TREDJELANDES DELTAGELSE I UDBUD INDENFOR UNIONEN

ÅBENHED KRÆVER GENSIDIGHED

PARTICIPATION OF THIRD COUNTRIES IN PROCUREMENT WITHIN THE UNION

OPENNESS REQUIRES RECIPROCITY

Antal anslag: 139.994

Kandidatafhandling af:

Robin Eskebjerg Bangsø, (Cand.jur.) - 06.12.1994

Vejleder:

Rasmus Horskjær Nielsen

Abstract

This thesis examines the participation of third countries in public procurement within the Union.

It outlines how, since 2012, the Union has increasingly shifted from a strategy of openness to a reciprocity strategy in the field of public procurement. This shift means that only economic operators from third countries that have entered into a trade agreement with the Union can be assured of their participation in public procurement within the Union.

A clear example of this reciprocity strategy is the International Procurement Instrument (IPI), which came into force in 2022. Under this regulation, the EU Commission can adopt IPI measures against third countries that have neither entered into an agreement with the Union nor ensured access to their procurement markets for the Union.

These measures include either an adjustment to the evaluation score of bids from economic operators originating in these third countries or their outright exclusion from participation in procurement within the Union.

The thesis then analyzes two EU cases, C-266/22 and C-652/22. Case C-652/22 was particularly groundbreaking, as the EU Court of Justice concluded that economic operators from third countries that have not entered into an agreement with the Union cannot rely on the EU procurement directives when participating in procurement within the Union.

Furthermore, the Court held that Member States do not have the competence to establish provisions regulating third-country access to procurement within the Union, as this falls under the Union's exclusive competence in the area of the common commercial policy. Thereafter, where the Union has not regulated the matter, it is up to contracting authorities to regulate the access of economic operators from third countries without agreements with the Union in individual procurement processes.

The EU Court of Justice further stated that contracting authorities may adjust the comparative evaluation of bids from economic operators from such third countries and may also exclude such operators from participating in procurement.

While C-652/22 resolved several questions, the judgment also, in the words of legal scholar Albert Sanchez Graells, opened "*a Pandora's box of issues*."[1]

These include whether contracting authorities are required to make such adjustments to evaluation results and how such adjustments should be implemented. Another unresolved issue is what legal remedies are available to economic operators from third countries without agreements with the Union, given that they cannot rely on the EU procurement directives.

The thesis discusses these issues in an attempt to clarify them.

The thesis concludes that there is a strong presumption that contracting authorities are required to adjust evaluation results when allowing participation by economic operators from third countries without agreements with the Union.

However, such adjustments are not without limits, as these operators still have the right to transparent and proportionate treatment. For procurement conducted by Danish contracting authorities, they may also invoke Danish administrative law principles.

Due to EU law principles of consistent interpretation and primacy, as well as the interconnectedness of Danish administrative law principles, such operators will, however, rarely find it meaningful to challenge contracting authorities' decisions, rendering their legal remedies highly limited.

As a result, Danish contracting authorities can relatively risk-free treat economic operators from non-covered third countries far less favorably than those from the Union or third countries with trade agreements with the Union.

All of this underscores the Union's increased focus on reciprocity in the field of public procurement.

[1] Sanchez-Graells: *The Court of Justice decidedly jumps on the Procurement Protectionism Bandwagon, creating legal Uncertainty along the Way (C-652/22)*

Indhold

1 Indledning 6
1.1 Problemformulering 7
1.2 Afgrænsning 7
1.3 Metode og kildesøgning 9
1.4 Retskildemæssig værdi 10
1.4.1 EU-retlige retskilder 10
1.4.2 Danske retskilder 13
2 EU-rettens forhold til udbud 15
2.1 Unionens kompetencer 16
2.1.1 GPA-aftalen og øvrige handelsaftaler 17
2.2 Udbudsreglerne 18
2.2.1 Udbudsloven/udbudsdirektivet 19
2.2.2 Forsyningsvirksomhedsbekendtgørelsen/forsyningsvirksomhedsdirektivet 20
2.3 Unionens vej mod et mere lukket udbudsmarked 21
2.3.1 Vejledning om deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere og varer på EU's marked for offentlige udbud 24
2.3.2 IPI-forordningen 25
2.4 Delkonklusion 27
3 En tur i skammekrogen 28
3.1 CRRC Qingdao Sifang m.fl. - C-266/22 29
3.2 Generaladvokatens forslag til en afgørelse 30
3.3 Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret - C-652/22 37
3.3.1 Generaladvokatens forslag til en afgørelse 38
3.4 Delkonklusion 53
4 Nye tider for ordregiverne 54
4.1 Skal, skal ikke… 55
4.1.1 Gælder det samme for udbudsdirektivet? 61
4.2 Hvor 'mindre gunstig'? 63
4.3 Hvad hvis behandlingen ikke er gennemsigtig og proportional? 69
5 Konklusion 73

6 Litteraturliste 76
6.1 Bøger 76
6.2 Artikler 76
6.3 Internetsider 77
6.4 Lovgivning 78
6.4.1 Dansk lovgivning 78
6.4.2 International lovgivning 79
6.5 Retspraksis 80
6.5.1 Retspraksis fra EUD 80
6.5.2 Forslag til afgørelser fra generaladvokater 82
6.5.3 Udtalelser fra EUD 82
6.5.4 Retspraksis fra KLFU 82
6.6 Forarbejder 83
6.6.1 Danske forarbejder 83
6.6.2 Internationale forarbejder 83
6.7 Vejledninger og meddelelser 85
6.7.1 Danske vejledninger 85
6.7.2 Internationale meddelelser 85
7 Bilag 86

1 Indledning

Hvert år bruger offentlige myndigheder i Unionen ca. 2 billioner euro på indkøb af varer, tjenester og arbejder.[2] I Danmark alene ligger tallet på minimum 380 mia. kr.[3]

Udbuddene bliver vundet af økonomiske aktører fra hele verden, hvilket hænger sammen med, at EU's udbudsmarked er verdens mest åbne.[4]

Økonomiske aktører fra EU møder imidlertid ikke samme åbenhed, når de prøver at vinde udbud udenfor Unionen.[5] Her møder de i stedet lukkede indkøbspolitikker som den amerikanske "Køb amerikansk" og den kinesiske "Køb kinesisk".[6][7]

Frustrationen over at Unionens økonomiske aktører ikke er blevet mødt med samme åbenhed, som tredjelandsaktører er blevet mødt med, førte til, at EU-Kommissionen i 2012 fremsatte et forslag til et instrument, som skulle sørge for en gensidig markedsåbning mellem EU og tredjelande.[8] Instrumentet er senere blevet kendt som IPI-forordningen.

Forordningen giver Kommissionen mulighed for at vedtage forskellige former for IPI-foranstaltninger, som herefter skal motivere tredjelande til en gensidig åbning af deres udbudsmarkeder.[9] Forordningen blev for første gang taget i brug i april 2024, da Kommissionen indledte en undersøgelse mod Kina.[10]

Mens undersøgelsen pågår, fortsætter EU's udbud med at rulle. Fortsat med deltagelse af tredjelande. Fortsat uden at en række af disse har åbnet deres udbudsmarkeder for Unionen. I hvert fald for en stund.

---

[2] EU-Kommissionen: *Public Procurement*
[3] Nr. L 199 (som fremsat), s. 6
[4] EU-Kommissionen: *Udbud, der virker*, s. 10
[5] *Ibid*., s. 11
[6] The White House: *Build America, Buy America Act*
[7] EU-Kommissionen: *Trade Barriers*
[8] EU-Kommissionen: *COM(2012) 124 final (*21.3.2012), s. 6
[9] *Ibid*., art. 6, stk. 6, litra a og b
[10] EU-Kommissionen: *Indledning af en undersøgelse i henhold til instrumentet for internationale offentlige udbud*

Den 22. oktober 2024 afsagde EU-Domstolen en skelsættende dom i C-652/22. En dom som i høj grad er udtryk for den gensidighedsstrategi, som de seneste år har præget udbudstankerne i EU.

Med dommen har Unionens ordregivere fået en værktøjskasse, som betyder, at økonomiske aktører fra tredjelande, der ikke har indgået en handelsaftale med EU, ikke længere kan tage deres deltagelse i udbud indenfor EU for givet.[11] Skulle de få lov til at deltage, kan de ligeledes ikke have en forventning om, at ordregiverne behandler dem på lige fod med andre økonomiske aktører.[12]

Dommen har imidlertid ikke kun medført usikkerhed for tredjelandsaktører. For hvordan Unionens ordregivere præcis skal bruge denne værktøjskasse står hen i det uvisse. Ordregiverne er dermed blevet efterladt i et juridisk tomrum, der ifølge udbudsprofessor Albert Sanchez-Graells har "*opened a Pandora's box of issues*."[13]

1.1 Problemformulering

Har Unionen fået et stigende fokus på gensidighed ift. tredjelandsaktørers deltagelse i udbud indenfor EU, og hvordan kan et stigende gensidighedsfokus komme til at få betydning for udbud foretaget af danske ordregivende myndigheder?

1.2 Afgrænsning

Afhandlingen omtaler kun to ud af de fire centrale udbudsdirektiver. Dette er udbudsdirektivet, 2014/24/EU, og forsyningsvirksomhedsdirektivet, 2014/25/EU, da disse har været centrale i EU-sagerne C-652/22 og C-266/22, som vil blive analyseret og diskuteret i afhandlingen.

EU har i den seneste årrække gennemført en række forordninger, som har relevans på udbudsområdet. Her tænkes særligt på IPI-forordningen, 2022/1031,

[11] *Ibid*., pr. 63
[12] *Ibid*.
[13] Sanchez-Graells: *The Court of Justice decidedly jumps on the Procurement Protectionism Bandwagon, creating legal Uncertainty along the Way (C-652/22)*

subsidieforordningen, 2022/2560 og FDI-forordningen, 2019/452, der har ført til den danske investeringsscreeningslov.

Det er imidlertid kun IPI-forordningen, som bliver behandlet dybdegående i opgaven, da denne i høj grad er udtryk for Unionens gensidighedsstrategi, ligesom forordningen efter sagerne ved EUD C-652/22 og C-266/22 kan komme til at blive rettesnor for, hvordan ordregivende myndigheder fremover skal agere, når økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande, vil deltage i et udbud indenfor EU.

Selvom det øgede gensidighedsfokus vil få betydning for alle EU's ordregivende myndigheder, er fokus i opgaven på danske ordregivende myndigheder. Dette hænger sammen med Danmarks indlæg i C-652/22, der særligt omhandler den obligatoriske udelukkelsesgrund i udbudslovens § 134 a, som er en bestemmelse, der kun findes i Danmark, hvorefter bestemte tredjelandsaktører er udelukket fra at deltage i udbud foretaget af danske ordregivere.

Ligeledes vil det sidste delafsnit i diskussionen tage udgangspunkt i danske forvaltningsretlige principper. Derfor vil fokus også være på ordregivende myndigheder, da EUD i C-652/22 lagde op til, at forvaltningsretlige principper kan få betydning for behandlingen af økonomiske aktører fra tredjelande, der ikke har indgået en aftale med EU.

Fokus er i afhandlingen på ordregiverne fremfor de økonomiske aktører, da det er ordregiverne, som muligvis kommer til at skulle ændre deres praksis, når økonomiske aktører fra tredjelande, der ikke har en aftale med Unionen, fremover ønsker at deltage i udbud.

Opgaven er undervejs i skriveprocessen ændret fra at have et snævert fokus på udbudslovens § 134 a til et mere bredt fokus, som generelt omhandler tredjelandes mulighed for at deltage i udbud indenfor Unionen. Dette skyldes primært EUD's afgørelse i C-652/22, som åbnede op for en lang række problemstillinger.

1.3 Metode og kildesøgning

Jeg har i opgaven anvendt den retsdogmatiske metode til at fastlægge gældende ret.[14] Dette er gjort ved at beskrive retsforskrifter i afsnit 2, mens afsnit 3 tager udgangspunkt i en analyse af retsforskrifterne, ligesom også EU-sagerne C-652/22 og C-266/22 vil blive analyseret. Gældende ret skal herefter forstås som den ret, den højeste retsinstans, EUD, ville nå frem til, hvis spørgsmålet blev anlagt for denne.

Da den juridiske metode er en kildekritisk metode, har jeg gennem min analyse i afsnit 3 og diskussion i afsnit 4 prøvet at forholde mig kritisk til praksis fra EUD.[15]

Dette er gjort ved, at jeg, ligesom EUD selv, praktiserer en ordlyds- og formålsfortolkning, da jeg mener, dette vil give det mest retvisende billede af gældende ret, som bliver forsøgt fastlagt i diskussionen i afsnit 4 og konklusionen i afsnit 5.

Hvad angår ordlydsfortolkningen, er det ikke kun selve ordlyden, som vil blive fortolket, men også den sammenhæng som ordlyden indgår i.[16] Dette kan også beskrives som en sammenhængsfortolkning. Dette betyder, at også præambelbetragtninger samt andre retskilder kan have betydning for, hvordan ordlyden skal forstås.

Ordlydsfortolkningen vil herefter blive suppleret af en formålsfortolkning. Dette betyder, at ordlyden skal ses i sammenhæng med det mål, som forfølges, ligesom også det samlede formål for det regelsæt, retsreglen indgår i, skal tages i betragtning.[17][18]

Det skal i forlængelse heraf nævnes, at de EU-retlige retskilder, som er en del af denne afhandling, er gyldige på alle officielle EU-sprog, hvorfor de også er gyldige på dansk, som der er taget udgangspunkt i.[19] Retskilderne er dog sammenholdt med den engelske sprogversion for at give det mest retvisende resultat.

Retsområdet for tredjelandes adgang til udbud indenfor Unionen har været under stor udvikling i den seneste årrække.

---

[14] Hamer m.fl.: *Juraens Verden* (2020), s. 27
[15] *Ibid*., s. 48
[16] C-156/98, pr. 50
[17] Nielsen: *Konkurrencen om den offentlige kontrakt* (2022), s. 47
[18] C-283/81, pr. 20
[19] Den Europæiske Union: *Sprog*

Imidlertid har det ikke tidligere været behandlet, om økonomiske aktører fra tredjelande, der ikke har en aftale med EU, skal udelukkes fra udbud i Unionen eller forskelsbehandles, blot fordi de har oprindelse i det pågældende tredjeland.

Afhandlingen tager derfor udgangspunkt i de retskilder samt den praksis, som har haft berøring med området. Her tænkes særligt på udbudsdirektivets art. 25, forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 43, 85 og 86, EU-sagerne C-652/22 og C-266/22, IPI-forordningen samt EU-Kommissionens *'Vejledning om deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere og varer på EU's marked for offentlige udbud'*.

Sidst har præambelbetragtningerne til de nævnte direktiver og til IPI-forordningen spillet en stor rolle i kildesøgningen og for forståelsen af disse.

1.4 Retskildemæssig værdi

1.4.1 EU-retlige retskilder

EU-reguleringen er den vigtigste retskilde i EU. Reguleringen kan opdeles i en primær og en sekundær ret.

Primærretten bliver udgjort af Traktaten om Den Europæiske Funktionsmåde (TEUF) og Traktaten om Den Europæiske Union (TEU). Disse to traktater kan anses som en form for EU-grundlov, og de udgør EU's højeste retskilder jf. TEUF art. 1, stk. 2.[20]

Primærretten regulerer ikke i sig selv udbudsret, men grundlaget for udbudsretten udspringer af primærrettens forbud mod forskelsbehandling (art. 18) samt forbuddene mod at hindre den frie bevægelighed for tjenesteydelser (art. 56), varer (art. 34), etablering (art. 49), arbejdstagere (art. 45) og kapital (art. 63).[21]

Udover ovenstående forbud finder TEUF's almindelige principper også anvendelse. Heriblandt kan nævnes principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, som har særlig relevans for udbudsretten.[22]

[20] TEUF, art. 1, stk. 2
[21] Nielsen: *Konkurrencen om den offentlige kontrakt* (2022), s. 36
[22] Hamer: *Udbudsret* (2021), s. 40

Den sekundære ret er retsakter udstedt på baggrund af primærretten. Denne er bl.a. udgjort af udbudsdirektiverne samt IPI-forordningen.

Både udbudsdirektiverne og IPI-forordningen er udstedt med hjemmel i TEUF. For direktivernes vedkommende drejer det sig om TEUF art. 53, stk. 1, 62 og 114, mens det for IPI-forordningen drejer sig om TEUF art. 207, stk. 2.[232425] Traktaten er derfor en vigtig retskilde ved fortolkningen af udbudsretten, hvorfor ovenstående forbud mod handelshindringer også gælder parallelt med den sekundære ret.

Da IPI-forordningen og direktiverne er udstedt med hjemmel i primærretten, betyder det også, at disse ikke må være i strid med de primærretlige traktater. Herudover skal der ved ændringer af disse også tages hensyn til internationale aftaler, som EU er forpligtet til at overholde, hvilket bl.a. gør sig gældende for Agreement on Government Procurement (GPA-aftalen).[26]

Som et fortolkningsbidrag til, hvordan IPI-forordningen og direktiverne skal forstås og læses, kan direktivernes præambelbetragtninger og forarbejder inddrages. Betragtningerne fortæller om lovanvenderens hensigt med at indføre den sekundære ret, da betragtningerne indeholder selve begrundelsen for disse retsakters eksistens jf. TEUF art. 296.[27] EU-Domstolen (EUD) har om betragtningerne udtalt, at "*En betragtning* […] *kan være et vejledende moment ved fortolkningen af en retsregel, men kan ikke i sig selv være en retsregel.*"[28]

Forarbejderne har i EU ikke samme betydning som i dansk ret, da de er udtryk for EU-Kommissionens forståelse af reglerne.[29] Derfor må den retskildemæssige værdi anses som værende begrænset, men dette betyder ikke, at forarbejderne ingen værdi har, hvilket også kommer til udtryk ved, at EUD før har henvist til EU-forarbejder.[30]

EUD er den vigtigste bidragsyder, når det kommer til at få afklaret tvivl om fortolkningen af primær- og sekundærretten. Dette hænger sammen med udformningen af

[23] Udbudsdirektivet, præambelbetragtningerne
[24] Forsyningsvirksomhedsdirektivet, præambelbetragtningerne
[25] IPI-forordningen, s. 1
[26] Nielsen: *Konkurrencen om den offentlige kontrakt* (2022), s. 39
[27] *Ibid*., s. 40
[28] C-215/88, pr. 31
[29] Nielsen: *Konkurrencen om den offentlige kontrakt* (2022), s. 42
[30] C-515/18, pr. 35-36

bestemmelserne heri, som ofte er ufuldstændige, hvorfor disse ofte vil blive tolket forskelligt alt efter lovanvenderen. EUD har dermed som opgave at fastlægge retstilstanden på de områder, hvor den er uafklaret.[31]

EUD's domme er bindende. Ikke kun for parterne, men ligeledes for de nationale lovgivere og domstole.[32] Da dommene samtidig ikke kan indbringes for en anden retsinstans, har de høj retskildemæssig værdi. Denne retskildemæssige værdi bliver kun forstærket af, at EUD ofte henviser til afgørelser, som domstolen tidligere har afsagt, ved afgørelsen af en nyere sag.[33]

Domstolen har en dynamisk fortolkningsstil, hvor den grundet de ofte upræcist formulerede EU-retlige bestemmelser, som gør det noget nær umuligt kun at foretage en ordlydsfortolkning, vil anlægge en formålsfortolkning. Dette blev fastslået i '*CILFIT*', hvor EUD udtalte,

"*Endelig skal de enkelte EF-regler vurderes i deres rette sammenhæng og fortolkes i lyset af EF-rettens bestemmelser som helhed, den bagved liggende målsætning og EF-rettens udviklingstrin på tidspunktet for de pågældende bestemmelsers anvendelse*."[34]

EUD har gennem praksis udviklet en lang række principper, som også gælder inden for udbudsretten. Heriblandt fortolkningsprincipperne om EU-konform fortolkning og EU-rettens forrang.[35]

EU-konform fortolkning, dækker over, at danske retsanvendere, når disse fortolker EU-retten, skal "*fortolke intern ret i lyset af direktivets ordlyd og formål*."[36] Denne pligt gælder også for TEUF, internationale traktater indgået af EU og sågar ikke-bindende retsakter, som EU har vedtaget.[37][38][39]

Princippet om EU-rettens forrang skal ligeledes holdes for øje. Om dette princip har EUD udtalt, at "*den af traktaten affødte ret, der hidrører fra en autonom retskilde, på grund af*

[31] Nielsen: *Konkurrencen om den offentlige kontrakt* (2022), s. 44
[32] *Ibid*., s. 45
[33] *Ibid*., s. 44
[34] C-283/81, pr. 20
[35] Sørensen m.fl.: *EU-Retten* (2022), s. 39
[36] C-14/83, pr. 26
[37] C-157/86, pr. 11
[38] C-300/98, pr. 47
[39] C-322/88, pr. 18

sin selvstændige natur retsligt må gå forud for en hvilken som helst national bestemmelse."[40]

Også EUD's domme har forrang for danske regler, hvorfor afgørelser af præjudicielle spørgsmål, som EUD får indbragt af europæiske nævn og domstole på baggrund af TEUF art. 267, ligeledes influerer på forståelsen og anvendelsen af den danske udbudslov.[41]

En bidragsyder til EUD's afgørelser er generaladvokaten, som i sin udtalelse fremsætter et begrundet forslag til, hvordan han mener, at sagen skal afgøres. Denne udtalelse er ikke bindende for EUD, hvorfor den retskildemæssige værdi af udtalelsen vil afhænge af, om EUD i sin afgørelse henviser til udtalelsen og afsiger dom i samme retning som denne.[42]

EU-retlige retskilder, der kan betegnes som soft law, har også stor betydning indenfor udbudsretten. Soft law kan være fortolkningsmeddelelser og rapporter som fx Kommissionens meddelelse af 24. juli 2019 om *'Vejledning om deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere og varer på EU's marked for offentlige udbud'*.[43]

En sådan vejledning er ikke en bindende retskilde, men har EUD ikke taget stilling på et specifikt område, kan vejledningen få betydning for, hvordan økonomiske aktører og ordregivere skal forholde sig til det uafklarede område.

