

Rådgiverinhabilitet i forbindelse med offentlige udbud

Conflict of Interest in Tender Procedures due to Project Consultants

af PERNILLE SKOVGAARD MØLLER

Afhandlingen omhandler rådgiverinhabilitet i forbindelse med offentlige udbud. Målet med afhandlingen er, at analysere ligebehandlingsprincippet i relation til rådgiverinhabilitet med henblik på at afdække retstilstanden på området. Analysen baseres på en gennemgang af praksis fra EF-domstolen og Klagenævnet for udbud.

Indledningsvis belyses regelgrundlaget for bedømmelsen af, om der foreligger rådgiverinhabilitet. Dernæst beskrives EF-domstolens og Klagenævnets overordnede fortolkning af regelgrundlaget.

Afhandlingens hovedproblemstilling er at systematisere og konkretisere hvilke konkrete retningslinjer, der kan udledes af Klagenævnets praksis. Dernæst fastlægges tidspunktet for vurderingen og placeringen af bevisbyrden.

Afslutningsvis diskuteres mulighederne for at imødegå inhabilitetsproblematikken. Afhandlingen foreslår og vurderer en række eksempler på foranstaltninger, som vil kunne iværksættes for enten at hjælpe med at afklare retstilstanden eller afhjælpe at muligheden for inhabilitet vil foreligge. Endelig klarlægges konsekvenserne af om ligebehandlingsprincippet fortolkes fleksibelt eller restriktivt.

Konklusionen er, at det er umuligt nøjagtigt at afdække retstilstanden i relation til rådgiverinhabilitet, da hverken EF-domstolen eller Klagenævnet har opstillet bidraget tilstrækkeligt hertil. Det vil derfor kræve yderligere regulering, hvis usikkerheden omkring retstilstanden skal fjernes.

INDHOLDSFORTEGNELSE

1. INDLEDNING	1
1. 1. PROBLEMFOMULERING.....	1
1. 2. EMNEAFGRÆNSNING	2
2. INHABILITET FOR TILBUDSGIVERE, SOM HAR OPTRÅDT SOM RÅDGIVERE FOR ORDREGIVER	2
2. 1. DIREKTE SAMARBEJDE OM UDFORMNINGEN AF UDBUDSMATERIALET	3
2. 2. INDIREKTE SAMARBEJDE OM UDFORMNINGEN AF UDBUDSMATERIALET	4
3. REGELGRUNDLAGET OG PRAKSIS	4
3. 1. RETSKILDERNE	4
3. 2. LIGEBEHANDLINGSPRINCIPPET OG PRÆAMBLENS 8. BETRAGTNING TIL DIREKTIV 2004/18/EF	5
3. 3. PRAKSIS FRA EF-DOMSTOLEN	8
3. 4. KLAGENÆVNET FOR UDBUDS PRAKSIS	11
4. ANALYSE AF FORHOLD SOM HAR BETYDNING FOR BEDØMMELSEN AF OM DER FORELIGGER RÅDGIVERINHABILITET	12
4. 1. PRIMÆRE FORHOLD	13
4. 1. 1. Rådgiverens indflydelse på udbudsmaterialet	13
4. 1. 2. Fordel i viden	16
4. 1. 2. 1. Væsentlighedskriteriet	17
4. 1. 2. 2. Dobbeltrådgivning	21
4. 1. 2. 3. Færdigt projekt	22
4. 1. 3. Fordel i tid.....	24
4. 1. 4. Fordel i økonomi	26
4. 2. SEKUNDÆRE FORHOLD	27
4. 2. 1. Hensigten.....	27
4. 2. 2. Brancheforhold.....	29
4. 3. OPSUMMERING	29
5. TIDSPUNKTET FOR VURDERINGEN	30
6. BEVISBYRDEN	31
7. MÅDER AT IMØDEGÅ INHABILITETSPROBLEMATIKKEN	35
7. 1. REGLER SOM KLARGØR OM DELTAGELSE I DEN EFTERFØLGENDE UDBUDSPROCEDURE VIL VÆRE MULIG ..	35
7.1.1. Aftaler om deltagelse i den efterfølgende udbudsprocedure	36
7.1.2. Sikkerhedszone	37
7. 2. ER DET MULIGT AT OPSTILLE REGLER OG PROCEDURER, SOM KAN AFHJÆLPE INHABILITET?	39
8. KONSEKVENSERNE AF FORTOLKNINGEN AF LIGEBEHANDLINGSPRINCIPPET	42
8. 1. FLEKSIBEL FORTOLKNING.....	42
8. 2. RESTRIKTIV FORTOLKNING.....	43
9. KONKLUSION	45
10. LITTERATURLISTE	I
11. RETSREGLER	IV
12. DOMME OG KENDELSER	VI

1. INDLEDNING

Udbudsreglerne er hjemlet i EF-traktatens regler om de frie bevægeligheder, hvilket vil sige, at det overordnede formål med udbudsdirektiverne er etableringen af ét fælles indre marked i EU. I bestræbelserne på at nå det overordnede formål, skal udbudsdirektiverne sikre, at der også er en effektiv konkurrence på markedet for offentlige kontrakter.¹ Dette vil tilvejebringe det bedste og billigste tilbud. For at nå målet skal de økonomiske aktører sikres ligebehandling i konkurrencen om offentlige kontrakter. Det vil sige, at udbudsproceduren skal gennemføres på en måde, der ikke fordrejer konkurrencen mellem de bydende. De ordregivende myndigheder er derfor ifølge ligebehandlingsprincippet forpligtiget til at udelukke potentielle tilbudsgivere, der har eller kan have en særlig konkurrencefordel.

En ordregivende myndighed kan ved forberedelsen af et udbud have brug for at søge vejledning hos en ekspert på det pågældende område. Virksomheden, som bistår ordregiveren, vil ved det efterfølgende udbud ikke befinde sig i samme situation som de øvrige bydende. Hvornår den rådgivende virksomhed har opnået en konkurrencefordel, som bevirker, at den skal udelukkes fra den efterfølgende udbudsprocedure, er uklart, da udbudsdirektiverne ikke indeholder konkrete regler, som regulerer forholdet. Der er derfor behov for at få fastlagt ligebehandlingsprincippets nærmere materielle omfang.

1. 1. Problemformulering

Afhandlingen tager sigte på at analysere ligebehandlingsprincippets materielle indhold i relation til rådgiverinhabilitet, med henblik på at afdække retstilstanden i Danmark, herunder særligt hvilke forhold, der er relevante for vurderingen af, om der foreligger rådgiverinhabilitet. Denne analyse sker på baggrund af en gennemgang af regelgrundlaget og praksis fra EF-domstolen og Klagenævnet for udbud.²

Indledningsvist beskrives i afsnit 2 de typiske former for samarbejde mellem rådgiveren og den ordregivende myndighed, som forekommer i forberedelsesfasen af et udbud, hvor rådgiverinhabilitet kan opstå. I afsnit 3 beskrives regelgrundlaget for rådgiverinhabilitet, herunder hvilke restriktioner medlemsstaterne er underlagt i deres implementering af udbudsreglerne i

¹ Sag C-103/88, Fratelli Costanzo, præmis 18

² Herefter benævnt Klagenævnet

relation til rådgiverinhabilitet og hvordan EF-domstolen og Klagenævnet overordnet set har valgt at fortolke disse.

I afsnit 4 analyseres hvilke forhold, der har betydning for bedømmelsen af, om der foreligger rådgiverinhabilitet. Analysen foretages på baggrund af Klagenævnets praksis, hvor de forhold som Klagenævnet har tillagt primær og sekundær betydning for bedømmelsen systematiseres og konkretiseres. Tidspunktet for vurderingen og placeringen af bevisbyrden behandles i afsnit 5 og 6, da det er forhold, som har stor praktisk relevans for udviklingen af retstilstanden. Afhandlingens afsnit 7 er af mere praktisk karakter. Afsnittet omfatter en diskussion af en række mulige foranstaltninger til imødegåelse af inhabilitetsproblematikken, som kan være med til at afklare retstilstanden.

Afslutningsvis vurderes i afsnit 8 på baggrund af en analyse af konsekvenserne af fastsættelsen af grænsen for rådgiverinhabilitet, om en restriktiv eller fleksibel fortolkning af ligebehandlingsprincippet vil være mest hensigtsmæssig.

1. 2. Emneafgrænsning

Afhandlingen vil fokusere på de gennemgående faktorer, som har betydning for vurderingen af, om der foreligger rådgiverinhabilitet, hvorfor de forskellige former for teknisk dialog, herunder skræddersyede løsninger, dialog,- med kendt leverandør eller den hidtidige leverandør, ikke selvstændigt vil blive behandlet. Derudover vil afhandlingen ikke indeholde en gennemgang af praksis for andre lande, men fokusere på retstillingen i Danmark, da rådgiverinhabilitet kun sparsomt er beskrevet i udenlandsk litteratur.

2. INHABILITET FOR TILBUDSGIVERE, SOM HAR OPTRÅDT SOM RÅDGIVERE FOR ORDREGIVER

Rådgiverinhabilitet kan forekomme, idet de ordregivende myndigheder ofte vil have brug for ekstern bistand til udformning af udbudsbetingelserne, da myndigheden ikke altid besidder den nødvendige faglige ekspertise. Det vil især være tilfældet ved større entrepriser, teknisk krævende- og komplekse projekter. Rådgiveren kan hjælpe med at klarlægge den ordregivende myndigheds behov eller fremkomme med et beslutningsgrundlag f.eks. ved at foretage forundersøgelser eller udarbejde teknisk detaljerede funktionskrav. Dermed kan rådgiveren få

en fordel i den efterfølgende konkurrence om den offentlige kontrakt, som kan føre til inhabilitet. Det er værd at bemærke, at rådgiverinhabilitet knytter sig til den situation, hvor fordelene er opnået som følge af deltagelse i forberedelsesfasen af et udbud. Konkurrencen om en offentlig kontrakt vil aldrig være helt lige, da en virksomhed, som har en særlig brancheindsigt og erfaringer altid vil have en konkurrencemæssig fordel i forhold til de tilbudsgivere, der ikke har en sådan indsigt. Der kræves altså en specifik tilknytning til det pågældende udbud for, at der kan være tale om rådgiverinhabilitet.

I det følgende vil de forskellige former for samarbejde, herunder direkte samarbejde om udformningen af udbudsmaterialet og indirekte bistand, samt hvilke habilitetsproblemer der vil være forbundet hermed, blive beskrevet.

2. 1. Direkte samarbejde om udformningen af udbudsmaterialet

Der vil være tale om direkte samarbejde om udformningen af udbudsmaterialet, når der påbegyndes en teknisk dialog med henblik på bistand til udformningen af udbudsspecifikationerne. Ordregiver vil typisk vælge denne form for samarbejde ved udbud af komplekse ydelser eller nye former for projekter, til sikring af at udbudsbetingelserne bliver udformet på en måde, som kan danne et fornuftigt grundlag for tilbudsgiverne i udarbejdelsen af deres bud. Problemet ved et sådant samarbejde er, at der er stor risiko for forskelsbehandling, da rådgiveren har mulighed for at præge ordregiverens valg af produkter, udformningen af udbudsmaterialet og udbudsbetingelserne.³ Det vil sige, at rådgiveren, allerede før udbudsproceduren iværksættes, kan have tilegnet sig en konkurrencefordel. Problemstillingen er derfor tæt forbundet med forbuddet mod, at de tekniske specifikationer foreskriver varer af en bestemt fabrikant, jf. art. 23, stk. 8 i direktiv 2004/18/EF. Derudover vil det ofte være svært for ordregiver at vurdere, om rådgiveren vil være inhabil i det efterfølgende udbud. Baggrunden for samarbejdet har jo som oftest været, at ordregiver ikke selv har besiddet den nødvendige faglige ekspertise. På trods af den åbenbare risiko for konkurrencefordrejning vil direkte samarbejde om udformningen af udbudsmaterialet ikke automatisk føre til inhabilitet.⁴ Spørgsmålet vil derfor være, hvor omfattende og af hvilken karakter rådgivningen må være, før grænsen for inhabilitet er nået.⁵

³ Steinicke/Groesmeyer/Steinicke, s. 406 og Treumer, s. 86

⁴ Fabricius/Offersen/Fabricius, s. 279; Steinicke/Groesmeyer/Steinicke, s. 401 og Treumer, s. 100

⁵ Nærmere beskrevet under afsnit 4. 1. 1.

2. 2. Indirekte samarbejde om udformningen af udbudsmaterialet

Indirekte samarbejde til udformningen af udbudsmaterialet vil foreligge i de tilfælde, hvor den tekniske dialog har karakter af en forundersøgelse. Forundersøgelsen vil danne baggrunden for beslutningen, om projektet skal iværksættes og i så fald den efterfølgende udformning af udbudsspecifikationerne samt tilrettelæggelsen af udbuddet. Problemet ved et sådant samarbejde er for det første, at rådgiveren kan være kommet i besiddelse af oplysninger, som vedkommende kan drage fordel af ved udformningen af sit tilbud. For det andet kan rådgiveren bevidst eller ubevidst have påvirket udbudsspecifikationerne i en retning, som er fordelagtig for vedkommende. Disse to faktorer kan bevirke, at konkurrencen mellem de bydende forrejes. Risikoen for forskelsbehandling, når der er tale om indirekte samarbejde, er dog ikke så stor som ved direkte samarbejde om udformningen af udbudsmaterialet, da rådgiveren ikke har den samme mulighed for at påvirke udbudsmaterialet. Fordelen rådgiveren måtte have fået, vil derfor ofte ikke føre til inhabilitet, da fordelene vil kunne udlignes. Hvorvidt der foreligger rådgiverinhabilitet vil derfor bero på en vurdering af, om fordelene er blevet udlignet på tilfredsstillende vis.⁶

3. REGELGRUNDLAGET OG PRAKSIS

I det følgende vil retskilderne kort blive beskrevet. I forlængelse heraf vil følge en analyse af regelgrundlaget for rådgiverinhabilitet samt en overordnet gennemgang af EF-domstolens og Klagenævnets fortolkning.

3. 1. Retskilderne⁷

Regelgrundlaget for indgåelse af offentlige kontrakter for danske ordregivende myndigheder består af dels europæiske, dels danske og dels internationale regler, samt grundlæggende principper. På europæisk plan gælder EF-traktaten og udbudsdirektiverne.⁸ På nationalt plan finder tilbudsloven⁹ anvendelse, såfremt udbuddet falder under tærskelværdierne for at være omfattet af EU-udbudsdirektiverne. Internationalt gælder World Trade Organisations udbudsreg-

⁶ Nærmere beskrevet under afsnit 4. 1.

