudsretlig kontekst. Disse bestemmelser skal respekteres ved indgåelse af offentlige kontrakter med grænseoverskridende interesse.<sup>31</sup>

Udover traktaterne finder en række almindelige EU-retlige principper anvendelse i udbudsretten. Ifølge EU-Domstolen er ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincip samt proportionalitetsprincippet de vigtigste EU-retlige principper i en udbudsretlig kontekst,<sup>32</sup> idet de spiller en central rolle i fortolkningen og udfyldningen af EU-udbudsretten.<sup>33</sup> Principperne skal anskues i lyset af EU-Domstolens retspraksis, da de i høj grad bygger på EU-Domstolens fortolkninger.<sup>34</sup> Principperne er herudover indskrevet i den rammesættende præambelbetragtning 1 i 2014-Udbudsdirektivet samt i udbudsloven § 2. Af disse fremgår det, at tildelingen af offentlige kontrakter skal foretages i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincip samt proportionalitetsprincippet. Derfor anses principperne for at være af stor udbudsretlig betydning.

Ifølge den hierarkiske opbygning af retskilderne har primærretten forrang for den bindende sekundærret. Derfor vil de udbudsretlige principper blive inddraget løbende til besvarelsen af afhandlingens problemformulering og blive behandlet nærmere i afsnit 3.2. Traktaterne vil primært blive inddraget som baggrundsforståelse, herunder i afsnit 3.1 til at klarlægge udbudsreglernes primære og sekundære formål.

---

<sup>29</sup> EU-Traktaten (TEU) og Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (2008/C 115/01) (TEUF).

<sup>30</sup> Karsten Engsig Sørensen og Jens Hartig Danielsen, *EU-retten*, 8. udgave (København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2022), s. 102.

<sup>31</sup> Grith Skovgaard Ølykke, *EU's udbudsregler: i dansk kontekst*, 3. udgave, 1. oplag (København K: Djøf Forlag, 2022), s. 43.

<sup>32</sup> Ibid. s. 44. Samt Poulsen m.fl., *EU udbudsretten*, s. 55.

<sup>33</sup> Poulsen m.fl., *EU udbudsretten*, s. 60.

<sup>34</sup> Carina Risvig Hamer og Rasmus Horskjær Nielsen, "Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?", *Ugeskrift for Retsvæsen* Vol 2020, nr. 17: s. 119.

### 2.2.2 Udbudsdirektivet

Den bindende sekundære regulering består af forordninger, direktiver og afgørelser jf. TEUF artikel 288. Udbudsdirektivet er en bindende sekundær retsakt, som er udstedt med hjemmel i TEUF artikel 53, stk. 1, artikel 62, og artikel 114, der regulerer det indre markeds oprettelse og opretholdelse. Direktivet er i medfør af artikel 114 med til at harmonisere de nationale udbudsprocedurer. Dette er for at sikre, at principperne om fri bevægelighed og de afledte principper om ligebehandling, proportionalitet og gennemsigtighed udmøntes i praksis.<sup>35</sup> Udbudsdirektivet er dermed ikke målrettet mod de enkelte ordregivere, men mod EU's medlemsstater, som er forpligtet til at implementere direktivet i national ret.

Bestemmelser i sekundære retskilder uddybes ofte i præambelbetragtninger,<sup>36</sup> og disse er derfor relevante for fortolkningen af Udbudsdirektivet. Betragtninger i Udbudsdirektivet er meget udførlige og uddybende. Det er derfor diskuteret i den juridiske litteratur, hvilken retskildeværdi præambelbetragtninger har.<sup>37</sup> EU-Domstolen har dog fastslået, at "*en betragtning (...) kan være et vejledende moment ved fortolkningen af en retsregel, men kan ikke i sig selv være en retsregel.*"<sup>38</sup> Dette betyder, at der ikke kan støttes direkte ret på præambelbetragtninger.

Udbudsdirektivets præambelbetragtningers retskildemæssige værdi styrkes dog af, at de er indført i lovbemærkningerne til udbudsloven.<sup>39</sup> Dette ses for eksempel i lovbemærkningerne til udbudslovens § 163, der refererer præambelbetragtning 97 om bedre integration af sociale og miljømæssige hensyn i offentlige indkøb. Præambelbetragtningerne vil derfor blive inddraget som et vejledende fortolkningsbidrag, men med opmærksomhed på, at de ikke har samme retskildeværdi som Udbudsdirektivets bestemmelser.

---

<sup>35</sup> Udbudsdirektivets præambelbetragtning 1.

<sup>36</sup> Engsig Sørensen og Danielsen, *EU-retten*, s. 119.

<sup>37</sup> Steen Treumer har blandt andet i *Udbudsretten*, Første udgave, første oplag (København: Ex Tuto Publishing, 2019), s. 27 fremført, at præambelbetragtninger er skjult lovgivning, der er med til at øge retsikkerheden.

<sup>38</sup> Sag C-215/88, *Casa Fleischhandels-GmbH mod Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, EU:C:1988:422. præmis 31

<sup>39</sup> Hamer og Horskjær Nielsen, "Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?", s. 117.

### 2.2.3 Udbudsloven og forarbejderne hertil

I dansk ret er lovgivning den primære retskilde.<sup>40</sup> Afhandlingens retlige udgangspunkt med hensyn til national ret vil derfor være udbudsloven, som er den danske implementering af Udbudsdirektivet. Direktivet er blevet omskrevet til at passe ind i den danske retstradition, hvilket har haft til formål at gøre loven mere anvendelig for offentlige ordregivere.<sup>41</sup> I den forbindelse er reglerne om kontraktændringer blevet fremhævet som et af de områder, hvor udbudsloven skaber øget klarhed.<sup>42</sup>

Implementering gennem omskrivning kan føre til risiko for mangelfuld implementering og fortolkningstvivil, da ordlyden af udbudslovens bestemmelser ikke er identisk med ordlyden af de tilsvarende bestemmelser i direktivet. Dette ses for eksempel i udbudslovens § 178, hvor der blev foretaget en terminologisk ændring af direktivets tekst,<sup>43</sup> hvor forskellen mellem "ændringer" og "væsentlige ændringer"<sup>44</sup> blev omformuleret til en sondring mellem "ændringer" og "ændringer af grundlæggende elementer" i udbudslovens § 178. Udgangspunktet er, at EU-retten har forrang, og at udbudslovens bestemmelser skal fortolkes EU-konformt. Dette indebærer, at de nationale bestemmelser i udbudsloven skal vige for EU-udbudsretten,<sup>45</sup> og at fortolkningen skal være i overensstemmelse Udbudsdirektivet og de udbudsretlige principper.<sup>46</sup>

Udover direktivets tekst er den danske udbudslov også blevet påvirket af et omfattende forarbejde,<sup>47</sup> der består af forarbejder til udbudsloven<sup>48</sup> og en rapport fra udbudslovsudvalget.<sup>49</sup> Der er enighed i

---

<sup>40</sup> Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, s. 112.

<sup>41</sup> Hamer og Horskjær Nielsen, "Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?", s. 16.

<sup>42</sup> Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 37.

<sup>43</sup> Ibid. S. 46, hvoraf fremgår det dog, at Det materielle indhold i § 178 er dog ifølge lovbemærkninger det samme

<sup>44</sup> Væsentlige ændringer er den terminologi anvendt af EU-Domstolen i *Succhi di Frutta* og *Presstext*. I domsgennemgangen er der refereres udtalelserne som "grundlæggende ændringer" for have mere klarhed i teksten.

<sup>45</sup> Hamer og Schaumburg-Müller, *Juraens verden. Metoder, retskilder og discipliner*, s. 151.

<sup>46</sup> Hamer og Horskjær Nielsen, "Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?", s. 117.

<sup>47</sup> Poulsen m.fl., *EU udbudsretten*. s. 50.

<sup>48</sup> Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven", fremsat den 7. oktober 2015.

<sup>49</sup> "Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning", december 2014.

den juridiske litteratur om, at lovforarbejder *kan* have betydning for fastlæggelsen af gældende ret.<sup>50</sup> Der er dog uenighed om, hvorvidt forarbejder *bør* inddrages ved fortolkning af lovgivning, eller om fortolkningen alene bør ske ved en objektiv ordlydsfortolkning.<sup>51</sup>

Et argument for at inddrage udbudslovens forarbejder er, at de udtrykker lovgivers intention og uddyber formålet med de enkelte bestemmelser.<sup>52</sup> Dette er især relevant, da omskrivningen af direktivet til udbudsloven havde til formål at skabe en bedre forståelse af reglerne for ordregivere.<sup>53</sup> Dette ses bl.a. i lovbemærkningerne til udbudslovens § 178, der understreger, at ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet også gælder i kontraktforholdet og sætter grænser for, hvilke ændringer ordregivere og leverandører kan foretage i kontrakten.<sup>54</sup> Et argument imod at inddrage forarbejder er, at der kan fremgå regler eller betragtninger, der ikke er kommet til udtryk i lovteksten. Lovbemærkningerne til udbudsloven kan derfor ikke bruges til at indføre konkrete forpligtelser, der ikke fremgår af lovteksten.<sup>55</sup> De danske forarbejder har dermed ikke samme retskildemæssige værdi som udbudsloven og vil kun blive brugt som fortolkningsbidrag.

#### **2.2.4 Kontraktretten**

Kontraktretten regulerer forholdet mellem parterne i en kontrakt, herunder også kontrakter indgået af det offentlige med private parter.<sup>56</sup> Det er derfor kontraktretten, der gælder for kontraktretlige spørgsmål, der opstår i forbindelse med udførelsen af en kontrakt. Dette er også blevet fastslået i flere kendelser fra Klagenævnet, jf. nærmere afsnit 5.2.

---

<sup>50</sup> Ruth Nielsen, *Retskilderne*, 7. rev. udg., 1. opl. (København: Jurist- og Økonomforbundets Forl, 2002) s. 137; Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode* (København: Jurist- og Økonomforbund, 2020) s. 298.

<sup>51</sup> Ruth Nielsen, *Retskilderne*, 7. rev. udg., 1. opl. (København: Jurist- og Økonomforbundets Forl, 2002) s. 165; Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode* (København: Jurist- og Økonomforbund, 2020) s. 210.

<sup>52</sup> Hamer og Horskjær Nielsen, s. 122.

<sup>53</sup> Lovforslag nr. 19 ”Forslag til Udbudsloven”, fremsat den 7. oktober 2015. s. 36

<sup>54</sup> *Ibid.* s. 199

<sup>55</sup> Hamer og Horskjær Nielsen, “Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?”, s. 122.

<sup>56</sup> Hans Viggo Godsk Pedersen og Anders Ørgaard, *Almindelig kontraktret*, 6. udgave (København: Djøf Forlag, 2020), s. 19.

Formålet med en kontrakt og kontraktretten er at fastlægge parternes forpligtelser over for hinanden. Offentlige kontrakter vil ofte indeholde en lang række kontraktbetingelser, der regulerer udførelsen af kontrakten. Ved fortolkning af en kontrakt er udgangspunktet, at man skal følge det, der er fastsat i parternes kontrakt.

Hvis kontrakten er uklar eller hvis f.eks. regler om håndhævelse af kontrakten eller andre krav ikke fremgår af kontrakten, så udgør dansk rets almindelige obligationsretlige regler regelgrundlaget, når kontraktparternes forpligtelser skal fastlægges.<sup>57</sup> Der er i den forbindelse en formodning for, at obligationsretlige grundsætninger, der nyder anerkendelse på tværs af aftaletyper, også gælder for it-aftaler, herunder aftaler om datacenterydelser.<sup>58</sup> Det skal dog bemærkes, at kontraktretten er deklatorisk.<sup>59</sup> Hertil kan det bemærkes, at udkastet til kontrakten i udbudsmaterialet ofte vil være formuleret som krav eller betingelser, der ikke er åbne for konkurrence eller forhandling.<sup>60</sup> Det betyder, at ordregivere selv kan affatte kontraktvilkårene, som de ønsker i forbindelse med den offentlige kontrakt, så længe vilkårene overholder de udbudsretlige principper.

Kontraktretten vil blive anvendt som et supplement til de udbudsretlige principper og udbudslovens regler om ændring af kontrakt for at kunne fastlægge, hvordan ordregiver i sin opfølgning på kontrakten kan håndhæve kontraktens grønne hensyn.

### **2.2.5 Retspraksis og praksis fra Klagenævnet for Udbud**

I afhandlingen vil der blive inddraget retspraksis og administrativ praksis til at fortolke og udfylde det udbudsretlige retsgrundlag. Det vil således bidrage til forståelsen af udbudsretten og den praktiske anvendelse af udbudsreglerne.

---

<sup>57</sup> Henrik Udsen, *IT-kontraktret*, Anden udgave, første oplag (København K: Ex Tuto Publishing, 2020), s. 5.

<sup>58</sup> Ibid. s. 8.

<sup>59</sup> Godsk Pedersen og Ørgaard, *Almindelig kontraktret*, s. 20.

<sup>60</sup> Poulsen m.fl., *EU udbudsretten*, s. 349.

### 2.2.5.1 Retspraksis fra EU-Domstolen

Praksis i form af afgørelser fra EU-Domstolen er en væsentlig retskilde i udbudsretten, idet afgørelserne har forrang for dansk ret.<sup>61</sup> Afgørelserne er bindende for EU's medlemsstater og tillægges herudover stor vægt ved Klagenævnet for Udbuds kendelser.

EU-Domstolen har i flere sager vurderet, om det er lovligt at anvende grønne hensyn som tildelingskriterier i udbudsprocessen.<sup>62</sup> Denne praksis vil blive analyseret for at fastlægge rækkevidden af kravet om, at grønne hensyn skal være tilknyttet kontraktens genstand. EU-retspraksis er desuden særlig vigtig i forbindelse med vurderingen af ændringer af kontrakter, idet de nuværende regler for ændringer af kontrakter bygger på EU-Domstolens praksis.<sup>63</sup>

Afhandlingen vil inddrage EU-retspraksis, hvor afgørelserne er afsagt i henhold til de sektorspecifikke udbudsdirektiver,<sup>64</sup> hvis retstillingen anses for at være den samme som ved Udbudsdirektivet. Afhandlingen vil derudover i enkelte tilfælde anvende forslag til afgørelse fra EU's Generaladvokater. Det følger af TEUF artikel 267, at forslaget hverken er bindende for EU-Domstolen eller sagens parter, hvorfor forslaget har begrænset retskildemæssig værdi. Udtalelserne vil således anvendes som fortolkningsbidrag under hensyn til, at de ikke har samme retskildeværdi som den egentlige afgørelse fra EU-Domstolen. I tilfælde hvor EU-Domstolen ikke følger forslaget til udtalelser fra forslaget til afgørelse, vil dette blive gjort klart.

### 2.2.5.2 Praksis fra Klagenævnet for Udbud

Klagenævnet for Udbud (herefter "*Klagenævnet*") er det primære organ til at håndhæve udbudsreglerne i tvister om offentlige udbud. Klagenævnets formål er at sikre, at klagere har en

---

<sup>61</sup> Ibid. s. 52.

<sup>62</sup> Hamer, *Udbudsret*, s. 667.

<sup>63</sup> Dette følger bl.a. af 2014-udbudsdirektivet præambelbetragtning nr. 107, der fremhæver, at det er nødvendigt med regler om ændring af kontrakt " under hensyntagen til EU-Domstolens relevante praksis."

<sup>64</sup> Direktiv 2014/23/EU om tildeling af koncessionskontrakter, Direktiv 2014/25/EU om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og Direktiv 2009/81/EF om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet.



effektiv og nem adgang til at indgive klager over overtrædelser af udbudsreglerne.<sup>65</sup> Klagenævnets afgørelser er en væsentlig retskilde, idet Klagenævnets kendelser i de fleste tilfælde er den endelige afgørelse i sagen, da kun få sager indbragt for Klagenævnet også indbringes for domstolene. Herudover tillægges kendelserne stor betydning af praktikere.<sup>66</sup> Det skal dog bemærkes, at nogle af Klagenævnets kendelser er meget specifikke og afhænger af de konkrete omstændigheder og parternes påstande i den enkelte sag. Derfor vil der i denne afhandling primært blive anvendt afgørelser, hvor Klagenævnet udtaler sig generelt om gældende ret.

### **2.2.6 Vejledninger og rapporter**

I afhandlingen inddrages der vejledninger om grønne hensyn i udbud udstedt af EU-Kommissionen samt Konkurrence og Forbrugerstyrelsen. Konkurrence og Forbrugerstyrelsen udgiver løbende vejledninger og udtalelser vedrørende udbudsretten. Disse er et udtryk for styrelsens opfattelse af udbudsrettens regler og praksis.<sup>67</sup> Vejledninger og udtalelser er ikke-bindende forskrifter og har derfor en lav retskildemæssig værdi.<sup>68</sup> Den retskildemæssige værdi af styrelsens vejledninger og udtalelser udfordres yderligere af, at Klagenævnet i flere tilfælde har fortolket udbudsreglerne anderledes end Konkurrence og Forbrugerstyrelsen.<sup>69</sup> Styrelsens vejledninger vil dog blive anvendt i det omfang, de er relevante for analysen. Dette sker dog med opmærksomhed på, at de er ikke-bindende forskrifter.

Derudover vil Digitaliseringsstyrelsens rapport fra april 2022 om "*Afrapportering for initiativ om grønne datacentre*" blive inddraget.<sup>70</sup> Rapporten blev udarbejdet som led i den daværende regerings strategi for offentlige grønne indkøb, jf. afsnit 1.1. Initiativet om grønne datacentre undersøgte, hvilke krav til datacentre der bedst kan sikre, at det offentlige indkøber opbevaring og behandling af data på en så klima- og miljøvenlig måde som muligt.<sup>71</sup> Selvom rapporten ikke skaber retlige forpligtelser for andre offentlige myndigheder, antages det, at nogle myndigheder søger inspiration i rapporten om

---

<sup>65</sup> Jesper Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, 4. udg (København: Karnov Group, 2017), s. 776.

<sup>66</sup> Hamer, *Udbudsret*, s. 55.

<sup>67</sup> Steen Treumer, red., *Udbudsretten*, Første udgave, første oplag (København: Ex Tuto Publishing, 2019), s. 467.

<sup>68</sup> Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, s. 210.

<sup>69</sup> Hamer, *Udbudsret*, s. 56.

<sup>70</sup> Digitaliseringsstyrelsen, "Afrapportering for initiativ om grønne datacentre".

<sup>71</sup> Ibid. s. 6.

mulighederne for at anvende grønne hensyn i relation til udbud af datacenterydelser. Det skal dog bemærkes, at udbudsreglerne ikke hører under Digitaliseringsstyrelsens ressortområde. Rapporten vil derfor primært blive anvendt i afsnit 4.3 og 5.4 til at give et teknisk perspektiv på inddragelsen af grønne hensyn i udbud af datacenterydelser.

### **2.2.7 Juridisk litteratur som fortolkningsbidrag**

Muligheden for at varetage grønne hensyn er kun i begrænset omfang fastsat i Udbudsdirektivet, principperne og udbudsloven. For at besvare afhandlingens problemstilling er det nødvendigt at inddrage principper om bæredygtighed og grønne hensyn, som i hovedsagen er beskrevet i den juridiske litteratur. Den retskildemæssige værdi af juridisk litteratur er i imidlertid uafklaret.<sup>72</sup> Dette skyldes, at den juridiske litteratur ikke er autoritativt fastsat. Den juridiske litteratur vil dog blive anvendt i dette speciale, da den kan hjælpe med at afklare sammenspillet mellem de forskellige retskilder og klarlægge retstilstanden, f.eks. i forhold til, om der foreligger et princip om bæredygtighed i udbudsretten, jf. afsnit 3.2.4.

---

<sup>72</sup> Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, s. 192.

### 3. Udbudsrettens formål og principper

#### 3.1 Formål

Udbudsreglerne kan fortolkes i lyset af udbudsrettens formål. Der sondres udbudsretligt mellem EU-retlige og nationale formål, ligesom der også sondres mellem primære og sekundære formål. Denne sondring er vigtig for fortolkning af udbudsretten, idet EU-Domstolen historisk set har udvist tilbageholdenhed med at anvende Udbudsdirektivet til at fremme sekundære formål.<sup>73</sup> Der er dog en stigende tendens fra lovgivers side til at anvende udbudsretten til at fremme sekundære formål, hvilket vil blive illustreret af den nedenstående gennemgang af udbudsrettens primære og sekundære formål.

##### 3.1.1 Primære formål

Det er indledningsvist nødvendigt at forstå udbudsrettens primære formål for at forstå rækkevidden af udbudsrettens regler.<sup>74</sup> EU's udbudsdirektiver er vedtaget<sup>75</sup> med et formål om at opnå samordning af medlemsstaternes udbudsprocedurer og for at sikre, at principperne om det indre marked udmøntes i praksis, samt at offentlige indkøb åbnes for konkurrence.<sup>76</sup> Udbudsreglerne skal dermed fortolkes i lyset af det generelle EU-retlige formål om at skabe og sikre et indre marked med fri bevægelighed. Denne kobling giver en retning for fortolkningen af Udbudsdirektivets regler og bidrager til en forståelse af EU-Domstolens udbudsretlige afgørelser.<sup>77</sup>

I den forbindelse er EU-Domstolen også med til at definere og udbrede formålet for Udbudsdirektivet ved at fortolke, hvad der forstås ved, at offentlige indkøb skal åbnes for konkurrence.<sup>78</sup> I EU-Domstolens afgørelse i *Michaniki AE* er det tilsigtede formål om at åbne op for konkurrencen

---

<sup>73</sup> Rasmus Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt: fastlæggelse og beskrivelse af kriterier for tildeling, vægning heraf og evalueringsmodeller*, 1. udgave, 1. oplag (København K: Djøf Forlag, 2022), s. 76.

<sup>74</sup> Carina Risvig Hamer, "Om formålsfortolkning når formålet kan fortolkes ...", i N.J. Clausen, J. Dalberg-Larsen et al. (red.), *Ikke kun retsfilosofi: Festskrift til Sten Schaumburg-Müller 207-18* (Djøf Forlag, 2016), s. 207.

<sup>75</sup> 2014-Udbudsdirektivet er vedtaget under henvisning til TEUF-artikel 53, stk. 1, og artikel 62 og artikel 114.

<sup>76</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF. præambelbetragtning nr. 1.

<sup>77</sup> Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, s. 78.

<sup>78</sup> Bl.a. Sag C-537/19, *Europa-Kommissionen mod Østrig*. præmis 42, der referer til 2014-Udbudsdirektivets Præambelbetragtning 1.

specificeret som ”en udvikling af en effektiv konkurrence (min understregning).”<sup>79</sup> I EU-Domstolens afgørelse i *Pressetext* blev konkurrencen formuleret som ”ufordrejet konkurrence (min understregning).”<sup>80</sup>.

Ifølge EU-Domstolen har udbudsreglerne således et dobbelt formål: 1) at skabe et indre marked for offentlige kontrakter med fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser mv., og 2) at sikre en effektiv og ufordrejet konkurrence for offentlige kontrakter.

EU's udbudsregler har udviklet sig til at varetage flere hensyn end blot lige adgang for virksomheder til offentlige kontrakter.<sup>81</sup> Dette ses bl.a. i Kommissionens forslag til 2014-Udbudsdirektivet, hvor to nye formål blev angivet: 1) mere effektiv udnyttelse af offentlige midler ved offentlige indkøb, 2) bedre mulighed for ordregiver til at anvende offentlige indkøb til at støtte fælles samfundsmæssige mål såsom miljøhensyn.<sup>82</sup> Selvom Kommissionen anerkender, at udbudsreglerne kan tilgodese andre mål, understreger omtalen af de nye formål som ”supplerende formål”, at det primære formål med EU's udbudsregler fortsat er at sikre fri bevægelighed og styrke det indre marked for offentlige kontrakter.<sup>83</sup>

### **3.1.2 Sekundære formål**

Sekundære formål kan udbudsretligt forstås som muligheden for at anvende udbud til at opnå andre politiske mål end blot at skabe et marked for offentlige kontrakter.<sup>84</sup> Muligheden for at varetage grønne hensyn er nedfæstet i TEUF artikel 11, hvoraf det følger, at miljøbeskyttelseskrav skal integreres i udformningen og gennemførelsen af Unionens politikker. Den præcise forpligtelse, der følger af TEUF artikel 11, er vag, men med en traktatnedfældning er grønne hensyn en integreret del af EU-retten.

---

<sup>79</sup> Sag C-213/07, *Michaniki AE*, EU:C:2008:731. præmis 39

<sup>80</sup> Sag C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur mod Østrig*, EU:C:2008:351. (herefter *Pressetext*). præmis 31

<sup>81</sup> Hamer, *Udbudsret*, s. 34.

<sup>82</sup> Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, KOM (2011) 896, s. 2.

<sup>83</sup> I Poulsen m.fl., *EU udbudsretten*, s. 36 kaldes de supplerende formål delmål, der kan opnås udover EU's udbudsreglernes primære formål.

<sup>84</sup> Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, s. 87.

Brugen af sekundære formål i udbudsretten er udtryk for en generel tendens i EU-retten til at integrere miljøhensyn i sektorspecifik lovgivning. EU-lovgiver har erkendt, at der kan opnås mere ved at integrere miljøpolitik konsekvent i EU-lovgivning, også i lovgivning der ikke eksplicit omhandler miljø.<sup>85</sup> 2014-Udbudsdirektivet indeholder dermed også bestemmelser, der har andre formål end at sikre fri bevægelighed og ufordrejet konkurrence.<sup>86</sup> Det skal dog bemærkes, at de sekundære formål kun kan forfølges inden for rammerne af de primære formål, hvilket kan skabe begrænsninger for ordregiveres varetagelse grønne hensyn i udbud.<sup>87</sup>

### **3.1.3 Formålet med udbudsloven**

I den danske udbudslov har lovgiver valgt at indføre en selvstændig formålsbestemmelse i § 1. Hensigten hermed var at sætte en klar overordnet ramme for anvendelse af reglerne i udbudsloven.<sup>88</sup> Af udbudslovens § 1 fremgår det, at ”*formålet med loven er at fastlægge procedure for offentlige indkøb, så der gennem effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af offentlige midler.*” Man har fra dansk side således indført en formålsbestemmelse, der både samler og udvider de primære formålsbetragtninger, der ligger til grund for Udbudsdirektivet. Med bestemmelsen gives ordregivere mulighed for at tillægge transaktionsomkostningshensyn selvstændig betydning som formål på lige fod med effektiv konkurrence. Der kan dog ikke støttes selvstændig ret på formålsbestemmelsen.<sup>89</sup> Det er derfor diskutabelt, hvor stor praktisk betydning formålsbestemmelsen kan tillægges,<sup>90</sup> hvorfor den som udgangspunkt alene kan anses for at tydeliggøre lovgivers hensigt med reglerne.

I dansk ret er der ikke en rammelovgivning, der på samme måde som EU-traktaterne fastsætter, at sektorpolitik generelt skal varetage grønne hensyn. Det fremgår ligeledes ikke af den danske

---

<sup>85</sup> Kleoniki Pouikli, “Towards Mandatory Green Public Procurement (GPP) Requirements under the EU Green Deal: Reconsidering the Role of Public Procurement as an Environmental Policy Tool”, *ERA Forum* 21, nr. 4 (januar 2021): s. 706.

<sup>86</sup> F.eks. artikel 43, stk. 1, om brug af miljømærker.

<sup>87</sup> Bl.a. i forhold til tilknytningskravet, se Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, s. 77.