Sidst kan nævnes, at også kontroldirektiverne 89/665/EØF og 92/13/EØF, som senest er ændret ved direktiv 2007/66/EF, har en vis betydning, da disse vedrørende udbud efter udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet, fastsætter en række minimumskrav til klagesystemet i den enkelte medlemsstat.[44]

1.4.2 Danske retskilder

I Danmark blev udbudsdirektivet implementeret med vedtagelsen af den danske udbudslov. Loven trådte i kraft den 1. januar 2016.[45] Med hjemmel i udbudslovens §§ 176, stk. 4 og 194, stk. 2 udstedte erhvervsministeren forsyningsvirksomhedsbekendtgørelsen, BEK nr 1624 af 15/12/2015, der ligeledes trådte

[40] C-6/64, s. 536
[41] TEUF, art. 267
[42] Nielsen: *Konkurrencen om den offentlige kontrakt* (2022), s. 55
[43] EU-Kommissionen: *Deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere*
[44] Kontroldirektiverne
[45] Udbudsloven, § 196

i kraft den 1. januar 2016.[46] Bekendtgørelsen implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivet i dansk ret.

Der er i udbudsloven tilføjet regler, som er rent nationale. Dette gør sig bl.a. gældende for udbudslovens § 134 a, som blev indsat ved den seneste ændringslov, L 2022 884. Dette er muligt, fordi udbudsdirektivet er et minimumsdirektiv, hvorfor "*det således ikke tilsigter at fastsætte en fuldstændig fællesskabsretlig ordning på området*".[47]

På trods af dette, skal det overordnede formål med udbudsdirektivet altid haves for øje, da medlemsstaterne er bundet af udbudsdirektivet mål, uanset at de implementerer nationale bestemmelser, som går videre end direktivet.[48]

Til Udbudsloven er knyttet en række forarbejder heriblandt lovbemærkninger. Eftersom lovforslaget har været gennem tre behandlinger, hvor der har kunnet fremsættes ændringsforslag, må lovbemærkningerne anses som værende udtryk for lovgivers samlede holdning.[49]

Lovbemærkningerne må derfor anses for at have "*en vis retskildemæssig værdi, når udbudsloven skal fortolkes*."[50]

Også praksis fra Klagenævnet for Udbud (KLFU) og domstolene har stor retskildemæssig værdi. KLFU er et administrativt organ, som på baggrund af kontroldirektiverne blev etableret i 1992.[51] Den store retskildemæssige værdi skal ses i lyset af, at KLFU, der behandler udbudsretlige klager, som oftest kommer med den endelige afgørelse i danske udbudsretlige tvister. [52]

Klagenævnets kompetencer er fastlagt i lov om Klagenævnet for Udbud samt bekendtgørelse for Klagenævnet for Udbud.[53][54]

Der findes også en række vejledninger, som kan have betydning for forståelsen af udbudsreglerne. Disse er bl.a. vejledninger fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der

[46] Forsyningsvirksomhedsbekendtgørelsen (2015), § 17, stk. 1
[47] C-285/99, pr. 33
[48] TEUF, art. 288, stk. 3
[49] Nielsen: *Konkurrencen om den offentlige kontrakt* (2022), s. 61
[50] Hamer m.fl.: *Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?* (konklusionen)
[51]Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Danske klagesager om udbud*, s. 8
[52] Nielsen: *Konkurrencen om den offentlige kontrakt* (2022), s. 62
[53] Lov om Klagenævnet for Udbud
[54] Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud

er ressortmyndighed ift. udbudsreglerne, og som også er den myndighed, der udfører det lovforberedende arbejde på udbudsområdet.[55]

Vejledningerne er ikke bindende, men særligt på områder, hvor retstilstanden ikke er fastlagt, kan disse anvendes som et fortolkningsbidrag. Grundet deres ikke bindende karakter, kan vejledninger dog ikke siges at have samme generelle retskildemæssige værdi som love, forarbejder og domme.[56]

Udover de ovennævnte udbudsregler, vil ordregiveren, hvis denne er omfattet af offentlighedsloven, ligeledes skulle have de danske forvaltningsretlige principper in mente.[57][58] Det betyder, at hvis indkøbet ikke er reguleret af ovenstående udbudsregler, vil det for danske ordregivende myndigheder alene være de forvaltningsretlige principper som regulerer udbuddet.[59]

Heriblandt kan særligt nævnes de forvaltningsretlige principper om saglighed, ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet.[60]

2 EU-rettens forhold til udbud

Nærværende kapitel vil indledningsvist redegøre for kompetencefordelingen mellem Unionen og medlemsstaterne samt den globale handelsaftale Government Procurement Agreement (GPA-aftalen).

Herefter vil fokus rette sig mod udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet, som i Danmark er blevet implementeret gennem udbudsloven og forsyningsvirksomhedsbekendtgørelsen.

Sidst vil der blive redegjort for, hvordan der siden 2012 er sket et strategisk skift på EU's udbudsmarked, hvilket har medført, at Unionen i stigende grad har haft fokus på gensidighed fremfor åbenhed, når det kommer til tredjelande, som ikke har indgået en handelsaftale med EU (benævnes også ikke-omfattede tredjelande).

---

[55] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbud*
[56] Nielsen: *Konkurrencen om den offentlige kontrakt* (2022), s. 68
[57] Hamer: *Udbudsret* (2021), s. 67
[58] Offentlighedsloven, §§ 2-5
[59] Hamer: *Udbudsret* (2021), s. 68
[60] Udbudsloven, § 193, stk. 5

2.1 Unionens kompetencer

Danmark blev den 1. januar 1973 medlem af EU.[61] Med medlemskabet fulgte en pligt, der udspringer af TEUF, til at forfølge Unionens mål. Herunder målet om at skabe et indre marked for offentlige kontrakter.[62]

EU er underlagt princippet om kompetencetildeling som fastslået i Traktaten om Den Europæiske Union (TEU) art. 5, stk. 1.[63] Unionen kan dermed kun handle inden for rammerne af de beføjelser, som medlemsstaterne i traktaterne har tildelt EU.[64]

Kompetencetildelingsprincippet skal særligt forstås i sammenhæng med Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) art. 2-6, som omhandler Unionens kompetencekategorier og -områder.

På en række områder er EU tillagt en enekompetence. Begrebet enekompetence dækker over, at EU på en række vigtige områder har eneret til at lovgive og vedtage juridisk bindende retsakter.[65] Dette gælder bl.a. på området for den fælles handelspolitik. [66]

Den fælles handelspolitik er defineret i TEUF art. 207, stk. 1, hvoraf det fremgår, at

"*Den fælles handelspolitik føres inden for rammerne af principperne og målene for Unionens* ***optræden udadtil***."[67] (min fremhævning)

På andre områder har Unionen og medlemsstaterne en delt kompetence, hvorefter medlemsstaterne kan udøve deres lovgivningskompetence, når EU ikke har udøvet sin.[68] Et område, hvor den delte kompetence gør sig gældende, er bl.a. inden for det indre marked.[69]

Det indre marked er defineret i TEUF art. 26, stk. 2, som lyder,

[61] Udenrigsministeriet: *Danmark i EU*
[62] TEU, art. 3, stk. 3
[63] *Ibid*., art. 5, stk. 1
[64] *Ibid*., art. 5, stk. 2
[65] TEUF, art. 2
[66] *Ibid*., art. 3, stk. 1, litra e
[67] *Ibid*., art. 207, stk. 1
[68] *Ibid*., art. 2
[69] *Ibid*., art. 4

"*Det indre marked indebærer et område uden* ***indre grænser*** *med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i traktaterne*."[70] (min fremhævning)

En væsentlig forskel mellem det indre marked, hvor der er delt kompetence, og den fælles handelspolitik, hvor EU har enekompetence, er altså ud fra ordlyden af bestemmelserne, at det indre marked handler om Unionens *'indre grænser'*, mens den fælles handelspolitik handler om *'Unionens optræden udadtil'*.

Gennem sin optræden udadtil kan EU som juridisk person og folkeretssubjekt erhverve rettigheder samt påtage sig forpligtelser ift. tredjelande, som ikke er medlemmer af Unionen, samt andre internationale organisationer. [71][72]

TEUF art. 216, stk. 1 slår i den forbindelse fast, at

"*Unionen kan indgå en aftale med et eller flere tredjelande eller en eller flere internationale organisationer, når der i traktaterne er fastsat bestemmelser herom, eller når indgåelsen af en aftale enten er nødvendig for i forbindelse med Unionens politikker at nå et af de mål, der er fastlagt i traktaterne, eller er foreskrevet i en juridisk bindende EU-retsakt eller kan berøre fælles regler eller ændre deres rækkevidde*."[73]

Det er dermed EU, som står for at forhandle frihandelsaftaler med lande uden for Unionen, ligesom EU er repræsentant, når der skal forhandles globale handelsaftaler som fx GPA-aftalen, der er en aftale under Verdenshandelsorganisationen (WTO).[74]

2.1.1 GPA-aftalen og øvrige handelsaftaler

Det grundlæggende formål med GPA-aftalen er at skabe en gensidig åbning på markederne for offentlige indkøb blandt de lande, som har tiltrådt aftalen.[75]

EU tiltrådte aftalen i 1996, hvorefter alle Unionens medlemslande, heriblandt Danmark, er forpligtede til at overholde den.[76]

---

[70] *Ibid*., art. 26, stk. 2
[71] TEU, art. 47
[72] Sørensen m.fl.: *EU-Retten* (2022), s. 113
[73] TEUF, art. 216, stk. 1
[74] Udenrigsministeriet: *Bilaterale frihandelsaftaler*
[75] World Trade Organization: *Agreement on Government Procurement*
[76] World Trade Organization: *Parties and observers*

GPA-aftalen kræver, at der skabes åbenhed, retfærdighed og gennemsigtighed i offentlige indkøb.[77] Derfor er det også i både udbudsdirektivets art. 25 og forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 43 indskrevet, at ordregivende myndigheder fra EU ikke må give økonomiske aktører fra tredjelande, der har underskrevet GPA-aftalen, en mindre gunstig behandling, end de økonomiske aktører, som hører hjemme i EU.[78][79]

GPA-aftalen gælder imidlertid ikke for alle offentlige indkøb, hvorfor det kun er indkøbsaktiviteter, som udføres af dækkede enheder, og som samtidig omfatter varer, tjenester eller bygge- og anlægstjenester, som er over en fastlagt tærskelværdi, der vil være omfattede af aftalen.[80] Om indkøbet er omfattet af aftalen, er nærmere fastsat i en række dækningstabeller, som hver indeholder syv bilag, herunder bilag 4-6, der oplister, hvilke varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder, som er omfattet af aftalen.[81]

EU har udover GPA-aftalen også indgået frihandelsaftaler med mere end 70 lande uden for EU, som skal medvirke til af fjerne handelshindringer.[82] En af disse frihandelsaftaler er aftalen mellem EU og Singapore, som trådte i kraft i 2019.[83] Denne vil blive nævnt senere, mens resten af frihandelsaftalerne ikke vil blive behandlet.

2.2 Udbudsreglerne

I 2014 udstedte EU tre nye udbudsdirektiver.[84] Heraf var to af disse det nye udbudsdirektiv, 2014/24/EU af 26. februar 2014, der ophævede det gamle udbudsdirektiv, 2004/18/EF, ligesom også forsyningsvirksomhedsdirektivet, direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014, blev vedtaget, hvilket betød et farvel til det gamle forsyningsvirksomhedsdirektiv, 2004/17/EF.[85][86] Direktiverne medvirker til overholdelse af forbuddene i TEUF, ved at der i direktiverne er fastsat en række udbudsprocedurer, som skal overholdes, før ordregiveren må indgå en kontrakt med en økonomisk aktør.[87]

---

[77] World Trade Organization: *Agreement on Government Procurement*
[78] Udbudsdirektivet, art. 25
[79] Forsyningsvirksomhedsdirektivet, art. 43
[80] World Trade Organization: *Agreement on Government Procurement*
[81] World Trade Organization: *Coverage Schedules*
[82] Udenrigsministeriet: *Spar penge med frihandelsaftaler*
[83] EU-Kommissionen: *EU-Singapore Free Trade Agreement, Investment Protection Agreement and Digital Trade Agreement*
[84] Poulsen m.fl.: *EU-Udbudsretten* (2022), s. 29
[85] Udbudsdirektivet
[86] Forsyningsvirksomhedsdirektivet
[87] Poulsen m.fl.: *EU-Udbudsretten* (2022), s. 33

Direktiverne har en lang række lighedspunkter. De er i al væsentlighed opbygget på samme måde, og så er det efterstræbt, at udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet definitionsmæssigt ligger så tæt på hinanden som muligt, med forbehold for de særlige forhold som gør sig gældende for de sektorer, som forsyningsvirksomhedsdirektivet regulerer.[88][89]

Herudover har de samme formål, hvilket er "*at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater*."[90]

2.2.1 Udbudsloven/udbudsdirektivet

Udbudsdirektivet regulerer ordregivende myndigheders anskaffelse "*ved hjælp af en offentlig kontrakt af bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser fra økonomiske aktører valgt af de ordregivende myndigheder.*"[91]

I Danmark blev direktivet implementeret med vedtagelsen af den danske udbudslov. [92] Loven omskriver en række af udbudsdirektivets regler, hvorfor udbudsdirektivet er gennemført ved omskrivning.[93] Herudover indeholder loven også flere særregler, som ikke kan findes i direktivet.[94]

Heriblandt kan nævnes den obligatoriske udelukkelsesgrund i udbudslovens § 134 a, som trådte i kraft d. 1. juli 2022, hvorefter danske ordregivere skal udelukke økonomiske aktører fra udbudsproceduren, hvis den økonomiske aktør er etableret i et land, som er optaget på EU-listen over ikke samarbejdsvillige skattejurisdiktioner, og hvis det pågældende land samtidig ikke har indgået en handelsaftale med EU.[95]

Det hedder i forarbejderne, at "*en ansøger eller tilbudsgiver anses for at være etableret i det land, hvor denne er registreret og har sin adresse*."[96]

---

[88] Forsyningsvirksomhedsdirektivet, betragtning 6
[89] Poulsen m.fl.: *EU-Udbudsretten* (2022), s. 143
[90] C-454/06, pr. 31
[91] Udbudsdirektivet, art. 1, stk. 2
[92] Udbudsloven, § 196
[93] Sørensen m.fl.: *EU-Retten* (2022), s. 105
[94] Udbudsloven, § 134 a
[95] *Ibid*.
[96] Nr. L 199 (som fremsat), s. 25

Udbudsloven gælder for ordregivere jf. udbudslovens § 2, stk. 1.[97] Disse er i udbudslovens § 24, nr. 28 defineret som "*Statslige, regionale og kommunale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer*."[98]

Dette dækker bl.a. over styrelser, regioner og kommuner samt sammenslutninger af disse som fx Kommunernes Landsforening (KL).[99]

Loven gælder for offentlige kontrakter, som er over tærskelværdien for EU-udbud, samt for de varer- og tjenesteydelseskontrakter, som er under tærskelværdien for EU-udbud, og som enten har en klar grænseoverskridende interesse, eller hvis kontrakten udgør en værdi på mindst 500.000 kr., men ikke overstiger tærskelværdierne.[100]

Offentlige kontrakter er i udbudsloven defineret som værende "*Gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivere, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser*."[101]

En række kontrakttyper er eksplicit undtaget i udbudsloven. Dette gør sig bl.a. gældende for nogle af de kontrakter, som tildeles under forsyningsvirksomhedsdirektivet jf. udbudslovens § 18.[102] Disse vil dog fortsat være omfattet af fx udbudslovens bestemmelser om udelukkelsesgrunde jf. forsyningsvirksomhedsbekendtgørelsens § 11.[103]

2.2.2 Forsyningsvirksomhedsbekendtgørelsen/forsyningsvirksomhedsdirektivet

Forsyningsvirksomhedsdirektivet regulerer udbud over de i direktivet fastsatte tærskelværdier inden for energi-, vand-, transport- og postsektoren.[104] I modsætning til udbudsdirektivet blev forsyningsvirksomhedsdirektivet implementeret i dansk ret i sin

[97] Udbudsloven, § 2
[98] *Ibid*., § 24, nr. 28
[99] Fabricius: *Offentlige indkøb i praksis* (2024), s. 74
[100] Udbudsloven, §§ 6-11
[101] *Ibid*., § 24, nr. 24
[102] *Ibid*., § 18
[103] Forsyningsvirksomhedsbekendtgørelsen (2022), § 11
[104] Forsyningsvirksomhedsdirektivet, art. 1, stk. 2

oprindelige form ved forsyningsvirksomhedsbekendtgørelsen, BEK nr 1624 af 15/12/2015, der ligesom udbudsloven trådte i kraft den 1. januar 2016.[105] Direktivet finder herefter anvendelse i dansk ret i sin oprindelige form.[106][107]

I forsyningsvirksomhedsdirektivet er det personelle anvendelsesområde udvidet, så det for kontrakter efter forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke kun gælder for *'ordregivere'*, men i stedet for *'ordregivende enheder'* som defineret i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 4.[108] Dette er,

a) ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, som driver forsyningsvirksomhed som defineret i direktivets art. 8-14, eller

b) private virksomheder, der driver forsyningsvirksomhed som defineret i direktivets art. 8-14, og som råder over særlige eller eksklusive rettigheder som defineret i art. 4, stk. 3, der er meddelt af en kompetent myndighed i en medlemsstat.[109]

Definitionen af de ordregivende myndigheder er den samme som i udbudsdirektivet.

Forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder en række bestemmelser, som ikke er at finde i udbudsdirektivet. Heriblandt kan nævnes forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 85 og 86, som regulerer '*Tilbud, der omfatter varer med oprindelse i tredjelande, og forbindelserne med disse lande'*.[110]

2.3 Unionens vej mod et mere lukket udbudsmarked

EU har længe haft et af verdens største og mest åbne udbudsmarkeder.[111] I 2012 skete der imidlertid et skift i åbenhedsstrategien, da EU-Kommissionen (Kommissionen) fremsatte et lovforslag som skulle regulere tredjelandes adgang til EU's udbudsmarked.[112]

[105] Forsyningsvirksomhedsbekendtgørelsen (2015), § 17, stk. 1
[106] Forsyningsvirksomhedsbekendtgørelsen (2022), § 19
[107] Forsyningsvirksomhedsdirektivet, art. 1, stk. 2
[108] *Ibid*., art. 4
[109] *Ibid*.
[110] *Ibid*., art. 85 og 86
[111] EU-Kommissionen: *EU og Kina i et strategisk perspektiv*, s. 8
[112] EU-Kommissionen: *COM(2012) 124 final*, *(*21.3.2012)

Forslaget kom som en reaktion på, at tredjelande var tilbageholdende med at liberalisere deres udbudsmarkeder, hvorfor de økonomiske aktører fra Unionen ofte mødte en mur af udfordringer, når de forsøgte at vinde udbudskontrakter i disse lande.[113]

Kommissionen besluttede derfor, at der skulle iværksættes initiativer, som kunne give de europæiske virksomheder bedre betingelser, når de konkurrerede om offentlige kontrakter i tredjelande.[114]

Udover art. 58 og 59 i det gamle forsyningsvirksomhedsdirektiv, direktiv 2004/17/EF, hvorefter ordregiverne havde mulighed for at afvise tilbud, når disse bestod af mere end 50 procent af varer eller tjenesteydelser, som ikke var omfattet af Unionens markedsadgangsforpligtelser, havde Unionen på daværende tidspunkt ikke udøvet sine beføjelser til at regulere tredjelandes adgang til EU's udbudsmarked.[115]

Kommissionen foreslog derfor udarbejdelsen af en selvstændig retsakt i form af en forordning, som kunne balancere behovet for bedre markedsadgang i tredjelande, men som samtidig ikke lukkede EU's udbudsmarked fuldstændigt.[116][117]

Retsakten ville betyde en decentralisering af en række beslutninger, hvorefter ordningen, som gjaldt under direktiv 2004/17/EF's art. 58 og 59, skulle udvides til at gælde alle offentlige indkøb.[118] Ligeledes ville Kommissionen med forordningen få mulighed for midlertidigt at kunne begrænse markedsadgangen for tredjelande, som ikke gav økonomiske aktører fra Unionen markedsadgang.[119]

Kommissionens forslag forblev dog ved tankerne, indtil der i 2016 blev fremsat et ændringsforslag til lovforslaget fra 2012.[120]

Ændringsforslaget havde til formål at fjerne potentielt negative konsekvenser, som forslaget fra 2012 kunne have medført i sin oprindelige form. Her var der særligt en