⁷ For nærmere beskrivelse se Nielsen, s. 35-57; Hjelmberg/Jakobsen/Poulsen, s. 33-40 og Steinicke/Groesmeyer/Steinicke, s. 86-149

⁸ Direktiv 2004/17/EF (Herefter benævnt udbudsdirektivet) og direktiv 2004/18/EF (herefter benævnt forsyningsvirksomhedsdirektivet)

⁹ Lov nr. 338 af 18. maj 2005

ler Government Procurement Agreement,¹⁰ som EU deltager i. Aftalen er relevant, selvom den ikke har direkte virkning inden for EU, da det er blevet tilkendegivet, at EU har til hensigt at efterleve den. Alle ordregivere, usanset om udbuddet er omfattet af udbudsdirektiverne eller tilbudsloven, er forpligtiget til at overholde EF-traktatens grundlæggende principper,¹¹ herunder ligebehandlingsprincippet, proportionalitetsprincippet, og gennemsigtighedsprincippet. Disse principper anvendes ved fortolkningen og udfyldningen af en konkret bestemmelse og vil regulere forhold, hvor udbudsdirektiverne ikke indeholder særlige bestemmelser.¹²

Til fortolkning af de ordregivende myndigheders forpligtigelser efter udbudsdirektiverne og EU-retten generelt, udgør domme fra EF-domstolen en yderst vigtig retskilde, idet Domstolen er den endelige fortolkningsinstans. Derudover vil domme fra de danske domstole og Klagenævnets afgørelser udgøre vigtige retskilder. Klagenævnet udgør i Danmark den primære retshåndhævende instans, og da Klagenævnet afsiger et stort antal afgørelser, vil dets afgørelser bidrage væsentligt til fortolkning og udfyldning af udbudsreglerne.¹³ Endelig har Kommissionen og Konkurrencestyrelsen udstedt nogle generelle retningslinjer, som forklarer og fortolker udbudsreglerne og giver råd og vejledning i konkrete sager. Retningslinjerne og vejledningerne er ikke bindende, men vil være relevante ved en analyse af udbudsreglerne, idet både Kommissionen og Konkurrencestyrelsen besidder en væsentlig indsigt i reguleringen.

3. 2. Ligebehandlingsprincippet og Præambelens 8. betragtning til direktiv 2004/18/EF

De ordregivende myndigheder skal ifølge ligebehandlingsprincippet sikre, at de bydende ikke forskelsbehandles i konkurrencen om offentlige kontrakter. EF-domstolen har fastslået, at forpligtelsen til at overholde ligebehandlingsprincippet følger af selve hovedformålet med udbudsdirektivet¹⁴ og er direkte henvist til i udbudsdirektivet, jf. art. 2. Det er således ligebehandlingsprincippet, som overordnet set regulerer, hvor grænsen for den forudgående tekniske dialog mellem ordregiver og rådgiverne går, hvis rådgiveren ønsker at deltage i det efterfølgende udbud. Der kan argumenteres for, at ligebehandlingsprincippet skal fortolkes således, at en virksomhed, som har indgået i en teknisk dialog med ordregiver, som hovedregel skal udelukkes fra at deltage i udbudsproceduren, da der vil være stor risiko for, at konkurrencen vil

¹⁰ Herefter benævnt GPA

¹¹ Sag C-324/98, Telaustria, præmis 60

¹² Sag C-92/00, HI mod Stadt Wien, præmis 42; Sag C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy, præmis 31

¹³ Hjelmborg/Jakobsen/Poulsen, s. 39-40

¹⁴ Sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, præmis 33

blive fordrejet.¹⁵ Udbudsdirektivet har dog anlagt en anden tilgangsvinkel til problemstillingen.

Som et resultat af, at EU landene i 1990'erne ønskede at harmonisere EU's udbudsdirektiver med GPA-aftalen, blev der indsat en bestemmelse herom i præambelen til de dagældende udbudsdirektiver.¹⁶ I det nugældende direktiv har præambelens 8. betragtning følgende ordlyd, jf. direktiv 2004/18/EF:

"Inden de ordregivende myndigheder indleder en udbudsprocedure, kan de ved hjælp af "teknisk dialog" søge eller modtage rådgivning, der kan benyttes til at udarbejde udbudsbetingelserne, dog forudsat at en sådan rådgivning ikke har til følge, at konkurrencen forhindres."

Udgangspunktet er ifølge ordlyden af betragtningen, at dét forhold, at en virksomhed har fungeret som rådgiver i forberedelsesfasen, ikke udelukker virksomheden fra at afgive tilbud ved det efterfølgende udbud.¹⁷ Grænsen går ved, hvis konkurrencen *"forhindres"*, såfremt en rådgiver tillades at deltage i udbudsforretningen. Ordlyden af betragtningen anlægger således en meget fleksibel adgang for virksomheder, som har fungeret som rådgivere for den ordregivende myndighed til at deltage i det efterfølgende udbud.

Juridiske forfattere har forholdt sig kritisk over for implementeringen,¹⁸ idet ordlyden af præambelbetragtningen afviger fra GPA-aftalens art. VI, stk. 4, som har følgende ordlyd:

"Ordregiver må ikke på en måde, der kan have til følge at udelukke konkurrencen, søge eller modtage rådgivning, der kan benyttes i forbindelse med udarbejdelsen af specifikationer til en bestemt udbudsforretning, fra virksomheder, som måtte have en forretningsmæssig interesse i den pågældende udbudsforretning."

Det følger af art. VI, stk. 4, at de ordregivende myndigheder ikke må indgå i en teknisk dialog, der *"kan have til følge"* at udelukke konkurrencen. Der er en betydelig forskel i, om grænsen går ved, at der er en risiko, eller om konkurrencen rent faktisk skal være forhindret. Spørgsmålet er herefter, om fortolkningen af betragtningen skal støttes på ordlyden eller skal fortolkes i overensstemmelse med bestemmelsen i GPA-aftalen. Det må antages, at betragt-

¹⁵ Se Steinicke/Groesmeier/Steinicke, s. 353 og Treumer, s. 97

¹⁶ Nielsen, s. 80; Steinicke/Groesmeier/Steinicke, s. 402 og Treumer, s. 92

¹⁷ Fabricius/Offersen/Fabricius, s. 267 og Steinicke/Groesmeier/Steinicke, s. 401

¹⁸ Se *Sune Troels Poulsen* i UfR. 1998.B. 61-65 og *Steen Treumer* i Treumer, s. 92-95; *Ruth Nielsen* i Nielsen, s. 80.

ningen skal fortolkes i overensstemmelse med GPA-aftalens bestemmelse, da formålet med indsættelsen netop var at harmonisere de to retsordener.¹⁹ Derudover har Kommissionen i forarbejderne udtalt, at betragtningen blot er en positiv formulering af GPA-aftalens art. VI, stk. 4.²⁰ Det må derfor antages, at der ikke kan stilles krav om, at konkurrencen helt skal være forhindret, før der foreligger inhabilitet. Det må altså være tilstrækkeligt at konkurrencen i et eller andet omfang forværres.²¹

Hvor store krav, der stilles til væsentligheden og risikoen for påvirkning af konkurrencen, er uafklaret. På den ene side vil en restriktiv fortolkning støttes af det faktum, at EF-domstolen gentagne gange har fremhævet, at muligheden for at anvende procedurer med forhandling har et snævert anvendelsesområde.²² Det vil derfor være omsonst, at anvendelsesområdet for dialog efter udbudsbekendtgørelsen skal fortolkes restriktivt, hvis man tillader en fleksibel adgang til teknisk dialog før udbudsbekendtgørelsen. Derudover er konsekvensen af ikke at indsætte en bestemmelse i udbudsdirektivet, at ligebehandlingsprincippet går forud for betragtningen.²³ På den anden side kan betragtningen ikke helt ignoreres, da den gør det klart, at deltagelse i en teknisk dialog med ordregiver ikke udelukker deltagelse i det efterfølgende udbud. Der skal således i hvert enkelt tilfælde foretages en konkret vurdering af påvirkningen af konkurrencen.

Det står således fast, at udbudsreglerne ikke indeholder udtrykkelige bestemmelser om, hvornår en virksomhed, der tidligere har fungeret som rådgiver for ordregiver ikke kan deltage i det efterfølgende udbud. Medlemsstaterne har dermed ifølge fast retspraksis en skønsmargin for, hvordan de ønsker at implementere udbudsdirektiverne i national ret.²⁴ Denne ret afgrænses af formålet med udbudsdirektiverne og fællesskabsrettens generelle principper. Medlemsstaterne kan altså frit vælge, om de ønsker at fortolke ligebehandlingsprincippet restriktivt eller fleksibelt. Derudover kan medlemsstaterne fastsætte regler, som skal sikre, at direktivernes formål overholdes, idet EF-domstolen har fastslået, at ligebehandlingsprincippet indebæ-

¹⁹ Treumer, s. 95; se også Nielsen, s. 80

²⁰ Kommissionens bemærkninger til Europa-Parlamentets ændringsforslag, KOM (1997) 289

²¹ Nielsen, s. 80; Steinicke/Groesmeier/Steinicke, s. 402 og Treumer, s. 95

²² Sag C-199/85, Kommissionen mod Italien, præmis 14; C-71/92, Kommissionen mod Spanien, præmis 10 og 22; sag C-328/92, Kommissionen mod Spanien, præmis 15; sag C-318/94, Kommissionen mod Tyskland, præmis 13 og sag C-57/95, Kommissionen mod Italien, præmis

²³ Domstolen har i sag C-215/88, Casa Fleischhandels GmbH, fastslået, at en betragtning kun kan anvendes som et vejledende moment ved fortolkningen af en retsregel. Se præmis 31

²⁴ Se. bl.a. sag C-27/86, 28/86 og 29/86, CEI, præmis 15 og sag C-31/87, Beentjes, præmis 20

rer en gennemsigtighedsforpligtigelse således, at den ordregivende myndighed kan fastslå, om princippet overholdes.²⁵ Medlemsstaterne kan derfor fastsætte regler, som skal sikre, at direktivernes formål overholdes. Det vil sige, at der både skal tages hensyn til ønsket om at sikre en effektiv konkurrence og til ligebehandling af de bydende. Så længe medlemsstaterne fortolker disse på en måde, der er nødvendig og forholdsmæssigt for at sikre opfyldelse af disse, vil det være foreneligt med fællesskabsretten.

3. 3. Praksis fra EF-domstolen

EF-domstolen har heller ikke bidraget til at udstikke nærmere retningslinjer for hvordan medlemsstaterne skal fortolke ligebehandlingsprincippet i relation til rådgiverinhabilitet, da praksis er særdeles sparsom.

I de forenede sager C-21/03 og C-34/03, Fabricom SA²⁶ tog Domstolen stilling til, hvorvidt ligebehandlingsprincippet var til hinder for en bestemmelse i belgisk lovgivning, som automatisk udelukkede personer, der havde været ansvarlige for studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling vedrørende bygge- og anlægsarbejder, indkøb eller tjenesteydelser fra at anmode om deltagelse eller til at afgive bud på offentlige kontrakter uden personen havde mulighed for at bevise, at den erfaring, vedkommende under de i sagen foreliggende omstændigheder havde opnået, ikke kunne have fordrejet konkurrencen.

Generaladvokat Léger og Kommissionen mente, at den belgiske bestemmelse var i overensstemmelse med udbudsreglerne.²⁷ For det første begrundede generaladvokaten resultatet med, at en virksomhed selv kan vælge, om den ønsker at deltage i forberedelserne til en offentlig kontrakt eller at afgive tilbud.²⁸ For det andet at bestemmelsen havde til formål at undgå, at der opstår en situation med fordrejet konkurrence, og at det vil være umuligt at opstille en procedure, der kan sikre, at rådgiveren ikke vil få en fordel ved det efterfølgende udbud.²⁹ For det tredje, at ”*enhver mulighed for en privilegeret situation, der kan fordreje konkurrencen*”,³⁰ bør forhindres af hensyn til retssikkerheden og gennemsigtigheden. Generaladvokaten valgte

²⁵ Sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S, præmis og sag C-324/98, Telaustria, præmis 61

²⁶ Se også *Sally Roe og Christof Lessenich* i P.P.L.R. 2005, 4, NA93-97 og *Steen Treumer* i P.P.L.R. 2007, 2, 99-115

²⁷ Generaladvokatens forslag til afgørelse præmis 44

²⁸ Generaladvokatens forslag til afgørelse præmis 41

²⁹ Generaladvokatens forslag til afgørelse præmis 42

³⁰ Generaladvokatens forslag til afgørelse præmis 43

altså at fortolke ligebehandlingsprincippet meget restriktivt og at se bort fra ordlyden af præambelens 8. betragtning, jf. direktiv 2004/18/EF.

Domstolen valgte ikke at følge generaladvokatens forslag, men anlagde en mere fleksibel og pragmatisk tilgang til løsning af problemstillingen.³¹ Indledningsvis bekræftede Domstolen den generelle holdning ved at påpege, at det kan være et brud på ligebehandlingsprincippet, hvis man tillader en tidligere rådgiver at deltage i den efterfølgende udbudsprocedure.³² Dommen tillader således en ordregivende myndighed at udelukke tidligere rådgivere fra den efterfølgende udbudsprocedure med den begrundelse, at konkurrencen ellers vil blive fordrejet. Den konkrete bestemmelse, fandt Domstolen, var for vidtgående, da den ikke giver personen mulighed for at godtgøre, at den erfaring, vedkommende har opnået, ikke vil fordreje konkurrencen.³³

Dommen opstiller altså ikke nogen retningslinjer for, hvornår ordregiver kan eller skal udelukke en rådgiver fra udbudsproceduren.³⁴ Det dommen kan tages til indtægt for, er, at det ikke er tilladt at opstille en regel, som automatisk udelukker tidligere rådgivere i at deltage i udbuddet. Der skal i det konkrete tilfælde tages stilling til, om konkurrencen vil lide skade, hvis virksomheden deltager i det videre udbud.³⁵ Derudover berører dommen udviklingen af EU-udbudsreglerne. Tidligere var fast antaget, at medlemsstaterne havde vid margin for, hvordan udbudsdirektiverne skal implementeres i national ret.³⁶ EU-udbudsreglerne undergår for tiden en udvikling fra at være rammelovgivning til at udstikke et fælles sæt regler for medlemsstaterne.³⁷ Udfaldet af dommen antyder denne udvikling, da Domstolen fandt den belgiske bestemmelse for vidtgående, og valgte ikke som generaladvokaten at henvise til udbudsreglernes karakter af at være rammelovgivning til at finde bestemmelsen i overensstemmelse med EU-udbudsreglerne.