<sup>88</sup> Lovforslag L 19 “Forslag til udbudsloven” fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 56.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> Hamer, *Udbudsret*, s. 38. Det følger herudover af klagenævnslovens § 1, stk. 4, at Klagenævnet ikke kan behandle klager over udbudslovens § 1.

formålsbestemmelse. Ifølge lovforslaget til udbudsloven skal ordregivere vurdere om og hvordan, ikke-økonomiske hensyn skal inddrages i udbud.<sup>91</sup> Det dobbelte formål i EU-udbudsretten om det indre marked og effektiv konkurrence skal dog altid veje tungere end varetagelsen af grønne hensyn, hvis der opstår en tvist.<sup>92</sup>

### **3.2 De udbudsretlige princippers betydning for inddragelsen af grønne hensyn i udbud**

De ovenstående primære udbudsretlige formål kommer i høj grad til udtryk i de grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Principperne fremgår af udbudslovens § 2.<sup>93</sup> Ordregivere har altid pligt til at overholde de udbudsretlige principper - også ved inddragelse af sekundære hensyn i et offentligt udbud.<sup>94</sup> I det følgende vil principperne i udbudslovens § 2 blive præsenteret og sat i kontekst til kravet om tilknytning til kontraktens genstand samt håndhævelse af grønne hensyn i indgåede kontrakter. Herudover vil det blive vurderet, om der eksisterer et udbudsretligt princip om bæredygtighed, som ordregivere ligeledes har pligt til at følge ved tilrettelæggelsen af udbud.

#### **3.2.1 Ligebehandlingsprincippet**

På grundlag af TEUF's regler om fri bevægelighed<sup>95</sup> har EU-Domstolen udviklet et udbudsretligt princip om ligebehandling, der gælder på alle stadier i udbudsprocessen. Princippet har til formål at sikre ” *at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud.*”<sup>96</sup> At ordregiver skal behandle økonomiske aktører på lige vilkår, indebærer ifølge EU-Domstolen, at ” *ensartede*

---

<sup>91</sup> Lovforslag L 19 “Forslag til udbudsloven” fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 49. hvoraf det følger at ordregiver har frit metodevalg med hensyn til, hvordan ikke økonomiske hensyn skal inddrages i et udbud, men at lovforslaget gør ordregiveres muligheder tydeligere.

<sup>92</sup> Dette følger netop af, at sekundære formål kan varetages inden for rammerne af de primære formål, som altid skal være opfyldt.

<sup>93</sup> Udbudslovens § 2 implementerer 2014-udbudsdirektiverets artikel 18, stk. 1.

<sup>94</sup> Maria Edith Lindhokm Gausdal og Carina Risvig Hamer, “Kapitel 9. Compliance med bæredygtighed og klima”, i *Compliance i den offentlige sektor*, 1. udg. (København: DJØF/Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2023), s. 279.

<sup>95</sup> Ligebehandlingsprincippet udspringer af TEUF's regler om forbud mod nationalitetsdiskrimination og forbud mod at opstille hindringer for samhandlen mellem medlemsstaterne, jf. Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde artikel 18. Se bl.a. Poulsen m.fl., *EU udbudsretten*, s. 62.

<sup>96</sup> Sag C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, EU:C:2004:236 (herefter *Succhi di Frutta*). præmis 72.

*situationer ikke må behandles forskelligt og forskellige situationer ikke behandles ens, medmindre forskelsbehandlingen er objektivt begrundet.”<sup>97</sup>*

Det skal bemærkes, at ligebehandlingsprincippet ikke stiller et krav om, at ethvert kriterie i udbudsmaterialet er konkurrenceneutralt.<sup>98</sup> Ligebehandlingsprincippet er alene til hinder for usaglige og ikke objektive kriterier. En ordregiver er således ikke forpligtet til at gå på kompromis med f.eks. grønne hensyn i udbudsmaterialet.<sup>99</sup> En forudsætning herfor er dog, at de grønne hensyn ikke må være designet til at give en fordel til eller sætte en ulempe for en eller flere økonomiske aktører, jf. udbudslovens § 2, stk. 2, 2. pkt.<sup>100</sup>

I EU-domstolens afgørelse i *Concordia* blev ligebehandlingsprincippet betydning for anvendelsen af grønne hensyn i udbud understreget. I sin afgørelse fastslog EU-Domstolen, at grønne hensyn i offentlige udbud er lovlige, hvis de bl.a. opfylder de grundlæggende EU-retlige principper, herunder navnlig ligebehandlingsprincippet.<sup>101</sup>

Ligebehandlingsprincippet finder også anvendelse efter, at et udbud er gennemført. Det indgår i vurderingen af, om ændringer i den indgåede kontrakt er i overensstemmelse med udbudsretten. Hvis ikke, er ordregiveren forpligtet til at gennemføre et nyt udbud. Det er ikke alene tilbudsgivere, som har deltaget i et udbud, der kan påberåbe sig ligebehandlingsprincippet. Princippet er også til hinder for alle ændringer efter kontraktindgåelsen, som er egnet til at åbne op for en større kreds af potentielle tilbudsgivere.<sup>102</sup> Ligebehandlingsprincippet vil således blive brugt til at vurdere, om ordregiveres

---

<sup>97</sup> Sagerne C-21/03 og C-34/03, *Fabricom SA*, EU:C:2005:12. præmis 27.

<sup>98</sup> Lovforslag L 19 “Forslag til udbudsloven” fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 58.

<sup>99</sup> *Ibid* s. 58.

<sup>100</sup> Indført ved lov nr. 1251 af 30. november 2019 om ændring af udbudslovens § 2, stk. 2, hvor det blev præciseret, hvad der forstås ved ”kunstigt begrænset”, som følge af Kommissionens åbningsskrivelse nr. 2018/2270, hvori Kommissionen redegjorde for en række punkter, hvor Udbudsdirektivet vurderes ikke at være korrekt gennemført bl.a. definitionen af begrebet ”kunstig indskrænkning af konkurrencen”.

<sup>101</sup> *Concordia*. præmis 69.

<sup>102</sup> Det følger af lovforslag L 19 “Forslag til udbudsloven” fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 57, at ligebehandlingsprincippet også finder anvendelse for økonomiske aktører, der efter at have læst udbudsbekendtgørelsen valgte ikke at deltage i konkurrencen om den konkrete kontrakt pga. kontraktkravene.

manglende håndhævelse af et grønt hensyn kan betragtes som en ændring af et grundlæggende element.

### 3.2.2 Gennemsigtighedsprincippet

Det kan være svært at håndhæve ligebehandlingsprincippet, fordi ordregivere har et stort skøn ved indgåelsen af den udbudte kontrakt.<sup>103</sup> Ved at forpligte ordregivere til at anvende særlige procedurer ved gennemførelse af et udbud, skabes der gennemsigtighed i udbudsprocessen, som er essentiel for at sikre ligebehandling af de økonomiske aktører.<sup>104</sup> Gennemsigtighedsprincippet er udviklet i EU-Domstolens praksis<sup>105</sup> og er med til at sikre, at ordregivere ikke foretager indkøb for leverandører, som de har en bestemt præference for.<sup>106</sup> Gennemsigtighedsprincippet stiller således krav til udbudsprocessens forudsigelighed og indebærer, at ordregivernes handlinger og intentioner skal være gennemsigtige.<sup>107</sup>

Gennemsigtighedsprincippet er særlig vigtigt, når ordregivere indarbejder grønne hensyn i udbud. Det kan nemlig være svært for ordregivere at kvantificere og objektivere grønne hensyn.<sup>108</sup> Ifølge gennemsigtighedsprincippet skal beskrivelsen af grønne hensyn være objektiv og målelig, så alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere kender den nøjagtige rækkevidde af det omhandlede hensyn.<sup>109</sup>

Gennemsigtighedsprincippet gælder ligesom ligebehandlingsprincippet også efter kontraktindgåelsen.<sup>110</sup> Det betyder, at ordregivere ikke må foretage ændringer i kontrakten, som

---

<sup>103</sup> Poulsen m.fl., *EU udbudsretten*, s. 65.

<sup>104</sup> *Ibid.* s. 66.

<sup>105</sup> Bl.a. *Succhi di Frutta*, præmis 111.

<sup>106</sup> Hamer, *Udbudsret*, s. 62.

<sup>107</sup> *Ibid.* s. 61.

<sup>108</sup> Poulsen m.fl., *EU udbudsretten*, s. 362.

<sup>109</sup> Jf. bl.a. Sag C-448/01, *EVN AG og Wienstrom GmbH mod Republik Österreich*, EU:C:2003:651 (Herefter *EVN*) præmis 57 og 58. Målestokken ”alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgiver” er fast praksis i Klagenævnet for Udbuds vurdering i klager over udbudsmateriale, se bl.a. den nyere kendelse af 17. november 2023, Capgemini Danmark A/S mod Udviklings- og Forenklingsstyrelsen, Skatteforvaltningen.

<sup>110</sup> *Succhi di Frutta*, præmis 92.



begrænser konkurrencen. Ordregivere skal være opmærksomme på gennemsigtighedsprincippet, når udbudsmaterialet udformes. Det skyldes, at ordregiveres beskrivelse af f.eks. grønne hensyn i kontrakten kan påvirke, om de aftalte grønne hensyn kan håndhæves effektivt, jf. nærmere afsnit 5.5.2.1.

### **3.2.3 Proportionalitetsprincippet**

Proportionalitetsprincippet er et grundlæggende princip i EU-retten<sup>111</sup> og er i høj grad udviklet i EU-Domstolens praksis. Princippet indebærer ifølge EU-Domstolens afgørelse i *Universale-Bau AG*, at ”*lovligheden af foranstaltninger (...) er betinget af, at foranstaltningerne er egnede til og nødvendige for at nå de mål, der lovligt forfølges med de pågældende bestemmelser (...).*”<sup>112</sup> I en udbudsretlig kontekst betyder dette, at ordregivere ikke må stille krav, der går videre, end hvad der er nødvendigt og passende i forhold til at opfylde ordregivernes saglige behov.<sup>113</sup> Proportionalitetsprincippet finder, ligesom de ovenstående principper, anvendelse i samtlige dele af udbudsprocessen.

Anvendelsen af proportionalitetsprincippet er således både relevant ved ordregivernes udformning af udbudsmaterialet og ved fastlæggelse af kravene til kontraktgenstanden.<sup>114</sup> Ordregivere har i denne henseende et forholdsvist bredt skøn.<sup>115</sup> Ordregiveres skøn er imidlertid ikke uden grænser, idet proportionalitetsprincippet ikke kan anvendes til at fravige de krav, som ordregiverne selv har opstillet i udbuddet.<sup>116</sup>

Proportionalitetsprincippet kan have betydning for, hvilke grønne hensyn ordregivere kan stille krav om i udbud. Princippet betyder, at ordregivere ikke må stille krav, der kræver unødvendige investeringer fra tilbudsgiverne, som ikke er rimelige i forhold til kontraktens genstand. Det vil sige såfremt der er mindre miljøpåvirkninger, der opstår af kontrakten, og/eller såfremt kontrakten er af mindre værdi, desto mindre eller færre byrdefulde grønne hensyn bør ordregiverne stille.

---

<sup>111</sup> Princippet er nedfæstet i Traktaten om Den Europæiske Union artikel 5.

<sup>112</sup> Sag C-470/99, *Universale-Bau AG*, EU:C:2002:746 (herefter *Universale-Bau AG*). præmis 21

<sup>113</sup> Lovforslag L 19 “Forslag til udbudsloven” fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 58.

<sup>114</sup> Poulsen m.fl., *EU udbudsretten*, s. 72.

<sup>115</sup> Lovforslag L 19 “Forslag til udbudsloven” fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 58.

<sup>116</sup> Treumer, *Udbudsretten*, s. 48.

Proportionalitetsprincippet har modsat gennemsigthedsprincippet og ligebehandlingsprincippet ikke direkte betydning for vurdering af en ændring af en igangværende kontrakt. Imidlertid kan proportionalitetsprincippet muligvis være relevant, når ordregivere overvejer at håndhæve en bod for en midlertidig manglende opfyldelse af et grønt hensyn i en kontrakt.<sup>117</sup> Princippet betyder, at en bod skal være passende i forhold til den manglende opfyldelse.<sup>118</sup>

### **3.2.4 Et udbudsretligt princip om bæredygtighed?**

Udover de grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling, gennemsigthed og proportionalitet, er der opstået en diskussion i den juridiske litteratur om, hvorvidt der også eksisterer et selvstændigt princip om bæredygtighed.<sup>119</sup> Diskussionen udspringer af Udbudsdirektivets artikel 18, stk. 2, hvoraf det følger, at offentlige kontrakter skal overholde miljø-, social- og arbejdsmarkedslovgivning.<sup>120</sup>

EU's traktater forpligter medlemsstaterne til at tage miljøhensyn, jf. afsnit 3.1.2. Men i modsætning til gennemsigthedsprincippet, som altid skal følges ved udbud, er bæredygtighedsprincippet ikke eksplicit nævnt i Udbudsdirektivet som et princip, der skal følges ved alle udbud. Det samme gælder for udbudsloven, hvor gennemsigthedsprincippet er nævnt i udbudslovens § 2, men et bæredygtighedsprincip er ikke.

EU-Domstolen har dog i sin afgørelse i *Tim* omtalt artikel 18, stk. 2, som en kerneværdi.<sup>121</sup> Ifølge EU-Domstolens afgørelse har EU-lovgiver ”ønsket at opstille dette krav som et princip på lige fod med de øvrige principper.”<sup>122</sup> Dette skyldes, at EU-lovgiver har valgt at placere bestemmelsen under

---

<sup>117</sup> jf. bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. august 2016, Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden.

<sup>118</sup> Ibid.

<sup>119</sup> Marta Andhov, “Article 18(2) Public Procurement Principles”, i *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU*, red. Roberto Caranta (Edward Elgar Publishing, 2021), s. 199.

<sup>120</sup> Udbudsdirektivets artikel 18, stk. 2, var ikke en del af EU-Kommissionens oprindelige forslag (“KOM(2011) 896 endelig”, artikel 15.) men bestemmelsen blev foreslået af Europa-Parlamentet, hvis forslag blev accepteret af EU-Kommissionen. Se også Ølykke, *EU's udbudsregler*, s. 833.

<sup>121</sup> Sag C-395/18, *Tim*. EU:C:2020:58 præmis 38.

<sup>122</sup> Ibid.

overskriften "*Udbudsprincipper*,"<sup>123</sup> hvilket indikerer, at artikel 18, stk. 2, har et selvstændigt indhold på linje med principperne, der er omtalt i artikel 18, stk. 1.<sup>124</sup>

Det er imidlertid ikke oplagt, at artikel 18, stk. 2, indebærer betingelser for ordregivere på linje med de betingelser, der følger af de grundlæggende udbudsretlige principper. Dette støttes af EU-Domstolens udtalelser i *Tim* om, at det er medlemsstaterne, der skal sikre opfyldelsen af artikel 18, stk. 2.<sup>125</sup> Dette er en kontrast til artikel 18, stk. 1, der fastsætter forpligtelser til ordregivere om at overholde de udbudsretlige principper. *Ølykke m.fl.* mener dog, at ordregivere måske også er forpligtede til at sikre, at leverandører overholder miljølovgivning. Dette følger af en sammenlæsning af artikel 18, stk. 2, i Udbudsdirektivet og præambelbetragtning 37.<sup>126</sup> Men dette skal formentlig forstås som et udtryk for, at både medlemsstaterne og ordregiverne skal bidrage til at sikre overholdelsen af miljølovgivning.<sup>127</sup> Ordregivernes forpligtelser følger dog af miljølovgivning og ikke af udbudsloven.<sup>128</sup>

Den præcise betydning af denne tilsyneladende substantielle erklæring i *Tim* om, at artikel 18, stk. 2, er en "kerneverdi",<sup>129</sup> er ifølge *Janssen* forsat uklar.<sup>130</sup> Fremskridtet og håndhævelsen af denne bestemmelse vil således afhænge af den politiske vilje og incitamenterne i den nationale

---

<sup>123</sup> Det kan ifølge Carina Risvig Hamer, "Article 18 Public Procurement Principles", i *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU*, red. Roberto Caranta (Edward Elgar Publishing, 2021), s. 199. hævdes, at relevansen af bestemmelsen af artikel 18, stk. 2, er blevet forstærket af dens placering under titlen "udbudsprincipper".

<sup>124</sup> Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, s. 119.

<sup>125</sup> *Tim*. præmis 38.

<sup>126</sup> Af præambelbetragtning 38 følger det, at "med henblik på en hensigtsmæssig integration af de miljømæssige, sociale og arbejdsmarkedsmæssige krav i de offentlige udbudsprocedurer er det særlig vigtigt, at *medlemsstaterne og de ordregivende myndigheder* træffer relevante foranstaltninger til at sikre overholdelse af miljø-, social- og arbejdsretlige forpligtelser (...)." Se mere *Ølykke*, *EU's udbudsregler*, s. 834.

<sup>127</sup> *Ølykke*, s. 834.

<sup>128</sup> Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, s. 121.

<sup>129</sup> *Tim*. præmis 38.

<sup>130</sup> Willem Janssen, "Shifting Towards Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Context, Relevance and a Typology", i *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*, red. Willem Janssen og Roberto Caranta (Oxford: Hart Publishing, 2023), s. 44.

gennemførelse af bestemmelsen.<sup>131</sup> Dette støttes af udbudslovsudvalgets fortolkning af artikel 18, stk. 2, hvorefter medlemsstaterne selv kan beslutte, om de vil indføre regler om bæredygtighed i offentlige indkøb.<sup>132</sup> Hertil kan det bemærkes, at eftersom medlemsstaterne skal implementere bestemmelsen, kan det svække de forpligtelser, der følger af den.<sup>133</sup>

Der er forsat ingen pligt til at fremme miljøhensyn i udbudsloven, og det er derfor op til ordregivere at vurdere, hvorvidt grønne hensyn skal inddrages i udbudsprocessen. I tråd hermed er EU-Domstolen ikke tilbageholdende med at håndhæve de generelle udbudsretlige principper, mens grønne- og sociale hensyn er blevet betragtet som en del af ordregiveres skøn.<sup>134</sup> På baggrund af ovenstående synes det svært at argumentere for, at der er et egentligt princip om bæredygtighed i udbudsretten på lige fod med de øvrige principper i udbudslovens § 2.

---

<sup>131</sup> Andrecka og Peterková Mitkidis, “Sustainability Requirements in EU Public and Private Procurement – a Right or an Obligation?”, s. 81.

<sup>132</sup> Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, s. 548.

<sup>133</sup> Hamer, “Article 18 Public Procurement Principles”, s. 198.

<sup>134</sup> Dette kan bl.a. læses ud af Udbudsdirektivets artikel 56, der fastslår, at ordregivere kan beslutte ikke at tildele en kontrakt til tilbudsgiveren, der indgiver det mest økonomisk fordelagtige tilbud, hvis de har fastslået, at tilbuddet ikke overholder de i artikel 18, stk. 1, gældende forpligtelser. Det kan også læses ud af præmis 55 i *Concordia*, hvor EU-Domstolen udtalte, at det var en ”ret” for ordregiver at lægge vægt på grønne hensyn.

## 4. Tilknytningskravet

Ordregivere har et bredt skøn over, hvordan kontraktgenstanden og de nærmere krav hertil skal fastlægges. Ordregivere kan således i en vis grad selv bestemme, hvordan grønne hensyn skal inddrages i udbudsprocessen.<sup>135</sup> Rammerne for anvendelse af grønne hensyn består dog, ligesom andre dele af udbudsprocessen, ikke af fuldstændig valgfrihed. EU-Domstolen har fastslået, at grønne hensyn kun kan anvendes, hvis de opfylder tilknytningskravet.<sup>136</sup>

I det følgende vil tilknytningskravets oprindelse blive analyseret, og derefter vil dets betydning blive analyseret i forhold til flere dele af udbudsprocessen (tekniske specifikationer, egnedskriterier, tildelingskriterier og betingelser til kontraktens gennemførelse). Dette gøres for at vurdere, hvordan tilknytningskravet påvirker ordregiveres inddragelse af grønne hensyn i udbud, herunder i udbud af datacenterydelser.

### 4.1 Tilknytningskravets oprindelse

#### 4.1.1 EU-Domstolens fortolkning af tilknytningskravet

Tidligere direktiver om offentlige indkøb havde begrænset eller ingen omtale af forholdet mellem tildelingskriterier og kontraktens genstand.<sup>137</sup> I bygge- og anlægsdirektivet af 1971<sup>138</sup> samt vareindkøbsdirektivet af 1976<sup>139</sup> var det alene anført, at ordregivere kunne vælge diverse kriterier, der varierede alt efter kontrakten. Forbindelsen mellem udbuddets krav og den udbudte kontrakt var således uklar i de tidligere udbudsdirektiver.<sup>140</sup> EU-Domstolen har dog i en række domme konkretiseret dette forhold.<sup>141</sup> Særligt sagerne *Concordia*, *EVN* og *Max Havelaar* har været med til

---

<sup>135</sup> Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 378.

<sup>136</sup> *Concordia*. Præmis 59.

<sup>137</sup> M. Martens og S. De Margerie, "The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 8, nr. 1 (2013): s. 9.

<sup>138</sup> Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

<sup>139</sup> Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb.

<sup>140</sup> Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, s. 393.

<sup>141</sup> Sag C-225/98, *Kommissionen mod Frankrig*, EU:C:2000:494, *Concordia*; *EVN*, og *Max Havelaar*.

at fastlægge tilknytningskravet og ordregiveres mulighed for at inddrage grønne hensyn i udbudsprocessen.

EU-Domstolen introducerede tilknytningskravet for første gang i sin afgørelse i *Concordia*. Sagen omhandlede, hvorvidt en ordregiver kunne give ekstra point til tilbud, der var mindre støj- og miljøbelastende.<sup>142</sup> Ifølge udbudsbetingelserne skulle det økonomisk mest fordelagtige tilbud vurderes ud fra tre kriterier, herunder tjenesteyderens drift inden for området for kvalitet og miljø.<sup>143</sup> Omkring anvendelse miljøhensyn som tildelingskriterier anførte Generaladvokat Mischo i sit forslag til afgørelse, at ordregivere generelt kan anskaffe sig de varer eller tjenesteydelser, ”*der svarer til dens holdning om miljøbeskyttelse.*”.<sup>144</sup> Ordregivere, der har ret til at fastlægge transportkriterier i de tidlige faser af en udbudsproces, kunne ifølge Generaladvokat Mischo også integrere disse kriterier på et senere tidspunkt, f.eks. i tildelingsfasen.<sup>145</sup>

EU-Domstolen udtalte, at ordregivere ikke er begrænset til at anvende økonomiske kriterier, når de skal identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.<sup>146</sup> Ordregivere kunne derfor også tage miljømæssige hensyn i betragtning. EU-Domstolen fastslog dog modsat Generaladvokatens forslag til afgørelse, at sekundære hensyn, såsom miljøhensyn, skal opfylde et tilknytningskrav.<sup>147</sup> Det blev udtalt, at siden tilbudsgivernes bud ”*knytter sig til kontraktens genstand, følger det heraf, at de kriterier for tildeling (...) nødvendigvis også skal være forbundet med kontraktens genstand.*”<sup>148</sup> Herudover skulle ordregivere sikre, at de grønne hensyn: 1) ikke tillægger ordregiverne et ubetinget frit valg, 2) er udtrykkeligt nævnt i udbudsmaterialet, og 3) overholder alle de grundlæggende principper, herunder navnlig ligebehandlingsprincippet.<sup>149</sup> EU-Domstolen fandt, at kriterierne i sagen vedrørende nitrogenoxidemissioner og støjniveau opfyldte tilknytningskravet.

---

<sup>142</sup> *Concordia*. præmis 29.

<sup>143</sup> *Ibid.* præmis 21.

<sup>144</sup> Generaladvokat Mischo, forslag til afgørelse i Sag C-515/99, *Concordia*, EU:C:2001:618. præmis 79

<sup>145</sup> *Ibid.* præmis 77-80.

<sup>146</sup> *Concordia*. præmis 55.

<sup>147</sup> Generaladvokat Mischo, forslag til afgørelse i Sag C-515/99, *Concordia*, EU:C:2001:618. præmis 110-112

<sup>148</sup> *Concordia*. præmis 59.

<sup>149</sup> *Ibid.* præmis 64.

Af *Concordia* følger det således, at ordregivere skal iagttage tilknytningskravet, når de fastlægger tildelingskriterier. Dette betyder, at der skal være en tæt sammenhæng mellem karakteristika ved den udbudte kontrakt og det stillede krav. EU-Domstolen fastslog desuden, at tilknytningskravet ikke kun gælder for den udbudte kontrakts funktionelle formål, i sagen levering af bustransporttjenester, men også for eksterne miljøpåvirkninger, såsom luftforurening. Dog skal miljøpåvirkningerne være forårsaget af brugen af det indkøbte produkt eller ydelse for at opfylde tilknytningskravet.<sup>150</sup>

Blot et år efter *Concordia* skulle EU-Domstolen vurdere tilknytningskravet, når tildelingskriteriet ikke skabte en forskel i ydeevnen af det udbudte produkt. I *EVN* skulle EU-Domstolen afgøre, om en ordregiver kunne anvende et tildelingskriterie vedrørende levering af el, hvor det højeste antal point blev tildelt den tilbudsgiver, der kunne levere den højeste mængde vedvarende energi til forbrugerne. EU-Domstolen udtalte med henvisning til *Concordia*,<sup>151</sup> at ordregiveren godt kunne tage hensyn til miljøhensyn, såsom levering af vedvarende energi, ved vurderingen af det økonomiske mest fordelagtige tilbud.<sup>152</sup> Dog skulle tildelingskriteriet opfylde tilknytningskravet. I den konkrete sag var det ikke tilfældet, da tildelingskriteriet udelukkende henviste til mængden af vedvarende energi, der oversteg det forventede årlige forbrug af den offentlige kontrakt.<sup>153</sup>

Af *EVN* følger det således, at ordregivere i princippet kan anvende tildelingskriterier, der kræver, at den leverede elektricitet er produceret fra vedvarende energikilder.<sup>154</sup> EU-Domstolen skelnede her mellem produktionskrav til kontraktleverancer og produktionskrav, der gælder for virksomheder generelt. Kun produktionskrav til kontraktleverancer var tilladt.<sup>155</sup> EU-Domstolen gik her videre end sin afgørelse i *Concordia*<sup>156</sup> ved at fastslå, at miljøpåvirkninger, der opstår under produktionen af

---

<sup>150</sup> Ibid. præmis 65.

<sup>151</sup> *Concordia*. Præmis 69.

<sup>152</sup> *EVN*. præmis 33.

<sup>153</sup> Ibid. præmis 68 og 71.

<sup>154</sup> Ibid. præmis 67-68.

<sup>155</sup> Laurens Ankersmit, "The Contribution of EU Public Procurement Law to Corporate Social Responsibility", *European Law Journal* 26, nr. 1–2 (marts 2020): s. 17.

<sup>156</sup> *Concordia*. Præmis 34.

kontraktvaren, også kan være omfattet af tilknytningskravet.<sup>157</sup> Dette betyder, at ordregivere kan anvende grønne hensyn, der ikke har åbenlys effekt på den fysiske sammensætning eller ydeevne af det udbudte produkt eller den udbudte tjenesteydelse. EU-Domstolens afvisning af ordregiverens argument om at sikre leveringsdygtighed antyder, at der også er et implicit proportionalitetskrav i vurderingen af tilknytningskravet.<sup>158</sup> Kravet i den konkrete sag kunne anses for at gå længere end nødvendigt for at sikre vedvarende energi.

EU-Domstolen fortolkede endnu engang tilknytningskravet i *Max Havelaar*, der blev afsagt i perioden, hvor 2014-udbudsdirektiverne var under forhandling.<sup>159</sup> I sagen havde ordregiveren forsøgt at inkludere kriterier for økologiske og fair trade produkter i en kontrakt om levering af te- og kaffeautomater ved brug af specifikke mærker. Tildelingskriterierne var ikke forenelige med 2004-Udbudsdirektivet,<sup>160</sup> idet de kun henviste til mærkernes navne og ikke tillod tilbudsgiverne at påvise, at deres produkter opfyldte de underliggende kriterier.<sup>161</sup> Vedrørende tilknytningskravet fandt EU-Domstolen, at kriterier, der vedrører en bestemt produktion, såsom økologisk landbrug, eller distribution, såsom fair trade indkøbsvilkår, kan anses for at være miljømæssige egenskaber, der opfylder tilknytningskravet.<sup>162</sup>

EU-Domstolen fastslog, at vilkårene skulle leveres specifikt i forbindelse med kontrakten og derfor ikke skulle anses for at være et krav til tilbudsgivernes generelle indkøbspolitik, som ellers var blevet hævdet af Kommissionen.<sup>163</sup> Domstolen angav endnu engang med en henvisning til *EVN*,<sup>164</sup> at EU-udbudsretten ikke kræver, at et tildelingskriterie skal vedrøre et produkts iboende egenskaber.<sup>165</sup> På

---

<sup>157</sup> Martens og De Margerie, "The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement", s. 13.