[113] *Ibid*., s. 2
[114] *Ibid*.
[115] *Ibid*.
[116] *Ibid*., s. 5
[117] *Ibid*., s. 8
[118] *Ibid*., s. 6
[119] *Ibid*., s. 5
[120] EU-Kommissionen: *COM(2016) 34 final* (29.01.2016)

bekymring omkring begrænsningen af markedsadgangen for tredjelande, ligesom der var et ønske om at fjerne *'den decentraliserede procedure*'.[121]

Kommissions Udvalg for Konsekvensanalyse foreslog derfor, at markedsadgangen ikke skulle kunne begrænses for tredjelande, men i stedet skulle Kommissionen have mulighed for at fastsætte prisjusteringsforanstaltninger, hvorefter de i evalueringen af tilbuddet kunne fastsætte en prisstraf overfor økonomiske aktører fra tredjelande, som ikke gav en fair markedsadgang for EU's økonomiske aktører.[122]

Ligeledes skulle der ikke ske en decentralisering af beslutningerne, da dette ville eliminere den administrative byrde for ordregiverne. Herudover ville det også sikre "*det indre markeds integritet.*"[123]

Konsekvensudvalget understregede i den forbindelse, at der var en risiko for forskellige forbrugsmønstre, hvis ordregiverne selv skulle anvende reglerne.[124] Afgørelser truffet på EU-plan ville sikre en bedre sammenhæng mellem EU's handelspolitik og EU's indre marked samt medvirke til, at Unionen overholdt sine internationale forpligtelser.[125]

Trods de gode intentioner førte ændringsforslaget imidlertid ikke til en vedtagelse. Kommissionen fastslog derefter, at "*Det haster med at finde en løsning på den fastlåste situation i Rådet med hensyn til dette instrument*."[126]

Grunden til denne hast var, at en række store økonomier fastholdt deres udbudspolitikker, hvorefter nationale økonomiske aktører fik en fortrinsbehandling. Disse politikker var bl.a. de kinesiske *'Køb kinesisk*' og '*Made in China 2025'*.[127][128]

Kommissionen udarbejdede i forlængelse af ovenstående en ny fælles meddelelse, som omhandlede '*Forbindelserne mellem EU og Kina i et strategisk perspektiv'*.[129] Den særlige interesse for Kina bunder i, at Kina er blevet en af EU's største handelspartnere,

[121] *Ibid*., s. 3
[122] *Ibid*., s. 7
[123] *Ibid*.
[124] *Ibid*., s. 8
[125] *Ibid*., s. 10
[126] EU-Kommissionen: *Udbud, der virker*, s. 10-11
[127] *Ibid*., s. 11, fodnote 38
[128] EU-Kommissionen: *EU og Kina i et strategisk perspektiv*, s. 5
[129] *Ibid*., s. 1

kun overgået af USA, samtidig med, at det kinesiske udbudsmarked er et af de mest lukkede.[130]

I meddelelsen fremlagdes 10 konkrete foranstaltninger, som bl.a. skulle medvirke til at skabe en bedre ligevægt og gensidighed i handelsforbindelserne mellem EU og Kina. To af disse foranstaltninger lød,

> - *"Foranstaltning 6: For at skabe større gensidighed og muligheder for offentlige udbud i Kina bør Europa-Parlamentet og Rådet vedtage* ***det internationale instrument for offentlige udbud*** *inden udgangen af 2019.*
> - *Foranstaltning 7: Kommissionen offentliggør senest i midten af 2019 en* ***vejledning om deltagelse af udenlandske tilbudsgivere og varer på EU's udbudsmarked****."*[131]

2.3.1 Vejledning om deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere og varer på EU's marked for offentlige udbud

Som lovet offentliggjorde Kommissionen i 2019 en vejledning.[132] Denne skulle præcisere, hvilke økonomiske aktører der er sikret adgang til EU's udbudsmarked, men måske endnu vigtigere hvilke økonomiske aktører, som ikke er sikret en sådan adgang, da "*sidstnævnte kan udelukkes fra udbuddet*."[133]

Det blev i vejledningen fastslået, at art. 25 i udbudsdirektivet og art. 43 i forsyningsvirksomhedsdirektivet kun gjaldt for økonomiske aktører fra tredjelande, som er med i GPA-aftalen eller har en anden handelsaftale med EU.[134]

Disse bestemmelser er enslydende og fastslår, at økonomiske aktører, som kommer fra disse tredjelande ikke må gives en behandling, som er "*mindre gunstig end den, der gives bygge- og anlægsarbejder, vareleverancer, tjenesteydelser og økonomiske aktører i Unionen*."[135]

---

[130] *Ibid*.
[131] EU-Kommissionen: *EU og Kina i et strategisk perspektiv*, s. 12
[132] EU-Kommissionen: *Deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere*
[133] *Ibid*., s. 5
[134] EU-Kommissionen: *Deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere*, s. 8
[135] Udbudsdirektivet, art. 25, og forsyningsvirksomhedsdirektivet, art. 43

Omvendt betød dette altså, at økonomiske aktører fra tredjelande, som ikke har en handelsaftale med EU, ikke er garanteret en lignende adgang til EU's udbudsmarked.[136]

Herudover blev det i vejledningen også fremhævet, at forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 85 indeholder en særlig ordning, hvorefter ordregiverne kan afvise tilbud, når andelen af varer med oprindelse i et ikke-omfattet tredjeland udgør mere end 50 % af den samlede vareværdi, som tilbuddet omfatter.[137]

Det blev i forlængelse heraf understreget, at en ordregiver fra EU, hvis denne vælger ikke at afvise et sådant bud, skal give forrang til tilsvarende bud, hvor mindre end 50 % af produkterne stammer fra et ikke-omfattet tredjeland.[138]

Sidst benyttede Kommissionen også vejledningen til at fremhæve konklusionerne fra Det Europæiske Råds møde, hvorefter de opfordrede til "*at genoptage drøftelserne om EU's instrument for internationale offentlige udbud*", da instrumentet fortsat ikke var blevet vedtaget.[139][140]

2.3.2 IPI-forordningen

Ti år efter EU's instrument for internationale offentlige udbud første gang blev foreslået, og mere end tre år efter at instrumentet burde være blevet vedtaget ifølge foranstaltning 7 i Kommissionens meddelelse, trådte Europa-Parlamentets og Rådets forordning 2022/1031 af 23. juni 2022 (IPI-forordningen) i kraft.[141][142]

Formålet med IPI-forordningen, der finder anvendelse overfor økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande, er at "*fremme gensidighed i adgangen til internationale markeder for offentlige udbud*."[143]

Formålet kommer til udtryk ved, at EU med forordningen har mulighed for at vedtage generelle foranstaltninger over for økonomiske aktører fra tredjelande, som ikke har

[136] EU-Kommissionen: *Deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere*, s. 8
[137] *Ibid*., s. 10
[138] *Ibid*., s. 11
[139] *Ibid*., s. 9
[140] Det Europæiske Råd: *Konklusioner* (21. og 22. marts 2019), s. 3
[141] IPI-forordningen
[142] *Ibid*., Procedure
[143] *Ibid*., Document summary

indgået en handelsaftale med EU, og som samtidig har vedtaget udbudsretlige foranstaltninger mod virksomheder fra EU-lande.

IPI-foranstaltningerne kan som udgangspunkt sættes til at skulle vare i fem år, hvor de i den tid "*begrænser adgangen for erhvervsdrivende, varer eller tjenesteydelser med oprindelse i tredjelande til Unionens markeder for offentlige udbud*."[144][145]

Det er i IPI-forordningens art. 3 fastlagt, hvad det vil sige at have oprindelse i et tredjeland. Bestemmelsen sondrer både mellem fysiske og juridiske personer. For juridiske personer har denne som udgangspunkt oprindelse i det land, hvor denne er etableret.

Udøver den juridiske person imidlertid ikke væsentlige forretningsaktiviteter i det land, hvor denne er etableret, vil oprindelsen i stedet skulle fastlægges ud fra oprindelsen for de personer, som kan udøve enten direkte eller indirekte bestemmende indflydelse på den juridiske person.[146]

Til forskel fra, hvad Kommissionens Udvalg for Konsekvensanalyse foreslog, giver IPI-forordningen i art. 6, stk. 6 Kommissionen mulighed for at vedtage IPI-foranstaltninger, hvorefter ordregivere fra EU skal udelukke tilbud fra økonomiske aktører, som har oprindelse i det tredjeland, hvorimod der er fastsat en foranstaltning.

I tråd med forslaget fra udvalget kan Kommissionen også pålægge ordregiverne at fastsætte en scorejustering af tilbud fra disse økonomiske aktører.[147]

IPI-forordningen definerer 'scorejustering' som følgende,

"*den relative reduktion med en given procentdel af et tilbuds score, der er resultatet af evalueringen af tilbuddet foretaget af en ordregivende myndighed eller en ordregivende enhed* ***på grundlag af kontrakttildelingskriterierne****, der er defineret i de relevante offentlige udbudsdokumenter. I tilfælde, hvor pris eller omkostninger er det eneste kontrakttildelingskriterium, forstås der ved scorejustering den relative forhøjelse med en*

[144] *Ibid*., art. 2, stk. 1, litra j
[145] *Ibid*., art. 6, stk. 11
[146] *Ibid*., art. 3
[147] *Ibid*., art. 6, stk. 6

given procentdel af en tilbudsgivers tilbudte pris med henblik på evaluering af et tilbud."[148] (min fremhævning)

Scorejusteringen, som altså skal ske på grundlag af kontrakttildelingskriterierne, har kun betydning for evalueringen og rangordningen af tilbuddene, hvorfor en forhøjelse af prisen ikke skal tillægges den endelige kontrakt.[149]

Forordningen finder anvendelse på udbud efter udbuds-, forsyningsvirksomheds- og koncessionsdirektivet, som har en værdi, der for bygge- og anlægsarbejder og koncessioner bør være over 15 mio. EUR eksklusive moms, mens værdien for varer- og tjenesteydelser bør være 5 mio. EUR eksklusive moms.[150][151] Dette efterlader et justerings-tomrum, hvor kontrakter med en lavere værdi som udgangspunkt ikke vil blive ramt af en IPI-foranstaltning.

Grundet Kinas foranstaltninger og praksis, som muligvis medfører en forringet adgang for økonomiske aktører fra EU ift. deltagelse i offentlige udbud i Kina, som vedrører medicinsk udstyr, indledte Kommissionen d. 24. april 2024 deres første IPI-undersøgelse.[152]

2.4 Delkonklusion

EU har enekompetence på området for den fælles handelspolitik, som dækker over Unionens optræden udadtil, mens medlemsstaterne og EU har delt kompetence på området for det indre marked, som dækker over Unionens indre grænser.

Udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet er i dansk ret implementeret gennem henholdsvis udbudsloven og forsyningsvirksomhedsbekendtgørelsen. I udbudsloven findes der bestemmelser, som ikke fremgår af direktivet, hvilket bl.a. gør sig gældende for den obligatoriske udelukkelsesgrund i udbudslovens § 134 a.

Også i forsyningsvirksomhedsdirektivet, der grundet sin implementeringsform i dansk ret, finder direkte anvendelse i dansk ret, findes der bestemmelser, hvorefter økonomiske

[148] *Ibid*., art. 2, stk. 1, litra d
[149] *Ibid*, art. 6, stk. 7
[150] *Ibid*., art. 1, stk. 2
[151] *Ibid*., art. 6, stk. 4
[152] EU-Kommissionen: *Commission opens first in-depth investigation under the Foreign Subsidies Regulation*

aktører og varer fra tredjelande, der ikke har indgået en aftale med EU, kan udelukkes og forskelsbehandles.

EU har siden 2012 haft langt større fokus på, hvordan Unionens attraktive udbudsmarked kunne bruges mere strategisk ift. den fælles handelspolitik. Dette har ført til, at EU gradvist har bevæget sig væk fra en åbenhedsstrategi til i stedet at føre en gensidighedsstrategi overfor tredjelande. Herefter kan kun tredjelande, der har indgået en aftale med Unionen, være sikre på at måtte deltage i udbud indenfor EU.

Et udtryk for denne gensidighedsstrategi er IPI-forordningen, som trådte i kraft i 2022, og som for første gang blev taget i brug i 2024.

3 En tur i skammekrogen

Nærværende kapitel vil tage udgangspunkt i de to EU-sager C-266/22 og C-652/22, der begge omhandler udbud med deltagelse af økonomiske aktører fra tredjelande, som ikke har indgået en aftale med Unionen. Begge sager, der vedrører spørgsmål om fortolkningen af retsakter udstedt af Unionen, er med hjemmel i TEUF art. 267 blevet forelagt EUD.[153] Efter denne bestemmelse, kan nationale retter i Unionens medlemsstater, før de afsiger dom i den verserende, nationale sag, anmode EUD om at afgøre præjudicielle spørgsmål, som måtte være blevet rejst under sagen.[154]

Hver sagsgennemgang vil starte med en præsentation af handlingsforløbet. Herefter vil generaladvokatens forslag til afgørelse blive præsenteret. Sagerne har det tilfælles, at generaladvokaten i den enkelte sag rejste nogle spørgsmål ex officio, hvilket hænger sammen med, at den præjudicielle forelæggelse kun kan antages til realitetsbehandling, hvis en besvarelse af de præjudicielle spørgsmål fra de nationale domstole har betydning for udfaldet af den tvist, som den forelæggende ret skal afgøre.[155]

EUD har fortsat ikke afsagt dom i C-266/22, hvorfor der i denne sag, kun vil blive taget udgangspunkt i generaladvokatens udtalelse, mens der i C-652/22 vil blive taget

[153] TEUF, art. 267
[154] TEUF, art. 267
[155] C-70/22, pr. 23

udgangspunkt i både generaladvokatens og EUD's udtalelser, ligesom også et indlæg afgivet af den danske regering i forbindelse med sagen vil blive behandlet.

3.1 CRRC Qingdao Sifang m.fl. - C-266/22

Den 3. april 2020 indledte den rumænske virksomhed Autoritatea pentru Reformă Feroviară (ARF) en udbudsprocedure vedrørende køb af 20 elektriske togsæt samt vedligeholdelses- og serviceydelser, som var nødvendige for driften af disse.[156]

To økonomiske aktører afgav tilbud i forbindelse med udbuddet. Det ene kom fra en sammenslutning bestående af den kinesiske virksomhed CRRC Qingdao Sifang CO. LTD, der var det ledende selskab i sammenslutning, og den rumænske virksomhed, Astra Vagoane Călători (sammenslutningen).[157]

I løbet af udbudsproceduren, og før sammenslutningen afgav deres tilbud, trådte der en lovændring i kraft i Rumænien, hvorefter begrebet 'økonomisk aktør' ikke længere dækkede økonomiske aktører fra tredjelande, som ikke har indgået en aftale med EU. Disse aktører skal derfor udelukkes fra udbudsproceduren.[158]

Den 2. november 2021 offentliggjorde ARF deres tildelingsrapport. Heraf fremgik det, at sammenslutningens tilbud var blevet udelukket. Udelukkelsen var sket med baggrund i, at Qingdao Sifang havde hjemsted i Kina.[159]

Sammenslutningen indgav herefter en klage til det nationale råd for ankesager i Rumænien (CNSC). CNSC afslog klagen, da Qingdao Sifang ikke faldt ind under begrebet 'økonomisk aktør' i den rumænske lov om offentlige udbud.[160]

Sammenslutningen appellerede afgørelsen til appeldomstolen i Bukarest (CAB), da de mente, at det var i strid med en række EU-retlige principper at anvende en lov, som trådte i kraft, kort tid forinden sammenslutningen afgav deres tilbud. I stedet mente de, at det burde være den lov, som gjaldt, da ARF indledte udbudsproceduren, som fandt anvendelse.[161]

---

[156] Forslag til afgørelse, C-266/22, pr. 24
[157] *Ibid*., pr. 26-27
[158] *Ibid*., pr. 25
[159] *Ibid*., pr. 27
[160] *Ibid*., pr. 28-29
[161] *Ibid*., pr. 30

CAB besluttede at udsætte sagen, da domstolen ville forelægge EU-Domstolen nogle præjudicielle spørgsmål.[162]

3.2 Generaladvokatens forslag til en afgørelse

Den 11. maj 2023 kom generaladvokat A. Rantos med sit ikke-bindende forslag til, hvordan sagen skal afgøres. Generaladvokaten valgte i den forbindelse ex officio at fremsætte en række bemærkninger vedrørende udbudsdirektivets personelle anvendelsesområde.[163]

Generaladvokaten fandt det nødvendigt at fastlægge det personelle anvendelsesområde, da besvarelsen af spørgsmålene fra CAB forudsætter, at EU-retten finder anvendelse på sammenslutningen. Finder den ikke anvendelse, kan sammenslutningen imidlertid ikke "*påberåbe sig de generelle principper om retssikkerhed og beskyttelse af den berettigede forventning, således som de er sikret ved EU-retten*."[164]

Generaladvokaten valgte i den forbindelse at henvise til udbudsdirektivets art. 25.[165] Bestemmelsen vedrører tredjelande, der har indgået en aftale med EU, hvorefter de ifm. udbud indenfor Unionen har krav på en behandling, "*som ikke må være mindre gunstig*", end den behandling, som gives økonomiske aktører fra Unionen.[166]

Denne behandling sikres ifølge udbudsdirektivets betragtning 17 ved, at ordregiverne i medfør af aftalerne gør udbudsdirektivet "*gældende for økonomiske aktører fra tredjelande, som har undertegnet aftalerne*."[167]

Imidlertid har Kina ikke indgået en aftale med Unionen, hvorfor økonomiske aktører fra Kina, som Qingdao Sifang, ikke er omfattet af udbudsdirektivets art. 25.

Herefter henviste generaladvokaten til udbudsdirektivets art. 1, stk. 2, hvorefter "*Udbud i henhold til dette direktiv omfatter en eller flere ordregivende myndigheders anskaffelse […] fra* ***økonomiske aktører***."[168] (min fremhævning)

---

[162] *Ibid*., pr. 31
[163] *Ibid*., pr. 44
[164] *Ibid*., pr. 59
[165] Udbudsdirektivet, art. 25
[166] *Ibid*.
[167] *Ibid*., betragtning 17
[168] *Ibid*., art. 1, stk. 2

Det var derfor afgørende, at der i udbudsdirektivets forstand var tale om en økonomisk aktør, da den ordregivende myndigheds anskaffelse kun kan ske fra sådanne.

Økonomisk aktør er defineret i udbudsdirektivets art. 2, stk. 1, nr. 10, hvorefter det omfatter "***enhver fysisk eller juridisk person*** *og enhver offentlig enhed samt* ***enhver sammenslutning af sådanne personer og/eller enheder, herunder enhver midlertidig sammenslutning af virksomheder****, som tilbyder udførelse af arbejder og/eller bygge- og anlægsarbejder og levering af varer eller tjenesteydelser på markedet*."[169] (min fremhævning)

Det er værd at bemærke, at der ikke er noget i art. 2, stk. 1, nr. 10, som indikerer, at økonomiske aktører fra tredjelande, der ikke har indgået en aftale med EU, ikke skulle være omfattet af udbudsdirektivets anvendelsesområde. Dette vil i så fald betyde, at også disse aktører vil kunne påberåbe sig direktivets principper.

Generaladvokaten var imidlertid ikke enig i, at den ovenstående opfattelse, hvorefter økonomiske aktører fra tredjelande, der ikke har indgået en aftale med Unionen, skulle være omfattet af udbudsdirektivet, også var den gældende opfattelse i EU-retten.

Generaladvokaten fremhævede derfor, at det var nødvendigt at foretage en ordlyds-, sammenhængs- og formålsfortolkning af udbudsdirektivets art. 25.[170]

Generaladvokaten henviste herefter til ordlyden af bestemmelsen, der kun fastsætter, at økonomiske aktører fra tredjelande, som har indgået en aftale med Unionen, har krav på en behandling, som er ikke mindre gunstig end den, økonomiske aktører fra Unionen får.[171]

Han mente derfor, at det modsætningsvis kunne udledes, at **medlemsstaterne** har mulighed for at give økonomiske aktører fra tredjelande, som ikke har indgået en aftale med Unionen, en mindre gunstig behandling, ligesom han også fremhævede, at disse aktører ikke har ret til at deltage i udbud indenfor Unionen.[172]

---

[169] *Ibid*., art. 2, stk. 1, nr. 10
[170] Forslag til afgørelse, C-266/22, pr. 63-64
[171] *Ibid*., pr. 65
[172] *Ibid*.

I forlængelse heraf fremhævede generaladvokaten IPI-forordningens tiende betragtning, hvorefter, "*Erhvervsdrivende fra tredjelande, der ikke har nogen aftale om adgang til EU's marked* […] *i overensstemmelse med* […] *2014/24/EU* […] *og som præciseret i Kommissionens meddelelse af 24. juli 2019 om vejledning om deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere og varer på EU's marked for offentlige udbud,* ***ikke*** **[har]** ***sikkerhed for*** *at måtte byde ind på udbudsprocedurer i EU og kan udelukkes*."[173][174] (min fremhævning)

Argumentet er her, at IPI-forordningen, kan anvendes på økonomiske aktører fra tredjelande, der ikke har indgået en aftale med EU, hvis disse tredjelande har vedtaget udbudsretlige foranstaltninger mod virksomheder fra EU-lande. Anvendelse af IPI-forordningen kan herefter betyde, at økonomiske aktører med oprindelse i det pågældende tredjeland risikerer at blive udelukket fra udbud i Unionen.[175]

Først og fremmest er det overraskende, at generaladvokaten først argumenterer for, at det er medlemsstaternes kompetence at give økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande en mindre gunstig behandling, hvorefter han henviser til IPI-forordningen, da IPI-forordningen netop er udtryk for, at Unionen har udnyttet kompetencen til at regulere den mindre gunstige behandling, som økonomiske aktører fra tredjelande kan gives.