Dommen viser altså balancegangen mellem en restriktiv og fleksibel fortolkning af ligebehandlingsprincippet i relation til inhabilitetsproblematikken, men den giver ikke noget entydigt svar. Generaladvokatens fortolkning tiltrædes ikke, men det udelukkes heller ikke, at der

³¹ *Steen Treumer* i P.P.L.R. 2007, 2, 99-115 (s. 104)

³² Se præmis 29 og 30

³³ Se præmis 36

³⁴ *Steinicke/Groesmeier/Steinicke*, s. 412 og *Sally Roe og Christof Lessenich* i P.P.L.R. 2005, 4, NA93-97, (s. NA96)

³⁵ *Steinicke/Groesmeier/Steinicke*, s. 412 og *Steen Treumer* i P.P.L.R. 2007, 2, 99-115, (s. 104)

³⁶ Sag C-27/86, 28/86 og 29/86, CEI, præmis 15; se også *Sue Arrowsmith* i Pub. Cont. L.J. 337 (s. 338) og *Steen Treumer* i P.P.L.R. 2007, 2, 99-115 (s. 104-105)

³⁷ *Sue Arrowsmith* i Pub. Cont. L.J. 337 (s. 338) og *Steen Treumer* i P.P.L.R. 2006, 3, 71-85, (s. 71)

i national ret opstilles en formodning om, at forudgående rådgivning vil føre til inhabilitet, så længe virksomheden har mulighed for at bevise, at der ikke foreligger forhold, som vil kræve udelukkelse.

Sag T-195/05, Deloitte mod Kommissionen, som er den seneste dom vedrørende rådgiverinhabilitet, berører, i modsætning til de forenede sager C-21/03 og C-34/03, Fabricom SA, grænsen for hvornår en virksomhed, som tidligere har fungeret som rådgiver, kan udelukkes fra den efterfølgende udbudsprocedure.³⁸

Sagen angik Kommissionens indgåelse af en rammekontrakt vedrørende evaluering af politikker inden for folkesundhed. Udbudsbetingelserne indeholdt en række udtrykkelige udelukkelsesgrunde, hvor en af disse var, at en tilbudsgiver ikke måtte befinde sig i en interessekonflikt. Med henblik på at afgive tilbud på kontrakten, dannede Deloitte et konsortium, kaldet Euphet, med en række forskellige organisationer fra forskellige EU-lande, og afgav et tilbud. Tilbudet inkluderede et afsnit, hvor Euphet erklærede, at man havde forstået og accepteret vilkåret vedrørende interessekonflikter, og at alle organisationerne var fuldstændigt uafhængige af Kommissionen. Tilbuddet blev afvist med henvisning til, at der var risiko for interessekonflikt, idet flere af organisationerne i konsortiet allerede have et stort antal tilskudskontrakter indenfor området. På grund af risikoen for en interessekonflikt fandt Kommissionen, at det ville kræve en detaljeret redegørelse for, hvordan enhver interessekonflikt kunne undgås, hvis Euphet skulle gives adgang til udbudsproceduren. Dette havde Euphet ikke tilfredsstillende imødekommet.

Deloitte lagde herefter sag an mod Kommissionen, hvor man blandt andet gjorde gældende, at der ikke forelå en interessekonflikt. Heroverfor udtalte Retten, at interessekonflikten skal være begrundet i konkrete omstændigheder - ikke hypotetiske.³⁹ Før en tilbudsgiver kan udelukkes, skal risikoen for en interessekonflikt ud fra en konkret vurdering af tilbudsgiveren og dens situation, være til stede. Det er således ikke tilstrækkeligt, at der er en risiko for, at der vil foreligge en interessekonflikt.

³⁸ Selvom sagen ikke blev afsagt på grundlag af udbudsdirektiverne, men finansforordningen, har den relevans for fortolkningen af alle sager vedrørende interessekonflikter. Retten baserede nemlig ikke primært sin afgørelse på finansforordningen, men på ligebehandlingsprincippet, som finder anvendelse på alle udbud. Se også *Peter Braun og Ceren Berispek* i P.P.L.R. 2008, 2, NA53-59, (s. NA59)

³⁹ Se præmis 67

EF-domstolens praksis giver altså ikke nogen konkrete retningslinjer, som kan anvendes ved fortolkningen af ligebehandlingsprincippet i relation til rådgiverinhabilitet. Det kan dog af de forenede sager C-21/03 og C-34/03, Fabricom SA, udledes, at det ikke er foreneligt med ligebehandlingsprincippet at opstille en regel om, at en virksomhed, som tidligere har fungeret som rådgiver for ordregiver ikke kan deltage i det efterfølgende udbud. Sag T-195/05, Deloitte mod Kommissionen, er udtryk for, at de ordregivende myndigheder skal foretage en konkret vurdering af den tidligere rådgiver, og finde, at der er en reel risiko for overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, såfremt man tillader virksomheden at deltage i udbudsproceduren, hvis denne skal udelukkes. Inden for disse rammer er det derefter op til medlemsstaterne at fastsætte de nærmere retningslinjer for fortolkningen.

3. 4. Klagenævnet for Udbuds praksis

I modsætning til EF-domstolen har Klagenævnet ved mange lejligheder haft mulighed for at træffe afgørelse i sager vedrørende rådgiverinhabilitet.

Udgangspunktet i dansk ret er, at en virksomhed, der tidligere har fungeret som rådgiver ikke skal udelukkes fra at deltage i det efterfølgende udbud.⁴⁰ Spørgsmålet er herefter, hvor meget der skal til, før de ordregivende myndigheder kan eller skal udelukke den rådgivende virksomhed fra udbuddet.

Klagenævnet har valgt at fortolke betragtningen i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, hvilket fremgår af KlifU af 18. november 1996, European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S,⁴¹ hvor Klagenævnet udtalte, at ligebehandlingsprincippet anses for tilside-sat, såfremt den tekniske dialog har medført, at konkurrencen ”udelukkes”⁴² eller har medført en fortrinsstilling. Konkurrencen behøver altså ikke at være ”forhindret” før Klagenævnet finder ligebehandlingsprincippet for overtrådt. Det vil således være tilstrækkeligt, at rådgive-

⁴⁰ Se bl.a. KlifU af 24. august 2007, LSI Metro Gruppen mod Ørestadsselskabet I/S; KlifU af 2. maj 2006, Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening; ; KlifU af 8. januar 1997, Det Danske handelskammer mod Rigshospitalet og KlifU af 18. november 1996, European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S

⁴¹ Nærmere omtale af sagen under afsnit 4. 1. 2. 2.

⁴² I de tidligere direktiver benyttes udtrykket ”udelukkes” frem for det nuværende ”forhindres”

ren i et eller andet omfang har fået en fordel i konkurrencen. Denne praksis er i tråd med den generelle fortolkning af udbudsreglerne.⁴³

Der skal dog være tale om et ”*nævneværdigt forspring*” i konkurrencen, før Klagenævnet anser ligebehandlingsprincippet for tilsidesat, hvilket fremgår af KlifU af 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnastue mod Vestsjællands Amt. Klagenævnet vil altså foretage en væsentlighedsvurdering af, om konkurrencen ved rådgiverens deltagelse i det efterfølgende udbud fordrejes.

Klagenævnet har tillagt de ordregivende myndigheder en bred margin i deres vurdering af, om en tilbudsgiver, som tidligere har fungeret som rådgiver, skal gives adgang til den efterfølgende udbudsprocedure. Dette fremgår af bl.a. af KlifU af 13. juni 1996, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Roskilde Kommune, hvor Klagenævnet udtalte, at de ordregivende myndigheder ”*bør have en vid ramme for deres vurdering*” af, om et tilbud fra en rådgiver skal tages i betragtning eller afvises.⁴⁴

Klagenævnet har altså anlagt en fleksibel fortolkning af ligebehandlingsprincippet i relation til rådgiverinhabilitet, idet udgangspunktet er, at forudgående rådgivning ikke som udgangspunkt afskærer den rådgivende virksomhed fra deltagelse i det efterfølgende udbud. Derudover skal forspringet i konkurrencen være væsentligt, før ligebehandlingsprincippet er overtrådt, og de ordregivende myndigheder er tillagt en betydelig skønsmargin ved bedømmelsen af, om en tidligere rådgiver er inhabil ved det efterfølgende udbud.

4. ANALYSE AF FORHOLD SOM HAR BETYDNING FOR BEDØMMELSEN AF OM DER FORELIGGER RÅDGIVERINHABILITET

Vurderingen af, om det vil være i strid med ligebehandlingsprincippet, at én virksomhed, der har deltaget i den tekniske dialog, deltager i det efterfølgende udbud, skal foretages ud fra en konkret pragmatisk helhedsvurdering af konkurrencefordelen. Der kan dog af praksis fra Klagenævnet udledes nogle faktorer, som gennemgående har haft betydning for vurderingen.

⁴³ *Sue Arrowsmith* i *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 48 og Nielsen, s. 80; Steinicke/Groesmeier/Steinicke, s. 402 og Treumer s. 96

⁴⁴ Se også KlifU af 2. maj 2006, Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening

Klagenævnet har især lagt vægt på følgende: Omfanget og karakteren af det forudgående arbejde, om det tidligere arbejde kan sidestilles med et færdigt projekt for den udbudte opgave, om resultatet af rådgivningen er gjort tilgængeligt for alle deltagere i konkurrencen, om rådgiveren medvirker i forhold, der indgår i tildelingskriterierne, om samarbejdet mellem rådgiver og ordregiver har resulteret i tekniske specifikationer, der er skræddersyet til rådgiverens egne produkter og om rådgiveren i øvrigt har skaffet sig en utilbørlig konkurrencefordel.⁴⁵ Disse faktorer er altså de primære forhold, som Klagenævnet vil lægge vægt på i sin vurdering af, om der foreligger rådgiverinhabilitet. Sekundært vil intentionen og brancheforhold indbringes i vurderingen af, om ligebehandlingsprincippet er blevet tilsidesat.

Det er vigtigt at bemærke, at det er medarbejderen eller medarbejderne, som konkret har udført den forudgående rådgivning, der vil være i besiddelse af de informationer, som vil være væsentlige for det efterfølgende udbud. Informationerne tilgår typisk arbejdsgiveren i form af udarbejdelse af en rapport eller et internt notat. Det er altså medarbejdernes viden, som vil kunne bevirke, at en virksomhed ikke vil kunne deltage i det efterfølgende udbud som følge af at have deltaget i det forudgående arbejde. Det vil sige, at informationerne ikke kun vil tilgå virksomheden, men vil følge medarbejderen i tilfælde af, at vedkommende skifter arbejdsplads eller stifter eget selskab.

I det følgende vil de primære og sekundære forhold, som lægges vægt på i vurderingen af, om der foreligger rådgiverinhabilitet ved en gennemgang af praksis fra Klagenævnet, blive belyst.

4. 1. Primære forhold

4. 1. 1. Rådgiverens indflydelse på udbudsmaterialet

Det er naturligvis af stor betydning for, om der foreligger rådgiverinhabilitet, om rådgiveren har haft indflydelse på udbudsmaterialet. I modsætning til de andre fordele som en rådgiver måtte have fået, kan denne ikke afhjælpes ved at videreformidle informationer, forlænge tidsfrister mv. Fordelen vil være absolut, da rådgiveren har mulighed for at påvirke udbuddets udformning, herunder udbudsspecifikationerne og tildelingskriterierne. Det vil sige, at forde-

⁴⁵ Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne, s. 179; se også *Erik Hørlyck* i EU-Udbud, s. 56 og *Steinicke/Groesmeyer/Steinicke*, s. 406-417

len opstår, allerede før udbuddet påbegyndes. Spørgsmålet er herefter, hvor væsentlig påvirkningen skal være, før der konstateres rådgiverinhabilitet.

KlfU af 23. august 1995, B4 ApS⁴⁶ mod Holbæk Kommune er et klart eksempel på direkte samarbejde om udformningen af udbudsmaterialet, som førte til, at rådgiveren var inhabil i det efterfølgende udbud. Sagen omhandlede indkøb af inventar til et bibliotek. B4 var teknisk rådgiver for kommunen og bistod kommunen ved udformningen af udbudsmaterialet. Dette resulterede i, at specifikationerne i udbudsmaterialet i høj grad svarede til det design, som rådgiveren selv havde lanceret. Til beskrivelse af en tilsvarende inventargenstand refereredes direkte til udtrykket ”Media Tower”, som var navnet på et af B4’s produkter. Rådgiveren deltog i det efterfølgende udbud og fik tildelt kontrakten. Én af de andre tilbudsgivere klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at rådgiveren havde medvirket ved tilvejebringelsen af udbudsmaterialet i et sådant omfang, at reel konkurrence var udelukket, og at kommunen havde overtrådt art. 8, stk. 6 direktiv 1993/36/EØF⁴⁷ ved at have henvist et bestemt fabrikat.

Klagenævnet udtalte indledningsvist, at forudgående rådgivning ikke automatisk udelukker, at rådgiveren kan få tildelt den omhandlede kontrakt. Klagenævnet lagde til grund for sin afgørelse vægt på, at rådgivningen havde ført til, at inventarbeskrivelsen helt overvejende kom til at svare til de produkter, rådgiveren forhandlede. Klagenævnet valgte under hensyntagen til de konkrete omstændigheder at vende bevisbyrden, således at ordregiver måtte bevise, at man ikke havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet. Denne bevisbyrde fandt Klagenævnet ikke, at kommunen havde løftet. Derudover fandt Klagenævnet, at kommunen havde handlet i strid med art. 8, stk. 6, da indholdet af beskrivelserne og de tekniske specifikationer havde begunstiget rådgiveren på trods af, at udtrykket ”Media Tower” ikke var et registreret varemærke.

KlfU af 8. januar 1997, Det Danske handelskammer mod Rigshospitalet, viser at samarbejdet om udformning af udbudsmaterialet skal være meget tæt, før konkurrencen anses for at være ”forhindret”. Sagen angik leverancer af forskellige kemiske varer til hospitalet. I begyndelsen af 1993 tog Rigshospitalet kontakt til firmaet Bie & Berntsen⁴⁸, da en rapport havde fastslået, at hospitalets underskud kunne reduceres ved at ophøre med egenproduktion af visse kemiske

⁴⁶ Herefter benævnt B4

⁴⁷ Nuværende art. 23, stk. 8 i direktiv 2004/18/EF

⁴⁸ Herefter benævnt B

varer, hvorfor det ønskedes undersøgt, om B kunne overtage produktionen. Fra dette tidspunkt og helt frem til udbudsbekendtgørelsen var der løbende og tæt kontakt mellem B og Rigshospitalet. Herunder prisdrøftelser, udarbejdelse af projektrapport og indstilling af B til at overtage produktionen. Denne dialog resulterede i, at Rigshospitalet i overensstemmelse med B's anbefaling undlod produkterne fra de største leverandører fra udbuddet. Selv efter udbudsbekendtgørelsen og B's anmodning om prækvalifikation fortsatte kontakten og på foranledning af B's forslag, fremkom supplerende udbudsmateriale.