<sup>158</sup> *EVN* præmis 53. Se også Abby Semple, "The link to the subject matter: A glass ceiling for sustainable public contracts?", i *Sustainable Public Procurement under EU Law*, red. Beate Sjøfjell og Anja Wiesbrock, 1. udg. (Cambridge University Press, 2015), s. 58.

<sup>159</sup> *Ibid.* s. 59.

<sup>160</sup> Nærmere bestemt Artikel 53, stk. 1, litra a.

<sup>161</sup> *Max Havelaar*. præmis 93, 95, 96 og 97.

<sup>162</sup> *Ibid* præmis 89

<sup>163</sup> *Ibid* præmis 90.

<sup>164</sup> *EVN*. præmis 34.

<sup>165</sup> *Max Havelaar*. præmis 91.



den baggrund var der principielt intet, der hindrede et tildelingskriterie, der krævede, at de varer, der skulle leveres, skulle være af fair trade oprindelse.<sup>166</sup> Dette gjaldt dog kun for tildelingskriterier, idet EU-Domstolen afviste, at fair trade hensyn kunne anvendes som tekniske specifikationer.<sup>167</sup>

I *Max Havelaar* definerede EU-Domstolen således de forskellige muligheder for at tage miljømæssige hensyn ved tildeling af kontrakter mere konkret. EU-Domstolen gentog også, at tildelingskriterier ikke behøver at vedrøre særlige egenskaber ved det anskaffede, og at de ikke behøver at kunne måles eller vejes.<sup>168</sup> Afgørelsen synes at støtte en løsere version af tilknytningskravet end det, der blev anvendt i *EVN*, idet de pågældende fair trade kriterier indeholdt et krav om længerevarende handelsrelationer med producenter.<sup>169</sup> Eksistensen af en længerevarende handelsrelation går per definition ud over de umiddelbare behov hos ordregiveren i den specifikke udbudte kontrakt. Det er dog vigtigt at bemærke, at kravet om længerevarende handelsrelationer ikke blev påstået som uproportionelt i *Max Havelaar*. Det er derfor muligt, at EU-Domstolen ville have fundet kravet for at gå for langt, hvis det var påstået i traktatbudssagen.<sup>170</sup>

Samlet set viser de tre afgørelser den vurdering, som EU-Domstolen foretager af grønne hensyn ved tildelingen af offentlige kontrakter. De tre afgørelser viser også, at rammen for tilknytningskravet er blevet udvidet fra EU-Domstolens afgørelse *Concordia* til EU-Domstolens afgørelse i *EVN*. Hermed omfatter tilknytningskravet også eksterne miljøpåvirkninger, der ikke viser sig konkret i den indkøbte ydelse eller et produkts ydeevne. At fair trade hensyn ifølge EU-Domstolens afgørelse i *Max Havelaar* opfylder tilknytningskravet, antyder, at der er en vis fleksibilitet i kravet, afhængigt af det konkrete grønne hensyn. Tilbudsgivernes generelle grønne politik kan dog ikke ifølge nogle af afgørelserne opfylde tilknytningskravet. Ligesom at de grønne hensyn skal være gennemsigtige, vil en ordregiver som udgangspunkt ikke kunne fastsætte grønne tildelingskriterier, der anses for at gå længere end nødvendigt for at sikre opfyldelse af det grønne hensyn, som ordregiveren ønsker at forfølge.

---

<sup>166</sup> Ibid præmis 91 og 92

<sup>167</sup> Ibid præmis 38.

<sup>168</sup> Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, s. 397.

<sup>169</sup> *Max Havelaar*. præmis 37.

<sup>170</sup> Semple, "The link to the subject matter" Ibid s. 60.

#### **4.1.2 Implementering af EU-Domstolens praksis i udbudsdirektiverne og udbudsloven**

EU-Domstolens fortolkning af tilknytningskravet har givet retning for, hvordan grønne hensyn *kan* tages i betragtning, og hvordan tilknytningskravet *skal* tages i betragtning under en udbudsprocedure. Dette ses både i præambelbetragtninger og artiklerne i 2004-Udbudsdirektivet,<sup>171</sup> der blev gennemført efter EU-Domstolens afgørelser i *Concordia* og *EVN*, og især i 2014-Udbudsdirektivet,<sup>172</sup> der blev vedtaget efter EU-Domstolens afgørelse i *Max Havelaar*.

I 2004-Udbudsdirektivet blev det i den første præambelbetragtning anført, at direktivet var baseret på retspraksis fra EU-Domstolen og især EU-Domstolens afgørelser om tilknytningskravet. Artikel 53, stk. 1, litra a, kodificerede i høj grad EU-Domstolens afgørelse i *Concordia*. I henhold til bestemmelsen kunne ordregiver anvende grønne hensyn som tildelingskriterier, hvis kriterierne opfylder tilknytningskravet, var objektivt fastsat på forhånd og overholdt forbuddet mod forskelsbehandling. Artikel 53, stk. 1, litra a, fulgte EU-Domstolens afgørelse i *EVN*, om at produktionsmetoden kan være en acceptabel teknisk specifikation. 2004-direktivet gik dog længere end retspraksis ved også at nævne kontraktens genstand i henhold til egnethedskriterier<sup>173</sup> og tekniske specifikationer.<sup>174</sup>

2014-Udbudsdirektivet har udvidet tilknytningskravets anvendelsesområde og fastsatte en række specifikke muligheder for at inddrage miljøhensyn i udbudsprocessen, herunder som kontraktvilkår.<sup>175</sup> Denne mulighed fremgik ikke af 2004-Udbudsdirektivet. 2014-Udbudsdirektivet

---

<sup>171</sup> 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.

<sup>172</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

<sup>173</sup> Artikel 44, stk. 2, fastsatte, at minimumskriterier for egnethed, der kræves i forbindelse med en bestemt kontrakt, ”skal hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand.” Se også Martens og De Margerie, “The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement”, s. 10.

<sup>174</sup> Artikel 23, stk. 3, litra b fastsatte, at tekniske specifikationer, der angiver krav til funktionsdygtighed eller funktionelle krav som miljøegenskaber, ”skal være så præcise, at tilbudsgiverne kan identificere kontraktens genstand.” se også Martens og De Margerie, s. 10.

<sup>175</sup> Udbudsdirektivets artikel 70.

har bibeholdt det udtrykkelige krav om tilknytningskravet fra retspraksis og det tidligere direktiv, og har tilføjet en beskrivelse af tilknytningskravet i artikel 67, der delvist tager udgangspunkt i EU-Domstolens udtalelser i *Max Havelaar*.<sup>176</sup> Præambelbetragtning 97 har herudover fastslået, at kriterier og betingelser vedrørende generel virksomhedspolitik ikke kan anses for at være kriterier vedrørende den specifikke produktionsproces eller levering af den udbudte ydelse. Det gælder således både for tekniske specifikationer, tildelingskriterier og kontraktvilkår.<sup>177</sup> Udover de nærmere beskrivelser i artikel 67, stk. 3, og præambelbetragtning 97, er der dog ikke en egentlig definition af tilknytningskravet i 2014-Udbudsdirektivet.

Tekniske specifikationer skal i 2014-Udbudsdirektivet, ligesom i 2004- Udbudsdirektivet, være tilstrækkelige præcise til, at tilbudsgiverne kan bestemme kontraktens genstand. Ordregivere har dog bredere adgang til at formulere de tekniske specifikationer. Denne tilgang skyldes bl.a. et ønske om at give ordregiverne bedre mulighed for at inddrage grønne hensyn i udbud.<sup>178</sup> I overensstemmelse med EU-Domstolens afgørelse i *Max Havelaar* omfatter denne bredere adgang dog ikke fair trade hensyn.<sup>179</sup>

Eftersom man fra dansk side har valgt at omskrive Udbudsdirektivet ind i dansk ret, jf. afsnit 2.3.3, er 2014-Udbudsdirektivets bestemmelser om tilknytningskravet skrevet ind i en række bestemmelser i udbudsloven. I den forbindelse kan særligt udbudslovens § 163 fremhæves, hvor tilknytningskravet har fundet vej til en selvstændig bestemmelse. Ifølge lovbemærkningerne har bestemmelsen til formål at integrere sociale og miljømæssige hensyn bedre i offentlige indkøb.<sup>180</sup> Herudover giver udbudsloven mulighed for at fremme grønne hensyn ved ordregiveres mulighed for at stille krav om miljømærker som del af de tekniske specifikationer, som del af tildelingskriterier og/eller i kontraktvilkårene. Disse muligheder vil dog ikke behandles yderligere, idet de ikke formodes at have

---

<sup>176</sup> I Artikel 67 er det således specificeret, hvornår tilknytningskravet som udgangspunkt vil være opfyldt for tildelingskriterier, hvilket er krav til produktionsmetoden og krav, der vedrører et produkts livscyklus.

<sup>177</sup> Semple, "The link to the subject matter", s. 62.

<sup>178</sup> Hamer, *Udbudsret*, s. 567.

<sup>179</sup> *Max Havelaar*. præmis 37.

<sup>180</sup> Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 186.

materiel betydning for afhandlingens fokus. Yderligere information om miljømærker kan findes i de angivne referencer.<sup>181</sup>

Udbudsdirektivets øvrige muligheder for at inddrage miljøhensyn samt tilknytningskravet er også blevet en del af udbudsloven. Disse bestemmelser vil blive gennemgået i den nedenstående analyse af tilknytningskravets rækkevidde i de enkelte dele af udbudsprocessen.

## **4.2 Tilknytningskravets betydning for inddragelsen af grønne hensyn**

### **4.2.1 Tekniske specifikationer**

Tekniske specifikationer fastsætter de egenskaber, som ordregiveren kræver ved den konkrete ydelse, der skal anskaffes. De udbudsretlige krav til tekniske specifikationer fremgår af udbudslovens §§ 40-45.<sup>182</sup> Ordregivere skal i henhold til udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 1, beskrive, hvilke funktionsdygtigheder, funktionskrav, tekniske krav eller andre krav kontrakten skal have. Tekniske specifikationer skitserer dermed ordregivernes behov i det konkrete udbud. De legemliggør således emnet for kontrakten.<sup>183</sup>

Det fremgår af lovbemærkningerne til udbudslovens § 41, at det centrale ved beskrivelsen af tekniske specifikationer er, at denne er så præcis, at tilbudsgivere kan identificere kontraktens genstand, så ordregiveren kan tildele kontrakten.<sup>184</sup> Spørgsmålet er herefter, hvorvidt ordregivere således har fuldstændig frie rammer til at anvende grønne hensyn i tekniske specifikationer, så længe de opfylder kravet om at være præcise. Som det fremgår af lovbemærkninger til udbudslovens § 40, stk. 2, kan ordregivere fastsætte sociale krav i de tekniske specifikationer i det omfang, de karakteriserer den

---

<sup>181</sup> Ibid s. 48; *Max Havelaar* præmis 61; Generaladvokat Kokott, forslag til afgørelse i sag C-368/10 *Max Havelaar*, EU:C:2011:840, præmis 52; Hamer, *Udbudsret*, s. 686; Poulsen m.fl., *EU udbudsretten*, s. 377; og M. Müller-Wrede, "Sustainable Purchasing in the Aftermath of the ECJ's 'Max Havelaar' Judgment", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 7, nr. 2 (2012).

<sup>182</sup> Udbudslovens § 40-44, udspringer af Udbudsdirektivets artikel 42, mens udbudslovens § 45 omkring sortimentsudbud gennemfører udelukkende et nationalt krav, som er indført efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget, jf. Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 90.

<sup>183</sup> Martens og De Margerie, "The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement", s. 11.

<sup>184</sup> Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 87.

pågældende vare, tjenesteydelse eller bygge- og anlægsprojekt.<sup>185</sup> Det antages, at det samme gør sig gældende for grønne hensyn, da lovgiver ikke har eksplicit udelukket dette.<sup>186</sup>

Af lovbemærkningerne til udbudslovens § 40, stk. 2, fremgår det også, at tekniske specifikationer skal fastsættes som egenskaber. Dette er i hvert fald tilfældet, såfremt de tekniske specifikationer er egenskaber ved selve produktet i form af nitrogenoxidemissioner og lavt støjniveau, jf. *Concordia*.<sup>187</sup> Heraf følger også, at de funktionelle krav ordregiver ønsker at stille med hensyn til miljøpåvirkning af et produkt, tjenesteydelse eller bygge og anlægsprojekt skal opfylde tilknytningskravet.<sup>188</sup> Det centrale i vurdering af opfyldelsen af tilknytningskravet må således være, om det grønne hensyn i de tekniske specifikationer kan anses som egenskaber eller karakteristika af kontrakten.

Spørgsmålet er herefter, om grønne hensyn såsom produktionsmetoder, der ikke efterlader spor i det endelige produkt, kan anses for at være egenskaber eller karakteristika af kontrakten. Dette svarede EU-Domstolen bekræftende på i *EVN*<sup>189</sup> og gentog i *Max Havelaar*.<sup>190</sup> Af *Max Havelaar*<sup>191</sup> følger det også direkte, at tilknytningskravet vil være opfyldt ved bestilling af eksempelvis økologiske varer, idet det anses som en henvisning til produktionsprocesser. Her stilles der således ikke krav om, at den specifik proces udgør en del af kontraktens materielle indhold.<sup>192</sup> Modsat sociale hensyn, der ifølge lovbemærkninger, ikke være kan knyttet til produktionsmetoden som tekniske specifikationer, antages det således at grønne hensyn godt kan anvendes som tekniske specifikationer til

---

<sup>185</sup> Ibid. s. 86.

<sup>186</sup> I bemærkningerne til § 40, stk. 2, er muligheden for at varetage miljøegenskab eksplicit nævnt, dvs. at ordregivere kan fastsætte egenskaber vedrørende miljø- og klimapræstation.

<sup>187</sup> *Concordia*. præmis 59 og 69.

<sup>188</sup> Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, s. 397.

<sup>189</sup> *EVN*. Præmis 34.

<sup>190</sup> *Max Havelaar*. præmis 90 og 91.

<sup>191</sup> Ibid. præmis 90.

<sup>192</sup> Denne tilgang fremgår også af udbudslovens § 40, stk. 2, hvorefter tekniske specifikationer også kan angå en specifik proces eller metode for produktion eller levering. Ligesom det fremgår af, at de tekniske specifikationer ikke nødvendigvis skal føre til synlige egenskaber ved leverede ydelser, jf. Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 86.

produktionsmetoden.<sup>193</sup> Det er dog forsat et krav, at de ”usynlige” egenskaber skal være knyttet til kontraktens genstand og ikke den generelle produktion hos virksomheden for at opfylde tilknytningskravet.<sup>194</sup> Ordregivere vil herudover ikke kunne inddrage et krav om fair trade som en teknisk specifikation, da fair trade hensyn om længere varende handelsforbindelse ikke opfylder kravet om, at betingelserne vedrører egenskaber ved den pågældende ydelse.<sup>195</sup>

*Max Havelaar* antyder herudover, at tekniske specifikationer og tildelingskriterier skal vurderes på samme måde i forhold til tilknytningskravet.<sup>196</sup> Dette skyldes ifølge *Burgi og Brandmeier*, at EU-Domstolen i *Max Havelaar* ikke foretog en forskellig juridisk vurdering af de to forhold.<sup>197</sup> Da tekniske specifikationer er kontraktens genstand, er der ikke behov for et eksplicit tilknytningskrav.<sup>198</sup> Selvom tilknytningskravet ikke fremgår direkte af udbudslovens bestemmelser vedrørende krav til tekniske specifikationer, så skal der foretages en vurdering af grønne hensyns tilknytning til egenskaber ved den pågældende ydelse, uanset om disse kan anses for være iboende eller ”usynlige.”

#### **4.2.2 Egnethedskriterier og udvælgelsesfasen**

Egnethedskriterier angår tilbudsgivernes generelle egnethed til at udføre en opgave. Udvalgsfasen handler om at vælge mellem egnede ansøgere på baggrund af objektive kriterier, der kaldes udvælgelseskriterier. Egnethedsvurdering er det første trin i udvælgelsesfasen. Derfor vil egnethedskriterier blive anvendt som samlet begreb i den følgende analyse.<sup>199</sup> Udbudslovens § 140 vedrører kravene til ansøgere og tilbudsgiveres egnethed. Ved vurderingen af egnethed ser ordregivere på, hvordan virksomheder hidtil har udført tilsvarende opgaver.<sup>200</sup> I dansk ret er

---

<sup>193</sup> Lovforslag L 19 ”Forslag til udbudsloven” fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 86.

<sup>194</sup> *Max Havelaar*. Præmis 90.

<sup>195</sup> *Ibid.* præmis 37. Se også Hamer, *Udbudsret*, s. 672.

<sup>196</sup> Martin Burgi og Benedikt Brandmeier, ”Quality as an Interacting Award Criterion under Current and Future EU-Law”, *European Public Private Partnership Law Review* 9, nr. 1 (2014): s. 21.

<sup>197</sup> *Ibid.*

<sup>198</sup> Martens og De Margerie, ”The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement”, s. 11.

<sup>199</sup> Af Udbudsdirektivets artikel 58, der er implementeret i dansk ret for både egnethedskriterier og udvælgelseskriterier fremgår alene ”udvælgelseskriterier” i titlen. Tilknytningskravet refereres dog i henhold til stk.1, der er implementeret i dansk ret som egnethedskriterier.

<sup>200</sup> Udbudslovens § 140 implementerer Udbudsdirektivets artikel 58, stk. 1 og stk. 5

egnethedskriterier på forslag fra Udbudslovsudvalget fastsat som minimumskrav, jf. udbudsloven § 140, stk. 2.<sup>201</sup> Det betyder, at en tilbudsgiver eller en ansøger afvises som uegnet, hvis denne ikke opfylder de fastsatte minimumskrav.

I Kommissionens forslag til 2014-Udbudsdirektivet fremgik det, at alle krav til egnethed ”skal være relaterede og stå i nøje forhold til kontraktens genstand (min understregning).”<sup>202</sup> I det vedtagne 2014-Udbudsdirektiv er dette krav blevet ændret til, at ”alle krav skal være relaterede og stå i forhold til kontraktens genstand.” Med denne ændring kan bestemmelsen anses for at have et mere løst tilknytningskrav end, hvad Kommissionen indledningsvis havde ønsket. Modsat Udbudsdirektivets artikel 58, stk. 1, har man fra dansk side valgt ikke eksplicit at fremføre et tilknytningskrav i bestemmelsen. Det fremgår dog af lovbemærkningerne til udbudslovens § 140, stk. 2, at egnethedskriterier skal hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand.<sup>203</sup> Derudover fremgår det af bemærkningerne, at de mulige egnethedskriterier, som ordregivere kan lægge vægt på, er tidligere eller nuværende situationer for tilbudsgiverne.<sup>204</sup> Dette er en afvigelse fra, hvad der forstås ved tilknytningskravet i udbudslovens § 163 om tildelingskriterier, jf. afsnit 4.1.2 og afsnit 4.2.3.

Udvælgelsesfasen og tildelingsfasen skal sondres fra hinanden. Dette fremgår både af praksis og af udbudsreglerne. EU-Domstolens afgørelse i *Beentjes*, var et af de første bidrag til denne retstilling.<sup>205</sup> I sagen understregede EU-Domstolen, at der er forskel på formålet med egnethedskriterier og tildelingskriterier.<sup>206</sup> Denne retstilling blev fastholdt i EU-Domstolens afgørelse i *Lianakis*, hvor ordregiveren havde fastlagt tre underkriterier til vurdering af det økonomisk mest fordelagtige tilbud,

---

<sup>201</sup> Ifølge Lovforslag L 19 “Forslag til udbudsloven” fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 160. kom forslaget for at styrke gennemsigtighed i udbudsprocessen så en potentiel tilbudsgiver kan vurdere om denne vil anvende ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud.

<sup>202</sup> Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, KOM (2011) 896 endelig. I Kommissionens forslag var udvælgelseskriterie reguleret i artikel 56.

<sup>203</sup> Lovforslag L 19 “Forslag til udbudsloven” fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 160.

<sup>204</sup> Ibid.

<sup>205</sup> Sag C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV mod den Nederlandske stat*, EU:C:1988:422.

<sup>206</sup> *Beentjes*. præmis 17.

som alle vedrørte tilbudsgivernes egnethed til at udføre kontrakten.<sup>207</sup> EU-Domstolen fandt, at kriterierne ikke kunne have status som tildelingskriterier i henhold til det daværende udbudsdirektiv.<sup>208</sup> Af denne opdeling følger, at ordregivere i forbindelse med udvælgelsesfasen udelukkende kan tage hensyn til forhold, der vedrører virksomhederne. Forhold, der relaterer sig til kontraktens genstand, skal primært varetages i forbindelse med tildelingsprocessen.<sup>209</sup>

På baggrund af *Beentjes* og *Lianakis* antages det, at ordregiver ikke kan opstille grønne egnethedskriterier, der er beskrevet som funktionskrav. Disse kriterier omhandler ansøgerens eller tilbudsgiverens muligheder for at opfylde et kontraktvilkår. Egnethedskriterier, der relaterer sig til en virksomheds grønne forretningspolitik, er tilladt, såfremt de står i forhold til kontraktens genstand. Udbudslovens bestemmelser om egnethedskriterier vedrørende miljø- og forsyningskædeledelse giver ordregivere konkrete muligheder for at varetage grønne hensyn i udvælgelsesprocessen. I medfør af § 155, stk. 5, kan ordregivere stille krav om oplysninger om, hvordan ansøgerne eller tilbudsgiverne vil forvalte deres forsyningskæde og de eftersporingsystemer, som de kan anvende ved gennemførelsen af kontrakten. Lovbemærkningerne til bestemmelsen angiver, at ordregivere kan kræve en beskrivelse af, hvordan ansøgerne eller tilbudsgiverne vil administrere og kontrollere deres underleverandørkæder.<sup>210</sup> Dette kan for eksempel ske ved at beskrive oplysninger om den person hos ansøgerne eller tilbudsgiverne, der har overblikket over underleverandørerne og deres opgaver.<sup>211</sup> Dette krav har en løsere sammenhæng med kontraktens genstand, da det er et generelt krav til virksomheden.

---

<sup>207</sup> Sag C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE m.fl. mod Dimos Alexandroupolis m.fl.*, EU:C:2008:40 (herefter *Lianakis*). Kriterierne var tilbudsgivernes erfaring, deres personale og udstyr samt deres evnen til at gennemføre undersøgelsen inden for den fastsatte tid, sammenholdt med konsulentfirmaets indgåede forpligtelser og dets videnskabelige potentiale.

<sup>208</sup> Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler. artikel 36.

<sup>209</sup> Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, *EU's udbudsdirektiver med kommentarer*, 2. udg (København: Jurist- og Økonomforbundet, 2008), s. 1203.

<sup>210</sup> Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 176.

<sup>211</sup> *Ibid.*



Udover dette kan ordregiver efter udbudslovens § 155, stk. 8, stille krav om angivelse af miljøstyringsforanstaltninger, som ansøgerne eller tilbudsgiverne kan anvende ved gennemførelsen af kontrakten. Det følger dog af lovbemærkningerne, at ordregiver alene skal vælge den dokumentation, der er relevant for et konkret udbud.<sup>212</sup> I udvælgelsesfasen vil en sådan betingelse formentlig blive anset for at have tilstrækkelig forbindelse med kontraktens genstand, uden at der er behov for en reel overvejelse af forbindelsen.<sup>213</sup> I relevante tilfælde kan ordregivere desuden i medfør af udbudslovens § 158 kræve, at tilbudsgivere eller ansøgere fremlægger certifikater udstedt af uafhængige organer til bekræftelse af, at de opfylder bestemte miljøledelsessystemer eller miljøledelsesstandarder.<sup>214</sup>

At egnethedskriterier og dokumentation herfor skal være relevante, indikerer et krav om proportionalitet. Tilknytningskravets indflydelse på ordregiveres mulighed for at varetage grønne hensyn i udvælgelsesfasen påvirkes dermed i høj grad også af, hvorvidt varetagelsen af det grønne hensyn kan anses for at være proportionalt.<sup>215</sup> Det antages i den forbindelse, at hvis ordregiver f.eks. har fastsat en lang række krav i kontrakten, der indeholder grønne hensyn, kan ordregiver i højere grad stille krav til, at tilbudsgivere eller ansøgere kan fremlægge deres virksomhedspolitik til energikilder. Dette skyldes, at der i så fald er en større sammenhæng mellem egnethedskriteriet og kontraktens genstand.

Selvom udbudsloven giver ordregiver mulighed for at inddrage grønne hensyn i udvælgelsen,<sup>216</sup> betyder tilknytningskravet, at ordregiver ikke i alle tilfælde kan inddrage dem. Dette skyldes, at der fortsat skal være en relation til kontraktens genstand. Denne sammenhæng er dog ret løs, idet ordregiver kan lægge vægt på tidligere udførsler af offentlige kontrakter.<sup>217</sup> Egnethedskriterier

---

<sup>212</sup> Ibid.

<sup>213</sup> Martens og De Margerie, "The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement", s. 13.

<sup>214</sup> Hamer, *Udbudsret*, s. 674.

<sup>215</sup> jf. også udbudslovens § 140, stk. 2, hvoraf det fremgår, at ordregivere kun kan "anvende de minimumskrav til egnethed, der er relevante."

<sup>216</sup> Udbudslovens muligheder for at inddrage grønne hensyn i udvælgelsen udspringer specifikt af Udbudsdirektivets artikel 60, stk. 4, samt direktivets bilag XII, del II.

<sup>217</sup> Semple, "The link to the subject matter", s. 58.

behøver ikke at være knyttet til kontraktens genstand på samme måde som tildelingskriterier. Ordregivere har dermed i højere grad frihed til at inddrage grønne hensyn i egnedskriterier.

#### 4.2.3 Tildelingskriterier

Tildelingskriterier angår de forhold, som tilbudsgiverne skal konkurrere på ved tildelingen af en udbudt kontrakt. Tildelingskriterier skal i henhold til udbudslovens § 163,<sup>218</sup> være knyttet til kontraktens genstand. Det samme gælder for andre kriterier for tildeling, herunder underkriterier, som skal gøre det muligt for ordregivere at vurdere de enkelte tilbud i forhold til kontraktens genstand.<sup>219</sup>

Ved tildelingskriteriet bedste forhold med pris og kvalitet skal ordregivere identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud ved at inddrage kvalitative kriterier jf. udbudslovens § 162, stk. 1, nr. 3.<sup>220</sup> Lovbemærkningerne til § 162 angiver, at lovgivers eksempler på mulige kvalitative kriterier ikke udgør en udtømmende liste.<sup>221</sup> Ordregivere kan som udgangspunkt anvende de kvalitative kriterier, der er relevante for deres behov, f.eks. grønne hensyn.<sup>222</sup> Ordregivere har dog ikke fuldstændigt frit valg med hensyn til kvalitative kriterier. EU-lovgiver har nemlig, i lyset af EU-Domstolens praksis vedrørende tilknytningskravet i relation til tildelingskriterier, forsøgt at fastlægge retningslinjer for ordregiveres valg af tildelingskriterier.<sup>223</sup>

Et tildelingskriterie opfylder tilknytningskravet, hvis det vedrører ethvert aspekt af en vare eller tjenesteydelses livscyklus, jf. udbudslovens § 163, stk. 2.<sup>224</sup> Livscyklusbegrebet omfatter hele eksistensen af en vare eller tjenesteydelse, herunder fremstillingsprocessen, anvendelsen og bortskaffelsen, jf. udbudslovens § 24, nr. 20.<sup>225</sup> Som eksempler på rækkevidden af begrebet

---

<sup>218</sup> Bestemmelsen implementerer artikel 67, stk. 3, i Udbudsdirektivet.

