KØBENHAVNS UNIVERSITET
DET JURIDISKE FAKULTET

Specialeafhandling:
Implementering af CSDDD i udbudsretten

Fagområde: Udbudsret
Problemformulering: Kan CSDDD implementeres i udbudsretten efter den gældende retsstilling, og hvilken retlig betydning vil implementeringen medføre?

Navn	**KU-brugernavn**
Cecilie Elisabeth Bylov	Tzx225
Mikkel Løve Ekstrand	Tds291

Vejleder: Carina Risvig Hamer	**Antal tegn:** 182.312

Må benyttes på Det Kongelige Bibliotek (sæt kryds).	x
Må ikke benyttes på Det Kongelige Bibliotek (sæt kryds).	

Studerende på Cand. soc i jura (sæt kryds)	
Studerende på Cand. jur (sæt kryds)	x

Afleveringsdato: 29. maj 2025	**Karakter**: 10

Abstract

The thesis examines whether CSDDD can be implemented in procurement law under the current legal position, and what effect the implementation will have. The study of the implementation of the CSDDD is particularly relevant due to increased regulation of corporate social responsibility and alongside a rising focus on environmental and social considerations.

Climate change remains a top priority on the EU's political agenda, leading to an increased emphasis on "green" public procurement over recent decades. Therefore, the study is necessary to clarify any grey areas in the legal position before the EU-member states implement the CSDDD in their national legislation.

In order to answer the questions of the thesis, the legal methodology has been applied by analyzing the Court of Justice of the European Union's rulings, Directive 2014/24/EU on public procurement, Directive (EU) 2024/1760 on corporate sustainability due diligence (CSDDD) and interpretations of the directives through national legislation and literature.

The thesis concludes that CSDDD is outside the scope of the link to the subject matter. Furthermore, it is found that CSDDD cannot be used in a procurement as a minimum requirement or a selection criteria due to the principle of proportionality however, were possible to use as an award criteria and a contract requirement. Moreover, the thesis concludes that due to the principle of proportionality, requirements cannot be placed upon other than the tenderer, which are included in the scope of the CSDDD. Finally, the thesis concludes there is a legal basis to exclude operators from participating in a procurement procedure under the Procurement Directive in case of a non-compliance with the CSDDD.

The thesis thus concludes that the obligations under the CSDDD cannot be fully implemented under the current legal position today. However, the thesis finds that a limited extension of the link to the subject matter can be implemented without undermining the principles of procurement law.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning **5**

2. Problemformulering **6**

3. Afgrænsning **6**

4. Metoder og retskilder **8**

4.1 De anvendte metoder **8**

4.2 De anvendte retskilder **9**

4.2.1 EU's traktater og de EU-retlige principper 10
4.2.2 Udbudsdirektivet, CSDDD og præambelbetragtninger 11
4.2.3 Retspraksis fra EU 12
4.2.4 Udbudsloven og dens fortolkningsbidrag 13
4.2.5 Klagenævnet for Udbud 14
4.2.6 Juridisk litteratur 14
4.2.7 Øvrige 15

5. Udbudsdirektivets formål og principper **15**

5.1 Primære formål **16**

5.2 Sekundære formål **16**

5.3 Principper **17**

5.3.1 Ligebehandlingsprincippet 17
5.3.2 Proportionalitetsprincippet 18
5.3.3 Gennemsigtighedsprincippet 19

6. CSDDD **20**

6.1 Forbindelse til udbudsdirektivet **21**

7. Forbundet med kontraktens genstand **22**

7.1 Fastlæggelse af retsstilling efter EU-domstolen **23**

7.2 Delkonklusion **29**

7.3 Tilknytningskravets implementering i udbudsdirektivet **29**

7.4 Den negative afgrænsning **30**

7.5 Kontraktens genstand i lyset af CSDDD **34**

8. CSDDD i udbudsfaserne **36**

8.1. CSDDD som mindstekrav **37**

8.1.1 Hjemmel i CSDDD 37
8.1.2 Hjemmel i udbudsdirektivet 38
8.1.2.1 Objektive krav *41*
8.1.2.2 Kontraktens genstand *42*
8.1.2.3 Proportionalitetsprincippet *45*

8.2 CSDDD som udvælgelseskriterium **47**

8.2.1 Hjemmel i CSDDD og udbudsdirektivet 48
8.2.1.1 Objektive krav *49*
8.2.1.2 Kontraktens genstand *50*
8.2.1.3 Proportionalitetsprincippet *51*

8.3 CSDDD som tildelingskriterium **52**

8.3.1 Hjemmel i CSDDD og udbudsdirektivet ... 52
8.3.1.1 Objektive krav ... 54
8.3.1.2 Kontraktens genstand ... 54
8.3.1.3 Proportionalitetsprincippet ... 56

8.4 CSDDD som kontraktbetingelser ... 57
8.4.1. Hjemmel i CSDDD og udbudsdirektivet ... 58
8.4.1.1 Objektive krav ... 59
8.4.1.2 Kontraktens genstand ... 59
8.4.1.3 Proportionalitetsprincippet ... 60

8.5 Delkonklusion ... 61

9. Aktørerne under CSDDD ... 61

9.1 Samtlige tilbudsgivere ... 62

9.2. Differentierede krav ... 65

9.3 Store tilbudsgivere ... 68

9.4 Delkonklusion ... 70

10. Udelukkelse ved manglende overholdelse af CSDDD ... 71

10.1 Obligatoriske udelukkelsesgrunde ... 72

10.2 Frivillige udelukkelsesgrunde ... 73

10.3 Udelukkelse efter CSDDD ... 74
10.3.1 Hjemmel i CSDDD ... 75
10.3.2 Hjemmel i udbudsdirektivet ... 77
10.3.2.1 CSDDD som obligatoriske udelukkelsesgrund ... 77
10.3.2.2 CSDDD som frivilig udelukkelsesgrund ... 78

10.4 Delkonklusion ... 82

11. Retlige forudsætninger for implementering af CSDDD ... 83

11.1 Kommissionens formål med kontraktens genstand ... 83

11.2 Udvidelse af kontraktens genstand ... 84
11.2.1 Udfordringer ved udvidelse ... 89

11.3 Delkonklusion ... 93

12. Praktiske forudsætninger for implementering af CSDDD ... 94

12.1 Større administrativ byrde ... 94

12.2 Øget vedståelsesfrister ... 95

12.3 Objektivitet og kontrol ... 96

12.4 Alternative løsninger ... 97

12.5 Delkonklusion ... 98

13. Konklusion ... 98

14. Litteraturliste ... 103

1. Indledning

Den europæiske regulering af virksomheders samfundsansvar, herunder særligt vedrørende miljømæssige og sociale hensyn, har det sidste årti undergået en betydelig udvikling. Området er gået fra at anvende soft law og frivillige initiativer med retningslinjer til nu, at have fastsat bindende forpligtelser for virksomhederne. Direktivet (EU) 2022/2464 (CSRD), der trådte i kraft i 2024 og der omhandler virksomheders bæredygtighedsrapportering, var det første eksempel på europæisk regulering af bindende forpligtelser for virksomheders samfundsansvar. Endnu et udtryk for denne ændring ses i det vedtagne Direktiv (EU) 2024/1760 (benævnt CSDDD) om virksomheders due diligence i forbindelse med bæredygtighed. Formålet med CSDDD er at identificere, forebygge og forhindre negative indvirkninger ved miljø og menneskerettigheder i hele virksomhedernes værdikæder. Indførelsen af CRSD og CSDDD repræsenterer en nyskabelse inden for miljøretten og har samtidig indflydelse på andre retsområder, heriblandt udbudsretten.

Udbudsretten blev oprindeligt udviklet som et regelsæt for offentlige indkøb med det formål at sikre en konkurrence inden for det europæiske marked. Der er særligt fokus på hensynene til ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, som er centrale for at opnå formålet. Udbudsretten kan dog også bruges som et redskab for offentlige myndigheder til at påvirke markedet og fremme samfundsmæssige og politiske ønsker,[1] og offentlige myndigheder opfordres af EU til at gå forrest.[2] Offentlige indkøb dækker alt fra indkøb af kontorartikler til bygninger og udgør en samlet værdi på omkring 2 billioner euro om året.[3] Indkøb af en sådan skala har derfor en betydelig indvirkning på klimaet, og er derfor et fokuspunkt på EU plan.[4] Det har som naturlig følge medført et stigende fokus på grønne og sociale hensyn i offentlige indkøb. Vedtagelsen af CSDDD repræsenterer derfor en oplagt mulighed for at lægge endnu et fokus på miljø og sociale hensyn i offentlige indkøbsprocesser. Det er imidlertid nødvendigt at afklare eventuelle gråzoner i retsstillingen, inden medlemslandene skal implementere CSDDD i deres nationale lovgivning.

I løbet af det seneste årti er der imidlertid gennem praksis og retskilder åbnet op for, at ordregivere også kan forfølge grønne og sociale hensyn i udbudsprocessen. Med indførelsen af

[1] Udbudsdirektivets art. 18, stk. 2 og Nielsen, s. 489
[2] Den europæiske grønne aftale, s. 8
[3] Den Europæiske Revisionsrets særberetning s. 4.
[4] Finansministeriet, side 4.

CSDDD opstår spørgsmålet, hvordan CSDDD kan og skal indarbejdes i udbudsretten, samt hvilken effekt en sådan inkorporering vil medføre.

Dette speciale vil således undersøge om CSDDD kan implementeres i udbudsretten efter den gældende retsstilling, samt hvilken effekt en sådan inkorporering vil medføre. Formålet er, at belyse de retlige muligheder for integration og de praktiske og retlige konsekvenser heraf i et udbudsretligt perspektiv. Denne undersøgelse er relevant, da CSDDD er et udefineret regelsæt, hvis indflydelse endnu ikke er klart fastlagt i hverken CSDDD eller udbudsretten. CSDDD's indførelse kan have konsekvenser for særligt store virksomheder og ordregivere, hvilket gør det nødvendigt at undersøge retsgrundlaget for, hvordan CSDDD kan implementeres i de forskellige dele af udbudsprocessen, og hvad dette ville indebære for de forskellige aktører inden for udbudsretten.

2. Problemformulering

Kan CSDDD implementeres i udbudsretten efter den gældende retsstilling, og hvilken retlig betydning vil implementeringen medføre?

3. Afgrænsning

Følgende afgrænsning er foretaget af hensyn til muligheden for at kunne undersøge dybden inden for de enkelte områder og inden for den opstillede problemformulering i specialets omfang.

Specialet tager i sin vurdering af retsstillingen udgangspunkt i CSDDD om virksomheders due diligence i forbindelse med bæredygtighed og Direktiv (EU) 2014/24 om offentlige udbud (benævnt "udbudsdirektivet"). Specialet behandler derfor ikke forsyningsvirksomhedsdirektivet, forsvars- og sikkerhedsdirektivet, koncessionsdirektivet og tilbudsloven, da det primære fokus er lagt på den grundlæggende udbudsret.

Specialet vil ikke inddrage det efterfølgende forslag COM(2025) 80 final til ændring af Direktiv (EU) 2024/1760 (benævnt "Omnibus"), da de foreløbigt fremsatte ændringer som udgangspunkt vil være uden større betydning for de udbudsretlige konklusioner, som specialet kommer frem til. Desuden er det foreløbige forslag i Omnibus endnu ikke vedtaget af Kommissionen, og det kan således ikke på forhånd blive fastslået, hvad den endelige

udformning af CSDDD vil indebære. Endvidere vil de foreløbige ændringer ved Omnibus ikke ændre ved de overordnede udbudsretlige rammer. Det ændrede forslag har udelukkende et fokus på større hensyn til små og mellemstore virksomheder (herefter "SMV"), forretningskæden m.m., som ikke har særlig relevans for specialets besvarelse af problemformuleringen.

Specialet har et EU-retligt fokus, hvorfor undersøgelserne vil tage udgangspunkt i forholdet mellem CSDDD og udbudsdirektivet. Udbudsloven vil derfor ikke blive behandlet. Det EU-retlige perspektiv skyldes, at udbudsloven er en implementering af udbudsdirektivet, hvorved forhold, der ændres ved udbudsdirektivet som følge af CSDDD, ligeledes vil påvirke udbudsloven. Det er derfor oplagt at behandle forholdene på samme retskildemæssige niveau, hermed mellem direktiverne. Det er dog vigtigt at pointere, at retspraksis fra Klagenævnet for Udbud og fortolkningsbidrag til udbudsloven vil blive inddraget til trods for afgrænsning af udbudsloven, da disse også illustrerer fortolkning af principperne i udbudsdirektivet.

Dette speciale vil af hensyn til dybden udelukkende fokusere på CSDDD implementering i forbindelse med hvilke dele af udbudsprocessen, som CSDDD kan anvendes, mod hvilke aktører, og om manglende overholdelse af CSDD vil føre til udelukkelse af virksomheder i forbindelse med udbud. Hertil kan også bemærkes, at specialet imidlertid ikke vil drøfte efterfølgende sanktioner som følge af udelukkelse af virksomheder i udbud.

Specialet vil vurdere den gældende retsstilling i udbudsprocessen med fokus på udvalgte dele. Specialet koncentrerer sig om mindstekrav, udvælgelse, tildeling og kontrakt betingelser i relation til CSDDD, da disse faser er mest relevante at undersøge i CSDDD's bestemmelser. Specialet vil ikke undersøge CSDDD's anvendelse ved tekniske specifikationer, da disse specifikationer primært vedrører kontraktens genstand, mens CSDDD fokuserer på krav omkring kontraktens genstand.

Derudover vil specialet undersøge den retlige betydning af CSDDD's bestemmelser i forhold til kontraktens genstand, men det vil ikke inddrage CSDDD's effekt på andre udbudsretlige principper m.m.

CSDDD fastslår i art. 31, at ordregivere kan inddrage forpligtelserne i CSDDD i udbudsprocessen. Art. 31 rummer også muligheden for, at virksomheder frivilligt kan vælge at

opfylde direktivets forpligtelser. Nærværende speciale er imidlertid afgrænset til udelukkende at behandle den pålagte behandling af ordregivere og vil dermed ikke undersøge ordregivers mulighed for at inddrage virksomheders frivillige opfyldelse af forpligtelserne i CSDDD.

4. Metoder og retskilder

I det følgende afsnit præsenteres de metodiske overvejelser, der ligger til grund for udarbejdelsen af dette speciale. Indledningsvis beskrives den anvendte metode, efterfulgt af en detaljeret gennemgang af de retskilder, der er inddraget gennem hele specialet.

4.1 De anvendte metoder

Formålet med dette speciale er at fastlægge gældende ret, også omtalt som de lege lata, i relation til at besvare, om CSDDD kan implementeres i udbudsretten, og hvilken retlig betydning implementeringen vil medføre.[5] For at besvare dette er den retsdogmatiske metode, også kendt som den juridiske metode, anvendt. Der er i litteraturen forskellige holdninger til navnet på den retsdogmatiske metode.[6] Sten Schaumburg-Müller mener, at retsdogmatik er for upræcist defineret, hvorfor metoden i specialet vil omtales som "den juridiske metode".

Den juridiske metode er valgt til brug for dette speciale, idet dens primære formål er at fastlægge de enkelte retskilders juridiske betydning,[7] som sker gennem en analyse af retlige normer, som findes i love, forarbejder, praksis og øvrige retskilder, fastlægges gældende ret.[8] Den juridiske metode fungerer som et redskab til at fastlægge den gældende retstilstand, og anvendes til at identificere relevante retskilder og analysere deres betydning gennem fortolkning.[9] Som Peter Blume fremhæver, er metoden juristens "stifinder" til gældende ret, og korrekt anvendelse af metoden er et kvalitetskriterium for juridisk arbejde.[10]

For at finde gældende ret i dette speciale, skal det først fastlægges hvilket regelsæt der er relevant for opgaven. I specialet er dette det nye direktiv CSDDD's bestemmelser, udbudsdirektivet og de udbudsretlige principper, der fremgår af direktivet, også være relevante. Disse regler står dog ofte ikke alene men suppleres særligt af retspraksis fra EU-Domstolen, de

[5] Olesen, s. 38
[6] Hamer & Schaumburg-Müller, s. 27
[7] Blume, s. 176
[8] Ibid, s. 176
[9] Ibid, s. 176
[10] Ibid, s. 175

danske domstole, administrativ praksis fra Klagenævnet for Udbud og vejledninger på området fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.[11]

Specialet anvender som nævnt den juridiske metode til at fastslå gældende ret inden for problemformuleringens område. Dog lægger dele af analysen og diskussionen op til yderligere overvejelser blandt andet undersøger specialet, om der skal ske en udvidelse af tilknytningskravet og hvilke konsekvenser CSDDD vil medføre i praksis, som beskrevet i afsnit 11 og 12. I disse afsnit har det ikke været muligt at anvende den juridiske metode, da den primært anvendes til at beskrive gældende ret og ikke kan anvendes til at reflektere over gældende ret i en mere filosofisk kontekst. Det har derfor været nødvendigt også at anvende den retspolitiske metode. Den retspolitiske metode tillader, modsat den juridiske metode, en bevægelse væk fra at fastlægge, hvad den nuværende retstilstand er, og i stedet fokusere på, hvordan retstilstanden i stedet kunne eller burde se ud.[12]

4.2 De anvendte retskilder

For at klarlægge en uklar retstilstand anvendes den juridiske metode, hvor relevante retskilder fortolkes og analyseres.[13] Retskilderne udgør derfor en central del af den juridiske metode og er afgørende for besvarelsen af problemformuleringen. I dette speciale inddrages forskellige retskilder, hvilket gør det nødvendigt at vurdere deres individuelle retskildeværdi for at skabe et overblik over den retlige udvikling. Dette er særligt vigtigt, da retspraksis er begrænset, og analysen og diskussionen derfor er baseret på kvalificerede vurderinger af den forventede retstilstand. Udbudsretten, der er det primære område for specialet, er reguleret på et internationalt plan, EU-plan, og nationalt plan.[14] Specialet anvender primært EU-retten, herunder udbudsdirektivet og CSDDD, forarbejderne hertil, men også retspraksis fra både EU og Danmark og litteraturen.

De følgende afsnit præsenterer de anvendte retskilder i specialet og diskuterer overvejelserne ved deres inddragelse.

[11] Poulsen m.fl., s. 49
[12] Hamer & Schaumburg-Müller, s. 325-326
[13] Nielsen, s. 29
[14] Risvig Hamer, s. 38

4.2.1 EU's traktater og de EU-retlige principper

På EU-plan sondres der mellem henholdsvis primær ret og sekundær ret.[15] Den primære ret, bestående af Traktaten om Den Europæiske Union (TEU) og Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), danner fundamentet for al EU-retlig regulering[16]. Den sekundære EU-ret, som inkluderer forordninger og direktiver, skal overholde og fortolkes i lyset af den primære ret.

Selvom hverken TEU eller TEUF eksplicit regulerer offentlige udbud, er traktaterne stadig relevante i en udbudsretlig kontekst.[17] Især TEUF's bestemmelser om fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser, art. 49 og 56, samt forbuddet mod forskelsbehandling, art. 18 er centrale.[18] Disse bestemmelser forpligter medlemsstaterne til at sikre ikke-diskriminerende adgang til offentlige kontrakter, når der er en grænseoverskridende interesse. Derfor skal udbudsprocedurer tilrettelægges på en måde, der sikrer fair og lige adgang for leverandører fra hele EU.

Ud over bestemmelserne som fremgår direkte af traktaterne, er der også udviklet en række grundlæggende EU-retlige principper, som ifølge EU-Domstolen udgør en central del af EU-retten. I udbudsretlig sammenhæng er principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet særligt betydningsfulde.[19] Ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet kan udledes af TEUF art. 18, mens proportionalitetsprincippet fremgår direkte af TEU art. 5, stk. 4. Disse principper er ikke blot implicitte retsgrundsætninger, men har karakter af egentlige retskilder med retskildeværdi på linje med traktaternes bestemmelser.[20] Principperne er desuden kodificeret i sekundærretten, blandt andet i udbudsdirektivets art. 18 og præambelbetragtning 1. Principperne har dermed stor retskildemæssig værdi,[21] hvilket er særligt relevant i relation til specialet, og de vil derfor anvendes gennem specialet.

[15] Risvig Hamer, s. 38
[16] Sørensen og Danielsen, s. 102
[17] Risvig Hamer, s. 40
[18] Nielsen, s. 34
[19] Risvig Hamer, s. 40
[20] Nielsen, s. 38-39
[21] Risvig Hamer, side 57.

4.2.2 Udbudsdirektivet, CSDDD og præambelbetragtninger

På EU-plan vil sekundær regulering blandt andet bestå af direktiver. Udbudsdirektivet er den centrale retskilde i EU's sekundære regulering af offentlige indkøb og udgør derfor et væsentligt grundlag for specialets analyse af, om CSDDD kan implementeres i udbudsretten efter den gældende retsstilling, og hvilken retlig betydning vil implementeringen medføre.

CSDDD er et nyt EU-direktiv, som stiller krav til større virksomheder om at identificere, forebygge og afbøde negative indvirkninger på menneskerettigheder og miljø i deres værdikæde. Direktivet er ud fra problemformuleringen afgørende at inddrage i speciale for at kunne besvare problemformuleringen.

Princippet om EU-rettens forrang spiller desuden en betydningsfuld rolle, idet reglerne i direktivet skal anvendes, hvis der skulle opstå splid mellem udbudslovens og udbudsdirektivet.[22] Ligeledes kan det bemærkes, at sekundær regulering udgør en grundsten i det EU-retlige retshierarki. Dette indebærer, at den sekundære regulering ikke må være i strid med højere EU-retlige regler, herunder traktaterne.[23] Dette kan begrænse EU-lovgiverens muligheder for at ændre udbudsdirektivet, som følge af et andet direktivs nye tiltag, og skal introduceres inden for rammerne af den primære regulering, traktaterne og de generelle EU-retlige principper.

Udover ordlyden fra bestemmelserne i direktiverne har præambelbetragtningerne til udbudsdirektivet og CSDDD også en betydning for dette speciale, da de beskriver direktivets formål og eventuelle overvejelser i forbindelse med direktivets valgte bestemmelser. De er derfor særligt relevante for fortolkningen af direktivernes bestemmelser,[24] som undersøges i dette speciale. Selvom præambelbetragtninger ikke kan danne grundlag for selvstændige rettigheder og derfor ikke betragtes som egentlige retskilder, fungerer de som vejledning ved fortolkningen.[25] I henhold til art. 296 i TEUF skal præamblen indeholde begrundelsen for direktivet, hvilket hjælper med at forstå EU-lovgivers hensigt. Det skal dog bemærkes, at EU-Domstolen ikke er bundet af præamblen, men de lægger i undertiden ofte vægt på den ved fortolkning af udbudsdirektivet.[26] Derfor er præambler et relevant fortolkningsbidrag, og det

[22] Nielsen, side 38
[23] Ibid, s. 39
[24] Ibid, s. 40
[25] Ibid, s. 40
[26] Ibid, s.40

inddrages særligt som en del af analysen. Præamblerne er ofte så detaljerede, at de kan opfattes som reelle regler, selvom de formelt kun er præambler,[27] hvorfor denne retskilde særligt er relevant gennem specialets analyse.

4.2.3 Retspraksis fra EU

EU-Domstolens afgørelser spiller en afgørende rolle i udviklingen og fastlæggelse af EU-retten, hvilket har stor betydning for fortolkningen af udbudsreglerne. Afgørelserne herfra er derfor et vigtigt supplement til lovgivningens bestemmelser, eftersom de forsøger at klarlægge retstilstanden ud fra udbudsdirektivets bestemmelser.[28] Sager ved EU-Domstolen opstår ofte som præjudicielle spørgsmål fra nationale domstole eller som traktatbrudssøgsmål,[29] og domstolen har kompetence til at afgøre disse spørgsmål i henhold til TEUF art. 267.

EU-Domstolen har en høj retskildemæssig værdi, særligt når afgørelserne omhandler en fast praksis, der gentagne gange er blevet fastslået, hvortil der dannes præjudicielle afgørelser. Det centrale i disse afgørelser, udover fastlæggelsen af ret, er særligt begrundelsen for det konkrete resultat, som ofte er baseret på præjudicielle spørgsmål.[30] Værdien af en dom afhænger derfor i høj grad af, hvorvidt argumentationen bygger på konkrete faktuelle omstændigheder, hvilket kan begrænse dens anvendelighed til sager med lignende omstændigheder.[31] EU-Domstolens domme udgør en stor del af det juridiske fundament inden for udbudsretten, og flere retsstillinger er blevet udviklet ud fra EU-Domstolens afgørelser.[32] Domstolen har blandt andet behandlet spørgsmål om lovligheden af andre hensyn end økonomiske hensyn som tildelingskriterier, hvilket har betydning for forståelsen af kravene til kontraktens genstand, som vil blive undersøgt i specialets analyse.

Retspraksis fra EU-Domstolen vil derfor løbende blive inddraget som fortolkningsbidrag til vurderingen af, om CSDDD kan implementeres i udbudsretten efter den gældende retsstilling, og hvilken retlig betydning implementeringen vil medføre.

[27] Risvig Hamer, s. 43-44
[28] Nielsen, s. 50
[29] Risvig Hamer, s. 50
[30] Nielsen, s. 53
[31] Ibid, s. 53
[32] Risvig Hamer, s. 51

Det har også været nødvendigt for specialet at inddrage en generaladvokats forslag til afgørelse. Det skal hertil bemærkes, at disse forslag til afgørelser ikke er bindende for sagens parter eller EU-Domstolen, jf. TEUF art. 267, hvorfor disse afgørelser må anses at have begrænset retskildemæssig værdi.[33] De bliver afsagt inden EU-Domstolens endelige dom, og er et forslag til, hvordan generaladvokaten mener, at EU-Domstolen skal afsige dommen. De kan, trods deres retskildemæssige værdi, alligevel inddrages som fortolkningsbidrag, da EU-Domstolen nogle gange henviser til disse i deres afgørelser, og derfor er meget velanset i praksis.[34] I specialet er blandt andet generaladvokatens forslag til afgørelse i J. KOKOTT forslag til afgørelse C-368/10 blevet anvendt som fortolkningsbidrag.

4.2.4 Udbudsloven og dens fortolkningsbidrag

Da specialet vil have et EU-retligt perspektiv, vil udbudsloven ikke blive undersøgt. Da udbudsdirektivet er implementeret ved udbudsloven i dansk ret, vil ændringer i udbudsdirektivet således også kunne overføres til udbudsloven. Imidlertid overlader udbudsdirektivet i visse tilfælde det til medlemsstaterne at fastsætte reglerne nærmere i den nationale lovgivning,[35] hvortil udbudsloven vil blive inddraget til eksemplificering for specialet.

Endvidere har udbudsdirektivet heller ikke ved alle sine bestemmelser klart og tydeligt defineret, hvad der indebæres med de enkelte bestemmelser. Hertil kan fortolkning af udbudslovens specielle bemærkninger, lovforslag m.m. inddrages til at eksemplificere og kvalificere, hvad der ligger bag de enkelte bestemmelser i udbudsdirektivet. Dette skyldes, at lovbemærkningerne m.m. bidrager til en tydeliggørelse af reglerne ved at definere dem nærmere, herunder særligt med eksempler.[36]

Det er dog vigtigt at bemærke, at udbudsloven og fortolkningen af denne, der er fremsat af den danske lovgiver, ikke udgør en fortolkning af udbudsdirektivet. Imidlertid kan fortolkningen bidrage til at nærmere forståelse af, hvad udbudsdirektiverne indebærer. Dog må det i de enkelte tilfælde vurderes, om der er holdepunkter i udbudsdirektivet for, om fortolkningen til udbudsretten kan anvendes som fortolkningsbidrag til udbudsdirektivet.

[33] Blume, s. 278f
[34] Ibid, s. 278f
[35] Risvig Hamer, s. 44
[36] Ibid, s. 44

4.2.5 Klagenævnet for Udbud

Specialet er primært baseret på EU-retten, hvilket betyder, at dansk retspraksis ikke har direkte betydning for specialet. Alligevel har det været nødvendigt at inddrage dansk retspraksis, da der er begrænset retspraksis fra EU-retten.

I praksis er det ikke de danske domstole, som behandler størstedelen af udbudstvister, men Klagenævnet for Udbud, som er et administrativt organ, der har til formål at behandle klager over overtrædelse af udbudsreglerne. Klagenævnet, etableret i henhold til klagenævnsloven, har siden implementeringen af udbudsdirektivet i dansk ret været den primære instans for håndhævelse af udbudslovens regler. Klagenævnets praksis afspejler og fortolker i overensstemmelse med EU-rettens praksis. Derfor kan praksis fra Klagenævnet for Udbud bruges som eksemplificering af bestemmelserne i national ret. Det skal dog påpeges, at kendelser fra Klagenævnet ikke er endelige domme. Deres kendelser kan derfor efterfølgende indbringes for domstolene. Klagenævnets kendelser har dog stadig en vis værdi, da både tilbudsgivere og ordregivende myndigheder ofte tillægger klagenævnets udtalelser stor vægt.[37] Det bemærkes endvidere, at Klagenævnets kendelser ofte baseres på de specifikke omstændigheder i den enkelte sag, herunder udbudsmaterialets udformning og parternes påstande.[38] Dette medfører, at kendelsernes retskildemæssige værdi varierer afhængigt af deres generelle principielle indhold.

Selvom Klagenævnet baserer sine afgørelser på udbudsloven, skal disse afgørelser fortolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivet. Kendelserne kan derfor anvendes, fordi de illustrerer, hvordan direktivets bestemmelser fortolkes og anvendes i praksis, og kendelserne kan således tjene som fortolkningsbidrag til forståelsen af udbudsdirektivet.

4.2.6 Juridisk litteratur

Juridisk teori og litteratur anvendes i specialet som fortolkningsbidrag til at understøtte analysen af retskildernes indhold og rækkevidde, især i forhold til den forventede indflydelse af CSDDD på udbudsretten. Det er et omdiskuteret spørgsmål, om juridisk litteratur kan karakteriseres som en retskildetype.[39] Uagtet at den ikke har samme retskildemæssige værdi

[37] Risvig Hamer, s. 55.
[38] Ibid, s. 55.
[39] Blume, s. 192

som lovgivning, retspraksis og administrative afgørelser, spiller den alligevel en rolle i den juridiske metode[40] og vil derfor blive inddraget i specialet.

4.2.7 Øvrige

I specialet inddrages også andre typer retskilder, såsom vejledninger, rapporter og soft law i form af meddelelser og kommunikationer fra EU. Selvom disse kilder ikke har bindende retsvirkning, kan de spille en væsentlig rolle som fortolkningsbidrag og baggrundsmateriale, især inden for nye og endnu uafklarede retsområder, som CSDDD omfatter. De anvendes derfor i specialet for at belyse retsudviklingen og skabe klarhed om de politiske og retlige hensyn, der ligger bag den kommende regulering.

5. Udbudsdirektivets formål og principper

Udbudsdirektivets formål spiller en vigtig rolle for fortolkningen og forståelsen af de regler, der regulerer offentlige indkøb i EU. Dette er fastslået i udbudsdirektivet,[41] og er desuden gentaget flere gange i EU-Domstolens praksis. Heri har EU-Domstolen udtalt, at udbudsdirektivet primært har til hensigt at fjerne hindringer for den frie bevægelighed af varer og tjenesteydelser, og derigennem sikre en åben og fair konkurrence om offentlige kontrakter, jf. Kommissionen mod Frankrig.[42] De udbudsretlige principper spiller også en væsentlig rolle, idet de er med til at supplere reglerne, og ordregivere vil derfor også være nødsaget til at overholde disse.[43]

De EU-retlige formål har stor relevans for udbudsrettens bestemmelser og kan opdeles i primære formål og sekundære formål, hvor de primære formål hovedsageligt knytter sig til skabelsen af et velfungerende indre marked med fri konkurrence, mens de sekundære formål fokuserer på at understøtte bredere samfundsmæssige og politiske mål.

I det følgende afsnit vil udbudsdirektivets formål og principper behandles særskilt for overordnet at få fastlagt, hvad de indebærer til brug for specialets analyser.