Klagenævnet tilkendegav indledningsvist, at B havde haft indflydelse på udbudsmaterialet. Til grund for sin afgørelse lagde Klagenævnet vægt på, at udbudsmaterialet ikke var udformet direkte i samarbejde med B, at B ikke havde flere oplysninger end de øvrige prækvalificerede og at der ikke var indkommet tilbud fra andre end B. Klagenævnet udtalte herefter, at der ikke var grundlag for at fastslå, at ligebehandlingsprincippet var blevet overtrådt. Klagenævnet valgte altså at anlægge en meget fleksibel fortolkning af ligebehandlingsprincippet i denne sag, da B havde påvirket udbudsspecifikationerne, herunder beslutningen om undladelse af produkterne fra de største leverandører. Dette er en absolut fordel, som på trods af Klagenævnets tilkendegivelse af, at alle deltagerne havde de samme oplysninger, ikke vil kunne udlignes, idet udbudsspecifikationerne er tilpasset rådgiverens virksomhed. Anvendelsen af formuleringen "*fuldt tilstrækkeligt grundlag*" antyder da også, at omfanget af dialogen mellem Rigshospitalet og B balancerer på grænsen for, hvad der kan forventes at blive accepteret i fremtiden.⁴⁹ Klagen savnede relevans og aktualitet set i lyset af, at klagen først indkom to år efter, kontrakten var udløbet. Klagenævnet kan have anset klagen som et forsøg på at misbruge Klagenævnet til at træffe en afgørelse som EU's-udbudsregler, mens det egentlige stridspunkt var, at der var stor utilfredshed med måden, Rigshospitalet havde valgt at udlægge distributionen.

Nyere praksis fra klagenævnet peger i retning af, at Klagenævnet ikke vil stille samme høje krav til væsentligheden af påvirkningen af udbudsmaterialet som i KlifU af 8. januar 1997, Det Danske Handelskammer mod Rigshospitalet, før der vil foreligge inhabilitet.

I KlifU af 2. maj 2006, Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening, havde ordregiver prækvalificeret et konsortium, hvor to af del-

⁴⁹ Se Fabricius/Offersen/Fabricius, s. 270 og Treumer, s. 113-114

tagerne tidligere havde fungeret som henholdsvis totalrådgiver og rådgivende ingeniør for ordregiver. Rådgiverne havde været involveret i projektet løbende i en længerevarende periode og helt frem til udbudsbekendtgørelsen. Rådgivningen vedrørte stort set alle aspekter af projektet, herunder økonomi, arkitektur, beboerinvolvering mv. samt udfærdigelse af en helhedsplan for projektet. Klageren gjorde på den baggrund gældende, at rådgiverne havde påvirket udformningen af udbudsmaterialet, og at konkurrencefordelen relaterede sig til underkriterierne for tildelingen. Konsortiet havde ved det omfattende arbejde haft særlige forudsætninger for at opfylde ordregivers behov.

Klagenævnet lagde vægt på, at rådgiverne havde været styrende i projektet, at rådgivningen havde omhandlet de væsentligste problemstillinger, og at rådgivningen havde været meget omfattende. Rådgiverne havde altså haft mulighed for at påvirke udformningen af udbudsmaterialet. På den baggrund fandt Klagenævnet det ikke godtgjort, at konsortiet *”ikke ved udarbejdelsen af deres tilbud havde haft åbenbare fordele”*, for så vidt angik underkriterierne, og fordelene var ikke blevet udlignet. Klagenævnet valgte altså at vende bevisbyrden, da der var en stærk formodning for, at konkurrencen var fordrejet. Klagenævnet lagde altså vægt på, at det omfattende arbejde havde givet rådgiverne mulighed for at påvirke udformningen af udbudsmaterialet, og at forholdene de havde medvirket til, indgik i tildelingskriterierne.

Der kan ikke af praksis fra Klagenævnet udledes nogle helt konkrete retningslinjer for, hvor stor påvirkningen skal være, før ligebehandlingsprincippet må anses for fortrådt, men det må antages, at rådgiveren skal have sat et væsentligt fingeraftryk på udbudsmaterialet, før vedkommende skal udelukkes. Det er vigtigt at bemærke, at fordelene så vil være absolut, hvilket vil sige, at den ikke vil kunne afhjælpes. Generelt vil risikoen for, at påvirkningen af konkurrencen vil overskide grænsen for, hvad der er lovligt, være større jo tættere samarbejdet har været. Klagenævnet har derfor i de fleste tilfælde, hvor samarbejdet har været meget tæt, valgt at vende bevisbyrden, da der vil være en stærk formodning for, at konkurrencen vil være fordrejet.

4. 1. 2. Fordel i viden

En rådgiver vil automatisk komme i besiddelse af en viden om det pågældende udbud, som vil medføre en fordel i konkurrencen. Fordelen vil typisk bestå af en særlig kendskab til ordregivers behov og præferencer. Hvorvidt der foreligger inhabilitet afhænger således af, om ordregiver har stillet de oplysninger, som en rådgiver måtte være kommet i besiddelse af, til

rådighed for de øvrige tilbudsgivere på tilfredsstillende vis. Fordelen vil da kun være relativ. Det kan ske ved de af rådgiveren udarbejdede rapporter indgår i udbudsmaterialet, eller der kan afholdes et informationsmøde, hvor der sørges for, at alle potentielle tilbudsgivere får et godt kendskab til ordregiverens ønsker og behov.⁵⁰ Samtlige tilbudsgivere skal altså som udgangspunkt konkurrere på baggrund af de samme oplysninger om kontrakten.⁵¹ Det vil sige, at hvorvidt en virksomhed, som tidligere har fungeret som rådgiver, skal udelukkes fra den efterfølgende udbudsprocedure, afhænger af om de indsamlede oplysningerne er gjort tilgængelige for alle de bydende. Det er dog ikke alle oplysninger, som har væsentlig betydning, hvorfor manglende videregivelse ikke vil føre til en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, medmindre der er tale om information, som har konkurrencemæssig betydning.⁵² Det vil derfor være afgørende, om rådgiveren har medvirket i forhold, som har betydning i relation til tildelingskriterierne. Derudover vil det blive tillagt betydning, om det tidligere arbejde kan sidestilles med et færdigt projekt for den udbudte opgave.

4. 1. 2. 1. Væsentlighedskriteriet

KlfU af 13. juni 1996, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Roskilde Kommune og KlfU af 24. august 2007, LSI Metro Gruppen mod Ørestadsselskabet I/S illustrerer, at ikke al informationsoverskud vil medføre inhabilitet.

KlfU af 13. juni 1996, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Roskilde Kommune, vedrørte Roskilde Kommune, som bl.a. udbød en rådgivningsopgave i forbindelse med etableringen af en museumshavn, herunder undersøgelse af miljøforholdene. Et af de firmaer, som anmodede om at blive prækvalificeret, havde tidligere udført en miljøundersøgelse for ordregiveren, i det område havnen skulle opføres. Miljøundersøgelsen bestod bl.a. i udarbejdelse af skitseforslag, som Kommunen skulle bruge som en del af sit beslutningsgrundlag for en helhedsplan over udviklingen af havneområdet. Ordregiver havde derfor undladt at prækvalificere dette rådgivende ingeniørfirma under henvisning til parternes tidligere samarbejde. Klageren gjorde gældende, at firmaet ikke havde opnået en konkurrencefordel, at firmaet på ingen måde havde deltaget i hverken fastsættelsen af ydelsen eller udformningen af udbudsmaterialet, at miljøundersøgelsen ikke blev foretaget med henblik på det pågældende udbud og at de øvrige tilbudsgivere havde fået videregivet de oplysninger, firmaet måtte besidde. Indklagede

⁵⁰ Treumer, s. 126

⁵¹ Treumer, s. 126

⁵² Steinicke/Groesmeier/Steinicke, s. 409-410

gjorde heroverfor gældende, at firmaet havde opnået et bedre kendskab til arealet og på den måde var i besiddelse af oplysninger, som ikke var medtaget i de tilgængelige rapporter. Derudover påpegede indklagede, at firmaets deltagelse i møder vedrørende en helhedsplan for havneområde havde medført en konkurrencefordel.

Klagenævnet anerkendte, at de ordregivende myndigheder har en vid skønsmargin til at beslutte om en potentiel tilbudsgiver skal udelukkes fra deltagelse i et udbud. På trods af dette kom Klagenævnet frem til, at beslutningen om ikke at prækvalificere klageren var uberettiget. Klagenævnet fremhævede, at oplysningerne tilvejebragt af klageren var *”af helt uvæsentlig betydning i forbindelse med afgivelsen af tilbud”*. Klagenævnet afviste altså klart, at miljørapporterne havde haft nogen betydning for den udbudte kontrakt, hvilket stiller høje krav til væsentligheden af informationerne, da de i hvert fald var af betydning for den del, som omhandlede miljøforhold. Det må antages at have haft betydning for udfaldet af sagen, at arbejdet som rådgiveren havde udført ikke havde direkte sammenhæng med det aktuelle udbud, og at arbejdet havde fundet sted 2-3 år før opgaven blev udbudt. Sagen er altså udtryk for, at der skal meget til, før en fordel i viden vil blive anset for væsentlig, når rådgivningen ikke direkte har bidraget til udformningen af udbudsmaterialet

KlfU af 24. august 2007, LSI Metro Gruppen mod Ørestadsselskabet I/S, vedrørte anlægget af metrolinien ”Cityringen”. Efter anlægget af den københavnske metros etape 1-3 iværksatte Ørestadsselskabet I/S⁵³ et nyt udbud om projektering en yderligere metrolinie. Forud for udbuddet havde Trafikministeriet lavet et udredningsarbejde, som skulle anvendes som beslutningsgrundlag for om Cityringen skulle anlægges. Det var besluttet, at etableringen af Cityringen skulle ske ud fra princippet ”mere af samme slags” og derfor skulle udredningen afdekke, hvad dette princip dækkede over. Udredningsarbejdet blev bl.a. forestået af Ø, som fungerede som rådgiver for styregruppen. Ø indgik herefter en aftale med nogle ingeniør- og arkitektfirmaer om at stille forskellige ”ressourcepersoner” til rådighed for udredningsarbejdet. Disse personer havde været rådgivere, da metroens etape 1-3 blev anlagt. Ingeniør- og arkitektfirmaerne endte med at bruge mellem 800 og 12.000 timer på udredningsarbejdet og fik udbetalt honorarer i størrelsesordenen 0,5 – 8 millioner kr. City Ring Consultants havde brugt ca. 1300 timer og modtaget ca. 1 million i honorar⁵⁴. Cowi Arup Systra JV havde brugt ca.

⁵³ Herefter benævnet Ø

⁵⁴ Herefter City Ring

12.000 timer og modtaget ca. 8 millioner i honorar.⁵⁵ Rambøll Atkins Konsortiet havde brugt ca. 3800 timer og modtaget ca. 2 millioner i honorar.⁵⁶ Efter udredningsarbejdets afslutning iværksatte Ø et udbud vedrørende projektering af Cityringen, og Ø prækvalificerede 5 konsortier. Umiddelbart efter prækvalifikationen klagede LSI Metro Gruppen til Klagenævnet over prækvalifikationen af 3 af de 5 konsortier, da konsortierne omfattede nogle af de virksomheder, der havde stillet ressourcepersoner til rådighed for Ø forud for udbuddet. LSI Metro Gruppen gjorde derfor gældende, at prækvalifikationen af disse konsortier indebar en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

Klagenævnet skulle tage stilling til to forhold. For det første, hvorvidt indklagede kunne prækvalificere de virksomheder, der havde fungeret som rådgivere for indklagede ved bygningen af metroens etape 1-3, selvom Cityringen skulle bygges efter princippet ”mere af samme slags”. Et enigt Klagenævn fandt, at indklagede ikke var berettiget til at udelade at prækvalificere de berørte konsortier på trods af, at de 3 konsortier havde fået en ”*betydelig konkurrencemæssig fordel*”. Klagenævnet lagde vægt på, at de øvrige tilbudsgivere havde fuld adgang til materialet vedrørende etape 1-3 og udtalte, at ”*Indhøstede erfaringer fra tidligere arbejder indgår i den rådgivende virksomheds generelle faglige kompetence*”. Tidligere erfaringer fra lignende projekter kan altså ikke begrunde inhabilitet ved et nyt udbud, selvom den udgør en konkurrencefordel.

For det andet skulle Klagenævnet på baggrund af den første konklusion tage stilling til, om udredningsarbejdet, som de 3 konsortier havde deltaget i, havde givet dem en konkurrencemæssig fordel ud over den, som de havde i forvejen. Klagenævnet skulle således vurdere, om konsortierne havde opnået en fordel i viden, som skulle føre til udelukkelse ud fra en vurdering af, om oplysningerne tilvejebragt under rådgivningsarbejdet var tilgået de øvrige bydende. I bekræftende fald om denne merviden var væsentlig i relation til tildelingskriterierne. I dette spørgsmål var Klagenævnets medlemmer splittede.

Den juridiske dommer Carsten Haubek vurderede først, om konsortierne havde fået en konkurrencefordel i relation til indholdet af projekteringsgrundlaget, dernæst i relation til indhentning af oplysninger. I relation til indholdet af projekteringsforslaget, fandt Haubek, at konsortierne ikke havde fået en konkurrencefordel, da alle tilbudsgiverne havde adgang det fulde materiale. Fordelen var således blevet udlignet. For så vidt angik indhentning af oplysninger og den mulige tidsbesparelse, fandt Haubek ud fra en samlet bedømmelse af konsorti-

⁵⁵ Herefter Cowi

⁵⁶ Herefter Rambøll

erne, at den merviden, konsortierne var i besiddelse af, var uvæsentlig for udbuddet. På den baggrund konkluderede Haubek, at indklagende ikke skulle have udelukket konsortierne fra udbuddet.