<sup>219</sup> Hamer, *Udbudsret*, s. 555. og Carsten Sommer Andersen, "Kapitel 10. Tildeling", i *Udbudsretten*, red. Steen Treumer, Første udgave, første oplag (København: Ex Tuto Publishing, 2019), s. 272 og 273.

<sup>220</sup> Bestemmelsen implementerer artikel 67, stk. 3, i Udbudsdirektivet.

<sup>221</sup> Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 186.

<sup>222</sup> Som anført i *Concordia* præmis 55 og senere indført i 2004-Udbudsdirektivet artikel 53, stk. 1, litra a samt videreført i 2014-udbudsdirektivets artikel 67.

<sup>223</sup> Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, s. 396.

<sup>224</sup> Dette er en direkte implementering af Udbudsdirektivets artikel 67, stk. 3.

<sup>225</sup> Bestemmelsen implementerer Udbudsdirektivets artikel 24, stk. 1, nr. 20.

fremhæver bestemmelsen fremstillingsprocessen, anvendelse eller en specifik proces for en anden fase af livscyklussen. Derfor omfatter tilknytningskravet også tildelingskriterier, som ikke er direkte relateret til anskaffelsens materielle indhold.<sup>226</sup>

Et relevant spørgsmål er, hvad rækkevidden af tilknytningskravet for tildelingskriterier er. En snæver tilgang er, at produktionsprocesser skal have en direkte indflydelse på det indkøbte produkt.<sup>227</sup> En bredere tilgang er, at tilknytningskravet omfatter produktionen af den specifikke vare, som er genstand for udbuddet, uanset om denne har indflydelse på karakteristika af produktet.<sup>228</sup> Ifølge lovbemærkningerne forstås produktionsprocesser som kriterier, der har en indirekte merværdi, såsom miljøeffektivitet.<sup>229</sup> Det følger heraf, at faktorerne ikke nødvendigvis skal påvirke indkøbets ydelse eller funktion. Dette støttes af EU-Domstolens afgørelse i *EVN*, hvor enhver sondring mellem produktionsprocesser og metoder, der påvirker det indkøbte produkts funktionelle egenskaber, blev afvist.<sup>230</sup> Ræsonnementet er her, at vedvarende energi ikke er væsentligt anderledes fra normal energi udover produktionsmetoden.<sup>231</sup> At tilknytningskravet omfatter produktionsmetoden er også blevet specificeret i lovbemærkningerne til udbudslovens § 163. Ordregivere kan således inden for tilknytningskravets rækkevidde fastsætte underkriterier vedrørende produktionsmetoden, såsom at de indkøbte tjenesteydelser leveres ved hjælp af energieffektive maskiner.<sup>232</sup> Tilgangen i *EVN* om, at eksternaliteter genereret under produktionen af kontraktvaren også opfylder tilknytningskravet, er

---

<sup>226</sup> Jf. udbudslovens § 163, stk. 3, hvorefter tilknytningskravet i stk. 2, også gælder, selvom tildelingskriteriet ikke udgør en del af indkøbets materielle indhold. Se også Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, s. 396 og 398.

<sup>227</sup> Catherine Barnard, "To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement", *Industrial Law Journal* 46, nr. 2 (1. juli 2017): s. 221.

<sup>228</sup> *Ibid.*

<sup>229</sup> Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 187.

<sup>230</sup> *EVN* præmis 53.

<sup>231</sup> Roberto Caranta, "The Changes to the Public Contract Directives and the Story They Tell about How EU Law Works", *Common Market Law Review* 52, nr. Issue 2 (1. april 2015): 391–459; og C. Weller og J.M. Pritchard, "Evolving CJEU Jurisprudence: Balancing Sustainability Considerations with the Requirements of the Internal Market", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 8, nr. 1 (2013): s. 57., der understreger, at der ingen forskel i ydeevne mellem el produceret fra vedvarende energi og ikke-vedvarende kilder.

<sup>232</sup> Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 187.

således direkte implementeret i udbudsloven. Tilknytningskravets rækkevidde omfatter således uden tvivl kriterier, der ikke har en direkte indflydelse på den udbudte ydelse.<sup>233</sup> Dette støttes af EU-Domstolens afgørelse i *Max Havelaar*, der anses for at gøre op med en mere restriktiv tilgang til tilknytningskravet, idet ordregiveren i sagen kunne anvende tildelingskriteriet fair trade.<sup>234</sup> Heraf følger, at en simpel forbindelse til den konkrete kontrakt i visse tilfælde kan anses for at være tilstrækkelig.<sup>235</sup>

Tilknytningskravet omfatter formentlig også eksternaliteter fra efter udførelsen af den udbudte kontrakt.<sup>236</sup> Dette bekræftes af udbudslovens § 163, stk. 2, der referer til en ydelses livscyklus. Det er dog uklart, om tilknytningskravet altid kan sidestilles med forhold forbundet med anskaffelsens livscyklus.<sup>237</sup> Uanset hvad, må referencen til livscyklusomkostninger i udbudslovens § 163, stk. 2 betyde, at betragtninger om anskaffelsers livscyklus er relevante, når ordregivere vurderer, om tilknytningskravet er opfyldt.

Tilknytningskravets rækkevidde for tildelingskriterier er dog ikke uden grænser. Kravet fungerer også som et "glasloft" for de kriterier, som ordregivere ønsker at inddrage.<sup>238</sup> Det gælder også med hensyn til hvilke eksternaliteter, der kan anvendes som tildelingskriterier. Det valgte kriterie skal referere specifikt til den udbudte kontrakt, det vil sige hverken til tidligere eller fremtidige tildelinger af kontrakter.<sup>239</sup> Herudover kan en ordregiver ikke inden for tilknytningskravets rækkevidde lægge vægt på kriterier, der overgår ordregivernes forventede forbrug.<sup>240</sup> Eksempelvis vil ordregivere ikke kunne lægge vægt på livscyklus omkostninger, der relaterer sig til eksterne virkninger fra hele leverandørens

---

<sup>233</sup> Weller og Pritchard, "Evolving CJEU Jurisprudence". s. 57. og Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, s. 396 og 398.

<sup>234</sup> Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement. Volume 1*, Third edition (London: Sweet & Maxwell, 2014), s. 716.

<sup>235</sup> Müller-Wrede, "Sustainable Purchasing in the Aftermath of the ECJ's 'Max Havelaar' Judgment", s. 115.

<sup>236</sup> Martens og De Margerie, "The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement", s. 14.

<sup>237</sup> Horskjær Nielsen, *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, s. 402.

<sup>238</sup> Semple, "The link to the subject matter", s. 74.

<sup>239</sup> Martin Burgi, "Secondary Considerations in Public Procurement in Germany", i *The law of green and social procurement in Europe*, red. Roberto Caranta og Martin Trybus, 1st ed (Copenhagen: DJØF Publishing, 2010), s. 132.

<sup>240</sup> EVN. præmis 68 og 71.

udøvelse af virksomhed.<sup>241</sup> Ligesom tildelingskriterier i henhold til EU-Domstolens afgørelse i *Max Havelaar* ikke kan omfatte virksomheders generelle politikker.<sup>242</sup> Dette er også blevet understreget i Klagenævnets praksis, eksempelvis i kendelsen af 19. december 2012, *Lyreco Danmark A/S mod Morsø Kommune*, hvor underkriteriet ”miljøforhold” blev underkendt.<sup>243</sup> Kriteriet var ifølge Klagenævnet alene egnet til at belyse generelle forhold hos tilbudsgiverne og havde ikke den fornødne forbindelse til den udbudte leverance.<sup>244</sup> Lignede fandt Klagenævnet i sin kendelse af 5. maj 2010, *Remmer A/S mod SKI*, at ”miljømæssig kompetence” ikke opfyldte tilknytningskravet, da kriteriet angik generelle miljøforhold hos tilbudsgiverne.<sup>245</sup>

Samlet set er rækkevidden af tilknytningskravet i udbudsloven i det væsentligste en videreførelse af tidligere praksis samt Udbudsdirektivet. Udbudslovens tilknytningskrav har endda en lidt klarere betoning af, at der også kan inddrages forhold, som ikke direkte manifesterer sig i de indkøbte produkter.<sup>246</sup>

#### 4.2.3.1 Erfaring som tildelingskriterie

Ifølge EU-Domstolens afgørelse i *Lianakis*<sup>247</sup> og efterfølgende retspraksis<sup>248</sup> angår egnethedskriterier og tildelingskriterier to forskellige stadier i udbudsprocessen, jf. afsnit 4.2.2. Med EU-Domstolens afgørelse i *Ambisig*<sup>249</sup> blev det dog afklaret, at ordregivere i visse tilfælde kan anvende erfaring som tildelingskriterie. I sin afgørelse udtalte EU-Domstolen, at det alene var udelukket at fastsætte

---

<sup>241</sup> Ankersmit, “The Contribution of EU Public Procurement Law to Corporate Social Responsibility”, s. 17.

<sup>242</sup> *Max Havelaar*. præmis 90. Dette er også blevet skrevet ind i 2014-Udbudsdirektivets præambelbetragtning 97, hvorefter ordregivere ikke inden for tilknytningskravets rækkevidde ”kræve, at tilbudsgivere har en gældende virksomhedspolitik for (...) miljømæssigt ansvar.”

<sup>243</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. december 2012, *Lyreco Danmark A/S mod Morsø Kommune*.

<sup>244</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. december 2012, *Lyreco Danmark A/S mod Morsø Kommune*.

<sup>245</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. maj 2010, *Remmer A/S mod SKI*.

<sup>246</sup> Med referencen til livscyklus i bestemmelsen. Se også. Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 426.

<sup>247</sup> Sag C-532/06, *Lianakis AE m.fl. mod Dimos Alexandroupolis* m.fl., EU:C:2008:40. præmis 32.

<sup>248</sup> I Sag C-199/07, *Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Helleniske Republik*, EU:C:2009:693. præmis 56 udtalte EU-Domstolen igen, at kriterier, der vedrøre tilbudsgivernes evne til at udføre kontrakten, ikke har status som ”tildelingskriterier.”

<sup>249</sup> Sag C-601/13, *Ambisig mod Nersant*, EU:C:2015:204.

kriterier til tilbudsgivernes styrker og erfaringer generelt.<sup>250</sup> En betingelse for ordregiveres anvendelse af erfaring som tildelingskriterie er dog, at erfaringen m.v. kan påvirke niveauet af kontraktens opfyldelse betydeligt.<sup>251</sup> Et eksempel herpå er kontrakter med henblik på intellektuelle tjenesteydelser, såsom konsulent- eller arkitektvirksomhed, hvor erfaring hos tilbudsgivernes personale er relevant for kontraktens udførelse.<sup>252</sup>

Hvad angår ordregiveres mulighed for at lægge vægt på tilbudsgivernes ”grønne” erfaring er spørgsmålet, hvorvidt denne erfaring har en betydelig indflydelse på kontraktens niveau og opfylder tilknytningskravet. Ordregivere vil formentlig ved indkøb af konsulentytelser til udarbejdelse af miljøstrategier kunne tage hensyn til, om tilbudsgivernes personale har erfaring med at udarbejde miljøstrategier fra lignende organisationer. Især fordi konsulentytelser kan tolkes som intellektuelle tjenesteydelser. Ordregivere skal dog overveje, om miljøstrategier er begrundet i kontraktens art, eller om kravet er irrelevant på grund af lav eller ingen miljøpåvirkning, og dermed vil være i strid med proportionalitetsprincippet.<sup>253</sup> Dette er især vigtigt, hvis det ikke er klart, om kravet er relevant for kontraktens genstand, eller hvis sammenhængen ikke er velargumenteret i udbudsmaterialet.<sup>254</sup> Lignende kan ordregivere ikke fastsætte tildelingskriterier vedrørende miljøledelsessystemer. Dette skyldes, at miljøledelsessystemer kan anses som ”ikke relaterede aspekter,” der alene er relevante ved udvælgelsen af tilbudsgivere.<sup>255</sup>

---

<sup>250</sup> Ibid præmis 26. Denne tilgang fremgår nu af udbudslovens § 162, stk. 3, nr. 2, hvorefter ordregivere kan anvende organiseringen, kvalifikationer og erfaring af det personale, der skal udføre kontrakten, som et tildelingskriterie. Bestemmelsen implementerer 2014-Udbudsdirektivets artikel 67, stk. 2, litra b, der ifølge direktivets præambelbetragtning nr. 94 eksplicit tager stilling til spørgsmålet om at anvende erfaring som et tildelingskriterie.

<sup>251</sup> I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. maj 2023, Eurofins mod Ørsted. fandt Klagenævnet det i overensstemmelse med tilknytningskravet, at ordregiver som tildelingskriterie bl.a. lagde vægt på tilbudsgivernes erfaring med sikkerhedsforanstaltninger.

<sup>252</sup> Udbudsdirektivets præambelbetragtning 94.

<sup>253</sup> Dimitri Mardas og Dimitri Triantafyllou, ”Selection Criteria and the Award Procedure in Public Procurement”, *International Advances in Economic Research* 3, nr. 1 (februar 1997): s. 110.

<sup>254</sup> Antti Palmujoki, Katriina Parikka-Alhola, og Ari Ekroos, ”Green Public Procurement: Analysis on the Use of Environmental Criteria in Contracts: GREEN PUBLIC PROCUREMENT”, *Review of European Community & International Environmental Law* 19, nr. 2 (juli 2010): s. 254.

<sup>255</sup> Martens og De Margerie, ”The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement”, s. 13.

Vurderingen af tilknytningskravets rækkevidde i forhold til erfaring er sværere, når det gælder andet end tjenesteydelseskontrakter. Hverken Udbudsdirektivet eller udbudsloven udelukker, at erfaring også vil kunne anvendes til udbud af varekontrakter. Eftersom erfaring skal have en væsentlig indflydelse på kontraktens opfyldelse og opfylde tilknytningskravet, er det begrænset, hvornår dette kan gøre sig gældende.<sup>256</sup> Et eksempel kan dog være erfaring med at designe og producere varer af genbrugsmateriale, hvis ordregivere ønsker at indkøbe cirkulære varer. En tilbudsgivers erfaring med at anvende genbrugsmateriale kan dermed have betydning for kvaliteten af varen, hvorfor tilknytningskravets vil være opfyldt.

Samlet set er der ved brug af erfaring som tildelingskriterie et strengt tilknytningskrav. Dette bevirker, at ordregivere alene kan fastsætte krav om ”grøn” erfaring, såfremt erfaringen har betydelig indflydelse på, hvorledes den udbudte kontrakt bliver opfyldt.

#### **4.2.4 Betingelser vedrørende kontraktens gennemførelse**

Betingelser vedrørende kontraktens gennemførelse<sup>257</sup> (herefter ”kontraktvilkår”) omfatter alle kontraktlige forpligtelser, som den udvalgte tilbudsgiver påtager sig. Dette omfatter opfyldelse af tekniske specifikationer, tilbuddet som svar på tildelingskriterierne og andre kontraktvilkår. Modsat egnethedskriterier og tildelingskriterier, som har indflydelse på vurderingen af indkomne tilbud, evalueres kontraktvilkår ikke.<sup>258</sup> Kontraktvilkår skal i henhold til udbudslovens § 176, stk. 1, 2. pkt., være knyttet til kontraktens genstand.<sup>259</sup>

---

<sup>256</sup> Hamer, *Udbudsret*, s. 572.

<sup>257</sup> I Kommissionens vejledning om grønne indkøb (Bl.a. European Commission. Directorate General for the Environment. og ICLEI – Local Governments for Sustainability., *Buying Green!: A Handbook on Green Public Procurement: 1st Edition*. (LU: Publications Office, 2004), s. 38.) og akademisk litteratur bruges udtrykkene ”kontraktklausuler” og ”betingelser for gennemførelse af kontrakt” ofte i flæng.

<sup>258</sup> Udbudsdirektivets præambelbetragtning 104, se også Müller-Wrede, ”Sustainable Purchasing in the Aftermath of the ECJ’s ‘Max Havelaar’ Judgment”, s. 115.

<sup>259</sup> Udbudslovens § 176 implementerer Udbudsdirektivets artikel 70, hvoraf det følger, at ”ordregiver kan fastsætte særlige betingelser vedrørende gennemførelsen af en kontrakt, hvis de er forbundet med kontraktens genstand som omhandlet i artikel 67, stk. 3 (...).”

Ordregivere kan ifølge udbudslovens § 176, stk. 1, selv vurdere, om de vil integrere grønne hensyn i kontraktvilkår, jf. 2. pkt., blot tilknytningskravet er opfyldt. Lovbemærkningerne giver en indikation af, hvad der er forstået med tilknytningskravet i forhold til grønne hensyn i kontraktvilkår. Alle aspekter og ethvert trin i kontraktens livscyklus er bl.a. omfattet af tilknytningskravets rækkevidde.<sup>260</sup> Det samme gør sig gældende for produktionsmetoden, mens krav, der vedrører en virksomheds generelle politik, er udelukket. Dette er i tråd med Generaladvokat Kokott's forslag til afgørelse i *Max Havelaar*, hvor det blev anført, at myndigheders krav til kontraktens udførelse skal være specifikt relateret til genstanden for den udbudte kontrakt.<sup>261</sup>

Udbudsdirektivets præambelbetragtning 96 understreger ligeledes, at kontraktvilkår ikke kan vedrøre forhold, der falder uden for rammerne af den udbudte kontrakt. Hvilket også fremgår vedrørende tildelingskriterier. Ifølge *Arrowsmith* er der en symmetri mellem de typer af foranstaltninger, der kan indgå som kontraktvilkår, og de typer af foranstaltninger, der kan indgå i tildelingskriterierne. Mere præcist anføres det, at ordregivere kan indsætte kontraktvilkår om grønne hensyn på samme måde, som de kan bruge tildelingskriterier til at fremme grønne hensyn.<sup>262</sup> Dette kan også støttes af, at Udbudsdirektivets artikel 70 specifikt henviser til tilknytningskravet i artikel 67, stk. 3.<sup>263</sup> Sådant en henvisning findes ikke i udbudsloven § 176, og det fremgår ligeledes ikke af lovbemærkningerne. Ordregiver kan imidlertid ifølge lovbemærkningerne indsætte kontraktvilkår om levering eller brug af fair trade produkter i den udbudte kontrakt på samme måde som med tildelingskriterier.<sup>264</sup> Dette understøtter, at tilknytningskravet har samme indflydelse på ordregiveres mulighed for at anvende grønne hensyn i tildelingskriterier som i kontraktvilkår.

---

<sup>260</sup> Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 196. samt præambelbetragtning 104.

<sup>261</sup> Generaladvokat Kokott, forslag til afgørelse i sag C-368/10 *Max Havelaar*, EU:C:2011:840. præmis 80.

<sup>262</sup> Sue Arrowsmith, "Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies: a critical review", i *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, red. Sue Arrowsmith og Peter Kunzlik, 1. udg. (Cambridge University Press, 2009), s. 215.

<sup>263</sup> Denne henvisning fremgår ikke af udbudsloven og fremgår ligeledes ikke af lovbemærkningerne.

<sup>264</sup> Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 197.



#### **4.2.5 Delkonklusion**

Som det fremgår af de ovenstående afsnit, sætter tilknytningskravet en ramme for ordregiveres mulighed for at varetage grønne hensyn i de forskellige stadier af udbudsprocessen. Siden EU-Domstolens afgørelse i *Concordia og EVN* samt vedtagelsen af 2004-Udbudsdirektivet, er tilknytningskravet blevet til en gyldighedsbetingelse for tildelingskriterier. Rækkevidden af tilknytningskravet er med EU-Domstolens afgørelse i *Max Havelaar* blevet udvidet til at inkludere bredere hensyn og flere elementer, end hvad der fremgik af 2004-Udbudsdirektivet. Kravet gælder for alle faser af udbudsprocessen, men er mest strengt for tekniske specifikationer, tildelingskriterier og kontraktvilkår. Dette betyder, at ordregivere ikke kan fremme grønne hensyn, der ikke er tilknyttet den konkrete kontrakt. For egnethedskriterier er tilknytningskravet mere lempelig, og ordregivere kan inddrage grønne hensyn, der ikke er direkte relateret til kontraktens genstand, såfremt de er relevante for tilbudsgivernes evne til at udføre kontrakten.

De konklusioner, der er præsenteret ovenfor, viser, at tilknytningskravet i en vis grad begrænser ordregiveres mulighed for at inddrage grønne hensyn. Disse konklusioner sættes nedenfor i sammenhæng med udbud af datacenterydelser for at undersøge, tilknytningskravets indflydelse på ordregiveres inddragelse af grønne hensyn ved sådanne udbud.

### **4.3 Tilknytningskravets betydning for grønne hensyn i udbud af datacenterydelser**

Generelt er der ud fra et teknisk synspunkt tre nøglestrategier til at forbedre energieffektivitet og reducere datacentres miljøpåvirkning: 1) brugen af højeffektive servere og lagersystemer, 2) effektive kølesystemer og 3) vedvarende energikilder.<sup>265</sup> Ordregivere kan dog kun anvende disse strategier, hvor tilknytningskravet tillader det.

Brugen af grønne hensyn i udbud af datacenterydelser materialiserer sig ikke i selve opbevaringen eller behandlingen af data, men kan nærmere anses for elementer i ”produktionen” af

---

<sup>265</sup> Teresa Murino m.fl., “Sustainable Energy Data Centres: A Holistic Conceptual Framework for Design and Operations”, *Energies* 16, nr. 15 (2. august 2023): 5764; Mohammed Joda Usman m.fl., “Energy-Efficient Nature-Inspired Techniques in Cloud Computing Datacenters”, *Telecommunication Systems* 71, nr. 2 (juni 2019): 275–302. og Alemayehu Molla og Vanessa Cooper, “Green IT Readiness: A Framework and Preliminary Proof of Concept”, *Australasian Journal of Information Systems* 16, nr. 2 (1. marts 2010).

dataopbevaringen eller -behandlingen. Ordregivere kan inddrage grønne hensyn til produktionsmetoder i relation til både tekniske specifikationer, tildelingskriterier og kontraktvilkår. Tilknytningskravet indebærer dog, at tekniske kriterier vedrørende f.eks. brugen af højeffektive servere alene vil kunne fastsættes til det antal servere nødvendige for opfyldelse af den udbudte kontrakt.

I tråd hermed kan en ordregiver, der udbyder en kontrakt om datacenterydelser, hvor kontrakten kun udnytter dele af datacentrets kapacitet, ikke fastsætte et tildelingskriterie om, hvem der er i stand til at levere den højeste mængde af vedvarende energi til datacentret generelt, jf. EU-Domstolens afgørelse EVN.<sup>266</sup> Ordregivere kan heller ikke lægge vægt på, at en leverandør af datacenterydelser på længere sigt end kontrakten vil have en bedre energieffektivitet end en anden leverandør.

Energieffektivitet for datacenterydelser er ofte relateret til den geografiske placering af datacentret og temperaturen på denne placering.<sup>267</sup> I udbudsretten er det dog svært at lægge vægt på, at datacentret er placeret i et koldt område. Et sådant krav i udbudsmaterialet vil kunstigt indskrænke konkurrencen, hvilket er i strid med proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet.

En anden vigtig karakteristik for anvendelse af grønne hensyn i udbud datacenterydelser er, at der foreligger en ”grøn strategi.”<sup>268</sup> Udover at ordregivere kan have grønne strategier, vil der i udbuddet kunne stilles krav i udvælgelsesfasen om, at datacenterleverandørerne har en grøn strategi, såfremt strategien specifikt vedrører databehandling og opbevaring. Ordregivere kan også stille krav til datacenterleverandørernes erfaring med at udarbejde strategier til at forbedre energieffektiviteten. Dette skal gøres som et egnethedskriterie, hvor ordregivere vil kunne lægge vægt på tidligere udførsler af offentlige kontrakter.<sup>269</sup> Ordregivere vil muligvis også kunne lægge vægt på erfaring som tildelingskriterie, idet opbevaring og behandling af data ifølge EU-Kommission vejledning *EU GPP*

---

<sup>266</sup> EVN. præmis 68 og 71.

<sup>267</sup> Usman m.fl., “Energy-Efficient Nature-Inspired Techniques in Cloud Computing Datacenters”, der specificerer geografisk placering bør tages i betragtning ved vurdering af energieffektivitet, fordi datacentre genererer meget varme, som skal køles. Hvis datacentret er placeret i et koldt område som Finland, er der ingen grund til at bruge aircondition.

<sup>268</sup> Molla og Cooper, “Green IT Readiness”, s. 6.

<sup>269</sup> Semple, “The link to the subject matter”, s. 58.

*criteria for data centres, server rooms and cloud services*<sup>270</sup> i mange tilfælde kan anses for at være en tjenesteydelse. Derfor vil ordregivere således inden for tilknytningskravet kunne lægge vægt på f.eks. leverandørernes erfaring med at behandle data på en energieffektiv måde, såfremt denne erfaring vil påvirke niveauet af kontraktens opfyldelse betydeligt.

I dansk regi er der også strategier til mere energieffektive indkøb af datacenterydelser. Der findes bl.a. anbefalinger til indkøb af datacenterydelser og relaterede ydelser på hjemmesiden SparEnergi.dk, der er ejet af Energistyrelsen. Af hjemmesiden fremgår, at offentlige institutioner, der køber serverydelser hos datacentre, i udbudsmaterialet skal efterspørge og vælge leverandører, der har tilsluttet sig *EU Code of Conduct for energieffektive datacentre*.<sup>271</sup>

*EU Code of Conduct for energieffektive datacentre*<sup>272</sup> er en frivillig mærkningsordning<sup>273</sup> i regi af EU, som datacentre kan tilmelde sig. I forlængelse heraf skal det fremhæves, at ordregiveres muligheder for at kræve anskaffelser forsynet med et bestemt miljømærke er reguleret i udbudslovens § 46. En af de betingelser krav i bestemmelsen er, at mærket skal være knyttet til kontraktens genstand.<sup>274</sup> Formålet med *EU's Code of Conduct for energieffektive datacentre* er, at datacentre forpligter sig til at følge en række anbefalinger og derved reducerer deres energiforbrug.<sup>275</sup> En af anbefalingerne er, at datacentre skal oprette et godkendelsesudvalg, der skal inddrages ved enhver væsentlig beslutning i datacentre. Dette skal sikre, at konsekvenserne af beslutninger er blevet korrekt forstået, og at beslutningerne anses som en effektiv løsning.<sup>276</sup> Denne anbefaling og en række

---

<sup>270</sup> EU-Kommissionen, "EU GPP criteria for data centres, server rooms and cloud services", 11. marts 2020, s. 3.

<sup>271</sup> Energistyrelsen, "Energistyrelsens indkøbsanbefalinger serverudstyr", Spareenergi.dk, set 8. november 2023.

<sup>272</sup> EU Joint Research Centre - Team E3P, "European Code of Conduct for Energy Efficiency in Data Centres - 2023 Best Practice Guidelines for the EU Code of Conduct on Data Centre Energy Efficiency", 2023.

<sup>273</sup> UBL § 24, nr. 21 definerer et mærke som værende "ethvert dokument eller certifikat eller enhver attestering, der bekræfter, at et bygge- og anlægsarbejde eller en vare, en tjenesteydelse, proces eller procedure opfylder fastsatte mærkekrav." Bestemmelsen udspringer af 2014-Udbudsdirektivets artikel 2, nr. 24.

<sup>274</sup> Bestemmelsen implementerer 2014-Udbudsdirektivets artikel 43.

<sup>275</sup> Digitaliseringsstyrelsen, "Afrapportering for initiativ om grønne datacentre", s. 10.