[40] Blume, s. 192
[41] Betragtning 1 i udbudsdirektivet, og TEUF art. 18
[42] C-237/99 - Kommissionen mod Frankrig, pr. 41
[43] Nielsen, s.75

5.1 Primære formål

For at være i stand til at forstå rækkevidden af udbudsdirektivet og dets regler, er det nødvendigt at forstå dets primære formål, da reglerne skal fortolkes og forstås i lyset af formålet.[44]

Indledningsvis kan fastlægges, at det primære formål med udbudsretten er tæt knyttet til EU's bestræbelser på at etablere et indre marked, hvor der er fri bevægelighed for varer, tjenester, kapital og arbejdskraft, som sikres gennem eksistensen af et marked for offentlige kontrakter som understøtter konkurrence.[45] Dette kommer blandt andet til udtryk ved at udbudsdirektivet er vedtaget med hjemmel i TEUF art. 53, stk. 1, 62 og 114.[46]

Det primære formål fremgår ikke direkte af udbudsdirektivets bestemmelser, men der fremgår en vag forklaring i præamblen; "*offentlige indkøb åbnes for konkurrence*",[47] som EU-Domstolen har fortolket og forsøgt forklaret i forskellige sager. Ud fra retspraksis[48] er det fastlagt, at udbudsreglerne skal fortolkes i overensstemmelse med de fastlagte formål. Hensigten med formålene er at skabe og sikre det indre marked gennem åben og fair konkurrence om offentlige kontrakter, hvilket sikrer fri bevægelighed i EU og lige adgang for alle virksomheder.[49] Formålet kan derfor beskrives som to led, der skal ses i sammenhæng med hinanden: i) etablering af det frie marked og ii) ufordrejet konkurrence.[50] Udbudsdirektivet bidrager med disse to formål også indirekte til at opnå andre mål, herunder at sikre fair, gennemsigtige og ikke-diskriminerende udbudsprocesser.[51]

5.2 Sekundære formål

Udbudsretten er i stigende grad blevet et strategisk politisk redskab,[52] som myndigheder anvender til at fremme samfundsmæssige og politiske målsætninger. Som en følge heraf har udbudsretten udviklet sig i samme retning, og udbudsreglerne indeholder derfor også

[44] Nielsen, s. 77
[45] Risvig Hamer, s. 33
[46] Nielsen, s. 76
[47] Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1, og Nielsen s. 78
[48] C-237/99 - Kommissionen mod Frankrig, pr. 41, og C-454/06 - Pressetext, pr. 31
[49] Risvig Hamer, s. 33 og Nielsen, s. 79
[50] Nielsen, s. 79
[51] Risvig Hamer, s. 34
[52] Europa 2020 strategien, s. 3

sekundære formål og hensyn, der kan understøtte og styre en ønsket udvikling, eksempelvis inden for bæredygtighed, social ansvarlighed og innovation.[53]

EU-retten har i stigende grad bevæget sig mod en mere strategisk anvendelse af offentlige indkøb, hvor udbudsreglerne ikke alene handler om at sikre fri bevægelighed og konkurrence, men også om at fremme bredere politiske målsætninger.[54] Særligt miljøhensyn er blevet en integreret del af EU-lovgivningen, hvilket blandt andet afspejles i TEUF art. 11, der forpligter Unionen til at indarbejde miljøbeskyttelse i alle sine politikker. Dette kommer yderligere til udtryk i Kommissionens 2020 strategi.[55] Endvidere ses denne udvikling og fokus på sekundære formål også i udbudsdirektivet, som indeholder bestemmelser, der giver ordregivere mulighed for at varetage både økonomiske og samfundsmæssige hensyn gennem deres indkøbsstrategier.

Det skal dog bemærkes, at det er afgørende at skelne mellem de primære og sekundære formål, da de sekundære, selvom de har betydning, ikke må tilsidesætte de primære formål.[56] Dette indebærer eksempelvis, at mens ordregivere gerne må inddrage miljø- og sociale målsætninger i deres udbudsprocedurer, må det ikke ske på en sådan måde, der fordrejer konkurrencen.

5.3 Principper

De udbudsretlige principper er grundlæggende retsprincipper, som sikrer retssikkerhedsmæssige og markedsøkonomiske hensyn, og er ligesom formålene en vigtig del af udbudsretten. De fremgår af udbudsdirektivets art. 18, stk. 1, og udgør en rettesnor for fortolkningen og anvendelsen af udbudsreglerne, og har derfor stor betydning.[57] Nedenfor gennemgås de udbudsretlige principper, der har relevans for dette speciale.

5.3.1 Ligebehandlingsprincippet

Ligebehandlingsprincippet er et centralt element i udbudsretten og bygger på TEUF's regler om fri bevægelighed. Det sikrer, at alle tilbudsgivere behandles lige under hele udbudsprocessen.[58] EU-Domstolen har fastslået, at ordregivere skal behandle alle lige og indebærer, at: "*situationer ikke må behandles forskelligt og forskellige situationer ikke*

[53] Risvig Hamer, s. 34
[54] Nielsen, s. 87
[55] Europa 2020 strategien, s. 6
[56] Nielsen, s. 77
[57] Risvig Hamer, s. 57
[58] Nielsen, s. 95

behandles ens, medmindre forskelsbehandlingen er objektivt begrundet."[59] Dette betyder, at ingen virksomheder må favoriseres eller diskrimineres, uanset om det er på baggrund af nationalitet, størrelse eller tidligere samarbejde med den ordregivende myndighed, jf. TEUF art. 18.[60]

Der kan dog være situationer, hvor det er nødvendigt at opstille krav, som umiddelbart virker til at stride imod princippet, men ikke gør det, hvis de er saglige og proportionale. I sådanne tilfælde skal ordregiverens foranstaltninger være egnede til og nødvendige for at opnå de mål, der lovligt forfølges med foranstaltningen.

Ligebehandlingsprincippet forhindrer alene brugen af usaglige eller ikke-objektive kriterier. Det er en forudsætning, at sådanne hensyn ikke udformes på en måde, der bevidst giver en bestemt økonomisk aktør en fordel eller stiller andre i en ulempe. Princippet gælder ikke kun under selve tilbudsvurderingen, men også ved fastsættelse af udbudsbetingelserne, og efter et udbud er gennemført. For eksempel må en ordregiver ikke opstille krav, der favoriserer visse virksomheder ved at kræve en lokal tilstedeværelse eller specifikke nationale certificeringer, hvis disse krav ikke er nødvendige for kontraktens udførelse, som det fandtes at være tilfældet i Storebælt-sagen.[61]

5.3.2 Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet udgør også et grundlæggende retsprincip i EU-retten og er en central del af udbudsretten,[62] da ordregivere skal iagttage dette princip ved alle offentlige indkøb. Princippet fremgår direkte af TEU art. 5 og af udbudsdirektivets art. 18, stk. 1, og er desuden fortolket og fastlagt gennem EU-Domstolens retspraksis.[63] Princippet indebærer i udbudsretlig henseende, at de krav, som ordregivende myndigheder stiller i udbudsprocessen, skal stå i et rimeligt forhold til den pågældende kontrakts genstand og formål, og kravene ikke må gå videre end, hvad der anses for nødvendigt og forholdsmæssigt i forhold til det mål, de skal opfylde. Dette har EU-Domstolen også beskrevet i Universale-Bau AG: *"lovligheden af foranstaltninger (...) er betinget af, at foranstaltningerne er egnede til og nødvendige for at nå*

[59] C-21/03 og C-34/03 - Fabricom SA mod Belgien, pr. 27
[60] C-810/79 - Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, pr. 16 og 17
[61] C-243/89 - Kommissionen mod Danmark, Storebælt, pr. 33 og 45
[62] Princippet blev fastslået i C-11/70 - Internationale Handelsgesellschaft-sagen, pr. 16, og Nielsen, s. 104
[63] C-267/18 - Delta, C-41/18 - Meca, C-395/18 - Tim

*de mål, der lovligt forfølges med de pågældende bestemmelse*r (…)".[64] Med andre ord må offentlige myndigheder ikke fastsætte unødvendigt byrdefulde eller restriktive betingelser, der gør det svært for virksomheder at deltage i konkurrencen.[65]

EU-Domstolen har i flere sager præciseret, at proportionalitetsprincippet ikke blot gælder i forbindelse med fastsættelse af krav, men også ved udvælgelse og evaluering af tilbud.[66] Det indebærer, at ordregivende myndigheder skal kunne begrunde deres valg af kriterier og sikre, at disse ikke udelukker kvalificerede virksomheder unødigt. Hertil må dog bemærkes, at ordregivere har et vidt skøn i denne henseende.

Proportionalitetsprincippet fungerer som en beskyttelse mod vilkårlighed ved at sikre, at krav og procedurer er passende og nødvendige i forhold til kontraktens genstand og værdi.

5.3.3 Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet har til formål at sikre, at udbudsprocessen foregår på en åben og objektiv måde, hvor alle potentielle tilbudsgivere har adgang til de samme oplysninger på samme tidspunkt, hvilket bidrager til at sikre overholdelsen af ligebehandlingsprincippet.[67]

Princippet kan udledes af TEUF art. 18 vedrørende princippet om ikke-diskrimination på baggrund af nationalitet.[68] Princippet er desuden fastlagt gennem EU-Domstolens praksis. Det ses blandt andet i Succhi di Frutta,[69] hvor EU-Domstolen udtalte: "*Fremgangsmåden ved sammenligning af tilbud skal således på alle stadier overholde såvel princippet om ligebehandling af tilbudsgivere som princippet om gennemsigtighed, således at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud*.«"[70]

Gennemsigtighedsprincippet spiller også en vigtig rolle for at opretholde den ufordrejede konkurrence ved at sikre et åbent marked for offentlige kontrakter. Princippet forpligter ordregivende myndigheder til at offentliggøre relevante informationer om udbuddet, herunder betingelser, udvælgelseskriterier og evalueringsmetoder. Dette giver virksomheder mulighed

[64] C-470/99 - Universale-Bau AG, pr. 21
[65] Risvig Hamer, s. 64
[66] Nielsen, s. 104
[67] Risvig Hamer, s. 63
[68] Ibid, s. 62
[69] C-496/99 P - Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, pr. 72
[70] C-87/94 - Kommissionen mod Belgien, pr. 54

for at afgive konkurrencedygtige tilbud, hvilket er essentielt for at opretholde fair konkurrence. Det er afgørende, at så mange potentielle tilbudsgivere som muligt har adgang til disse oplysninger, så de kan vurdere, om de ønsker at deltage i udbuddet.[71]

6. CSDDD

Direktivet om CSDDD blev anmeldt til EU-Tidende med kraft den 25. juli 2024, jf. art. 38.[72] Kommissionen har imidlertid fremsat et forslag om udskydelsen for implementeringen i medlemsstaternes lovgivning, hvorfor fristen herfor på nuværende tidspunkt ikke er fastlagt endeligt.[73]

Direktivets formål er at pålægge virksomheder inden for EU til at tage et ansvar og bidrage til den sociale og grønne omstilling, herunder FN's verdens mål om menneskerettigheder og miljø.[74] Europa-Parlamentet (herefter "Parlamentet") fremkommer endvidere ved deres anbefalinger til direktivet med hovedformålet for CSDDD, der skal bidrage til at udrydde fattigdom. Parlamentet begrunder virksomhedernes ansvar for deres aktivitetskæder med, at dette kan have en stor indflydelse på udviklingslandene.[75]

Direktivet finder udelukkende anvendelse for virksomheder, der har mere end 1.000 medarbejdere og en nettoomsætning på verdensplan på over 450 mio. EUR, jf. CSDDD art. 1, litra a, samt moderselskaber, hvori koncernen nåede tærskelværdien i det forrige regnskabsår, jf. art. 1, litra b, samt moderselskaber, der udsteder franchises, hvortil royalties beløber sig til mindst 22.500.000 EUR, jf. art. 1, litra c. Direktivet er således fokuseret på større virksomheder, hvilket Parlamentet i deres anbefaling oplyser er fordi, disse virksomheder har ressourcerne til at forestå forpligtelserne pålagt i direktivet.[76]

EU har således ved indførelsen af CSDDD et ønske om at pålægge de større virksomheder er socialt og miljøretligt ansvar, hvortil disse virksomheder må foretage passende foranstaltninger for at modvirke negative indvirkninger på disse områder, samt give skadelidte en mulighed for

[71] Nielsen, s. 99.
[72] Kommissionen omkring CSDDD
[73] Omnibus I
[74] L. Nielsen m.fl., s. 256
[75] Europa-Parlamentets anbefaling, s. 3-4
[76] Europa-Parlamentets anbefaling, betragtning 44

at indbringe sagen for retten.[77] Dette fremhæves ved CSDDD art. 8, stk. 1, der pålægger større virksomheder en omfattende undersøgelse af negative indvirkninger ved deres egne aktiviteter, deres datterselskaber, samt forretningsforbindelser, hvis de er knyttet til aktivitetskæden.

Forpligtelserne indebærer, at virksomhederne skal foretage passende foranstaltninger for sociale og miljømæssige negative indvirkninger. I praksis indebærer dette, at virksomhederne skal foretage menneskerettigheds- og miljømæssig due diligence for deres koncern.[78] CSDDD's præambelbetragtning 20, præciserer hertil, at due diligencen skal integreres i virksomhedernes politikker og forvaltningssystemer, der skal sikre identifikationen og vurderingen af negative indvirkninger på menneskerettighederne og miljøet til forebyggelse, ophør eller minimering heraf.

CSDDD forsøger således at belyse negative indvirkninger på sociale og miljømæssige områder ved at pålægge selskaber at rapportere herom, samt modvirke at selskaber efterlader den negative del af processen til andre aktivitetsniveau for at undgå deres indvirkning i selskabet.[79]

CSDDD er således opbygget omkring principbaserede forpligtelser. Direktivet anvender principperne "passende foranstaltninger" og "negative indvirkninger", jf. art. 8, som hhv. skal forebygges eller standses, jf. art. 10 og 11, eller gennemføre "afhjælpende foranstaltninger", jf. art. 12. CSDDD fastlægger således forpligtelser for de omfattede virksomheder uden nærmere at definere forpligtelsernes reelle indhold, men overlader et vist skøn til medlemsstaterne og aktørerne om, hvordan disse forpligtelser skal imødekommes.

6.1 Forbindelse til udbudsdirektivet

CSDDD pålægger som anført ovenfor større virksomheder at foretage due diligence vedrørende sociale og miljømæssige aspekter af deres virksomhed og ud fra disse udføre passende foranstaltninger til at modvirke identificerede negative indvirkninger.[80]

Direktivet åbner med art. 31 muligheden for, at forpligtelserne i CSDDD kan få betydning for virksomheders tildeling af offentlige kontrakter og som kontraktbetingelser ved offentlige

[77] Europa-Parlamentets anbefaling, betragtning 14.
[78] Veenbrink, s. 4
[79] Ibid, s. 22
[80] Ibid, s. 4

udbud. Af CSDDD art. 31 fremgår det, at *"Medlemsstaterne sikrer, at opfyldelsen af de forpligtelser, der følger af de nationale retsregler, der gennemfører dette direktiv, eller deres frivillige gennemførelse betragtes som et miljømæssigt eller socialt aspekt, som de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med direktiv 2014/23/EU, direktiv 2014/24/EU og direktiv 2014/25/EU kan tage hensyn til som en del af tildelingskriterierne for offentlige kontrakter og koncessionskontrakter og som en miljømæssig eller social betingelse, som de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med nævnte direktiver kan fastsætte i forbindelse med opfyldelsen af offentlige kontrakter og koncessionskontrakter."*

CSDDD art. 31 indebærer, at ordregiver kan benytte forpligtelserne pålagt i CSDDD som et underkriterium i udbudsprocessen i henhold til udbudsdirektivets art. 67, stk. 3. Hermed tilkommer der incitament for virksomhederne til at foretage de pålagte forpligtelser, såfremt ordregiverne i deres udbudsmateriale angiver, at forpligtelserne vil indgå som en del af tildelingsbeslutningen. Virksomheder kan således blive valgt fra ved den endelige tildeling, såfremt de ikke indestår for deres forpligtelser i henhold til CSDDD.

Endvidere åbner CSDDD præambelbetragtning 92 muligheden for, at ordregivende myndigheder kan anvende manglende overholdelse af forpligtelserne i CSDDD som en frivillig udelukkelsesgrund i henhold til udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra a. Ordregiver tildeles således ved CSDDD videre beføjelser til at fastsætte generelle krav for virksomhederne inden for deres generelle virksomheds politikker og strategier, end hvad der hidtil har været opfattet som en del af kontraktens genstand.

På baggrund af ovenstående kan det således fremhæves, at CSDDD kan have store indvirkninger på udbudsprocedurerne, da overholdelsen af forpligtelserne pålagt heri kan afgøre udfaldet for, om en virksomhed for tildelt offentlige kontrakter, eller om virksomhederne bliver udelukket fra at deltage i offentlige udbud. Imidlertid må det bemærkes, at dette ligeledes kan frembringe konflikter i henhold til den nuværende udbudslovgivning, som vil blive belyst i nedenstående opgave.

7. Forbundet med kontraktens genstand

De ordregivende myndigheder har som udgangspunkt frihed til at bestemme, hvad de vil anskaffe for at være i stand til at løse deres opgaver. Når valget af indkøb er truffet, træder

udbudsreglerne imidlertid i kraft og regulerer selve tilrettelæggelsen af købet.[81] Dette indebærer, at ordregivere kan fastlægge både købets omfang og kontraktens indhold, herunder opstille krav til miljø. Dog kan udbudsreglerne begrænse denne mulighed, da det i udbudsretten er fastlagt, at kriterier skal være forbundet med kontraktens genstand, også kendt som tilknytningskravet. Dette krav opstiller betingelser for, hvilke miljømæssige og sociale krav der lovligt kan stilles.[82]

Tilknytningskravet sikrer, at krav og kriterier i offentlige udbud har en direkte og relevant forbindelse til kontraktens genstand.[83] Det betyder, at ordregivere ikke frit kan opstille generelle miljø- eller sociale krav, medmindre de har en konkret sammenhæng med den specifikke ydelse, vare eller tjeneste, der udbydes. Selvom grønne og sociale hensyn ikke er det primære formål i udbudsretten, spiller de en stor rolle i den politiske og samfundsmæssige debat. Mange ordregivere er desuden underlagt politisk indflydelse, som kan skærpe forventningen om at inddrage bæredygtigheds- og samfundsansvarlige elementer i deres udbud.[84]

Specialet vil i det følgende afsnit undersøge tilknytningskravets implementering i udbudsretten og herefter hvordan kravet påvirker ordregivers mulighed for at inddrage due diligence forpligtelser i et udbud efter CSDDD's bestemmelser. Den følgende analyse koncentrerer sig udelukkende om aspekterne af dommene, der relaterer til tilknytningskravet, og udelader dermed andre problemstillinger, som ikke er relevante i denne sammenhæng.

7.1 Fastlæggelse af retsstilling efter EU-domstolen

Det kan indledningsvis fastslås, at tilknytningskravet nu fremgår direkte af udbudsdirektivet, jf. art. 67, stk. 3. Tilknytningskravet er dog oprindelig indført af EU-Domstolens retspraksis i *Concordia Bus*-dommen[85] fra 2012 og efterfølgende indskrevet i direktivet og gengivet i flere afgørelser fra EU-Domstolen.[86]

Concordia Bus-dommen omhandlede tildelingen af en offentlig kontrakt vedrørende driften af bybusnettet i Helsinki. Det centrale spørgsmål i sagen var, om byen måtte inkludere et ikke-

[81] Nielsen, s. 393 og Risvig Hamer, side 31
[82] Som fastslået i bl.a. C-513/99 - Concordia Bus, pr. 59.
[83] Semple, s. 6
[84] Nielsen, s. 393
[85] C-513/99 - Concordia Bus, pr. 64
[86] C-448/01 - EVN, pr. 30 og C-368/10 Dutch Coffee, pr. 91

økonomisk krav og give det tillægspoint, hvis bussernes niveau af nitrogenoxidemissioner var under et fastsat niveau[87] til at bestemme, om det var det mest økonomisk fordelagtige tilbud. Dette var en ny tilgang, da tidligere retspraksis ikke havde angivet, at miljøkriterier kunne vægtes på denne måde, og det fremgik heller ikke af det daværende gældende udbudsdirektiv. EU-Domstolens afgørelse var derfor af særlig interesse, da EU-Domstolens for første gang fastslog, at grønne tildelingskriterier kan være lovlige, hvis de har en direkte forbindelse til kontraktens genstand. Dette blev derfor også den første hjemmel til at anvende ikke-økonomiske tildelingskriterier, herunder miljømæssige kriterier, i udbudsprocessen.[88] EU-rettens retspraksis havde tidligere åbnet for muligheden for at inddrage andre hensyn end økonomiske, blandt andet sociale hensyn ved at tilgodese langtidsledige som det forelå i Beentjes-sagen,[89] eller anvendelsen af langtidsledige eller forbedrede arbejdsforhold kunne spille en rolle i offentlige udbud, som det forelå i SIAC Construction-dommen.[90] Anvendelsen af disse krav var dog under betingelse af, at kriterierne var klart definerede og proportionalt afbalancerede i forhold til kontraktens formål. Imidlertid blev begge sager afgjort med primært fokus på den fri bevægelighed, hvilket begrænsede vægten af sociale hensyn i udbudsretten.[91]

EU-Domstolen har derfor med *Concordia Bus-dommen* endegyldigt bekræftet, at miljøhensyn kan indgå som et tildelingskriterium i offentlige udbud, forudsat at de har en klar forbindelse til den konkrete kontrakt. Domstolen udtalte bl.a.: "*Det kan således ikke udelukkes, at forhold, der ikke er rent økonomiske, kan have indflydelse på værdien af et bud set ud fra den nævnte ordregivende myndigheds sid*e".[92] Dette åbnede for muligheden for, at ordregiveren kunne anvende miljøpåvirkninger i udbuddet, såsom luftforurening, som var omdrejningspunktet i *Concordia Bus-domme*n, så længe påvirkningen skyldes brugen af den udbudte ydelse eller produkt,[93] altså at det opfylder det fastsatte tilknytningskrav. EU-Domstolen konkluderede i *Concordia Bus-domme*n, at kriterierne i sagen om nitrogenoxidemissioner og støjniveau havde en tilstrækkelig forbindelse til kontraktens genstand og dermed opfyldte tilknytningskravet.

[87] C-513/99 - Concordia Bus, pr. 37
[88] Semple bog, s. 56f.
[89] C-31/87 - Beentjes, pr. 37
[90] C-19/00 - SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo, pr. 41, 43 og 44
[91] Hamer & Nielsen m.fl., s. 60
[92] C-513/99 - Concordia Bus, pr. 55
[93] Ibid, pr. 55 og 65

Desuden fastslog EU-Domstolen mere principielt, at selvom ordregivende myndigheder har frihed til at vælge tildelingskriterier, skal disse opfylde visse krav.[94] Domstolen konkluderede, at myndigheden kan tage hensyn til eksempelvis miljømæssige kriterier, forudsat at følgende betingelser er opfyldt: i) Kriterierne skal have en direkte forbindelse til kontraktens genstand, ii) de må ikke give den ordregivende myndighed et ubetinget frit valg, iii) de skal fremgå klart af udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen og iv) de skal overholde de grundlæggende principper i EU-retten, herunder særligt forbuddet mod forskelsbehandling.[95] Disse fire betingelser udgør i dag de grundlæggende retningslinjer for vurderingen af, om et tildelingskriterium er lovligt.[96] EU-Domstolens restriktive fortolkning af tilknytningskravet harmonerede med Kommissionens tidligere opfattelse af inddragelsen af ikke-økonomiske hensyn i udbud, hvor de fremhævede, at tildelingskriterierne skal vurdere de iboende egenskaber ved et produkt.[97]

EU-Domstolen greb muligheden for yderligere at præcisere tilknytningskravet, da de i 2013 skulle vurdere, hvorvidt et tildelingskriterium kunne anvendes i forbindelse med levering af elektricitet i *EVN-sagen.*[98] Sagen angik en østrigsk ordregivende myndighed, der i et udbud for levering af elektricitet tillagde 45% af tildelingskriterierne til energi fra vedvarende kilder. En af de centrale problemstillinger var, om der kunne tages hensyn til den mængde elektricitet fra vedvarende kilder, der oversteg den mængde, der skulle leveres ifølge kontrakten.[99]

EU-Domstolen tog først stilling til, om den ordregivende myndighed kunne fastsætte kriterier, som ikke umiddelbart kunne prøves efter en økonomisk objektiv målestok som eksempelvis miljøhensyn.[100] EU-Domstolen henviste til sin tidligere praksis fra *Concordia Bus* og fastslog, at grønne tildelingskriterier kan anvendes, forudsat at de har en direkte forbindelse til kontraktens genstand.[101]

Spørgsmålet var herefter, om det specifikke tildelingskriterium i *EVN-sagen* opfyldte tilknytningskravet. Sagsøgerne argumenterede for, at kriteriet reelt fungerede som et skjult

[94] C-513/99 - Concordia Bus, pr. 59
[95] Ibid, pr. 64
[96] Se eksempelvis C-448/01 . EVN, pr. 33, C-331/04 - ATI EAC, pr. 21, C-538/13 - eVigilo, pr. 64 og C-601/13 - Ambisig, pr. 33
[97] Kommissionens fortolkningsmeddelelse fra 2001, s. 5
[98] C-448/01 - EVN, pr. 15
[99] Ibid, pr. 26
[100] Ibid, pr. 30
[101] Ibid, pr. 32 og 33

udvælgelseskriterium, da det i praksis fokuserede på tilbudsgivernes generelle evne til at producere og levere den størst mulige mængde elektricitet fra vedvarende energikilder.[102] Dermed blev kriteriet ikke knyttet direkte til den konkrete kontrakt, men snarere til tilbudsgivernes overordnede kapacitet og karakteristika.

Den ordregivende myndighed argumenterer modsat for, at vægtningen af tildelingskriteriet var berettiget på grund af sæsonbetingede variationer i produktionen af vedvarende elektricitet. Den ordregivende myndighed hævdede, at vurderingen af produktionsmængder, der overskred det samlede årlige behov, havde til formål at sikre forsyningssikkerheden.[103]

EU-Domstolen fandt, at formuleringen af tildelingskriteriet ikke var tilstrækkeligt forbundet med kontraktens genstand, da det primært fokuserede på tilbudsgivernes samlede produktionskapacitet af vedvarende energi frem for den elektricitet, der konkret skulle leveres under kontrakten.[104] EU-Domstolen indførte i vurderingen en implicit proportionalitetstest. Det blev understreget, at tildelingskriterier ikke alene skal have en relevant tilknytning til kontraktens genstand, men også være proportionale i forhold til det formål, de søger at tjene.

Det pågældende ikke-økonomiske tildelingskriterium i *EVN-sagen* blev af EU-domstolen anset for at gå videre end nødvendigt, idet det ikke differentierede mellem virksomheder, der kunne levere bæredygtig energi specifikt til den pågældende kontrakt, og virksomheder, der generelt producerede store mængder vedvarende elektricitet, uanset om denne faktisk kom den ordregivende myndighed til gode. Dette indebar en urimelig fordel til større aktører med en omfattende produktionskapacitet og kunne dermed begrænse konkurrencen på en måde, der ikke var sagligt begrundet.[105] Dette gjorde kriteriet uforeneligt med tilknytningskravet. Såfremt der havde været tale om et mere afbalanceret kriterium, der eksempelvis tildelte point for en defineret margin over behovet og kombinerede dette med en verifikationsmekanisme, ville det muligvis have været foreneligt med udbudsreglerne.[106] Den ordregivende myndighed kunne måske have opstillet et mere snævert defineret kriterium, der sikrede leveringsdygtighed uden

[102] C-448/01 - EVN, pr. 63
[103] Ibid, pr. 65
[104] Ibid, pr. 68
[105] Ibid, pr. 69 og Semple, s. 7
[106] Arrowsmith, s. 242-243

at favorisere bestemte aktører urimeligt.[107] Det vides dog ikke med sikkerhed, da EU-Domstolen ikke tog stilling til dette i sagen.

Litteraturen indikerer endvidere, at EU-Domstolens afgørelse i *EVN-sagen* bør fortolkes som en udvidelse af tilknytningskravets rækkevidde, idet EU-Domstolen anerkendte, at et tildelingskriterium også kan vedrøre produktionen af produktet, og ikke nødvendigvis kun er begrænset til selve produktet.[108] Samtidig afviste EU-Domstolen, at et tildelingskriterium nødvendigvis skal være effektivt i at opnå det ønskede mål, som i dette tilfælde var en øget andel af vedvarende energi på markedet.[109] Det afgørende var ikke målets miljømæssige værdi, men om kriteriet havde en tilstrækkelig forbindelse til den konkrete kontrakt og blev anvendt på en gennemsigtig og ikke-diskriminerende måde.

EU-Domstolen anerkendte i *EVN-sagen*, ligesom i *Concordia Bus*, at brugen af tildelingskriterier med miljøhensyn kan være legitim, men fastslog, at kriterierne skal have en direkte forbindelse til kontraktens genstand og ikke blot afspejle tilbudsgiverens overordnede produktionskapacitet.

Efterfølgende blev begrebet om forbindelsen til kontraktens genstand atter bragt op ved EU-Domstolens afgørelse i *Dutch Coffee*. I sagen havde Holland i et udbud af leverancer til kaffe ved deres tildelingskriterier lagt vægt på, at tilbudsgiverne skulle have et særligt mærke, nærmere bestemt ECO og/eller MAX HAVELAAR eller mærker med lignende egenskaber.[110]

Til gavn for denne vurdering, er det udelukkende mærket ECO, som vil blive taget i betragtning i nedenstående analyse, som følge af at mærket har nogle miljømæssige egenskaber.

Mærket ECO[111] kan opnås for produkter, hvor mindst 95% af ingredienserne er økologiske og udstedes herigennem af en privat fond, som kontrollerer, hvorvidt det ansøgte opfylder mærkets kriterier.[112] Generaladvokaten fastslog i sit forslag til afgørelse, at der ikke er noget til hinder for, at ordregivende myndigheder inkorporerer miljømæssige og sociale hensyn i

[107] Semple, s. 7
[108] Nielsen, s. 398
[109] C-448/01 - EVN, pr. 71
[110] C-368/10 - Dutch Coffee, pr. 29
[111] ECO er et er et økologisk certificeringsprogram, der udstedes af ECO Label. Se yderligere på https://www.ecolabel.org/da/eco-label/
[112] C-368/10 - Dutch Coffee, pr. 34

deres tildelingsbeslutning,[113] som tidligere er blevet fastlagt ved både *Concordia* og efterfølgende *EVN-sagen*. Hertil skal det bemærkes, at EU-Domstolen tager denne betragtning længere i den endelige afgørelse. EU-Domstolen udtaler, at: *"Det må derfor anerkendes, at de ordregivende myndigheder også kan vælge tildelingskriterier, som er baseret på sociale hensyn, og som kan vedrøre brugerne eller modtagerne af de bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten, men også andre personer."*[114] (egne fremhævning). EU-Domstolen anfører således ved deres udtalelse, at sociale hensyn i forbindelse med tildelingskriteriet også kan tillægges personer, der ikke er omfattet af kontrakten.

Det kan argumenteres, at ovenstående udtalelse fra EU-Domstolen kan fortolkes til at udvide begrebet for forbindelse med kontraktens genstand, således at sociale hensyn i den forbindelse omfatter mere end det der berører produktet i dens livscyklus. Dette ville indebære en betydelig udvidelse af det ellers restriktive fastlagte tilknytningskrav, som traditionelt har begrænset hensyn i tildelingsbeslutningen til personer og egenskaber med direkte forbindelse til produktet. Den restriktive fortolkning af tilknytningskravet har også mødt kritik i litteraturen. Arrowsmith[115] og Semple[116] argumenterer for en bredere fortolkning, der tillader inddragelse af horisontale krav, såsom sociale og miljømæssige hensyn, uden at de nødvendigvis skal være snævert knyttet til kontraktens genstand. Det må dog fastlægges, at kravet efter gældende retsstilling skal fortolkes snævert, og en sådan fortolkning vil være for vidtgående. Det skal i stedet fortolkes som en udvidelse i stil med EVN, da EU-Domstolen anerkender at der kan stilles krav til hele livscyklussen af et produkt.