De to sagkyndige dommere, Niels Sørensen og Suzanne Helsteen, fandt derimod, at den særlige viden ikke fuldt ud var gjort tilgængelig for de øvrige tilbudsgivere, da det samlede materiale ikke var tilgået de øvrige bydende. Det var kun udredningsrapporten, som indgik i udbudsbetingelserne. Sørensen vurderede herefter enkeltvist væsentligheden af de 3 konsortiers konkurrencefordel, og fandt, at City Ring og Rambølls fordel ikke i praksis havde nogen betydning for udbuddet. Sørensen fandt det derimod ikke udelukket, at Cowis arbejdsindsats, som havde været massiv, udgjorde en konkurrencemæssig fordel, men konkluderede, at konkurrencefordelen ikke var så betydende, at Cowi var inhabil, idet konkurrencefordelen kun vedrørte 10 % af det samlede udbud. Sørensen fandt altså ligesom Haubek, at konsortierne kunne prækvalificeres. Helsteen valgte på grund af den manglende videregivelse af oplysninger, samt manglende dokumentation for, at konsortierne ikke besad en særlig viden, og at den særlige viden oparbejdet i de enkelte konsortier ikke var blevet delt konsortierne i mellem, at pålægge indklagede bevisbyrden for, at konsortierne ikke som følge af deres særlige viden havde opnået en konkurrencefordel. Den bevisbyrde fandt Helsteen ikke at indklagede havde løftet.

Dissensen er udtryk for, at Klagenævns medlemmerne ikke var enige i, hvordan sagen skulle gribes an. Haubek valgte at dele spørgsmålet i to og fandt det var ”forsvarligt” at behandle konsortierne under ét med den begrundelse, at klageren ikke i sin argumentation havde vurderet konsortierne hver for sig. Denne formulering antyder, at resultatet kunne være blevet et andet, hvis konsortierne var blevet vurderet enkeltvist. Sørensen fandt det nødvendigt at kigge på konsortierne særskilt. Helsteen derimod valgte en helt anden tilgangsvinkel ved at pålægge indklagede bevisbyrden. Det er særligt værd at bemærke, at Helsteen lagde vægt på konsortiernes samlede særviden i sin vurdering, hvilket selvsagt øger sandsynligheden for, at de havde opnået en konkurrencefordel. Derudover er det bemærkelsesværdigt, at flertallet ikke i det mindste valgte, at pålægge indklagede bevisbyrden under hensyntagen til konsortiernes massive arbejdsindsats og betaling, som giver en formodning for, at konsortierne ved den forudgående rådgivning har fået en betydelig konkurrencefordel.

Klagenævnets splittelse i bedømmelsen af sagen gør det vanskeligt at udlede noget entydigt af den. Sagen er da også nu indbragt for domstolene. Det afgørelsen dog kan tages til indtægt

for, er, at vurderingen af, om der foreligger en fordel i viden, tager udgangspunkt i, om de oplysninger tilvejebragt under rådgivningsarbejdet på tilfredsstillende vis er stillet til rådighed for de øvrige tilbudsgivere. Hvis det ikke er tilfældet, skal der tages en væsentlighedsvurdering af konkurrencefordelen i relation til tildelingskriterierne.

4. 1. 2. 2. Dobbeltrådgivning

En virksomhed kan også opnå en fordel i viden ved at anvende den samme rådgiver som ordregiveren, idet der vil være en nærliggende risiko for, at rådgiveren vil videregive viden, som vil give virksomheden en fortrinsstilling i udbuddet. Det kan f.eks. tænkes, at rådgiveren har en viden om ordregivers præferencer, som ikke fremgår af udbudsmaterialet eller påvirker udbudsspecifikationerne til fordel for virksomheden. Det er altså ikke virksomhedens egen viden, som vil medføre inhabilitet. Spørgsmålet er herefter om væsentlighedsvurderingen vil være den samme, som når det er virksomheden selv, der har fungeret som rådgiver.

KlfU af 18. november 1996, European Metro Group mod Ørestadsselskabet, vedrørte en totalentreprise i forbindelse med anlæggelsen af "Minimetroen". Et ingeniørfirma og et arkitektfirma havde fungeret som rådgivere for ordregiver og senere for en tilbudsgiver. Ingeniørfirmaet havde været med til at udforme udbudsspecifikationerne vedrørende miljøspørgsmål og deltog senere i et rådgivningskonsortium, der bistod tilbudsgiver. Derudover havde Ingeniørfirmaet deltaget i evalueringen af de indkomne tilbud for så vidt angik miljøspørgsmålene. Ingeniørfirmaet oplyste under sagen, at man havde holdt de medarbejdere, som arbejdede for henholdsvis ordregiver og tilbudsgiver adskilt.⁵⁷ Arkitektfirmaet havde fungeret som intern rådgiver for ordregiver i arkitektoniske spørgsmål, men havde ikke deltaget i udarbejdelsen af tildelingskriterierne. Samme arkitektfirma havde bistået tilbudsgiveren med udarbejdelse af tilbudsmateriale og havde indgået i en rådgivningsgruppe, men havde ikke deltaget i strategiplanlægning eller haft kendskab til tilbudssummer og tilbudskonditioner. Spørgsmålet var således, om ordregiveren havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved at prækvalificere tilbudsgiveren, fordi tilbudsgiveren på grund af sine rådgivere havde opnået fortrinsstilling i konkurrencen.

Klagenævnet fandt ikke, at tilbudsgiveren gennem samarbejdet med hverken ingeniørfirmaet eller arkitektfirmaet havde opnået nogen fortrinsstilling i forhold til de andre tilbudsgivere. Dette på trods af, at Klagenævnet tilkendegav, at rådgiverne havde haft mulighed for at påvir-

⁵⁷ Nærmere gennemgang af betydningen af adskillelse af medarbejdere under afsnit 7. 2.

ke udbudsmaterialet, kunne have tilført tilbudsgiveren et overskud af viden, som ikke med vished fremgik af udbudsmaterialet og havde deltaget ved evalueringen af tilbuddene. Sagen blev senere indbragt for Østre Landsret og siden for Højesteret.⁵⁸ Højesteret, som på dette punkt tiltrådte Landsrettens begrundelse, fandt ikke, at tilbudsgiveren havde opnået en fortrinsstilling i konkurrencen som følge af samarbejdet med ingeniør- og arkitektfirmaet. Derimod kom Højesteret frem til, at ingeniørfirmaet helt konkret havde haft mulighed for at favorisere tilbudsgiveren ved evalueringen af tilbuddene, og at der således forelå en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

Udfaldet af sagen ville med stor sandsynlighed være blevet et andet, hvis det var tilbudsgiver i stedet for tilbudsgivers rådgiver, som havde deltaget i udformningen af udbudsmaterialet, idet både ingeniør- og arkitektfirmaets rolle ved udformningen af udbudsmaterialet til sammen var særdeles stor. Der var altså stor sandsynlighed for, at tilbudsgiveren havde en fortrinsstilling i konkurrencen, men Højesteret valgte ikke at konstatere, at der forelå en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Dette kan være et udslag af, at ordregiver var opmærksom på problemstillingen og meget tidligt gjorde dets rådgivere opmærksom på eventuelle habilitetsproblemer, der kunne opstå i det videre forløb for projektet. Derudover kan det have haft betydning, at ingeniørfirmaet holdt medarbejderne adskilt, således at risikoen for, at tilbudsgiveren får en fordel i viden, på denne måde mindskes. Dommen viser således, at der skal mere til for, at væsentlighedskriteriet vil være opfyldt i dobbeltrådgivningssituationer end i tilfælde, hvor det er tilbudsgiver, som har fungeret som rådgiver. Dette må være ud fra den antagelse, at en rådgiver næppe har det samme incitament til at fordreje konkurrencen som den, der deltager i konkurrencen om kontrakten.

I dobbeltrådgivnings situationer vil der således skulle mere til, før en virksomhed, som følge af sin rådgivers viden, vil skulle udelukkes fra udbudsproceduren, end hvis det er virksomheden selv, som har udført rådgivningsarbejdet.

4. 1. 2. 3. Færdigt projekt

Det fremgår af KlFU af 1. juli 1998, C.F. Møllers Tegnesteue mod Vestsjællands Amt, at Klagenævnet vil tillægge det vægt i bedømmelsen af, om væsentlighedskriteriet er opfyldt, hvorvidt det tidligere arbejde kan sidestilles med et færdigt projekt, som kan bruges i udarbejdelsen af tilbuddet. KlFU af 23. august 2006, Hedeselskabet Miljø og Energi A/S mod Sønderjyl-

⁵⁸ Jf. U 2005.1799 H

lands Amt viser, at dette kan være et afgørende moment i væsentlighedsbedømmelsen, og om konkurrencefordelen kan udlignes tilfredsstillende.

Sagen drejede sig om, at ordregiveren på baggrund af en forhåndsvurdering af Konkurrencestyrelsen havde valgt at udelukke en tidligere rådgiver fra det efterfølgende udbud, da man anså firmaet for at være inhabil. Rådgivningen havde bestået af udarbejdelse af et projektforslag til brug for ansøgning om EU-støtte og offentlige høringer. Projektforslaget byggede på skitseprojekter. Disse skitseprojekter indgik i udbudsbetingelserne og passager fra skitseprojekterne var gengivet i projektforslaget. Skitseforslagene skulle danne grundlag for alle de tilbudte projekter, ellers ville tilbuddene blive bedømt som alternative tilbud. Derudover indgik nogle hydrauliske beregninger, som rådgiveren havde udført. Klageren udtalte, at et projektforslag er karakteriseret ved at være et beslutningsværktøj og at de omkostningstunge forundersøgelser derfor var undladt. Derudover anførte klageren, at de hydrauliske beregninger skønmæssigt udgjorde mindre end 3 % af den samlede omkostning til beregninger angivet i skitseforslaget, og at beregningerne kunne benyttes af alle deltagerne i udbuddet. Alt i alt opgjorde klageren fordelen til at udgøre 4 arbejdsdages viden til en værdi svarende til 1,4 % af det samlede udbud. På den baggrund gjorde klageren gældende, at konkurrencefordelen ved at udarbejde projektforslaget var uvæsentlig, hvorfor indklagede ikke var berettiget til, at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning.

Indledningsvis anerkendte Klagenævnet, at omfanget af klagerens forberedende arbejde var, som beskrevet af klager. Klagenævnet udtalte herefter, at ordregiverne har *”pligt til at undlade at tage tilbud fra en virksomhed, der har udført forberedende arbejde, i betragtning, hvis...[det]... har givet virksomheden en konkurrencefordel”*, og Klagenævnet fandt, klageren havde fået en konkurrencefordel.

Klagenævnets præmisser er overordentlig korte, men det må antages, at den restriktive fortolkning nok skal ses i lyset af, at Konkurrencestyrelsen allerede havde vurderet, at tilbudsgiveren skulle udelukkes. Begrundelsen for, at sagen fik et andet udfald end forventet i henhold til tidligere praksis er sandsynligvis, at skitseforslagene var en direkte begyndelse på projekteringsforslaget, eftersom de skulle danne grundlag for alle de tilbudte projekter. Dette havde Konkurrencestyrelsen lagt til grund for deres vurdering. På trods af denne begrundelse, må afgørelsen anses for ikke at være i tråd med tidligere praksis, da konkurrencefordelen i denne sag var minimal, både for så vidt angår den forholdsmæssige arbejdsindsats og betalingen, hvilket understreges af, at klagerens tilbud ikke var det laveste og lå meget tæt op af det vin-

dende tilbud. Derudover var de uarbejdede skitseforslag og beregninger tilgængelige for de øvrige tilbudsgivere, som hurtigt ville være i stand til nå op på samme vidensniveau, som den tidligere rådgiver, hvilket ville have udlignet konkurrencefordelen.

Klagenævnet valgte således i denne sag at anlægge en restriktiv fortolkning af ligebehandlingsprincippet ved at pålægge ordregiverne en pligt til at udelukke en tilbudsgiver, som har fået en konkurrencefordel uden først at lave en væsentlighedsbedømmelse. Det må derfor antages, at der ikke stilles lige så store krav til væsentlighed, når arbejdet kan sidestilles med et færdigt projekt for den udbudte opgave.

4. 1. 3. Fordel i tid

Fordel i tid er af betydning for vurderingen af om der foreligger rådgiverinhabilitet, da rådgiveren som følge af den tekniske dialog har et forspring med udformningen af sit tilbud, hvilket kan fordreje konkurrence mellem de bydende. Fordelen i tid er tæt forbundet med fordelene i viden, og de vil i et vist omfang overlape hinanden, idet det er fordelene i viden, som vil give fordelene i tid. Fordelen i tid vil dog fortsat bestå, selvom ordregiveren har udlignet fordelene i viden ved at videreformidle oplysningerne til de konkurrerende tilbudsgivere, da et forspring i tid kan få stor indvirkning på kvaliteten af tilbuddet. Tilbudsgiverne skal ofte udfærdige deres tilbud under et betydeligt tidspres, og jo mere komplekst udbuddet er, desto mere udtalt vil fordelene være.⁵⁹ Spørgsmålet er herefter, hvornår et forspring i tid er så væsentligt, at det vil føre til et brud på ligebehandlingsprincippet.

I KlifU af 8. januar 1997, *Det Danske Handelskammer mod Rigshospitalet*, var den tidligere rådgiver den eneste ud af 7 prækvalificerede, som afgav tilbud. Handelskammeret gjorde gældende, at kravene i udbudsmaterialet var så omfattende og specifikke, at de øvrige prækvalificerede ikke inden for den svære tidsramme, havde mulighed for at afgive bud. Konkurrencen havde således været udelukket som følge af den snævre tidsfrist. Klagenævnet gav ikke Handelskammeret medhold i denne påstand, da det ikke fandtes dokumenteret, at udbudsmaterialet havde været for omfattende og specifikt. Klagenævnet afviste altså, at den rådgivende virksomheds fordel i tid konkret havde ført til en fordrejning af konkurrencen. Afgørelsen viser dog ud fra en modsætningslutning, at en fordel i tid vil kunne begrunde, at en virksomhed

⁵⁹ *Steen Treumer* i P.P.L.R. 2007, 2, 99-115 (s. 110)

skal udelukkes for udbudsproceduren, såfremt udbudsmaterialet har været for omfattende og specifikt i forhold til tidsfristen.

I KlFU af 13. januar 2004, E. Pihl og Søn A/S mod Hadsund Kommune, udtalte Klagenævnet, at rådgiveren, som havde ”afdækket alle relevante problemstillinger” forud for udbuddet, havde opnået særlig viden, som gjorde konsortiet i stand til på kortere tid end de øvrige prækvalificerede, at sætte sig ind i udbudsbetingelserne og lave et gennemarbejdet tilbud. Klagenævnet lagde vægt på, at der var fastsat en kort frist til afgivelse af tilbud under hensyntagen til, at der var tale om et omfattende og kompliceret projekt.⁶⁰ Derudover valgte Klagenævnet at vende bevisbyrden og fandt ikke, at indklagede havde godtgjort, at rådgiveren ikke havde fået et nævneværdigt forspring i konkurrencen om kontrakten ved den forudgående rådgivning. Klagenævnet vil altså tillægge en fordel i tid afgørende vægt i sin bedømmelse af om ligebehandlingsprincippet er overtrådt, hvis den forudgående rådgivning har været omfattende og fristen for afgivelse af tilbud må anses for kort under hensyntagen til projektets karakter.