<sup>276</sup> EU Joint Research Centre - Team E3P, "European Code of Conduct for Energy Efficiency in Data Centres - 2023 Best Practice Guidelines for the EU Code of Conduct on Data Centre Energy Efficiency", s. 13.

andre anbefalinger omhandler krav til datacenteroperatørens generelle virksomhedspolitik.<sup>277</sup> Derfor kan *EU Code of Conduct for energieffektive datacentre* være problematisk at anvende i et udbud, hvis det bruges som et mærke i udbudslovens § 46 forstand. Dette skyldes, at denne mærkningsordning ikke opfylder tilknytningskravet. Ordregivere kan således ikke anvende Code of Conduct som dokumentation for, at indkøbet opfylder de grønne hensyn eller egenskaber, som ordregiverne efterspørger i forbindelse med de tekniske specifikationer, tildelingskriterier eller kontraktvilkår.

Tilknytningskravets forskellige rækkevidder for de enkelte faser i udbudsprocessen betyder dog, at ordregivere i visse situationer vil kunne søge inspiration i anbefalingerne til de forskellige faser. For eksempel er en af de øvrige anbefalinger, at datacenterlederen og enhver udpeget energichef har relevant og passende uddannelse til at udføre en energieffektivitetsrolle og har en dybdegående forståelse af bedste praksis såsom *EU Code of Conduct for energieffektivitet*.<sup>278</sup> Denne anbefaling kan ikke anvendes som et tildelingskriterie, hvis medarbejderne ikke konkret skal anvendes i relation til indkøbet af en datacenterydelse. Dette skyldes, at der ikke vil være en tilstrækkelig tilknytning til indkøbet. Ordregivere kan dog søge inspiration i denne faglige kompetence til at fastsætte egnethedskriterier. Ordregivere kan også fastsætte det som et kontraktvilkår, at en ledende medarbejder skal sikre energieffektiviteten for dataentret i løbet af kontraktens varetid.

Samlet set betyder det, at *EU Code of Conduct for energieffektive datacentre* på baggrund af tilknytningskravets rækkevidde vil være problematisk at anvende i udbud. Dette skyldes, at kravene i mange tilfælde ikke vil vedrøre kontraktens genstand. Ordregivere vil dog kunne søge inspiration i anbefalinger til at fastsætte grønne hensyn i de enkelte faser af udbudsprocessen. Det skal bemærkes, at der per april 2022 ikke var nogen danske datacentre, der var tilmeldt Code of Conduct, og at kendskabet til ordningen blev vurderet som meget lavt blandt både offentlige myndigheder og leverandører.<sup>279</sup>

---

<sup>277</sup> Bl.a. anbefalinger til en plan for miljøledelse og energiansvar samt anbefalinger til at bygge eller renovere infrastruktur i datacentret for at sikre bedre energieffektivitet.

<sup>278</sup> EU Joint Research Centre - Team E3P, "European Code of Conduct for Energy Efficiency in Data Centres - 2023 Best Practice Guidelines for the EU Code of Conduct on Data Centre Energy Efficiency", s. 16.

<sup>279</sup> Digitaliseringsstyrelsen, "Afrapportering for initiativ om grønne datacentre", s. 16.

## 5. En udbudsretlig pligt til at håndhæve grønne kontraktvilkår?

Kontraktaktualisering af grønne hensyn skaber nye spørgsmål vedrørende overholdelse, håndhævelse og retsmidler.<sup>280</sup> De fleste bestemmelser i både Udbudsdirektivet og udbudsloven relaterer sig til udbuddets faser før kontraktopfyldelse. Der er derfor begrænset vejledning i udbudsretten om kontraktopfølgning. Ordregivere kan imidlertid ofte først efter kontrakttildelingen vurdere, om den vindende tilbudsgiver opfylder kontraktvilkårene.<sup>281</sup> For at vurdere, om ordregivere har en pligt til at håndhæve grønne hensyn i kontrakten, er det nødvendigt at afklare, hvordan disse vilkår skal håndteres, enten udbudsretligt eller kontraktuelt. Det er også nødvendigt at analysere, hvilken rækkevidde udbudsretten har i kontraktforhold. Dette vil være fokus for de efterfølgende afsnit.

### 5.1 Udbudsrettens og kontraktrettens behandling af grønne hensyn

Historisk har fokus på sammenhængen mellem udbudsretten og kontraktretten været begrænset til grønne hensyns forenelighed med udbudsreglerne.<sup>282</sup> I den private kontraktret, som er styret af aftalefrihed,<sup>283</sup> kan grønne hensyn frit anvendes. På trods af muligheden for at inddrage grønne hensyn i kontrakter, har der dog været skepsis både hos offentlige myndigheder og private.<sup>284</sup> Dette skyldes, at kontraktretten hidtil alene har taget stilling til almindelige kontraktretlige betragtninger, såsom hvad der skal leveres, hvor og hvornår det skal leveres, og hvordan en potentiel konflikt skal håndteres.<sup>285</sup> En anden afskrækkende faktor har været det større behov for fortolkning, som

---

<sup>280</sup> Kateřina Mitkidis, “Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements”, *Nordic Journal of Commercial Law* 2014, nr. 1 (2014): s. 2.

<sup>281</sup> Dagne Sabockis, *Competition and green public procurement in EU law: a study under directive 2014/24/EU*, Skrifter / Stockholm School of Economics, nr 18 (Stockholm: Jure Förlag AB, 2022), s. 285.

<sup>282</sup> Det vil sige, at fokus ikke har været på håndhævelse. Se også Gausdal og Hamer, “Kapitel 10. Den offentlige kontrakt i et complianceperspektiv”, s. 304.

<sup>283</sup> Paul Verbruggen, “Regulatory governance by contract: the rise of regulatory standards in commercial contracts”, *Recht der Werkelijkheid* 35, nr. 3 (2014): s. 92.

<sup>284</sup> Gausdal og Hamer, “Kapitel 10. Den offentlige kontrakt i et complianceperspektiv”, s. 304; Andrecka og Peterková Mitkidis, “Sustainability Requirements in EU Public and Private Procurement – a Right or an Obligation?”, s. 70.

<sup>285</sup> Gausdal og Hamer, “Kapitel 10. Den offentlige kontrakt i et complianceperspektiv”, s. 309.

anvendelsen af grønne hensyn medfører. Dette skyldes, at grønne hensyn ikke anses for at være traditionelle juridiske kontraktvilkår, idet de som sådan ikke adresserer kommercielle interesser.<sup>286</sup>

Udbudsretligt har der dog i medfør af Klagenævnets udtalelser i kendelsen af 2. august 2016, *Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden*<sup>287</sup> ikke være tvivl om, at bæredygtighedsvilkår har samme retlige status som almindelige kontraktvilkår. Klagenævnet fandt i kendelsen, at ordregiver ikke havde handlet i strid med proportionalitetsprincippet ved at fastsætte en arbejdsklausul og bod i udbudsmaterialet. Klagenævnet afviste klagers synspunkt om, at en klausul om samfundsansvar ikke kan sammenlignes med det sædvanlige entrepriseretlige ansvar, som en hovedentreprenør har for sine underentreprenørers arbejde. Ifølge Klagenævnet udgjorde arbejdsklausulerne og bod således passende foranstaltninger til at sikre korrekte løn- og arbejdsvilkår, og hvis klausulerne blev overtrådt, ville der foreligge ”så grove forhold, at disse må anses for en væsentlig misligholdelse af kontrakten.”

Kendelsen viser, at arbejdsklausuler har en retlig karakter under udbudsretten. Forfølgelse af grønne hensyn har ligesom sociale hensyn i form af arbejdsklausuler ikke nogen umiddelbar økonomisk gevinst. Grønne hensyn i kontraktvilkår kan derfor på baggrund af kendelsen i *Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden*<sup>288</sup> klart forudsættes at have samme retlige status som almindelige vilkår i den udbudte kontrakt.<sup>289</sup>

## 5.2 Udbudsrettens rækkevidde

Efter kontaktindgåelse reguleres ordregiveres og leverandørers forhold som udgangspunkt ikke længere af udbudsretten. Deres rettigheder og forpligtelser reguleres i stedet af kontrakten og dens vilkår.<sup>290</sup> EU-Domstolen har dog i sin praksis fastslået, at udbudsrettens principper også gælder efter

---

<sup>286</sup> Vibe Ulfbeck og Ole Hansen, “Sustainability Clauses in an Unsustainable Contract Law?”, *European Review of Contract Law* 16, nr. 1 (7. april 2020): s. 193.

<sup>287</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. august 2016, *Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden*.

<sup>288</sup> Ibid.

<sup>289</sup> Gausdal og Hamer, “Kapitel 10. Den offentlige kontrakt i et complianceperspektiv”, s. 305.

<sup>290</sup> Dette følger generelt af Klagenævnet for Udbuds praksis se bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. februar 2006, *Haubjerg Interiør A/S mod Vejle Amt*; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. juni 2011, *Ecolab A/S mod Region Sjælland*; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. oktober 2018, *Øjenlægenes Center mod Region Nordjylland*;

tildeling og underskrift af den udbudte kontrakt. Bl.a. i afgørelsen i *Succhi di Frutta*, hvor EU-Domstolen udtalte, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed rækker ind i det efterfølgende kontraktforhold.<sup>291</sup> Principperne gælder særligt ved vurderingen af ændringer af en udbudt kontrakt.<sup>292</sup> Dette var f.eks. tilfældet i kendelsen af 1. februar 2023, *DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S*,<sup>293</sup> hvor Klagenævnet ikke tog en afvisningspåstand til følge, idet klagen bl.a. angik en overtrædelse af udbudslovens § 2.

Udbudsreglerne gælder imidlertid ikke for vurderingen af parternes retsstilling i relation til kontraktretlige spørgsmål, herunder misligholdelsesbeføjelser.<sup>294</sup> Dette er også illustreret ved rækkevidden af Klagenævnets kompetence efter et endt udbud, jf. bl.a. kendelsen af 22. juni 2011, *Ecolab A/S mod Region Sjælland*, hvor Klagenævnet udtalte, at det ikke er kompetent til at vurdere, om den vindende tilbudsgiver havde overholdt kontrakten.<sup>295</sup>

Grænsefladen mellem udbudsretten og kontraktretten kan dog være vanskelig at skelne, idet der er et vist overlap mellem regelsættene. Dette illustreres bl.a. af Klagenævnets kendelse af 16. marts 2017, *Holbech Lys mod DSB*.<sup>296</sup> Klagenævnet afviste at behandle sagen, fordi klagen angik, hvorvidt de produkter, der var leveret i kontraktperioden, levede op til specifikationerne i kontrakten.<sup>297</sup> Grænsefladen mellem de to discipliner er dog vanskelig at opstille i denne sag. Dette skyldes, at en anden leverance end den, der er fastsat i den udbudte kontrakt, kan anses for en ændring af et grundlæggende element i kontrakten jf. nedenfor i afsnit 5.3.2.2. Påstanden i sagen var dog

---

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. maj 2017, Scan Office mod Moderniseringsstyrelsen; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. februar 2023, DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S.

<sup>291</sup> *Succhi di Frutta*. præmis 125.

<sup>292</sup> *Pressetext*. præmis 34.

<sup>293</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. februar 2023, DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S.

<sup>294</sup> Carina Risvig Hamer, *Lov om Klagenævnet for udbud: med kommentarer*, 2. udgave (København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2020), s. 70.

<sup>295</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. juni 2011, Ecolab A/S mod Region Sjælland.

<sup>296</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 16. marts 2017, Holbech Lys mod DSB.

<sup>297</sup> Et af momenterne i Klagenævnets vurdering var, at klagen var indgivet omkring 2 år efter tildeling af kontrakten.

mangelfuldt formuleret,<sup>298</sup> således at Klagenævnet skulle tage stilling til, hvorvidt en leverance var kontraktmæssig og dermed ikke som et udbudsretlig spørgsmål omkring ændringer af kontrakt. Vurderingen af en ændring i en kontrakt er herudover typisk en kontraktmæssig vurdering.<sup>299</sup> Dette skyldes, at ordregivere først skal fortolke indholdet og rækkevidden af kontraktens forpligtelser. *Dansk Byggeri-Kendelsen* illustrerer også, at vurderingen af, om et kontraktvilkår er i overensstemmelse med udbudsretten, ofte afhænger af, hvilken kontraktuel forpligtelse vilkåret udløser.<sup>300</sup> Derfor er der et stor sammenspil mellem udbudsretten og kontraktretten.

Med kontraktrettens indflydelse på vurderingen og fortolkningen af ændringer i mente, vil det i de følgende afsnit blive vurderet, hvorvidt der i medfør af udbudsrettens regler om ændring af kontrakt opstår en udbudsretlig pligt for ordregivere til at håndhæve de i udbudsmaterialets fastsatte krav, samt hvilken praktisk håndhævelsesmæssig betydning dette har.

### **5.3 En udbudsretlig pligt til at håndhæve ifølge reglerne om ændring af kontrakter?**

I det følgende vil udbudslovens regler om ændring af kontrakter efter kontraktindgåelse samt praksis herom blive gennemgået. Udgangspunktet for gennemgangen er, at ordregiveren ønsker at opfylde den aftalte kontrakt, men at den vindende tilbudsgiver ikke opfylder de grønne hensyn i kontrakten. Det vil således blive vurderet, om dette kan betragtes som en ændring af et grundlæggende element i kontrakten, og hvilke udbudsretlige konsekvenser dette har for ordregiveres pligt til at håndhæve kontrakten.

#### **5.3.1 Generelt om udbudsrettens regler om ændring af kontrakter**

I det tidligere udbudsdirektiv, der var direkte implementeret i dansk ret, var der ikke regler om, hvorvidt ordregivere kunne ændre en offentlig kontrakt efter kontraktindgåelsen.<sup>301</sup> De principielle retningslinjer for ændringshåndtering er imidlertid blevet fastlagt i en række afgørelser fra EU-

---

<sup>298</sup> Påstanden var formuleret som en vurdering af kontrakten, og ikke som en vurdering af en ændring af et grundlæggende element i kontrakten. Se også Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 772.

<sup>299</sup> Gausdal og Hamer, "Kapitel 10. Den offentlige kontrakt i et complianceperspektiv", s. 305.

<sup>300</sup> Ibid.

<sup>301</sup> 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.



Domstolen.<sup>302</sup> Især EU-Domstolens afgørelse i *Succhi di Frutta*<sup>303</sup> og EU-Domstolens afgørelse i *Presstext*<sup>304</sup> har præciseret om, udbudspligtige kontrakter kan ændres efter kontraktindgåelsen

I *Succhi di Frutta* skulle EU-Domstolen afgøre, om en ordregivers ændring af betalingsvilkårene i en kontrakt efter kontraktindgåelsen var i strid med udbudsreglerne.<sup>305</sup> Kontrakten fastsatte, at leverandøren skulle betales i æbler og appelsiner, men ordregiveren ændrede dette til ferskner og abrikoser. EU-Domstolen udtalte indledningsvist, at ordregiveres betingelser skal være klare, præcise og tydelige, og at ordregivere er forpligtet til at overholde de samme betingelser for alle tilbudsgivere.<sup>306</sup> Dette skal gøres frem til udløbet af den udbudte kontrakt. Da ordregiveren ikke havde fastsat en klar ændringsbestemmelse i kontrakten, var ordregiveren bundet af kontraktens oprindelige bestemmelser.<sup>307</sup> Derfor anså EU-Domstolen ordregiverens ændring af betalingsmidlet for at være en ændring af et grundlæggende element.<sup>308</sup> Dette skyldtes, at ændringen ville have gjort det muligt for tilbudsgiverne at give et væsentligt andet bud, hvis de havde kendt til ændringen på forhånd.<sup>309</sup>

I *Succhi di Frutta* anlagde EU-Domstolen således en relativ restriktiv tilgang til ordregiveres adgang til at ændre kontrakter. EU-Domstolen har imidlertid i flere efterfølgende afgørelser nuanceret og udvidet rammen for lovlige kontraktændringer. En af disse afgørelser er *Presstext*, som i litteraturen betragtes som den ledende sag om grænserne for kontraktændringer.<sup>310</sup> I denne afgørelse fremkom EU-Domstolen med en række generelle bemærkninger om kontraktændringer.

---

<sup>302</sup> Blandt andet *Presstext*; Sag C-337/98, *Kommissionen mod Frankrig* (Renes), EU:C:2000:543; *Succhi di Frutta*; Sag C-549/14, *Finn Frogne*, EU:C:2016:634 (herefter *Finn Frogne*).

<sup>303</sup> *Succhi di Frutta*.

<sup>304</sup> *Presstext*.

<sup>305</sup> *Succhi di Frutta*.

<sup>306</sup> *Ibid* præmis 110 og 111.

<sup>307</sup> *Ibid* præmis 118 og 119.

<sup>308</sup> *Ibid* præmis 121.

<sup>309</sup> *Ibid* præmis 115 og 116.

<sup>310</sup> Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement. Volume 1*, s. 578; Hamer, *Udbudsret*, s. 699; Claus Berg, *Udbudsret i byggeriet* (Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012), s. 818; Poulsen m.fl., *EU udbudsretten*, s. 653.

I *Pressetext*<sup>311</sup> skulle EU-Domstolen vurdere, om en række ændringer i en offentlig aftale var ulovlige. Ændringerne omfattede en udskiftning af kontraktpart, ændring af en prismekanisme, en øget prisrabat og et afkald på opsigelsesret i tre år. EU-Domstolen fandt, at de konkrete ændringer ikke var ændringer af grundlæggende elementer og derfor kunne foretages uden et fornyet udbud. I forbindelse med denne vurdering fremkom EU-Domstolen med generelle bemærkninger om, hvad der kan opfattes som ændringer af grundlæggende elementer. EU-Domstolen udtalte, at ændringer skaber en fornyet udbudspligt, når ændringerne ”(...) er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer.”<sup>312</sup> En vigtig pointe er i den forbindelse, at vurderingen af, om en ændring er en ændring af et grundlæggende element, afhænger af det konkrete konkurrencegrundlag og den indgåede kontrakt.<sup>313</sup>

Ud over den generelle udtalelse om ændringer af grundlæggende elementer henviste EU-Domstolen til en række momenter, som kan medføre, at en ændring kan anses for at være en ændring af et grundlæggende element:

- 1) ” *Såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget*” (min understregning),<sup>314</sup>
- 2) ”*Såfremt den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat heri*” (min understregning),<sup>315</sup> eller
- 3) ”*Når den ændrer aftalens økonomiske balance til fordel for tilslagsmodtageren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser*” (min understregning).<sup>316</sup>

---

<sup>311</sup> *Pressetext*.

<sup>312</sup> *Ibid.* præmis 34.

<sup>313</sup> Morten Goller og Karoline S. Kreyberg, “Vesentlige ændringer i kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser”, *Tidsskrift for forretningsjus* 18, nr. 1 (13. marts 2012): 37–66.

<sup>314</sup> *Pressetext*. præmis 35.

<sup>315</sup> *Ibid.* præmis 36.

<sup>316</sup> *Ibid.* præmis 37.

EU-Domstolens udtalelser gjorde det klart, at der var behov for regulering af efterfølgende kontraktændringer. Ordregivere kunne nemlig fortsat give sig selv et betydeligt skøn i forhold til konkurrencen om kontrakten og dermed forsøge at undgå, hvad der var fastsat i *Presstext*.<sup>317</sup> Ifølge Kommission Grønbog kunne den manglende regulering have alvorlige konsekvenser for ligebehandling af tilbudsgiverne og korrektheden af offentlige indkøb generelt.<sup>318</sup> Derfor var der ved revisionen af 2004-Udbudsdirektivet behov for at fastlægge en lovgivningsmæssig ramme for ændringer i udbudspligtige kontrakter efter kontraktindgåelse. Dette er også blevet understreget i præambelbetragtninger til 2014-Udbudsdirektivet.<sup>319</sup>

Usikkerheden omkring retstilstanden er nu afklaret med 2014-Udbudsdirektivets artikel 72. Bestemmelsen regulerer med afsæt i *Presstexts* præmisser ordregiveres mulighed for at foretage kontraktændringer i kontraktens løbetid. Det følger af bestemmelsens stk. 5, at ordregivere skal gennemføre en ny udbudsproces for ændringen af kontrakten, medmindre ændringerne er omfattet af bestemmelsens stk. 1 eller 2. Vurderingen af, om en ændring kan foretages uden fornyet udbud, tager således i Udbudsdirektivet sit udgangspunkt i, om ændringen er tilladelig.<sup>320</sup>

Bestemmelserne i udbudsloven om ændringer af kontrakter udspringer af Udbudsdirektivets artikel 72. Ved implementeringen af Udbudsdirektivets artikel 72 i dansk ret blev det besluttet, at man ikke ville begrænse mulighederne for at foretage kontraktændringer yderligere end det, der er fastsat i direktivet.<sup>321</sup> I det følgende vil reguleringen og praksis vedrørende ændringer af grundlæggende elementer blive gennemgået med hensyn til, hvorvidt disse ændringer skaber en pligt for ordregiver til at håndhæve kontraktens vilkår.

---

<sup>317</sup> Goller og Kreyberg, "Vesentlige ændringer i kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser".

<sup>318</sup> Europa-Kommissionen, "'Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked" KOM(2011) 15", 27. januar 2011, s. 25.

<sup>319</sup> I præambelbetragtning 107 fremgår det, at "Det er nødvendigt at præcisere de vilkår, hvorunder ændringer af en kontrakt, der stadig er i kraft, kræver en ny udbudsprocedure under hensyntagen til EU-Domstolens relevante retspraksis."

<sup>320</sup> Andreas Christensen og Daniel Batistoti Cesar, "Ændring af Kontrakt", i *Steen Treumer (red.), Udbudsloven*, 1. udgave (Ex Tuto Publishing, 2016), s. 423.

<sup>321</sup> Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 37.

### 5.3.2 En ændring af et grundlæggende element

Udbudslovens § 178, stk. 1, fastslår, at ordregiver skal gennemføre en ny udbudsprocedure, hvis der ændres i kontraktens grundlæggende elementer. Bestemmelsen skal forstås som et forbud mod, at ordregivere accepterer en ændring af et grundlæggende element i en kontrakt.<sup>322</sup>

Udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1-4, opstiller fire tilfælde, der hver for sig udgør en ændring af et grundlæggende element i en kontrakt. Lovbemærkningerne til § 178 angiver, at listen ikke er udtømmende,<sup>323</sup> og derfor kan andre tilfælde også anses som at være en ændring af et grundlæggende element. De fire betingelser kan dog betragtes som vejledende for fortolkningen af, hvad der anses som en ændring af et grundlæggende element i kontrakten.<sup>324</sup> Bemærkningerne angiver desuden, at nr. 1-4 ikke er kumulative,<sup>325</sup> hvilket betyder, at opfyldelse af blot én betingelse er tilstrækkeligt til, at der er tale om en ændring af et grundlæggende element, som kræver en ny udbudsprocedure. I henhold til afhandlingens afgrænsning og fokus på ordregiveres håndhævelse af kontraktens vilkår over for leverandører gennemgås alene udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1, om en ændring, der ville have givet adgang for andre tilbudsgivere eller andet tildelingsresultat, og § 178, stk. 2, nr. 2, om en ændring, der ændrer kontraktens økonomiske balance til fordel for leverandøren.

#### 5.3.2.1 En ændring der forrykker grundlaget for konkurrencen

Ifølge udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1, er en ændring, der forrykker grundlaget for konkurrencen under det forudgående udbud, altid en ændring af et grundlæggende element. Det gælder både en ændring, der indfører betingelser, der ville have givet adgang for andre ansøgere eller tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren, samt en ændring, der ville have givet mulighed for et andet tilbud. Bestemmelsen ligner det første af momenterne i EU-Domstolens afgørelse i *Pressetext*.<sup>326</sup> Den tager udgangspunkt i gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet, hvilket også betyder, at bestemmelsen tager hensyn til både potentielle ansøgere og allerede udvalgte ansøgere.

---

<sup>322</sup> Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 756.

<sup>323</sup> Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 199.

<sup>324</sup> Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 758.

<sup>325</sup> Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 199.

<sup>326</sup> *Pressetext*. præmis 34.

Bestemmelsen skal vurderes konkret, og vurderingen kan påvirkes af flere momenter, såsom kontraktens varighed, kompleksitet, markedet og omstændighederne bag ændringen.<sup>327</sup>

Den konkrete vurdering, der skal foretages, er modsat de øvrige tre betingelser i § 178, stk. 2, en form for hypotetisk vurdering.<sup>328</sup> Dette skyldes, at formuleringen i bestemmelsen er "*ville have givet adgang*", "*givet mulighed*" eller "*ville have tiltrukket*". Det er ikke muligt at vide med sikkerhed, om der ville have været tale om et andet konkurrencefelt eller en anden vindende tilbudsgiver. Udbudsdirektivet artikel 72, stk. 1, litra a, som § 178, stk. 2, nr. 1, er baseret på, er derfor også blevet kritiseret i litteraturen for at være et spekulativt eksperiment.<sup>329</sup>

Uanset så skal ordregivere vurdere, om kredsene af tilbudsgivere ville have været anderledes, hvis ændringen havde været kendt, og om ændringen kunne have medført et andet resultat ved det oprindelige udbud.<sup>330</sup> Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 107 fremhæver ændringer af kontraktens overordnede karakter, der er udtryk for parternes hensigt til at genforhandle vigtige betingelser eller vilkår i den pågældende kontrakt, som eksempler på ændringer af grundlæggende elementer. EU-Domstolen har imidlertid fastslået, at vurderingen af, hvorvidt der foreligger en ændring af en kontrakts grundlæggende elementer, ikke beror på parternes subjektive hensigter, men er en objektiv vurdering.<sup>331</sup> Det centrale er således, om ændringen er egnet til at fordreje konkurrencen i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Hvis kredsene af tilbudsgivere ville have været anderledes, hvis ændringen havde været kendt på udbudstidspunktet, er det et tegn på, at ændringen er en ændring af et grundlæggende element. Dette er især tilfældet, hvis en ordregiver lempet på kontraktens mere byrdefulde vilkår, da andre

---

<sup>327</sup> Kristian Hartlev og Morten Wahl Liljenbøl, "Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender", *Public Procurement Law Review*, 2013, s. 54.

<sup>328</sup> Piotr Bogdanowicz, "Article 72 Modification of contracts during their term", i *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU*, red. Roberto Caranta (Edward Elgar Publishing, 2021), s. 793.

<sup>329</sup> Hartlev og Liljenbøl, "Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender", s. 54.

<sup>330</sup> Poulsen m.fl., *EU udbudsretten*, s. 634.

<sup>331</sup> Finn Frogne. præmis 40.

virksomheder så kunne have været interesserede i den offentlige kontrakt.<sup>332</sup> Vurdering skal ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretages ud fra kontraktens faktiske marked for at vurdere, om kredsen af potentielle ansøgere og tilbudsgivere er korrekt.<sup>333</sup> Det skal dog bemærkes, at ændringen ikke anses for at være en ændring af et grundlæggende element, hvis der ikke er noget, der tyder på, at kredsen af tilbudsgivere vil blive ændret som følge af ændringen i kontrakten, jf. kendelsen af 12. april 2016, *Joint Venture Salini-Impregilo-SamsungBunte mod Femern A/S*.<sup>334</sup> Her fandt Klagenævnet, at en ændring af udførelsestidsplanen i et af Nordens største anlægsprojekter ikke var en ændring af et grundlæggende element, idet det ikke var sandsynligt, at andre tilbudsgivere ville have været interesserede i kontrakten. Afgørende er således, om det ændrede kontraktvilkår er egnet til at fordreje konkurrencesituationen i forhold til det oprindelige udbud. Herudover vil en ændring påkrævet som følge af en lovændring ikke anses for at være en ændring af et grundlæggende element.<sup>335</sup>

Hvis ændringen kunne have medført et andet resultat ved det oprindelige udbud, taler dette for, at ændringen må anses som en ændring af et grundlæggende element. Ved denne vurdering er det afgørende, hvorvidt ændringen ville have haft en betydelig indflydelse på, hvilken tilbudsgiver, der ville have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.<sup>336</sup> Herudover er det også vigtigt at overveje, hvilken indflydelse ændringen har på de forhold, der var afgørende for tildelingen af kontrakten. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremhæver f.eks. prisen eller den tilbudte kvalitet som vigtige forhold.<sup>337</sup> Det kan være, at grønne hensyn er afgørende i det specifikke udbud, og derfor også bør indgå i vurderingen af ændringen. Det er især relevant, hvis det grønne hensyn er svært for tilbudsgiverne at opfylde, og dermed har haft en betydelig indflydelse på prisen. I så fald kan manglende opfyldelse af dette kontraktvilkår føre til, at en anden tilbudsgiver ville have vundet udbuddet.