Herefter skal det også fremhæves, at der efter IPI-forordningen er to kumulative betingelser, som skal være opfyldt, før den kan finde anvendelse. Der må ikke være indgået en aftale med tredjelandet, og ligeledes skal der findes en tredjelandsforanstaltning eller -praksis.[176]

Findes der ikke en sådan tredjelandsforanstaltning- eller praksis, ses der efter ordlyden ikke at være noget holdepunkt for, at dette tredjeland ikke også skulle have ret til at deltage i udbud i Unionen med begrundelsen, at der ikke er indgået en aftale med EU.

Det må derfor fastslås, at det ud fra en ordlydsfortolkning ikke er muligt at bestemme, om økonomiske aktører fra tredjelande, der ikke har indgået en aftale med Unionen, har ret til at deltage i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter inden for EU. Det er derfor nødvendigt at se ind i sammenhængen og formålet med udbudsdirektivets art. 25.

---

[173] IPI-forordningen, betragtning 10
[174] Forslag til afgørelse, C-266/22, pr. 67
[175] IPI-forordningen, art. 6, stk. 6
[176] *Ibid*., art. 6, stk. 1

Efter generaladvokatens opfattelse er der ikke i udbudsretten et krav om, at økonomiske aktører fra tredjelande, som ikke har indgået en aftale med Unionen, skal behandles lige. Han mente derfor, at disse aktører falder uden for udbudsdirektivets anvendelsesområde, fordi "*Princippet om ligebehandling af økonomiske aktører* ***udgør kernen*** *i de offentlige udbudsdirektiver og* ***ligger til grund*** *for næsten alle deres bestemmelser*."[177] (min fremhævning)

Når de økonomiske aktører ikke er dækket af princippet om ligebehandling, vil de derfor heller ikke kunne påberåbe sig udbudsdirektivet, hvis fundament er udgjort af et krav om ligebehandling.

Yderligere mente han, at dette skal ses i sammenhæng med udbudsdirektivets retsgrundlag, som udgøres af TEUF art. 53 om etableringsfriheden, art. 62 om fri udveksling af tjenesteydelser og art. 114 om vedtagelse af foranstaltninger.[178] Tredjelande vil ikke kunne påberåbe sig disse bestemmelser, da disse kun gælder for Unionens institutioner og medlemslande.[179]

Sidst fremhævede generaladvokaten formålet med udbudsdirektivets art. 25, som ifølge ham er at skabe en gensidighedsstrategi, hvorefter "*virksomheder i EU gennem forhandlinger kan få adgang til tredjelandes markeder for offentlige udbud* ***til gengæld for****, at virksomheder i disse lande får adgang til EU's markeder for offentlige udbud*."[180] (min fremhævning)

Denne gensidighedsstrategi fremgår ifølge generaladvokaten af udbudsdirektivets betragtning 17 og 98, hvorefter udbudsdirektivet bør gøres "*gældende for økonomiske aktører fra tredjelande, som har undertegnet aftalerne*", ligesom de tildelingskriterier, der er fastsat i en udbudsbekendtgørelse, ikke bør vælges på en måde, "*der direkte eller indirekte diskriminerer økonomiske aktører fra andre medlemsstater eller tredjelande, der er parter i GPA-aftalen eller i frihandelsaftaler, som Unionen er part i*."[181]

Strategien fremgår ligeledes af Kommissionens *'Vejledning om deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere og varer på EU's marked for offentlige udbud*', da det af Vejledningen

[177] Forslag til afgørelse, C-266/22, pr. 66
[178] *Ibid*., pr. 69
[179] C-80/12, pr. 39
[180] Forslag til afgørelse, C-266/22, pr. 73
[181] Udbudsdirektivet, betragtning 17 og 98

fremgår, at "*Meddelelsen minder også om Kommissionens forpligtelse til at sikre **gensidighed** i adgangen til udenlandske markeder for offentlige udbud*."[182] (min fremhævning)

Det kan overraske, at generaladvokaten ikke også her valgte at henvise til IPI-forordningens formål, som er "*at fremme **gensidighed** i adgangen til internationale markeder for offentlige udbud*."[183] (min fremhævning)

Efter ordlyds-, sammenhængs- og formålsfortolkningen mente generaladvokaten derfor ikke, at økonomiske aktører fra tredjelande, som ikke har indgået en aftale med Unionen, heriblandt økonomiske aktører fra Kina, har de rettigheder, som følger af udbudsdirektiverne.[184]

Han udtalte derfor, at "*De kan således ikke med rette påberåbe sig en tilsidesættelse af lighedsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling, retssikkerhedsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, som er fastsat i EU-retten*."[185]

Generaladvokaten sluttede derfor med at konkludere, at der ikke var nogen grund til at besvare de af CAB fremsatte spørgsmål.[186]

Der er i det ovenstående særligt en udfordring med generaladvokatens argumentation. Han forholder sig primært til Qingdao Sifang, hvorfor han er en smule blind overfor den rumænske virksomhed, Astra Vagoane Călători, som også er en del af sammenslutningen.

Faktisk nævner han i løbet af sin bedømmelse kun Astra en enkelt gang, hvor han blot fremhæver, at "*Såfremt anmodningen om præjudiciel afgørelse måtte blive afvist for så vidt angår CRRC Qingdao Sifang, bør den desuden også afvises for så vidt angår **Astra Vagoane Călători**, som ganske vist er etableret i Rumænien, men **har deltaget** i den offentlige udbudsprocedure **inden for rammerne af en sammenslutning** med CRRC Qingdao Sifang*."[187] (min fremhævning)

---

[182] EU-Kommissionen: *Deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere*, s. 6
[183] IPI-forordningen, Document Summary
[184] Forslag til afgørelse, C-266/22, pr. 74
[185] *Ibid.*
[186] *Ibid*.
[187] *Ibid*., pr. 39

Generaladvokaten begrunder sit fokus med, at Qingdao Sifang er det ledende selskab i sammenslutningen.[188] Der er imidlertid ikke nogen tvivl om, at Astra som udgangspunkt har krav på ligebehandling, eftersom der er tale om en økonomisk aktør, som er hjemmehørende i Rumænien, der er et EU-land. Derfor rejser det naturligt spørgsmålet, om sammenslutningen kunne have støttet ret på udbudsdirektivet, hvis det omvendt havde været Astra, som var sammenslutningens ledende selskab?

Den mest almindelige form for sammenslutninger indenfor udbudsretten er konsortier, og da der ikke er indikationer på det modsatte, må det også antages, at der i denne sag var tale om et konsortium.[189] Et konsortium er indenfor udbudsretten et samarbejde mellem to eller flere økonomiske aktører, som efter en konsortieaftale mellem disse skal afgive et fælles tilbud på en offentlig kontrakt.[190]

Udover at præambelbetragtning 15 i udbudsdirektivet fremhæver, at ordregiveren kan fremsætte krav om, at konsortiet skal udpege en ledende partner i relation til udbudsprocessen, er der i udbudsretten ikke en skarp sondring mellem konsortielederen og konsortiets andre deltagere.[191]

Det kan derfor undre, når generaladvokaten har behov for at understrege Qingdao Sifangs rolle som ledende selskab i sammenslutningen. Mest af alt virker det som en måde, hvorpå han kan undgå at tage stilling til, at Astra er en økonomisk aktør, som er hjemmehørende indenfor Unionen.

Da leder-sondringen reelt ses at være uden betydning, vil den derfor ikke blive omtalt nærmere.

Det fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning fra 2022 '*Udbud med deltagelse af konsortier*', at ordregiveren skal se på et konsortium som en helhed.[192] Dette betyder bl.a., at "*Hvis en deltager i en sammenslutning er omfattet af udelukkelsesgrunde* […] *er det* ***sammenslutningen som helhed****, der er ansøger eller tilbudsgiver, og som følge heraf skal ordregiveren udelukke sammenslutningen.*"[193] (min fremhævning)

---

[188] *Ibid*., pr. 60
[189] Ølykke m.fl.: *EU's udbudsregler* (2022), s. 194
[190] Udbudsdirektivet, art. 2, stk. 1, nr. 10 og art. 19, stk. 2
[191] *Ibid*., betragtning 15
[192] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbud med deltagelse af konsortier*, s. 10
[193] Nr. L 19 (som fremsat), s. 146

Omvendt betyder det også, at det ift. et konsortium ikke kan kræves, at alle medlemmer af et konsortium lever op til de krav, som stilles til egnethed, så længe et enkelt eller flere medlemmer af konsortiet opfylder de samlede minimumskrav.[194]

Man kan derfor spørge, om konsortiet som helhed ikke burde kunne støtte ret på udbudsdirektivet, når et enkelt medlem af konsortiet opfylder kravene for at kunne støtte ret på dette?

Skulle det være tilfældet, ville det imidlertid betyde, at økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande ved at indgå i et konsortium med virksomheder fra EU eller fra tredjelande, som EU har en aftale med, ville falde ind under anvendelsesområdet for udbudsdirektivets art. 25, da de ville få krav på en *'ikke mindre gunstig behandling'*. Dette ville ikke kun betyde, at disse tredjelande som en del af konsortiet ville have en ret til at deltage i udbud, men samtidig ville de som en del af konsortiet også have krav på ligebehandling.

En sådan opfattelse vil betyde, at når der er vedtaget IPI-foranstaltninger imod et ikke-omfattet tredjeland, så vil den økonomiske aktør fra dette tredjeland kunne omgå IPI-foranstaltningerne ved at indgå i et konsortium med en økonomisk aktør fra Unionen, da den økonomiske aktør fra det ikke-omfattede tredjeland vil kunne basere sig på den anden økonomiske aktørs krav på ligebehandling, hvorefter der fx ikke ville kunne pålægges en scorejustering af tilbuddet efter IPI-forordningen.

Helhedsopfattelsen af sammenslutninger må derfor lede til, at når en økonomisk aktør indenfor Unionen indgår i et konsortium med en økonomisk aktør fra et ikke-omfattet tredjeland, giver den økonomiske aktør fra Unionen afkald på kravet om ligebehandling, da en anderledes fortolkning ville stride mod formålet med udbudsdirektivets art. 25 og IPI-forordningen.

[194] C-399/05, pr. 22

3.3 Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret - C-652/22

Den 7. september 2020 offentliggjorde den kroatiske virksomhed, HŽ Infrastruktura d.o.o. (HŽ), en udbudsbekendtgørelse vedrørende en kontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder.[195]

Knap halvandet år senere traf HŽ beslutning om at tildele kontrakten til en sammenslutning af tilbudsgivere bestående af Strabag AG fra Østrig, Strabag d.o.o. Zagreb fra Kroatien og Strabag Rail a.s. fra Tjekkiet (sammenslutningen).[196]

Den tyrkiske virksomhed, Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Kolin), indgav herefter en klage over tildelingsbeslutningen til det nationale klagenævn for offentlige udbud i Kroatien (DKN), da Kolin ikke mente, at sammenslutningen havde dokumenteret opfyldelse af minimumskravene til faglig og teknisk formåen som fastsat i udbudsbetingelserne.[197]

DKN var enig i, at dokumentationen for opfyldelse af minimumskravene ikke var opfyldt, hvorefter tildelingsbeslutningen blev annulleret.[198]

Efter annullationen anmodede HŽ sammenslutningen om at fremlægge yderligere dokumentation.[199]

Kort efter anmodningen blev en komplet liste over sammenslutningens afsluttede arbejder indsendt til HŽ. Listen inkluderede en henvisning til et projekt, som opfyldte de relevante kriterier, men som ikke tidligere var fremgået af sammenslutningens tilbud.[200]

Efter en fornyet gennemgang og evaluering traf HŽ den 28. april 2022 en ny tildelingsbeslutning, hvor HŽ igen valgte sammenslutningen som vinder af udbuddet. Kolin mente imidlertid ikke, at HŽ lovligt kunne tillade sammenslutningen at supplere det mangelfulde udbudsmateriale, hvorfor Kolin klagede igen.[201]

---

[195] C-652/22, pr. 21
[196] *Ibid*., pr. 23
[197] *Ibid*., pr. 24
[198] *Ibid*., pr. 25
[199] *Ibid*., pr. 26
[200] *Ibid*., pr. 27
[201] *Ibid*., pr. 30-31

DKN afviste denne gang klagen, da de ikke mente, at der var noget i vejen for, at HŽ tog hensyn til projektet, som ikke tidligere var fremgået af sammenslutningens tilbud. [202] For at få prøvet lovligheden af afgørelsen, anlagde Kolin herefter sag ved den kroatiske appeldomstol i forvaltningsretlige sager (VRH), da Kolin mente, at medtagningen af en ny henvisning var i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip.[203]

VRH besluttede at udsætte sagen, da de ville forelægge EUD nogle præjudicielle spørgsmål.[204]

3.3.1 Generaladvokatens forslag til en afgørelse

Den 7. marts 2024 kom Generaladvokat A.M. Collins med sit ikke-bindende forslag til, hvordan EUD skulle besvare de præjudicielle spørgsmål.[205]

Før han tog stilling til dette, fremhævede han imidlertid to nye spørgsmål, som han, ligesom generaladvokaten i Qingdao Sifang-sagen, havde rejst ex officio. Disse vedrørte sagens formalitet og lød,

1. *"Har økonomiske aktører, der er etableret i tredjelande, med hvilke Unionen ikke har indgået en international aftale om offentlige udbud, ret til at deltage i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter inden for EU?*
2. *Kan medlemsstaterne i bekræftende fald fastsætte betingelserne for disse økonomiske aktørers deltagelse, eller tilkommer det alene Unionen at træffe afgørelse herom?*"[206]

Spørgsmålene blev rejst, fordi Collins mente, at EUD først og fremmest skulle efterprøve, om den præjudicielle forelæggelse i det hele taget kunne antages til realitetsbehandling.[207]

[202] *Ibid*., pr. 32
[203] *Ibid*., pr. 33
[204] *Ibid*., pr. 35
[205] Forslag til afgørelse, C-652/22
[206] *Ibid*., pr. 1
[207] *Ibid*., pr. 23

3.3.1.1 Spørgsmål 1 – Har økonomiske aktører, der er etableret i tredjelande, med hvilke Unionen ikke har indgået en international aftale om offentlige udbud, ret til at deltage i procedurer for tildeling af offentlige kontrakter inden for EU?

Forsyningsvirksomhedsdirektivet art. 43 nævner eksplicit, at når økonomiske aktører fra tredjelande, som er med i GPA-aftalen, eller som Unionen har en anden frihandelsaftale med, deltager i udbud indenfor Unionen, skal ordregiverne give disse "*en behandling, der* ***ikke er mindre gunstig*** *end den behandling, der indrømmes* […] *økonomiske aktører fra Unionen*."[208] (min fremhævning)

I præambelbetragtning 27 til forsyningsvirksomhedsdirektivet står det skrevet, at

"*For så vidt angår de kontrakter, der er omfattet af* […] *GPA-aftalen og af andre relevante internationale aftaler, som Unionen er bundet af, bør ordregivende enheder opfylde forpligtelserne i henhold til disse aftaler ved at* ***anvende dette direktiv over for økonomiske aktører fra tredjelande, der har undertegnet disse aftaler***."[209] (min fremhævning)

Ligeledes er det i præambelbetragtning 103 til forsyningsvirksomhedsdirektivet, der omhandler tildelingskriterier vedrørende de sociale aspekter i forbindelse med fremstillingsprocessen af udbudskontraktens bygge- eller anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser nævnt, at tildelingskriterierne

"*bør ikke vælges eller anvendes på en måde, der direkte eller indirekte forskelsbehandler økonomiske aktører fra andre medlemsstater eller fra tredjelande, der er parter i GPA-aftalen eller i frihandelsaftaler, som Unionen er part i*."[210]

En fællesnævner for bestemmelsen og betragtningerne er, at tredjelande, som ikke er med i GPA-aftalen, eller som Unionen ikke har indgået en anden frihandelsaftale med, ikke er nævnt.

---

[208] Forsyningsvirksomhedsdirektivet, art. 43
[209] *Ibid*., betragtning 27
[210] *Ibid*., betragtning 103

Disse tredjelande er i stedet nævnt i forsyningsvirksomhedsdirektivet art. 85 og 86, som omhandler '*Tilbud, der omfatter varer med oprindelse i tredjelande, og forbindelserne med disse lande*'.[211]

Bestemmelserne er særlige, fordi de giver Kommissionen samt medlemslandene mulighed for at forskelsbehandle tredjelande, hvormed "***Unionen ikke** har indgået en multilateral eller bilateral aftale, der reelt sikrer EU-virksomheder en tilsvarende adgang til de pågældende tredjelandes markeder*."[212] (min fremhævning)

Der er imidlertid intet krav om, at økonomiske aktører, der tilbyder varer med oprindelse i tredjelande skal afvises fra udbuddet, hvilket også tydeligt fremgår af art. 85, stk. 2, der omhandler varer med oprindelse i tredjelande, hvoraf det fremgår, at "*Tilbud med henblik på tildeling af en indkøbskontrakt **kan** afvises, hvis andelen af varer med oprindelse i tredjelande* […] *udgør mere end 50 % af den samlede værdi af de varer, som tilbuddet omfatter*."[213] (min fremhævning)

Sammenholdes ovenstående med hinanden, er det tydeligt, at tredjelande, som EU har en aftale med, som udgangspunkt skal behandles som Unionens egne lande.

Mere tvivlsom er retsstillingen for de tredjelande, som Unionen ikke har en aftale med. Sikkert er det, at de har mulighed for at deltage i udbud, da det ellers ville være unødvendigt at have bestemmelser som art. 85 og 86, der giver mulighed for at udelukke disse tredjelande. Det er dog tvivlsomt, om denne mulighed også skal ses som en egentlig ret til at deltage i procedurer for tildeling af udbudskontrakter i EU.

I forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 45, stk. 1 bestemmes det, at "*I offentlige udbud kan **alle interesserede økonomiske aktører** indgive et tilbud som svar på en indkaldelse af tilbud*."[214] (min fremhævning)

Bestemmelsen sondrer altså ikke mellem, hvor de økonomiske aktører er hjemmehørende. Ordlyden af art. 45 kunne derfor indikere, at selvom økonomiske aktører fra tredjelande i nogle specifikke tilfælde kan udelukkes efter forsyningsvirksomhedsdirektivet art. 85 eller 86, så har de, uanset tredjelandet ikke har

[211] *Ibid*., afdeling 4
[212] *Ibid*., art. 85, stk. 1
[213] *Ibid*., art. 85, stk. 2
[214] *Ibid*., art. 45, stk. 1

indgået en aftale med EU, ret til at deltage i udbud inden for Unionen, når disse artikler ikke finder anvendelse.

Generaladvokat A.M. Collins, der anlægger en ordlydsfortolkning af art. 43 og 86, er uenig i dette, da han mener, at en sammenholdning af bestemmelserne viser, at det fra sag til sag kan afgøres, om økonomiske aktører fra tredjelande uden en aftale med Unionen skal kunne deltage i en udbudsprocedure.[215]

Et sådant argument er umiddelbart svært at støtte op om. Det fremgår nemlig af ordlyden i art. 86, at denne kun er anvendelig, når økonomiske aktører fra Unionen oplever "*vanskeligheder af retlig eller faktisk art i forbindelse med at få tildelt tjenesteydelseskontrakter i tredjelande*."[216]

Bestemmelsen har efter sin ordlyd derfor kun betydning over for tredjelande, som ikke har indgået en aftale med Unionen, men som også samtidig vanskeliggør muligheden for at økonomiske aktører fra EU kan deltage i udbud i det pågældende tredjeland.

Der er altså to kumulative betingelser, som skal være opfyldte, hvorfor bestemmelsen ikke uden videre kan finde anvendelse overfor tredjelande, der ikke har indgået en aftale med EU, når disse ikke vanskeliggør muligheden for, at økonomiske aktører fra Unionen kan deltage i udbud.

Den danske regering, der afgav indlæg i sagen, mener ligesom generaladvokaten ikke, at ordlyden af forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 43 "*giver aktører fra sådanne tredjelande nogen ret til at deltage i et EU-udbud*."[217]

Dette hænger sammen med, at forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke indeholder "*holdepunkter for, at samme rettighed tildeles aktører fra tredjelande, når der ikke foreligger en sådan aftale*."[218]

Forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 43 udelukker efter sin ordlyd imidlertid heller ikke, at de samme rettigheder skulle kunne tildeles økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande. En sådan opfattelse vil kræve, at man sammenholder bestemmelser

[215] Forslag til afgørelse, C-652/22, pr. 30
[216] Forsyningsvirksomhedsdirektivet, art. 86, stk. 1
[217] Bilag 1, s. 5
[218] *Ibid*., s. 6

i direktivet, som generaladvokaten gjorde ovenfor, hvor han i stedet burde have sammenholdt art. 43 med forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 85. Dette vil blive diskuteret senere i afhandlingen.