EU-Domstolen afslutter spørgsmålet i *Dutch Coffee* med at anerkende, at mærkerne, som Holland havde lagt vægt på i forbindelse med tildelingsbeslutningen, kan anvendes i overensstemmelse med begrebet om forbindelse til kontraktens genstand og fremhæver således atter med afgørelsen, i overensstemmelse med tidligere praksis, at andre kriterier end økonomiske kriterier kan vægte ved tildelingsbeslutningen.[117]

[113] J. KOKOTT forslag til afgørelse i C-368/10, pkt. 103
[114] C-368/10 - Dutch Coffee, præmis 85
[115] Arrowsmith, s. 172
[116] Semple, s. 12f
[117] C-368/10 - Dutch Coffee, pr. 91

7.2 Delkonklusion

Tilknytningskravet, som oprindeligt blev indført i *Concordia Bus*, er kodificeret i udbudsdirektivet fra 2014, art. 67, stk. 3. Kravet sikrer, at alle kriterier, herunder miljømæssige og sociale kriterier i offentlige udbud, har en direkte og relevant forbindelse til kontraktens genstand.

EU-Domstolen har i flere afgørelser, herunder *Concordia*, *EVN* og *Dutch Coffee*, bekræftet, at grønne kriterier kan indgå i tildelingsbeslutninger, forudsat at de har en klar forbindelse til den konkrete kontrakt. *EVN-sagen* introducerede en proportionalitetstest, der kræver, at tildelingskriterier ikke alene skal have en relevant tilknytning til kontraktens genstand, men også være proportionale i forhold til det formål, de søger at tjene.

Dutch Coffee-sagen udvider perspektivet ved at anerkende, at sociale hensyn kan tillægges, der ikke er direkte omfattet af kontrakten, hvilket udvider begrebet om forbindelse til kontraktens genstand, da tilknytningskravet kan stilles til alle dele af livscyklussen. Dette indikerer en udvidelse af det ellers snævre tilknytningskrav, som blev fastlagt i *Concordia Bus*.

7.3 Tilknytningskravets implementering i udbudsdirektivet

I 2004-udbudsdirektivet[118] blev tilknytningskravet formelt forankret både i præamblen i præambelbetragtning 1 og i de materielle bestemmelser i forlængelse af EU-Domstolens praksis i *Concordia*. 2004-udbudsdirektivet videreførte ikke blot EU-Domstolens retspraksis, men udvidede samtidig forståelsen af, hvad det indebærer, at et krav skal være knyttet til kontraktens genstand. Hvor *Concordia Bus-dommen* skabte præcedens for inddragelse af miljømæssige kriterier ved tildeling af kontrakter, blev dette eksplicit videreført i art. 53, stk. 1, litra a, hvor det fremgik, at miljøegenskaber kunne indgå som tildelingskriterium, såfremt det havde tilknytning til kontraktens genstand. I lyset af *EVN*, der anerkendte produktionsmetoden som relevant for vurderingen af et tilbuds værdi, blev denne forståelse også indarbejdet i 2004-udbudsdirektivet formuleringer, ikke kun under tildelingskriterier, men også under tekniske specifikationer og egnethedsvurderinger. Dette ses eksempelvis i art. 23, stk. 3, litra b, som fastslår, at tekniske specifikationer skal være formuleret med tilstrækkelig præcision, så de "*knytter sig tydeligt til kontraktens genstand"* og gør det muligt for tilbudsgivere at identificere, hvad der efterspørges. Tilsvarende understreges det i art. 44, stk.

[118] 2004-udbudsdirektivet

2, at krav til egnethed skal "*stå i rimeligt forhold til kontraktens genstand"* og være relevante for opfyldelsen af denne.

Gennem Kommissionens soft law[119] og EU-Domstolens praksis er tilknytningskravet yderligere blevet udviklet og udvidet til også at gælde i andre faser af udbudsprocessen, herunder blandt andet tekniske specifikationer og kontraktbetingelser, og er nu en del af flere bestemmelser i 2014-udbudsdirektivet. Dette omfatter blandt andet art. 67, hvor det fremgår, at tildelingskriterier kan omfatte flere aspekter relateret til hele livscyklussen for det pågældende produkt, ydelse eller arbejde. Denne bredere tilgang giver ordregivere en større fleksibilitet til at inddrage hensyn til miljø og sociale hensyn, forudsat at disse har en konkret forbindelse til kontraktens genstand.

Præambelbetragtning 97[120] til 2014 udbudsdirektivet fastslår, at ordregivende myndigheder skal have mulighed for at inddrage sociale og miljømæssige hensyn i udbudsprocessen, når de fremsatte krav har forbindelse til kontraktens genstand.[121] Imidlertid understreger præambelbetragtning 97, at kriterier og vilkår vedrørende en virksomheds generelle politik ikke kan karakteriseres som en forbindelse til kontraktens genstand. Præambelen bemærker hertil, at *"Ordregivende myndigheder bør derfor ikke kunne kræve, at tilbudsgivere har en gældende virksomhedspolitik for socialt eller miljømæssigt ansvar.*"[122] Udbudsdirektivet giver dog ikke en endelig eller udtømmende definition af, hvornår et forhold er tilstrækkeligt forbundet med kontrakten.

7.4 Den negative afgrænsning

Ud fra ovenstående må det således overvejes, om de opstillede forpligtelser efter bestemmelserne i CSDDD strider imod udbudsretten, og i bekræftende fald skal det hernæst undersøges, om CSDDD's bestemmelser har forrang over for den domstolspraksis, som præambelbetragtning 97 er udtryk for.

Indledningsvis skal det først undersøges om CSDDD's kriterier strider imod udbudsdirektivets præambelbetragtninger.

[119] Grønbog, s. 7
[120] Europa-Parlamentet study, s. 85
[121] Udbudsdirektivets præambel 97, 1. afsnit
[122] Udbudsdirektivets, præambel 97, 2. afsnit

Præambelbetragtning 97, 1. afsnit fastslår, at ordregivende myndigheder må inddrage sociale og miljømæs-sige hensyn i udbudsprocedurerne ved at fastsætte dem som vilkår for gennemførelsen af kontrakten. Ordregivende myndigheder må på baggrund af denne betragtning, som er indsat efter retspraksis fra EU-Domstolens afgørelse i blandt andet *EVN-sagen*, derfor gerne opstille krav til virksomhedernes tilbud, der angår ikke økonomiske kriterier, såsom sociale- og miljøhensyn.[123]

Hernæst må forpligtelserne efter CSDDD vurderes i forhold til præambelbetragtning 97, 2. afsnit. Denne præambelbetragtning fastslår den nedre grænse for omfanget af forbindelsen til kontraktens genstand[124] og er også indsat på baggrund af EU-Domstolens retspraksis i blandt andet *EVN* og *Dutch Coffee*. Præambel betragtning 97, 2. afsnit, fastslår, at som følge af kriteriet om kontraktens genstand kan ordregivende myndigheder ikke fastsætte krav til virksomheders generelle politik, herunder eksempelvis en virksomheds miljøpolitik.

CSDDD pålægger virksomheder at foretage due diligence og sikre, at de igennem hele deres værdikæde overholder menneskerettigheder og miljøstandarder. Derudover pålægger CSDDD's også virksomhederne til efterfølgende at gennemføre passende foranstaltninger for at begrænse og modvirke eventuelle negative indvirkninger inden for det miljømæssige og sociale område. CSDDD's bestemmelser må derfor antages at stride imod ordlyden af udbudsdirektivets præambel betragtning 97, 2. afsnit, da CSDDD stiller krav til virksomhedernes generelle politikker.

Et opstillet krav i udbudsprocessen efter forpligtelserne i CSDDD's vil dermed ikke anses at være forbundet med kontraktens genstand, jf. ordlyden af udbudsdirektivets præambel betragtning 97, 2. afsnit og *EVN*.

Det kan hernæst fastslås, at CSDDD som direktiv altid vil have forrang over for en præambelbetragtning.[125] Hertil kan det fremhæves, at direktiverne udgør den primære retskilde,

[123] C-448/01 - EVN, pr. 30
[124] Europa-Parlamentet study, s. 85
[125] Blume, s. 296

hvortil de øvrige retskilder, heriblandt forarbejderne, kan benyttes som fortolkningsbidrag til direktiverne.[126]

Som udgangspunkt vil CSDDD art. 31 således have forrang over for udbudsdirektivets præambelbetragtning 97. Imidlertid opstår en problemstilling, da udbudsdirektivets præambelbetragtning er et udtryk for EU-Domstolens retspraksis.

For at afgøre om CSDDD kan inddrages af ordregivende myndigheder må det således vurderes, hvorvidt CSDDD art. 31 eller EU-Domstolens praksis, der kommer til udtryk i udbudsdirektivets præambel betragtning 97, vil have forrang og dermed udgøre den gældende retskilde på området. Herved må det vurderes, hvorvidt indførelsen af nyt direktiv, som har indflydelse på et andet direktiv, eller en ændring af et direktiv, kan medføre en ændring i EU-Domstolens tidligere retspraksis.

EU-Domstolen afgør sager baseret på det gældende retsgrundlag, herunder de direktiver, som Kommissionen har indført. Såfremt direktivernes bestemmelser ikke giver et fyldestgørende svar på en problemstilling, er det op til EU-Domstolen at fortolke de specifikke bestemmelser inden for lovgivningens rammer.

Når Kommissionen ændrer et direktiv, kan EU-Domstolens tidligere fortolkning af direktivet i retspraksis ikke nødvendigvis anvendes direkte på det nye direktiv. EU-Domstolen har herefter mulighed for i sine afgørelser enten at ændre sin fortolkning som følge af ændringen i direktivet eller fastholde den tidligere fortolkning inden for rammerne af det nye direktiv.

I nærværende situation har Kommissionen med indførelsen af CSDDD indført en bestemmelse i direktivet, der efter sin ordlyd i art. 31 strider imod EU-Domstolens tidligere fortolkning af udbudsdirektivet tilknytningskrav. Hertil kan bemærkes, at EU-Domstolen ved fortolkning af EU-retten anvender en mere dynamisk fortolkning, hvorefter der ved fortolkning tages større hensyn til de bagvedliggende formål med direktivet, frem for en direkte ordlydsfortolkning.[127]

[126] Blume, s. 199
[127] Sørensen og Danielsen, s. 125

En lignende problemstilling blev behandlet i EU-Domstolens afgørelse i *Simonsen & Weel A/S*, hvor direktiv 89/665 om klageprocedurer i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbskontrakter blev ændret ved direktiv 2007/66/EF.[128] Ændring ved direktiv 2007/66/EF havde til formål at sikre, at kontrakter, der blev indgået uden offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse, blev erklæret for uden virkning.[129]

EU-Domstolen måtte således for at fastlægge den gældende retsstilling forholde sig til formålet med ændringen, der blev foretaget i direktiv 2007/66/EF, for at fastlægge, hvordan de tidligere regler skulle fortolkes. EU-Domstolen fandt, at formålet med uden virkning ikke omfattede den omhandlede situation, hvor ordregiver havde offentliggjort en udbudsbekendtgørelse, der dog ikke indeholdte informationer om den anslåede værdi, mængde m.m.[130]

Det fremgår af EU-Domstolens afgørelse, at det ved fortolkning af direktivets 89/665 art. 2d var nødsaget til at forholde sig til formålet med den nye ændring af direktivet ved 2007/66/EF for at fastlægge den gældende retsstilling.[131] Afgørelsen viser, at EU-Domstolen, ved fortolkning af gældende ret efter en direktivændring, kan være nødsaget til at vurdere formålet med ændringen for at fastslå den nye retsstilling.

De bagvedliggende hensyn for CSDDD er at sikre, at virksomheder er med til at skabe en udvikling for miljøet og menneskerettigheder, jf. CSDDD præambelbetragtning 16. Hertil er formålet med at anvende CSDDD i udbudsprocedurerne at sikre en gennemførelse af direktivets forpligtelser for de af direktivet omfattede virksomheder, jf. direktivets præambelbetragtning 92.

Det kunne således være nærliggende at antage, at EU-Domstolen ved en eventuel afgørelse ville være nødsaget til at inddrage CSDDD's formål over for de udbudsretlige formål og foretage en afvejning heraf, for at fastlægge den endelige retsstilling. EU-Domstolen kunne nå frem til, at forpligtelserne, der følger af CSDDD, ville kunne anvendes og fremføres i udbudsproceduren, eftersom dette var formålet med indførelsen af CSDDD for at sikre en overholdelse af CSDDD's forpligtelser. Alternativt kan EU-Domstolen ved fortolkning af

[128] C-23/20 - Simonsen & Weel, pr. 20
[129] Ibid, pr. 86
[130] Ibid, pr. 87
[131] Ibid, pr. 86

gældende ret vælge at inddrage både formålet med CSDDD og eksisterende retspraksis for at fastlægge den nye retsstilling. Dette kunne medføre en udvidelse af tilknytningskravet, hvor CSDDD's formål supplerer den tidligere retspraksis og potentielt udvider grænsen for, hvad der kan anses for forbundet med kontraktens genstand

EU-Domstolen har imidlertid endnu ikke haft muligheden for at tage stilling til, hvorvidt den vil ændre sin fortolkning af udbudsdirektivet som følge af indførelsen af CSDDD. Der må således afventes en egentlig stillingtagen fra EU-Domstolen, hvor de får mulighed for at behandle det præjudicielle spørgsmål, om indførelsen af CSDDD vil ændre på den tidligere gældende retspraksis fastsat af EU-Domstolen.

7.5 Kontraktens genstand i lyset af CSDDD

Som tidligere nævnt gælder tilknytningskravet for store dele af udbudsprocessen. Det er derfor nødvendigt, at de krav, der stilles til tilbuddet, har en forbindelse til kontraktens genstand, jf. art. 67 og EU-Domstolens praksis.[132] Art. 67 fastslår, at tilknytningskravet er opfyldt, når de fastsatte tildelingskriterier er relateret til de udbudte og indkøbte bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser i enhver henseende og på ethvert tidspunkt i deres livscyklus, herunder faktorer, der er involveret i indkøbets livscyklus, selv om sådanne faktorer ikke udgør en del af deres materielle indhold.[133]

Som fastlagt i ovenstående afsnit falder CSDDD's forpligtelser uden for tilknytningskravets genstand, da de stiller krav til virksomheders generelle politik, hvilket ikke er omfattet af det nuværende tilknytningskrav, jf. *EVN*.

Det kan dog overvejes, at CSDDD alligevel godt kan anses at være forbundet med kontraktens genstand i lyset af udviklingen i retspraksis i *EVN* og *Dutch Coffee*, hvor det fandtes, at tilknytningskravet omfatter hele produktets livscyklus. Denne tilgang understøttes desuden af Treviño-Lozano og Uysal, som i deres artikel[134] fremhæver, at Human Rights and Environmental Due Diligence (HREDD) kan anses for at falde inden for tilknytningskravet som enten tildelingskriterium eller en betingelse for kontraktens udførelse, så længe

[132] C-368/10 - Concordia Bus, pr. 64 og C-448/01 - EVN, pr. 30
[133] Art. 67 og Treviño-Lozano & Uysal
[134] Treviño-Lozano & Uysal

forpligtelserne er knyttet til den type produkter eller ydelser, der er genstand for udbuddet, samt de leverandører, der er involveret i disse produkters eller ydelsers livscyklus.

Ved at fortolke tilknytningskravet på denne måde kan det argumenteres for, at forpligtelserne efter CSDDD, herunder vedtagelsen af virksomhedspolitikker og risikostyringssystemer, anses for at opfylde tilknytningskravet som tildelingskriterier eller kontraktvilkår. Disse forpligtelser kan omfatte risikovurdering, forebyggelse, overvågning og kommunikation, så længe de fokuserer på den relevante del af forsyningskæden, der er knyttet til det specifikke udbud, og ikke den samlede forsyningskæde som går udover den konkrete kontrakt, som fandtes at være tilfældet i *EVN*. Det er dog en hårfin grænse, men dette perspektiv åbner op for en mere integreret anvendelse af sociale- og bæredygtighedsforpligtelser i offentlige udbud.

Ifølge Treviño-Lozano og Uysal udelukker EU-retten ikke kriterier, der vedrører leverandørens adfærd, så længe denne adfærd relaterer sig til kontraktens udførelse og de specifikke produkter.[135] Spørgsmålet er dog, hvor grænsen går i forhold til hvilken adfærd, der kan anses at være forbundet med kontrakten. Denne afgrænsning understøttes også af *EVN-sagen*, hvor tildelingskriteriet blev anset som uforeneligt med tilknytningskravet, fordi det fokuserede på leverandørens generelle sociale adfærd og gik ud over, hvad der var fastsat i kontrakten. Tilknytningskravet finder derfor stadig anvendelse, men en udvidet fortolkning i lyset af *EVN-sagen* vil medføre, at due diligence forpligtelser efter CSDDD godt kan indgå, så længe de til en vis grad er forbundet med kontraktens genstand. Ifølge Treviño-Lozano og Uysals fortolkning kunne det argumenteres for at CSDDD, ligesom HREDD, opfylder dette, såfremt de opstillede forpligtelser ved tildelingskriterier eller kontraktbetingelser angår livscyklussen og ikke går ud over det nødvendige.

Selvom visse forpligtelser i CSDDD kan organiseres på en måde, så den direkte vedrører produktionen eller leveringen af udbudte produkter, må det dog påpeges, at EU-Domstolens tidligere praksis giver en indikation af, at dette ikke vil være tilstrækkeligt til at opfylde tilknytningskravet. EU-Domstolen har i tidligere retspraksis, særligt i *EVN*, anvendt en restriktiv fortolkning af tilknytningskravet, hvor der ikke måtte stilles krav til det som gik ud over kontrakten og i et for stort omfang angik leverandørens generelle virksomhedspraksis og derfor manglede en tilstrækkelig tilknytning til kontrakten.

[135] Treviño-Lozano & Uysal, s. 568

Selv når due diligence-forpligtelser efter CSDDD tilpasses til den specifikke kontrakt og leverandørernes forsyningskæde, vil disse krav ofte være afhængige af interne processer og virksomhedens generelle politikker. Forpligtelser efter CSDDD må derfor, i lyset af EU-Domstolens restriktive tilgang, fortolkes til at ligge uden for tilknytningskravets genstand.

Udfordringen er, at CSDDD ikke kun regulerer resultatet af en specifik leverance, men også hvordan virksomheden strukturerer sin risikohåndtering og påvirkning gennem hele værdikæden. Dette adskiller sig fra de hidtidige miljøkrav, som EU-Domstolen har godkendt, eksempelvis i *Concordia Bus*, hvor et kriterium om, at busser med lavere emissioner og støjniveau fandtes at angå køretøjet og derfor var forbundet med kontraktens genstand.

Derfor må det konkluderes, at det er mest sandsynligt, at EU-Domstolen vil fastholde sin restriktive tilgang og ikke betragte CSDDD's forpligtelser som omfattet af det gældende tilknytningskrav, medmindre der sker en eksplicit udvidelse i direktivets grundlag.

8. CSDDD i udbudsfaserne

CSDDD introducerer et fælleseuropæisk krav til større virksomheder om at identificere, forebygge og afbøde negative indvirkninger på menneskerettigheder og miljø i deres egne aktiviteter, datterselskaber og forretningsforbindelser. CSDDD medfører dermed en omfattende regulering af virksomheders ansvar og adfærd og kan få betydelig indflydelse på offentlige ordregivers udbudspraksis.

Indførelsen af CSDDD afspejler desuden et skifte fra regulering af miljø og sociale krav som soft law, til nu at være reguleret af bindende lovgivning. Et tidligt eksempel herpå findes i Kommissionens Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb fra 2011[136], der har spillet en væsentlig rolle i udviklingen af tilknytningskravet. Grønbogen lagde op til en mere helhedsorienteret tilgang, hvor tilknytningskravet ikke længere alene gælder i tildelingsfasen, men også i de øvrige faser af udbudsproceduren. Dette er i dag afspejlet i 2014-udbudsdirektivets bestemmelser om tekniske specifikationer (art. 42, stk. 1), kontraktbetingelser (art. 70), mærkekrav (art. 43, stk. 1, litra a) og alternative tilbud (art. 45, stk. 1).

[136] Grønbog

Spørgsmålet er, i hvilket omfang ordregivere i medfør af CSDDD vil kunne eller skal anvende CSDDD's krav som en del af henholdsvis egnethedskrav i form af mindstekrav, udvælgelseskriterier, tildelingskriterier og kontraktbetingelser. Vurderingen heraf afhænger dels af direktivets indhold og retslige hierarki, dels af de udbudsretlige regler, herunder navnlig tilknytningskravet og proportionalitetsprincippet.

8.1. CSDDD som mindstekrav

Kravene i CSDDD pålægger som anført ovenfor under afsnit 6 virksomhederne at foretage due-diligence inden for de sociale og miljømæssige områder i deres koncern og forretningsforbindelse samt efterfølgende gennemføre passende foranstaltninger for at begrænse og modvirke eventuelle negative indvirkninger inden for det miljømæssige og sociale område.

CSDDD hjemler ikke direkte ud fra ordlyden af CSDDD art. 31, at CSDDD's bestemmelser ligeledes kan opstilles som mindstekrav. CSDDD art. 31 anfører, at *"(...) kan tage hensyn til som en del af tildelingskriterierne for offentlige kontrakter og koncessionskontrakter og som en miljømæssig eller social betingelse, som de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med nævnte direktiver (...)"*.[137] Herigennem fastslår CSDDD art. 31 udelukkende, at CSDDD's forpligtelser kan anvendes som tildelingskriterier. Da CSDDD således ikke indeholder en tydelig hjemmel til at anvende CSDDD's bestemmelser som et mindstekrav, må det først vurderes, om et tildelingskriterium kan anvendes som et minimumskrav.

8.1.1 Hjemmel i CSDDD

I sagen *Uniqsoft 1998 mod Odense Kommune* ved Klagenævnet for Udbud blev der netop taget stilling til, om et tildelingskriterie kunne anvendes som et mindstekrav. I sagen havde Uniqsoft 1998 ApS anlagt sag mod Odense Kommune (herefter "ordregiver") bl.a. med påstand om, at ordregiver havde anvendt krav både som et tildelingskriterium og som et minimumskrav.[138] Klagenævnet for Udbud fremhæver, at EU-retlige udbudsregler ikke udelukker, at en betingelse kan fungere både som et mindstekrav ved prækvalifikation og tillige som et

[137] CSDDD, art. 31
[138] Uniqsoft 1998 mod Odense Kommune, s. 2

underkriterium til tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige tilbud", og dermed også anvendes som et vægtet tildelingskriterium.[139]

Klagenævnet for Udbud præciserer i sin afgørelse, at for et krav kan anvendes både som et mindstekrav og som tildelingskriterium, skal dets indhold være egnet til at sortere virksomheder ved prækvalifikationen samt identificere det mest fordelagtige tilbud.[140]

Ud fra sagen *Uniqsoft 1998 mod Odense Kommune* må det således konkluderes, at Klagenævnet for Udbud har fastslået, at en betingelse godt kan anvendes som både et tildelingskriterium og et mindstekrav, såfremt den fremsatte betingelse opfylder egenskaberne til både tildelingskriterium og mindstekrav.

På baggrund heraf kan det fastslås, at CSDDD's bestemmelser, med hjemmel i CSDDD art. 31, kan anvendes som mindstekrav. Det skal dog vurderes, om CSDDD's bestemmelser og kriterier er i overensstemmelse med betingelserne for mindstekrav og er egnet til en prækvalifikation, som er fastlagt af Klagenævnet for Udbud.

8.1.2 Hjemmel i udbudsdirektivet

Som tidligere nævnt skal mindstekrav i henhold til udbudsdirektivets art. 58, stk. 5, fastlægges i henhold til art. 58, stk. 1, ud fra kriterierne: i) erhvervsmæssig egnethed, ii) økonomisk og finansiel formåen samt iii) teknisk og faglig formåen.

Indledningsvis kan det udelukkes, at CSDDD, som vedrører virksomheders miljømæssige og sociale ansvar, kan fortolkes at vedrøre en tilbudsgivers økonomisk og finansielle formåen i henhold til udbudsdirektivets art. 58, stk. 3.

Endvidere kan ordregiver stille mindstekrav til udførelsen af det pågældende erhverv efter udbudsdirektivets art. 58, stk. 1, litra a. Ifølge udbudsdirektivets art. 58, stk. 2, kan ordregiver kræve, at tilbudsgiver fremlægger dokumentation for registrering i relevante registre. Det kan dermed fastslås, at CSDDD's bestemmelser ikke kan indgå som et mindstekrav for udførelsen af det pågældende erhverv.

[139] Ibid, s. 8
[140] Ibid, s. 8

Derimod skal det fremhæves, at såfremt ordregiver vil omfatte kravene i CSDDD under teknisk og faglig formåen i henhold til udbudsdirektivets art. 58, stk. 1, litra c, skal tilbudsgiver kunne dokumentere deres tekniske eller faglige formåen på en af de oplistede metoder, der er fremsat i bilag XII, del II, jf. udbudsdirektivets art. 60, stk. 4.

CSDDD regulerer virksomheders forpligtelser vedrørende menneskerettighederne og miljøet i relation til deres egne aktiviteter, deres datterselskabers aktiviteter m.m., jf. CSDDD art. 1, stk. 1, litra a. For at vurdere, om CSDDD's bestemmelser kan rummes i udbudsdirektivets bilag XII, del II, må det således være nødvendigt at opdele det miljøretlige og det sociale aspekt for vurderingen.

I henhold til udbudsdirektivets bilag XII, del II, litra g, kan ordregiver kræve dokumentation fra tilbudsgiver for de miljøstyrende foranstaltninger, som ansøgeren eller tilbudsgiveren kan anvende ved udførelsen af kontrakten. Dette understøtter, at det miljøretlige ansvar, som reguleres af CSDDD, kan pålægges tilbudsgivere ved at kræve dokumentation for deres miljøstyrende foranstaltninger.

Der er således hjemmel i udbudsdirektivets art. 58, stk. 1, litra c, for at tilbudsgiver kan dokumentere deres tekniske og faglige formåen for forebyggelse af miljøet, som kan kræves ved at fremlægge dokumentation i henhold til udbudsdirektivets bilag XII, del II, litra g. På denne baggrund kan det konkluderes, at CSDDD's bestemmelser om miljøretlige hensyn kan inddrages som et mindstekrav med hjemmel i udbudsdirektivets art. 58, stk. 1, litra c, ved at stille krav til den tekniske og faglige formåen.

Endvidere oplister udbudsdirektivets bilag XII, del II, litra d, muligheden for ordregivere ved krav om teknisk og faglig formåen kan kræve, at tilbudsgivere skal udlevere dokumentation for deres forvaltning af forsyningskæden og de eftersporingssystemer, som ansøgeren eller tilbudsgiveren vil anvende ved gennemførelsen af kontrakten.

Udbudsdirektivet indeholder derimod ikke en nærmere redegørelse for, hvad litra d indebærer specifikt, og hvilke muligheder ordregivere har for at anvende bilag XII, del II, litra d. Imidlertid har den danske lovgiver i henhold til lovbemærkningerne til § 155, stk. 1, nr. 5, der er en inkorporering af udbudsdirektivets bilag XII, del II, litra d, fastslået, at dette betyder, at

ordregiveren kan kræve en beskrivelse af den måde, som ansøgeren eller tilbudsgiveren vil administrere og kontrollere under leverandørkæden.[141]

Den danske lovgivers fortolkning af udbudsloven ved de fremsatte lovbemærkninger udgør ikke en fortolkning til udbudsdirektivet, men udelukkende en fortolkning af den danske udbudslov. Udbudsdirektivet indeholder imidlertid ingen holdepunkter, der skulle modsige fortolkningen af udbudsloven i forhold til ordregivers mulighed for at anvende udbudsdirektivets bilag XII, del II, litra d. Den danske fortolkning ved lovbemærkningerne til § 155, stk. 1, nr. 5 af udbudsdirektivets bilag XII, del II, litra d, må hertil anses for at være i overensstemmelse med udbudsdirektivet og kan anvendes til at belyse fortolkningen.

Den danske fortolkning indebærer en beskrivelse af den påtænkte strategi for administration og kontrol ved forsyningskæden. En sådan fremlæggelse må kunne sidestilles med en virksomheds fremlæggelse af interne politikker og procedurer, hvilket må anses som nærliggende at fremlægge som bevis for forvaltning af forsyningskæder. På baggrund heraf må den danske udbudslovs lovbemærkninger til § 155, stk. 1, nr. 5, kunne anskues i overensstemmelse med udbudsdirektivets fortolkning.

Det kan lægges til grund, at CSDDD's bestemmelser om at pålægge sociale ansvar for de ansatte i virksomhederne kan anvendes i henhold til udbudsdirektivet, såfremt ordregiver stiller krav til kontrakten, som kan opfyldes i henhold til udbudsdirektivets bilag XII, del II, litra d. Dette ville gøre det muligt at stille krav til de ansatte, som tilbudsgiveren skal dokumentere.

Udbudsdirektivets art. 58, stk. 1, litra c, der vedrører teknisk og faglig formåen, giver dermed ordregivere mulighed for at fremsætte krav om sociale ansvar, som tilbudsgiver kan dokumenteres i henhold til udbudsdirektivets bilag XII, del II, litra d. Det kan således fastslås, at CSDDD's bestemmelser om socialt ansvar ligeledes kan indfortolkes under udbudsdirektivets art. 58, stk. 1, litra c, om teknisk og faglig formåen.

Afslutningsvist opstiller CSDDD ligeledes kriterier for virksomheder, der skal sikre, at bestemmelserne i CSDDD bliver overholdt i deres datterselskaber og hele deres forretningskæde. CSDDD's krav til virksomhedskontrol med datterselskaber og

[141] Lovforslag til udbudsloven, s. 177

forretningskæden må således fastlægges også at kunne dokumenteres i henhold til udbudsdirektivets bilag XII, del II, litra d, ved at stille krav til forsyningskæden og implementere efterfølgende eftersporingssystemer.

Dette må fastslås ud fra det danske fortolkningsbidrag ved lovbemærkningerne til § 155, stk. 1, nr. 5, der er en inkorporering af udbudsdirektivets bilag XII, del II, litra d, der fastslår, at ordregiveren kan kræve en beskrivelse af den måde, som tilbudsgiveren vil administrere og kontrollere under leverandørkæden.[142] Herigennem vil tilbudsgivere ligeledes kunne fremlægge dokumentation for kontrol af leverandørkæden, særligt forretningskæden og eventuelle datterselskaber med hjemmel i udbudsdirektivets bilag XII, del II, litra d.

På baggrund af ovenstående kan det fastslås, at CSDDD's bestemmelser kan fremsættes som mindstekrav med tilknytning til den tekniske og faglige formåen, jf. udbudsdirektivets art. 58, stk. 1, litra c.

8.1.2.1 Objektive krav

Det er et krav, at de fremsatte minimumskriterier i udbudsproceduren skal være objektive. Dette indebærer i henhold til Klagenævnet for Udbud, at kravene skal være udformet på en sådan måde, at det entydigt og objektivt kan fastslås, samt at indholdet overholdelse let kan kontrolleres, jf. *Sunrise Medical ApS mod Fællesudbud Sjælland*.[143]

Endvidere indebærer det objektive kriterium for mindstekravet i henhold til gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets art. 18, at mindstekravene skal være udformet således, at der ikke overlades en subjektiv vurdering til ordregiver af, hvorvidt mindstekravet er opfyldt, jf. *Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb*.[144]

Ud fra ovenstående betingelser i henhold til objektive kriterier, kan et mindstekrav om at tilbudsgiver skal overholde betingelserne i CSDDD, således indebære visse vanskeligheder.