---

<sup>332</sup> Hamer, *Udbudsret*, s. 703.

<sup>333</sup> Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, "Udbudsloven - Vejledning om udbudsreglerne", s. 247.

<sup>334</sup> Klagenævnets kendelse af 12. april 2016, *Joint Venture Salini-Impregilo-SamsungBunte mod Femern A/S*.

<sup>335</sup> Hamer, *Udbudsret*, s. 704.

<sup>336</sup> Hartlev og Liljenbøl, "Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender", s. 55.

<sup>337</sup> Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, "Udbudsloven - Vejledning om udbudsreglerne", s. 247.

### 5.3.2.2 En ændring af den økonomiske balance til leverandørens fordel

Ifølge udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2, er en ændring, der forrykker kontraktens økonomiske balance til leverandørens fordel, altid en ændring af et grundlæggende element. Den økonomiske balance skal ifølge lovbemærkning forstås som enhver ændring, der kan have økonomisk betydning, f.eks. ændringer i fordelingen af risici.<sup>338</sup> Vurderingen af, om en ændring er en ændring af et grundlæggende element, foretages ud fra, om ændringen indebærer økonomiske fordele for leverandøren, der ikke var forudsat i udbuddet.<sup>339</sup> Hvis dette er tilfældet, betragtes ændringen som en ændring af et grundlæggende element i kontrakten.

Klagenævnets kendelser vedrørende bestemmelsen omhandler primært prisjusteringer.<sup>340</sup> Ifølge EU-Domstolens afgørelse i *Pressetext* kan prisjusteringer dog godt forekomme uden at udgøre en ændring af et grundlæggende element i kontrakten. Det kræver dog, at prisjusteringen er ubetydelig og kan forklares på en objektiv måde.<sup>341</sup> Udover situationer hvor der er tale om et højere vederlag for den samme ydelse fra leverandøren, kan en ændring af den økonomiske balance til leverandørens fordel også anses for at være situationer, hvor omfanget af leverandørens arbejde bliver reduceret, men vederlaget forbliver det samme.<sup>342</sup> Et eksempel på dette er, hvis leverandøren ikke opfylder et økonomisk byrdefyldt grønt hensyn i kontrakten, men stadig får fuld betaling. Prisjusteringer eller andre ændringer af den økonomiske balance, som kontrakten tager højde for, er derimod ikke omfattet af bestemmelsen.<sup>343</sup> Det betyder, at det ikke anses som en ændring af et grundlæggende element i kontrakten, hvis en leverandør bliver betalt en bonus for meropfyldelse af et grønt hensyn i kontrakten.

---

<sup>338</sup> Lovforslag L 19 “Forslag til udbudsloven” fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 199.

<sup>339</sup> Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, “Udbudsloven - Vejledning om udbudsreglerne”, s. 248.

<sup>340</sup> Jf. bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. august 2019, EG A/S mod Egedal Kommune; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. juni 2013, Multi Trans A/S mod Københavns Kommune.

<sup>341</sup> *Pressetext*. præmis 61.

<sup>342</sup> Lovforslag L 19 “Forslag til udbudsloven” fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 199. Se også Bogdanowicz, “Article 72 Modification of contracts during their term”, s. 796.

<sup>343</sup> Hamer, *Udbudsret*, s. 706.

Lovbemærkningerne angiver, at bestemmelsen som udgangspunkt ikke omfatter ændringer i den økonomiske balance til fordel for ordregiveren, medmindre omstændighederne herfor er til stede.<sup>344</sup> Dette er bl.a. hvis, ændringen også er til leverandørens fordel, jf. Klagenævnets kendelse af 19. august 2019, *EG A/S mod Egedal Kommune*,<sup>345</sup> hvor Klagenævnet fandt, at en prisnedsættelse til ordregiverens fordel også kunne anses som en fordel for leverandøren. Prisnedsættelsen kunne ifølge Klagenævnet bidrage til at sikre, at kommunen ikke på et senere tidspunkt opsagde kontrakten. En anden omstændighed, der kan betyde, at udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2 finder anvendelse, er, at en ændring til fordel for ordregiveren modsvarer af andre indrømmelser til medkontrahenten, jf. Generaladvokat Kokott's udtalelse i *Presstext*.<sup>346</sup> Dette vil eksempelvis være tilfældet, hvis ordregiveren får en prisjustering på leverandørens udbudte pris, og leverandøren samtidig skal opfylde en mindre procentsats af vedvarende energi.

Da grønne hensyn i udbud af datacenterydelser bliver mere udbredte, er det ikke utænkeligt, at der vil komme en ny EU-standard, som ordregivere bliver pålagt at overholde. Hvis en ordregiver i sådan en situation betaler leverandøren for den ekstra forpligtelse, vil dette som udgangspunkt være muligt inden for udbudslovens § 180. Heraf følger at mindre ændringer af en kontrakt inden for rammerne i bestemmelsen altid er tilladt uden gennemførelse af en ny udbudsprocedure.<sup>347</sup> Bestemmelsen vil dog ikke behandles yderligere, idet den ikke formodes at have materiel betydning for afhandlingens fokus. Yderligere information om bestemmelsen kan findes i de angivne referencer.<sup>348</sup>

**5.3.4 Ændringsreglernes betydning for en mulig udbudsretlig pligt til at håndhæve grønne hensyn**  
Som fastslået ovenfor, vil en leverandørs manglende opfyldelse af et kontraktvilkår kunne anses som en ændring af et grundlæggende element i en kontrakt, hvis den manglende opfyldelse er egnet til at ændre på den oprindelige kontrakts potentielle konkurrencesituation eller forskyde kontraktens økonomiske balance til fordel for leverandøren. Reglerne om ændringer af kontrakter efterlader dog alene ordregivere med en hjemlet pligt til at gennemføre en fornyet udbudsprocedure ved en ændring

---

<sup>344</sup> Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 199.

<sup>345</sup> Klagenævnet for Udbud kendelse af 19. august 2019, *EG A/S mod Egedal Kommune*.

<sup>346</sup> Generaladvokat Kokott, forslag til afgørelse i Sag C-454/06, *Presstext*, EU:C:2008:167. præmis 90.

<sup>347</sup> Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 200.

<sup>348</sup> Bl.a. Lovforslag L 19 "Forslag til udbudsloven" fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 200; Hamer, *Udbudsret*, s. 708; Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 763; Christensen og Batistoti Cesar, "Ændring af Kontrakt", s. 328.



af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, stk. 1. Bestemmelsen regulerer ikke direkte, hvorvidt ordregiver har en pligt til at håndhæve et kontraktvilkår, hvis ordregiver ønsker at forsætte den igangværende kontrakt.

Klagenævnet har i en række sager taget stilling til, hvorvidt ændringer af kontraktvilkår i en indgåede kontrakt udgjorde ændringer af grundlæggende elementer.<sup>349</sup> Kendelserne kan opdeles i to overordnede temaer: 1) situationer, hvor ordregivere frafalder kontraktvilkår, og 2) situationer, hvor ordregivere håndhæver kontraktvilkår over for leverandørerne.

Når ordregiver frafalder et mindstekrav i kontrakten, vil dette som udgangspunkt anses som en ændring af et grundlæggende element.<sup>350</sup> Dette understreges i Klagenævnets to kendelser mod en række busselskaber over et udbud af en rammeaftale,<sup>351</sup> hvor Klagenævnet fandt, at et efterfølgende frafald af et mindstekrav udgjorde en ændring af et grundlæggende element i en kontrakt. Klagenævnet lagde i den første af de to kendelser, kendelse af 19. maj 2020, *Alsvognen I/S mod Fynbus m.fl.*,<sup>352</sup> vægt på, at ændringen havde økonomisk betydning for den vindende leverandør, og at frafaldet af mindstekravet muligvis ville have medført, at andre tilbudsgivere kunne have deltaget i udbuddet. Frafaldet af mindstekravet førte til at kontrakten blev erklæret for uden virkning, hvilket implicit indebar en pligt for ordregiverne til at håndhæve kontraktvilkårene.

Modsat viser Klagenævnets kendelse af 20. august 2015, *Jensen & Nørgaard A/S m.fl. mod Billund Kommune* (herefter *Billund*-kendelsen),<sup>353</sup> at det kan være muligt at ændre et mindstekrav i løbet af

---

<sup>349</sup> Bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. februar 2023, DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. februar 2022, Atea A/S mod Udenrigsministeriet; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. juni 2022, Atea A/S mod Udenrigsministeriet.; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. oktober 2020, Øens Taxa mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. august 2015, Jensen & Nørgaard m.fl. mod Billund Kommune.

<sup>350</sup> Gausdal og Hamer, "Kapitel 10. Den offentlige kontrakt i et complianceperspektiv", s. 315.

<sup>351</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik samt 27. oktober 2020, Øens Taxa mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik.

<sup>352</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik på 202.

<sup>353</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. august 2015, Jensen & Nørgaard m.fl. mod Billund Kommune.

en kontrakt, forudsat at ændringen ikke sker generelt.<sup>354</sup> Klagenævnet fandt i sagen, at det ikke kunne lægges til grund, at kommunen i videre omfang havde accepteret at modtage 9 ud af 25 biler i den forkerte farve, hvorfor der ikke var sket en generel fravigelse af et mindstekrav. De nærmere omstændigheder omkring kommunens reaktion på den ændrede farve på bilerne fremgår ikke af kendelsen. Den må dog siges at være et grænsetilfælde,<sup>355</sup> bl.a. fordi ændringen omfattede en tredjedel af leverancen af biler.

Der kan også sættes spørgsmålstegn ved, hvorvidt Klagenævnet var kommet frem til samme konklusion i *Billund*-kendelsen i dag, nu hvor Klagenævnet har anlagt en mere streng tilgang til ændringer af kontrakter. Dette ses i kendelsen af 27. oktober 2020, *Øens Taxa mod FynBus m.fl.*<sup>356</sup> Eftersom busselskaberne i sagen havde været bekendt med, at de køretøjer, som ikke opfyldte mindstekravet, blev anvendt, og der ikke kom en reaktion herpå, fandt Klagenævnet, at mindstekravet de facto var frafaldet. Denne udvikling i praksis illustrerer, at et frafald eller en leverandørs manglende opfyldelse af et mindstekrav i alle tilfælde må anses for at skabe en udbudsretlig pligt for ordregivere til enten at håndhæve kontraktvilkåret eller gennemføre en fornyet udbudsprocedure.

I de tilfælde, hvor ordregivere modsat de ovenstående kendelser følger op på de indgåede kontraktvilkår, bliver udbudslovens § 178 ikke aktiveret. Dette kan illustreres af kendelsen af 20. juni 2022, *Atea A/S mod Udenrigsministeriet*,<sup>357</sup> hvor Klagenævnet fandt, at der ikke forelå en ændring af et grundlæggende element i form af et mindstekrav om certificering i kontrakten. Ordregiveren havde umiddelbart efter en kendelse vedrørende fortolkningen af samme mindstekrav<sup>358</sup> håndhævet mindstekravet over for leverandøren. Af kendelsen følger, at ordregiveres håndhævelse skal foretages inden for rimelig tid samt løbende frem til vilkårets opfyldelse.<sup>359</sup>

---

<sup>354</sup> Hamer, *Udbudsret*, 705.

<sup>355</sup> Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, s. 772.

<sup>356</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. oktober 2020, *Øens Taxa mod FynBus*, Sydtrafik og Midttrafik.

<sup>357</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. juni 2022, *Atea A/S mod Udenrigsministeriet*.

<sup>358</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. februar 2022, *Atea A/S mod Udenrigsministeriet*.

<sup>359</sup> Mindstekravet i sagen var henset til karakteren og omfanget af de nødvendige certificeringer og behovet for ekstern audit opfyldt inden for rimelig tid.

Lignende illustrerer Klagenævnets kendelse af 27. oktober 2020, *Øens Taxa mod FynBus m.fl.*,<sup>360</sup> at hvis ordregivere modsat ikke reagere på henvendelser eller viden om manglende opfyldelse inden for rimelig tid, vil det være et frafald af et mindstekrav og dermed en ændring af et grundlæggende element.

Hvor grundigt ordregivere skal følge op på manglende opfyldelse af kontraktvilkår kan til en vis grad udledes af Klagenævnets kendelse af 1. februar 2023, *DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S*.<sup>361</sup> Her fandt Klagenævnet, at ordregiverens vanskeligheder forbundet med håndhævelsen af kontrakten ikke indebar, at mindstekravet skulle anses for frafaldet af ordregiveren. Klagenævnet lagde bl.a. vægt på, at ordregiveren havde holdt løbende opfølgingsmøder med leverandøren for at opnå kontraktopfyldelse, hvormed ordregiveren ikke havde accepteret, at leverandøren ikke opfyldte kontrakten. Det kan heraf udledes, at ordregivere har et vist skøn i relation til, hvordan håndhævelsesforpligtelsen opfyldes, idet ordregiveres bestræbelser alene skal være rimelige. Pligten må dog anses for at være opfyldt, såfremt ordregiverne er vedholdende i sin håndhævelse.<sup>362</sup> I tråd hermed anskues tidspunktet for, hvornår den udbudsretlige pligt til at håndhæve kontraktvilkår opstår, også ud fra en rimelighedsbetragtning. I henhold til *Atea A/S mod Udenrigsministeriet*<sup>363</sup> er dette tidligst fra det øjeblik, hvor ordregiver bliver bekendt med, at der er tale om manglende opfyldelse af et grundlæggende element f.eks. efter en sag ved Klagenævnet for Udbud eller ved besked herom fra leverandøren eller forbigåede tilbudsgivere, jf. *Øens Taxa mod FynBus m.fl.*<sup>364</sup>

### **5.3.5 Delkonklusion**

Hvis ordregivere frafalder et vilkår i kontrakten eller ikke håndhæver et kontraktvilkår, vil det udgøre en ændring af et grundlæggende element, såfremt ændringen havde udvidet kredsen af tilbudsgivere, ændret udbuddets udfald, eller hvis kontraktens økonomiske balance forskydes til fordel for leverandøren. Klagenævnets praksis vedrørende ændringer af kontrakter indikerer, at en udbudsretlig pligt til at håndhæve kontraktvilkår hænger tæt sammen med udbudsrettens regler og praksis

---

<sup>360</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. oktober 2020, *Øens Taxa mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik*.

<sup>361</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. februar 2023, *DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S*.

<sup>362</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. juni 2022, *Atea A/S mod Udenrigsministeriet*.

<sup>363</sup> *Ibid.*

<sup>364</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. oktober 2020, *Øens Taxa mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik*.

vedrørende ændring af kontrakter, jf. udbudslovens § 178. Det forekommer derfor meget naturligt, at en udbudsretlig pligt især opstår, hvis ændringen omhandler en manglende opfyldelse af et mindstekrav, idet sådan en ændring ifølge Klagenævnets praksis ofte vil blive anset for at være en ændring af et grundlæggende element.

#### **5.4 Ændringer af grønne hensyn i kontrakter om datacenterydelser**

Grønne kriterier til offentlige indkøb af dataopbevaring og -behandling er relativt nye. Derfor er de kun i begrænset omfang blevet anvendt i danske udbud.<sup>365</sup> Det er således ikke utænkeligt, at der vil opstå uforudsete udfordringer ved leverandørens opfyldelse af de grønne hensyn i kontraktvilkårene. Det er således relevant at vurdere, hvorledes leverandørers manglende opfyldelse af grønne hensyn i kontrakter om datacenterydelser også udløser en pligt for ordregivere til at påse og håndhæve kontraktvilkårene.

I tilfælde hvor en leverandørs manglende opfyldelse af et grønt hensyn medfører en reduktion i dennes omkostninger, vil der som udgangspunkt være pligt for ordregiver til at håndhæve disse hensyn, jf. afsnit 5.3.2.2. Dette kunne eksempelvis være ved krav om genbrug af spildvarme, idet dette kan være særligt omkostningstungt, da det kræver tilslutning til fjernvarmenettet.<sup>366</sup> Her vil ordregiveren således skulle påkræve, at leverandøren udnytter datacentrets spildvarme i fjernvarmenettet. Karakteren og omfanget af sådan en forpligtelse betyder således også, at der ikke nødvendigvis foreligger en ændring af et grundlæggende element lige fra kontraktens start, jf. Klagenævnets udtalelser i kendelsen af 20. juni 2022, *Atea A/S mod Udenrigsministeriet*.<sup>367</sup> Klagenævnet lagde i kendelsen vægt på, at karakteren og omfanget af nødvendige certificeringer samt behovet for ekstern audit tilgodeså tidspunktet for et mindstekravs opfyldelse.<sup>368</sup>

Lignende kan en leverandørs overtrædelse af krav om miljøpåvirkning i kontrakten, hvis vedvarende energi ikke anvendes, formentlig også være en ændring af et grundlæggende element i kontrakten,

---

<sup>365</sup> Digitaliseringsstyrelsen, "Afrapportering for initiativ om grønne datacentre". s. 3

<sup>366</sup> Ibid. s. 26.

<sup>367</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 20. juni 2022, *Atea A/S mod Udenrigsministeriet*.

<sup>368</sup> Lignede følger af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens, "Udbudsloven - Vejledning om udbudsreglerne", s. 250, der fastlægger, at kontraktens kompleksitet har betydning i vurderingen af ændring af en kontrakt.

som en ordregiver har pligt til at reagere på. Dette underbygges af EU-Domstolens afgørelse i *Succhi di Frutta*.<sup>369</sup> Her fandt EU-Domstolen, at der forelå en ændring af et grundlæggende element, selvom der ikke var en ændring af den udbudte ydelse, men en ændring af et omkringliggende vilkår i form betalingsmidlet. Ligeledes vil en ændring af en energikilde eller manglende opfyldelse af vedvarende energikilde kunne forrykke grundlaget for konkurrencen under det forudgående udbud og stride imod ligebehandlingsprincippet. Dette er også selvom ordregiveren får opbevaret og behandlet sin data som ellers forudsat i kontrakten.

Det skal bemærkes, at mange indkøb af dataopbevaring og -behandling foregår ”indirekte”, eksempelvis gennem indkøb af et it-system, som ved idriftsættelse forudsætter dataopbevaring og -behandling.<sup>370</sup> Dermed bliver datacenterydelsen blot en mindre del af den samlede kontrakt, hvormed leverandørens manglende opfyldelse ikke som sådan vil ændre kontraktens overordnede karakter.<sup>371</sup> Dette ville således formentlig ikke udgøre en ændring af et grundlæggende element.

Ved vurderingen af håndhævelsespligten skal der under alle omstændigheder lægges vægt på, hvor centralt det forhold, som fraviges, var på tidspunktet for kontrakttildelelsen.<sup>372</sup> I den forbindelse kan det anføres, at såfremt en ordregiver har indsat opfyldelse af grønne hensyn som et selvstændig evalueringsparameter, taler dette for, at ordregiveren er forpligtet til at håndhæve det grønne hensyn.<sup>373</sup> Det vil sige, at hvis grønne hensyn er et centralt tildelingskriterie, og den valgte leverandør udmærkede sig her, vil der ikke gå lang tid, før en manglende håndhævelse af hensynet må anses for at være en ændring af et grundlæggende element.<sup>374</sup>

## 5.5 Håndhævelse af grønne hensyn i kontrakter

Som konkluderet er der en udbudsretlig pligt til at håndhæve kontraktvilkår, hvis den manglende håndhævelse må anses som at være en ændring af et grundlæggende element i kontrakten, jf. afsnit

---

<sup>369</sup> *Succhi di Frutta*. præmis 121.

<sup>370</sup> Digitaliseringsstyrelsen, “Afrapportering for initiativ om grønne datacentre”, s. 10.

<sup>371</sup> Poulsen m.fl., *EU udbudsretten*, s. 634.

<sup>372</sup> Goller og Kreyberg, “Vesentlige endringer i kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser”.

<sup>373</sup> F.eks. hvis en ordregiver har fastsat, at grønne hensyn vægter 20% i evalueringen.

<sup>374</sup> Goller og Kreyberg, “Vesentlige endringer i kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser”.

5.3.5. Derfor bør ordregivere, når de vælger at inddrage grønne hensyn i kontraktvilkår, følge op på, at forpligtelsen opfyldes af deres kontraktpart.<sup>375</sup> Gennemgangen af de ovenstående kendelser i afsnit 5.3.4 viser, at udbudsretten ikke regulerer, hvad ordregivere skal gøre for at håndhæve kontrakten, men blot at håndhævelse skal fremtræde som seriøs.

Det vil i det nedenstående blive vurderet, hvordan ordregivere kan sikre at grønne hensyn i de udbudte kontrakter bliver opfyldt, herunder hvorvidt det kan ske i medfør af udbudsretten eller hvorvidt og hvordan det kan ske i medfør af kontraktretten.

### **5.5.1 Ordregiveres mulighed for håndhævelse af grønne hensyn ved Klagenævnet for Udbud**

Klagenævnet har af flere omgange understreget,<sup>376</sup> at det ikke har kompetence til at vurdere parternes retsstilling i relation til kontraktretlige spørgsmål, jf. afsnit 5.2. Hvis en ordregiver ønsker et grønt hensyn opfyldt, er det således vurdering af parternes forpligtigelser, hvilket er som udgangspunkt er en kontraktlig vurdering.<sup>377</sup>

Det kan bemærkes, at EU-Domstolen tilbage i 2020 afsagde en afgørelse, der omhandlede parternes ansvarsforhold i forbindelse med et ophør af en kontrakt. De præjudicielle spørgsmål i sag *T-Systems Magyarország*<sup>378</sup> drejede sig primært ikke om en ulovlig ændring af en kontrakt, men om og i hvilket omfang, en vindende tilbudsgiver kan gøres ansvarlig for en ulovlig kontraktopsigelse efter reglerne om ændringer af kontrakter.<sup>379</sup> EU-Domstolen fandt, at den nationale lovgivning om, at pålægge begge parter en bøde for en ulovlig kontraktopsigelse, var i overensstemmelse med EU-retten, så

---

<sup>375</sup> Hamer, *Udbudsret*, s. 685.

<sup>376</sup> Se bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. februar 2006, Haubjerg Interiør A/S mod Vejle Amt; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. juni 2011, Ecolab A/S mod Region Sjælland; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. oktober 2018, Øjenlægenes Center mod Region Nordjylland; Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. maj 2017, Scan Office mod Moderniseringsstyrelsen.

<sup>377</sup> Carina Risvig Hamer, "Grænseflader mellem kontraktret og udbudsret: særligt om sanktionen uden virkning af offentlige kontrakter", i *Festskrift til Hans Viggo Godsk Pedersen* (København: DJØF/Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017), s. 172.

<sup>378</sup> Sag C-263/19 - *T-Systems Magyarország m.fl. mod Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*, EU:C:2020:373.

<sup>379</sup> T. Tátrai, "The Possibility of Imposing a Fine on Both Parties Due to Unlawful Contract Amendment (Case C-263/19 *T-Systems Magyarország*)", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 17, nr. 3 (2022): s. 203.

længe sanktionen var proportionel. Ifølge *Tátrai* kan det dog udledes af sagen, at det er muligt at sanktionere både ordregivere og tilbudsgivere med bøde for ulovlige kontraktændringer.<sup>380</sup>

I henhold til klagenævnslovens § 19 kan Klagenævnet dog alene pålægge ordregivere en økonomisk sanktion og ikke vindende tilbudsgivere. Herudover bemærkes det, at ordregivere i henhold til klagenævnslovens § 1, stk. 1, kun kan være indklagede. Derfor vil ordregivere ikke kunne påklage en leverandørers manglende opfyldelse af grønne hensyn. Hvis en ordregiveres manglende håndhævelse af grønne kontraktvilkår dog bliver påklaget til Klagenævnet, vil ordregivere skulle være opmærksom på en påstand om sanktionen uden virkning,<sup>381</sup> der dog ikke vil blive handlet yderligere.

Klagenævnet er heller ikke i henhold til klagenævnsloven<sup>382</sup> kompetent til at vurdere misligholdelsesbeføjelser, jf. afsnit 5.2. At Klagenævnet i *Dansk Byggeri-Kendelsen*<sup>383</sup> tog stilling til bod var en udbudsretlig vurdering, idet vurderingen tog udgangspunkt i, hvorvidt boden var i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

Klagenævnet vil dog ikke kunne håndhæve grønne hensyn i ordregiveres kontraktvilkår. Disse kontraktretlige spørgsmål er i stedet henlagt til de almindelige domstole, hvor ordregivere ville skulle anlægge et civil søgsmål.<sup>384</sup> I det nedenstående vil visse misligholdelsesbeføjelser blive vurderet i relation til ordregiveres muligheder for at håndhæve grønne hensyn i kontrakten.

---

<sup>380</sup> Ibid. s. 205., der begrundet det med, at dommen fastlægger, at også tilbudsgiver kan have ansvar for kontraktændringer, hvorfor der med rette også kan være en sanktion rettet mod tilbudsgiver for kontraktændringer, hvis denne har ansvaret herfor.

<sup>381</sup> Sanktionen uden virkning kan omfatte hele det oprindelige kontraktgrundlag, og ordregiver kan således risikere, at kontraktens forpligtelser og rettidigheder ophører med at bestå, jf. bl.a. Hamer, *Lov om Klagenævnet for udbud*, s. 483; Ølykke, *EU's udbudsregler*, s. 842; Torkil Høg, Amanda Elisabeth Riberholt-Rischel, og Trine Louise Larsen, "Kapitel 17. Håndhævelse af udbudsreglerne", i *Udbudsretten*, red. Steen Treumer, Første udgave, første oplag (København: Ex Tuto Publishing, 2019), s. 495; Hamer, "Grænseflader mellem kontraktret og udbudsret: særligt om sanktionen uden virkning af offentlige kontrakter", s. 171.

<sup>382</sup> Lovbekendtgørelse 2016-06-02 nr. 593 om Klagenævnet for Udbud.

<sup>383</sup> Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. august 2016, Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden.

<sup>384</sup> Hamer, *Lov om Klagenævnet for udbud*, s. 69.

### 5.5.2 Ordregiveres mulighed for kontraktmæssig opfyldelse af grønne hensyn

Når det offentlige indkøber opbevaring og behandling af data vil grønne hensyn i kontrakten adskille sig fra andre krav, idet en manglende opfyldelse af grønne hensyn ikke i sig selv betyder, at ordregivere ikke får leveret den indkøbte ydelse, altså opbevaring og behandling af data. Den kontraktmæssige opfyldelse omhandler således primært, at ordregivere kan få opbevaret eller behandlet deres data hos datacentre, mens de grønne hensyn kan anses som biforpligtelser til kontraktens opfyldelse.

Ordregiveres håndhævelse af leverandørers manglende overholdelse af forpligtelser om grønne hensyn er alt andet end simpel, idet kontraktretten ikke direkte behandler grønne hensyn i kontrakter.<sup>385</sup> Ordregivere er herudover i en kompliceret situation, da der ved den manglende opfyldelse af grønne hensyn, i de fleste tilfælde ikke lides et økonomisk tab, som der ville kunne kræves erstatning for.<sup>386</sup> For eksempel lider en ordregiver ikke noget direkte tab, hvis datacentret ikke lever op til de energieffektivitetskrav, der er fastsat i kontrakten. Det bemærkes, at den mulige sanktion for manglende overholdelse af ”køb grønt eller forklar”-princippet, jf. klagenævnsløven § 13 a, nr. 2, heller ikke vil være et økonomisk tab påført af leverandøren.<sup>387</sup>

Ordregiveres håndhævelse vil i vid udstrækning afhænge af, hvor tæt de grønne hensyn er knyttet til kontraktens genstand.<sup>388</sup> Hvis de ikke udtrykkeligt angiver mængden, den håndgribelige kvalitet eller fremstillingsprocessen for det produkt, der er udbud, vil håndhævelsen af bestemmelserne via traditionelle retsmidler, såsom bod, blive vanskeliggjort.<sup>389</sup>

---

<sup>385</sup> Kateřina Mitkidis, *Sustainability Clauses in International Business Contracts*, Dovenschmidt Monographs 3 (The Hague: Eleven Internat. Publ, 2015), s. 8.

