

Emne: ”Udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse”

Subject: “Negotiated Procedure without a notice”



Navn: Marianne Lund Eichertz Hansen

Cpr.nr.: 231153-

Studieretning: Cand.jur.

Vejleder: Carina Risvig Hamer

Antal anslag: 158.276

### **3. Konklusion på gældende ret af bestemmelsen i Artikel 31, stk. 1, litra b)**

Denne afhandling har vist, at Artikel 31, stk. 1, litra b) er en undtagelsesbestemmelse, der skal fortolkes indskrænkende. I analysen af EU-Domstolens domme, fremgik det tydeligt, at EU-Domstolen ser med stor alvor på, hvornår en kontrakt kan tildeles én bestemt leverandør.

Da formålet med denne afhandling er at finde frem til gældende ret vedr. bestemmelsen i Artikel 31, er der kun fokuseret på de domme, hvor denne bestemmelse eksplisit er fremgået af den konflikt, EU-Domstolen har skullet tage stilling til.

Essensen af de analyserede domme er da også ret tydelig. Selvom der måtte være en teknisk grund, er det ikke altid strengt nødvendigt at tildele en kontrakt til én bestemt leverandør. Andre hensyn bør også indgå i vurderingen, eksempelvis Traktatens principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Det er min vurdering, at Ordregivere måske ikke altid er 100 % objektive, når der i en anskaffelsessituation skal findes frem til den relevante udbudsform. Dette baseres især på egen erfaring. Det er også min vurdering, at EU-Domstolens fremtidige domme stort set vil komme frem til det samme resultat, som de domme, der er analyseret i denne afhandling. Tidsmæssigt spænder de analyserede domme over en tidsperiode på 11 år (1994-2005), og EU-Domstolen er i alle dommene meget præcis i sin fortolkning af, hvornår der kan være tale om tildeling til én bestemt økonomisk aktør. Selvom der i afsnittet om EU-Domstolens funktion og virkemåde blev fastslået, at EU-Domstolens fortolkning også tog stilling til andet og mere end den konkrete konflikt, ser det ikke ud til at gælde undtagelsesbestemmelsen i Artikel 31, stk. 1, litra b).

I analysen af Klagenævnet for Udbuds kendelser fremgik det, at også nævnet finder det problematisk, når en kontrakt tildeles én bestemt økonomisk aktør med begrundelse i tekniske hensyn. Som ved EU-Domstolens domme blev også kun de kendelser analyseret, hvor der blev taget stilling til Artikel 31, stk. 1, litra b).

Der er imidlertid en væsentlig forskel i analysen i forhold til EU-Domstolens praksis. Som nævnt er EU-Domstolens praksis på området meget klar, og bestemmelsen må siges at blive fortolket strengt i forhold til de anvendelsesmuligheder, Udbudsdirektivet giver mulighed for i Artikel 31. Selvom udgangspunktet er EU-konform fortolkning baseret på implementeringen af Kontrolldirektivet i dansk håndhævelseslov, har Klagenævnet dog anlagt en anden praksis, end Lovgiver har givet udtryk for den skulle være. Det har fået stor betydning for anskaffelser efter Artikel 31, stk. 1, litra

b), idet Håndhævelseslovens § 4 er blevet en ”kattelem” for offentlige Ordregivere, der måske er i tvivl, om en kommende anskaffelse burde have været i traditionelt udbud. I stedet for måske at grave et spadestik dybere for at finde ud af dét, skynder en Ordregiver sig at offentliggøre en § 4-bekendtgørelse, der medfører, at den indgåede kontrakt ikke efterfølgende kan blive erklæret for ”uden virkning”.

I kildesøgningen til denne afhandling har det tit slået mig, at juridiske teoretikere loyalt opremser reglerne, som disse naturligvis skal fortolkes efter gældende regelsæt. Men dette er ikke nødvendigvis den endegyldige sandhed om Artikel 31, stk. 1, litra b). Som ”praktiserende jurist” kan det nogle gange være svært at overbevise f.eks. en forsker om, at uanset hvilke argumenter vedkommende har om en påtænkt anskaffelse, skal Udbudsdirektivets regelsæt som udgangspunkt følges. Den nyeste ”trend” i forskerkredse, der er oplevet af undertegnede i det sidste halve år er, at forskeren ved en henvendelse til Udbudskontoret om en anskaffelse selv gør opmærksom på muligheden for en profylaksebekendtgørelse og faktisk har sat sig ind i reglerne herfor.

Det er min vurdering, at hvis der skal laves om på det, således at Håndhævelseslovens § 4 ikke længere fungerer som en ”kattelem”, kræver det helt klart en praksisændring hos Klagenævnet for Udbud, således at nævnet fremover forholder sig til Lovgivers ønske om, at en kontrakt, hvor en Ordregiver har foretaget en åbenbart urigtig vurdering, skal kunne erklæres for ”uden virkning”. Det er min vurdering, at såfremt EU-Domstolen følger Generaladvokatens forslag til afgørelse jf. omtalen i afsnit 2.10.5 bliver Klagenævnet simpelthen nødt til at ændre praksis. Og det vil helt sikkert blive hilst velkommen blandt udbudskonsulenter hos danske Ordregivere.

Det er naivt at tro, at Ordregivere ikke en gang imellem ”prøver lykken”, især hvis regelsættet ikke bliver effektivt håndhævet af klagemyndighederne.