Konkurrencestyrelsen har ligeledes tillagt det betydning, at en rådgiver har en fordel i tid ved udformning af sit tilbud. Konkurrencestyrelsens vejledende udtalelse af 24. januar 2006: Klage over EU-udbud af rådgiverydelser angik Foreningen af Rådgivende Ingeniører,⁶¹ som indgav en klage over Udviklingselskabet Prøvestenen, der var et offentligretligt organ. FRI fandt, at det konsortium, der forud for udbuddet havde rådgivet ordregiven, der var blevet prækvalificeret, burde have været udelukket fra at deltage i udbuddet. Konkurrencestyrelsen fandt det tvivlsomt, at Klagenævnet ville konstatere, at den forudgående rådgivning havde medført en konkurrenceforvridning, men henstillede til at tidsfristen for afgivelse af tilbud blev forlænget under hensyntagen til, at en kort tilbudsfrist kan forstærke indtrykket af, at rådgiveren bliver favoriseret. Den ordregivende myndighed bør således ved fastsættelsen af tidsfrister tage hensyn til, om de øvrige tilbudsgivere har tilstrækkelig tid til at udforme et lige så gennemarbejdet tilbud som rådgiveren.

Konkluderende vil fordelene i tid have selvstændig betydning for vurderingen af, om der foreligger rådgiverinhabilitet, såfremt tidsfristen for afgivelse af tilbud er kort i forhold til projek-

⁶⁰ Se også KlFU af 2. maj 2006, Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening

⁶¹ Herefter benævnt FRI

tets karakter, og rådgivningen har været omfattende, idet rådgiveren hurtigere vil kunne udforme et gennemarbejdet tilbud og måske være den eneste som afgiver et tilbud. De ordregivende myndigheder bør derfor fastsætte deres tidsfrister med denne problemstilling in mente. Derudover vil en fordel i tid have betydning, når det skal vurderes, om en fordel i viden har medført et brud på ligebehandlingsprincippet.⁶²

4. 1. 4. Fordel i økonomi

Når en virksomhed fungerer som rådgiver forud for et udbud, modtager den naturligvis betaling for sit arbejde. I nogle tilfælde vil virksomheden med andre ord få betaling for udarbejdelsen af dele af sit tilbud.⁶³ Virksomheden vil derfor ikke skulle bruge nær så mange ressourcer på at lave et gennemarbejdet tilbud som de øvrige tilbudsgivere. Betalingen kan derfor føre til, at virksomheden kan udfærdige et gennemarbejdet tilbud på kortere tid og dermed give et lavere bud, hvilket vil kunne udgøre en konkurrencefordel.

I KlFU af 23. august 2006, Hedeselskabet Miljø og Energi A/S mod Sønderjyllands Amt, fandt Klagenævnet, at klageren ved sit forudgående arbejde havde opnået en konkurrencefordel.⁶⁴ Klagenævnet tilkendegav ikke på hvilken måde, klageren havde opnået en konkurrencefordel. Konkurrencestyrelsen, som havde forhåndsvurderet sagen, forklarede derimod, at det forudgående arbejde reelt havde udgjort en påbegyndelse af udarbejdelsen af tilbuddet, hvilket indebar, at klageren kunne tilbyde en lavere pris end de øvrige tilbudsgivere. Klagenævnet kommenterede ikke Konkurrencestyrelsens begrundelse, men det må antages, at Klagenævnet ligeledes har tillagt den økonomiske fordel betydning i sin bedømmelse.

Klagenævnet har dog i KlFU af 24. august 2007, LSI Metro Gruppen mod Ørestadsselskabet I/S uddybet, at fordelene i økonomi skal være væsentlig før ligebehandlingsprincippet anses for overtrådt.⁶⁵ I denne sag gjorde klageren gældende, at de 3 konsortier, som tidligere havde fungeret som rådgivere for ordregiver, havde et lavere budget end de øvrige på grund af deres specifikke kendskab til projektet. Kendelsen blev afsagt med dissens, men alle 3 dommere var

⁶² Se f.eks. KlFU af 24. august 2007, LSI Metro Gruppen mod Ørestadsselskabet I/S

⁶³ Betalingen vil ikke udgøre statsstøtte, da den knytter sig til en modydelse, se herom *Pernille Wegner Jessen* i Forbudet mod statsstøtte i EU, s. 174. Selvom virksomheden måtte modtage statsstøtte, som ville sætte den i stand til at afgive et lavere bud, ville det ikke føre til, at ordregiver automatisk skulle udelukke virksomheden fra deltagelse i tilbuddet, jf. sag C-94/99, ARGE

⁶⁴ Nærmere beskrevet under afsnit 4. 1. 2. 3.

⁶⁵ Nærmere beskrevet under afsnit 4. 1. 2. 1.

enige i, at besparet arbejdstid og som følge heraf muligheden for at afgive et lavere bud, vil kunne udgøre en konkurrencefordel. Konkret fandt flertallet, at de rådgivende konsortier ikke havde opnået en væsentlig konkurrencefordel. Klagenævnet anerkender altså, at betalingen for rådgivning, kan udgøre en konkurrencefordel, som vil indebære udelukkelse, hvis fordelene er væsentlige. Der skal dog meget til, før væsentlighedskravet anses for opfyldt, hvilket står klart, da de udbetalte honorarer i sagen var massive.

Omvendt vil det ikke være et krav for at statuere inhabilitet, at den rådgivende virksomhed har afgivet det laveste bud. Dette følger af KlFU af 2. maj 2006, Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening, hvor Klagenævnet udtalte at det forhold, at den rådgivende virksomhed ”*ikke har afgivet tilbuddet med den laveste pris, er ikke i sig selv udtryk for, at disse virksomheder ikke har en fordel*”.

Fordelen i økonomi vil indgå i den samlede vurdering af, om den rådgivende virksomhed har opnået en konkurrencefordel. Det vil være tilfældet, såfremt fordelene i økonomi vil sætte den rådgivende virksomhed i stand til at afgive et lavere bud som følge af tidsbesparelsen.⁶⁶ Fordelen skal være væsentlig, og der vil skulle meget til før denne betingelse vil være opfyldt. Der kan dog ikke opstilles noget krav om, at tilbuddet skal være det laveste, for at der foreligger et brud på ligebehandlingsprincippet.

4. 2. Sekundære forhold

4. 2. 1. Hensigten

Når en ordregiver forud for et udbud indleder en dialog med henblik på at få direkte eller indirekte bistand til udformningen af udbudsmaterialet, vil formålet være legitimt. Dette adskiller sig fra situationen, hvor ordregiver har til hensigt med dialogen at omgå udbudsdirektivet. I sådanne tilfælde vil hensigten være tilstrækkelig til at udgøre et brud på ligebehandlingsprincippet, da ordregiver har en pligt til at iagttage overholdelsen af ligebehandlingsprincippet, jf. ordlyden af direktiv 2004/18/EF art. 2. Når hensigten med dialogen ikke er at omgå udbudsdirektivet, vil den derfor ikke selvstændigt have betydning for vurderingen af, om der foreligger rådgiverinhabilitet. Hensigten vil dog indgå som et element i den samlede vurdering af, om rådgiveren er inhabil i det efterfølgende udbud. Dette fremgår af, at Klagenævnet flere gange

⁶⁶ KlFU af 23. august 2006, Hedeselskabet Miljø og Energi A/S mod Sønderjyllands Amt og KlFU af 24. august 2007, LSI Metro Gruppen mod Ørestadsselskabet I/S

har fremhævet klagerens og indklagedes intention i sin bedømmelse af, om der foreligger rådgiverinhabilitet.

I KlifU af 18. november 1996, European Metro Group mod Ørestadsselskabet fremhævede Klagenævnet, at ordregiver havde været opmærksom på problemstillingen og gjort rådgiverne opmærksomme herpå. Denne udtalelse giver altså indtryk af, at det forhold, at ordregiver har forsøgt at imødegå et eventuelt brud på ligebehandlingsprincippet, har haft betydning for afgørelsen.⁶⁷ I KlifU af 17. marts 1998, Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune, udtaler Klagenævnet: ”...der er ikke fremkommet noget, som tyder på, at indklagede ved udformningen af udbudsbetingelserne har tilsigtet ... at give Renholdningsselskabet en fordel som tilbudsgiver i forhold til andre tilbudsgivere”. Derefter konkluderede Klagenævnet, at indklagede hverken skulle eller kunne have set bort fra tilbuddet.

Klagenævnet har altså tillagt ordregivers hensigt nogen betydning i bedømmelsen af overholdelsen af ligebehandlingsprincippet, men det er uvist, hvilken vægtning den har haft i den samlede bedømmelse.

Klagenævnet har også fremhævet klagerens intention med klagen i sin bedømmelse af ligebehandlingsprincippet. I KlifU af 8. januar 1997, Det Danske Handelskammer mod Rigshospitalet, udtalte Klagenævnet indledningsvist, ”den egentlige baggrund for klagen er tilsyneladende utilfredshed hos DADIF med, at...”. Udfaldet af denne sag synes, som i afsnit 4. 1. 1. beskrevet, at være båret af klagerens intention med klagen og ikke de faktiske forhold. Klagerens hensigt kan således også indgå i bedømmelsen af, om der foreligger rådgiverinhabilitet.

Praksis fra Klagenævnet viser således, at Klagenævnet tillægger parternes hensigt betydning i sin bedømmelse af, om ligebehandlingsprincippet er overholdt. Det vil sige, at Klagenævnet både tillægger objektive forhold og subjektive forhold betydning i sin vurdering af, om der foreligger rådgiverinhabilitet. Det må dog antages, at der ikke kan opstilles et krav, om at ordregiver skal have haft til hensigt at overtræde ligebehandlingsprincippet. Dette vil stride imod den effektive håndhævelse af udbudsreglerne, da det gør det svært for klageren tillige at løfte bevisbyrden for, at ordregiver har haft til hensigt at overtræde ligebehandlingsprincippet, medmindre der gives adgang til ordregiverens filer.⁶⁸

⁶⁷ Nærmere beskrivelse under afsnit 4. 1. 2. 2.

⁶⁸ Se også Steen Treumer i P.P.L.R. 1999, 3, 147-160, (s. 159)

4. 2. 2. Brancheforhold

Særlige brancheforhold vil formodentlig kunne have indvirkning på bedømmelsen af, om der foreligger rådgiverinhabilitet, da udelukkelse af en virksomhed i en branche, hvor der er få udbydere, vil kunne føre til at konkurrencen forhindres.⁶⁹

Klagenævnet har endnu ikke taget stilling til, om det kan have indvirkning på bedømmelsen. I KlFU af 23. august 2006, Hedeselskabet Miljø og Energi A/S mod Sønderjyllands Amt, blev det af klageren forklaret, at hvis det kun var muligt enten at udføre det forberedende arbejde eller få tildelt den udbudte ydelse, ville det i den pågældende branche, hvor der kun var ca. 5 virksomheder, som kunne udføre opgaven, være vanskeligt at finde kvalificerede virksomheder. Klagenævnet udtalte sig ikke nærmere om problematikken, men sagen viser, at det kan være et parameter. Konkurrencestyrelsen har derimod tillagt det betydning at markedet for den i sagen omhandlende type rådgivning var meget begrænset. Konkurrencestyrelsen udtalte derfor, at en restriktiv fortolkning af ligebehandlingsprincippet ville være stik imod formålet, da det kunne begrænse konkurrencen.⁷⁰

Det må således antages, at det vil have betydning for fortolkningen af ligebehandlingsprincippet, hvis der er meget få aktører på markedet for den type ydelse, der udbydes. På et sådant marked vil konkurrencen i forvejen være begrænset, og derfor vil udelukkelse af blot én aktør betyde, at konkurrencen vil blive fordrejet. Derudover vil det være svært for den ordregivende myndighed at få den nødvendige rådgivning, der muliggør, at projektet kan udbydes, herunder klarlæggelse af krav og behov såfremt den rådgivende virksomhed ikke kan deltage i konkurrencen om kontrakten.

4. 3. Opsummering

Ved at have deltaget i forberedelsesfasen af et udbud, vil rådgiveren have en konkurrencefordel ved den efterfølgende konkurrence om den offentlige kontrakt. Hvorvidt konkurrencefordelen vil medføre inhabilitet, beror på en konkret vurdering. Først vil det være relevant at vurdere, om konkurrencefordelen kan udlignes og er blevet udlignet. Konkurrencefordelen vil være absolut, når rådgiveren har sat et væsentligt fingeraftryk på udbudsmaterialet. Når dette er tilfældet, vil der være en formodning for, at der foreligger rådgiverinhabilitet, hvorfor Kla-

⁶⁹ Steinicke/Groesmeier/Steinicke, art. 2, s. 417 og *Steen Treumer* i P.P.L.R. 2007, 2, 99-115, (s. 112)

⁷⁰ Jf. Konkurrencestyrelsens vejledende udtalelse af 24. januar 2006: Klage over EU-udbud af rådgiverydelser

genævnet ofte har valgt at vende bevisbyrden. Når fordelene er i viden, tid eller økonomi, vil den kunne udlignes, altså være relativ, hvorfor det vil være afgørende, om den er blevet udlignet på tilfredsstillende vis. Hvis fordelene ikke er blevet udlignet, vil der skulle foretages en vurdering af, om fordelene er væsentlige. En fordel i viden vil være væsentlig, når den viden som rådgiveren er kommet i besiddelse af, vil være væsentlig for tildelingen af kontrakten. I dobbeltrådgivningstilfælde og når arbejdet udgør et færdigt projekt for den udbudte opgave vil væsentlighedsbedømmelsen være henholdsvis mere lempelig og streng. En fordel i tid vil være væsentlig, hvis tidsfristen for afgivelse af tilbud har været kort set i forhold til projektets karakter, og hvis den forudgående rådgivning, har været omfattende. En fordel i økonomi vil være væsentlig, når rådgiveren på grund af tidsbesparelsen vil være i stand til at afgive et lavere bud end de øvrige bydende. Endelig vil Klagenævnet i sin vurdering tillægge hensigten og brancheforhold betydning, men de vil ikke være de afgørende faktorer. Det må på denne baggrund konkluderes, at Klagenævnet har valgt at fortolke ligebehandlingsprincippet fleksibelt i relation til rådgiverinhabilitet.