Til forskel fra både generaladvokaten og den danske regering valgte EUD at se ud over forsyningsvirksomhedsdirektivet, da domstolen fremhævede, at det fremgår af IPI-forordningens tiende betragtning, "*at adgangen for økonomiske aktører fra disse tredjelande til at deltage i offentlige udbudsprocedurer i Unionen* ***ikke er sikret****, og at disse aktører kan udelukkes herfra*."[219] (min fremhævning)

I tiende betragtning til IPI-forordningen, der blandt andet finder anvendelse på udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, står, at

"*Erhvervsdrivende fra tredjelande, der ikke har nogen aftale om adgang til EU's marked […] har i overensstemmelse med […] 2014/25/EU, og som præciseret i Kommissionens meddelelse af 24. juli 2019 om vejledning om deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere og varer på EU's marked for offentlige udbud,* ***ikke sikkerhed for*** *at måtte byde ind på udbudsprocedurer i EU og kan udelukkes*."[220] (min fremhævning)

Som skrevet ovenfor i Qingdao Sifang-sagen er der efter IPI-forordningen imidlertid to kumulative betingelser, som skal være opfyldt, før den kan finde anvendelse. Der må ikke være indgået en aftale med tredjelandet, og ligeledes skal der findes en tredjelandsforanstaltning eller -praksis.[221] Er begge betingelser ikke opfyldt, ses der efter ordlyden ikke at være noget holdepunkt for, at et tredjeland ikke skulle have ret til at deltage i udbud indenfor Unionen.

IPI-forordningen må derfor ud fra dens ordlyd modsætningsvis forstås således, at en økonomisk aktør fra et ikke-omfattet tredjeland har sikkerhed for at deltage i udbud indenfor Unionen, hvis Kommissionen ikke har vedtaget en IPI-foranstaltning.

Ses der nærmere på Kommissionens *'Vejledning om deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere og varer på EU's marked for offentlige udbud*', som IPI-forordningen henviser til, bliver man heller ikke meget klogere, da det blot konstateres, at "*Artikel 43 i*

[219] C-652/22, pr. 47
[220] IPI-forordningen, betragtning 10
[221] *Ibid*., art. 6, stk. 1

direktiv 2014/25/EU giver ikke alle tredjelandsoperatører garanteret adgang til EU's marked for offentlige udbud."[222]

Det må derfor fastslås, at det ikke ud fra en ordlydsfortolkning er muligt at bestemme, om økonomiske aktører fra tredjelande, der ikke har indgået en aftale med EU, har ret til at deltage i en udbudsprocedure.

Det er derfor nødvendigt at se ind i forsyningsvirksomhedsdirektivets formål, som ifølge direktivet selv er at sikre virkningen af principperne i TEUF samt samordne udbudsprocedurerne inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester, så der sikres en ufordrejet konkurrence "*i samtlige medlemsstater*."[223][224]

Henvisningen til samtlige medlemsstater må ses som et udtryk for, at formålet knytter sig til det indre marked, hvorefter den ufordrejede konkurrence, der særligt kommer til udtryk ved princippet om ligebehandling, skal sikres for Unionens medlemsstater, men ikke nødvendigvis for tredjelande, der ikke kan anses som værende en del af det indre marked.[225]

Kommissionen har dog anerkendt, at udbudsdirektiverne også har to supplerende formål. Som det ene af disse kan nævnes formålet om "*Mere effektiv udnyttelse af de offentlige midler for at sikre de bedst mulige resultater af indkøb med hensyn til penge*."[226]

Dette har ført til, at man er begyndt at snakke om konkurrence som et selvstændigt udbudsprincip, da mere konkurrence som udgangspunkt også vil skabe mere value for money.[227]

Ser man på forsyningsvirksomhedsdirektivet, er fokus også netop på at øge konkurrencen.[228] Målet om mere effektiv udnyttelse af offentlige midler kunne altså tale for, at økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande skulle have en lige adgang til udbud indenfor Unionen.

---

[222] EU-Kommissionen: *Deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere*, s. 11
[223] Forsyningsvirksomhedsdirektivet, betragtning 2
[224] C-454/06, pr. 31
[225] C-210/20, pr. 43
[226] EU-Kommissionen: *KOM(2011) 896 endelig* (20.12.2011**)**, s. 2
[227] Hamer: *Udbudsret* (2021), s. 66
[228] Forsyningsvirksomhedsdirektivet, betragtning 2

Imidlertid er forsyningsvirksomhedsdirektivet vedtaget med hjemmel i TEUF, da retsgrundlaget for direktivet er TEUF art. 53 om etableringsfriheden, art. 62 om fri udveksling af tjenesteydelser og art. 114 om vedtagelse af foranstaltninger, der vedrører det indre markeds oprettelse og funktion.[229]

At forsyningsvirksomhedsdirektivet er vedtaget med hjemmel i TEUF's bestemmelser om det indre marked betyder, at det ved en formålsfortolkning af direktivets bestemmelser skal tillægges større vægt, om det indre marked bliver styrket gennem ufordrejet konkurrence, fremfor om der sikres en effektiv udnyttelse af offentlige midler.[230] Dette taler således for, at økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande, ikke skal have en lige adgang til udbud indenfor Unionen.

Ser man nærmere på forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 45, stk. 1 er denne med til at sikre opfyldelsen af målet om at skabe en ufordrejet konkurrence. Bestemmelsen sikrer som tidligere nævnt, at "*alle interesserede økonomiske aktører* [kan] *indgive et tilbud som svar på en indkaldelse af tilbud*."

På den måde sørger bestemmelsen for, at alle ordregivere, som falder inden for forsyningsvirksomhedsdirektivets personelle anvendelsesområde, har lige ret til at deltage i et udbud, hvilket er et grundlæggende princip indenfor udbudsretten.

Sammenholdes bestemmelsen med art. 43 kan der argumenteres for, at der ikke ville være et formål med at have en bestemmelse, som sikrer, at tredjelande, der har indgået en aftale med Unionen, har ret til at deltage i udbud indenfor Unionen, hvis disse tredjelande allerede var sikret denne ret på baggrund af art. 45, stk. 1.

Det samme argumenterede den danske regering for, da de ud fra en formålsfortolkning mente, at en ret for tredjelande, der ikke har indgået en aftale med Unionen, til at deltage i udbud ville "***overflødiggøre*** *forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 43.*"[231] (min fremhævning)

Ligeledes mente EUD at, hvis art. 45, stk. 1 skulle forstås som, at den gav en ret for alle økonomiske aktører uanset oprindelse, ville bestemmelsen "*således tillægge dette*

[229] Forslag til afgørelse, C-652/22, pr. 43
[230] Hamer: *Udbudsret* (2021), s. 37
[231] Bilag 1, s. 6

direktivs personelle anvendelsesområde en ***ubegrænset rækkevidde***.”[232] (min fremhævning)

Dette leder tilbage til forsyningsvirksomhedsdirektivets formål og direktivets hjemmel i TEUF’s art. 53, 62 og 114, som generaladvokaten fremhævede.[233] Tredjelande vil ikke kunne påberåbe sig disse bestemmelser, da disse kun gælder for Unionens institutioner og medlemslande.[234]

Bestemmelserne i TEUF har således ikke en ubegrænset rækkevidde, hvorfor der heller ikke ses en grund til, at formålet med forsyningsvirksomhedsdirektivet skulle være at sikre alle lande en lige adgang til EU’s udbudsmarked.

Også formålet med IPI-forordningen, som er ”*at fremme gensidighed i adgangen til internationale markeder for offentlige udbud*,” ville miste betydning, hvis tredjelande havde en ret til at deltage i udbud indenfor Unionen.[235] Der ville nemlig ikke være det samme incitament for tredjelande, som Unionen ikke har en aftale med, til at lukke op for deres udbudsmarkeder, hvis den manglende åbning er uden konsekvenser.

Ud fra en formålsfortolkning giver det derfor mening at fastslå, at tredjelande, som ikke falder ind under anvendelsesområdet i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 43, ikke har en ret til at deltage i udbud indenfor Unionen, da en anderledes fortolkning, ”*ville svare til at sikre økonomiske aktører fra disse tredjelande lige adgang til offentlige udbudsprocedurer i Unionen*.”[236]

3.3.1.2 Spørgsmål 2 - Kan medlemsstaterne i bekræftende fald fastsætte betingelserne for disse økonomiske aktørers deltagelse, eller tilkommer det alene Unionen at træffe afgørelse herom?

Når det som ovenfor er fastslået, at økonomiske aktører fra tredjelande, som ikke har indgået en aftale med EU, ikke har en ret til, men i stedet en mulighed for at deltage i udbud, betyder det samtidig, at der ikke er et forbud mod, at disse økonomiske aktører får adgang til at deltage i udbud indenfor Unionen.

---

[232] C-652/22, pr. 47
[233] Forslag til afgørelse, C-652/22, pr. 43
[234] C-80/12, pr. 39
[235] IPI-forordningen, Document Summary
[236] C-652/22, pr. 47

Herudover betyder det også, at det skal fastlægges, hvem der så har kompetencen til at afgøre, om de ikke-omfattede økonomiske aktører skal have tilladelse til at deltage i udbud indenfor Unionen.

Som tidligere redegjort for har EU enekompetence på området for den fælles handelspolitik, mens der er delt kompetence på området for det indre marked. Generaladvokaten mente derfor også, at det afgørende spørgsmål var, om området for tredjelandes deltagelse i udbud indenfor Unionen henhører under det indre marked eller den fælles handelspolitik.[237]

Herefter mindede han om, at det indre marked regulerer samhandelen mellem medlemsstaterne, mens den fælles handelspolitik vedrører handelen mellem medlemsstaterne og tredjelande, hvorfor udbudsretten både indeholder en ekstern og intern dimension.[238]

Den danske regering var enig i ovenstående betragtning, men mente at medlemsstaterne i en række situationer selv har kompetencen til at udelukke økonomiske aktører fra tredjelande.[239] Den danske opfattelse skal ses i sammenhæng med, at Danmark ikke har haft kompetence til at vedtage udbudslovens § 134 a, hvis EUD fandt frem til, at dette ikke var en kompetence, som tilfaldt medlemsstaterne.

Den danske regering argumenterede herefter for, at "*Når EU ikke har udnyttet* ***enekompetencen*** *til at indgå handelsaftaler med tredjelande om adgang til det indre marked, så er en medlemsstat – inden for rammerne af EU-retten, herunder forsyningsvirksomhedsdirektivet – ikke afskåret fra at fastsætte begrænsninger i tredjelandes adgang til udbudsproceduren i medlemsstaten, som det er tilfældet med den danske regel i udbudslovens § 134a*."[240]

Den danske regering erkendte, at EU på en række områder havde indført foranstaltninger, som begrænsede adgangen for økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande. En sådan forordning er bl.a. IPI-forordningen.[241]

---

[237] Forslag til afgørelse, C-652/22, pr. 42
[238] *Ibid*., pr. 42
[239] Bilag 1, s. 11-14
[240] *Ibid*., s. 13
[241] *Ibid*.

Derimod mente regeringen ikke, at EU havde udnyttet kompetencen til at udelukke ikke-omfattede tredjelande, hvorfor "*det i stedet* [må] *være op til den enkelte medlemsstat at vurdere, om der er behov for at indføre foranstaltninger, der pålægger nationale ordregivere at afvise aktører fra tredjelande i forbindelse med offentlige udbudsprocedurer*. *Det skyldes, at medlemsstaternes mulighed for at udøve deres kompetence, nærmere bestemt* ***delt kompetence****, består, så længe EU ikke har udøvet sin*."[242] (min fremhævning)

Når den danske regering først fremhæver, at EU ikke har udnyttet sin enekompetence, men herefter argumenterer for, at den delte kompetence består, så længe EU ikke har udøvet sin kompetence, kan man herefter spørge, hvordan der både kan være en enekompetence og en delt kompetence indenfor den fælles handelspolitik. Det kan der selvfølgelig ikke. Argumentationen er derfor usammenhængende og virker mest af alt som et dårligt forsøg på at retfærdiggøre vedtagelsen af udbudslovens § 134 a.

Generaladvokaten var dog enig med den danske regering i en ting. Nemlig at tredjelandes deltagelse i udbud indenfor Unionen er et område, som hører under den fælles handelspolitik, hvorfor det er EU's enekompetence.[243]

Dette støttede han op med at henvise til EUD's udtalelse 2/15 i frihandelsaftalen mellem EU og Singapore.[244] Her konkluderede EUD ift. kompetencefordelingen mellem EU og medlemsstaterne, at "*Unionen* [har] *derfor en* ***enekompetence*** *i henhold til artikel 3, stk. 2, TEUF med hensyn til de i aftalens kapitel 10 indeholdte internationale forpligtelser på området for offentlige udbud af transporttjenester, idet disse forpligtelser henhører under et område, der allerede i vid udstrækning er* ***omfattet af fælles EU-regler, og idet de kan berøre eller ændre rækkevidden af disse***."[245] (min fremhævning)

Til gengæld var generaladvokaten ikke enig med den danske regering i, at medlemsstaterne selv har kompetence til at fastsætte, om tredjelande må deltage i udbud indenfor Unionen.

[242] *Ibid*., s. 14
[243] TEUF, art. 3, stk. 1, litra e
[244] Forslag til afgørelse, C-652/22, pr. 45
[245] Udtalelse 2/15: *Frihandelsaftale mellem Den Europæiske Union og Republikken Singapore*, pr. 224

Generaladvokaten mente i den forbindelse, at det kun er EU, som kan lovgive og vedtage juridisk bindende retsakter på områder, hvor Unionen har enekompetence. Medlemsstaterne fortaber derfor deres kompetence på området, uanset om Unionen har udøvet sin kompetence eller ej.[246]

Generaladvokaten udtalte i forlængelse heraf, at "*Selv om Unionen ikke har udøvet sin enekompetence til at afgøre, om økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande kan deltage i sådanne procedurer, kan* ***medlemsstaterne ikke genvinde kompetencen*** *til at handle på dette område ved at påberåbe sig denne omstændighed*."[247] (min fremhævning)

Ligesom generaladvokaten mente EUD også, at handel med tredjelande falder under EU's enekompetence, hvilket domstolen mente blev illustreret af både forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 86 samt IPI-forordningen.[248] EUD var klar over, at det fremgår af TEUF art. 207, stk. 5, at den fælles handelspolitik ikke omfatter "*forhandling og indgåelse af internationale aftaler på transportområdet*."[249]

I den forbindelse skal det fremhæves, at den fælles handelspolitik derfor ikke i relation til forsyningsvirksomhedsdirektivet direkte kan dække spørgsmålet om økonomiske aktører fra tredjelandes adgang til at deltage i udbud indenfor Unionen.

Som EUD konkluderede i udtalelse 2/15 i frihandelsaftalen mellem EU og Singapore, er dette område dog fortsat under EU's enekompetence som følge af opsamlingsbestemmelsen i TEUF art. 3, stk. 2, hvorefter Unionen ligeledes har enekompetence, når en aftale med et tredjeland "*kan berøre fælles regler eller ændre deres rækkevidde*."[250]

Imidlertid argumenterede den danske regering ikke for, at medlemsstaterne har kompetence til at indgå aftaler med tredjelande, men i stedet gik det danske argument på, at der var kompetence til at fastsætte retsakter, som Danmark har gjort med udbudslovens § 134 a, der regulerer tredjelandes adgang til udbud indenfor Unionen, når EU ikke har indgået en aftale med tredjelandet, som retsakten vedrører.

[246] Forslag til afgørelse, C-652/22, pr. 47
[247] *Ibid*., pr. 50
[248] C-652/22, pr. 58-59
[249] TEUF, art. 207, stk. 5
[250] *Ibid*., art. 3, stk. 2

Som generaladvokaten udtalte, indeholder udbudsretten både en intern og en ekstern dimension. Her sondrede han ligeledes mellem samhandelen mellem medlemsstaterne og den samhandel, som sker med tredjelande. Her falder førstnævnte under det indre marked, som er en delt kompetence, mens sidstnævnte falder under den fælles handelspolitik, som er EU's enekompetence.

Med andre ord skulle tredjelandes deltagelse i udbud indenfor Unionen altså høre under retsområdet for det indre marked, hvis medlemsstaterne selv skulle kunne fastsætte retsakter på området.

Det er imidlertid fastslået i retspraksis, at en "*EU-retsakt* [hører] *under den fælles handelspolitik, hvis den* ***særskilt vedrører*** *den internationale samhandel derved, at den* ***hovedsageligt*** *har til formål at fremme, lette eller* ***regulere samhandelen*** *og har direkte og umiddelbare virkninger for denne*."[251] (min fremhævning)

En retsakt som den danske i udbudslovens § 134 a vedrører særskilt den internationale samhandel, da hovedformålet med den er at regulere samhandelen med økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande, hvorefter den får en direkte virkning for samhandelen.

EUD konkluderede derfor også, at "*det* ***alene er Unionen****, der har kompetence til at vedtage en almengyldig retsakt vedrørende adgangen inden for Unionen til offentlige udbudsprocedurer for økonomiske aktører fra et tredjeland, der ikke har indgået en international aftale med Unionen, der sikrer ligelig og gensidig adgang til offentlige udbud, ved enten at indføre en ordning for garanteret adgang til disse procedurer for disse økonomiske aktører eller en ordning, der udelukker disse økonomiske aktører*."[252] (min fremhævning)

Det ligger altså herefter fast, at udbudslovens § 134 a ikke er gyldigt vedtaget. Den danske regering har derfor lovreguleret et område, hvor Unionen har enekompetence, hvilket medlemsstaterne ikke har ret til, uanset om Unionen har udnyttet sin kompetence eller ej. Bestemmelsen må derfor anses som værende uvirksom.

[251] C-414/11, pr. 51
[252] C-652/22, pr. 61

Som følge af EUD's besvarelse af de af generaladvokaten ex officio rejste spørgsmål, valgte EUD ikke at antage anmodningen om præjudiciel afgørelse til realitetsbehandling, da "*fortolkningen af artikel 36 og 76 i direktiv 2014/25 på ingen måde* [kan] *være relevant for afgørelsen af tvisten i hovedsagen*."[253]

3.3.1.3 Ingen ret, ingen kompetence

Med besvarelsen af spørgsmålene, hvorefter økonomiske aktører fra tredjelande, som ikke har en aftale med Unionen, ikke har en ret til at deltage i udbud indenfor Unionen, ligesom medlemsstaterne ikke har kompetence til at lovgive på området for tredjelandes deltagelse, opstod to nye spørgsmål.

Hvem skal bestemme, om økonomiske aktører fra tredjelande, som ikke har indgået en aftale med Unionen, skal have lov til at deltage i udbud indenfor Unionen? Og kan den økonomiske aktør, når denne får adgang til at deltage, støtte ret på forsyningsvirksomhedsdirektivets principper?

Om det første af disse to spørgsmål udtalte EUD, at det i mangel af EU-retsakter tilkommer "***den ordregivende myndighed*** *at vurdere, om økonomiske aktører fra et tredjeland, som ikke har indgået en international aftale med Unionen, der sikrer lige og gensidig adgang til offentlige udbud, skal have adgang til at deltage i en offentlig udbudsprocedure*."[254] (min fremhævning)

Med andre ord vil der altså være tale om decentraliserede beslutninger, hvor ordregiveren i hvert enkelt udbud skal tage stilling til, om dette udbud skal være åbent for økonomiske aktører fra tredjelande, som ikke har indgået en aftale med Unionen.

EUD skubber med denne holdning problemet vedr. ikke-omfattede tredjelandes adgang til Unionens udbudsmarked ned på et fra udbud til udbud-niveau. Dette risikerer både at skade samordningen af udbudsprocedurerne fra medlemsstat til medlemsstat, ligesom også samordningen indenfor den enkelte medlemsstat risikerer at lide skade, når ordregiverne fra udbud til udbud selv skal fastsætte deres egne regler for ikke-omfattede tredjelandes adgang til udbuddet.

[253] *Ibid*., pr. 68
[254] *Ibid*., pr. 63

EUD har imidlertid trængt sig selv op i et hjørne, når de mener, at national lovgivning er fortrængt af EU's enekompetence, men de samtidig finder frem til, at der kan være en adgang for ikke-omfattede tredjelande til at deltage i udbud indenfor Unionen.

EU har nemlig ikke specifikt reguleret ikke-omfattede tredjelandes adgang til udbud indenfor Unionen, og da medlemsstaterne ifølge EUD heller ikke må regulere området, ville det betyde, at der ikke ville være nogen, som kunne træffe beslutning om disse tredjelandes deltagelse i udbud indenfor Unionen, hvis den enkelte ordregiver ikke blev tillagt denne mulighed.

EUD's argument om at den enkelte ordregiver fra sag til sag skal beslutte, om økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande skal have adgang til udbuddet, virker derfor som en dårlig løsning på et problem, hvor der ikke findes en god løsning, når medlemsstaterne ikke selv må regulere området, og EU ikke har reguleret området.

Det kunne herefter virke fair, at svaret på det andet af de to ovenstående spørgsmål er 'ja'. Altså 'ja' til at økonomiske aktører, som herefter får adgang til at deltage i et udbud indenfor Unionen, også får adgang til at støtte ret på principperne i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Ifølge den danske regering er svaret imidlertid '*nej*', da der "*intet* [er] *i forsyningsvirksomhedsdirektivet, som indikerer, at virksomheder i et sådant tilfælde skulle blive omfattet af direktivets bestemmelser og beskyttelse, blot fordi de har fået adgang til at deltage i udbudsproceduren*."[255]

Regeringen bakker argumentet op med, at en sådan fortolkning af direktivet efter en konsekvensbetragtning vil få uhensigtsmæssige konsekvenser for ordregiverne, hvis tredjelande, som ikke har en aftale med Unionen, fremover kan påkalde sig ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 36.[256][257]

Denne opfattelse skal ses i sammenhæng med, at ordregiverne, hvis disse økonomiske aktører skal behandles lige, vil være nødt til at sætte sig ind i tredjelandenes regler, hvis

[255] Bilag 1, s. 7
[256] *Ibid*.
[257] Forsyningsvirksomhedsdirektivet, art. 36

det skal sikres, at både de økonomiske aktører fra Unionen samt de økonomiske aktører fra tredjelande, som ikke har en aftale med Unionen, spiller efter præcis samme regler.