<sup>386</sup> *Ibid.* s. 217.

<sup>387</sup> Bestemmelsen blev tilføjet i medfør af “Lov nr. 884 af 21. juni 2022 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren”, hvorefter ordregiver pålægges en økonomisk sanktion ved manglende begrundelse for ikke at inddrage miljø- eller klimahensyn i udbuddet, jf. udbudsloven § 194, stk. 4, og tilbudslovens § 16. Dette omhandler dog ordregiveres manglende begrundelse og ikke håndhævelse. Hertil er bemyndigelsesbestemmelsen endnu ikke udnyttet.

<sup>388</sup> Andrecka og Peterková Mitkidis, “Sustainability Requirements in EU Public and Private Procurement – a Right or an Obligation?”, s. 68.

<sup>389</sup> *Ibid.*



Ordregivere har dog tidligere været og er til tider stadig utydelige i deres formulering af grønne hensyn.<sup>390</sup> Dette er blevet bekræftet i et studie omkring brug af grønne hensyn i udbudskontrakter, hvor en af konklusionerne var, at mange vilkår og betingelser vedrørende grønne hensyn var vage og dermed svære at fortolke.<sup>391</sup> Herudover havde mange ordregivere ikke forbeholdt sig retten til at foretage eftersyn af, hvorvidt de grønne hensyn i kontrakten var overholdt.<sup>392</sup> Kontrakterne i studiet havde dog fastsat bodsbestemmelser, hvorefter leverandørerne var forpligtet til at betale såfremt et grønt hensyn i kontraktvilkårene ikke blev overholdt.<sup>393</sup>

#### 5.5.2.1 Håndhævelse gennem kontraktopfølgning

Ligesom det ovennævnte studie<sup>394</sup> er systematisk kontrol og håndhævelse af grønne hensyn i danske udbud undtagelsen frem for reglen.<sup>395</sup> Grønne forpligtelser i offentlige kontrakter har imidlertid kun effekt, hvis de overvåges.<sup>396</sup> Uden overvågning er der risiko for, at kontrakter tildeles uhæderlige tilbudsgivere, mens ærlige tilbudsgivere bliver snydt.<sup>397</sup> Desuden kan ordregivere risikere at overtræde ligebehandlingsprincippet, hvis ordregiverne hverken ønsker eller kan kontrollere nøjagtigheden af tilbudsgivernes oplysninger.<sup>398</sup>

---

<sup>390</sup> Mitkidis, “Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements”.

<sup>391</sup> Antti Palmujoki, Katriina Parikka-Alhola, og Ari Ekroos, “Green Public Procurement: Analysis on the Use of Environmental Criteria in Contracts: GREEN PUBLIC PROCUREMENT”, *Review of European Community & International Environmental Law* 19, nr. 2: 250–62.

<sup>392</sup> Ibid.

<sup>393</sup> Ibid.

<sup>394</sup> Ibid.

<sup>395</sup> Hamer m.fl., *Compliance i den offentlige sektor*, s. 329.

<sup>396</sup> European Commission. Directorate General for the Environment. og ICLEI – Local Governments for Sustainability., *Buying Green!: A Handbook on Green Public Procurement : 3rd Edition*. (LU: Publications Office, 2016), s. 66.

<sup>397</sup> Marta Andhov m.fl., “Sustainability Through Public Procurement: The Way Forward – Reform Proposals”, *SSRN Electronic Journal*, 2020, s. 55.

<sup>398</sup> Ankersmit, “The Contribution of EU Public Procurement Law to Corporate Social Responsibility”, s. 16.

Imidlertid regulerer hverken Udbudsdirektivet eller udbudsloven, hvordan kontrakter kan overvåges for at verificere opfyldelsen af kontraktlige forpligtelser.<sup>399</sup> Dette stemmer overens med, at ordregiveres og leverandørers rettigheder og forpligtelser skal reguleres i henhold til kontrakten og dens vilkår, jf. 5.1, 5.2 og 5.5.1. Derfor er ordregivere overladt til at sætte klare opfølgingsrettigheder i kontrakten.

For datacentre kan dette eksempelvis være ved at fastsætte udtrykkelige kriterier vedrørende den operationelle præstation.<sup>400</sup> Alternativt kan ordregivere for at lette deres administrationsbyrde fastsætte, at det er leverandørerne, der er forpligtet til at føre dokumentation for overholdelse af kontraktens krav og rapportere til ordregiverne herom. F.eks. at ”*leverandøren skal levere månedlige og årlige data for det it-udstyr, der er placeret i datacentret.*”<sup>401</sup> Dette eksempel illustrer, at ordregivere ved udbud af datacentreydelser vil kunne søge inspiration til opfølgning i EU-Kommissionens grønne kriterier til offentligindkøb af datacentre-, serverrum- og cloudydelser.<sup>402</sup>

Det bemærkes, at effektiviteten af kontraktopfølgninger er funderet i truslen om formelle juridiske sanktioner såsom bod.<sup>403</sup> Ordregivere skal derfor have fastsat klare formuleringer for leverandørernes forpligtelser til at opfylde de grønne hensyn, der er fastsat i deres kontrakter.

#### 5.5.2.2 Bod eller bonus

Formålet med bodsbestemmelser i kontrakter er at sikre, at leverandøren får en økonomisk konsekvens, såfremt ydelsen ikke leveres i den aftalte kvalitet.<sup>404</sup> En bestemmelse om bod i en kontrakt forstås i almindelighed således, at en ordregiver kun kan kræve boden betalt, såfremt der

---

<sup>399</sup> Af udbudsloven § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, følger der vedrørende kontrol alene af, at ordregiveren i tvivlstilfælde skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet. Der er således ikke i udbudsloven taget stilling til efterfølgende kontrol.

<sup>400</sup> EU-Kommissionen, “EU GPP criteria for data centres, server rooms and cloud services”, s. 6. Det vil f.eks. være krav vedrørende datacentrets energieffektivitet.

<sup>401</sup> Ibid. pkt. 3.4 Contract performance clauses.

<sup>402</sup> Ibid.

<sup>403</sup> Mitkidis, “Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements”. s. 21.

<sup>404</sup> Udsen, *IT-kontraktret*, s. 386.

forligger ansvarspådragende misligholdelse fra den vindende tilbudsgivers side.<sup>405</sup> For at en bod kan siges at være effektiv som misligholdelsesbeføjelse, skal det fremgå tydeligt af bodsbestemmelsen, hvornår og hvorfor boden udløses.<sup>406</sup> Ordregiveres kvalificering af dette skal dog først og fremmest være knyttet til kontraktens genstand og opfylde proportionalitetsprincippet.

Kontraktbetingelser kan også vedrøre en række fastlagte mål i kontrakten, som leverandøren kan opnå en bonus for at opfylde.<sup>407</sup> Dette kan fungere som et incitament for leverandøren til at opfylde kontrakten som aftalt.<sup>408</sup> For at bonussen kan fungere som et effektivt incitament, er det vigtigt, at kontraktbetingelserne beskriver præcist, hvornår målene skal anses for at være opfyldt. Herudover bør ordregivere i henhold til en effektiv udnyttelse af offentlige midler og proportionalitetsprincippet overveje størrelsen på bonussen. En anden incitamentsordning kan være at kombinere bonus med bod.<sup>409</sup> For eksempel kan leverandøren opnå en bonus, hvis behandlingen af data bliver gennemført mere energieffektivt end fastsat i kontrakten, men leverandøren skal til gengæld betale bod, hvis kontraktens mål for energieffektivitet overskrides.

### **5.5.3 Delkonklusion**

Den udbudsretlige pligt til at håndhæve krav i kontrakten kan ikke gennemføres gennem Klagenævnet, idet Klagenævnet ikke har kompetence til at vurdere parternes retsstilling i relation til kontraktretlige spørgsmål. Derfor skal håndhævelsen ske i henhold til kontraktretten, der dog historisk ikke har behandlet grønne hensyn.

Ordregiveres mulighed for kontraktmæssig opfyldelse af grønne hensyn begrænses i de fleste tilfælde af, at der ikke lides et økonomisk tab ved den manglende opfyldelse af grønne hensyn. Derfor skal kontraktmæssig opfyldelse sikres gennem bods- og/eller bonusbestemmelser. Dette kræver dog i højere grad mere systematisk kontrol og klare bestemmelser omkring, hvornår den økonomiske sanktion eller berigelse udløses, end hvad der tidligere har været tilfældet i danske udbud.

---

<sup>405</sup> Torsten Iversen, *Obligationsret 2. del*, 5. udgave, 1. oplag (Kbh.: Jurist- og Økonomforbundet, 2019), s. 380.

<sup>406</sup> Andrecka og Peterková Mitkidis, "Sustainability Requirements in EU Public and Private Procurement – a Right or an Obligation?", s. 68.

<sup>407</sup> Hamer, *Udbudsret*, s. 394.

<sup>408</sup> Ølykke, *EU's udbudsregler*, s. 864.

<sup>409</sup> Erik Hørlyck, *Tilbudsloven 3. udg* (Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2013), s. 101.

## 6. Konklusion

Afhandlingen har først og fremmest haft til formål at undersøge, i hvilken grad kravet om tilknytning til kontraktens genstand har indflydelse på ordregiveres inddragelse af grønne hensyn ved udbud af datacenterydelser. Hertil kan det konkluderes, at EU-Domstolen siden sin afgørelse i *Concordia* har defineret og udvidet rækkevidden af tilknytningskravet. Kravet omfatter nu i henhold til EU-Domstolens afgørelser i *EVN* og *Max Havelaar* også grønne hensyn, der ikke er direkte relateret til anskaffelsens materielle indhold, såsom miljøpåvirkninger og produktionsmetoder. Selvom tilknytningskravet er blevet udvidet, er der stadig visse begrænsninger for, hvordan grønne hensyn kan fremmes gennem offentlige udbud, bl.a. at tildelingskriterier ikke kan være baseret på tidligere eller fremtidige tildelinger af kontrakter.

De ovenstående overvejelser fra retspraksis er blevet indarbejdet i udbudsloven. Tilknytningskravet er blevet en gyldighedsbetingelse for anvendelsen af grønne hensyn i tekniske specifikationer, tildelingskriterier og kontraktvilkår jf. udbudslovens §§ 40, 163 og 176. Herudover skal tekniske kriterier være egenskaber ved den pågældende ydelse. Dette er i modsætning til kontraktvilkår og tildelingskriterier, som kan angå andre forhold, der ikke er direkte relateret til ydelsens egenskaber, f.eks. i form af fair trade kriterier. For egnethedskriterier er tilknytningskravet mere lempeligt, jf. udbudslovens § 140, idet grønne hensyn i egnethedskriterier alene skal hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand. Derfor vil ordregivere i udvælgelsesfasen kunne lægge vægt på tidligere udførsler af offentlige kontrakter.

For udbud af datacenterydelser betyder tilknytningskravets rækkevidde, at ordregivere kan anvende grønne hensyn, selvom disse ikke materialiserer sig i selve opbevaringen eller behandlingen af data. Ordregivere kan bl.a. som egnethedskriterier stille krav om, at datacenteroperatøren har en grøn strategi og/eller erfaring med at udarbejde strategier til at forbedre energieffektiviteten. Det kan herudover konkluderes, at *EU's Code of Conduct for energieffektive datacentre* kan være problematisk at anvende i et udbud, da kravene i mange tilfælde ikke vedrører kontraktens genstand.

Afhandlingen har for det andet haft til formål at undersøge, hvorvidt der er en udbudsretlig pligt for ordregivere til at håndhæve grønne hensyn i den indgåede kontrakt. Hertil kan det konkluderes, at den udbudsretlige vurdering af håndhævelse af kontraktvilkår skal foretages ud fra udbudslovens regler om ændringer af indgåede kontrakter. Udgangspunktet er her, at ordregivere ikke kan foretage

en ændring af et grundlæggende element i en indgået kontrakt uden at gennemføre en ny udbudsprocedure. En ændring anses altid for at være en ændring af et grundlæggende element, hvis den ville have givet adgang for andre tilbudsgivere eller givet et andet tildelingsresultat, eller hvis den ændrer kontraktens økonomiske balance til fordel for leverandøren, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1 og 2.

Hvis en leverandør ikke overholder et grønt hensyn i kontraktvilkårene, kan det være en ændring af et grundlæggende element i kontrakten. I så fald har ordregivere en forpligtelse til at sikre, at leverandøren overholder vilkåret. Praksis fra Klagenævnet viser, at pligten til at håndhæve især opstår, hvis leverandøren ikke opfylder et mindstekrav i kontrakten. Hvis ordregivere modsat følger op på de indgåede kontraktvilkår, bliver udbudslovens § 178, stk. 1, ikke aktiveret. Praksis viser også, at ordregivere har en vis frihed til at vurdere, hvordan kontraktvilkår håndhæves, før reglerne om ændring af kontrakter træder i kraft. Ordregivere skal dog håndhæve kontraktvilkår inden for rimelig tid, og håndhævelsesbestrebelse skal være rimelige. Pligten til at håndhæve kan ikke opfyldes gennem Klagenævnet, idet Klagenævnet ikke har kompetence til at vurdere kontraktretlige spørgsmål. Derfor skal ordregiveres håndhævelse ske i henhold til kontraktretten.

Dette betyder konkret, at ordregivere har en pligt til at håndhæve grønne hensyn i udbud af datacenterydelser, hvis leverandørens manglende opfyldelse af hensynene medfører en reduktion i leverandørens omkostninger eller medfører, at leverandøren overskrider de miljø- og klimapåvirkninger, der er fastsat i kontrakten. Pligten til at håndhæve er størst, hvis de grønne hensyn var et centralt kriterie i det pågældende udbud, og den valgte leverandør udmærkede sig her.

## 7. Refleksion

### 7.1 Status på anvendelsen af grønne hensyn i udbud

Klimaaftrykket for offentlige indkøb i Danmark blev i 2019 opgjort til ca. 4 mio. ton CO<sub>2</sub>.<sup>410</sup> Herudover vil 13% af Danmarks samlede energiforbrug i 2030 stamme fra danske datacentres energiforbrug.<sup>411</sup> Det er derfor meget naturligt, at der i udbudsretten er kommet et øget fokus på at nedbringe miljø- og klimapåvirkningen af offentlige indkøb, herunder indkøb af datacenterydelser. Leverandører af datacenterydelser er af den opfattelse, at det vil gavne konkurrencesituationen, hvis ordregivere begynder at stille flere grønne krav i deres udbud.<sup>412</sup>

Ved udbud af datacenterydelser har ordregivere mulighed for at inddrage elementer fra *EU's Code of Conduct om effektive datacentre*, jf. afsnit 4.3. Ordregivere kan også tage udgangspunkt i EU-Kommissionens grønne kriterier til udbud, også kaldet GPP-kriterier, ved udbud af datacenterydelser.<sup>413</sup> Der er formuleret GPP-kriterier for hver af de enkelte dele af udbudsprocessen, som ordregivere kan tilpasse til det enkelte udbud. Herudover udgav Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen sidste år en vejledning om, hvordan offentlige indkøbere kan foretage grønne indkøb i overensstemmelse med udbudsreglerne.<sup>414</sup>

På trods af mange indsatser for at fremme strategiske indkøb, har EU's mål i 2014-Udbudsdirektivet om at fremme miljømæssige aspekter samlet set haft begrænset effekt.<sup>415</sup> Det er derfor relevant at reflektere over, hvordan inddragelsen af grønne hensyn kan styrkes i offentlige indkøb. En mulig tilgang er at rette fokus mod konkrete ændringer af udbudsretten, frem for at yde vejledning om brugen inden for rammerne af udbudsreglerne.

---

<sup>410</sup> Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, ”Vejledning om udbudslovens muligheder for at varetage grønne udbud”, september 2022, s. 5.

<sup>411</sup> Digitaliseringsstyrelsen, *Af rapportering for Initiativ Om Grønne Datacentre*, April 2022 s. 5.

<sup>412</sup> Ibid. s. 18, hvoraf det fremgår, at der i dag enten stilles ingen grønne krav, eller så er kravene uensartede.

<sup>413</sup> EU-Kommissionen, “EU GPP criteria for data centres, server rooms and cloud services”, 11. marts 2020, s. 3. GPP er en sammentræning af ordene Green Public Procurement.

<sup>414</sup> Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, ”Vejledning om udbudslovens muligheder for at varetage grønne udbud”, september 2022, s. 5.

<sup>415</sup> Den Europæiske Revisionsret, “Særberetning 28/2023”. pkt. 114.

Der er foreslået flere tiltag, der kan styrke muligheden for at inddrage grønne hensyn i udbudsprocedurer. En mulighed er at give ordregivere en bredere adgang til at anvende grønne hensyn. En anden mulighed er at indføre en pligt for ordregivere til at inddrage grønne hensyn. Disse to muligheder vil blive behandlet i afsnit 7.2. Det bemærkes, at ingen af de to muligheder var en del af forslaget til 2014-Udbudsdirektivet. Det er derfor relevant at overveje hvilke udbudsretlige overvejelser, der taler imod at give ordregivere en bredere adgang til at anvende grønne hensyn eller imod at indføre en pligt for ordregivere til at inddrage grønne hensyn. Disse overvejelser vil blive behandlet i afsnit 7.3. Afslutningsvis vil der blive reflekteret over, hvordan fremtiden ser ud for grønne hensyn i udbud. Disse overvejelser vil blive behandlet i afsnit 7.4.

## **7.2 En bredere adgang eller en pligtsmæssig tilgang til at inddrage grønne hensyn?**

Som konkluderet i afsnit 4.2.5 begrænser tilknytningskravet på visse punkter ordregiveres mulighed for at inddrage grønne hensyn i sine udbud. EU-kommissionen har i den forbindelse anerkendt, at en lempelse af tilknytningskravet vil give ordregivere større mulighed for at inddrage grønne hensyn i offentlige indkøb.<sup>416</sup>

Ordregivere vil med et lempeligere tilknytningskrav få mulighed for at overveje inddragelsen af grønne hensyn, der ikke nødvendigvis er direkte tilknyttet den specifikke kontrakts genstand. Med et lempeligere tilknytningskrav vil ordregivere kunne lade tilbudsgiverne konkurrere på deres generelle ”grønne” politikker, som f.eks. virksomheders sociale ansvar (CSR), som også omfatter virksomheders miljøforvaltning. Private virksomheder lægger i stigende grad vægt på CSR, når de indgår kontrakter.<sup>417</sup> Dette taler for, at ordregivere også kan behandle CSR-politikker på samme måde som kvalitetssikringsstandarder og miljøledelsesstandarder, da det vil kunne føre til en mere effektiv forfølgelse af grønne hensyn i offentlige indkøb.<sup>418</sup>

---

<sup>416</sup> Europa-Kommissionen, “”Grønbog om modernisering af EU’s politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked” KOM(2011) 15”. og Meddelelse fra EU-Kommissionen; EUROPA 2020 En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækstKOM (2010) 2010 endelig,.

<sup>417</sup> Semple, “The link to the subject matter”, s. 70; Andhov m.fl., “Sustainability Through Public Procurement”, s. 40.

<sup>418</sup> Andhov m.fl., s. 38 og 41, og Janssen, “Shifting Towards Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Context, Relevance and a Typology”, s. 37.

En alternativ tilgang vil være at erstatte tilknytningskravet. Denne tilgang er foreslået for at anvende et mere præcist begreb i form af livscyklusbegrebet samt for at skabe sammenhæng mellem offentlige indkøb og miljøpolitik, da livscyklusbegrebet er et generelt begreb i EU's miljølovgivning og -politik.<sup>419</sup> Dette vil kunne styrke kontrakt-specifikke bæredygtighedsforpligtelser og have en stor klima- og miljømæssig indflydelse, idet ordregivere vil give større vægt til det samlede CO<sub>2</sub>-fodaftryk af den udbudte kontrakt.<sup>420</sup> Dermed vil ordregivere varetage en bredere samfundsmæssig udvikling, hvor leverandører bliver presset til at bidrage til den grønne omstilling generelt.

Selv med et lempet tilknytningskrav eller et alternativt begreb vil der fortsat ikke være nogen positiv forpligtelse for ordregivere til at inddrage grønne hensyn, når de udbyder opgaver. Det vil derfor være afgørende for, hvorvidt grønne hensyn inddrages i udbuddet, at de konkrete ordregivere har en ”lyst” eller politisk vilje til at forfølge grønne hensyn.

Det er derfor relevant at overveje, om der bør indføres en pligt for ordregivere til at inddrage grønne hensyn. En sådan pligt kunne bestå i, at inddragelsen af EU-Kommissionens GPP-kriterier gøres obligatorisk. Dette vil kunne bidrage til at skabe en fælles forståelse for grønne hensyn og øge retssikkerheden for tilbudsgivere, idet tilbudsgiverne vil vide, hvad der konkurreres på.<sup>421</sup> Alternativt kunne en positiv forpligtelse bestå i, at ordregivere skal forklare, hvorfor de ikke inddrager grønne hensyn.<sup>422</sup> Dette er lignende det danske ”køb grønt eller forklar”-princip, som har til formål at understøtte en dynamisk udvikling af grønne krav i udbud i takt med, at der bliver bedre muligheder for at købe grønt.<sup>423</sup>

---

<sup>419</sup> Pouikli, “Towards Mandatory Green Public Procurement (GPP) Requirements under the EU Green Deal”, s. 717.

<sup>420</sup> Semple, “The link to the subject matter”, s. 71.

<sup>421</sup> Pouikli, “Towards Mandatory Green Public Procurement (GPP) Requirements under the EU Green Deal”, s. 719.

<sup>422</sup> Willem Janssen og Roberto Caranta, “Collective Reflections on the Future of Mandatory Sustainable Public Procurement”, i *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*, red. Willem Janssen og Roberto Caranta (Oxford: Hart Publishing, 2023), s. 261.

<sup>423</sup> Lovforslag L 199 ‘Forslag til lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren’ fremsat i Folketinget den 10. maj 2022, s. 37 og 41.



### 7.3 Udbudsretlige overvejelser imod en bredere adgang til at inddrage grønne hensyn

En risiko ved en ”køb grønt eller forklar”-tilgang er dog, at ordregivere kan ty til standardiserede begrundelser for ikke at inddrage grønne hensyn.<sup>424</sup> Dette ses der eksempler på i Spanien, hvor lovgiver har indført en bestemmelse, der ligner den danske.<sup>425</sup> Med en pligtmæssig tilgang er der risiko for, at ordregivere vil behandle inddragelsen af grønne hensyn som en omstændig formalitet. En pligtmæssig tilgang vil således bidrage til risikoen for, at inddragelsen af grønne hensyn i udbud bliver en ”afkrydsningsboks”.

Det er herudover vigtigt at bemærke, at udbudsloven ikke er en målsætningslov, men en procedurelov, der fastlægger, hvordan offentlige udbud skal gennemføres. Udbudsreglernes primære formål er at sikre effektiv konkurrence mellem leverandørerne, jf. afsnit 3.1.1 og 3.1.3. En pligt til at inddrage grønne hensyn i alle udbud kan komprimere en effektiv konkurrence. Grønne produkter og ydelser er ofte dyrere end traditionelle produkter og ydelser. De ekstra omkostninger for leverandørerne kan gøre det vanskeligere for mindre og mellemstore leverandører (SMV'er) at konkurrere med større leverandører, da ressourcekrævende udbud er mindre attraktive for SMV'er.<sup>426</sup> Dette kan desuden være i strid med ligebehandlingsprincippet. Lovbemærkningerne til udbudsloven fremhæver, at ordregivere bør undgå at stille krav eller betingelser, der kun kan opfyldes af få økonomiske aktører på markedet.<sup>427</sup> Baggrunden herfor er, at det kan forrykke lige konkurrence mellem de økonomiske aktører på det relevante marked.

Samtidig kan bevidsthed hos tilbudsgiverne om et mindre udvalg af tilbud for ordregivere få den utilsigtede konsekvens, at tilbudsgiverne konkurrerer mindre på pris og dermed byder ind med højere

---

<sup>424</sup> Janssen og Caranta, “Collective Reflections on the Future of Mandatory Sustainable Public Procurement”, s. 261.

<sup>425</sup> Ximena Lazo Vitoria, “Spain: Transitioning towards Sustainable Public Procurement Mandatory Requirements”, i *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*, red. Willem Janssen og Roberto Caranta (Oxford: Hart Publishing, 2023), s. 233, hvoraf det følger at den spanske bestemmelse ligesom den danske forpligter ordregiver til i sit udbudsmateriale at angive, hvorfor grønne hensyn ikke inkluderet. Her er der dog ikke tale om en bemyndigelsesbestemmelse. Og Janssen og Caranta, “Collective Reflections on the Future of Mandatory Sustainable Public Procurement”, s. 261, der fremfører at denne bestemmelse ikke har været effektiv.

<sup>426</sup> Den Europæiske Revisionsret, “Særberetning 28/2023”. pkt. 99.

<sup>427</sup> Lovforslag L 19 “Forslag til udbudsloven” fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015, s. 44

priser. I tråd hermed kan bredere anvendelse af grønne hensyn også føre til, at virksomhederne hæver deres priser for at dække de ekstra omkostninger, der er forbundet med at varetage grønne hensyn. Såfremt disse ekstra omkostninger medfører, at priserne i udbuddet bliver for høje, kan varetagelsen af det grønne hensyn være i strid med proportionalitetsprincippet. Dette skyldes, at ordregiveren i så fald vil søge at opnå formålet med at fremme grønne hensyn bekostning af den bedst mulige udnyttelse af offentlige midler, jf. afsnit 3.1.3. I henhold til proportionalitetsprincippet kan man også stille spørgsmålstegn ved, om det er nødvendigt og passende, at tildelingskriterier vedrører virksomhedernes øvrige aktiviteter.

Obligatoriske grønne kriterier kan herudover kollidere med eksisterende lovgivning for enkelte sektorer.<sup>428</sup> I stedet for at bruge udbudsprocedureregler til at opnå målsætninger om f.eks. energibesparelser, kan det overvejes, om det er mere relevant at varetage disse mål gennem lovgivning inden for de relevante sektorer, såsom med den nylige omarbejdning af energieffektivitetsdirektivet.<sup>429</sup> Særligt idet forskellen mellem forskellige sektorer og markeder kan gøre det uhensigtsmæssigt at fastsætte obligatoriske krav til offentlige indkøb.<sup>430</sup>

Lignende er der også risici forbundet med et lempet tilknytningskrav. For det første kan det være vanskeligere for ordregivere at verificere og håndhæve grønne hensyn, der ikke er direkte relateret til kontraktens genstand. Dette gør sig gældende, idet ordregivere ikke inden for udbudsreglerne har værktøjer til kontraktopfølgning, jf. afsnit 5.5.2.1. Det ligger desuden uden for ordregiverens beføjelser at ændre på virksomheders generelle miljøpolitik. Samtidig kan det anføres, at hvis der ikke følges op på de grønne hensyn, der er fastsat i henhold til et lempet krav til tilknytning, kan anvendelsen af grønne hensyn i offentlige indkøb alligevel ikke anses for at blive styrket.

---

<sup>428</sup> Enrique Carreres og Davide Vannoni, "Mandatory Requirements in Sustainable Public Procurement: The Economic Perspective", i *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*, red. Willem Janssen og Roberto Caranta (Oxford: Hart Publishing, 2023), s. 91.

<sup>429</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2023/1791 af 13. september 2023 om energieffektivitet og om ændring af forordning (EU) 2023/995 (omarbejdning).

<sup>430</sup> EU-Kommissionen, "Køb grønt! Håndbog om grønne offentlige indkøb", 2011, hvor EU-kommission fremførte at netop forskellige mellem markeder gjorde, at man valgte ikke at fremsætte obligatoriske krav om grønne indkøb.