5. TIDSPUNKTET FOR VURDERINGEN

En ordregivende myndighed må så tidligt som muligt foretage en vurdering af, om en deltager i udbudsproceduren er inhabil og som følge heraf skal udelukkes. Dette fremgår direkte af de forenede sager C-21/03 og C-34/03 *Fabricom SA*, hvor Domstolen tog stilling til, om en ordregiver helt frem til undersøgelsen af buddene kan udelukke en virksomhed på grund af inhabilitet.⁷¹ Domstolen udtalte, at udbudsreglerne tilsigter at beskytte de bydende mod vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side og skal sikre en effektiv anvendelse af udbudsreglerne.⁷² Hvis den ordregivende myndighed kunne udsætte sin beslutning om udelukkelse helt frem til evalueringen af buddene, ville tilsidesættelserne ikke længere kunne korrigeres,⁷³ og derfor skade den effektive håndhævelse af udbudsreglerne.⁷⁴

Dommen afklarer ikke, hvad den ordregivende myndighed skal gøre, såfremt det først sent i udbudsproceduren opdages, at en tilbudsgiver er inhabil. Der kan argumenteres for, at det vil have u hensigtsmæssige konsekvenser, hvis ordlyden af dommen skal følges, da det ikke vil

⁷¹ Se også *Fabricius/Offersen/Fabricius*, s. 277 og *Gregory S. Hauken* i P.P.L.R. 2006, 3, 137-150, (s. 142)

⁷² Se præmis 43

⁷³ Se præmis 44

⁷⁴ Se præmis 45

være muligt at udelukke en tilbudsgiver på et sent stadie af udbudsproceduren.⁷⁵ Ordlyden af dommen skal derfor, ifølge Steen Treumer, ikke følges.⁷⁶ Dommen skal fortolkes i overensstemmelse med formålet med sanktionerne og ræsonnementet bag afgørelsen, hvilket muliggør udelukkelse af en virksomhed selv sent i udbudsproceduren, såfremt den ordregivende myndighed udsætter tildelingen af kontrakten, indtil virksomheden har haft rimelig tid til at klage over afgørelsen.⁷⁷ Jesper Fabricius derimod anfører, at dommen blot fastslår, at den ordregivende myndighed skal træffe sin beslutning så hurtigt som muligt, efter den er blevet bekendt med de relevante oplysninger.⁷⁸ Fabricius opstiller ikke et krav om, udsættelse af udbudsproceduren, men åbner muligheden for et erstatningskrav.

Det må dog antages, at Domstolen ikke har ønsket at tillade virksomheder, som er inhabile at deltage i udbudsproceduren eller at aflyse en igangværende udbudsprocedure. Det må derfor af hensyn til den effektive håndhævelse af udbudsdirektivet, som anført af Treumer, være muligt også sent i udbudsproceduren at udelukke en virksomhed, hvis den udelukkede virksomhed, gives mulighed for at klage over afgørelsen før tildelingen af kontrakten.

Det må konkluderes, at det eneste dommen direkte fastslår, er, at det ikke vil være muligt at udsætte beslutningen til sent i udbudsproceduren. Den ordregivende myndighed må foretage vurderingen så tidligt som muligt af hensyn til den effektive håndhævelse af udbudsreglerne. Det kan ikke udledes direkte af dommen, om den ordregivende myndighed kan udelukke en virksomhed sent i udbudsproceduren, hvis der fremkommer oplysninger, som gør at virksomheden er inhabil, men af hensyn til den effektive håndhævelse må det antages at være muligt. Den udelukkede virksomhed skal dog have mulighed for klage over beslutningen og få behandlet klagen før tildelingen af kontrakten.

6. BEVISBYRDEN

Placeringen af bevisbyrden i sager vedrørende rådgiverinhabilitet er af stor betydning for retstilstanden, da det vil have stor indvirkning på udfaldet af klagesagen. Bevisbyrden påhviler som hovedregel den, som ønsker at påberåbe sig, at udbudsreglerne er overtrådt.⁷⁹

⁷⁵ Se *Steen Treumer* i P.P.L.R. 2007, 2, 99-115, (s. 105-106)

⁷⁶ *Steen Treumer* i P.P.L.R. 2007, 2, 99-115, (s.106)

⁷⁷ *Steen Treumer* i P.P.L.R. 2007, 2, 99-115, (s.106)

⁷⁸ Fabricius/Offersen/Fabricius, s. 277-278

⁷⁹ Hjelmborg/Jakobsen/Poulsen, s. 302 og *Steen Treumer* i P.P.L.R. 1999, 3, 147-160, (s. 160)

I relation til rådgiverinhabilitet er det ikke afklaret, hvem der vil blive pålagt bevisbyrden, da det er ordregiveren, som er pligtssubjektet efter udbudsdirektiverne og dermed ligebehandlingsprincippet, jf. ordlyden af art. 10 i direktiv 2004/17/EF og art. 2 i direktiv 2004/18/EF. Dette har ført til, at medlemsstaterne ikke har tillagt en ensartet fortolkning heraf,⁸⁰ hvilket hænger sammen med det faktum, at EU-udbudsreglerne fortsat har karakter af at være ramme-lovgivning. Medlemsstaterne har derfor en bred margin for, hvordan de implementerer udbudsreglerne i national ret. I nogle medlemsstater er udgangspunktet, i modsætning til i dansk ret, at en virksomhed, der tidligere har fungeret som rådgiver for ordregiver ikke må deltage i det efterfølgende udbud.⁸¹ Dette bevirker, at udgangspunktet er, at ligebehandlingsprincippet er overtrådt, såfremt en rådgiver, som har deltaget i forberedelsesfasen af et udbud, tillades at deltage i det efterfølgende udbud. Dette flytter bevisbyrden fra de tilbudsgivere, som ville blive forskelsbehandlet, hvis den tidligere rådgiver kunne deltage i det efterfølgende udbud, til ordregiveren eller den tidligere rådgiver afhængig af parterne i sagen. Hvis den tidligere rådgiver klager over ordregivers udelukkelse af vedkommende fra den efterfølgende udbudsprocedure, vil rådgiveren bære bevisbyrden, for at deltagelse ikke vil resultere i et brud på ligebehandlingsprincippet. Når parterne i sagen er ordregiver og en af de øvrige bydende, vil det være ordregiver som bærer bevisbyrden for, at betingelserne for undtagelse er opfyldt. EF-domstolen har nemlig gentagne gange påpeget, at det er den ordregivende myndighed, som har bevisbyrden for, at betingelserne for anvendelse af udbudsprocedurer med forhandling er opfyldt, da der er tale om undtagelsestilfælde.⁸² Placeringen af bevisbyrden afhænger således af, hvordan udbudsreglerne fortolkes.

I dansk ret er udgangspunktet som anført under afsnit 3. 4. at rådgiveren kan deltage i det efterfølgende udbud, og Klagenævnet har derfor også i de fleste sager omhandlende rådgiverinhabilitet, pålagt den klagende tilbudsgiver bevisbyrden. Steen Treumer argumenterer for, at bevisbyrden burde vendes, som følge af at den ordregivende myndighed er direkte forpligtiget til at hindre, at der sker brud på ligebehandlingsprincippet.⁸³ Såfremt bevisbyrden ikke skal

⁸⁰ *Hans-Joachim Priess* i P.P.L.R. 2002, 3, 153-171, (s. 167) og *Steen Treumer* i P.P.L.R. 2007, 2, 99-115, (s. 106);

⁸¹ F.eks. Østrig og Belgien

⁸² Se sag C-199/85, Kommissionen mod Italien, præmis 142; sag C-328/92, Kommissionen mod Spanien, præmis 16; sag C-57/95, Kommissionen mod Italien, præmis 23; sag C-318/94, Kommissionen mod Tyskland, præmis 13; Se også *Sue Arrowsmith* i P.P.L.R. 1998, 3, 65-82, (s. 66)

⁸³ *Steen Treumer* i P.P.L.R. 1999, 3, 147-160, (s. 160)

vendes, anfører Treumer, at konsekvensen af forpligtigelsen i det mindste bør være, at der skal meget lidt til for, at bevisbyrden flyttes fra klageren til den ordregivende myndighed.⁸⁴ Klagenævnet har dog kun valgt at vende bevisbyrden i sager, hvor den forudgående rådgivning har været meget omfattende,⁸⁵ og endog kan det i særlige tilfælde ikke være nok, at den tekniske dialog har påvirket udbudsspecifikationerne og fundet sted efter påbegyndelsen af udbudsproceduren.⁸⁶ Treumers fortolkning af ligebehandlingsprincippet støttes altså ikke af Klagenævnets praksis.

I de forende sager C-21/03 og C-34/03, Fabricom SA, tog Domstolen indirekte fat på problemstillingen omkring placeringen af bevisbyrden i sager vedrørende rådgiverinhabilitet. Domstolen fremhævede indledningsvist, at udbydere efter udbudsdirektiverne har pligt til at følge ligebehandlingsprincippet og at det *”følger af fast retspraksis, at ligebehandlingsprincippet kræver, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet”*.⁸⁷ Herefter konstaterede Domstolen, at en virksomhed, der har udført forberedende arbejde i forbindelse med en offentlig opgave, kan have påvirket betingelserne i udbuddet til fordel for sig selv og have opnået en fordel, som den kan gøre brug af, når den udformer sit tilbud.⁸⁸ Domstolen fastslog herefter, at det vil være i strid med ligebehandlingsprincippet uden videre at lade en sådan virksomhed deltage på lige fod med andre bydende, da alle bydende skal sikres lige vilkår.⁸⁹

Betydningen af denne dom for bevisbyrden er endnu ikke endeligt afklaret. Det er i den juridiske litteratur af Michael Steinicke og Steen Treumer blevet fremført, at dommen betyder, at bevisbyrden vil blive vendt.⁹⁰ Steinickes fortolkning af dommen tager udgangspunkt i situationen, hvor det er den tidligere rådgiver, som udelukkes. Steinicke anfører at dommen *”måske”* betyder, at bevisbyrden flyttes fra ordregiver til den virksomhed, som har fungeret som rådgiver. Dette fremgår ifølge Steinicke af, at dommen tillader, at en ordregiver generelt kan afvise en virksomhed, som har fungeret som rådgiver forud for udbuddet, så længe den ude-

⁸⁴ Steen Treumer i P.P.L.R. 1999, 3, 147-160, (s. 160)

⁸⁵ Se KlFU af 23. august 1995, B4 ApS mod Holbæk Kommune og KlFU af 2. maj 2006, Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening

⁸⁶ Se KlFU af 8. januar 1997, Det Danske Handelskammer mod Rigshospitalet

⁸⁷ Se præmis 27

⁸⁸ Se præmis 29 og 30

⁸⁹ Se præmis 28 og 31

⁹⁰ Se Steinicke/Groesmeier/Steinicke, s. 435-436 og Steen Treumer i P.P.L.R. 2007, 2, 99-115, (s. 106)

lukkede virksomhed gives mulighed for at føre bevis for, at der ikke er sket et brud på ligebehandlingsprincippet.⁹¹ Steinicke mener altså, at dommen er udtryk for, at udgangspunktet er, at en rådgivende virksomhed skal udelukkes fra udbudsproceduren. Treumer deler dette synspunkt, men tager udgangspunkt i den omvendte situation, hvor den rådgivende virksomhed på trods af formodningen tillades at deltage i udbudsproceduren, hvilket betyder, at bevisbyrden som udgangspunkt placeres hos den ordregivende myndighed i stedet for deltagerne i udbudsproceduren.⁹² Treumer og Steinicke kommer altså til sammen konklusion, men ud fra to forskellige synsvinkler, hvilket viser deres forskellige tilgangsvinkler, til hvordan der skabes mest mulig konkurrence om offentlige kontrakter. Steinicke tager udgangspunkt i, hvilke konsekvenser dommen vil få for den tidligere rådgiver, hvis muligheder for at deltage i den efterfølgende udbudsprocedure, vil blive formindsket. Denne tilgangsvinkel er udtryk for, at Steinicke mener, at målet om at skabe størst mulig konkurrence om offentlige kontrakter bedst opnås, ved at flest muligt tillades at deltage i konkurrencen. Steinicke ser det således som en ulempe, at det nu er rådgiveren, som i de fleste tilfælde vil blive pålagt bevisbyrden. Treumer tager derimod udgangspunkt i konsekvenserne for de øvrige deltagere i udbuddet, for hvem det vil være en fordel, hvis udgangspunktet er, at en tidligere rådgiver ikke kan deltage i den efterfølgende udbudsprocedure, da bevisbyrden vil blive flyttet til rådgiveren eller ordregiveren, alt efter hvem der er parter i sagen. Treumer mener altså, at det er mest gavnligt for konkurrencen, hvis de bydende er sikret ligebehandling gennem en mere restriktiv fortolkning af ligebehandlingsprincippet. Det vil sige, at Steinicke ser dommen som en indskrænkning i konkurrencen, hvorimod Treumer anser dommen som en forbedring af konkurrencevilkårene for de bydende.

Treumer og Steinicke antager således, at Domstolen har fastslået, at udgangspunktet er, at ligebehandlingsprincippet vil være overtrådt, såfremt en rådgivende virksomhed deltager i den efterfølgende udbudsprocedure. Såfremt dette var tilfældet, ville Treumers og Steinickes antagelse være korrekt, men det kan af dommen kun udledes, at det vil være muligt for medlemsstaterne at fortolke ligebehandlingsprincippet således, at rådgivende virksomheder som udgangspunkt skal udelukkes fra den efterfølgende udbudsprocedure. Dommen er altså kun udtryk for, at en sådan fortolkning vil blive accepteret. Medlemsstaterne kan fortsat vælge, at

⁹¹ Steinicke/Groesmeier/Steinicke, s. 435-436

⁹² Sally Roe og Christof Lessenich i P.P.L.R. 2005, 4, NA93-97, (s. NA97) og Steen Treumer i P.P.L.R. 2007, 2, 99-115, (s. 106)

fortolke ligebehandlingsprincippet i relation til rådgiverinhabilitet som de ønsker, så længe det ikke er i strid med formålet bag udbudsdirektiverne.

Placeringen af bevisbyrden vil altså fortsat afhænge af de enkelte medlemsstaters fortolkning af ligebehandlingsprincippet. I dansk ret vil udgangspunktet fortsat være, at en tidligere rådgiver kan deltage i den efterfølgende udbudsprocedure. Bevisbyrden vil som udgangspunkt påhvile klageren, som typisk vil være en tilbudsgiver, der ønsker at få udelukket den tidligere rådgiver fra udbudsproceduren, medmindre der er en meget stærk formodning for, at der er sket et brud på ligebehandlingsprincippet.