Generaladvokat A.M. Collins var enig med den danske regering i, at tredjelande, som ikke har en aftale med Unionen, ikke kan støtte ret på direktivets bestemmelser.

Generaladvokaten satte i den forbindelse et lighedstegn mellem retten til at deltage i udbud og retten til at påkalde sig forsyningsvirksomhedsdirektivet, da han udtalte, at "*Da sagsøgeren ikke har ret til at deltage i en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt, som er omfattet af direktiv 2014/25, kan selskabet ikke påberåbe sig dets bestemmelser ved en ret i en medlemsstat*."[258]

EUD valgte at gå et skridt videre og konstaterede ikke bare, at økonomiske aktører ikke kan påberåbe sig princippet om ligebehandling i forsyningsvirksomhedsdirektivet, men fastslog også samtidig, at det er op til ordregiveren, "*om der skal fastsættes en* ***tilpasning af resultatet*** *af sammenligningen mellem disse aktørers tilbud og tilbud fra andre aktører*."[259] (min fremhævning)

EUD lagde i den forbindelse op til, at ordregiveren i udbudsdokumenterne må fastsætte bestemmelser, "*om den objektive forskel mellem retsstillingen for*" økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande på den ene side og de økonomiske aktører fra Unionen og fra tredjelande, der har indgået en aftale med Unionen, på den anden side.[260]

Yderligere konstaterede EUD, at EU-retten ligefrem er til hinder for, at økonomiske aktører fra tredjelande, som ikke har en aftale med Unionen, i forbindelse med deres deltagelse i en udbudsprocedure indenfor Unionen "*kan påberåbe sig dette direktiv* [forsyningsvirksomhedsdirektivet] *og således kræve ligebehandling af deres tilbud i forhold til de tilbud, der afgives af tilbudsgiverne fra medlemsstaterne og af tilbudsgiverne fra de i nævnte direktivs artikel 43 omhandlede tredjelande*."[261]

Det ville ifølge EUD nemlig være i strid med art. 43 i forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvis økonomiske aktører fra tredjelande, som ikke har indgået en aftale med Unionen, kunne påkalde sig forsyningsvirksomhedsdirektivets ligebehandlingsprincip, da denne ret

[258] Forslag til afgørelse, C-652/22, pr. 33
[259] C-652/22, pr. 63
[260] *Ibid*., pr. 64
[261] *Ibid*., pr. 45

er begrænset til økonomiske aktører fra tredjelande, som har en aftale med Unionen, og som eksplicit er nævnt i art. 43.[262]

Dette betyder ikke, hverken efter EUD's, generaladvokatens eller den danske regerings opfattelse, at økonomiske aktører fra tredjelande, som ikke har en aftale med Unionen, ikke kan kræve at behandlingen af disse i udbudsproceduren er i overensstemmelse med kravene om gennemsigtighed og proportionalitet.

Det betyder derimod, at "*en klage fra en af dem med henblik på at gøre opmærksom på ordregiverens tilsidesættelse af sådanne krav* ***kun*** **[kan]** ***undersøges i lyset af national ret og ikke i lyset af EU-retten***."[263]

EUD's, generaladvokatens og den danske regerings argumenter om tredjelandes deltagelse i udbud indenfor Unionen ses at være problematiske, fordi de særligt for Unionens ordregivere skaber en enorm usikkerhed i retsanvendelsen, når de i hvert enkelt udbud skal tage stilling til behandlingen af økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande.

Som en følge af denne usikkerhed har Kolin-sagen rejst flere spørgsmål, end den har givet svar. Nogle af disse spørgsmål, vil blive forsøgt besvaret i nedenstående diskussion.

3.4 Delkonklusion

Der er to store forskelle mellem C-266/22 og C-652/22. I C-266/22 optræder Qingdao Sifang i en sammenslutning, mens Kolin i C-652/22 optræder alene. Herudover prøver Qingdao Sifang at støtte ret på udbudsdirektivet, mens det for Kolins vedkommende drejer sig om forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Her stopper forskellene imidlertid også.

I begge sager er der tale om økonomiske aktører med oprindelse i et tredjeland, som ikke har indgået en aftale med Unionen, men som prøver at støtte ret på et udbudsdirektiv. Det betyder også, at begge sager bliver behandlet stort set ens.

Dette kommer til udtryk ved, at Unionens gensidighedsstrategi er omdrejningspunktet i begge sager. Det samme er tvillingebestemmelserne, art. 25 i udbudsdirektivet og art. 43

[262] *Ibid*., pr. 46
[263] *Ibid*., pr. 66

i forsyningsvirksomhedsdirektivet. I begge sager bliver der sluttet modsætningsvis fra disse, hvorefter tredjelandsaktører modsætningsvis ikke har krav på en '*ikke mindre gunstig behandling*'.

Derudover er det 1:1 de samme argumenter, som bliver fremsat i begge sager. Her kan særligt fremhæves IPI-forordningen, EU-Kommissionens '*Vejledning om deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere og varer på EU's marked for offentlige udbud*' samt udbudsdirektivernes hjemmel, der begge findes i TEUF art. 53, 62 og 114.

Som redegjort for, er det efterstræbt, at udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet definitionsmæssigt ligger så tæt på hinanden som muligt. Grundet dette og de mange ligheder mellem sagerne må det forventes, at EUD i C-266/22 finder frem til, at økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande heller ikke kan støtte ret på udbudsdirektivet.

4 Nye tider for ordregiverne

Nærværende kapitel vil med udgangspunkt i ovenstående analyse diskutere, om det er et krav, at ordregiverne fastsætter en tilpasning af resultatet af sammenligningen mellem tilbud fra økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande og tilbud fra andre økonomiske aktører. Det vil ligeledes blive diskuteret, om der kan være undtagelser til dette krav.

Herefter vil det også blive vurderet, om der gælder det samme for både forsyningsvirksomhedsdirektivet, der var omdrejningspunktet i C-652/22, og udbudsdirektivet, der var omdrejningspunktet i C-266/22.

Efterfølgende vil diskussionen ændre fokus til, hvordan en sådan tilpasning evt. skal ske, da de økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande som beskrevet i analysen fortsat har krav på en gennemsigtig og proportional behandling.

Sidst vil det blive vurderet, hvilke klagemuligheder økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande har, hvis ordregiveren ikke giver den form for behandling, som den økonomiske aktør har krav på.

4.1 Skal, skal ikke…

Som det fremgik af analysen, er retstilstanden efter Kolin-sagen blevet usikker ift., hvis en ordregiver giver en økonomisk aktør fra et ikke-omfattet tredjeland tilladelse til at deltage i udbuddet.

Det er nemlig uklart, om ordregiverne **skal** fastsætte en tilpasning af resultatet af sammenligningen mellem tilbud fra økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande og tilbud fra andre økonomiske aktører, eller om det selv er op til ordregiveren, om denne **vil** fastsætte en tilpasning af resultatet.

Albert Sanchez-Graells og Roberto Caranta, der begge er professorer indenfor udbudsretten, mener, at EUD med deres udtalelser indikerer, at der er en forpligtelse "*to generate **some degree** of 'less favourable' treatment*", ligesom "*The indication is **in any case** to treat those economic operators differently*."[264][265] (min fremhævning)

Som fremhævet i analysen udtalte EUD i Kolin-sagen, at "*I mangel af EU-retsakter tilkommer det den ordregivende myndighed at vurdere […] **om der skal** fastsættes en tilpasning af resultatet af sammenligningen mellem disse aktørers tilbud og tilbud fra andre aktører*."[266] (min fremhævning)

Efter ordlyden indikerer EUD med andre ord, at det er frivilligt, om ordregiveren vil fastsætte en tilpasning af resultatet.

IPI-forordningen går i samme retning som EUD, da art. 6, stk. 6, litra a fastslår, at "*Kommissionen kan […] kræve, at ordregivende myndigheder eller ordregivende enheder **skal** pålægge en scorejustering for tilbud fra erhvervsdrivende med oprindelse i det pågældende tredjeland*."[267] (min fremhævning)

Når Kommissionen har mulighed for at beslutte, om ordregiveren skal pålægge en scorejustering, kan der argumenteres for, at det ikke ville være meningsfuldt at

[264] Caranta: *Adapting to a Changing World, not without Difficulties (C-652/22)*
[265] Sanchez-Graells: *The Court of Justice decidedly jumps on the Procurement Protectionism Bandwagon, creating legal Uncertainty along the Way (C-652/22)*
[266] C-652/22, pr, 63
[267] IPI-forordningen, art. 6, stk. 6, art. a

Kommissionen havde denne adgang, hvis ordregiverne var tvunget til at foretage en tilpasning af resultatet.

Imidlertid skal det som fremhævet i analysen haves in mente, at der er to kumulative betingelser, som skal være opfyldt, for at Kommissionen kan fastlægge en IPI-foranstaltning på baggrund af IPI-forordningen. Der skal både være tale om en økonomisk aktør fra et ikke-omfattet tredjeland, og samtidig skal der findes en tredjelandsforanstaltning eller -praksis.

Det betyder, at der er tale om to forskellige former for tilpasning af resultatet.

Der er den ene form, som er IPI-foranstaltningen i forordningens art. 6, stk. 6, litra a, hvorefter Kommissionen kan kræve, at ordregiverne foretager en scorejustering.

Herudover er der imidlertid også en anden form, som er den, EUD har fastslået i C-652/22, hvilket er, når en økonomisk aktør fra et ikke-omfattet tredjeland ønsker at deltage i et udbud, men hvor der ikke er vedtaget en IPI-foranstaltning mod det pågældende tredjeland.[268] Under denne form ligger også det justerings-tomrum, som der tidligere er redegjort for, at IPI-forordningen efterlader.

Selvom anvendelsesområderne for de to former er forskellige, ligger EUD imidlertid op til, at ordregiverne får de samme værktøjer, som Kommissionen har, når Kommissionen vedtager en IPI-foranstaltning.

Det vil sige, at ordregiverne kan tilpasse resultatet, ligesom de også kan udelukke den økonomiske aktør. Da værktøjerne er de samme, må det antages, at ordregivernes mulighed for at foretage en tilpasning af resultatet vil lægge sig meget op ad Kommissionens, hvilket vil sige en scorejustering foretaget af ordregiveren.

Sagt på en anden måde overtager ordregiverne en del af EU's enekompetence til at forskelsbehandle økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande, så længe der ikke er vedtaget IPI-foranstaltninger.

[268] C-652/22, pr, 63

Ser man på forsyningsvirksomhedsdirektivet, som Kolin-sagen omhandlede, findes der som tidligere nævnt bestemmelserne i art. 85 og 86, som omhandler *'Tilbud, der omfatter varer med oprindelse i tredjelande, og forbindelserne med disse lande*'.[269]

Særligt art. 85 har interesse, da det af bestemmelsens stk. 3 fremgår, at tilbud, som ikke kan afvises efter stk. 2 i bestemmelsen, skal foretrækkes fremfor tilbud, som kan afvises.[270]

Bestemmelsen dækker over udbud, hvor en økonomisk aktør afgiver et tilbud, hvor andelen af varer med oprindelse i et ikke-omfattet tredjeland udgør mere end 50 % af den samlede værdi af varerne, som tilbuddet omfatter.

Med andre ord skal ordregiverne som udgangspunkt forskelsbehandle tilbuddene, så de tilbud, som kun indeholder en lav andel af varer fra ikke-omfattede tredjelande, skal foretrækkes.

Dette er i overensstemmelse med Kommissionens opfattelse, da de i *'Vejledning om deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere og varer på EU's marked for offentlige udbud*' skriver, at "*Hvis en offentlig indkøber i stedet for at afvise et sådant bud giver mulighed for at deltage i udbudsproceduren,* ***skal*** *denne give forrang til tilsvarende bud, hvor under 50 % af produkterne har oprindelse i tredjelande*."[271] (min fremhævning).

Bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 85 og 86 er blevet kritiseret for deres manglende vejledning, hvorfor ordregiverne kun har brugt dem i et begrænset omfang.[272]

Kommissionen foreslog derfor også i deres lovforberedende arbejde med IPI-forordningen, at de to bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivet skulle ophæves, når forslaget om et internationalt instrument for offentlige udbud var blevet vedtaget.[273]

[269] Forsyningsvirksomhedsdirektivet, art. 85 og 86
[270] *Ibid*., art. 85, stk. 3
[271] EU-Kommissionen: *Deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere*, s. 11
[272] EU-Kommissionen: *COM(2012) 124 final*, *(*21.3.2012), s. 13
[273] EU-Kommissionen: *COM(2016) 34 final* (29.01.2016), s. 5

Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg (EØSU) var imidlertid modstander af en ophævelse, da de mente, "*at det vil være nyttigt at se på, om nogle af elementerne i ovennævnte bestemmelser kan indarbejdes i det aktuelle forslag til forordning*."[274]

På grund af denne uoverensstemmelse endte det med en mellemløsning, hvor der i betragtning 111 til forsyningsvirksomhedsdirektivet står, at bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 85 og 86 vil blive opretholdt i en overgangsperiode.[275]

Det må derfor forventes, at bestemmelserne i forsyningsvirksomhedsdirektivet har en begrænset levetid, efter IPI-forordningen trådte i kraft i 2022.[276] Dette ændrer imidlertid ikke på det interessante ved art. 85, som gør det til et krav at forskelsbehandle tilbud.

Som både redegjort for og fremhævet i analysen fylder EU's gensidighedsstrategi utrolig meget indenfor udbudsretten i disse år.

Et udtryk for denne gensidighedsstrategi er forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 43, der ifølge EUD "*afspejler Unionens internationale forpligtelser.*"[277]

Denne forpligtelse består i, at økonomiske aktører fra tredjelande, som Unionen har indgået en aftale med, får krav på en behandling, som *'ikke er mindre gunstig'* end den behandling, økonomiske aktører fra Unionen får.[278]

Formålet med bestemmelsen er altså at give økonomiske aktører fra tredjelande, der har indgået en aftale med Unionen, en fordel, som økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande ikke har. Der bliver dermed skabt et incitament til at indgå en aftale med Unionen.

Dette stemmer overens med EUD's holdning i Kolin-sagen, da de fremhæver, at "*EU-retten derimod* [er] *til hinder for, at de nævnte økonomiske aktører i forbindelse med deres deltagelse i en sådan procedure kan* […] *kræve ligebehandling af deres tilbud i forhold*

[274] Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg: *COM(2016) 34 final* (20.07.2016), s. 2
[275] Forsyningsvirksomhedsdirektivet, art. 111
[276] IPI-forordningen, art. 1, stk. 2
[277] C-652/22, pr. 43
[278] Forsyningsvirksomhedsdirektivet, art. 43

til de tilbud, der afgives af tilbudsgiverne fra medlemsstaterne og af tilbudsgiverne fra de i nævnte direktivs artikel 43 omhandlede tredjelande."[279]

Læser man art. 85 i sammenhæng med forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 43, er formålet med art. 43 altså ikke kun at sikre, at økonomiske aktører fra tredjelande, som har indgået en aftale med Unionen, gives en behandling, som *'ikke er mindre gunstig'* end den behandling, økonomiske aktører fra Unionen får.[280] Modsætningsvist er formålet med art. 43 også at sikre, at ikke-omfattede tredjelande gives en behandling, som er mindre gunstig.

Som fremhævet i analysen er det ikke et krav, at ordregiverne udelukker økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande. Dette forstærker imidlertid argumentet om, at ordregiverne **skal** fastsætte en tilpasning af resultatet ved sammenligningen mellem tilbud fra økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande og tilbud fra andre økonomiske aktører.

Sker sådan en tilpasning ikke, behandler ordregiverne de ikke-omfattede tredjelandsaktører på lige vilkår med resten af de økonomiske aktører, hvilket betyder, at de aktører, som har krav på ligebehandling, ikke bevarer de fordele, som de var stillet i udsigt.

Dette vil samtidig betyde en overflødiggørelse af art. 43, da incitamentet til at indgå en aftale med Unionen svækkes, og gensidighedsstrategien vil dermed have svært ved at få gennemslagskraft.

I den forbindelse skal betragtning 2 til forsyningsvirksomhedsdirektivet nævnes. Det fremgår af denne, at for at sikre en ufordrejet konkurrence på området for offentlige kontrakter, skal der udarbejdes bestemmelser om samordningen af udbudsprocedurer, da "*En sådan samordning er nødvendig for at sikre virkningen af principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde*."[281]

EUD udtaler, at det vigtigste princip i den forbindelse er ligebehandlingsprincippet.[282] Hvis de økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande herefter behandles lige,

[279] C-652/22, pr. 45
[280] Forsyningsvirksomhedsdirektivet, art. 43
[281] *Ibid*., art. 2
[282] C-652/22, pr. 46

"*tildeles* [de] *en ret til en ikke mindre gunstig behandling **i strid** med dette direktivs artikel 43*."[283] (min fremhævning)

Dette må i sidste ende betyde, at det må anses som værende overvejende sandsynligt, at det efter forsyningsvirksomhedsdirektivet er et **krav**, at Unionens ordregivere fastsætter en tilpasning af resultatet af sammenligningen mellem tilbud fra økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande og tilbud fra andre økonomiske aktører, så de økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande ikke i strid med direktivet tildeles en ret til en behandling, som er ikke mindre gunstig.

Tilpasningen må antages ligesom efter IPI-forordningen kun at skulle finde anvendelse med henblik på evalueringen af tilbuddene, da den ellers vil komme ordregiverne til skade.[284]

Spørgsmålet er herefter, om der kan være undtagelser, hvor ordregiverne ikke skal fastsætte en tilpasning af resultatet?

I IPI-forordningens art. 6, stk. 3 hedder det, at en IPI-foranstaltning bl.a. skal fastlægges i lyset af "*tilgængeligheden af alternative forsyningskilder for de pågældende varer og tjenesteydelser med henblik på at undgå eller minimere en betydelig negativ indvirkning på ordregivende myndigheder og ordregivende enheder.*"[285]

Kommissionen skal derfor ifølge betragtning 20 til IPI-forordningen foretage en afvejning, hvor de konsekvenser, en sådan foranstaltning kan få, skal vejes op imod den indvirkning, som en foranstaltning kan få på EU's interesser i en bred forstand.[286]

Ligeledes er der i IPI-forordningens art. 9, stk. 1, litra a og b fremhævet nogle undtagelser, hvorefter en ordregiver kan beslutte ikke at anvende en IPI-foranstaltning.

Dette er tilfældet, når der kun kommer tilbud fra økonomiske aktører, der har oprindelse i et tredjeland, hvor mod der er vedtaget en IPI-foranstaltning, ligesom også tvingende

[283] *Ibid*.
[284] IPI-forordningen, art. 6, stk. 7
[285] *Ibid*., art. 6, stk. 3, litra b
[286] *Ibid*., betragtning 20

hensyn til almenvellet såsom folkesundheden kan retfærdiggøre ikke at anvende en ellers vedtaget IPI-foranstaltning.[287]

Intet taler for, at ordregiverne i det enkelte udbud på samme måde som Kommissionen skal tage stilling til Unionens interesser i en bredere forstand.

Det må derfor vurderes, at ordregiveren på områder, hvor der er få tilgængelige alternative forsyningskilder for de pågældende varer og tjenesteydelser, kan foretage en afvejning mellem antallet af tilgængelige forsyningskilder på den ene side og kravet om en tilpasning af resultatet på den anden.

Hvis der er meget få tilgængelige forsyningskilder, kan det herefter ikke kræves af ordregiveren, at denne foretager en tilpasning af resultatet ved sammenligningen af tilbud fra økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande og tilbud fra andre økonomiske aktører, da dette vil kunne få en betydelig negativ indvirkning på den ordregivende myndighed.

Ligeledes må det også antages, at ordregiverne kan bruge de samme begrundelser, som fremgår af IPI-forordningens art. 9, stk. 1, litra a og b, til at retfærdiggøre, hvorfor de ikke foretager en tilpasning af resultatet. Fandtes denne mulighed ikke, ville der være en risiko for, at ordregiveren ikke vil kunne gennemføre et udbud, hvilket hensynene til økonomisk ressourcespild taler imod, ligesom almenvellet vil risikere at lide skade, hvilket samfundshensyn taler imod.

4.1.1 Gælder det samme for udbudsdirektivet?

Som redegjort for er der en række forskelle mellem udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet. En af disse forskelle er bl.a., at udbudsdirektivet ikke ligesom forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder en bestemmelse ligesom forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 85, hvorefter tilbud, der indeholder en stor andel af varer med oprindelse i tredjelande, skal forskelsbehandles.

Bestemmelsen, der som ovenfor fremhævet nok snart bliver udfaset, har dog haft en ringe betydning, hvorfor den kun indenfor forsyningsvirksomhedsdirektivet kan anvendes som et fortolkningsbidrag på baggrund af bestemmelsens ordlyd.

[287] *Ibid*., art. 9, stk. 1, litra a og b

Det er imidlertid værd at bemærke, at det er IPI-forordningen, som vil føre til udfasningen af forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 85. Som redegjort for, finder IPI-forordningen anvendelse på udbud indenfor både udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet, ligesom udbudsdirektivet indeholder en bestemmelse i art. 25, som efter ordlyden er identisk med den i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 43.