CSDDD pålægger virksomheder at foretage due diligence vedrørende sociale og miljømæssige forhold i deres koncern og forretningskæde. Imidlertid fastlægger CSDDD ikke en klar

[142] Lovforslag til udbudsloven, s. 177
[143] Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb v/ Billund Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune, s. 25
[144] Ibid, s. 44

vejledning om, hvordan virksomheder skal gennemføre disse due diligence forpligtelser eller efterfølgende implementere passende foranstaltninger for at modvirke de opdagede negative indvirkninger.

Et mindstekrav fremsat af ordregiver, som lyder *"overholdelse af bestemmelserne i CSDDD"*, vil således ikke opfylde kriteriet om et objektivt krav, da kravets omfang ikke tydeligt ville kunne fastlægges. Tværtimod ville et sådant mindstekrav efterlade en subjektiv vurdering til ordregiver ved dennes kontrol, om tilbudsgivere efter ordregivers opfattelse har overholdt bestemmelserne i CSDDD.

En ordregiver vil således ved anvendelse af CSDDD være nødsaget til at fastlægge nærmere specifikt, hvordan CSDDD's bestemmelser skal opfyldes af tilbudsgivere for at opfylde det objektive kriterium som mindstekrav.

Det må på baggrund af dette konkluderes, at ordregiver kan anvende CSDDD's bestemmelser som et mindstekrav, såfremt ordregiver entydigt specificerer, hvordan tilbudsgivere kan opfylde disse betingelser, hvortil overholdelsen blot vil kunne konstateres og bekræftes af ordregiver, men ikke overlader et subjektivt skøn til ordregiver i at vurdere, hvorvidt CSDDD's bestemmelser er overholdt.

8.1.2.2 Kontraktens genstand

Spørgsmålet om, hvorvidt grønne og sociale hensyn kunne pålægges tilbudsgiver som en del af egnethedskravene, blev også behandlet i *Dutch Coffee*. I sagen havde ordregiver i forbindelse med udbud af en kontrakt for drift af kaffemaskiner fremsat et minimumskrav for tilbudsgiveren for bæredygtigt indkøb og virksomheders sociale ansvar.[145] Dette blev behandlet som det andet præjudicielle spørgsmål ved EU-Domstolen.[146]

I sagens afgørelse blev der indledende sået tvivl om, hvorvidt kravet var fremsat som et mindstekrav. Dette skyldes, at Holland havde fremsat anbringender om, at kravet ikke var fremsat som et mindstekrav, men derimod henviste til en betingelse for kontraktens udførelse i henhold til 2004-udbudsdirektivets art. 26.[147]

[145] C-368/10 - Dutch Coffee, pr. 15 og 28
[146] Ibid, pr. 47
[147] Ibid, pr. 102

EU-Domstolen foretog hertil en kontraktretlige vurdering for at fastlægge, hvorvidt kravet om bæredygtig indkøb og virksomhedens sociale ansvar var fremsat som et mindstekrav i henhold til 2004-udbudsdirektivets art. 44, stk. 2, eller en betingelse for kontraktens udførelse efter 2004-udbudsdirektivets art. 26. Ud fra udbudsmaterialet fastslog EU-Domstolen, at den pågældende betingelse var fremsat som et mindstekrav, da betingelsen fremgik under afsnittet for "*Krav med hensyn til egnethed/minimumskriterier*" i udbudsmaterialet. I samme afsnit fremgik ligeledes krav til tilbudsgivers økonomiske og tekniske formåen ved hhv. krav til tilbudsgivers omsætning og tilbudsgivers erfaring.[148]

EU-Domstolen fastslog således på baggrund af en kontraktsretlig vurdering af betingelsens placering i udbudsmaterialet, at det fremsatte krav til tilbudsgiver om at foretage bæredygtige indkøb og virksomhedens sociale ansvar var fremsat som et mindstekrav. EU-Domstolen afviste derfor indledningsvist Hollands anbringende om, at kravet var fremsat som en betingelse til kontraktens udførelse i henhold til art. 26.[149]

Ved EU-Domstolen afgørelse, henviser EU-Domstolen i sin begrundelse for afgørelsen til 2004-udbudsdirektivets art. 48, der fastsætter en udtømmende oplistning opregning af muligheder for at kontrollere tilbudsgivers tekniske formåen i henhold til art. 44, stk. 2.[150] 2004-udbudsdirektivets art. 48, stk. 2, litra a-j, oplister hvilke krav, som ordregivende myndigheder kan pålægge tilbudsgiverne for at dokumentere deres tekniske formåen. EU-Domstolen fastslår imidlertid, at kriteriet om bæredygtige indkøb og socialt ansvar ikke er knyttet til nogle af disse elementer.[151] På baggrund af EU-Domstolens afgørelse i *Dutch Coffee* kan det dermed fastslås, at ordregivende myndigheder ikke kan opstille krav til generelle bæredygtighedskrav og generelle krav til virksomhedernes sociale ansvar.

EU-Domstolens bemærkninger giver dog anledning til at overveje, om ovenstående sociale- og miljøhensyn kan inddrages som mindstekrav, da EU-Domstolen i sin vurdering af de fastlagte mindstekrav har lagt vægt på, at *"Endelig var det omhandlede krav formuleret generelt og ikke specifikt i forhold til den omtvistede kontrakt."*[152] Kravet fremsat af ordregiveren lød

[148] Ibid, pr. 103
[149] C-368/10 - Dutch Coffee, pr. 103
[150] Ibid, pr. 105
[151] Ibid, pr. 106
[152] Ibid, pr. 103

udelukkende på at sikre et bæredygtigt indkøb og virksomhedens sociale ansvar. Herved fastsættes det, at en generel bestemmelse, der ikke afgrænser dens anvendelsesområde eller ansvar, er for vidtgående. EU-Domstolen var derfor nødsaget til at afvise mindstekravet, da kriteriet ikke havde den fornødne forbindelse til kontraktens genstand.

Der kan således spekuleres i, om EU-Domstolen var nået til samme afvisende resultat, såfremt minimumskriteriet af Kongeriget Holland var udformet specifikt og nærmere detaljeret i forhold til konstatering af kravets indhold.

EU-Domstolen har fremhævet, at kravene til den tekniske formåen skal vurderes ud fra en *"beskrivelse af det tekniske udstyr og de foranstaltninger, leverandøren eller tjenesteyderen har truffet til sikring af kvaliteten, samt af virksomhedens undersøgelses- og forskningsfaciliteter« som omhandlet i* art. *48, stk. 2, litra c), i 2004-udbudsdirektivet."*[153] EU-Domstolens afgørelse kan fortolkes sådan, at den åbner for muligheden for, at bæredygtigehedskrav, herunder miljø og social ansvar, kan indarbejdes som en del af kvalitetsvurderingen.

EU-Domstolens efterfølgende bemærkninger for, hvordan et sådant krav skal implementeres, må således kunne fortolkes til, at EU-Domstolen anerkender, at miljømæssige og sociale hensyn kan inddrages som en del af mindstekravene, såfremt disse kriterier tilpasses kontraktens genstand i henhold til den efterspurgte kvalitet ved den udbudte leverance.

EU-Domstolens udtalelse: "*Det må derfor anerkendes, at de ordregivende myndigheder også kan vælge tildelingskriterier, som er baseret på sociale hensyn, og som kan vedrøre brugerne eller modtagerne af de bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten, men også andre personer,"*[154] indebærer en større udvidelse end tidligere i retspraksis. Specifikt EU-Domstolens sidste kommentar, hvor de anfører, at ordregiver også kan stille sociale krav til personer, der ikke er omfattet af kontrakten, kunne tyde på en udvidelse af ordregiveres mulighed for at stille krav til tilbudsgiveres underleverandører. EU-Domstolen har i sin afgørelse således anerkendt, at der inden for rammerne af kontraktens genstand kan stilles krav om sociale forhold til personer, der er omfattet af kontrakten, men

[153] Ibid, pr. 107
[154] C-368/10 - Dutch Coffee, pr. 85

anerkender endvidere at lignende krav kan stilles til personer, der ikke vil være omfattet af kontrakten. Fortolkningen kan endvidere ses i lyset af indførelsen af CSDDD, hvorved CSDDD art. 31 åbner for muligheden for at anvende dets bestemmelser i udbudsproceduren. EU-Domstolen udtalelser strider således med tidligere udtalelser, der fastslår, at krav ikke kan stilles til folk ud over kontrakten. Dette kunne tyde på, at EU-Domstolen og lovgiver har anerkendt at udvide rammerne for kontraktens genstand, således at ordregiver kan stille krav til tilbudsgiver og deres underleverandører.

På baggrund af EU-Domstolens udtalelse er det dog tvivlsomt, hvorvidt der er sikker hjemmel i udbudsdirektivet til at anvende miljø- og sociale krav, herunder CSDDD, som mindstekrav. Dog må EU-Domstolens praksis indebære, at anvendelsen af CSDDD som mindstekrav vil være i overensstemmelse med udbudsretten at anvende sociale krav i henhold til CSDDD's bestemmelser, såfremt kravene efter CSDDD har en vis tilknytning til kontraktens genstand.

8.1.2.3 Proportionalitetsprincippet

Afslutningsvis er det nødvendigt at undersøge om anvendelsen af CSDDD som mindstekrav er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

Udbudsdirektivet indeholder ikke en nærmere redegørelse for, hvad proportionalitetsprincippet indebærer specifikt, og hvilke begrænsninger proportionalitetsprincippet opstiller for krav fremsat af ordregivere. Dette kan typisk udledes af retspraksis. Imidlertid kan den danske lovgivers fortolkning af princippet, i henhold til de specielle bemærkninger til udbudslovens § 2, anvendes som illustration af fortolkning af princippet. De fastslår, at ordregiveren kun skal stille krav til tilbudsgivere, som står i et rimeligt forhold til det konkrete indkøb og ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at imødekomme ordregiverens konkrete saglige behov.[155] Den danske lovgivers fortolkning af udbudsloven ved det fremsatte lovforslag udgør imidlertid ikke en fortolkning til udbudsdirektivet, men udgør udelukkende en fortolkning af den danske udbudslov. Udbudsdirektivet indeholder imidlertid ingen holdepunkter, der skulle modsige fortolkningen af udbudsloven i forhold til proportionalitetsprincippet. Den danske fortolkning kommer ligeledes til udtryk i EU-retten, hvor det af EU-Domstolen er fastlagt ved

[155] Lovforslag til udbudsloven, s. 58

sagerne *Impresa Edilux Srl.*[156] og *Serrantoni og Consorzio stabile edili*[157], at det fremsatte krav ikke må gå længere end nødvendigt for at opnå det tilsigtede formål.

CSDDD regulerer krav til virksomhedernes generelle politik for social og miljømæssige hensyn. Dette er krav, der ikke vil udgøre en nødvendig del af udførelsen af en eventuel kontrakt. Ud fra denne betragtning kan et krav om CSDDD som et mindstekrav, således anses for at være uproportionalt, da dette ville være unødvendigt for at opnå det tilsigtede formål med kontrakten.

Modsætningsvis må det bemærkes, at Kommissionen ved udarbejdelse af CSDDD har foretaget den nødvendige vurdering og fastlagt, at det må anses for proportionelt og ikke som et krav, der unødvendigt går længere end det tilsigtede formål. På baggrund heraf kunne CSDDD som et mindstekrav således betragtes som værende proportionelt.

Imidlertid bør det fremhæves, at CSDDD art. 31 udelukkende direkte vedrører anvendelsen af CSDDD som et tildelingskriterium. Det er således værd at skelne mellem disse, da tildelingskriteriet indebærer, at det kan tildeles efter et vægtet interval, hvor et mindstekrav indebærer, at en eventuel tilbudsgiver kan blive udelukket fra at deltage i selve udbudsprocessen.

I denne forbindelse er det værd at erindre, at hovedformålet med udbudsdirektivet er at sikre den fri bevægelighed og konkurrencen.[158] At opliste bestemmelserne i CSDDD ville således kunne medføre en betydelig udelukkelse af tilbudsgivere og dermed begrænse konkurrencen væsentligt, da det for virksomheder kan være omfattende at opfylde bestemmelserne i CSDDD. Desuden vil udelukkelse også påvirke potentielle tilbudsgivere og kan medføre en betydelig økonomisk byrde.

På baggrund af ovenstående må det således fastlægges, at det må være for konkurrencebegrænsende at anvende bestemmelserne i CSDDD som mindstekrav til et udbud, idet det unødvendigt ville udelukke mulige tilbudsgivere for at deltage i udbuddet. Endvidere ville et sådant krav gå unødvendigt længere end nødvendigt for at opnå det tilsigtede mål. Dette

[156] C-425/14 - Impresa Edilux Srl., pr. 38
[157] C-376/08 - Serrantoni og Consorzio stabile edili, pr. 33
[158] C-454/06 - Pressetext, pr. 31

skyldes, at tilbudsgiver formentlig stadig vil iagttage CSDDD's bestemmelser, såfremt det var anført som et tildelingskriterium, hvilket samtidig ville indebære, at tilbudsgivere, der ikke iagttog CSDDD, stadig ville kunne deltage i udbuddet blot uden de ekstra point ved tildelingen.

Det kan hermed konkluderes, at anvendelsen af CSDDD som et mindstekrav ville være uproportionalt og gå længere end nødvendigt for at opnå det tilsigtede formål og samtidig indebærer en væsentlig konkurrencebegrænsning, der strider imod udbudsdirektivets hovedformål.

8.2 CSDDD som udvælgelseskriterium

CSDDD hjemler direkte ordregivers mulighed for at anvende dets betingelser ved tildelingskriterier og kontraktbetingelser. Derudover må det dog også undersøges, om ordregivere ligeledes kan anvende CSDDD's bestemmelser inden for udvælgelse. Udvælgelse af egnede virksomheder anvendes særligt i udbudsformer med forudgående udvælgelse, som eksempelvis begrænset udbud, konkurrencepræget dialog eller udbud med forhandling, og handler som sagt om virksomhedens generelle egnethed til at udføre en opgave, men ikke hvordan selve opgaven påtænkes at udføres.[159]

Udvælgelsesfasen i udbudsproceduren handler om at vurdere, hvilke økonomiske aktører der er egnet til at deltage i udbuddet, og dermed hvem der går videre til den næste fase, hvor tilbuddene konkret vurderes.[160] Udvælgelsen adskiller sig således fra selve tildelingen, idet fokus ved udvælgelse er på leverandøren og ikke på selve vurderingen af tilbuddet.

Reglerne om udvælgelse fremgår af udbudsdirektivets art. 58. Ordregiveren kan i denne fase opstille krav til økonomisk og finansiel formåen samt teknisk og faglig formåen, herunder eksempelvis erfaring, bemanding, kvalitetsstyring og miljøstyringssystemer.[161] Udvælgelseskriterierne skal være relevante og proportionale i forhold til kontraktens genstand og må ikke virke konkurrencebegrænsende.

[159] Risvig Hamer, s. 515
[160] Hamer & Nielsen m.fl., s. 129
[161] Risvig Hamer, s. 516f

8.2.1 Hjemmel i CSDDD og udbudsdirektivet

CSDDD art. 31 angiver ikke direkte, at bestemmelserne kan anvendes som udvælgelseskriterier. Art. 31 anfører kun, at CSDDD's forpligtelser kan benyttes som tildelingskriterier og kontraktbetingelser.[162] Da der ikke er en klar hjemmel i CSDDD til at anvende bestemmelserne som udvælgelseskriterier, er det nødvendigt at undersøge, om CSDDD's bestemmelser kan integreres under de eksisterende udvælgelseskriterier i henhold til udbudsdirektivets bestemmelser.

Udgangspunktet i udbudsdirektivet er, at en ordregiver skal fastsætte objektive og ikke-diskriminerende udvælgelseskriterier, som skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen, art. 65, stk. 2. Der vil ofte i praksis fremsættes krav i udvælgelsesfasen, som også anvendes ved vurderingen af en virksomheds egnethed.[163] Det skal dog bemærkes, at alle objektive og ikke-diskriminerende kriterier vil kunne danne grundlag for udvælgelsen. Udbudsdirektivet tillader derfor en bred vifte af kriterier, hvor tilladte krav til teknisk og faglig formåen kun udgør en udtømmende liste af dokumentationsformer.[164]

I henhold til udbudsdirektivets art. 58 fremgår det, at ordregivere kan stille krav til tilbudsgiveres egnethed i udvælgelsesfasen i) egnethed til at udøve det pågældende erhverv, ii) økonomisk og finansiel formåen samt iii) teknisk og faglig formåen.

Hertil kan det indledende fastlægges, at CSDDD's materielle indhold om miljømæssige og sociale ansvar ikke er relevant for kriteriet om en tilbudsgivers økonomiske og finansielle formåen.

CSDDD angår primært regler vedrørende miljømæssige og sociale krav for så vidt angår deres egne aktiviteter, og i deres forretningskæde, jf. CSDDD art. 1, stk. 1, litra a. Det kan overvejes, om udvælgelseskriteriet: "*egnethed til at udøve det pågældende erhverv*" kan anvendes. Kriteriet indebærer opnåelse af bestemte tilladelser eller certifikater og kan i den henseende derfor ikke anses at være relevant for CSDDD's bestemmelser. Grønne udvælgelseskriterier, såsom eksempelvis generelle CSR-politikker, tidligere referencer og lign. vil i stedet skulle være under kriteriet teknisk og faglig formåen eller som tildelingskriterier eller kontraktbetingelser.

[162] CSDDD, art. 31
[163] Hamer & Nielsen m.fl., s. 146.
[164] Ibid, s. 146.

Ordregivere vil dog ofte vælge et udvælgelseskriterium som går på kriteriet om teknisk og faglig formåen efter art. 58, stk. 1, nr. 3, som opstiller kriterierne for egnethedskrav. Eksempelvis kan der stilles krav til tidligere arbejde med miljø gennem tidligere referencer, som kan danne grundlag for et udvælgelseskriterium.[165]

På baggrund af ovenstående kan det fastslås, at der er hjemmel i udbudsdirektivets art. 58, til, at ordregiveren, i overensstemmelse med CSDDD's bestemmelser om miljøretlige hensyn og sociale hensyn, kan inddrage disse aspekter som udvælgelseskriterier, så længe at kriterier, der opstilles, er objektive og ikke-diskriminerende.

8.2.1.1 Objektive krav

Det fremgår direkte af udbudsdirektivets art. 65, stk. 2, at ordregiveren ud fra udvælgelseskriterier som er *objektive* og *ikke-diskriminerende* skal udvælge tilbudsgivere. Det er derfor væsentligt at fastlægge, hvad *objektive* og *ikke-diskriminerende* krav indebærer.

En ordregiver kunne som et udvælgelseskriterium lægge vægt på virksomhedens referencer, jf. klagenævnets praksis, kendelsen af 22. august 2003, Dafolo A/S mod Kombit A/S samt 30. april 2019, Indra Navia AS mod Navia. I kendelsen Indra Navia A/S, fandt Klagenævnet for Udbud desuden, at det også klart skal angives: "*på hvilket grundlag og efter hvilke kriterier udvælgelsen blandt ansøgerne ville blive foretaget, herunder hvad der ville blive lagt vægt på ved vurderingen af referencernes relevans i forhold til den udbudte kontrakt*.", således at dette ikke må ende med at blive en subjektiv vurdering, jf. også gennemsigtighedsprincippet i udbudsdirektivets art. 18. Det skal altså være kriterier, der er fastsat på forhånd, som ordregiveren vælger ud fra. Dette sker også ud fra hensynet til, at potentielle ansøgere er klar over, hvordan de kan blive valgt. Kendelsen er desuden interessant, idet den illustrerer vigtigheden af angivelsen af objektive og ikke-diskriminerende udvælgelseskriterier. Hvis kriteriet om objektivitet og ikke-diskrimination således ikke iagttages, kan det medføre, at udvælgelseskriterier ikke kan anvendes.[166]

[165] Se andet klagenævnets praksis, Dafolo A/S mod Kombit A/S og Kongsvang Rengøringsservice A/S mod Vejen Kommune
[166] Se også Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune.

CSDDD's bestemmelser stiller krav til virksomheder om at identificere faktiske og potentielle negative påvirkninger på menneskerettigheder og miljø i deres koncern og forretningskæde. Det fremgår dog ikke af direktivets bestemmelser, hvordan disse krav konkret kan inddrages i udvælgelsesfasen, eller om der er visse betingelser, der skal overholdes i forbindelse hermed. Det skal derfor vurderes ud fra det udbudsretlige regelsæt og den omfattende retspraksis, om CSDDD kan udgøre et udvælgelseskriterium i overeensstemmelse med kravet om objektivitet og ikke-diskriminerende udvælgelseskriterier i henhold til art. 58.

CSDDD, der indeholder principbaserede forpligtelser, kan imidlertid være svær at gøre målbar for ordregivere. Ordregivere er således for at anvende forpligtelserne i CSDDD ved udvælgelse nødsaget til nærmere at definere, hvordan forpligtelserne for ansøgere skal opfyldes ud fra fastsatte rammer, herunder eksempelvis definere, hvordan ansøger skal dokumentere dens miljømæssige due-diligence. Hvis en ordregiver angiver et udvælgelseskriterium, hvori det kræves, at alle ansøgere skal overholde CSDDD's bestemmelser, eksempelvis at der i udbuddet skal være fastsat en specifik mekanisme til håndtering af negative indvirkninger eller dokumentation for bestemte miljøkrav, og dette er klart formuleret, måleligt og gælder for alle ansøgere i udbudsmaterialet, kan det argumenteres for, at det vil være objektivt.

Det kan derfor konkluderes, at en ordregiver kan anvende CSDDD's bestemmelser som udvælgelseskriterier, da de må anses at være objektive og ikke-diskriminerende, men det afhænger selvfølgelig af det konkrete kriterium der opstilles.

8.2.1.2 Kontraktens genstand

Et væsentligt spørgsmål rejses i forbindelse med graden af tilknytning i forhold til udvælgelseskriterierne. Spørgsmålet er, hvorvidt udvælgelseskriterier må anses for at være bundet af tilknytningskravet i samme grad som tekniske specifikationer, tildelingskriterier og kontraktvilkår. Tilknytningskravet er fastlagt i EU-Domstolen praksis i bl.a. *Concordia.* Det må indledningsvis fastlægges, at tilknytningskravet indebærer, at der ikke ved eksempelvis tildelingskriterier må lægges vægt på generelle virksomhedspolitikker. Tilknytningskravet kan derfor overordnet afvises at gælde for udvælgelseskriterier, idet man netop i denne fase gerne må stille krav til en tilbudsgivers generelle politik. Dette giver ordregivere større adgang til at inddrage bredere hensyn til miljø og sociale krav.

Det skal hernæst undersøges, om dette medfører en fri adgang til at fastsætte udvælgelseskriterier for ordregivere. Det fremgår af art. 58, stk. 1 i 2014 direktivet, at: "*Alle krav skal være relaterede og stå i forhold til kontraktens genstand.*" Dette understreger, at der ikke gælder et konkret tilknytningskrav, som der gør ved tildelingskriterier, tekniske specifikationer og kontraktbetingelser, da der ikke af ordlyden fremgår, at udvælgelseskriterier *skal være forbundet med kontraktens genstand*, som fx er formuleret ved udbudsdirektivets art. 67. Det kan dog af bestemmelsens ordlyd udledes, at udvælgelseskriterierne stadig skal have en vis relevans for kontrakten, ud fra sætningens brug af ordet "*relaterede*" og *"stå i forhold til"*. Det indebærer, at der er en vis grænse for, hvad en ordregiver kan stille ved udvælgelseskriterier.

Det må derfor konkluderes, at en ordregiver ved fastlæggelsen af udvælgelseskriterier ikke er underlagt tilknytningskravet på samme måde som ved fastlæggelse af tildelingskriterier. Det står dog ikke ordregiveren frit for at fastsætte krav, da udvælgelseskriterierne skal have en vis relevans for kontrakten.

8.2.1.3 Proportionalitetsprincippet

De udvælgelseskriterier, som ordregiveren vælger, skal stå i rimeligt forhold til den udbudte opgave og være sagligt begrundet. De valgte kriterier må derfor ikke gå videre end nødvendigt. For eksempel kan man vælge at inkludere et kriterium for CO_2-reducerende løsninger, men det er ikke tilladt at begrænse dette til kun at omfatte brugen af elbiler, hvis andre løsninger også kan opfylde opgaven. En sådan begrænsning ville udelukke andre aktører og modarbejde udbudsreglernes formål om at fremme effektiv konkurrence.

Det er vigtigt at understrege, at proportionalitetsprincippet fungerer som en væsentlig begrænsning, der sikrer, at krav ikke går videre end nødvendigt. I denne sammenhæng bør det vurderes, om forpligtelserne i henhold til CSDDD, som fremmer inddragelse af miljømæssige og sociale krav, kan anvendes som udvælgelseskriterier.

Det kan argumenteres, at hvis et udvælgelseskriterium indirekte favoriserer større virksomheder ved at stille krav til due diligence i hele værdikæden, og dette skaber en ulempe for SMV'er, fordi de ikke har samme kapacitet eller mulighed for at løse opgaven som større virksomheder, vil dette ikke være proportionelt. Det er afgørende, da manglende opfyldelse af et sådant udvælgelseskriterium kan forhindre en ansøger i at blive prækvalificeret. Ansøgeren

får herigennem frataget muligheden for at afgive tilbud og får dermed ikke mulighed for at deltage i udbuddet. Ved at anvende CSDDD som tildelingskriterium i stedet, ville det fungere som konkurrenceparameter frem for udelukkelse, hvilket er en mindre indgribende måde at løse problemstillingen.

Det må på baggrund heraf derfor konkluderes, at anvendelsen af CSDDD som et udvælgelseskriterium vil være uproportionalt, da det må anses for at være for vidtgående og ikke nødvendigt i forhold til formålet med CSDDD.

8.3 CSDDD som tildelingskriterium

Tildelingskriterier udgør grundlaget for, hvordan den ordregivende myndighed vælger det vindende tilbud i et udbud. De er reguleret i udbudsdirektivets art. 67. Tildelingskriterier adskiller sig fra mindstekrav og udvælgelseskriterier ved, at de ikke blot skal opfyldes for at komme i betragtning eller valgt, men i stedet beskriver tildelingskriterierne derimod de forhold, tilbudsgiverne kan konkurrere på, for at være dem som kan tilbyde det bedste tilbud.[167]

Ifølge art. 67 i udbudsdirektivet skal kontrakten tildeles det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvilket kan vurderes ud fra tre hovedkriterier: i) laveste pris, ii) laveste omkostninger eller iii) det bedste forhold mellem pris og kvalitet. Særligt ved det sidste kriterium kan ordregiveren opstille konkrete underkriterier, som eksempelvis kan omfatte kvalitet, funktionalitet, miljøhensyn eller sociale aspekter. Disse skal være objektive, gennemsigtige og forbundet med kontraktens genstand, hvilket kan dække alle aspekter og faser af ydelsens livscyklus.[168] Ordregiveren har en vis skønsmæssig frihed til at vælge og vægte kriterierne, men skal sikre, at evalueringen sker ud fra saglige og gennemsigtige forudsætninger. Alle tildelingskriterier og eventuelle underkriterier skal fremgå tydeligt af udbudsmaterialet sammen med en beskrivelse af evalueringsmetoden, jf. udbudsdirektivets art. 67, stk. 5.

8.3.1 Hjemmel i CSDDD og udbudsdirektivet

Udbudsdirektivets art. 67 tillader anvendelsen af miljømæssige og sociale krav som tildelingskriterier, så længe disse er forbundet med kontraktens genstand.

[167] Risvig Hamer, s. 555
[168] Ibid, s. 556

Art. 31 i CSDDD fastslår, at medlemsstaterne skal sikre, at opfyldelsen af de forpligtelser, der følger af nationale retsregler, der gennemfører direktivet, eller den frivillige overholdelse heraf, gør at ordregivere kan inddrage hensyn til overholdelse af due diligence-forpligtelser som led i tildelingsprocessen: *"(...) kan tage hensyn til som en del af tildelingskriterierne for offentlige kontrakter og koncessionskontrakter og som en miljømæssig eller social betingelse, som de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med nævnte direktiver kan fastsætte i forbindelse med opfyldelsen af offentlige kontrakter og koncessionskontrakter.(...)"* [169] (egne understregninger). Dette skal ske i overensstemmelse med de forskellige udbudsdirektiver 2014/23/EU, 2014/24/EU og 2014/25/EU.

Der er derfor udtrykkelig hjemmel i CSDDD art. 31 til, at ordregivere inden for rammerne af EU's udbudsregler kan inddrage miljømæssige og sociale krav i udbudsretlige tildelingskriterier. Dette er i overensstemmelse med den generelle udvikling i EU-ret,[170] hvor hensyn til sociale og miljømæssige forhold i stigende grad er blevet anerkendt som legitime og relevante kriterier, jf. også ordlyden i udbudsdirektivet, art. 67, stk. 2.

Det følger af art. 67 i udbudsdirektivet, at tildelingskriterier skal være med til at vurdere, hvilket af de indkomne tilbud der anses for at være det økonomisk mest fordelagtige tilbud, samt være forbundet med kontraktens genstand. Et sådant tildelingskriterium skal henføres til kriteriet om det bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. udbudsdirektivets art. 67, stk. 2. Dette kan eksempelvis udmøntes i form af et kvalitetskriterium i en evalueringsmodel, hvor man tillægger højere værdi til tilbudsgivere, som dokumenterer en effektiv due diligence proces i relation til miljømæssige og sociale forhold. Der kunne eksempelvis opstilles et krav om dokumentation for reduktion af CO_2-aftryk i leverandørkæden eller etablering af effektive og verificérbare procedurer til håndtering af arbejdsrelaterede menneskerettighedskrænkelser hos underleverandører. Det er dog en forudsætning, at disse kriterier er klart formulerede og gennemsigtige.

På baggrund af ovenstående kan det fastslås, at der er hjemmel for at fremsætte tildelingskriterier i henhold til CSDDD's bestemmelser, som kan fremsættes med tilknytning til kriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. udbudsdirektivets art. 67, stk. 2.

[169] CSDDD, art. 31
[170] Grønbog, s. 4

8.3.1.1 Objektive krav

Et tildelingskriterium skal anvendes objektivt og ikke føre til forskelsbehandling. Betydningen af klare og objektivt anvendelige kriterier blev understreget i Klagenævnet for Udbuds kendelse i Formpipe Software A/S mod Greve Kommune m.fl.,171 hvor udbudsmaterialet medførte, at tilbuddene ikke var reelt sammenlignelige. Det skyldtes, at væsentlige krav kunne opfyldes på meget forskellig vis, med eller uden indregning i prisen, hvilket gjorde evalueringen usaglig og i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling. Kendelsen illustrerer, at hvis grundlaget for vurdering ikke er tilstrækkeligt klart og ensartet, risikerer ordregiver at tilsidesætte udbudsdirektivets krav til objektivitet og fair konkurrence.

Tildelingskriterier baseret på CSDDD forpligtelser kan på den ene side betragtes som objektive, da CSDDD fastlægger klare og bindende krav til store virksomheders due diligence processer. Når ordregiveren fastsætter præcise krav, såsom dokumentation for risikovurderinger, afhjælpningsforanstaltninger og overvågningssystemer, kan disse krav vurderes ensartet og gennemsigtigt for alle tilbudsgivere.

På den anden side er der en risiko for, at sådanne kriterier kan blive uklare og åbne for subjektive vurderinger, hvis ordregiveren ikke tydeligt angiver, hvordan overholdelsen af CSDDD skal måles og dokumenteres. Dette kan svække gennemsigtigheden og objektiviteten, hvis vurderingen overlades til en bred fortolkning.

Samlet set må tildelingskriterier fastsat efter forpligtelserne i CSDDD dog anses for at opfylde kriteriet om at være objektiv, så længe ordregiveren definerer klare og målbare krav.

8.3.1.2 Kontraktens genstand

Endelig kræves det, at de opstillede tildelingskriterier er forbundet med kontraktens genstand, jf. udbudsdirektivets art. 67, stk. 3. Som nævnt i ovenstående afsnit 7.1 er dette krav fastforankret i EU-Domstolens praksis og efterfølgende blevet implementeret i direktivet. Det indebærer, at tildelingskriterier kun kan anvendes, hvis de relaterer sig til det, der faktisk leveres eller udføres under kontrakten.