I tråd hermed er en udfordring også ordregiveres behov for fremtidige kontraktændringer. Det er ikke givet, at der kan leveres grønt i alle kontrakter. Ordregivere kan således risikere at blive mødt med klagesager om, at der er foretaget en ændring af et grundlæggende element i kontrakten. Ordregivere vil i så fald skulle være meget opmærksomme på, om de grønne hensyn skal fastsættes i kontrakten eller inddrages i de øvrige dele af udbudsprocessen for at undgå risikoen for at blive sanktioneret ved Klagenævnet.

Lempeligere krav til brug af grønne hensyn som tildelingskriterier kan desuden gøre det sværere for tilbudsgivere at gennemskue, hvad de bliver evalueret på, hvis de grønne hensyn giver ordregivere et for bredt et skøn. Et for lempeligt tilknytningskrav vil gøre det muligt for ordregivere at evaluere tilbudsgiverne på en lang række forskellige parametre, der alle kan relateres til miljø, klima eller energieffektivitet. Dette kan gøre det vanskeligt for tilbudsgiverne at vurdere hvilken strategi, de skal følge for at afgive det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Som EU-Domstolen har fastslået i *Max Havelaar*, er ordregivere forpligtet til at gøre en seriøs indsats for at sikre, at tildelingskriterier er gennemsigtige og forståelige for tilbudsgivere.<sup>431</sup> Dermed kan et lempeligere tilknytningskrav og brug af mere politikorienterede kriterier være i uoverensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet.<sup>432</sup>

På baggrund af de ovenstående overvejelser vurderes det, at en bredere adgang til at anvende grønne hensyn eller en pligt til at inddrage grønne hensyn kan stride imod formålet om et indre marked med en effektiv konkurrence om offentlige kontrakter samt de udbudsretlige principper. Derfor bør styrkelsen af grønne hensyn i offentlige indkøb ske inden for rammerne af udbudsloven, herunder tilknytningskravet.

#### **7.4 Hvad bringer fremtiden for grønne hensyn i udbud?**

I evalueringen af udbudsloven, der trådte i kraft 1. januar 2016, fremgik det, at der med revisionen af udbudsloven kunne skabes en øget klarhed over udbudslovens muligheder for at varetage

---

<sup>431</sup> *Max Havelaar*. præmis 109.

<sup>432</sup> Ankersmit, "The Contribution of EU Public Procurement Law to Corporate Social Responsibility", s. 21.

samfundshensyn ved en øget vejledningsindsats.<sup>433</sup> At der alene blev indført en bemyndigelsesbestemmelse<sup>434</sup> ved revisionen af udbudsloven, og at anbefalingen ved evalueringen var en øget vejledningsindsats, tegner et billede af, at der fra dansk side ikke lige forløbeligt vil komme yderligere bestemmelser vedrørende inddragelsen af grønne hensyn.

Den ”grønne” bemyndigelsesbestemmelse er endnu ikke blevet anvendt, og der kan sættes spørgsmålstejn ved, om bestemmelsen alene tjente et symbolpolitisk formål. Der kan ligeledes sættes spørgsmålstejn ved, om der er en reel politisk vilje til at anvende bemyndigelsesbestemmelsen, eller om den manglende anvendelse blot er et tegn på, at det er svært for Konkurrence og Forbrugerstyrelsen at gennemskue i hvilke typer udbud, at princippet skal anvendes. Det er muligt, at den ”grønne” bemyndigelsesbestemmelse vil blive anvendt i fremtiden, men det er dog uklart hvornår og i hvilke typer udbud.

Dette tyder på, at blikket i stedet skal vendes mod EU for at spørge om, hvad fremtiden bringer for grønne hensyn i udbud. På EU-plan står udbudsreglerne ikke over for en revision, men der er en stor mængde særregulering på vej til virksomheder og produkter, der i høj grad tager hensyn til klima og miljø.<sup>435</sup> Herudover fortsætter Kommissionen med at udvide sit arsenal med sektorspecifikke GPP-kriterier.<sup>436</sup> Dette tyder på, at grønne hensyn på EU-plan fortsat får større betydning for offentlige indkøb. Om det udvikler sig til et egentligt udbudsretligt bæredygtighedsprincip, jf. afsnit 3.2.4, vides ikke. Dette vil formentlig kræve en ændring af udbudsdirektivet, således at princippet bliver rettet mod ordregivere og ikke medlemsstaterne.

I den Europæiske Revisionsrets særberetning om offentlige udbud i EU anbefales det, at EU-Kommissionen inden udgangen af 2025 præciserer og prioriterer målene for offentlige udbud samt fremlægger en handlingsplan for fjernelse af de vigtigste hindringer for konkurrencen i offentlige

---

<sup>433</sup> Konkurrence og Forbrugerstyrelsen, ”Evaluering af udbudsloven”, maj 2021, s. 172.

<sup>434</sup> Udbudslovens § 194, stk. 4 og tilbudslovens § 16.

<sup>435</sup> Bl.a. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2023/1791 af 13. september 2023 om energieffektivitet og om ændring af forordning (EU) 2023/995 (omarbejdning).

<sup>436</sup> EU-Kommissionen, ”Product groups, GPP”, der henviser til 14. områder, hvor Den europæiske Kommissions Fælles Forskningscenter (JRC) er ved at undersøge udvikling af GPP kriterier.

udbud.<sup>437</sup> Det er derfor muligt, at beretningen vil føre til, at EU-Kommissionen udarbejder et forslag til en revision af Udbudsdirektivet. Om et fremtidigt forslag vil bringe større fokus på grønne hensyn, kan kun tiden vise. Imidlertid er det vigtigt at huske på, at der er en hårfin balance mellem forfølgelsen af sekundære hensyn og spørgsmålet om konkurrence i offentlige udbud. En mulig revision af Udbudsdirektivet skal have effektiv konkurrence i fokus i målet om at fremme inddragelsen af grønne hensyn, for:

*”Skønt disse mål er indbyrdes forbundne og har til formål at supplere hinanden med henblik på samlet set at forbedre de offentlige udbuds præstation, tager de ikke tydeligt sigte på - og forhindrer måske endda somme tider - konkurrence.”* – Den Europæiske Revisionsret.<sup>438</sup>

---

<sup>437</sup> Den Europæiske Revisionsret, “Særberetning 28/2023” anbefaling 1 og 4, se nærmere s. 54 og 58.

<sup>438</sup> Ibid. pkt. 65.

## **8. Litteraturliste**

### **8.1 Love og forarbejder**

#### ***8.1.1 EU-lovgivning***

Traktaten om den Europæiske Union (TEU)

Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)

Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb.

Rådets Direktiv nr. 89/665/EØF af 21. december 1989 og direktiv nr. 92/13/EØF af 25. februar 1992

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

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

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.

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

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelsesktrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet.

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

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

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

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2023/1791 af 13. september 2023 om energieffektivitet og om ændring af forordning (EU) 2023/995 (omarbejdning).

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

Europa-Kommissionen: “Grønbog om modernisering af EU’s politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked” KOM (2011) 15”, 27. januar 2011.

### **8.1.2 Dansk lovgivning**

Lov nr. 1564 af 15. december 2015, Udbudsloven

Lovbekendtgørelse 2016-06-02 nr. 593 om Klagenævnet for Udbud

Lov nr. 884 af 21. juni 2022 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren

Lovbekendtgørelse 2007-12-07 nr. 1410 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren

Lovforslag L 19 “Forslag til udbudsloven” fremsat i Folketinget den 7. oktober 2015 (2015).

Lovforslag L 199 “Forslag til lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren” fremsat i Folketinget den 10. maj 2022

Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014

## **8.2 Vejledninger mv.**

Europa-Kommissionen: Directorate General for the Environment. og ICLEI – Local Governments for Sustainability. *Buying Green!: A Handbook on Green Public Procurement : 1st Edition*. LU: Publications Office, 2004.

———. *EUROPA 2020, En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst*, KOM (2010) 2010 endelig

———. *Buying Green!: A Handbook on Green Public Procurement : 3rd Edition*. LU: Publications Office, 2016.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. *Udbudsloven - Vejledning om udbudsreglerne*, januar 2016.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. *Evaluering af Udbudsloven*, maj 2021.

Konkurrence og Forbrugerstyrelsen. *Vejledning om udbudslovens muligheder for at varetage grønne udbud*, september 2022

## **8.3 Praksis**

### **8.3.1 Den Europæiske Unions Domstol og udtalelser fra generaladvokater**

Dom af 20. september 1988 i Sag C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV mod den Nederlandske stat*, EU:C:1988:422.

Dom af 13. juli 1989 i Sag C-215/88, *Casa Fleischhandels-GmbH mod Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, EU:C:1989:331.

Dom af 13. november 1990 i Sag C-331/88, *The Queen mod Ministry of Agriculture, Fisheries and Food og Secretary of State for Health, Ex Parte Fedesa m.fl.*, EU:C:1990:391.

Dom af 26. september 2000 i Sag C-225/98, *Kommissionen mod Frankrig*, EU:C:2000:494.

Dom af 5. oktober 2000 i Sag C-337/98, *Kommissionen mod Frankrig*, EU:C:2000:543

Dom af 17. september 2002 i Sag C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne*, EU:C:2002:495.

Dom af 12. december 2002 i Sag C-470/99, *Universale-Bau AG*, EU:C:2002:746.

Dom af 4. december 2003 i Sag C-448/01, *EVN AG og Wienstrom GmbH mod Republik Österreich*, EU:C:2003:651.

Dom af 29. april 2004 i sag C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, EU:C:2004:236.

Dom af 15. september 2005 i Sagerne C-21/03 og C-34/03, *Fabricom SA*, EU:C:2005:12.

Dom af 24. januar 2008 i Sag C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE m.fl. mod Dimos Alexandroupolis m.fl.*, EU:C:2008:40.

Dom af 19. juni 2008 i Sag C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur mod Østrig*, EU:C:2008:351.

Dom af 16. december 2008 i Sag C-213/07, *Michaniki AE*, EU:C:2008:731.

Dom af 12. november 2009 i sag C-199/07, *Kommissionen mod Grækenland*, EU:C:2009:693.

Dom af 10. maj 2012 i Sag C-368/10, *Max Havelaar*, EU:C:2012:284.

Dom af 26. marts 2015 i Sag C-601/13, *Ambisig mod Nersant*, EU:C:2015:204.

Dom af 7. september 2016 i Sag C-549/14, *Finn Frogne*, EU:C:2016:634.

Dom af 30. januar 2020 i Sag C-395/18, *Tim*, EU:C:2020:58.

Dom af 14. maj 2020 i Sag C-263/19 - *T-Systems Magyarország m.fl. mod Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*, EU:C:2020:373.

Dom af 22. april 2021 i Sag C-537/19, *Europa-Kommissionen mod Østrig*, EU:C:2021:319.

Generaladvokat Mischo, forslag til afgørelse i Sag C-515/99, *Concordia Bus Finland* EU:C:2001:618

Generaladvokat Kokott, forslag til afgørelse i Sag C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Østrig*, EU:C:2008:167.



Generaladvokat Kokott, forslag til afgørelse i sag C-368/10 *Max Havelaar*, EU:C:2011:840.

### **8.3.2 Klagenævnet for Udbud**

Kendelse af 13. februar 2006, Haubjerg Interiør A/S mod Vejle Amt.

Kendelse af 5. maj 2010, Remmer A/S mod SKI.

Kendelse af 22. juni 2011, Ecolab A/S mod Region Sjælland.

Kendelse af 19. december 2012, Lyreco Danmark A/S mod Morsø Kommune.

Kendelse af 18. juni 2013, Multi Trans A/S mod Københavns Kommune.

Kendelse af 20. august 2015, Jensen & Nørgaard m.fl. mod Billund Kommune.

Kendelse af 12. april 2016, Joint Venture Salini-Impregilo-SamsungBunte mod Femern A/S

Kendelse af 2. august 2016, Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden.

Kendelse af 18. maj 2017, Scan Office mod Moderniseringsstyrelsen.

Kendelse af 16. marts 2017, Holbech Lys mod DSB.

Kendelse af 29. oktober 2018, Øjenlægenes Center mod Region Nordjylland.

Kendelse af 19. august 2019, EG A/S mod Egedal Kommune.

Kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik.

Kendelse af 27. oktober 2020, Øens Taxa mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik.

Kendelse af 8. februar 2022, Atea A/S mod Udenrigsministeriet.

Kendelse af 20. juni 2022, Atea A/S mod Udenrigsministeriet.

Kendelse af 17. maj 2023, Eurofins mod Ørsted.

Kendelse af 1. februar 2023, DKK Plastics ApS mod AffaldPlus I/S.

Kendelse af 17. november 2023, Capgemini Danmark A/S mod Udviklings- og Forenklingsstyrelsen.

## 8.4 Litteratur

### 8.4.1 Bøger

- Arrowsmith, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement. Volume 1*. Third edition. London: Sweet & Maxwell, 2014.
- Berg, Claus. *Udbudsret i byggeriet*. Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2012.
- Blume, Peter. *Retssystemet og juridisk metode*. 4. udgave. Kbh.: Djøf, 2020.
- Bogdanowicz, Piotr. "Article 72 Modification of contracts during their term". I *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU*, redigeret af Roberto Caranta. Edward Elgar Publishing, 2021.
- Burgi, Martin. "Secondary Considerations in Public Procurement in Germany". I *The law of green and social procurement in Europe*, redigeret af Roberto Caranta og Martin Trybus, 1st ed. Copenhagen: DJØF Publishing, 2010.
- Carrares, Enrique, og Davide Vannoni. "Mandatory Requirements in Sustainable Public Procurement: The Economic Perspective". I *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*, redigeret af Willem Janssen og Roberto Caranta. Oxford: Hart Publishing, 2023.
- Christensen, Andreas, og Daniel Batistoti Cesar. "Ændring af Kontrakt". I *Steen Treumer (red.), Udbudsloven*, 1. udgave. Ex Tuto Publishing, 2016.
- Engsig Sørensen, Karsten, og Jens Hartig Danielsen. *EU-retten*. 8. udgave. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2022.
- Fabricius, Jesper. *Offentlige indkøb i praksis*. 4. udg. København: Karnov Group, 2017.
- Gausdal, Maria Edith Lindhokm, og Carina Risvig Hamer. "Kapitel 9. Compliance med bæredygtighed og klima". I *Compliance i den offentlige sektor*, 1. udg. København: DJØF/Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2023.
- . "Kapitel 10. Den offentlige kontrakt i et complianceperspektiv". I *Compliance i den offentlige sektor*, 1. udg. København: DJØF/Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2023.
- Godsk Pedersen, Hans Viggo, og Anders Ørgaard. *Almindelig kontraktret*. 6. udgave. København: Djøf Forlag, 2020.
- Hamer, Carina Risvig. "Grænseflader mellem kontraktret og udbudsret: særligt om sanktionen uden virkning af offentlige kontrakter". I *Festskrift til Hans Viggo Godsk Pedersen*. København: DJØF/Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017.
- . *Lov om klagenævnet for udbud: med kommentarer*. 2. udgave. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2020.
- . *Udbudsret*. 2. udgave, 1. oplag. København: Djøf Forlag, 2021.

- Hamer, Carina Risvig, og Sten Schaumburg-Müller. *Juraens verden. Metoder, retskilder og discipliner*. København: Jurist- og Økonomforbund, 2020.
- Horskjær Nielsen, Rasmus. *Konkurrencen om den offentlige kontrakt: fastlæggelse og beskrivelse af kriterier for tildeling, vægtning heraf og evalueringsmodeller*. 1. udgave, 1. oplag. København K: Djøf Forlag, 2022.
- Høg, Torkil, Amanda Elisabeth Riberholt-Rischel, og Trine Louise Larsen. "Kapitel 17. Håndhævelse af udbudsreglerne". I *Udbudsretten*, redigeret af Steen Treumer, Første udgave, Første oplag. København: Ex Tuto Publishing, 2019.
- Hørlyck, Erik. *Tilbudsloven 3. udg.* Copenhagen: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2013.
- Iversen, Torsten. *Obligationsret 2. del*. 5. udgave, 1. oplag. Kbh.: Jurist- og Økonomforbundet, 2019.
- Janssen, Willem. "Shifting Towards Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Context, Relevance and a Typology". I *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*, redigeret af Willem Janssen og Roberto Caranta. Oxford: Hart Publishing, 2023.
- Janssen, Willem, og Roberto Caranta. "Collective Reflections on the Future of Mandatory Sustainable Public Procurement". I *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*, redigeret af Willem Janssen og Roberto Caranta. Oxford: Hart Publishing, 2023.
- Karsten Naundrup Olesen. "Kapitel 2. Retsdogmatik – Kilder og argumentation". I *Ret på tværs: mellem retsdogmatik og andre metoder*, redigeret af Louise Victoria Johansen og Cecilie Brito Cederstrøm. DJØF/Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2023.
- Mitkidis, Kateřina. *Sustainability Clauses in International Business Contracts*. Dovenschmidt Monographs 3. The Hague: Eleven Internat. Publ, 2015.
- Nielsen, Ruth. *Retskilderne*. 7. rev. udg., 1. opl. København: Jurist- og Økonomforbundets Forl, 2002.
- Poulsen, Sune Troels, Michael Steinicke, Anders Birkelund Nielsen, og Anne Bergholt Sommer. *EU udbudsretten: udbudsloven - forsyningsvirksomhedsdirektivet - koncessionsdirektivet*. 4. udgave. København: Djøf, 2022.
- Sabockis, Dagne. *Competition and green public procurement in EU law: a study under directive 2014/24/EU*. Skrifter / Stockholm School of Economics, nr 18. Stockholm: Jure Förlag AB, 2022.
- Sjåfjell, Beate, og Anja Wiesbrock, red. *The greening of European business under EU law: taking article 11 TFEU seriously*. Routledge research in EU law. Milton Park, Abingdon, Oxon ; New York, NY: Routledge, 2015.
- Steinicke, Michael, og Lise Groesmeyer. *EU's udbudsdirektiver med kommentarer*. 2. udg. København: Jurist- og Økonomforbundet, 2008.

Udsen, Henrik. *IT-kontraktret*. Anden udgave, Første oplag. København K: Ex Tuto Publishing, 2020.

Vitoria, Ximena Lazo. "Spain: Transitioning towards Sustainable Public Procurement Mandatory Requirements". I *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Reflections on a Paradigm Shift*, redigeret af Willem Janssen og Roberto Caranta. Oxford: Hart Publishing, 2023.

Ølykke, Grith Skovgaard. *EU's udbudsregler: i dansk kontekst*. 3. udgave, 1. oplag. København K: Djøf Forlag, 2022.

#### 8.4.2 Artikler

Andhov, Marta. "Article 18(2) Public Procurement Principles". I *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU*, redigeret af Roberto Caranta. Edward Elgar Publishing, 2021.

Andhov, Marta, Roberto Caranta, Tim Stoffel, Jolien Grandia, Willem A. Janssen, Roxana Vornicu, Jason J. Czarnecki, m.fl. "Sustainability Through Public Procurement: The Way Forward – Reform Proposals". *SSRN Electronic Journal*, 2020. <https://www.ssrn.com/abstract=3559393>. (link sidst aktiveret den 14. december 2023).

Andrecka, Marta, og Kateřina Peterková Mitkidis. "Sustainability Requirements in EU Public and Private Procurement – a Right or an Obligation?" *Nordic Journal of Commercial Law*, 28. September 2017, 35 Pages. <https://journals.aau.dk/index.php/NJCL/article/view/1982> (link sidst aktiveret den 14. december 2023).

Arrowsmith, Sue. "Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies: a critical review". I *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, redigeret af Sue Arrowsmith og Peter Kunzlik, 1. udg., 147–248. Cambridge University Press, 2009. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511576041.007>. (link sidst aktiveret den 14. december 2023).

Barnard, Catherine. "To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement". *Industrial Law Journal* 46, nr. 2 (1. juli 2017): 208–44. <https://academic.oup.com/ilj/article-abstract/46/2/208/2721842> (link sidst aktiveret den 14. december 2023).

Burgi, Martin, og Benedikt Brandmeier. "Quality as an Interacting Award Criterion under Current and Future EU-Law". *European Public Private Partnership Law Review* 9, nr. 1 (2014): 12–26. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/epppl2014> (link sidst aktiveret den 14. december 2023).

Caranta, Roberto. "The Changes to the Public Contract Directives and the Story They Tell about How EU Law Works". *Common Market Law Review* 52, nr. Issue 2 (1. april 2015): 391–459. <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/52.2/COLA2015028>. (link sidst aktiveret den 14. december 2023).

- Goller, Morten, og Karoline S. Kreyberg. “Vesentlige endringer i kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser”. *Tidsskrift for forretningsjus* 18, nr. 1 (13. marts 2012): 37–66. <https://doi.org/10.18261/ISSN0809-9510-2012-01-02>. (link sidst aktiveret den 14. december 2023).
- Hamer, Carina Risvig. “Article 18 Public Procurement Principles”. I *European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU*, redigeret af Roberto Caranta. Edward Elgar Publishing, 2021.
- Hamer, Carina Risvig, og Rasmus Horskjær Nielsen. “Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?” *Ugeskrift for Retsvæsen* Vol 2020, nr. 17: 114–23.
- Hartlev, Kristian, og Morten Wahl Liljenbøl. “Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender”. *Public Procurement Law Review*, 2013.
- Mardas, Dimitri, og Dimitri Triantafyllou. “Selection Criteria and the Award Procedure in Public Procurement”. *International Advances in Economic Research* 3, nr. 1 (februar 1997): 91–112. <https://link.springer.com/article/10.1007/BF02295004> (link sidst aktiveret den 14. december 2023).
- Martens, M., og S. De Margerie. “The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement”. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 8, nr. 1 (2013): 8–18. <https://www.jstor.org/stable/26693925> (link sidst aktiveret den 14. december 2023).
- Mitkidis, Kateřina. “Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements”. *Nordic Journal of Commercial Law* 2014, nr. 1 (2014): 1–30. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2457586](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2457586) (link sidst aktiveret den 14. december 2023).
- Molla, Alemayehu, og Vanessa Cooper. “Green IT Readiness: A Framework and Preliminary Proof of Concept”. *Australasian Journal of Information Systems* 16, nr. 2 (1. marts 2010). <https://doi.org/10.3127/ajis.v16i2.545>. (link sidst aktiveret den 14. december 2023).
- Murino, Teresa, Roberto Monaco, Per Sieverts Nielsen, Xiufeng Liu, Gianluigi Esposito, og Carlo Scognamiglio. “Sustainable Energy Data Centres: A Holistic Conceptual Framework for Design and Operations”. *Energies* 16, nr. 15 (2. august 2023): 5764. <https://www.mdpi.com/1996-1073/16/15/5764> (link sidst aktiveret den 14. december 2023).
- Müller-Wrede, M. “Sustainable Purchasing in the Aftermath of the ECJ’s ‘Max Havelaar’ Judgment”. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 7, nr. 2 (2012): 110–17. <https://www.jstor.org/stable/26694358> (link sidst aktiveret den 14. december 2023).
- Palmujoki, Antti, Katriina Parikka-Alhola, og Ari Ekroos. “Green Public Procurement: Analysis on the Use of Environmental Criteria in Contracts: GREEN PUBLIC PROCUREMENT”. *Review of European Community & International Environmental Law* 19, nr. 2 (juli 2010):

250–62. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9388.2010.00681.x>. (link sidst aktiveret den 14. december 2023).

Pouikli, Kleoniki. “Towards Mandatory Green Public Procurement (GPP) Requirements under the EU Green Deal: Reconsidering the Role of Public Procurement as an Environmental Policy Tool”. *ERA Forum* 21, nr. 4 (januar 2021): 699–721. <https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-020-00635-5> (link sidst aktiveret den 14. december 2023).

Semple, Abby. “The link to the subject matter: A glass ceiling for sustainable public contracts?” I *Sustainable Public Procurement under EU Law*, redigeret af Beate Sjøfjell og Anja Wiesbrock, 1. udg., 50–74. Cambridge University Press, 2015.

Tátrai, T. “The Possibility of Imposing a Fine on Both Parties Due to Unlawful Contract Amendment (Case C-263/19 T-Systems Magyarország)”. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 17, nr. 3 (2022): 202–5.

Treumer, Steen. “The Distinction between Selection and Award Criteria in EC Public Procurement Law: A Rule Without Exception?” *Public Procurement Law Review*, nr. 3 (2009): 103–11.

Ulfbeck, Vibe, og Ole Hansen. “Sustainability Clauses in an Unsustainable Contract Law?” *European Review of Contract Law* 16, nr. 1 (7. april 2020): 186–205. <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/ercl-2020-0010/html>. (link sidst aktiveret den 14. december 2023).

Usman, Mohammed Joda, Abdul Samad Ismail, Gaddafi Abdul-Salaam, Hassan Chizari, Omprakash Kaiwartya, Abdulsalam Yau Gital, Muhammed Abdullahi, Ahmed Aliyu, og Salihu Idi Dishing. “Energy-Efficient Nature-Inspired Techniques in Cloud Computing Datacenters”. *Telecommunication Systems* 71, nr. 2 (juni 2019): 275–302. <https://link.springer.com/article/10.1007/s11235-019-00549-9> (link sidst aktiveret den 14. december 2023).

Verbruggen, Paul. “Regulatory governance by contract: the rise of regulatory standards in commercial contracts”. *Recht der Werkelijkheid* 35, nr. 3 (2014): 79–100. <https://repository.ubn.ru.nl/bitstream/handle/2066/134746/134746.pdf> (link sidst aktiveret den 14. december 2023).

Weller, C., og J.M. Pritchard. “Evolving CJEU Jurisprudence: Balancing Sustainability Considerations with the Requirements of the Internal Market”. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 8, nr. 1 (2013): 55–59. <https://www.jstor.org/stable/26693930> (link sidst aktiveret den 14. december 2023).

## 8.5 Øvrige

Den Europæiske Revisionsret. “Særberetning 28/2023: Offentlige udbud i EU – Mindre konkurrence i forbindelse med tildeling af kontrakter om bygge- og anlægsarbejder, varer og tjenesteydelser i de ti år frem til 2021”, 4. december 2023

<https://www.eca.europa.eu/da/publications/SR-2023-28> (link sidst aktiveret den 14. december 2023)

Digitaliseringsstyrelsen. “Afrapportering for initiativ om grønne datacentre”, april 2022. <https://digst.dk/media/26780/digitaliseringsstyrelsens-afrapportering-for-initiativ-om-groenne-datacentre.pdf>. (link sidst aktiveret den 14. december 2023)

———. “Pressemeddelelse:: ‘Ny rapport undersøger, hvordan offentlige myndigheder bedst kan stille grønne krav i deres indkøb af ydelser til databehandling og -opbevaring’”. 19. april 2022.

Energistyrelsen. “Energistyrelsens indkøbsanbefalinger serverudstyr”. Spareenergi.dk. Set 8. november 2023.

<https://spareenergi.dk/offentlig/energistyrelsens-indkoebsanbefalinger/serverudstyr>. (link sidst aktiveret den 14. december 2023)

EU Joint Research Centre - Team E3P. “European Code of Conduct for Energy Efficiency in Data Centres - 2023 Best Practice Guidelines for the EU Code of Conduct on Data Centre Energy Efficiency”, 2023. <https://e3p.jrc.ec.europa.eu/publications/2023-best-practice-guidelines-eu-code-conduct-data-centre-energy-efficiency> (link sidst aktiveret den 14. december 2023)

Europa-Kommissionen. “EU GPP criteria for data centres, server rooms and cloud services”, 11. Marts 2020. <https://circabc.europa.eu/ui/group/44278090-3fae-4515-bcc2-44fd57c1d0d1/library/24bf5149-d99b-4bc9-a7fc-132b711c46ce/details>. (link sidst aktiveret den 14. december 2023)

———. “Product groups, GPP”, <https://susproc.jrc.ec.europa.eu/product-bureau/product-groups> (link sidst aktiveret den 14. december 2023)