Spørgsmålet er herefter, om det også efter udbudsdirektivet må anses som værende overvejende sandsynligt, at der er et krav om, at Unionens ordregivere fastsætter en tilpasning af resultatet af sammenligningen mellem tilbud fra økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande og tilbud fra andre økonomiske aktører.

Udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet er bygget på det samme fundament, som er udgjort af TEUF art. 53 om etableringsfriheden, art. 62 om fri udveksling af tjenesteydelser og art. 114 om vedtagelse af foranstaltninger.[288][289]

Ligeledes er formålet med begge direktiver det samme, da de skal sikre virkningen af principperne i TEUF, og sikre en samordning af nationale udbudsprocedure, så der på den måde sikres en ufordrejet konkurrence.[290]

Så selvom de to direktiver omhandler offentlige indkøb indenfor forskellige grene, er de mest centrale aspekter af direktiverne identiske. Det er i den forbindelse værd at fremhæve generaladvokatens udtalelse i Qingdao Sifang-sagen, hvor han sagde, at "*Princippet om ligebehandling af økonomiske aktører* [som] ***udgør kernen*** *i de offentlige udbudsdirektiver og* ***ligger til grund*** *for næsten alle deres bestemmelser*."[291] (mine fremhævninger)

Udbudsdirektivets art. 25 må ligesom forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 43 være udgjort af denne kerne. Da kernen og ordlyden af bestemmelserne er den samme, må formålet derfor også være det samme. Bestemmelserne er udtryk for en gensidighedsstrategi, hvorefter "*virksomheder i EU gennem forhandlinger kan få adgang*

[288] Udbudsdirektivet, præambelbetragtningerne
[289] Forsyningsvirksomhedsdirektivet, præambelbetragtningerne
[290] Udbudsdirektivet, betragtning 1, og forsyningsvirksomhedsdirektivet, betragtning 2
[291] Forslag til afgørelse, C-266/22, pr. 66

til tredjelandes markeder for offentlige udbud ***til gengæld for****, at virksomheder i disse lande får adgang til EU's markeder for offentlige udbud*."[292]

Ligesom art. 43 i forsyningsvirksomhedsdirektivet, vil også udbudsdirektivets art. 25 blive overflødiggjort, og gensidighedsstrategien vil have svært ved at få gennemslagskraft, hvis økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande ikke bliver behandlet mindre gunstigt end Unionens økonomiske aktører og de aktører fra tredjelande, som har indgået en aftale med EU.

Det må derfor også på baggrund af udbudsdirektivets art. 25 skulle anses som værende overvejende sandsynligt, at det også efter udbudsdirektivet er et **krav**, at Unionens ordregivere fastsætter en tilpasning af resultatet af sammenligningen mellem tilbud fra økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande og tilbud fra andre økonomiske aktører.

Er der herefter tale om en sammenslutning, som tilfældet var i Qingdao Sifang-sagen, vil det altså være hele sammenslutningen, som skal behandles mindre gunstigt, da denne som konkluderet i analysen optræder i udbuddet som en helhed.

Ligesom efter forsyningsvirksomhedsdirektivet må det formodes, at der for udbudsdirektivet gælder de samme undtagelser for, hvornår der skal fastsættes en tilpasning af resultatet.

4.2 Hvor 'mindre gunstig'?

Ligesom det hverken i Kolin-sagen eller Qingdao Sifang-sagen blev gjort klart, om det var et krav, at ordregiverne fremover tilpasser resultatet, når der deltager økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande, fremgik det heller ikke af sagerne, hvordan denne tilpasning skal ske.

Den eneste indikation, EUD gav, var i Kolin-sagen, hvor domstolen om økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande udtalte, at "*Det er tænkeligt, at reglerne for behandling af sådanne aktører skal være i overensstemmelse med visse krav, såsom kravene om* ***gennemsigtighed og proportionalitet***."[293] (min fremhævning)

[292] *Ibid*., pr. 73
[293] C-652/22, pr. 66

Spørgsmålene er herefter, hvordan ordregiverne gør den mindre gunstige behandling gennemsigtig? Og hvordan de sørger for, at behandlingen er proportional?

En rettesnor for den mindre gunstige behandling kan være IPI-forordningens art. 6, stk. 6, hvorefter Kommissionen kan kræve, at en ordregiver enten pålægger en scorejustering for tilbuddet fra en økonomisk aktør fra et ikke-omfattet tredjeland, hvor mod der er vedtaget en IPI-foranstaltning, eller at ordregiveren udelukker den økonomiske aktør fra at deltage i udbuddet.[294]

En udfordring ift. at bruge IPI-forordningen som rettesnor er, at Kommissionen fortsat ikke har vedtaget en IPI-foranstaltning, da den første undersøgelse under IPI-forordningen blev indledt mod Kina den 24. april 2024.[295]

Imidlertid har ordregiverne som ovenfor skrevet de samme beføjelser ift. at forskelsbehandle økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande, som følger af IPI-foranstaltningerne, hvorfor IPI-forordningen uanset de indtil videre manglende foranstaltninger, må anses som ordregivernes bedste retningsgiver.

Ifølge IPI-forordningen er det af afgørende betydning, at Kommissionen gennemfører deres undersøgelser på en gennemsigtig måde.[296] Dette betyder, at Kommissionen som følge af undersøgelsen bør udarbejde en rapport, som herefter skal offentliggøres.[297]

EUD udtalte i den retning i Kolin-sagen, at ordregiveren i udbudsdokumenterne "***kan*** […] *fastsætte nærmere bestemmelser om* ***den objektive forskel*** *mellem retsstillingen for disse aktører på den ene side og de økonomiske aktører i Unionen og fra tredjelande, der har indgået en sådan aftale med Unionen som omhandlet i denne artikel 43, på den anden side*."[298] (min fremhævning)

Med formuleringen *'den objektive forskel'*, lægger EUD op til, at det ikke må være subjektive faktorer, som spiller ind på den forskel, som der bliver gjort mellem de forskellige økonomiske aktører.

---

[294] IPI-forordningen, art. 6, stk. 6, litra a og b
[295] EU-Kommissionen: *Commission opens first in-depth investigation under the Foreign Subsidies Regulation*
[296] IPI-forordningen, betragtning 18
[297] *Ibid*.
[298] C-652/22, pr. 64

Ligeledes indikerer EUD at ordregiveren allerede i udbudsdokumenterne bør fastsætte, hvordan denne forskelsbehandling vil få betydning. Her kan fx tænkes på, hvor stor en scorejustering den økonomiske aktørs tilbud vil få i tilbudsevalueringen.

Ud fra ordlyden af EUD's udtalelse er det ikke et krav, at der fastsættes nærmere bestemmelser om den objektive forskel i udbudsdokumenterne, men da de økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande fortsat har krav på gennemsigtighed, risikerer ordregiverne, at en tilsidesættelse af dette, vil medføre en klage fra den pågældende aktør, da der i så fald kan sås tvivl om, hvorvidt forskelsbehandlingen også har haft et subjektivt præg.

Det må derfor antages, at ordregiverne i udbudsdokumenterne skal fastlægge, hvilken behandling økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande vil få, så de er klar over dette, før de deltager i udbuddet. Dette er selvfølgelig, hvis de ellers får lov til at deltage i udbuddet.

Når ordregiverne herefter i udbudsdokumenterne fastsætter bestemmelserne om den objektive forskel, skal de ligeledes tage stilling til, hvordan forskelsbehandlingen er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

Efter IPI-forordningen skal Kommissionen bl.a. fastlægge IPI-foranstaltninger i lyset af proportionaliteten i forhold til tredjelandets foranstaltning eller praksis.[299]

Som det fremgår af både Kommissionens *'Vejledning om deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere og varer på EU's marked for offentlige udbud*', betragtning 10 til IPI-forordningen, Kolin-sagen og Qingdao Sifang-sagen, har økonomiske aktører ikke en garanteret adgang til udbudsprocedurer i EU, hvorfor de kan udelukkes.[300][301]

Det fremgår imidlertid ikke, at ordregiverne, når de tager stilling til, om økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande, skal have lov til at deltage i udbuddet, ligesom Kommissionen skal træffe denne beslutning på baggrund af proportionaliteten i forhold til tredjelandets foranstaltning eller praksis.

[299] IPI-forordningen, art. 6, stk. 3, litra a
[300] EU-Kommissionen: *Deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere*, s. 8
[301] IPI-forordningen, betragtning 10

Som redegjort for fremsatte Kommissionen første gang i 2012 lovforslaget til det, der senere blev til IPI-forordningen. I det oprindelige forslag var der en 'decentral søjle', som skulle give ordregiverne mulighed for at udelukke tilbud, hvor en stor andel af varerne eller tjenesteydelserne havde oprindelse i et ikke-omfattet tredjeland.

Den 'decentrale søjle' blev imidlertid fjernet, efter Kommission fremsatte ændringsforslaget. Hovedargumentet for ændringen var dengang, at jo mere ordregiverne skal undersøge, des større administrativ byrde vil det medføre for disse.[302][303]

Samme argument er blevet videreført i IPI-forordningen, hvorefter "*Målet om at begrænse enhver unødvendig administrativ byrde for ordregivende myndigheder og ordregivende enheder såvel som erhvervsdrivende bør også tages i betragtning*."[304]

Hvis ordregiverne skal vurdere om deres beslutning om udelukkelse er proportional i forhold til et tredjelands foranstaltninger eller praksis, vil det medføre en langt større administrativ byrde, end hvis ordregiveren kan udelukke den økonomiske aktører allerede på baggrund af, at denne har oprindelse i et ikke-omfattet tredjeland.

Set i sammenhæng med den manglende ret til at deltage i udbud indenfor EU for disse økonomiske aktører, taler hensynet til ordregiverne derfor for, at når ordregiverne vælger, at økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande ikke må deltage i et udbud, kan det ske, uden at proportionaliteten bliver taget i betragtning.

Får en økonomisk aktør fra et ikke-omfattet tredjeland imidlertid lov til at deltage i udbudsproceduren skal ordregiveren tage hensyn til, at den økonomiske aktør i udbudsproceduren har krav på en proportional behandling. Dette betyder med andre ord, at den tilpasning af resultat, som ordregiveren har tænkt sig at foretage på baggrund af den objektive forskel mellem denne økonomiske aktør og andre økonomiske aktører, skal være proportional.

Tilpasningen skal herefter ske gennem en scorejustering.

[302] EU-Kommissionen: *COM(2012) 124 final (*21.3.2012), s. 8
[303] EU-Kommissionen: *COM(2016) 34 final* (29.01.2016), s. 7
[304] IPI-forordningen, betragtning 20

Som redegjort for er der i IPI-forordningen lagt vægt på, at scorejusteringen skal ske på grundlag af udbuddets kontrakttildelingskriterier.[305] Dette siger imidlertid kun noget om gennemsigtigheden, mens det intet siger om, hvornår en scorejustering kan anses som værende proportional.

I IPI-forordningens art. 6, stk. 8, andet afsnit, er det bestemt, at den procentvise værdi af justeringen vil afhænge af tredjelandet og den påtænkte sektor for varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder.[306] Justeringen kan herefter fastsættes op til 50 % af tilbuddets evalueringsscore.

Er pris eller omkostninger det eneste kontrakttildelingskriterium, kan scorejusteringen i stedet sættes til det dobbelte.[307] Den højere scorejustering, hvor pris eller omkostninger er eneste kontrakttildelingskriterium, er i betragtning 21 til IPI-forordningen begrundet med, at der skal tilsikres en "*tilsvarende virkningsgrad for IPI-foranstaltningen*."[308]

Da forslaget til IPI-forordningen blev fremsat, blev det i første omgang foreslået, at Kommissionen skulle have mulighed for at indføre en obligatorisk prisstraf på de varer eller tjenesteydelser, som havde oprindelse i et ikke-omfattet tredjeland, når tredjelandet opretholdt en restriktiv praksis i forbindelse med offentlige udbud, og når et tilbud fra en økonomisk aktør indeholdt mere end 50 % af sådanne varer eller tjenesteydelser.[309] Prisstraffen var i forslaget ikke nærmere specificeret.

Senere blev det foreslået af Kommissionen, at denne justeringsforanstaltning skulle kunne fastsættes med en straf på op til 20 %.[310] Efter at forordningen havde været drøftet i EU-rådet, var både straffen og anvendelsesområdet imidlertid blevet udvidet til det, som er gældende i dag.[311] Det fremgår ikke af lovgivningsproceduren, hvorfor EU-rådet havde et ønske om en forhøjet straf og et udvidet anvendelsesområde.[312]

[305] *Ibid*., art. 2, stk. 1, litra d
[306] *Ibid*., art. 6, stk. 8, andet afsnit
[307] *Ibid*.
[308] *Ibid*., betragtning 21
[309] EU-Kommissionen: *COM(2012) 124 final (*21.3.2012), s. 10
[310] EU-Kommissionen: *COM(2016) 34 final* (29.01.2016), s. 32
[311] EU-Parlamentet: *PE-CONS 15/22* (10.06.2022), s. 33
[312] Den Europæiske Union: *Procedure 2012/0060/COD*

Det er imidlertid værd at bemærke, at der på de ti år, hvor IPI-forordningen var undervejs, skete en stor holdningsændring ift., hvor hårde IPI-foranstaltninger Kommissionen skulle have mulighed for at fastsætte mod tredjelande.

Holdningen udviklede sig sideløbende med, at EU måtte konstatere, at en række tredjelande opretholdt en ifølge Unionen urimelig praksis på udbudsområdet, hvilket som fremhævet i analysen medførte øget fokus på gensidighedsstrategien.[313]

Det fremgår i den forbindelse af IPI-forordningen, at "*Det er vigtigt, at det overordnede mål om at opnå gensidighed ved at åbne tredjelandes markeder og en forbedring af mulighederne for markedsadgang for Unionens erhvervsdrivende tages* ***særligt*** *i betragtning*."[314] (min fremhævning)

Overfor dette mål står hensynet til de konsekvenser, som en foranstaltning kan medføre, for EU's økonomiske aktører, hvis ordregiverne foretager høje scorejusteringer. Ordregiverne kan imidlertid ikke forventes at tage disse konsekvenser i betragtning, når de fastsætter foranstaltninger i det enkelte udbud.

Dette skal ses i lyset af, at der er to sider af proportionaliteten, hvilket betyder, at ordregiveren ikke kan nøjes med at fastsætte en scorejustering, som en økonomisk aktør fra et ikke-omfattet tredjeland finder proportional. Økonomiske aktører fra Unionen eller fra et tredjeland, som Unionen har indgået en aftale med, skal ligeledes finde justeringen proportional.

I IPI-forordningens betragtning 27 står der, at hvis en ordregiver anvender en IPI-foranstaltning på en måde, som medfører en negativ virkning for økonomiske aktører, som har ret til at deltage i et udbud, hvilket vil sige økonomiske aktører fra Unionen eller fra et tredjeland, hvormed Unionen har en aftale, finder kontroldirektiverne anvendelse.[315]

[313] Det Europæiske Råd: *Konklusioner* (21. og 22. marts 2019), s. 3
[314] IPI-forordningen, betragtning 20
[315] *Ibid*., betragtning 27

Der er særlig lagt vægt på, at dette gør sig gældende, hvis den økonomiske aktør "*finder, at en konkurrerende erhvervsdrivende burde have været udelukket, eller et tilbud burde have fået lavere placering på grund af anvendelsen af en IPI-foranstaltning*."[316]

Man kan herefter se på sammenhængen mellem den 10 år lange forhandling af IPI-forordningen, som gradvist førte til en hårdere og hårdere fastsættelse af justeringsforanstaltninger, gensidighedsstrategien, som særligt skal tages i betragtning, og den særlige fokus på, at de økonomiske aktører kan klage, hvis de ikke mener, at en foranstaltning mod en økonomisk aktør fra et ikke-omfattet tredjeland er restriktiv nok.

Med disse tre forhold in mente, taler det for, at ordregiverne kan fastsætte justeringsforanstaltninger, som behandler økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande langt mindre gunstigt end økonomiske aktører fra Unionen eller fra tredjelande, som Unionen har indgået en aftale med.

Der må i den forbindelse være en formodning for, at en foranstaltning fastsat af ordregiveren ikke er uproportional, så længe den holder sig inden for de grænser, som er fastsat i IPI-forordningens art. 6, stk. 8, andet afsnit.[317]

4.3 Hvad hvis behandlingen ikke er gennemsigtig og proportional?

I tilfælde af at en økonomisk aktør fra et ikke-omfattet tredjeland mener, at behandlingen i udbudsproceduren er uigennemsigtig eller uproportional, er spørgsmålet, hvilke klagemuligheder den økonomiske aktør vil have.

EUD udtalte i den forbindelse i Kolin-sagen, at "*en klage fra en af dem med henblik på at gøre opmærksom på ordregiverens tilsidesættelse af sådanne krav kun* [kan] *undersøges i lyset af national ret og ikke i lyset af EU-retten*."[318]

Dette betyder med andre ord, at det danske Klagenævn for Udbud (KLFU) og de danske domstole, ikke i lyset af EU-retten vil kunne undersøge, om der er sket en tilsidesættelse af den økonomiske aktørs krav. Som nævnt tidligere, er udbudsdirektivet blevet

[316] *Ibid*.
[317] *Ibid*., art. 6, stk. 8, andet afsnit
[318] C-652/22, pr. 66

implementeret med vedtagelsen af den danske udbudslov, mens forsyningsvirksomhedsdirektivet er blevet implementeret ved forsyningsvirksomhedsbekendtgørelsen.

Da loven og bekendtgørelsen implementerer EU-ret, betyder dette, at økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande, ikke vil kunne påberåbe sig bestemmelserne i hverken loven eller bekendtgørelsen. Kunne disse aktører påberåbe sig disse bestemmelser, ville det svare til, at de støttede ret på EU-retten.

Derfor udtalte EUD, at "*nationale myndigheder ikke har kompetence til at lade de nationale bestemmelser, der gennemfører reglerne i direktiv 2014/25, finde anvendelse på økonomiske aktører fra tredjelande, der ikke har indgået en international aftale med Unionen*."[319]

Generaladvokaten udtalte i Qingdao Sifang-sagen, at den eneste mulighed, som en sådan aktør vil have for at påberåbe sig rettighederne i direktiverne, vil være, hvis aktøren gør gældende, at ordregiveren ved en fejl har vurderet, at tredjelandet, hvori den økonomiske aktør har oprindelse, ikke har en aftale med Unionen.[320]

For et udbud foretaget af en dansk ordregivende myndighed betyder ovenstående, som den danske regering også argumenterede for i deres indlæg i Kolin-sagen, at den økonomiske aktør herefter alene vil kunne støtte ret på de forvaltningsretlige principper.[321][322]

I dansk forvaltningsret findes bl.a. et ligebehandlingsprincip, et princip om saglig forvaltning og et proportionalitetsprincip. Det vil herefter være krævet, at ordregivere, som er omfattet af offentlighedsloven, skal følge disse principper.[323]

Grundet det forvaltningsretlige ligebehandlingsprincip, ville dette som udgangspunkt betyde, at de økonomiske aktører udover de krav, som EUD allerede har fastslået, gælder for disse, også ville have krav på, at danske ordregivere behandlede disse lige med resten af de økonomiske aktører.

---

[319] *Ibid*., pr. 67
[320] Forslag til afgørelse, C-266/22, pr. 74
[321] Bilag 1, s. 9-10
[322] Hamer: *Udbudsret* (2021), s. 67-68
[323] *Ibid*., s. 67

I denne forbindelse skal de af EUD udviklede principper om konformfortolkning af EU-retten og princippet om dennes forrang imidlertid haves for øje.

Al national ret skal som udgangspunkt fortolkes EU-konformt, uanset om denne er et forsøg på at gennemføre EU-ret eller ej.[324] Dette betyder, at de danske retsanvendere skal forsøge at fortolke det danske ligebehandlingsprincip i overensstemmelse med udbudsdirektivernes ordlyd og formål.

Hvis dette ikke er muligt, kan princippet om EU-rettens forrang i stedet få betydning. Det betyder, at hvis der i en sag om et dansk udbud på den ene side er en økonomisk aktør fra et ikke-omfattet tredjeland, og på den anden side er en økonomisk aktør fra EU, vil den økonomiske aktør fra Unionen kunne påberåbe sig enten art. 25 i udbudsdirektivet eller art. 43 i forsyningsvirksomhedsdirektivet. Herefter vil denne bestemmelse have forrang, hvorfor den skal anvendes i stedet for det danske forvaltningsretlige ligebehandlingsprincip.

Det skal herefter bemærkes, at gennemsigtighedsprincippet er udviklet i EUD's praksis, da gennemsigtighed gør det muligt at fastslå, om ligebehandlingsprincippet er overholdt.[325]

Gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet har dermed en sådan indbyrdes sammenhæng, at det kun vil være et fåtal af sager, hvor den økonomiske aktør fra et ikke-omfattet tredjeland, vil kunne klage over manglende overholdelse af gennemsigtighedsprincippet. Dette kan fx være aktuelt, hvis udbudsmaterialet er udformet uklart.[326]

De danske principper om saglighed og proportionalitet har også en tæt tilknytning, som normalt sikrer, at ordregiveren kun træffer beslutninger, som er nødvendige og forholdsmæssige.[327] Kravet om saglighed ville normalt medføre, at ordregiverens valg og fravalg skal træffes på et sagligt grundlag.