[171] Formpipe Software A/S mod Greve Kommune m.fl.

Når der indarbejdes tildelingskriterier, der bygger på forpligtelserne i CSDDD, hvor bæredygtighed eksempelvis spiller en rolle, skal ordregiveren sikre, at disse forpligtelser har en konkret og målbar relevans for kontraktens genstand. Et eksempel på et tildelingskriterium, der er baseret på forpligtelser efter CSDDD og må anses for værende knyttet til kontraktens genstand, kunne være et krav om, at tilbudsgiveren skal dokumentere de due diligence processer, tilbudsgiveren har taget, for at sikre, at de byggematerialer, der anvendes i kontrakten, ikke stammer fra leverandører, der krænker menneskerettigheder eller skader miljøet. Dette kriterium har en direkte relevans for kontraktens udførelse og kvalitet. Modsat ville et tildelingskriterium ikke være knyttet til kontraktens genstand, hvis ordregiveren tildelte point for, at tilbudsgiveren generelt har bæredygtighedsprocesser i sin globale værdikæde, uden at det påvirker de specifikke materialer eller ydelser, der skal leveres under kontrakten

Udover EU-Domstolens praksis, som blev gennemgået i afsnit 7.1, findes et andet illustrativt eksempel fra dansk praksis er *Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark*[172], hvor Falck gjorde gældende, at Region Syddanmark havde evalueret deres tilbud negativt, fordi det manglede målfastsættelse, selvom dette ikke fremgik som et evalueringsparameter i udbudsmaterialet.[173] Klagenævnet for Udbud fastslog, at evalueringen udelukkende skulle baseres på de kriterier, der var angivet i det relevante kontraktbilag. Yderligere dokumentation eller vurderingsmomenter, der ikke var en del af det angivne grundlag, måtte ikke indgå i vurderingen. Klagenævnet fandt dog, at det kunne være forventeligt for tilbudsgiverne, at graden af målbarhed kunne inddrages som en del af skønnet, især fordi det var nævnt som en anbefaling i udbudsmaterialet. Klagenævnet anerkendte indirekte heri, at dette kun var legitimt, fordi målbarheden havde en reel betydning for kontraktens opfølgning og kvalitetssikring og dermed var forbundet med kontraktens genstand. Dette eksempel illustrerer, hvordan tilknytningskravet kan spille en rolle i evalueringen af tilbud, selv når det ikke er eksplicit angivet som et kriterium i udbudsmaterialet.

Det skal i den forbindelse bemærkes, at der skal meget til, før Klagenævnet tilsidesætter ordregivers skøn. Kendelsen viser dog, at vurderingsmomenter, som ikke udtrykkeligt fremgår af tildelingskriterierne, kan indgå i evalueringen, såfremt de har en klar og saglig tilknytning

[172] Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark
[173] Ibid, påstand 12

til kontraktens genstand. Grænsen går dermed ved inddragelse af elementer, der ikke har en praktisk betydning for opgavens udførelse, og som derfor falder uden for tilknytningskravet.

Det kan dermed fastslås, at anvendelsen af CSDDD i tildelingskriterier både er saglig og relevant, når de har en konkret og målbar relevans for kontraktens genstand. Dette er i overensstemmelse med tilknytningskravet, som er fastlagt i art. 67, stk. 3 i udbudsdirektivet og understøttet af EU-Domstolens praksis.

Derfor kan ordregivere med rette inkludere forpligtelser efter CSDDD som en del af deres tildelingskriterier, når de har en reel betydning for kontraktens udførelse.

8.3.1.3 Proportionalitetsprincippet

Tildelingskriterier skal overholde proportionalitetsprincippet, jf. de specielle bemærkninger til udbudslovens § 2. Udbudsdirektivet specificerer ikke en nærmere forklaring af proportionalitetsprincippets begrænsninger. Imidlertid kan den danske lovgivers fortolkning af princippet, i henhold til de specielle bemærkninger til udbudslovens § 2, anvendes som illustration af fortolkningen af princippet. Den danske lovgiver fortolker princippet således, at ordregivere kun må stille krav, der er rimelige i forhold til det konkrete indkøb og nødvendige for at opfylde ordregiverens saglige behov. Dette indebærer, at de valgte tildelingskriterier ikke må gå videre end hvad der er nødvendigt for at opfylde kontrakten.

Ved anvendelse af miljø eller sociale tildelingskriterier i henhold til CSDDD's bestemmelser, som tilbudsgiverne skal konkurrere på, er det ordregivers pligt at sikre, at tildelingskriterier som vægter miljømæssige eller sociale krav er proportionale i forhold til formålet.

Det bør i denne forbindelse overvejes, om visse omfattende og ressourcekrævende tildelingskriterier i praksis muligvis kan komme til at favorisere større virksomheder, grundet deres erfaring og kapacitet. Dette kan potentielt medføre en uforholdsmæssig byrde for SMV'er, og herigennem potentielt stride imod proportionalitetsprincippet.
Det må dog modsat argumenteres for, at ved fastsættelse af krav efter CSDDD som tildelingskriterium anvendes det som konkurrenceparameter til evalueringen af tilbuddene, og ikke som adgangsbarrierer for at udelukke potentielle tilbudsgivere. Konkurrencen ses derfor ikke begrænset på samme måde, som hvis CSDDD vil skulle anvendes ved andre dele af udbudsfaserne. Samtidig giver tilbudsfasen mere smidighed, idet der kan opstilles evalueringsmodeller, hvor der kan vægtes og gives point til forskellige løsninger og dermed

åbne for muligheden for større fokus på miljø- og sociale krav. Dette er i tråd med EU-lovgivers intention om at bruge udbudsreglerne til at fremme hensyn, der går ud over de rent økonomiske.[174]

Det kan dog bemærkes, at der ikke kan opstilles en generel grænse for proportionalitetsprincippet, da det skal vurderes fra sag til sag. Det kan hermed konkluderes, at anvendelsen af CSDDD som et tildelingskriterium vil være proportionalt.

8.4 CSDDD som kontraktbetingelser

For at sikre at det, der aftales i kontrakten, bliver udført korrekt, ansvarligt og i overensstemmelse med ordregiverens krav og forventninger, anvendes kontraktbetingelser i udbudsretten.[175] Kontraktbetingelser er de krav og vilkår, der knytter sig til udførelsen af den kontrakt, der indgås som følge af et udbud. De reguleres primært af art. 70 i udbudsdirektivet og skal, ligesom tekniske specifikationer og tildelingskriterier, være forbundet med kontraktens genstand, jf. ordlyden i art. 70. Det betyder, at de skal vedrøre selve leverancen eller dens gennemførelse og ikke eksempelvis generelle forhold hos leverandøren.

Kontraktbetingelser kan omfatte forhold som miljøhensyn, sociale krav, arbejdsklausuler, leveringsvilkår, serviceforpligtelser, fakturering, misligholdelse og bonusordninger.[176] Dette kunne eksempelvis være minimering af CO2 udledning eller overholdelse af miljølovgivning.

De adskiller sig fra tildelingskriterier ved, at de ikke indgår i evalueringen af tilbuddene, men er faste og bindende krav, som alle tilbudsgivere skal kunne opfylde, lidt i stil med tekniske specifikationer.[177] Ordregiveren har stor frihed til at fastsætte kontraktbetingelser, men de skal overholde de grundlæggende principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

[174] Grønbog, s. 39
[175] Risvig Hamer, s. 392
[176] Udbudsdirektivet art. 70
[177] Risvig Hamer, s. 392

8.4.1. Hjemmel i CSDDD og udbudsdirektivet

Ligesom ved tildelingskriterier følger det direkte i art. 31 i CSDDD, at medlemsstaterne kan inddrage hensyn til overholdelse af due diligence-forpligtelser som led i kontraktbetingelser: "*(...) kan tage hensyn til som en del af tildelingskriterierne for offentlige kontrakter og koncessionskontrakter og som en miljømæssig eller social betingelse, som de ordregivende myndigheder i overensstemmelse med nævnte direktiver kan fastsætte i forbindelse med opfyldelsen af offentlige kontrakter og koncessionskontrakter.(...)*" [178] *(egne understregninger).*

Kontraktbetingelser generelt reguleres af udbudsdirektivets art. 70, hvoraf det følger: *»ordregiver kan fastsætte særlige betingelser for gennemførelsen af en kontrakt, hvis de er forbundet med kontraktens genstand som omhandlet i* art. *67, stk. 3, og anført i indkaldelsen af tilbud eller udbudsdokumenterne. Betingelserne kan omfatte økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn.*« Det fremgår derfor direkte i bestemmelsen, at der er hjemmel til, at en ordregiver kan fastsætte kontraktbetingelser for gennemførelsen af en kontrakt, herunder inddrage miljømæssige og sociale hensyn. Dette må således fortolkes i overensstemmelse med kontraktbetingelser fastsat i overensstemmelse med CSDDD's forpligtelser, eftersom disse angår de samme hensyn, herunder blandt andet miljø og sociale forhold, som allerede ses anerkendt i udbudsretten.

Kontraktbetingelser indgår som sagt ikke i evalueringen af tilbuddene som tildelingskriterier, men er i stedet faste og bindende krav, som alle tilbudsgivere skal kunne opfylde, hvilket også gør sig gældende for tekniske specifikationer.[179] Ordregiveren har derfor stor frihed til at fastsætte kontraktbetingelser og vil kunne indsætte nogle efter forpligtelserne i CSDDD.

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at der er hjemmel for at fremsætte kontraktbetingelser der angår miljømæssige og sociale hensyn i henhold til CSDDD's bestemmelser, jf. art. 31 i CSDDD og art. 70 i udbudsdirektivet.

[178] CSDDD art. 31
[179] Risvig Hamer, s. 392

8.4.1.1 Objektive krav

Der er ikke et objektivt krav ved kontraktbetingelser, som der findes for tildelingskriterier. En kontraktbetingelse skal angives i udbudsmaterialet, og derfor herigennem implicit overholde gennemsigtighedsprincippet, som indebærer, at der skal være tale om objektive krav. Kriterier efter CSDDD skal derfor være målbare og klart formulerede, så de kan danne grundlag for en saglig og ensartet vurdering af tilbuddene. Et eksempel på en kontraktbetingelse kunne være "*levering skal ske med emissionsfrie køretøjer*" eller "*X % af materialerne skal være genanvendte*".[180]

Det vil derfor være op til den konkrete sag at vurdere, om den fastsatte kontraktbetingelse kan anses at opfylde de almindelige principper i udbudsretten.

8.4.1.2 Kontraktens genstand

Kontraktbetingelser skal, ligesom mindstekrav og tildelingskriterier, være forbundet med kontraktens genstand, jf. ordlyden i art. 70 i udbudsdirektivet. Det betyder, at de skal vedrøre selve leverancen eller dens gennemførelse og ikke generelle forhold hos leverandøren. Et krav om, at leverandøren skal benytte emissionsfri køretøjer ved levering til ordregiver vil eksempelvis anses at være forbundet med kontraktens genstand,[181] hvis det vedrører leverancen, hvorimod et krav rettet mod en virksomheds generelle ESG-strategi ikke direkte understøtter selve leverancen, og dermed kan det argumenteres for, at dette krav ikke knytter sig til kontraktens genstand, medmindre det påvirker den konkrete ydelse.

Selvom en ordregiver har mange muligheder for at stille miljøkrav eller sociale krav i kontraktbetingelser i henhold til CSDDD, er det derfor vigtigt at det er forbundet med kontraktens genstand. Kontraktbetingelser, som tilgodeser klimaet, men stadig er forbundet med kontraktens genstand, kunne eksempelvis være levering af varer i store kasser i stedet for levering som enkeltvarer eller at der i kontrakten stilles krav om genanvendelse af affald, der er opstået under produktionen eller opstået efter brugen af en varen.[182]

[180] Andrecka, s. 67
[181] Hamer & Nielsen m.fl., s. 185
[182] Hamer & Nielsen m.fl., s. 177

Det kan derfor konkluderes, at der godt kan stilles krav i henhold til CSDDD's bestemmelser som kontraktbetingelser, så længe de er forbundet med kontraktens genstand, jf. udbudsdirektivets art. 70.

8.4.1.3 Proportionalitetsprincippet

Kontraktbetingelser skal udover at være udformet klare og målbare og være forbundet med kontraktens genstand også sikre, at de er i overensstemmelse med grundlæggende udbudsretlige principper om gennemsigtighed, ligestilling og proportionalitet. Proportionalitetsprincippet indebærer, at de ikke må gå videre end nødvendigt i forhold til formålet.

Princippet udelukker ikke miljømæssige og sociale hensyn, men fastsætter en ramme for hvordan kontraktbetingelserne skal udformes. Proportionalitetsprincippet medfører, at de valgte konkurrencebetingelser ikke må være unødigt konkurrencebegrænsende eller gøre det umuligt for potentielle ansøgere at byde ind på kontrakten. Det skal endvidere bemærkes, at der gælder visse forvaltningsretlige principper, herunder kravet om forsvarlig økonomisk forvaltning og kommunalfuldmagten,[183] som kan begrænse anvendelsen af særligt byrdefulde kontraktbetingelser.

I kendelsen *Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden,*[184] vurderede Klagenævnet for Udbud om en række sociale kontraktkrav, herunder arbejdsklausuler med kædeansvar og bodsbestemmelser var i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Ordregiver havde i sagen indskrevet et krav i udbudsmaterialet om, at både entreprenøren og underentreprenøren skulle sikre medarbejdere løn- og arbejdsvilkår svarende til gældende danske overenskomster. Dette mente klager stred imod det EU-retlige proportionalitetsprincip. Klagenævnet fandt, at kravene var egnet og nødvendige for at sikre ordentlige arbejdsvilkår og dermed ikke udgjorde en uforholdsmæssig eller konkurrencebegrænsende regulering. Afgørelsen illustrerer, at der i praksis er betydelig rummelighed til at stille sociale (og analogt: miljømæssige) kontraktkrav, så længe de er sagligt begrundede og ikke går videre end nødvendigt i forhold til kontraktens formål.

[183] Ibid, s. 183
[184] Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden

Om en kontraktbetingelse, der angår forpligtelserne efter CSDDD, er proportional, kommer an på, om den konkrete stillede kontraktbetingelse er nødvendig og passende i forhold til de specifikke risici, der er relevante for den pågældende kontrakt.
Det må desuden anses at være proportionalt at stille et krav om overholdelse af CSDDD som kontraktbetingelse, idet det ikke kan anses at gå videre end nødvendigt, og der ikke er andre mindre indgribende muligheder, men det kommer stadig an på den konkrete opstillede betingelse.

8.5 Delkonklusion

Det kan af ovenstående udledes, at CSDDD har hjemmel til at kunne opstilles som hhv. mindstekrav, udvælgelseskriterier, tildelingskriterier og kontraktbetingelser ved fortolkning af CSDDD og udbudsdirektivet.

Analysen påpeger imidlertid, at en anvendelse af CSDDD som mindstekrav eller som udvælgelseskriterium vil indebære en uproportional begrænsning af konkurrencen for ansøgerne i forhold til formålet med CSDDD's gennemførelse, da de ressourcetunge processer ved mindstekrav og udvælgelseskriterium vil indebære en egentlig udelukkelse af små og mellemstore virksomheder fra at deltage i udbuddet.

Analysen viser samtidig, at CSDDD kan opstilles som tildelingskriterier og kontraktbetingelser ved et udbud, da de i modsætning til mindstekrav og udvælgelseskriterier ikke indebærer en udelukkelse af tilbudsgivere fra at deltage i udbuddet, men kan betragtes som et konkurrenceparameter, hvorfor anvendelsen er proportional.

9. Aktørerne under CSDDD

For at afgøre om CSDDD's bestemmelser kan anvendes i udbudsretten, er det desuden nødvendigt at vurdere, om anvendelsen af CSDDD's bestemmelser vil udgøre en overtrædelse af ligestillingsprincippet som fastsat i udbudsdirektivets art. 18.

For at foretage denne vurdering er det nødvendigt at skelne mellem tre følgende scenarier: i) om det er i strid med ligestillingsprincippet, såfremt ordregivere pålægger samtlige tilbudsgivere at opfylde CSDDD's bestemmelser, ii) om der er i strid med ligestillingsprincippet, at ordregiver opstiller differentierede krav til omfanget af

forpligtelserne i CSDDD ud fra tilbudsgivernes virksomhedsprofil og iii) om det er i strid med ligestillingsprincippet, såfremt ordregiver udelukkende pålægger tilbudsgivere, der er omfattet af CSDDD's anvendelsesområde, at opfylde dets bestemmelser.

9.1 Samtlige tilbudsgivere

Indledende må situationen vurderes, hvor både store virksomheder, der er omfattet af CSDDD, samt SMV'er, der ikke er omfattet af CSDDD, vil skulle opfylde betingelserne i CSDDD i forbindelse med udbudsprocessen.

Ligestillingsprincippet udgør en del af fundamentet som et grundprincip for udbudsretten. Princippet om ligestilling indebærer ud fra reglerne i TEUF om fri bevægelighed, at alle tilbudsgivere behandles lige under hele udbudsprocessen.

I en situation hvor samtlige tilbudsgivere pålægges at opfylde kravene til CSDDD, vil det klart kunne konstateres, at der ikke forekommer en forskelsbehandling, da alle tilbudsgivere skal opfylde nøjagtig samme krav.

Imidlertid fremgår det af bemærkninger til udbudslovens § 2, at vilkår i udbudsmaterialet kan være i strid med ligebehandlingsprincippet, selvom det formelt gælder lige for alle økonomiske aktører, hvis vilkåret har haft til formål eller følge at forskelsbehandle de økonomiske aktører uden saglig grund.[185] Udbudsdirektivet indeholder imidlertid ikke en nærmere definition for, hvordan ligestillingsprincippet skal opfattes. Den danske lovgivers fortolkning af udbudsloven medfører imidlertid ikke en egentlig fortolkning til udbudsdirektivet, men udelukkende den danske udbudslov. Derimod angiver den danske lovgiver ved dens fortolkning i bemærkningerne til udbudsloven § 2, at fortolkningen foretages i overensstemmelse med EU-retten og EU-Domstolens praksis. Endvidere indeholder udbudsdirektivet ikke holdepunkter for, at en sådan fortolkning strider med det EU-retlige udbudsdirektiv, hvorfor bemærkningerne i lovforslaget vil blive anvendt til fortolkning af ligestillingsprincippet.

Bemærkningerne til udbudsloven fastlægger, at der trods ens vilkår for tilbudsgiverne godt kan foreligge en overtrædelse af ligestillingsprincippet, såfremt det har til formål eller til følge

[185] Lovforslag til udbudsloven, s. 57

usagligt at forskelsbehandle tilbudsgiverne. I det følgende må det lægges til grund, at formålet med ens vilkår ikke har til formål at forskelsbehandle.

Det er nødvendigt at vurdere, om et sådant vilkår har til følge at forskelsbehandle. Såfremt samtlige tilbudsgivere forelægges ens vilkår ved opfyldelse af CSDDD, kan det argumenteres, at dette ikke ville have til følge at forskelsbehandle tilbudsgiverne, da vilkårene netop er ens for alle. Omvendt kan det fremføres, at et sådant krav i visse tilfælde ville tvinge små virksomheder til at ansætte nye medarbejdere som skulle kontrollere forpligtelserne i CSDDD overholdes, mens store virksomheder ikke ville være nødsaget til at hyre nye medarbejdere, da disse allerede har kapaciteten til at opfylde forpligtelserne.

I sagen *Staples Denmark ApS mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S* ved Klagenævnet for Udbud var Staples Denmark ApS's (Herefter benævnt "Staples") tilbud blevet erklæret ukonditionsmæssigt, da de ikke havde henvist til deres prisliste, som fremgik af deres webshop. Dette var dog fastsat som et mindstekrav i udbuddet. Staples havde begrundet den manglende henvisning ved, at Staples hjemmeside ikke kunne låse priserne på deres hjemmeside til brug for de krav, som ordregiver havde stillet til prislisterne efter webshoppen.[186]

Klagenævnet udtalte i den forbindelse, at *"Så længe målet om effektiv konkurrenceudsættelse og ligebehandlingsprincippet samt kravene om proportionalitet og gennemsigtighed respekteres, står det også en ordregiver frit at stille krav, som visse eller alle potentielle tilbudsgivere finder mindre hensigtsmæssige eller ønskværdige. Som udgangspunkt må den enkelte potentielle tilbudsgiver i sådanne tilfælde afgøre, om den pågældende ønsker at afgive tilbud på de udbudte vilkår – og eventuelt foretage de tilpasninger af eksisterende forretningsmodeller, som er nødvendige herfor."*[187] Klagenævnet fastslår således, at såfremt et vilkår er mindre ønskværdigt for visse tilbudsgivere, udgør dette ikke en forskelsbehandling i henhold til ligestillingsprincippet, da tilbudsgivere i så fald må foretage tilpasninger til deres forretningsmodel.

[186] Staples Denmark ApS mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S, s. 20
[187] Staples Denmark ApS mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S, s. 35

Ud fra sagen *Staples Denmark ApS mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S* vil det således ikke udgøre en forskelsbehandling, at små virksomheder må ansætte nye medarbejdere for at opfylde CSDDD i et udbud ved at pålægge samtlige tilbudsgivere at opfylde forpligtelserne efter CSDDD.

På baggrund af Klagenævnet for Udbud's udtalelser vil det ikke være i strid med ligebehandlingsprincippet, at samtlige tilbudsgivere skal opfylde forpligtelserne i CSDDD blot fordi små virksomheder vil have sværere ved at opfylde disse betingelser til udbudsprocessen.

Bemærkningerne til udbudsloven § 2 fremhæver yderligere, at ligebehandlingsprincippet tillige pålægger ordregiveren forpligtelser over for økonomiske aktører, der har valgt ikke at deltage i den konkrete udbudsproces, men som potentielt ville have deltaget, eksempelvis hvis udbudsmaterialet havde en anden udformning eller udbudsprocessen var struktureret anderledes.[188]

EU-Domstolen har i sagen *Assitur Srl* fremført, at det desuden er ordregivers ansvar at sikre størst mulig konkurrence ved udbuddet ved udformning af udbudsmaterialet.[189] EU-Domstolen præciserer endvidere i sagen, at ordregiver kan fremføre udelukkelsesgrunde for at sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet, såfremt sådanne foranstaltninger ikke går videre end nødvendigt for at opnå formålet.[190] EU-Domstolen afklarer heri, at ordregivere gerne må fremsætte krav til udbuddet, selvom disse krav vil afskrække visse tilbudsgivere fra at deltage i udbudsproceduren. EU-Domstolen fastslår dog, at såfremt vilkåret vil afskrække potentielle tilbudsgivere, skal det fremsatte krav være proportionalt med formålet.

Ud fra et socialt- og miljømæssigt hensyn kunne det anføres som værende proportionalt, da dette ville indebære en forberedelse for området og gøre det nemmere at fokusere på miljø og sociale hensyn i udbud, da ens krav for samtlige tilbudsgivere indebære en sikring af, at bestemmelserne i CSDDD vil blive efterlevet.

Modsætningsvist kan det argumenteres, at et krav om, at samtlige tilbudsgivere skulle opfylde bestemmelserne kan anses for uproportionalt. Det vil være uproportionalt, fordi det af EU-

[188] Lovforslag til udbudsloven, s. 57
[189] C-538/07 - Assitur Srl, pr. 26
[190] C-538/07 - Assitur Srl, pr. 23

lovgiver er afvejet og vurderet, at bestemmelserne i CSDDD ikke kan pålægges SMV'er. Dette begrunder de i, at SMV'er ofte ikke har de nødvendige ressourcer eller kapacitet til at løse disse forpligtelser, jf. CSDDD art. 2.

På baggrund af ovenstående må det konkluderes, at der i henhold til *Assitur Srl* er hjemmel til at opstille visse krav, der vil medføre en indirekte udelukkelse af visse tilbudsgivere, herunder SMV'er for at sikre overholdelsen af ligestillingsprincippet, hvis foranstaltningerne herfor kan sagligt begrundes. Derimod ville et krav om, at samtlige tilbudsgivere skal overholde CSDDD ikke kunne begrundes sagligt, da omfanget ville være uproportionalt, særligt overfor SMV'er.

Det kan derfor konkluderes, at en ordregiver ikke ville kunne stille krav i udbudsmaterialet om, at samtlige tilbudsgivere skal opfylde forpligtelserne efter CSDDD.

9.2. Differentierede krav

Udbudsdirektivet fastsætter ikke, hvorvidt ordregivere har mulighed for at opstille forskellige krav til tilbudsgivere. Den danske lovgiver har imidlertid ved de specielle bemærkninger til udbudsloven § 145 fortolket, at en ordregiver kan, i et konkret udbud, prioritere at opfordre ansøgere med forskellige virksomhedsprofiler til at afgive tilbud eller deltage i en dialog. Såfremt det vurderes vigtigt, kan ordregiveren i forbindelse med et kriterium om det bedste konkurrencefelt eksempelvis tilkendegive, at ordregiveren ved udvælgelsen vil lægge vægt på, at de udvalgte ansøgere har forskellige virksomhedsprofiler.[191] Udbudsdirektivet indeholder desuden ikke holdepunkter for, at dette strider med fortolkningen af ligebehandlingsprincippet.

Udbudsloven anerkender således, at ordregivere i forbindelse med udbudsprocessen kan opstille differentierede krav til forskellige tilbudsgivere ud fra deres virksomhedsprofil, nærmere bestemt ud fra om tilbudsgiveren er en lille, mellem eller stor virksomhed.

Endvidere kan dette også illustreres i praksis, jf. *UCplus A/S mod Esbjerg Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune* ved Klagenævnet for Udbud. UCplus havde anlagt sag mod kommunerne som følge af, at kommunerne i udbuddet havde opstillet differentierede minimumskrav til tilbudsgiverne alt efter hvilken virksomhedsprofil, som tilbudsgiverne

[191] Lovforslag til udbudsloven, s. 166

havde.[192] Klagenævnet for Udbud anerkendte i sagen, at ordregivere kunne opstille differentierede krav til forskellige tilbudsgivere ud fra deres virksomhedsprofil. Imidlertid fandt Klagenævnet i den foreliggende situation, at de differentierede krav ikke var sagligt begrundede, og minimumskravene fandtes derfor at være i strid med udbudsloven.[193]

Det er således fastlagt både af udbudsloven og praksis fra Klagenævnet for Udbud, at det er muligt, at ordregiver kan fastsætte differentierede krav til tilbudsgiverne. Dernæst må det vurderes, om en sådan differentiering kan sagligt begrundes, hvor store virksomheder pålægges de fulde forpligtelser i CSDDD, og de SMV'er pålægges forpligtelserne i CSDDD i et af ordregivers mindre definerede omfang.

I den følgende vurdering vil det undersøges, hvorvidt en sådan skelnen med differentierede krav er saglig. Det vil blive lagt til grund, at ordregivers differentierede krav er objektive, hvilket betyder, at der ved vurderingen af tilbudsgivernes opfyldelse ikke overlades et skøn til ordregiver om at vurdere dette.

Indledningsvist skal det fremføres, at såfremt ordregiver ønsker at opstille differentierede krav, er det nødvendigt, at ordregiver i udbudsmaterialet tydeligt fremhæver, hvilke krav der er gældende for hvilken slags tilbudsgiver, herunder definere henholdsvis små, mellem og store virksomheder, så det tydeligt fremgår, hvilke krav en tilbudsgiver skal opfylde for at imødekomme betingelserne i udbudsmaterialet, jf. Klagenævnet for Udbud, *Motus A/S mod den danske stat v/ Moderniseringsstyrelsen* og gennemsigtighedsprincippet.[194]

Differentieringen af kravene i forhold til små, mellem og store virksomheder kan anses for værende sagligt begrundet ud fra CSDDD bestemmelser. Af bestemmelserne fremgår det udelukkende, at det er store virksomheder, der er omfattet af forpligtelserne i bestemmelserne, hvorfor det vil være sagligt begrundet at tilkende store virksomheder de fulde forpligtelser i henhold til udbudsmaterialet, jf. CSDDD art. 2. Endvidere kunne mindre omfattende kriterier opstilles ud fra bestemmelserne om CSDDD for SMV'er. Det kunne hermed udgøre en saglig begrundelse for ordregivere for at opnå det ønskede mål om at skabe et incitament til at opfylde

[192] UCplus A/S mod Esbjerg Kommune, s. 3
[193] Ibid, s. 27
[194] Motus A/S mod den danske stat v/ Moderniseringsstyrelsen, s. 34-35

forpligtelserne i CSDDD, men samtidig undgå at pålægge SMV'er det fulde omfang af forpligtelserne.

Modsætningsvist er SMV'er ikke omfattet af anvendelsesområdet i CSDDD, hvorfor det kunne anskues som usagligt at pålægge disse virksomheder at opfylde direktivets bestemmelser. Det må således antages, at SMV'er i modsætning til store virksomheder, der er omfattet af CSDDD, ikke nødvendigvis allerede har interne politikker, der gør, at de vil kunne opfylde betingelserne i CSDDD. Dette kunne argumenteres for at give store virksomheder en reel konkurrencefordel, og dermed anses som værende usagligt.

I sagen *Struensee & Co. I/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S* ved Klagenævnet for Udbud var der anlagt sag mod SKI med påstand om, at de ved deres tilrettelæggelse af udbuddet havde favoriseret store virksomheder, da disse lettere kunne opfylde betingelserne i udbuddet. Ordregiver havde i udbuddet stillet krav til tilbudsgivers omsætning i forbindelse med udbud af en stor rammeaftale og havde ifølge sagsøger herved diskrimineret mod små virksomheder.[195] Klagenævnet henviste i deres afgørelse af sagen til, at udbudsbetingelserne var opsat ud fra objektive og saglige kriterier og afviste således, at der var sket en overtrædelse af udbudsloven. Hertil fremhævede Klagenævnet, at SMV'er, der ønskede at deltage i udbuddet, kunne indgå samarbejde for bedre at opfylde betingelserne i udbudsmaterialet.[196]

Det er således fremhævet af Klagenævnets praksis, at der kan opstilles betingelser i udbudsmaterialet, som SMV'er har sværere ved at opfylde end store virksomheder, såfremt disse er sagligt begrundede.

Efterfølgende må det vurderes, om differentierede krav vil være proportionelle med lovgiver/ordregivers ønske om at sikre overholdelsen af forpligtelserne i CSDDD. Hertil kan det fremhæves, at ordregivers primære mål med udbuddet er at anskaffe det ønskede produkt eller tjeneste, som udbuddet omhandler. Opfyldelse af forpligtelserne i CSDDD kan derfor udelukkende betragtes som et sekundært behov.

[195] Struensee & Co. I/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S, s. 2
[196] Ibid, s. 19

Det kan anses som proportionalt, at SMV'er udelukkende pålægges at opfylde forpligtelserne i et mindre omfang end foreskrevet i CSDDD. Omvendt kan det argumenteres at være uproportionalt, da der allerede ved lovgivers side i henhold til CSDDD art. 2 er taget stilling til, at SMV'er ikke skal opfylde direktivets bestemmelser. Et sådant krav ville derfor udvide anvendelsesområdet for CSDDD.

På baggrund af ovenstående må det således konkluderes, at differentierede krav for tilbudsgivere i forhold til deres virksomhedsprofil er i overensstemmelse med udbudsdirektivet, såfremt kravene kan begrundes med saglige hensyn. Hertil er det uden betydning, at SMV'er vil have det sværere ved at opfylde udbudsbetingelserne, da disse i deres virksomhedsforhold kan tilrettelægge sig anderledes. Imidlertid må det fremhæves at en sådan udvidelse af det gældende anvendelsesområde for CSDDD ville være uproportionalt med det ønskede mål og direktivets iagttagelse. Det vil derfor ikke kunne begrundes sagligt, at SMV'er skal opfylde forpligtelserne i CSDDD trods disse udelukkende ville være i mindre omfang.

9.3 Store tilbudsgivere

I medfør af CSDDD art. 2, stk. 1, litra a, finder CSDDD's bestemmelser anvendelse for virksomheder, der har en nettoomsætning på verdensplan på over 450
millioner euro, virksomheder der i tidligere regnskabsår har opfyldt tærsklen, jf. litra b, eller store franchise virksomheder af en vis størrelse, jf. litra c.

CSDDD's anvendelsesområde er således i henhold til art. 2 begrænset til udelukkende at omfatte og pålægge forpligtelser til større virksomheder. Derimod er det værd at bemærke, at 99% af samtlige virksomheder inden for den europæiske union udgør SMV'er.[197] På baggrund af følgende statistik kan det således klarlægges, at 99% af tilbudsgivere i den europæiske union ikke vil være omfattet af CSDDD's anvendelsesområde og dermed dens forpligtelser.

Som tidligere anført har EU-Domstolen fastslået, at ordregivere skal behandle alle lige, hvilket indebærer, at: "*situationer ikke må behandles forskelligt og forskellige situationer ikke behandles ens, medmindre forskelsbehandlingen er objektivt begrundet.*"[198] Herved må ingen virksomheder favoriseres eller diskrimineres, uanset om det er på baggrund af nationalitet,

[197] SMV-definition
[198] C-21/03 og C-34/03 - Fabricom SA, pr. 27

størrelse eller tidligere samarbejde med den ordregivende myndighed, jf. TEUF art. 18[199] og udbudsdirektivets art. 18.

Det kan uden videre fastslås, at det vil udgøre forskelsbehandling at pålægge visse store virksomheder at opfylde forpligtelserne pålagt i CSDDD, men fritage SMV'er for disse forpligtelser. I ensartede situationer, hvor begge typer af tilbudsgivere ønsker at vinde udbuddet, vil store virksomheder stilles i en mindre gunstig position, da de vil være nødsaget til at opfylde yderligere krav for at kunne vinde udbuddet.

Ligestillingsprincippet forhindrer derimod ikke muligheden for, at ordregiver kan forskelsbehandle, men kræver derimod, at forskelsbehandling kræver saglige og objektive kriterier som begrundelse for forskelsbehandlingen, jf. EU-Domstolens afgørelse i Überschär.

Klagenævnet for Udbud afgjorde i sagen *UCplus A/S mod Esbjerg Kommune*, at ordregiver havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at forskelsbehandle på forskellige tilbudsgivere. Imidlertid anerkendte Klagenævnet for Udbud samtidig med afgørelsen, at der i nogen grad kunne forekomme lempeligere krav til nyetablerede virksomheder. Klagenævnets begrundelse for afgørelsens udfald var udelukkende, at forskelsbehandlingen ikke kunne sagligt begrundes i den forelagte situation.[200]

Det kan således fastslås ud fra retspraksis ved Klagenævnet for Udbud, at det er anerkendt, at ordregiver kan pålægge visse virksomheder strengere krav til opfyldelse af udbudsproceduren i modsætning til nyetablerede virksomheder.

Samme tankegang må ligeledes kunne anvendes analogt ved forskelsbehandlingen mellem store virksomheder og små- og mellemstore virksomheder. Herved må det efterfølgende vurderes, om en sådan forskelsbehandling vil være sagligt begrundet.

Forskelsbehandlingen vil dermed kunne sagligt begrundes ud fra anvendelsesområdet af CSDDD art. 2. Da CSDDD's anvendelsesområde kun omfatter store virksomheder, vil en skelnen i kravene under udbudsprocessen kunne begrundes ved, at små virksomheder ikke er

[199] C-810/79 - Überschär, pr. 17
[200] UCplus A/S mod Esbjerg Kommune, s. 27

omfattet af direktivets bestemmelser, hvorfor de ikke kan pålægges at opfylde disse betingelser, jf. CSDDD art. 2.

Modsætningsvist kan det fremføres, at dette ville pålægge store virksomheder store mængder af arbejde, som skal udføres i forbindelse med deltagelsen i udbuddet, hvortil SMV'er vil få en konkurrencefordel, da disse tilbudsgiveres deltagelse er lempet væsentligt.

Derimod følger det af præambelbetragtning 46 i CSDDD, at såfremt en lille eller mellemstor virksomhed omfattes af CSDDD's forpligtelser som følge af at være en af CSDDD omfattet virksomheds forretningsforbindelse, bør den omfattede store virksomhed yde støtte til den lille eller mellemstore virksomhed.

Hertil kan forskelsbehandlingen anføres som værende sagligt begrundet ud fra hensynet om, at forpligtelserne efter CSDDD's bestemmelser er omfangsrige og dermed vil indebære brug af adskillige ressourcer for at opfylde, som ikke alle små eller mellemstore virksomheder nødvendigvis kan råde over eller har midlerne til at finansiere kravene.

På baggrund af ovenstående må en forskelsbehandling, hvor store virksomheder pålægges ved udbudsprocessen at opfylde CSDDD's forpligtelser, men SMV'er undtages, være sagligt begrundet ud fra CSDDD's anvendelsesområde samt hensynet til SMV'ers manglende ressourcer til at opfylde forpligtelsen.

9.4 Delkonklusion

Sammenfattende kan det konkluderes, at en ordregiver vil være udelukket fra at opstille betingelser til opfyldelse af CSDDD's forpligtelser i udbudsproceduren til SMV'er som følge af ligestillingsprincippet. Hertil ville disse krav kunne gøres gældende overfor SMV'er, såfremt kravene kunne begrundes med saglige hensyn. Imidlertid må det fastlægges, at det ville være uproportionalt, at opstille krav til tilbudsgivere, der ikke er omfattet af anvendelsesområde af CSDDD, at skulle opfylde direktivets forpligtelser. Dette vil gøre sig gældende uagtet, om det er de fulde forpligtelser, der pålægges SMV'er, eller om det blot er forpligtelserne i et mindre defineret omfang.

Derimod kan det konkluderes, at ligestillingsprincippet ikke ville være til hinder for udelukkende at pålægge store virksomheder at opfylde betingelserne i CSDDD i udbudsmaterialet, da en sådan forskelsbehandling sagligt kan begrundes i direktivets anvendelsesområde og præambelbetragtninger.

10. Udelukkelse ved manglende overholdelse af CSDDD

Det følgende afsnit vil analysere muligheden for at udelukke en tilbudsgiver eller ansøger, der ikke opfylder forpligtelserne efter CSDDD. Afsnittet vil belyse om udelukkelse af en tilbudsgiver eller ansøger kan ske ud fra CSDDD egne bestemmelser eller om udelukkelsen kan ske på baggrund af de allerede eksisterende udelukkelsesgrunde, enten obligatorisk eller frivillig.

Udbudsretten fastlægger klare regler for, hvornår en offentlig ordregiver er forpligtet til at udelukke en tilbudsgiver eller ansøger fra at deltage i et udbud. Reglerne om udelukkelse er fastsat for at sikre, at offentlige ordregivere indgår kontrakter med pålidelige og egnede virksomheder. Offentlige ordregivere har således en klar interesse i at undgå kontrakter med virksomheder, der har handlet ulovligt, er ved at gå konkurs eller har begået alvorlige fejl i tidligere kontrakter.

Formålet med reglerne om udelukkelse er at fremme udbudsdirektivets formål om effektiv konkurrence og at sikre, at offentlige midler bruges bedst muligt, jf. udbudsdirektivets art. 57.

Udbudsdirektivet sondrer mellem obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde. Obligatoriske udelukkelsesgrunde indebærer typisk en grov forseelse, typisk af strafferetlig karakter. I disse situationer vil en ordregiver være forpligtet til i alle situationer at udelukke den pågældende tilbudsgiver fra at deltage i udbuddet, jf. udbudsdirektivet art. 57, stk. 1. De frivillige udelukkelsesgrunde er ikke nødvendigvis af lige så grov karakter, men er fastsat for at sikre, at opgaven sker i overensstemmelse med ordregiverens interesser.[201] I disse situationer vil en ordregiver være forpligtet til at udelukke en tilbudsgiver, hvis de har valgt at opliste den pågældende udelukkelsesgrund.

[201] Risvig Hamer, s. 470

Udelukkelse af en tilbudsgiver er et indgribende middel, der kan have stor økonomisk betydning for tilbudsgiveren, da det fratager muligheden for deltagelse i udbud om store kontrakter. Proportionalitetsprincippet er derfor særlig relevant at have for øje ved udelukkelsesreglerne. Udbudsreglerne har adresseret denne problemstilling ved at indføre regler om self-cleaning. Self-cleaning giver tilbudsgivere mulighed for at genvinde deres pålidelighed og genindtræde i udbudsproceduren, selv efter at have ifaldet en udelukkelsesgrund.

Ifølge udbudsdirektivet art. 57, stk. 6, har tilbudsgivere mulighed for at dokumentere, at de har taget tilstrækkelige skridt til at rette op på tidligere overtrædelser. Self-cleaning indebærer således, at virksomheden aktivt adresserer de forhold, der har ført til deres udelukkelse fra udbudsprocessen, så de kan betragtes som pålidelige igen. Self-cleaning kan eksempelvis omfatte, at en virksomhed implementerer compliance-programmer, betaler erstatning, samarbejder med myndighederne, implementerer organisatoriske ændringer for at forhindre fremtidige overtrædelser, eller andre tiltag, der demonstrerer genvundet integritet.[202] Selvom undtagelserne for self-cleaning er relativt snævre, da udelukkelsesgrundene ofte involverer alvorlige overtrædelser, er formålet med self-cleaning at fremme størst mulig konkurrence i offentlige udbud. Dette sikrer, at tilbudsgiver eller ansøger har en fair chance for at deltage, hvilket kan føre til bedre og mere konkurrencedygtige offentlige kontrakter.[203]

10.1 Obligatoriske udelukkelsesgrunde

De obligatoriske udelukkelsesgrunde er reguleret i udbudsdirektivets art. 57, stk. 1. Disse udelukkelsesgrunde omfatter alvorlige forseelser såsom deltagelse i kriminelle organisationer, bestikkelse, svig, terrorhandlinger, hvidvaskning af penge, brug af børnearbejde og gæld til det offentlige. Formålet med disse udelukkelsesgrunde er at beskytte offentlige indkøb mod misbrug og sikre, at kontrakter ikke indgås med virksomheder, der har begået alvorlige lovovertrædelser.

I tilfælde hvor en tilbudsgiver er ifaldet en af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, er det op til medlemsstaterne at fastsætte en udelukkelsesperiode. I Danmark er det eksempelvis op til fem år efter dom, jf. udbudslovens § 138, stk. 6. Denne periode er afgørende for at sikre, at

[202] Ibid, s. 506
[203] Ibid, s. 503

virksomheder, der har begået alvorlige lovovertrædelser, ikke kan deltage i offentlige udbud i en betydelig tidsperiode, hvilket understøtter integriteten og troværdigheden af offentlige indkøbsprocesser.

10.2 Frivillige udelukkelsesgrunde

Frivillige udelukkelsesgrunde omfatter mindre alvorlige overtrædelser, som ordregivere selv kan vælge at inkludere i deres udbudsmateriale. Ved at indsætte nogle af disse udelukkelsesgrunde kan ordregivere beskytte deres interesser og sikre, at både etiske og forretningsmæssige hensyn også bliver taget i betragtning i deres udbud. Dette giver ordregivere fleksibilitet til at tilpasse udbuddet til deres behov og værdier, således at de ikke skal medtage et tilbud fra en tilbudsgiver eller ansøger, som eksempelvis har tilsidesat en miljøforpligtelse, hvis dette har betydning for kontrakten. Det er vigtigt at bemærke, at hvis ordregiveren vælger at angive en eller flere af udelukkelsesgrundene i udbudsbekendtgørelsen, er ordregiveren ligeledes forpligtet til at udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, der opfylder disse udelukkelsesgrunde.[204]

De frivillige udelukkelsesgrunde findes oplistet i udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, og kan omfatte tilsidesættelse af forpligtelser inden for miljø, social- eller det arbejdsretlige område, konkurs, alvorlige forsømmelser, konkurrenceretlige overtrædelser, væsentlig misligholdelse, påvirkning af ordregiverens beslutningsproces og gæld til det offentlige på under DKK 100.000.

De oplistede udelukkelsesgrunde er ifølge EU-Domstolen retspraksis udtømmende.[205] Det følger af *La Cascina*[206]*,* at de frivillige udelukkelsesgrunde i 2004-udbudsdirektivets art. 45, stk. 2, ikke giver mulighed for, at der kan fastsættes andre udelukkelsesgrunde end det anførte. Videre ses det også i Michaniki[207], at de frivillige udelukkelsesgrunde "[..] *betragtes som en udtømmende opregning af de grunde, der kan begrunde udelukkelse af en entreprenør fra deltagelse i en kontrakt af årsager, der er støttet på objektive faktorer vedrørende hans faglige kvalifikationer."*

[204] Risvig Hamer, s. 484
[205] C-226/04 - La Cascina, pr. 22, C-538/07 - Assitur, pr. 20, C-213/07 - Michaniki, pr. 43, C-74/09 - Bâtiments et Ponts Construction and WISAG Produktionsservice, pr. 43
[206] C-226/04, La Cascina, pr. 22
[207] C-213/07, Michaniki pr. 43

Ordregivere har mulighed for at anvende disse udelukkelsesgrunde baseret på en konkret vurdering af overtrædelsens relevans for den specifikke opgave, der skal udføres, hvorfor proportionalitetsprincippet spiller en vigtig rolle i anvendelsen af frivillige udelukkelsesgrunde.[208] Det er således op til ordregiveren selv at vælge hvilke(n) af de frivillige udelukkelsesgrunde, der ønskes i udbuddet. Der kan dog være politiske bevæggrunde såsom miljørelaterede eller CSR-hensyn, der skal overvejes i forbindelse med valget.

Når en tilbudsgiver er omfattet af en frivillig udelukkelsesgrund, er det medlemsstaternes ansvar at fastsætte varigheden af udelukkelsen. Modsat de obligatoriske udelukkelsesgrunde, har en virksomhed ikke fået dom for overtrædelse af de frivillige udelukkelsesgrunde. Dermed vil udelukkelsesperioden løbe fra tidspunktet for den relevante hændelse. EU-Domstolen præciserer yderligere, at tidspunktet starter, når der foreligger en myndighedsafgørelse for overtrædelsen, jf. *Vossloh Laeis*.[209] Eksempelvis har man i Danmark valgt, at der for frivillige udelukkelsesgrunde vil gælde en udelukkelsesperiode på tre år fra hændelsen eller myndighedsafgørelsen, medmindre ordregiver har angivet en mindre udelukkelsesperiode i udbudsbekendtgørelsen, jf. udbudsloven § 138, stk. 7. Hvis udelukkelsen derimod er baseret på andre forhold, der endnu ikke er afgjort ved dom, foretager ordregiveren en konkret vurdering af, om og hvor længe udelukkelsen skal vare. Det er vigtigt, at ordregiveren sikrer, at udelukkelsen er rimelig i forhold til overtrædelsens alvor og de øvrige omstændigheder i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.[210]

10.3 Udelukkelse efter CSDDD

Som der tidligere er redegjort for i afsnit 6, fastsætter CSDDD en række forpligtelser for virksomheder om, at de skal fremme bæredygtig og ansvarlig virksomhedspraksis gennem krav om, at virksomheder identificerer, forebygger, afbøder og redegør for negative indvirkninger på menneskerettigheder og miljø i deres egne aktiviteter, datterselskaber og værdikæder. Det centrale spørgsmål bliver herefter, om en tilbudsgiver eller ansøgers manglende overholdelse af forpligtelserne efter CSDDD kan resultere i udelukkelse fra et offentligt udbud under de nuværende obligatoriske eller frivillige udelukkelsesgrunde i udbudsdirektivet.

[208] Risvig Hamer, s. 483
[209] C-124/17 - Vossloh Laeis
[210] Risvig Hamer, s. 501

Det kan indledningsvis fastslås, at det ikke fremgår af direktivets bestemmelser, at manglende overholdelse af CSDDD's due diligence forpligtelser kan medføre udelukkelse. Der er således ikke direkte hjemmel i direktivet til at anvende det som udelukkelsesgrund.

Under lovgivningsprocessen blev det desuden behandlet forskelligt i de forskellige udkast til CSDDD. Parlamentets fremfører i deres anbefalinger,[211] at de nationale myndigheder har ansvaret for at håndhæve bestemmelserne. De kompetente nationale myndigheder kan: "[..] *midlertidigt eller permanent udelukke virksomheder fra at deltage i offentlige udbu*d [..]", jf. art. 18. Parlamentet mener derfor, at virksomheder, der ikke opfylder deres due diligence forpligtelser efter CSDDD, kan udelukkes fra offentlige indkøb enten midlertidigt eller permanent. Det er dog ikke alle, som er enige heri. Kommissionens forslag udelod imidlertid denne bestemmelse,[212] mens Rådets tilgang ikke indeholdt nogen henvisning til offentlige indkøb.[213]

Endvidere fremføres det i CSDDD præambelbetragtning 92, at *"Ordregivende myndigheder og ordregivende enheder kan udelukke, eller kan af medlemsstaterne blive anmodet om udelukke, en økonomisk aktør fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis de med ethvert passende middel kan påvise, at der er sket en tilsidesættelse af gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsretten, (...), og som er anført i nævnte direktiver (...)."* CSDDD opfordre herved til, at manglende iagttagelse af forpligtelserne i CSDDD kan medføre en udelukkelse af tilbudsgivere eller ansøgere fra at deltage i udbudsprocedurer, såfremt det af ordregiverne kan påvises, at en økonomisk aktør har tilsidesat sine forpligtelser.

Det skal efterfølgende vurderes, om manglende overholdelse af CSDDD kan klassificeres som en af de eksisterende udelukkelsesgrunde, hvilket kan resultere i udelukkelse af en tilbudsgiver eller ansøger.

10.3.1 Hjemmel i CSDDD

Som fremhævet ovenfor fremgår det af præambelbetragtning 92 i CSDDD, at ordregivende myndigheder kan blive anmodet om at udelukke en tilbudsgiver eller ansøger, såfremt en tilbudsgiver eller ansøger tilsidesætter forpligtelserne pålagt i henhold til CSDDD. Imidlertid

[211] Europa-Parlamentets anbefaling, s. 29
[212] Kommissionens forslag
[213] Rådets forslag

fremgår det ikke af en bestemmelse i CSDDD, men udspringer kun af en præambelbetragtning. Det er derfor nødvendigt at vurdere, hvorvidt en præambelbetragtning kan danne grundlag for at udelukke en tilbudsgiver eller ansøger i en udbudsprocedure.

Efter almindelige retskilderetlige principper har præambelbetragtninger ikke selvstændig bindende retskraft, men kan alene tjene som fortolkningsbidrag til forståelsen af de egentlige bestemmelser i retsakten.[214] Præambelbetragtninger kan således ikke i sig selv danne hjemmel for at indføre eller anvende udelukkelsesgrunde, som ikke har støtte i en egentlig bestemmelse i direktivet eller den nationale gennemførelseslov.

EU-Domstolen har ligeledes i sagen *Assitur Srl v Camera di Commercio* taget stilling til ovenstående problemstilling. I sagen havde Assistur anlagt sag med henvisning til, at den vindende tilbudsgiver skulle have været udelukket fra udbudsprocessen som følge af en national bestemmelse i den italienske civile retspleje.[215] EU-Domstolen fastslår i forbindelse med afgørelsen, at de i udbudsdirektivet oplistede udelukkelsesgrunde er udtømmende. Imidlertid tilføjer EU-Domstolen, at denne udtømmende opregning ikke er til hinder for, at medlemsstaterne kan fastsætte materielle bestemmelser, der har til formål at sikre, at princippet om ligebehandling og gennemsigtighed.[216]

Hjemlen til udelukkelse af tilbudsgivere og ansøgere i CSDDD præambelbetragtning forfølger derimod et hensyn til at beskytte miljø- og det sociale ansvar for virksomhederne, der er omfattet af direktivets anvendelsesområde. Det kan således fastslås, at udelukkelsesgrunden i CSDDD ikke er anvendt til at sikre principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. På baggrund heraf vil præambelbetragtningen ikke kunne anvendes som en selvstændig retskilde til at udgøre hjemlen en udelukkelse af en tilbudsgiver eller ansøger, jf. EU-Domstolen, *Assitur Srl v Camera di Commercio*, hvorved de i udbudsdirektivets udelukkelsesgrunde er udtømmende.

I sagen *Assitur Srl v Camera di Commercio* fastslog EU-Domstolen ligeledes, at den nationale, italienske, regel ville være i strid med EU-udbudsreglerne, da bestemmelsen ikke er egnet til

[214] Sørensen og Danielsen, s. 128
[215] C-538/07 - Assitur Srl v Camera di Commercio, pr. 13
[216] Ibid, pr. 21

at sikre formålet ligebehandling og gennemsigtighed samt fremfører, at bestemmelsen er uproportional.[217]

På baggrund af ovenstående må det således fastslås i henhold til *Assitur Srl v Camera di Commercio*, at præambelbetragtningen ikke kan danne grundlag for selvstændig hjemmel for at foretage udelukkelse af tilbudsgivere eller ansøgere for overtrædelse af forpligtelserne i CSDDD.

For at udelukkelse som anført i præambelbetragtning 92 til CSDDD kan tillægges retskildemæssig betydning kræves det således, at dette er hjemlet i en egentlig bestemmelse i direktivet eller i den nationale lovgivning.

CSDDD indeholder ingen bestemmelse, der hjemler udelukkelse som følge af manglende iagttagelse af forpligtelserne i CSDDD, hvorfor det er nødvendigt at vurdere, hvorvidt manglende iagttagelse af forpligtelserne i CSDDD kan omfattes af anvendelsesområdet i udbudsdirektivets eksisterende udtømmende liste over udelukkelsesgrunde.

10.3.2 Hjemmel i udbudsdirektivet

10.3.2.1 CSDDD som obligatoriske udelukkelsesgrund

Det skal indledningsvis undersøges om manglende overholdelse af CSDDD kan falde ind under en eksisterende obligatorisk udelukkelsesgrund, som altid ville medføre udelukkelse af en tilbudsgiver eller ansøger.

Der er oplistet seks udtømmende obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudsdirektivets art. 57, stk. 1. Det må dog afvises, at manglende efterlevelse af CSDDD's bestemmelser kan henføres til de udelukkelsesgrunde som angår strafferetlige forhold, såsom deltagelse i kriminelle organisationer, bestikkelse, svig, terrorhandlinger eller hvidvaskning, jf. art. 57, stk. 1 litra a-e, da dette ligger væsentligt uden for rammerne af CSDDD's materielle indhold og vil desuden være uproportionalt.

[217] C-538/07 - Assitur Srl v Camera di Commercio, pr. 29

Det kan overvejes om manglende overholdelse af CSDDD potentielt kan henføres under udbudsdirektivets art. 57, stk. 1, litra f, som omhandler udelukkelse på grund af brug af børnearbejde. CSDDD har til formål at forebygge negative indvirkninger i hele værdikæden, herunder kan det argumenteres, at dette omfatter brugen af børnearbejde. Hvis en tilbudsgiver eller ansøger undlader at afdække eller afhjælpe brugen af børnearbejde i sin værdikæde, kan dette danne grundlag for udelukkelse fra offentlige udbud. Det må dog pointeres, at det ikke er CSDDD's primære formål at sikre mod børnearbejde men derimod at lægge en generel due diligence forpligtelse, hvorfor det vil være uproportinonalt at fastsætte hele CSDDD som en obligatorisk udelukkelsesgrund herefter.

Manglende eller utilstrækkelig overholdelse af due diligence efter CSDDD vil derfor ikke medføre udelukkelse efter de obligatoriske udelukkelsesgrunde i art. 57, stk. 1, i direktivet, eftersom det ikke kan kategoriseres som strafbare handlinger og desuden vil være for vidtgående i forhold til det ønskede mål, hvorved der ville være uproportionalt.

10.3.2.2 CSDDD som frivilig udelukkelsesgrund

Det er relevant at undersøge, om manglende overholdelse af CSDDD kan fungere som en frivillig udelukkelsesgrund, som ordregivere kan tilvælge i udbudsmaterialet for at udelukke en tilbudsgiver eller ansøger. En af de mest relevante frivillige udelukkelsesgrunde i denne sammenhæng er tilsidesættelse af forpligtelser inden for miljø-, social- eller arbejdsret, jf. udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra a. CSDDD fokuserer på at sikre overholdelse af miljømæssige og sociale krav, hvilket gør det muligt at anvende denne grund som udelukkelsesgrund, hvis en tilbudsgiver eller ansøger ikke overholder direktivet.

Det er dog vigtigt at bemærke, at udelukkelse på grund af tilsidesættelse af miljø- og sociale krav kun kan ske, hvis overtrædelsen er væsentlig, eller der er tale om gentagne overtrædelser.[218] Dette skal desuden være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Mindre overtrædelser vil derfor ikke være omfattet af denne bestemmelse.

I henhold til ordlyden af CSDDD præambelbetragtning 92 fremgår det, at *"Ordregivende myndigheder og ordregivende enheder kan udelukke (...)"*. Ud fra en ordlydsfortolkning af sætningen og særligt anvendelsen af ordet "*kan*", indikerer det, at EU-lovgiver har til hensigt

[218] Risvig Hamer, s. 487

at indføre manglende overholdelse af forpligtelserne i CSDDD som en frivillig udelukkelsesgrund. Dette er baseret på, at ordet "*kan*" giver ordregiveren mulighed for at benytte tilsidesættelse af forpligtelserne som en udelukkelsesgrund, men det er ikke et krav at gøre det, som det ville være, hvis det havde været en obligatorisk udelukkelsesgrund.

Endvidere skal det fremhæves, at det af CSDDD præambelbetragtning 92 anføres, at *"(...) der er sket en tilsidesættelse af gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og arbejdsretten, herunder forpligtelser, der følger af visse internationale aftaler, som alle medlemsstater har ratificeret, og som er anført i nævnte direktiver (...)."* Ud fra en ordlydsfortolkning må EU-lovgivers anvendelse af ordet "*herunder*" indebære, at forpligtelserne oplistet i CSDDD's bestemmelser omfattes af de allerede gældende forpligtelser inden for miljø-, social- og miljøretten i henhold til art. 18, stk. 2 i udbudsdirektivet. På baggrund af denne ordlydsfortolkning må det således fastlægges, at manglende iagttagelse af forpligtelserne i CSDDD vil kunne anvendes som en frivillig udelukkelsesgrund i henhold til udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra a, i udbudsdirektivet, om tilsidesættelse af forpligtelser inden for miljø-, social- eller arbejdsret.

Bestemmelsen kræver, at der foreligger en kvalificeret misligholdelse, der har medført betydelige konsekvenser og resulteret i en sanktion såsom ophævelse. Det kan være relevant i forhold til manglende overholdelse af forpligtelserne i CSDDD, hvis en leverandør under kontraktens opfyldelse har været forpligtet til at udføre miljømæssig due diligence i henhold til CSDDD og groft har tilsidesat disse forpligtelser, eksempelvis ved systematisk at undlade risikovurdering eller afhjælpning i sin værdikæde.

Det må dog bemærkes hertil, at der er en betydelig bevisbyrde hos ordregiver, hvilket udgør en generel udfordring ved de frivillige udelukkelsesgrunde.[219] Det forudsættes, at ordregiver har tilstrækkelig dokumentation for både misligholdelsen og den afledte sanktion. Hertil besidder ordregivere ikke med sikkerhed det nødvendige kendskab til overtrædelser af klima- eller miljølovgivningen. Hertil må en lignende problemstilling i praksis formentlig også gøre sig gældende for manglende overholdelse af CSDDD's forpligtelser.

[219] Hamer & Nielsen m.fl., s. 134

Det skal hernæst overvejes om manglende overholdelse af CSDDD kan henføres under udelukkelsesgrunden i udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra g, hvorefter en ordregiver kan udelukke en tilbudsgiver, der "*væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrak*t". Udelukkelsesgrunden forudsætter, at misligholdelsen har medført den pågældende kontrakts ophævelse eller lignende sanktion,[220] og at det skal vurderes efter de almindelige obligationsretlige regler.[221] Et eksempel fra praksis som illustrerer dette findes i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. juli 2016, *B. Nygaard Sørensen A/S v. Bygningsstyrelsen*. I sagen havde virksomheden BNS standset arbejdet på en byggeplads, hvilket medførte ophævelse af entreprisekontrakten fra Bygningsstyrelsen. Klagenævnet fandt, at Bygningsstyrelsen havde påvist, at kontrakten var korrekt ophævet på grund af forhold, "s*om efter styrelsens skøn kan kvalificeres som væsentlig misligholdelse, og at styrelsen dermed har dokumenteret i tilstrækkeligt omfang, at udelukkelsesgrunden [...] er opfyldt".*

For at der foreligger en væsentlig misligholdelse af en tidligere kontrakt, skal det ud fra kendelsen altså vedrøre kontrakten. En tilsidesættelse af CSDDD vil ofte vedrøre mere strukturelle eller bagvedliggende forhold, eksempelvis utilstrækkelig risikohåndtering i leverandørkæden, og dette vil ikke nødvendigvis påvirker den konkrete kontraktudførelse i samme omfang som eksempelvis standset arbejde på en byggeplads, som var tilfælde i kendelsen. Det må derfor lægges til grund, at i de fleste tilfælde vil manglende overholdelse af CSDDD ikke have så væsentlig betydning, at det fører til kontraktens ophævelse eller anden sanktion, jf. ligeledes proportionalitetsprincippet.

Det anses derfor som højst usandsynligt, at overtrædelser af CSDDD generelt vil kunne bringes under denne bestemmelse.

Det kan ydermere overvejes, om alvorlige forsømmelser i erhvervsudøvelsen er relevante i denne sammenhæng. I udbudsdirektivet, art. 57, stk. 4, litra c, betragtes denne udelukkelsesgrund som frivillig.

Indledningsvis kan undersøges, hvad "alvorlige forsømmelser" i praksis indebærer. Udbudsdirektivet indeholder ikke en nærmere redegørelse for, hvad begrebet indebærer

[220] Risvig Hamer, s. 495
[221] Lovforslag til udbudsloven, s. 155

specifikt. Imidlertid kan den danske lovgivers forarbejder til den danske bestemmelse anvendes som illustration. Der er bl.a. anført, at bestemmelsen: "*er formuleret bredt, idet bestemmelsen kan angå mange forskellige situationer, som kan karakteriseres som forsømmelser*".[222] Der er således ikke en udtømmende liste, men mulighed for fortolkning i den pågældende sag. De nævner videre, at "*en alvorlig forsømmelse skal være begået i forbindelse med ansøgerens eller tilbudsgiverens udøvelse af virksomheden".*[223] Hertil påpeger de, at dette skal forstås bredt, og at det ikke alene er kvaliteten af opgaveudførelsen, men også andre former for forsømmelser. Den danske fortolkning af udbudsloven understøttes af EU-Domstolens fortolkning af udbudsdirektivet i EU-Domstolens afgørelse i *Forposta*[224]*,* hvor EU-Domstolen understreger, at begrebet "*enhver culpøs adfærd*" omfatter handlinger, der påvirker en operatørs faglige troværdighed.[225] Fortolkningen af udbudsloven kan derfor anvendes.

Det kunne her argumenteres for, at manglende overholdelse af miljømæssige eller sociale forpligtelser også ville kunne udgøre en alvorlig forsømmelse. Dette understøttes af udbudsdirektivets præambel 101, hvoraf det direkte fremgår, at "*Ordregivende myndigheder bør endvidere have mulighed for at udelukke økonomiske aktører, som har vist sig at være upålidelige, bl.a. som følge af overtrædelser af miljømæssige eller sociale forpligtelser"* (egne understregning).

Udover kravet om at forsømmelsen skal angå ansøgerens eller tilbudsgiverens erhverv, skal den pågældende forsømmelse også så tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet. Adfærden skal altså udgøre en vis grovhed, som kan rejse tvivl om den pågældendes integritet eller pålidelighed i en erhvervsmæssig sammenhæng, men hvis der har foreligget tidligere alvorlige forsømmelser ved en tilbudsgivers varetagelse af grønne hensyn vil dette kunne skabe mistillid, og potentielt udgøre en alvorlig forsømmelse som en frivillig udelukkelsesgrund efter art. 57, stk. 4, litra c.[226]

Det må derfor fastslås, at manglende overholdelse af CSDDD som udgangspunkt kan udgøre en alvorlig forsømmelse efter udbudsdirektivets 57, stk. 4, litra c, såfremt forsømmelsen sår tvivl om virksomhedens integritet.