[324] C-106/89, pr. 8
[325] C-496/99 P, pr. 108-109
[326] Klagenævnets kendelse af 06.07.2012
[327] Hamer: *Udbudsret* (2021), s. 68

Dette betyder også, at udelukkelse af økonomiske aktører normalt kun kan finde sted, hvis der ikke findes mindre indgribende foranstaltninger.[328]

Som ovenfor konkluderet, tyder alt imidlertid på, at ordregiverne uden nærmere begrundelse, har ret til at udelukke økonomiske aktører, med begrundelsen, at de er fra et ikke-omfattet tredjeland, uden at der ligger saglige og proportionale hensyn bag denne beslutning.

Da det ligeledes er blevet vurderet, at der er krav om, at økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande bliver forskelsbehandlet, ses princippet om saglighed her heller ikke at finde anvendelse. Princippet om saglighed vil i sammenhæng med proportionalitetsprincippet derfor primært finde anvendelse, hvis ordregiveren vælger at fastsætte en scorejustering, som ligger udover den grænse, som er fastsat i IPI-forordningens art. 6, stk. 8, andet afsnit. I et sådan tilfælde vil ordregiveren skulle redegøre for, hvorfor dette er nødvendigt og forholdsmæssigt.

Det skal sidst nævnes, at hvis en økonomisk aktør ønsker at støtte ret på de forvaltningsretlige principper, så skal klagen ikke indgives til KLFU, men i stedet til domstolene.

KLFU har nemlig fastslået, at "*Klagenævnet har, jf. klagenævnslovens § 1, kompetence til at tage stilling til, om udbudsretlige regler i udbudsloven og EU-retten er overholdt, men ikke til at tage stilling til, om generelle danske forvaltningsretlige principper* […] *er tilsidesat*."[329]

Økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande, vil derfor meget sjældent opleve tilfælde, hvor de kan klage over ordregiverens beslutninger, ligesom også klageinstanserne vil være begrænsede, hvis de ønsker at prøve ordregiverens skøn.

Skulle en klageinstans imidlertid finde, at ordregiveren har handlet uigennemsigtigt, usagligt eller uproportionalt, risikerer denne i værste fald, at udbuddet annulleres, hvorefter en indgået kontrakt skal bringes til ophør.[330]

---

[328] C-395/18, pr. 55
[329] Klagenævnets kendelse af 28.05.2018
[330] Udbudsloven, § 185, stk. 2

I sager, hvor ordregiverens beslutninger er baseret på et skøn, som tilfældet vil være for den scorejustering, der skal foretages, vil dette skøn imidlertid kun blive tilsidesat, "*hvis det er usagligt, hviler på et objektivt forkert grundlag, eller hvis ordregiveren åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for ordregiverens skøn*."[331]

5 Konklusion

Nærværende afhandling har haft til formål at belyse, hvordan EU har fået et stigende fokus på gensidighed ift. tredjelandsaktørers deltagelse i udbud indenfor Unionen, og hvordan det stigende gensidighedsfokus kommer til at få betydning for udbud foretaget af danske ordregivende myndigheder.

Som afhandlingen viser, har Unionen fået et stigende fokus på gensidighed ift. tredjelandsaktørers deltagelse i udbud indenfor Unionen. Det stigende fokus på gensidighed fremfor åbenhed er i særdeleshed kommet til udtryk siden 2012.

2012 var året, hvor EU-Kommissionen fremsatte forslaget til det, som ti år senere blev til IPI-forordningen, der trådte i kraft i 2022, og som for første gang blev taget i brug i 2024.

I den ti år lange periode, hvor IPI-forordningen var under forhandling, afgav flere af Unionens institutioner udtalelser, som understregede vigtigheden af, at EU begyndte at bruge det attraktive udbudsområde mere strategisk.

Dette hang sammen med, at økonomiske aktører fra Unionen ikke altid har oplevet samme åbenhed, når de forsøgte at vinde udbud i tredjelande, som økonomiske aktører fra tredjelande har oplevet, når de forsøgte at vinde udbud indenfor EU.

Strategien skulle derfor bestå i et større fokus på gensidighed fremfor åbenhed, når økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande forsøgte at vinde udbud i EU. Med andre ord gjorde Unionen det klart, at åbenhed kræver gensidighed.

At der ikke blot var tale om en tom trussel fra Unionens side er kommet til udtryk i C-266/22 og C-652/22. Her fandt henholdsvis generaladvokaten og EUD, at økonomiske aktører fra Kina og Tyrkiet ikke kan støtte ret på udbudsdirektiverne, når disse lande ikke

[331] Klagenævnets kendelse af 18.09.2019

har indgået en handelsaftale med EU. De økonomiske aktører har derfor ikke krav på en *'ikke mindre gunstig behandling*'.

Særligt C-652/22 gjorde det imidlertid klart, at det stigende fokus på gensidighed ikke kun vil komme til at få betydning for økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande. For når nogen skal sættes i skammekrogen, skal der også være en til at gøre det.

EUD konkluderede imidlertid i C-652/22, at medlemsstaterne ikke må regulere adgangen for økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande, da denne kompetence hører under Unionens enekompetence på området for den fælles handelspolitik.

Derfor er det, når EU ikke har brugt sin kompetence til at regulere tredjelandes adgang, ordregiverne, som i hvert enkelt udbud skal tage stilling til deltagelsen af tredjelandsaktører.

Det stigende gensidighedsfokus kommer derfor også i høj grad til at få betydning for udbud foretaget af danske ordregivende myndigheder.

For danske ordregivende myndigheder får det betydning derved, at de fremover kan udelukke økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande fra udbud efter udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet, uden anden begrundelse end at det land, de oprinder fra, ikke har en handelsaftale med Unionen.

Herudover må der være en formodning for, at ordregiverne, hvis de tillader deltagelse af økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande, skal fastsætte en scorejustering for disses tilbud. Scorejusteringen skal fastsættes på grundlag af udbuddets kontrakttildelingskriterier.

Dette betyder, at den økonomiske aktørs tilbud i evalueringsfasen skal justeres med op til 50 % af tilbuddets evalueringsscore, mens der, hvis pris eller omkostninger er eneste kontrakttildelingskriterium, skal ske en scorejustering på op til det dobbelte af tilbudsprisen.

Der vil herefter kun være få situationer, hvor ordregiveren ikke skal fastsætte en form for scorejusteringen. Dette kan fx være tilfældet, hvis der vil være en risiko for, at ordregiveren ikke vil kunne gennemføre et udbud, eller almenvellet risikerer at lide skade.

De ordregivende myndigheders mulighed for at behandle økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande mindre gunstigt er imidlertid ikke uden grænser. EUD fastslog i C-652/22, at de økonomiske aktører fortsat vil have krav på en gennemsigtig og proportional behandling, ligesom de også kan støtte ret på national ret.

De danske ordregivende myndigheder skal derfor fortsat være opmærksomme på at behandle de økonomiske aktører gennemsigtigt og proportionalt, ligesom de også skal overholde de danske forvaltningsretlige principper.

Grundet EU-rettens principper om konformfortolkning og forrang samt den indbyrdes sammenhæng mellem de forvaltningsretlige principper vil der imidlertid sjældent være tilfælde, hvor det vil være meningsfuldt at klage over ordregivernes beslutninger.

Danske ordregivende myndigheder vil derfor forholdsvis risikofrit kunne behandle økonomiske aktører fra ikke-omfattede tredjelande langt mindre gunstigt end andre økonomiske aktører.

Denne mulighed for en mindre gunstig behandling udspringer i høj grad af Unionens øgede fokus på gensidighed.

6 Litteraturliste

6.1 Bøger

Fabricius: *Offentlige indkøb i praksis* (2024)

Fabricius, Jesper (2024), *Offentlige indkøb i praksis*, 5. udg., Karnov Group

Hamer: *Udbudsret* (2021)

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

Hamer m.fl.: *Juraens Verden* (2020)

Hamer, Carina Risvig og Sten Schaumburg-Müller (2020), *Juraens Verden: Metoder, Retskilder og Discipliner*, 1. udg., Djøf Forlag

Nielsen: *Konkurrencen om den offentlige kontrakt* (2022)

Nielsen, Rasmus Horskjær (2022), *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*, 1. udg., Djøf Forlag

Poulsen m.fl.: *EU-Udbudsretten* (2022)

Poulsen, Sune Troels, Michael Steinicke, Anders Birkelund Nielsen og Anne Bergholt Sommer (2022), *EU-Udbudsretten*, 4. udg., Djøf Forlag

Sørensen m.fl.: *EU-Retten* (2022)

Sørensen, Karsten Engsig og Jens Hartig Danielsen (2022), *EU-Retten*, 8.udg., Djøf Forlag

Ølykke m.fl.: *EU's Udbudsregler* (2022)

Ølykke, Grith Skovgaard, Mette Ohm og Cecilie Fanøe Petersen (2022), *EU's udbudsregler - i dansk kontekst*, 3. udg., Djøf Forlag

6.2 Artikler

Caranta: *Adapting to a Changing World, not without Difficulties (C-652/22)*

Caranta, Robert, *Op-Ed: "Adapting to a Changing World, not without Difficulties: Kolin (C-652/22)"*

Hamer m.fl.: ***Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?***

Hamer, Carina Risvig og Rasmus Horskjær Nielsen, *Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?,* U.2020B.114

Sanchez-Graells: ***The Court of Justice decidedly jumps on the Procurement Protectionism Bandwagon, creating legal Uncertainty along the Way (C-652/22)***

Sanchez-Graells, Albert, *Op-Ed: "The Court of Justice decidedly jumps on the Procurement Protectionism Bandwagon, creating legal Uncertainty along the Way* (C-652/22)"

6.3 Internetsider

Den Europæiske Union: ***Sprog***

Den Europæiske Union, Sprog, tilgængelig på: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/languages_da (tilgået d. 17-12-2024)

EU-Kommissionen: ***Commission opens first in-depth investigation under the Foreign Subsidies Regulation***

EU-Kommissionen - Commission opens first in-depth investigation under the Foreign Subsidies Regulation, tilgængelig på: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_887 (tilgået d. 5-10-2024)

EU-Kommissionen: ***EU-Singapore Free Trade Agreement, Investment Protection Agreement and Digital Trade Agreement***

EU-Kommissionen, EU-Singapore Free Trade Agreement, Investment Protection Agreement and Digital Trade Agreement, tilgængelig på: https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/singapore/eu-singapore-agreements_en (tilgået d. 15-11-2024)

EU-Kommissionen: ***Public Procurement***

EU-Kommissionen, Public Procurement, tilgængelig på: https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement_en?prefLang=da (tilgået d. 18-12-2024)

EU-Kommissionen: ***Trade Barriers***

EU-Kommissionen, Trade Barriers, tilgængelig på: https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/barriers/details?barrier_id=14587 (tilgået d. 18-12-2024)

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: ***Udbud***	Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Udbud, tilgængelig på: https://kfst.dk/udbud (tilgået d. 01-12-2024)
The White House: ***Build America, Buy America Act***	The White House, Build America, Buy America Act, tilgændelig på: https://www.whitehouse.gov/omb/management/made-in-america/build-america-buy-america-act-federal-financial-assistance/ (tilgået d. 18-12-2024)
Udenrigsministeriet: ***Bilaterale frihandelsaftaler***	Udenrigsministeriet, Bilaterale frihandelsaftaler, tilgængelig på: https://um.dk/udenrigspolitik/handelspolitik/bilaterale-frihandelsaftaler (tilgået d. 6-11-2024)
Udenrigsministeriet: ***Danmark i EU***	Udenrigsministeriet, Danmark i EU, tilgængelig på: https://um.dk/udenrigspolitik/eu-da/danmark-i-eu (tilgået d. 9-10-2024)
Udenrigsministeriet: ***Spar penge med frihandelsaftaler***	Udenrigsministeriet, Spar penge med frihandelsaftaler, tilgængelig på: https://um.editor.um.dk/sitecore/content/websites/trade-council-old/home/services/eksport/frihandelsaftaler (tilgået d. 9-10-2024)
World Trade Organization: ***Agreement on Government Procurement***	World Trade Organization, Agreement on Government Procurement, tilgængelig på: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm (tilgået d. 23-10-2024)
World Trade Organization: ***Coverage Schedules***	World Trade Organization, Coverage Schedules, tilgængelig på: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm (tilgået d. 23-10-2024)
World Trade Organization: ***Parties and observers***	World Trade Organization, Parties and observers, tilgængelig på: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm (tilgået d. 23-10-2024)

6.4 Lovgivning

6.4.1 Dansk lovgivning

Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud	Bekendtgørelse 2011-08-11 nr. 887 om Klagenævnet for Udbud

Forsyningsvirksomhedsbekendtgørelsen (2015)	Bekendtgørelse 2015-12-15 nr. 1624 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester
Forsyningsvirksomhedsbekendtgørelsen (2022)	Bekendtgørelse 2022-06-29 nr. 1078 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester
Lov om Klagenævnet for Udbud	Lovbekendtgørelse 2016-06-02 nr. 593 om Klagenævnet for Udbud
Offentlighedsloven	Lovbekendtgørelse 2020-02-24 nr. 145 om offentlighed i forvaltningen
Udbudsloven	Lovbekendtgørelse 2023-01-06 nr. 10 Udbudsloven

6.4.2 International lovgivning

Kontroldirektiverne	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter
Forsyningsvirksomhedsdirektivet	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF

IPI-forordningen	Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2022/1031 af 23. juni 2022 om adgangen for tredjelandes erhvervsdrivende, varer og tjenesteydelser til Unionens markeder for offentlige udbud og koncessioner og procedurer for støtte til forhandlingerne om adgang for Unionens erhvervsdrivende, varer og tjenesteydelser til tredjelandes markeder for offentlige udbud og koncessioner (Instrument for internationale offentlige udbud)
TEU	Traktaten om Den Europæiske Union (TEU), (2016/C 202/01)
TEUF	Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), (2016/C 202/01)
Udbudsdirektivet	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

6.5 Retspraksis

6.5.1 Retspraksis fra EUD

C-652/22	EUD af 22. oktober 2024, C-652/22 - Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret
C-70/22	EUD af 27. april 2023, C-70/22 - Viagogo
C-210/20	EUD af 3. juni 2021, C-210/20 - Rad Service m.fl.
C-395/18	EUD af 30. januar 2020, C-395/18 - Tim
C-515/18	EUD af 24. oktober 2019, C-515/18 – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

C-330/17	EUD af 15. november 2018, C-330/17 - Verbraucherzentrale Baden-Württemberg
C-567/15	EUD af 5. oktober 2017, C-567/15 - LitSpecMet
C-399/05	EUD af 18. juli 2017, C-399/05 - Commission v Greece
C-80/12	EUD af 1. april 2014, C-80/12 - Felixstowe Dock and Railway Company m.fl.
C-414/11	EUD af 18. juli 2013, C-414/11 - Daiichi Sankyo og Sanofi-Aventis Deutschland
C-454/06	EUD af 19. juni 2008, C-454/06 - Pressetext Nachrichtenagentur
C-491/06	EUD af 8. maj 2008, C-491/06 - Danske Svineproducenter
C-496/99 P	EUD af 29. april 2004, C-496/99 P - Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta
C-285/99	EUD af 27. november 2001, C-285/99 - Impresa Lombardini
C-300/98	EUD af 14. december 2000, C-300/98 - Dior
C-156/98	EUD af 19. september 2000, C-156/98 – Tyskland mod Kommissionen
C-106/89	EUD af 13. november 1990, C-106/89 - Marleasing mod Comercial Internacional de Alimentación
C-322/88	EUD af 13. december 1989, C-322/88 - Grimaldi
C-215/88	EUD af 13. juli 1989, C-215/88 - Casa Fleischhandel mod BALM
C-157/86	EUD af 4. februar 1988, C-157/86 - Murphy

C-14/83	EUD af 10. april 1984, C-14/83 - Von Colson
C-283/81	EUD af 6. oktober 1982, C-283/81 - CILFIT
C-6/64	EUD af 15. juli 1964, C-6/64 - Costa mod E.N.E.L

6.5.2 Forslag til afgørelser fra generaladvokater

Forslag til afgørelse, C-652/22	Forslag til afgørelse fra generaladvokat A.M. Collins i sag C-652/22, fremsat d. 7. marts 2024
Forslag til afgørelse, C-266/22	Forslag til afgørelse fra generaladvokat A.Rantos i sag C-266/22, fremsat d. 11. maj 2023

6.5.3 Udtalelser fra EUD

Udtalelse 2/15: ***Frihandelsaftale mellem Den Europæiske Union og Republikken Singapore***	DOMSTOLENS UDTALELSE 2/15 af 16. maj 2017 - frihandelsaftale mellem Den Europæiske Union og Republikken Singapore

6.5.4 Retspraksis fra KLFU

Klagenævnets kendelse af 18.09.2019	Klagenævnets kendelse af 18.09.2019 - Grandt Defense ApS mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
Klagenævnets kendelse af 28.05.2018	Klagenævnets kendelse af 28.05.2018 - Danske Slagtemestre som mandatar for Gert Nielsen A/S mod Høje-Taastrup Kommune

Klagenævnets kendelse af 06.07.2012	Klagenævnets kendelse af 06.07.2012 - KCI Medical ApS mod Region Hovedstaden

6.6 Forarbejder

6.6.1 Danske forarbejder

Nr. L 199 (som fremsat)	Lovforslag 2022-05-10 nr. L 199, Forslag til Lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (som fremsat)
Nr. L 19 (som fremsat)	Lovforslag 2015-07-10 nr. L 19, Forslag til Udbudsloven (som fremsat)

6.6.2 Internationale forarbejder

Den Europæiske Union: ***Procedure 2012/0060/COD***	Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING om adgangen for tredjelandes varer og tjenesteydelser til Unionens indre marked for offentlige indkøb og procedurer for støtte til forhandlingerne om adgang for Unionens varer og tjenesteydelser til tredjelandes markeder for offentlige indkøb - Procedure 2012/0060/COD
EU-Kommissionen: ***KOM(2011) 896 endelig*** **(20.12.2011)**	Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV om offentlige indkøb - KOM(2011) 896 endelig

EU-Kommissionen: ***COM(2012) 124 final*, *(*21.3.2012)**	Forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING om adgangen for tredjelandes varer og tjenesteydelser til Unionens indre marked for offentlige indkøb og procedurer for støtte til forhandlingerne om adgang for Unionens varer og tjenesteydelser til tredjelandes markeder for offentlige indkøb - COM(2012) 124 final
EU-Kommissionen: ***COM(2016) 34 final*** **(29.01.2016)**	Ændret forslag til EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING om adgangen for tredjelandes varer og tjenesteydelser til Unionens indre marked for offentlige udbud og procedurer for støtte til forhandlingerne om adgang for Unionens varer og tjenesteydelser til tredjelandes markeder for offentlige udbud - COM(2016) 34 final
EU-Parlamentet: PE-CONS 15/22 (10.06.2022)	LOVGIVNINGSMÆSSIGE RETSAKTER OG ANDRE INSTRUMENTER - EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING om adgangen for tredjelandes erhvervsdrivende, varer og tjenesteydelser til Unionens markeder for offentlige udbud og koncessioner og procedurer for støtte til forhandlingerne om adgang for Unionens erhvervsdrivende, varer og tjenesteydelser til tredjelandes markeder for offentlige udbud og koncessioner (Instrument for internationale offentlige udbud) - PE-CONS 15/22

6.7 Vejledninger og meddelelser

6.7.1 Danske vejledninger

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: ***Danske klagesager om udbud***	Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen - Danske klagesager om udbud, februar 2018
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: ***Udbud med deltagelse af konsortier***	Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen - Udbud med deltagelse af konsortier, december 2022

6.7.2 Internationale meddelelser

Det Europæiske Råd: ***Konklusioner*** **(21. og 22. marts 2019)**	Det Europæiske Råd - Det Europæiske Råds møde (21. og 22. marts 2019) – Konklusioner, EUCO 1/19
Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg: ***COM(2016) 34 final*** **(20.07.2016)**	Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg - udtalelse om ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om adgangen for tredjelandes varer og tjenesteydelser til Unionens indre marked for offentlige udbud og procedurer for støtte til forhandlingerne om adgang for Unionens varer og tjenesteydelser til tredjelandes markeder for offentlige udbud, COM(2016) 34 final
EU-Kommissionen: ***Deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere***	Meddelelse fra EU-Kommissionen - Vejledning om deltagelse af tredjelandes tilbudsgivere og varer på EU's marked for offentlige udbud, C(2019) 5494 final
EU-Kommissionen: ***EU og Kina i et strategisk perspektiv***	Meddelelse fra EU-Kommissionen - Forbindelserne mellem EU og Kina i et strategisk perspektiv, JOIN(2019) 5 final

EU-Kommissionen: ***Indledning af en undersøgelse i henhold til instrumentet for internationale offentlige udbud***	Meddelelse fra EU-Kommissionen - Meddelelse om indledning af en undersøgelse i henhold til instrumentet for internationale offentlige udbud vedrørende Folkerepublikken Kinas foranstaltninger og praksisser på markedet for offentlige udbud af medicinsk udstyr, C/2024/2973
EU-Kommissionen: ***Udbud, der virker***	Meddelelse fra EU-Kommissionen - Udbud, der virker — i og for Europa, COM(2017) 572 final

7 Bilag

Bilag 1	Aktindsigt - Indlæg fra den danske regering under den mundtlige forhandling - 21. oktober 2023 For EU-Domstolen i sagen C-652/22 - Kolin Inşaat Turizm, J.nr. 23/03402