[222] Lovforslag til udbudsloven, s. 154
[223] Ibid, s. 154
[224] C-465/11 - Forposta
[225] Ibid, pr. 27
[226] Hamer & Nielsen m.fl., s. 131

Selvom alvorlige forsømmelser skal forstås bredt, må det ikke være af bagatelagtig karakter, da dette ikke er omfattet af bestemmelsen og desuden ville stride imod proportionalitetsprincippet. Det skal hertil bemærkes, at selvom manglende overholdelse af CSDDD i princippet kan være omfattet af bestemmelsen som en alvorlig forsømmelse, jf. udbudsdirektivets præambel 101, må det vurderes at være usandsynligt, at det forekommer i praksis, idet det ikke kan anses at have den nødvendige grovhed, medmindre der foreligger væsentlig dokumentation for, at virksomheden groft har undladt at leve op til CSDDD's bestemmelser.

Det kan konkluderes, baseret på de ovenstående argumenter, at overtrædelse af CSDDD's bestemmelser kun undtagelsesvist vil kunne begrunde udelukkelse som alvorlig forsømmelse efter art. 57, stk. 4, litra c.

De øvrige frivillige udelukkelsesgrunde i udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra b, d, e, f og h vurderes mindre relevante i relation til manglende overholdelse af CSDDD, idet konkurs relaterer sig til virksomhedens økonomiske forhold og ikke due diligence forpligtelser. Ligeledes er CSDDD's materielle indhold heller ikke direkte relateret til hverken konkurrenceretlige overtrædelser, påvirkning af ordregiverens beslutningsproces, som angår manipulation og svig i udbudsproceduren, eller gæld til det offentlige på under DKK 100.000, som er en finansiel begrundelse for udelukkelse. Ingen af disse har umiddelbar relation til utilstrækkelig due dilligence i deres værdikæde.

10.4 Delkonklusion

Manglende overholdelse af CSDDD falder ikke under de oplistede obligatoriske udelukkelsesgrunde efter udbudsdirektivets art. 57, stk. 1, da de eksisterende grunde primært omhandler strafferetlige forhold, som ligger uden for CSDDD's materielle indhold. Manglende overholdelse af CSDDD kan imidlertid potentielt udgøre en alvorlig forsømmelse efter udbudsdirektivets art. 57, stk. 4, litra c, hvis det sår tvivl om virksomhedens integritet. Alvorlige forsømmelser skal dog være af en vis grovhed, hvilket gør det usandsynligt, at CSDDD vil opfylde denne betingelse og kan anvendes som frivillig udelukkelsesgrund efter denne bestemmelse.

Manglende overholdelse af CSDDD vil i stedet kunne anvendes som frivillig udelukkelsesgrund efter art. 57, stk. 4, litra a, ved tilsidesættelse af miljø-, social- eller arbejdsretlige forpligtelser, hvis overtrædelsen er væsentlig eller gentagen.

11. Retlige forudsætninger for implementering af CSDDD

Analysen har identificeret, at CSDDD kan inddrages i visse dele af udbudsprocessen. Dog udgør tilknytningskravet i dens nuværende form en begrænsning for at anvende forpligtelser efter CSDDD som tildelingskriterier og kontraktbetingelser. Dette afsnit vil derfor undersøge formålet med forbindelsen til kontraktens genstand og vurdere mulighederne for, om der kan ske en udvidelse af tilknytningskravet, samt undersøge de udfordringer en udvidelse vil medføre.

11.1 Kommissionens formål med kontraktens genstand

Kommissionen udgav i 2011 en "Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb", og denne forelå derfor omkring samtidig med reformen af 2014-udbudsdirektivet. Det er derfor relevant først at undersøge, hvad formålet med indførelsen af tilknytningskravet ifølge Kommissionen var. Grønbogen fremhæver indledningsvist udbudsrettens primære formål: "*at udnytte de offentlige midler mere effektivt",*[227] herunder fremhæver de, at dette skal ske med fokus på at skabe den stærkeste konkurrence om offentlige kontrakter på det indre marked.[228] Derudover nævner Kommissionen også, at der i denne omgang er øget fokus på at muliggøre bedre brug af offentlige indkøb til støtte for fælles samfundsmæssige mål, herunder miljøbeskyttelse og fremme social inddragelse.[229]

Grønbogen understreger tilknytningskravet som en essentiel betingelse i EU's regler for offentlige indkøb, der skal opfyldes, når andre politikker integreres i indkøbsprocessen.[230] Grønbogen påpeger desuden, at en opblødning af dette krav potentielt kan styrke offentlige myndigheders evne til at opfylde Europa 2020-målene ved at påvirke virksomhedernes metoder, uanset det indkøbte produkt eller tjenesteydelse.[231] Heri ligger således, at Kommissionen anerkender, at en udvidelse af tilknytningskravet vil medføre større mulighed

[227] Europa 2020 strategien, s. 5
[228] Ibid, s. 5
[229] Europa 2020 strategien, s. 6
[230] Hamer & Nielsen m.fl., s. 40
[231] Grønbog, s. 40.

for indkøb af miljø- og sociale krav. Dette vil åbne muligheden for indkøb efter forpligtelserne i CSDDD.

Grønbogen indikerer dog uagtet førnævnte, at tilknytningskravet er en nødvendig barriere. Den er omhyggeligt valgt i forhold til andre hensyn, blandt andet udbudsrettens principper som ligebehandling, gennemsigtighed mv., som er nødvendige for at sikre at udbudsreglernes primære mål, nemlig at etablere et indre marked for offentlige kontrakter med fair konkurrence, overholdes.[232] Ifølge grønbogen spiller tilknytningskravet en afgørende rolle i at sikre en effektiv anvendelse af offentlige midler ved at fastholde fokus på selve anskaffelsen i indkøbsprocesserne, som finansieres af skatteydernes penge. Ved at holde anskaffelsen i centrum garanteres det, at ordregivende myndigheder modtager de mest fordelagtige tilbud, hvilket understøtter en optimal udnyttelse af offentlige ressourcer.[233]

Kommissionen anser derfor tilknytningskravet, der er fastsat efter EU-Domstolens praksis, som en nødvendighed, idet den opretholder udbudsrettens primære formål og principper, uagtet at den måtte sætte en begrænsning for andre hensyn, herunder miljø- og sociale krav.

Tilknytningskravet bliver dog ofte anses som en begrænsning for miljø- og sociale krav,[234] da ordregivere uden dette i højere grad ville kunne lægge vægt på generelle forhold ved virksomhederne, og det skal derfor undersøges videre, om der kan ske en udvidelse af tilknytningskravet.

11.2 Udvidelse af kontraktens genstand

I analysen blev det fastlagt, at tilknytningskravet efter retspraksis indebærer, at et udbud skal have en specifik og tæt forbindelse til det produkt, den tjeneste eller det arbejde, der udbydes. Dette medfører således, at der ved et udbud, ikke må lægges vægt på generel virksomhedsadfærd. Tilknytningskravet fungerer derfor som et værn mod vilkårlighed og protektionisme og forsøger at opretholde de udbudsretlige principper om blandt andet ligebehandling og gennemsigtighed.

[232] Hamer & Nielsen m.fl., s. 40f
[233] Grønbog, s. 40.
[234] Hamer & Nielsen m.fl., s. 76

Analysen konkluderer endvidere, at CSDDD ikke opfylder kravet om forbindelse til kontraktens genstand, da CSDDD's due diligence forpligtelser ofte relaterer sig til virksomhedens generelle politikker og interne processer, hvilket ikke stemmer ikke overens med EU-Domstolens eller Kommissionens restriktive fortolkning af tilknytningskravet.

For at sikre en effektiv implementering af CSDDD kan det være nødvendigt at overveje en udvidelse af tilknytningskravet. Dette vil muliggøre en tilgang, hvor due diligence og grønne hensyn lettere kan integreres og vægtes i offentlige udbud.

EU-lovgiver har udtrykt et ønske om denne tilgang, særligt i forbindelse med reformen af udbudsdirektivet i 2014 og i en vejledning fra Kommissionen.[235] Her blev der lagt vægt på, at formålet med 2014-reformen, var at: "*gøre udbud mere fleksible ved at indføre forenklede procedurer og dermed lette SMV'ers adgang til offentlige kontrakter og fremme en mere strategisk anvendelse af offentlige udbud, så der kunne opnås bedre resultater med hensyn til samfundsmæssige og andre offentlige politiske mål*".[236] Altså, at udbudsreglerne udover et økonomisk perspektiv også skal rumme andre samfundsmæssige og politiske mål, som miljø- og sociale krav, som CSDDD også indeholder.

Trods Kommissionens tidligere ønske om at udvide tilknytningskravet for at tillade offentlige udbud muligheden for at forfølge offentlige politiske mål, valgte Kommissionen alligevel, som gennemgået ovenfor, at fastsætte en restriktiv fortolkning af tilknytningskravet. Den juridiske litteratur kritiserer imidlertid Kommissionens valg om en restriktiv fortolkning. I litteraturen argumenterer flere forfattere for, at der skal ske en udvidelse af tilknytningskravet for at kunne muliggøre brugen af eksempelvis grønne krav i offentlige udbud.

En udvidelse af tilknytningskravet kunne eksempelvis tillade, at visse aspekter af CSDDD, selvom de i et vist omfang angår virksomheders adfærd, stadig ville falde ind under et udvidet tilknytningskrav, så længe det stadig kan dokumenteres, at de har en direkte forbindelse til kontraktens genstand. Dette kunne eksempelvis være tilfældet, hvis due diligence forpligtelserne er knyttet til den specifikke produktion eller levering af de udbudte produkter

[235] Kommissionens vejledning om sociale hensyn i offentlige udbud, s. 20
[236] Den Europæiske Revisionsrets særberetning, s. 9

og dermed påvirker livscyklussen af disse produkter, selvom det reelt også angår virksomhedens generelle politikker.

Dette argumenterer Treviño-Lozano og Uysal også for i deres rapport,[237] hvor de fremhæver, at due diligence forpligtelser efter CSDDD godt kan indgå, så længe de til en vis grad er forbundet med kontraktens genstand. Der kan argumenteres for, at forpligtelserne efter CSDDD er forbundet med kontraktens genstand, fordi de angår livscyklussen på produkter. I rapporten argumenterer Treviño-Lozano og Uysal dog for, at det allerede kan forelægge under det nuværende tilknytningskrav.[238] Dette blev i deres analyse konkluderet ikke at være tilfældet, men det vil i stedet kunne argumenteres for, at det ville anses at være gældende, såfremt der skete en mindre udvidelse af kravet.

Forfatterne har dog forskellige fortolkninger til selve rækkevidden af kravet. Marta Andhov og Roberto Caranta argumenterer i deres SMART-rapport[239] for, at den nuværende fortolkning af tilknytningskravet gør det svært at stille krav til fx arbejdsforhold eller klimabelastning i hele værdikæden, hvis disse ikke direkte kan knyttes til selve kontraktens leverance.[240] Andhov foreslår i stedet at fjerne eller udvide tilknytningskravet for at tillade bæredygtighedsrelaterede krav, der ikke nødvendigvis har direkte produktrelateret tilknytning, fx krav om due diligence eller menneskerettigheder i leverandørkæden. Andhov fastslår desuden, ligesom Treviño-Lozano og Uysal, at produktionsprocesser og andre stadier i livscyklussen også kan være omfattet, forudsat at de relaterer til denne kerne.[241] Dog argumenterer Andhov, i modsætning til Treviño-Lozano og Uysals rapport,[242] at det ikke nødvendigvis behøver at have direkte forbindelse til kontrakten, og foreslår derfor at der skal foreligge en større udvidelse af tilknytningskravet end de andre. Andhov argumenterer også for, at man burde forlade tilknytningskravet som helhed. Andhov foreslår at erstatte tilknytningskravet med det mere præcise begreb "livscyklus",[243] som er klart defineret i art. 2(20) i direktivet og omfatter alle sammenhængende faser, herunder alt fra forskning og udvikling til bortskaffelse.

[237] Treviño-Lozano & Uysal, s. 564
[238] Ibidl, s. 564
[239] Andhov
[240] Ibid, s. 37
[241] Andhov, s. 38
[242] Treviño-Lozano & Uysal, s. 565f
[243] Andhov, s. 38

Det nuværende tilknytningskrav sikrer, at kun forhold med relevans for det specifikke indkøb inddrages. Andhov argumenterer imidlertid for, at også mere generelle forhold kan være relevante, hvis de tilfører værdi fra ordregiverens perspektiv. Ifølge hende bør det centrale kriterium være, om forholdet bidrager til at opfylde ordregiverens formål med indkøbet, snarere end om det direkte relaterer til produktets fysiske egenskaber.[244] Dette synspunkt hænger godt sammen med hensynene bag CSDDD, hvor fokus er på virksomhedens overordnede adfærd og ansvar fremfor kun den specifikke vare eller tjenesteydelse. For at offentlige udbud kan understøtte CSDDD's formål kan en livscyklustilgang som foreslået i Andhov muligvis tillade en mere fleksibel og målrettet anvendelse af sociale og miljømæssige kriterier efter CSDDD. Dette kræver dog en omhyggelig afvejning mellem forskellige hensyn, da en sådan model uden klare grænser kan svække retssikkerheden og skabe usikkerhed om, hvilke krav der lovligt kan stilles. Arrowsmith[245] er enig i at der skal tages hensyn til bredere miljømæssige konsekvenser vedrørende de leverancer, arbejder og tjenesteydelser, der leveres under kontrakten.[246] Hun fremhæver: *"that a coherent approach to implementing environmental objectives through procurement sometimes demands that authorities consider the overall environmental impact of a product across all stages of its life"*.[247] Hun argumenterer derfor for, ligesom Andhov, at horisontale krav, herunder sociale- og miljømæssige krav, ikke nødvendigvis skal være snævert knyttet til kontraktens genstand eller udførelse for at være lovlige. Ud fra dette må det fastlægges, at de taler for, at der skal ske en udvidelse af tilknytningskravet.

Også Rasmus Horskjær Nielsen adresserer rækkevidden af tilknytningskravet og dets indflydelse på grønne hensyn i udbudsreglerne. Han fremhæver, at udbud ikke længere er en ren indkøbsproces, men i stedet er blevet til et redskab, der kan imødekomme bredere samfundsmæssige behov.[248] I denne forbindelse vil der være behov for at skifte fra at fokusere på *hvad* der købes, som udbudsreglerne primært angår, og i stedet fokusere på *hvem* der kan købes fra.[249] Dette vil hænge godt sammen med forpligtelserne efter CSDDD, da det handler om virksomhedens ansvar i hele værdikæden, og derfor har et større fokus på, *hvem* der købes fra.

[244] Ibid, s. 37-38
[245] Arrowsmith, s. 173.
[246] Ibid, s. 164 og 173
[247] Ibid s. 173
[248] Nielsen, s. 487
[249] Nielsen, s. 488 og Hamer & Nielsen m.fl. s. 76

Han peger videre på, at for at opnå miljømæssige mål gennem udbudsreglerne kan det være nødvendigt at give ordregiverne større frihed til også at vægte virksomhedspolitikker. Han peger derfor i retning af, at der skal ske en udvidelse af tilknytningskravet for at opnå miljømæssige mål i praksis.

Rasmus Horskjær Nielsen understreger dog i denne forbindelse, at spørgsmålet om udvidelse af tilknytningskravet ikke blot er en juridisk udfordring, men også kræver en omfattende retspolitisk afvejning, idet han mener, at det kræver en udvidelse af de hjemmelsbestemmelser, som 2014-udbudsdirektivet bygger på. Udbudsdirektivet er baseret på TEUF's bestemmelser om fri bevægelighed.[250] For at kunne udvide tilknytningskravet inden for direktivets rammer, mener Horskjær Nielsen, at det er nødvendigt også at inddrage TEUF's miljøbestemmelser, herunder art. 11 og 191, som hjemmel.[251] Denne udvidelse ville give udbudsdirektivet hjemmel i både fri bevægelighed og miljø, og TEUF art. 151-161 en række bestemmelser vedrørende social og arbejdsmarkedspolitik kunne også overvejes at inddrages, hvilket ville betyde, at miljøkrav og sociale forpligtelser efter CSDDD kunne integreres i EU's politikker og deres gennemførelse. Det må dog overvejes, om der kan ske en udvidelse af tilknytningskravet, uden at der skal ske en udvidelse af udbudsdirektivets hjemmelsgrundlag. Ifølge Horskjær er det afgørende at opnå en balance mellem EU-rettens grundlæggende principper, såsom fri bevægelighed, ligebehandling og gennemsigtighed, og de samfundsmæssige mål, herunder miljø- og socialpolitiske ambitioner, som disse tiltag skal understøtte.[252] Det vil derfor, ifølge Horskjær, kunne lade sig gøre at udvide tilknytningskravet inden for direktivets nuværende hjemmel, så længe det stadig er i overensstemmelse med udbudsrettens principper.

Det fremhæves derfor i litteraturen,[253] at der i lyset af nyere domme som Dutch Coffee og EVN kan fortolkes en tendens mod en gradvis udvidelse af tilknytningskravet i EU's udbudsret. Disse afgørelser argumenterer han for antyder, at EU-Domstolen er villig til at acceptere, at visse sociale og miljømæssige klausuler kan være tilstrækkeligt forbundet med kontraktens genstand, eksempelvis når de vedrører produktionsmetoder eller leveringsforhold. Dette ses også ved, at hver gang at direktiverne bliver åbnet for fortolkning, er nye elementer blevet inddraget som acceptable kriterier i udbud. Der er særligt en forskel mellem 2004 og 2014

[250] TEUF art. 34-35 om fri bevægelighed for varer, art. 49 om etableringsfriheden og art. 56-57 om fri bevægelighed for tjenesteydelser.
[251] Nielsen, s. 488.
[252] Ibid, s. 489
[253] Martens, s. 11

direktivernes behandling af tilknytningskravet. Et nyere eksempel på denne udvikling er anerkendelsen af, at produktionsmetoder og erfaring er blevet anerkendt som forbundet med kontraktens genstand,[254] hvilket skaber bredere rammer for at stille krav til miljø og sociale krav. Denne tendens indikerer en bevægelse mod mere omfattende og fleksible rammer for, hvad der kan betragtes som en tilstrækkelig tilknytning.

Dog er det væsentligt at understrege, at en egentlig udvidelse af tilknytningskravet forudsætter en ajourføring af det bagvedliggende udbudsdirektiv. Uden en sådan ajourføring må det antages, at der er en naturlig begrænsning for, hvor langt medlemsstaterne og de ordregivende myndigheder kan gå for at indføre miljø- og sociale krav i udbudsprocessen i praksis. På nationalt niveau er der desuden kun begrænsede fortolkningsbidrag i forhold til at indføre miljø- og sociale krav i udbudsprocessen, særligt fra Klagenævnet for Udbud og fra konkurrencemyndigheder som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Dette betyder, at de retsdogmatiske rammer i høj grad må udledes af EU-retlig praksis, hvilket skaber en vis retsusikkerhed, særligt når myndigheder i praksis forsøger at udvide kriterierne og dermed risikerer at overskride den nuværende retsanvendelse. I praksis bliver det derfor et spørgsmål om at "prøve sig frem", hvor myndighederne tester grænserne og afventer juridisk vurdering, enten fra domstolene eller gennem EU-Domstolens håndhævelse af direktiverne.

Derudover er det værd at bemærke, at EU-Domstolen endnu ikke har haft lejlighed til at vurdere, hvordan det kommende CSDDD kan påvirke anvendelsen og fortolkningen af tilknytningskravet inden for udbudsretten. Dette skaber usikkerhed, i hvilket omfang den nye lovgivning kan påvirke de krav, der kan stilles til leverandører i en værdikæde, samt hvor tæt disse krav skal være forbundet med kontraktens genstand for at være i overensstemmelse med tilknytningskravet.

11.2.1 Udfordringer ved udvidelse

Af ovenstående kan udledes, at flere forfattere mener, at der skal ske en udvidelse af tilknytningskravet. De fleste har fokus på, at en udvidelse ville gøre det nemmere for ordregivere at stille miljø- og sociale krav i et udbud. Selvom det umiddelbart juridisk vil være muligt at udvide tilknytningskravet, er det vigtigt at overveje, hvor meget man kan udvide

[254] C-448/01 - EVN, pr. 33

tilknytningskravet, førend det medfører en udhuling af kravet, således at den mister sin effekt.[255]

Det kan indledningsvis fastlægges, at såfremt tilknytningskravet blev fjernet helt, ville ordregivere have mulighed for at fastsætte krav til tilbudsgiverne ud over den i kontrakten omhandlende genstand, herunder fremsætte generelle krav til virksomheden som leverandør.

Tilknytningskravet fungerer dog som sagt som et værn mod vilkårlighed og protektionisme og forsøger at opretholde de udbudsretlige principper. Ved en udvidelse af tilknytningskravet kan der være en iboende risiko for, at disse hensyn ikke vil iagttages på samme måde.[256] Særligt ligebehandlingsprincippet beskytter mod protektionisme, da medlemslandene kan have forskellige forståelser og prioriteter inden for miljø- og sociale hensyn, hvorfor tilknytningskravet sikrer, at nogle lande ikke favoriseres.[257]

Horskjær advarer også om, at lempelse af tilknytningskravet kan medføre protektionistiske tendenser, der kan underminere det konkurrenceprægede indre marked, der er udbudsrettens primære formål.[258] Han foreslår derfor udviklingen af fælles EU-løsninger, såsom standardiserede kontraktklausuler, der tillader inddragelse af generelle virksomhedspolitikker i specifikke situationer, hvor risikoen for favorisering er minimal.[259] Han bemærker, at sådanne løsninger muligvis kun er hensigtsmæssige på bestemte markeder, hvor virksomheder allerede er tilstrækkeligt omstillet til grøn produktion. En sådan tilgang kunne potentielt skabe et fundament for at integrere CSDDD forpligtelser i udbud på en afbalanceret måde, eksempelvis gennem kontraktvilkår eller tekniske specifikationer baseret på livscyklussen, hvor en vis tilknytning stadig kan opretholdes, og kravene er relevante for kontraktens genstand.

På den anden side kan Horskjærs forslag, om at generelle forhold hos virksomheder kun bør inddrages på bestemte markeder, være utilstrækkelig i forhold til CSDDD. Direktivet finder anvendelse for store virksomheder uanset branche og stiller krav om due diligence på tværs af hele værdikæden. En løsning, der begrænser disse hensyn til enkelte markeder, risikerer derfor at undergrave CSDDDs formål.

[255] Nielsen, s. 489
[256] Ibid, s. 490
[257] Hamer & Nielsen m.fl., s. 76
[258] Nielsen, s. 489
[259] Ibid, s. 489

En udvidelse af tilknytningskravet vil også medføre en række andre udfordringer. Tilknytningskravet er med til at skabe forudsigelighed, hvilket har særlig stor betydning for SMV'er. Uden tilknytningskravet kan det være svært for SMV'er at gennemskue, hvilke krav der stilles i et udbud, hvilket gør det vanskeligt for dem at forberede deres tilbud og tilpasse deres forretningspraksis. Dette kan i sidste ende afholde dem fra at deltage i udbudsprocessen. Ifølge Kommissionen har SMV'er ofte svært ved at opfylde de forskellige samfundshensyn i udbud, da de ofte mangler de nødvendige økonomiske såvel som administrative ressourcer til at tilpasse sig de varierende krav fra sag til sag.[260] Også Horskjær peger på denne problemstilling og argumenterer for, at det kan være uforholdsmæssigt byrdefuldt for SMV'er at opfylde generelle miljøstandarder eller sociale krav, såsom ansættelse af lærlinge eller personer med handicap.[261]

En udvidelse af tilknytningskravet kan derfor utilsigtet begrænse konkurrencen og ekskludere mindre aktører som SMV'er, da de kan få svært ved at opfylde generelle krav. En tilbudsgiver behøver efter det nuværende tilknytningskrav kun at tilpasse sig kravene til enten et specifikt udbud eller en type af udbud, uden at skulle omlægge hele deres produktion eller ændre deres forretningsmodel for at deltage i selv samme udbud.[262] I et udbudssystem, hvor generelle forhold inddrages bredere, vil store virksomheder med omfattende bæredygtigheds- og socialpolitik opnå en betydelig fordel og heri begrænse konkurrencen til kun at inkludere virksomheder som har omstillet deres produktion.[263] Dette kan begrænse konkurrencen og svække markedsadgangen for en bred vifte af virksomheder, hvilket strider mod udbudsrettens primære formål om effektiv konkurrence.

På den anden side kan det argumenteres, at SMV'er ville have mulighed for at udnytte ressourcerne mere effektivt ved en generel politik frem for specifikke krav fra ordregivere. Hvis ordregivere kunne stille generelle krav, ville SMV'er kunne opfylde et generelt krav, der kunne anvendes i flere udbudsprocesser, i stedet for at skulle opfylde nye specifikke krav for hvert udbud.[264]

[260] Grønbog, s. 41
[261] Nielsen, s. 490
[262] Hamer & Nielsen m.fl., s. 77
[263] Hamer & Nielsen m.fl., s. 77
[264] Semple, s. 11

Der bør dog skelnes mellem situationer, hvor der skal opfyldes mange forskellige ressourcekrævende krav ved forskellige udbud, og et generelt krav, der kan genanvendes. Hvis der kræves mange ressourcetunge betingelser, kan SMV'er være begrænset fra at deltage i visse udbud af økonomiske og personalemæssige årsager, som Kommissionen også påpeger. En fælles standard, der kan genanvendes, ville være lettere for SMV'er og kunne øge konkurrencen.

Kommissionens argument om at bevare tilknytningskravet for at sikre konkurrencen, kunne dermed anskues som begrænsende for SMV'er ved at gøre udbuddene specifikke og individuelt ressourcetunge som følge af tilknytningskravet i modsætning til én overordnet ressourcetung procedure, der ville opfylde betingelserne for flere udbudsprocedurer. Imidlertid er der endnu ikke oprettet en generel standard for tilbudsgivers generelle politik, hvorfor Kommissionens overvejelser må vægtes tungere for at beskytte konkurrencen, men det vil på sigt kunne fraviges ved en generel standard for virksomheders politik.

Kommissionen har også påpeget,[265] at tilknytningskravet i udbudsdirektivet fra 2014 sikrer, at kontraktens genstand forbliver det primære fokus, hvilket er afgørende for at sikre, at offentlige midler anvendes på det mest effektive og fordelagtige tilbud. Den ordregivende myndighed er forpligtet til at tildele kontrakten til det økonomisk mest fordelagtige tilbud, men har samtidig frihed til selv at definere, hvad dette indebærer.[266] Denne skønsmargin kan dog medføre problemer, hvis den ordregivende myndighed vælger at inddrage generelle forhold, som for eksempel virksomheders miljøpolitik, der ikke er direkte relateret til kontraktens genstand. Sådanne kriterier kan forvride konkurrencen og fjerne fokus fra den økonomiske vurdering. Det kan føre til situationer, hvor en virksomhed med en stærk grøn profil vinder, selvom en anden uden formel miljøpolitik, men med mere bæredygtige løsninger i praksis, kunne have leveret et bedre og billigere tilbud.

På den anden side kan det argumenteres, at ordregiverne naturligt vil undgå unødvendige krav og kun opstille dem, der tilføjer værdi til kontraktens genstand, uanset om de har en direkte forbindelse til tilknytningskravet.[267] Udbudsdirektivets formål er ikke kun at sikre konkurrencen og gennemsigtigheden, men også at opnå mest muligt for offentlige midler.

[265] Grønbog, s. 39
[266] Udbudsdirektivet art. 67, stk. 1 og 2
[267] Semple, s. 10

Derfor kan det antages, at ordregivere vil anvende krav, der er økonomisk fordelagtige, selvom de ikke opfylder tilknytningskravet.

Afsluttende skal det også bemærkes, at udbudsreglerne ikke er designet som et værktøj til at løse generelle politiske eller samfundsmæssige udfordringer, men at udbudsreglerne primært vedrører en økonomisk proces.[268] Forsøg på at løse disse bredere problemstillinger via udbud indebærer en risiko for, at reglerne anvendes til formål, de ikke er designet til at understøtte, hvilket kan true den retssikkerhed og forudsigelighed, der bør kendetegne udbudsprocessen.[269] Litteraturen fremhæver,[270] at udbudsreglerne ikke er det primære værktøj til at fremme miljø- og sociale hensyn. I stedet bør sådanne krav bør implementeres gennem specifik lovgivning, der har til formål at regulere virksomhedernes produktion og værdikæder mere direkte og systematisk.[271] CSDDD ser ud til at være et initiativ fra lovgiverne til at indføre reguleringer, der adresserer miljø- og sociale hensyn. Ved at inkludere henvisninger til udbudsreglerne og formulere disse reguleringer på en uklar måde, risikerer det at placere samfundsmæssige problemstillinger inden for udbudsrettens rammer, hvilket kan være uhensigtsmæssigt.

11.3 Delkonklusion

På trods af at der er udfordringer ved at udvide tilknytningskravet, tyder flere faktorer på, at en begrænset og afbalanceret udvidelse kan gennemføres uden at undergrave udbudsretlige principper. Treviño-Lozano og Uysal rapport fremhæver, at så længe kravene forbliver relevante og proportionale i forhold til den specifikke kontraktgenstand vil det være muligt med en udvidelse. Denne tilgang kan give spillerum for at integrere CSDDD i udbudskonteksten, hvor miljø- og sociale hensyn får større betydning. Ved at tillade en målrettet integration af virksomheders overordnede politikker i udvalgte situationer, ligesom Horskjær Nielsen argumenterer for, kan udbudsretten støtte CSDDD's mål uden at svække tilknytningskravet eller underminere grundlæggende udbudsretlige principper om gennemsigtighed, ligebehandling og fri bevægelighed.

[268] Nielsen, s. 489
[269] Hamer & Nielsen m.fl., s. 77
[270] Ibid, s. 77 og Nielsen s. 489
[271] Ibid, s. 77

12. Praktiske forudsætninger for implementering af CSDDD

Det følgende afsnit søger at klarlægge nogle af de praktiske udfordringer, der opstår ved implementeringen af CSDDD og forsøger at give et forslag til hvilke alternative løsninger, som ordregivere kan foretage for at imødekomme de praktiske udfordringer.

12.1 Større administrativ byrde

Implementering af CSDDD i udbudsbetingelserne vil medføre en betydelig stigning i den mængde af data, der skal behandles under de enkelte udbudsprocedurer. Denne ekstra datamængde, der skal bearbejdes, vil nødvendiggøre at ordregivere ansætter ekstra personale til at gennemgå materialet.[272] I forlængelse heraf skal det fremføres, at områderne for due diligence, herunder særligt CSDDD, fortsat udgør et ukendt regelsæt i praksis. Offentlige ordregivere vil derfor for øjeblikket mangle kapaciteten og de faglige kompetencer til at håndtere den øgede datamængde, der er nødvendig for at vurdere de modtagne tilbud. De vil derfor være nødsaget til enten at indhente personale, der har de nødvendige egenskaber til at håndtere området eller uddanne sine medarbejdere yderligere.[273]

Det må yderligere bemærkes, at et af formålene med udbudsdirektivet er at sikre, at offentlige midler bliver brugt på det mest fordelagtige og effektive tilbud. Imidlertid ville en gennemgang af samtlige data for at kontrollere virksomheders generelle politikker medføre en stor stigning af datamængden, som ordregivere skal gennemgå ved et udbud.

Kommissionen har tidligere forsøgt at effektivisere og forenkle udbudsprocessen for at spare på offentlige midler, hvilket blandt andet ses ved introduktionen af ESPD i 2015 og digitaliseringen af behandling i udbudsprocesserne.[274]

Implementeringen af CSDDD i udbudsprocessen vil således indebære en betydelig stigning i den administrative byrde for offentlige ordregivere, hvilket kræver betydelige ressourcer at håndtere. Implementeringen af CSDDD strider således med Kommissionens tidligere initiativer for at forenkle og spare i udbudsprocessen og mod udbudsdirektivets formål om at

[272] OECD, s. 45
[273] Ibid, s. 45
[274] Kommissionens pressemeddelelse

opnå mest muligt for offentlige midler, da den ekstra administrative byrde skal indregnes som en pris i udbuddet.

12.2 Øget vedståelsesfrister

En anden negativ effekt, som implementeringen af CSDDD vil medføre, er, at den øgede mængde af data, som ordregivere ville være pålagt at gennemgå for at fastlægge, om tilbudsgivere opfylder betingelserne i henhold til CSDDD, vil medføre en tilsvarende øget tid for ordregivere til at bearbejde de tilsendte materialer. En sådan ekstra arbejdshåndtering kan således risikere at danne en konflikt med vedståelsesfristerne for tilbudsgiverne.

Udbudsdirektivet regulerer imidlertid ikke vedståelsesfristerne for tilbudsgivere, men overlader derimod denne vurdering til medlemsstaterne at fastsætte. Hertil vil det være op til de enkelte ordregivere inden for rammerne af den nationale lovgivning, hvorvidt de som følge af den forøgede administrative byrde vil være i stand til at overholde vedståelsesfristerne eller disse skal forlænges i forhold til den sædvanlige standard.

Den ekstra administrative byrde kan formentlig rummes ved anvendelse af begrænset udbud, udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog eller lignende udbudsprocedurer, hvor det er muligt at foretage prækvalifikation af tilbudsgiverne. Prækvalifikationen ville indebære, at ordregiver ville have muligheden for at begrænse antallet af tilbud, hvorfor der ville være en mindre forøgelse af den administrative byrde.

I forlængelse heraf kan det påpeges, at udbudsdirektivet art. 65, stk. 2, fastsætter, at ordregiver ved begrænset udbud som minimum skal anmode 5 deltagere om at afgive tilbud, som er nok til at sikre reel konkurrence. Ordregivere kan således opnå incitament til udelukkende at anmode færrest muligt deltagere om at afgive tilbud for at mindske den administrative byrde for at sikre overholdelse af vedståelsesfristerne. Herved vil en implementering af CSDDD kunne indebære en indirekte begrænsning af konkurrencen.

Endvidere vil dette indebære, at en ordregiver vil fravælge at anvende offentlige udbud eller projektkonkurrencer, hvor det ikke er muligt at prækvalificere virksomhederne inden afgivelse af tilbud, da ordregiver i disse udbudsprocedurer ikke vil have kapaciteten til at overholde eventuelle vedståelsesfrister som følge af den administrative byrde.

Det ses således sammenfattende, at implementeringen af CSDDD i udbudsprocessen indirekte kan begrænse konkurrencen, da ordregivere for at imødekomme vedståelsesfrister, kan have et ønske om at begrænse mængden af tilbudsgivere, samt helt at fravælge anvendelsen af offentlige udbud, da den administrative byrde kunne risikere at blive for overvældende.

12.3 Objektivitet og kontrol

CSDDD er opbygget omkring adskillige principbaserede forpligtelser. CSDDD fastlægger, at virksomhederne skal foretage risikobaseret due-diligence, jf. art. 5, hvortil der skal foretages passende foranstaltninger for at identificere faktiske og potentielle negative indvirkninger, jf. art. 8, som skal forebygges eller standses, jf. art. 10 og 11.

CSDDD fastsætter således dens forpligtelser i henhold til principper, men fastsætter ikke detaljeret rammerne for, hvordan disse principper skal overholdes. Dette overlades i stedet til virksomhederne at vurdere, så længe de kan dokumentere at have foretaget passende foranstaltninger, jf. art. 8.

Udbudsdirektivets art. 67, stk. 4, fastslår, at tildelingskriterier ikke må give den ordregivende myndighed ubegrænset valgfrihed. Dette er i tråd med gennemsigtighedsprincippet, som kræver, at det klart fremgår af tildelingskriterierne, hvilke faktorer der vægtes.

EU-Domstolen fastslog i sagen *SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo*, at ordregiver kan tillades et skøn ved tildelingen, så længe skønnet er objektivt, gennemsigtigt og sikre ligebehandlingsprincippet.[275]

Ordregivere har således ret til at overlade et skøn ved vurdering af tildeling af tilbudsgivernes opfyldelse af udbudsbetingelserne, jf. *SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo*. Imidlertid opstår problematikken ved principbaserede forpligtelser, da ordregiver kan have svært ved at fastlægge rammerne for, hvordan tilbudsgivere skal opfylde betingelserne i CSDDD uden at overlade et fuldt skøn til ordregiver om, hvorvidt disse forpligtelserne er opfyldt korrekt.

[275] C-19/00, SIAC Construction, pr. 41, 43 og 44

Ordregivere kan således være nødsaget på forhånd i udbudsmaterialet nærmere specifikt at definere, hvad en opfyldelse af forpligtelserne efter CSDDD indebærer, for at sikre en objektiv og gennemsigtig vurdering. De principbaserede forpligtelser gør det også svært for ordregiver at kontrollere, om forpligtelserne er opfyldt, medmindre disse er klart defineret på forhånd i udbudsmaterialet af ordregiver. I forlængelse heraf kan ordregivere have vanskeligheder med at kontrollere tilbudsgiveres angivelser som dokumentation for opfyldelsen af forpligtelserne, da disse kan vedrøre interne forhold i en koncern, der ikke nødvendigvis er lokaliseret i samme medlemsstat, som ordregiver. En sådan manglende mulighed for kontrol af ordregivere kan dermed risikere at indebære en greenwashing af virksomhederne, hvis angivelser i deres due-diligence rapport ikke i sit fulde omfang vil kunne kontrolleres af ordregiver.

12.4 Alternative løsninger

En løsning for at modvirke den administrative byrde for ordregivere kunne være at udforme en selvdeklaration, som tilbudsgivere kan udfylde om, at de bekræfter at have opfyldt betingelserne i CSDDD. Herved vil ordregiver sikre sig, at tilbudsgivere vedstår at have opfyldt sine betingelser og mindsker datamængden, som ordregiver skal gennemgå for at kontrollere, hvorvidt tilbudsgiver har opfyldt betingelserne.

Hertil kunne ordregiver foretage enkelte stikprøver af fuld kontrol for at sikre overholdelsen, foretage fuld kontrol af den vindende tilbudsgiver efter beslutning om tildeling eller lægge selvdeklarationen til grund for overholdelsen.

Alternativt ville en anerkendt mærkningsordning som dokumentation for opfyldelse af CSDDD som reguleret ved udbudsdirektivets art. 43. En mærkningsordning kunne anvendes til at fratage offentlige ordregivere den øgede administrative byrde, da der ikke ville være en nødvendighed af at skulle kontrollere tilbudsgiveres overholdelse, da dette allerede er foretaget for at modtage mærket. Gennem en mærkeordning vil ordregivere også kunne imødegå at opstille objektive krav, da mærket således er baseret på disse standarder, som kontrolleres af den organisation, der udsteder mærket. Imidlertid ville et sådant mærke tage tid at opstille og få anerkendt i branchen, hvorfor ordregiver forventeligt må anbefales at anvende metoden om deklaration og stikprøver.

12.5 Delkonklusion

Ud fra ovenstående betragtninger kan det fastlægges, at implementeringen af CSDDD i udbudsprocessen kan forvolde adskillige problematikker i praksis. Dette vil medføre en stor øgning i den administrative byrde, der kan påvirke ordregivers mulighed for at gennemføre sagsbehandlingerne inden for vedståelsesperioden.

Derudover medfører CSDDD's principbaserede forpligtelser udfordringer i forbindelse med udbudsrettens generelle krav om objektivitet, da principperne ikke er nærmere defineret, hvorfor dette skøn overlades alene til ordregiver. De principbaserede forpligtelser er desuden besværlige for ordregiver at kontrollere og kan derfor i værste tilfælde medvirke til greenwashing af visse virksomheder.

En mulig løsning vil hertil være en internationalt anerkendt mærkeordning, der kan garantere virksomheders overholdelse af forpligtelserne i CSDDD. Imidlertid vil en sådan tage lang tid at få stiftet og anerkendt, hvorfor ordregivere for at imødekomme ovenstående bekymringer kan det være nødvendigt at anvende deklarationer fra tilbudsgivere og foretage endelige stikprøver.

13. Konklusion

Specialet har haft til formål at undersøge, hvordan CSDDD kan implementeres i udbudsretten efter den gældende retsstilling, samt hvilken retlig betydning implementeringen vil medføre.

Indledningsvist fastslår specialet, at ordregiverne efter udbudsretten er underlagt et tilknytningskrav, som er forankret i udbudsdirektivets art. 67. Dette krav fungerer som et værn mod vilkårlighed og protektionisme og søger at opretholde de udbudsretlige principper. Tilknytningskravet begrænser dog anvendelsen af miljø- og sociale krav i udbud, jf. EU-Domstolens retspraksis. Udbudsdirektivets negative begrænsning kræver, at der foreligger en forbindelse til kontraktens genstand. Imidlertid regulerer CSDDD generelle interne politikker for virksomheder i deres leverandørkæde, hvilket begrænser anvendelsen af CSDDD i udbudsretten, da krav til virksomheders generelle politikker ikke er forbundet med kontraktens genstand, jf. *EVN*.

Specialet undersøger dernæst, om CSDDD alligevel kan anses for at være forbundet med kontraktens genstand i lyset af udviklingen i retspraksis. Tildelingskriterier, som angår miljø, er blevet anerkendt som forbundet med kontraktens genstand, jf. Concordia. Dette blev videre fortolket til også at gælde produktion eller levering af visse produkter, jf. EVN og Dutch Coffee. Det overvejes derfor, om tildelingskriterier efter CSDDD kan falde ind under kravet, fordi det vil være en del af livscyklussen på det indkøbte produkt. Selvom visse forpligtelser efter CSDDD kan organiseres på en måde, så de direkte vedrører produktionen eller leveringen af udbudte produkter, konkluderer analysen dog, at EU-Domstolens tidligere praksis indikerer, at forpligtelser efter CSDDD vil være for vidtgående og brede og dermed ikke have den nødvendige forbindelse til kontraktens genstand.

Specialet har efterfølgende undersøgt, hvilke dele af udbudsprocessen CSDDD ville kunne opstilles som krav til ansøgere og tilbudsgivere. Det konkluderes, at CSDDD har udbudsretlig hjemmel til at kunne opstilles som hhv. mindstekrav, udvælgelseskriterier, tildelingskriterier og kontraktbetingelser, såfremt de opstillede krav er udformet på et objektivt grundlag, som let kan gennemskues af mulige ansøgere og tilbudsgivere. Gennem analysen må det imidlertid konkluderes, at en anvendelse af CSDDD som mindstekrav eller som udvælgelseskriterium ville indebære en uproportional begrænsning af konkurrencen for ansøgerne. CSDDD, der udelukkende omfatter store virksomheder af en vis størrelse, kræver et vist niveau af ressource i virksomheden for at sikre opfyldelse af forpligtelserne. Det konkluderes dermed i analysen, at konkurrencen ville begrænses unødvendigt i forhold til formålet med CSDDD's gennemførelse, da de ressourcetunge processer ved mindstekrav og udvælgelseskriterium vil indebære en egentlig udelukkelse af SMV'er fra at deltage i udbuddet.

Analysen konkluderer dog, at CSDDD kan opstilles som kontraktbetingelser og tildelingskriterier i forbindelse med et udbud, da der er direkte hjemmel i CSDDD. Derudover findes også en anvendelse af CSDDD's forpligtelser som tildelingskriterier og kontraktbetingelser for værende proportionalt. I modsætning til mindstekrav og udvælgelseskriterier, vil det som tildelingskriterium og kontraktbetingelse ikke indebære en udelukkelse af tilbudsgivere fra at deltage i udbuddet, da det vil udgøre et konkurrenceparameter, hvorfor anvendelsen er proportional.

Specialet har desuden undersøgt, hvilke aktører forpligtelserne i CSDDD kan pålægges. Det konkluderes, at en generel anvendelse af CSDDD's forpligtelser for samtlige tilbudsgivere vil

være uproportionalt særligt ud fra hensynet til SMV'er. En sådan anvendelse ville ikke kunne saglig begrundes, da det ville stride imod udbudsdirektivets formål om at sikre konkurrencen.

Ligeledes ville en anvendelse af CSDDD i differentieret omfang ud fra tilbudsgivers virksomhedsprofil ligeledes være uproportional. Et forsøg på at imødekomme ligestillingen ved at differentiere kravene, og tilpasse kravene i forhold til virksomhedsprofilen, ville imidlertid medføre, at SMV'er skal opfylde forpligtelserne efter CSDDD, som de efter direktivet ikke pålægges. Hermed ville det være uproportionalt i forhold til at opnå målet med CSDDD's formål.

Det er derimod sagligt begrundet kun at pålægge tilbudsgivere, der udgør store virksomheder, som er omfattet af CSDDD, at opfylde forpligtelserne ved et udbud, mens SMV'er undtages. En sådan forskelsbehandling kan sagligt begrundes ud fra CSDDD's anvendelsesområde, hvilket gør, at en fravigelse på ligebehandlingsprincippet ikke ville stride imod udbudsretten.

Specialet har videre undersøgt, om manglende overholdelse af CSDDD kan indebære udelukkelse fra at deltage i et udbud. Indledningsvist fastslås det, at der ikke er direkte hjemmel i CSDDD til at anvende manglende overholdelse af CSDDD's forpligtelser som udelukkelsesgrund. Kommissionen opfordrer dog til, at det kan medføre udelukkelse, og specialet undersøger derfor, om der kan ske en udelukkelse efter en af de eksisterende udelukkelsesgrunde i direktivet.

Specialet konkluderer, at manglende overholdelse af CSDDD ikke falder under de obligatoriske udelukkelsesgrunde, da disse ligger uden for CSDDD's materielle indhold. Derimod findes det, at manglende overholdelse af CSDDD kan udgøre en frivillig udelukkelsesgrund art. 57, stk. 4, litra a. Bestemmelsen angår udelukkelse af tilsidesættelse af miljø-, social- eller arbejdsretlige forpligtelser, og giver ordregivere mulighed for at udelukke virksomheder, der ikke lever op til de forpligtelser, som CSDDD foreskriver. Det kræver dog en betydelig bevisbyrde for ordregiver, da de skal dokumentere overtrædelsen, og der skal desuden være tale om væsentlige eller gentagne overtrædelser, som har en vis betydning. Derudover har specialet også overvejet, om manglende overholdelse af CSDDD kan anses som en alvorlig forsømmelse, hvis det sår tvivl om virksomhedens integritet. Alvorlige forsømmelser skal dog være af en vis grovhed, hvilket gør det usandsynligt, at CSDDD vil opfylde denne betingelse ud fra dens materielle indhold.

For at sikre en effektiv implementering af CSDDD, har specialet undersøgt, om der kan ske en udvidelse af tilknytningskravet. Diskussionen fremhæver, at tilknytningskravet fungerer som et værn mod vilkårlighed og protektionisme, men begrænser også ordregivernes mulighed for at vægte generelle virksomhedspolitikker. Hvis tilknytningskravet udvides, vil det muliggøre en tilgang, hvor forpligtelser efter CSDDD om miljø- og sociale krav lettere kan anvendes og vægtes i offentlige udbud. Den juridiske litteratur har imidlertid forskellige holdninger til, hvor vidt kravet skal og kan udstrækkes.

Specialet diskussion anerkender dog, at en udvidelse, der fjerner effekten af tilknytningskravet, kan skabe juridiske og retspolitiske udfordringer, herunder risikoen for at underminere udbudsrettens principper om ligebehandling og gennemsigtighed. En udvidelse af kravet kan derfor medføre protektionistiske tendenser og begrænse konkurrencen, især for SMV'er, som kan have svært ved at opfylde generelle krav.

På trods af disse udfordringer konkluderer specialet, at en begrænset udvidelse af tilknytningskravet kan gennemføres uden at undergrave de udbudsretlige principper. Ved at anvende virksomheders overordnede politikker i udvalgte situationer kan udbudsretten støtte CSDDD's mål uden at svække tilknytningskravet eller underminere grundlæggende udbudsretlige principper.

For at vurdere CSDDD's reelle effekt i praksis undersøges det også i specialet, hvilke praktiske udfordringer implementeringen medfører. Implementeringen af CSDDD i udbudsprocessen præsenterer betydelige udfordringer, der kan påvirke effektiviteten og objektiviteten af offentlige udbud. Den øgede administrative byrde, som følge af den omfattende datamængde, kan presse ordregivere til at ansætte ekstra personale eller uddanne eksisterende medarbejdere, hvilket strider mod Kommissionens tidligere initiativer mod at forenkle udbudsprocessen. Desuden kan den forlængede tid til databehandling skabe konflikter med vedståelsesfristerne, hvilket kan begrænse konkurrencen ved at reducere antallet af tilbudsgivere.

De principbaserede forpligtelser i CSDDD gør det vanskeligt for ordregivere at sikre objektivitet og kontrol, hvilket kan føre til greenwashing, hvis virksomhedernes angivelser ikke kan verificeres fuldt ud. For at afhjælpe disse udfordringer kan ordregivere overveje at anvende selvdeklarationer og stikprøver som midlertidige løsninger, indtil en internationalt anerkendt

mærkeordning kan etableres. Selvom en mærkeordning vil tage tid at udvikle, kan den potentielt reducere den administrative byrde og sikre objektive krav, hvilket vil være afgørende for at opretholde integriteten og effektiviteten af udbudsprocessen.

Det kan afsluttende konkluderes, at såfremt der skal ske en egentlig implementering af CSDDD i udbudsdirektivet, vil det kræve en ændring af udbudsdirektivet. EU-Domstolen har endnu ikke haft mulighed for at tage stilling til spørgsmålet om CSDDD's indflydelse på udbudsdirektivet, hvorfor en endelig fastlæggelse af CSDDD's omfang vil afhænge af EU-Domstolens fortolkning eller lovgivers ajourføring af udbudsdirektivet.

14. Litteraturliste

14.1 Lovgivning

Traktat om Den Europæiske Union (konsolideret udgave), 2016/C 202/1, EFT af 7.6.2016. Benævnt: **TEU**.

Traktat om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (konsolideret udgave) 2016/C 202/1, EFT af 7.6.2016. Benævnt **TEUF**.

Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og ophævelse af direktiv 2004/18/EF, L 94/65. Benævnt: **Udbudsdirektivet.**

Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, L 134/114. Benævnt: **2004-udbudsdirektivet**.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2024/1760/EU af 13. marts 2024 om due diligence i forbindelse med bæredygtighed og om ændring af direktiv (EU) 2019/1937 og forordning (EU) 2023/2859, EUT L 236/21. Benævnt: **CSDDD.**

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2022/2464 om virksomheders bæredygtighedsrapportering. Benævnt: **CSRD**.

Lov nr. 1564 af 15/12/2015, Udbudsloven. Benævnt: **Udbudsloven**.

14.1.1 Forarbejder

Europa-Kommissionen, ”Kommissionens fortolkningsmeddelelse om fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter og mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i disse kontrakter”, KOM(2001) 566 endelig. (Benævnt: **Kommissionens fortolkningsmeddelelse fra 2001**)

Lovforslag L 19 »Forslag til udbudsloven« fremsat i Folketinget 7. oktober 2015. Benævnt: **Lovforslag til udbudsloven.**

14.2 Retspraksis

14.2.1 EU-Domstolen og Generaladvokats forslag til afgørelser

C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH mod Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, EU:C:1970:114

C-19/00, SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo, EU:C:2001:553

C-21/03 og C-34/03 (Forenede sager), Fabricom SA mod Belgien, EU:C:2005:127.

C-23/20, Simonsen & Weel, EU:C:2021:490

C-31/87, Beentjes, EU:C:1988:422.

C-41/18, Meca Srl mod Comune di Napoli, EU:C:2019:507

C-74/09, Bâtiments og Ponts Construction og WISAG Produktionsservice, EU:C:2010:431

C-87/94, Kommissionen mod Belgien, EU:C:1996:161.

C-124/17, Vossloh Laeis, EU:C:2018:855

C-213/07, Michaniki AE mod Ethniko Simvoulio Radiotileorasis og Ypourgos Epikratias, EU:C:2008:731.

C-226/04 La Cascina, EU:C:2006:94

C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, EU:C:2001:70

C-243/89, Kommissionen mod Danmark, EU:C:1993:257.

C-267/18, Delta Antrepriză de Construcţii şi Montaj 93 SA mod Compania Naţională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, EU:C:2019:869.

C-331/04, ATI EAC, EU:C:2005:718

C-368/10, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene (Dutch Coffee), EU:C:2012:284

C-376/08, Serrantoni og Consorzio stabile edili, EU:C:2009:808

C-395/18, Tim SpA - Direzione e coordinamento Vivendi SA mod Consip SpA og Ministero dell'Economia e delle Finanze, EU:C:2020:58

C-425/14, Impresa Edilux Srl., EU:C:2015:721

C-448/01, EVN AG and Wienstrom GmbH, EU:C:2003:651.

C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich, EU:C:2008:351.

C-465/11, Forposta SA og ABC Direct Contact sp. z o.o. mod Poczta Polska SA, EU:C:2012:801.

C-470/99, Universale-Bau AG, EU:C:2002:746

C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, EU:C:2004:236.

C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab mod Helsingin kaupunki og HKL-Bussiliikenne, EU:C:2002:495.

C-538/07, Assitur, EU:C:2009:317

C-538/13, eVigilo, EU:C:2015:166

C-601/13, Ambisig, EU:C:2015:204

C-810/79, Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, EU:C:1980:228.

Generaladvokat J. Kokotts forslag til afgørelse i sag C-368/10, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene (Dutch Coffee), EU:C:2012:284

14.2.2 Kendelser fra Klagenævnet for Udbud

Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. juli 2018

Dafolo A/S mod Kombit A/S, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. august 2003

Dansk Byggeri mod Region Hovedstaden, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. august 2016,

Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. februar 2015

Formpipe Software A/S mod Greve Kommune m.fl., Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. juli 2020,

Indra Navia AS mod Navia, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. april 2019.

Kongsvang Rengøringsservice A/S mod Vejen Kommune, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 15. januar 2013

Mediq Danmark A/S mod Sydjysk Kommuneindkøb v/ Billund Kommune, Varde Kommune og Vejen Kommune, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. april 2019.

Motus A/S mod den danske stat v/ Moderniseringsstyrelsen, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. juli 2016.

Staples Denmark ApS mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. september 2015.

Struensee & Co. I/S mod Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. august 2016.

Sunrise Medical ApS mod Fællesudbud Sjælland, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 31. oktober 2024.

UCplus A/S mod Esbjerg Kommune, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 28. juli 2016.

Uniqsoft 1998 ApS mod Odense Kommune, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. maj 2020.

14.3 Litteratur

14.3.1 Bøger

Blume, P. (2020), *Retssystemet og Juridisk Metode*, 4. udgave 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag. Benævnt: **Blume**.

Hamer, C. R. (2021), *Udbudsret*, 2. udgave, Djøf Forlag. Benævnt: **Risvig Hamer**.

Hamer, C. R., & Nielsen, R. H. (2024), *Grønne offentlige indkøb,* (1. udg.), Djøf Forlag. Benævnt: **Hamer & Nielsen m.fl.**

Hamer, C. R. & Schaumburg-Müller, S. (red.) (2020), *Juraens verden – Metoder, retskilder og discipliner,* 1. udgave, Djøf Forlag. Benævnt: **Hamer & Schaumburg-Müller**

Nielsen, L., Mouyal, L. W. & Pristed, F. (2024), *Bæredygtighedsret*, 2. udgave, Djøf Forlag. Benævnt: **L. Nielsen m.fl.**

Nielsen, R. H. (2022), *Konkurrencen om den offentlige kontrakt,* 1. udgave, Djøf Forlag. Benævnt: **Nielsen**.

Olesen, K. N. (2023), *Ret på tværs – mellem retsdogmatik og andre metoder*, 1. udgave, Djøf Forlag. Benævnt: **Olesen**.

Poulsen, S. T., Steinicke, M., Nielsen, A. B. & Sommer, A. B. (2022), *EU Udbudsretten*, 4. udgave, Djøf Forlag. Benævnt: **Poulsen m.fl.**

Semple, Abby og Cook, Mark, A Practical guide to public procurement, 1. udgave, Oxford University Press Incorporated, 2015. Benævnt: **Semple bog.**

Sørensen, K. E., Danielsen, J. H. (2025). *EU-retten*. 9. udgave, 1. oplag, Djøf Forlag. Benævnt: **Sørensen og Danielsen**.

14.3.2 Artikler

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. Tilgængelig på: https://journals.aau.dk/index.php/NJCL/article/view/1982 (link sidst aktiveret den 29. maj 2025). Benævnt: **Andrecka.**

Arrowsmith, Sue, "Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies: s critical review", i Social and Environmental Policies in EC Procurement Law New Directives and New Directions, (Red.) Arrowsmith, Sue og Kunzlik, Peter, Cambridge University Press, 2009. Tilgængelig på: https://doi.org/10.1017/CBO9780511576041.007 (link sidst aktiveret den 29. maj 2025). Benævnt: **Arrowsmith.**

Barnard, Catherine. "To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement". Industrial Law Journal 46, nr. 2 (1. juli 2017). Tilgængelig på: https://academic.oup.com/ilj/article-abstract/46/2/208/2721842 (link sidst aktiveret den 29. maj 2025). Benævnt: **Barnard.**

Martens, Marc og Margerie Stanislas, "The link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement", European procurement & public private partnership law review, vol.8(1), 2013-01. Tilgængelig på: https://www.jstor.org/stable/26693925 (link sidst aktiveret den 29. maj 2025) Benævnt: **Martens**.

Semple, Abby "The link to the subject matter: A glass ceiling for sustainable public contracts?, i Sustainable Public Procurement Under EU Law New Perspectives on the State as Stakeholder, (Red.) Sjåfell, Beate og Wiesbrock, Anja, Cambridge University Press 2015. Tilgængelig på: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2565051 (link sidst aktiveret den 29. maj 2025). Benævnt: **Semple**.

Treviño-Lozano, L. & Uysal, E. (2023), *Bridging the gap between corporate sustainability due diligence and EU public procurement*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*,

30(5), 554–572. Tilgængelig på: https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1023263X231213335. (link sidst aktiveret den 29. maj 2025). Benævnt: **Treviño-Lozano & Uysal**.

Veenbrink, M. (2024), *Synergies between the CSDDD and EU competition law: a toxic relationship?*, Market and Competition Law Review, 8(2), 49–71. Tilgængelig på: https://revistas.ucp.pt/index.php/mclawreview/article/view/17488. link sidst aktiveret den 29. maj 2025). Benævnt: **Veenbrink**.

14.3.3 Rapporter:

Andhov, M, m.fl., (2020) *Sustainability through public procurement: the way foreward – Reform Proposals*. Benævnt som: **Andhov**.

Den Europæiske Revisionsret, (2023), *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.* Benævnt: **Den Europæiske Revisionsrets særberetning**.

14.4 Øvrige

EU-Kommissionen, ”Buying Green! A Handbook on green public procurement 3rd Edition”, 2016. Tilgængelig på: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8c2da441-f63c-11e5-8529-01aa75ed71a1/language-en (link sidst aktiveret den 29. maj 2025). Benævnt: **Kommissionen omkring CSDDD.**

Europa-Kommissionen, *Corporate Sustainability Due Diligence* (tilgængelig på: https://commission.europa.eu/.../corporate-sustainability-due-diligence_en) (link sidst aktiveret den 29. maj 2025).

Europa-Kommissionen (2022), EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om virksomhedernes due diligence i forbindelse med bæredygtighed og om ændring af direktiv (EU) 2019/1937, (2022/0051(COD) af den 23.2.2022. Tilgængelig på: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0071 (link sidst aktiveret den 29. maj 2025). Benævnt: **Kommissionens forslag.**

Europa-Kommissionen (2025), *Forslag til direktiv om ændring af direktiverne 2006/43/EF, 2013/34/EU, (EU) 2022/2464 og (EU) 2024/1760 for så vidt angår visse krav til virksomheders bæredygtighedsrapportering og due diligence*, COM(2025) 81 final.
Tilgængelig på: https://finance.ec.europa.eu/document/download/161070f0-aca7-4b44-b20a-52bd879575bc_en?filename=proposal-directive-amending-accounting-audit-csrd-csddd-directives_en.pdf. (link sidst aktiveret den 28. maj 2025). Benævnt: **Omnibus I.**

Europa-Kommissionen, "Grønbog om modernisering af EUs politik for offentlige indkøb - Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb", Bruxelles 27.1.2011, KOM(2011) 15 endelig. Tilgængelig på:
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/ALL/?uri=CELEX:52011DC0015
(link sidst aktiveret den 29. maj 2025). Benævnt: **Grønbog**.

Europa-Kommissionen (2016), Kommissionen forenkler yderligere offentlige udbud i hele EU, pressemeddelelse, 4. januar 2016. Tilgængelig på:
https://single-market-economy.ec.europa.eu/news/commission-further-simplifies-public-procurement-across-eu-2016-01-04_en (link sidst aktiveret den 29. maj 2025). Benævnt: **Kommissionens pressemeddelelse**.

Europa-Kommissionen, "*Meddelelse fra Kommissionen, EUROPA 2020, En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst*", Bruxelles, 3.3.2010, KOM(2010) 2020 endelig. Tilgængelig på:
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=celex%3A52010DC2020
(link sidst aktiveret den 29. maj 2025). Benævnt: **Europa 2020 strategien**.

Europa-Kommissionen, "Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget", Den europæiske grønne aftale, Bruxelles 11.12.2019, KOM(2019) 640 endelig. Benævnt: **Den europæiske grønne aftale**.

Europa-Kommissionen (2025), *Små og mellemstore virksomheder (SMV'er) – definition og betydning*, EUR-Lex, tilgængelig på:
https://eur-lex.europa.eu/DA/legal-content/glossary/small-and-medium-sized-enterprises.html
(link sidst aktiveret den 29. maj 2025. Benævnt: **SMV-definition**.

Europa-Kommissionen (2021), *Sociale hensyn ved indkøb — En vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved offentlige udbud - 2. udgave*, 2021/C 237/01. (2021). EU-Tidende, C 237, 1-69. CELEX: Tilgængelig på: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021XC0618(01) (link sidst aktiveret den 29. maj 2025). Benævnt: **Kommissionens vejledning om sociale hensyn i offentlige udbud**.

Europa-Parlamentet (2021), *Beslutning af 10. marts 2021 med henstillinger til Kommissionen om virksomheders due diligence og virksomhedsansvar*, *(2020/2129(INL))*, EUT C 474/11 af 24.11.2021. Tilgængelig på: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0073 (link sidst aktiveret den 29. maj 2025). Benævnt: **Europa-Parlamentets anbefaling.**

Europa-Parlamentet (2024), *Corporate Sustainability Due Diligence Directive: Analysis of the final compromise text of 14 December 2023*, Studie, PE 758.335. Tilgængelig på: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/758335/IPOL_STU(2024)758335_EN.pdf (link sidst aktiveret den 29. maj 2025). Benævnt: **Europa-Parlamentet study.**

Europa-Rådet (2022), *Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*. 6533/22 af 30.11.2022. Tilgængelig på: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/en/pdf (link sidst aktiveret den 29. maj 2025) Benævnt: **Rådets forslag**.

Finansministeriet, "Grønne indkøb for en grøn fremtid – strategi for grønne offentlige indkøb", oktober 2020: Tilgængelig på: https://oes.dk/media/37842/strategi_for_groenne_indkoeb_web.pdf. (link sidst aktiveret den 29. maj 2025) Benævnt: **Finansministeriet**.

OECD (2024), *Responsible Business Due Diligence and Government Procurement: Implications of New Regulation*, OECD Business and Finance Policy Papers, nr. 71, OECD Publishing, Paris. Tilgængelig på:

https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2024/12/responsible-business-due-diligence-and-government-procurement_c5cf59a4/e30b4f38-en.pdf (link sidst aktiveret den 29. maj 2025). Benævnt: **OECD**.