7. MÅDER AT IMØDEGÅ INHABILITETSPROBLEMATIKKEN

De ordregivende myndigheder er ifølge ligebehandlingsprincippet forpligtiget til at sikre en loyal konkurrence mellem potentielle bydende. Spørgsmålet er herefter hvad de ordregivende myndigheder kan gøre for at imødegå inhabilitetsproblematikken. De ordregivende myndigheder kan, som allerede beskrevet i afsnit 4. imødegå inhabilitet ved at sørge for alle de bydende har adgang til de samme oplysninger og ved at fastsætte tilstrækkeligt lange tidsfrister. I det følgende vil medlemsstaternes muligheder for at opstille foranstaltninger, som skal forhindre, at der opstår en situation, der kan fordreje konkurrencen, samt om de rådgivende virksomheder har mulighed for at imødegå inhabilitetsproblematikken, blive beskrevet.

7. 1. Regler som klagør om deltagelse i den efterfølgende udbudsprocedure vil være mulig

I de forenede sager C-21/03 og C-34/03, Fabricom SA, fastslog Domstolen, at en virksomhed, som har udført forberedende arbejder, ikke kan kræve at blive behandlet som enhver anden bydende.⁹³ Derudover fremgår det af gennemsigtighedsprincippet, at medlemsstaterne kan opstille regler til sikring af, at samtlige interesserede i den offentlige kontrakt behandles lige, såfremt reglen er nødvendig og forholdsmæssig med målet, der søges opnået. Målet værende effektiv konkurrence.⁹⁴

⁹³ Se præmis 31

⁹⁴ Sag C-103/88, Fratelli Costanzo, præmis 18

EF-domstolen har i de forenede sager C-21/03 og C-34/03, Fabricom SA, fastslået at det er for vidtgående at opstille en regel, der automatisk udelukker virksomheder, som tidligere har fungeret som rådgivere at deltage i det efterfølgende udbud, men må bero på en konkret vurdering.⁹⁵

7.1.1. Aftaler om deltagelse i den efterfølgende udbudsprocedure

I KlFU af 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnestue mod Vestsjællands Amt, havde ordregiver forsøgt at imødekomme inhabilitetsproblematikken ved over for den rådgivende virksomhed tidligt at tilkendegive, at man anså virksomheden for at være inhabil i det efterfølgende udbud. Ordregiver havde understøttet over for klager, at tildelingen af rådgivningsopgaven var en kompensation for, at klageren på grund af ligebehandlingsprincippet ikke kunne komme i betragtning ved det efterfølgende udbud. Klagenævnet udtalte, at *”selv om parterne har været opmærksomme på habilitetsproblemet, kan de ikke »aftale« sig ud af dette”*. Der skal således altid bero på en konkret vurdering af, hvilken rolle rådgiveren har haft i det forberedende arbejde, om der vil foreligge inhabilitet. Klagenævnet finder det altså for vidtgående, hvis de ordregivende myndigheder tillades at indgå aftaler om den efterfølgende deltagelse i konkurrencen om den offentlige kontrakt.

Selvom Klagenævnet ikke vil godtage sådanne aftaler, vil det formentlig ikke være uforeneligt med fællesskabsretten, hvis man tillod disse, da medlemsstaterne kan fastsætte regler til sikring af, at formålet med direktivet overholdes. Aftaler vil således være forenelige med fællesskabsretten, såfremt hovedformålet derigennem sikres og ikke er i strid med ligebehandlingsprincippet.⁹⁶ Hovedformålet med udbudsreglerne er, som før nævnt, at fremme en effektiv konkurrence, og målet til at opnå dette er at sikre ligebehandling af alle de bydende. Indgåelse af aftaler ville kunne bidrage til at sikre gennemsigtighed i konkurrencen om offentlige kontrakter.⁹⁷ På den ene side vil det være klart for rådgiveren, at man ved valget af at deltage i det forberedende arbejde samtidigt har fravalgt at deltage i det efterfølgende udbud, da deltagelse ville udgøre et brud på ligebehandlingsprincippet. På den anden side sikrer man, at de virksomheder, der har valgt at afgive bud på den offentlige kontrakt ikke skal konkurrere med virksomheder, der ved deltagelsen i forberedelsesfasen kan have fået et nævneværdigt forspring i konkurrencen. Indgåelse af aftaler vil således forebygge interessekonflikter, og bidra-

⁹⁵ Se nærmere beskrivelse i afsnit 3. 3.

⁹⁷ Se *Steen Treumer* i P.P.L.R. 2007, 2, 99-115, (s.114-116)

ge til at sikre en loyal konkurrence, hvilket er i overensstemmelse med hovedformålet. Tilbage står spørgsmålet, om en sådan foranstaltning vil være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. En aftale vil ikke afholde rådgiveren fra alligevel at anmode om prækvalifikation eller afgive et tilbud. Hvis ordregiveren som forventet udelukker rådgiveren fra udbudsproceduren, vil rådgiveren kunne indbringe sagen for Klagenævnet med henvisning til, at rådgivningen ikke har ført til at deltage i det efterfølgende udbud, vil udgøre et brud på ligebehandlingsprincippet. Rådgiveren har altså mulighed at få en konkret vurdering af, om udelukkelsen er berettiget. Det må derfor antages, at aftaler om muligheden for deltagelse i det efterfølgende udbud ikke vil være en for vidtgående foranstaltning. Det vil altså være muligt at tillade aftaler, som klargør om det vil være muligt at deltage i det efterfølgende udbud, idet det vil være foreneligt med hovedformålet og ligebehandlingsprincippet.

7.1.2. Sikkerhedszone

Sune Troels Poulsen fremfører muligheden for at opstille en sikkerhedszone, når en rådgiver har haft direkte indflydelse på eller medvirket ved udformningen af udbudsmaterialet.⁹⁸ I sådanne tilfælde vil der være en formodning for, at ligebehandlingsprincippet er blevet krænket, og bevisbyrden vil blive pålagt ordregiver eller den tidligere rådgiver, afhængig af hvem der er part i sagen. Der vil ikke skulle opstilles en sikkerhedszone, hvis rådgiveren kun har haft indirekte indflydelse på udformningen af udbudsmaterialet, da virksomheder aldrig vil være helt lige i konkurrencen. Der vil altid være en forskel i kvalifikationer, erfaring, teknologi mv. Hvorvidt en virksomhed skal udelukkes fra udbudsproceduren, vil derfor i sådanne tilfælde bero på en konkret vurdering af, om ligebehandlingsprincippet er krænket. Det må herefter fastslås, om opstilling af en sikkerhedszone vil være forenelig med udbudsreglerne, hvilket beror på om opstilling af en sådan regel, vil være i overensstemmelse med udbudsdirektivernes formål og de generelle principper. Derudover skal reglen være nødvendig, for at sikre at formålet opfyldes korrekt og proportionalt.

Reglen sigter imod situationer, hvor rådgiveren direkte har medvirket til udformningen af udbudsmaterialet, hvor det er svært at forstille sig en procedure, som kan sikre, at konkurrencen ikke vil være fordrejet. Når rådgivningen har været så omfattende, vil der være en risiko for, at rådgiveren har præget udbudsspecifikationerne på en måde, som giver en fordel i konkurrencen om kontrakten. Derudover kan rådgiveren have opnået en særlig indsigt i ordregivers

⁹⁸ *Sune Troels Poulsen* i U.1998B.61, (s. 63)

virksomhed, som vil sætte rådgiveren i bedre stand til at tilpasse sit tilbud ordregiverens krav og behov. En sådan viden vil være subjektiv og vanskelig at identificere, hvilket gør det umuligt at forhindre, at rådgiveren ikke har opnået en fordel, som vil fordreje konkurrencen mellem de bydende. Etableringen af en sikkerhedszone vil således bidrage til at sikre en effektiv konkurrence mellem de bydende og forhindre forskelsbehandling, da en virksomhed, som har deltaget i forberedelsesfasen af et udbud, i et eller andet omfang vil have en konkurrencefordel i det efterfølgende udbud.⁹⁹ Det vil gøre det mere gennemskuelig for de bydende, om det vil være muligt både at deltage i forberedelsesfasen og i den efterfølgende udbudsprocedure, hvis det konkretiseres i hvilke tilfælde den rådgivende virksomhed vil være inhabil. Etableringen af en sikkerhedszone vil gøre det lettere for den ordregivende myndighed at fastslå, om der foreligger et brud på ligebehandlingsprincippet, og dermed være egnet til at sikre en effektiv konkurrence om offentlige kontrakter. Det skal herefter vurderes om reglen står i forhold til målet. Michael Steinicke anfører, at opstilling af en sikkerhedszone vil være for vidtgående, da han ikke anser det for nødvendigt med en sådan begrænsning af rådgivers mulighed for at deltage i det efterfølgende udbud.¹⁰⁰ Dette kan ikke tiltrædes, da risikoen for at konkurrencen vil være fordrejet er særlig stor, når rådgiveren har deltaget i udformningen af udbudsmaterialet. Hensynet til gennemsigtigheden og den effektive konkurrence må derfor veje tungere end hensynet til rådgiverens adgang til den efterfølgende udbudsprocedure. Derudover medfører etableringen af en sikkerhedszone kun en formodning for inhabilitet i det pågældende udbud, hvilket giver rådgiveren mulighed for at bevise, at deltagelse ikke vil stride imod ligebehandlingsprincippet. Det må derfor antages, at etablering af en sikkerhedszone ikke vil være i strid med proportionalitetsprincippet, og er i overensstemmelse med hovedformålet bag udbudsdirektiverne. Medlemsstaterne vil således kunne etablere en sikkerhedszone.

Klagenævnet har da også i de fleste sager, hvor rådgiveren har deltaget i udformningen af udbudsmaterialet, valgt at vende bevisbyrden ud fra den betragtning, at der vil være en formodning for, at konkurrencen vil blive fordrejet, såfremt rådgiveren deltager i det efterfølgende

⁹⁹ Sag C-21/03 og C-34/03, Fabricom SA

¹⁰⁰ Særligt ud fra den betragtning, at ordregivere ved komplekse indkøb har brug for en rådgiver, som hjælper med udformningen af udbudsmaterialet for at opnå en tilfredsstillende løsning, jf. Steinicke/Groesmeier/Steinicke, s. 409

udbud.¹⁰¹ Etablering af en sikkerhedszone vil således ikke ændre væsentligt på den nuværende retsstilling, men blot regelfastsætte den.

7. 2. Er det muligt at opstille regler og procedurer, som kan afhjælpe inhabilitet?

Fastsættelse af regler og procedurer for adskillelse af medarbejdere, som vil afhjælpe inhabilitet, vil medvirke til nedsættelse af risikoen for konkurrencefordrejning og gøre retsstillingen mere gennemsigtig. Den rådgivende virksomhed vil da vide, hvad der skal til for at undgå inhabilitet og de øvrige deltagere i udbuddet, vil ikke have den samme mistanke om at konkurrencen er fordrejet. Spørgsmålet er dog, om det overhovedet er muligt at opstille procedurer, som på tilfredsstillende vis kan afhjælpe inhabilitet.

I KlFU af 1. juli 1998, C.F. Møllers Tegnastue mod Vestsjællands Amt, gjorde den rådgivende virksomhed til støtte for, at der ikke forelå inhabilitet gældende, at de medarbejdere, der havde taget del i det rådgivende arbejde, ikke ville medvirke ved udarbejdelsen af tilbuddet i det efterfølgende udbud. Heroverfor udtalte Klagenævnet, at ”*en eventuel inhabilitet vil...ramme klagerens virksomhed i det hele, selv om man muligt kunne fastslå, at alene én af klagerens medarbejdere var inhabil*”. Inhabilitet vil således ramme en virksomhed som en helhed. Argumentet bag dette er, at det godt nok er muligt at udskille de medarbejdere, som er i besiddelse af den viden, som giver konkurrencefordelen, men det ændrer ikke på, at det vil være i virksomhedens interesse at drage fordel af den særlige viden.¹⁰² Det vil derfor være yderst vanskeligt at fjerne risikoen for, at medarbejderne ikke internt vil drage nytte af den særlige viden for at sikre virksomheden kontrakten. Det er dog ikke utænkeligt, at der vil være undtagelser fra hovedreglen om, at det er virksomheden som helhed, der vil være inhabil.

Indenfor børsretten forekommer en lignende problemstilling i forbindelse med indersiderhandel. Det formueretlige og selskabsretlige udgangspunkt er, at et selskab skal betragtes som en enhed, hvorfor alle selskabsdeltagerne anses for at være i besiddelse af intern viden, hvilket afskærer dem fra at handle på selskabets vegne. En strikt gennemførelse af princippet inden for børsretten vil kunne føre til u hensigtsmæssige hindringer for normal forretningsmæssig aktivitet. Ved at opstille såkaldte ”Chinese Walls,” er det inden for børsretten muligt at bringe sig

¹⁰¹ Se bl.a. KlFU af 23. august 1995, B4 ApS mod Holbæk Kommune; KlFU af 13. januar 2004, E. Pihl og Søn A/S mod Hadsund Kommune og KlFU af 2. maj 2006, Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening

¹⁰² Se Steinicke/Groesmeyer/Steinicke, s. 429 og Treumer, s. 132

uden om forbuddet mod insiderhandel. Chinese Walls indbærer, at der opstilles betryggende regler og procedurer, som skal sikre, at intern viden bliver, hvor den hører til og ikke flyder til andre områder i virksomheden.¹⁰³ Formålet er dels at sikre, at informationen ikke bliver misbragt, dels at minimere antallet af personer, der såfremt de kommer i besiddelse af sensitiv information skal pålægges restriktioner. Retningslinjerne skal derfor være specifikke, detaljerede og klare. Chinese Walls kan f.eks. omfatte regler om fysisk adskillelse af medarbejdere, adgang til it-systemer og regler om kommunikationslinjer.¹⁰⁴ Opstilling af Chinese Walls vil mindske risikoen for en interessekonflikt, men det vil være umuligt helt at eliminere risikoen for, at medarbejderne omgår retningslinjer, når det vil være i virksomhedens fælles interesse at udnytte informationerne. Spørgsmålet er herefter, om en formindskelse af risikoen vil være tilstrækkelig til at imødegå inhabilitetsproblematikken.

Hverken Klagenævnet eller EF-domstolen har taget stilling til, om det inden for udbudsretten vil være muligt at imødegå inhabilitetsproblematikken ved at opstille Chinese Walls. Det tætteste Klagenævnet er kommet på en afgørelse, hvor opdelingen af medarbejdere har haft betydning for udfaldet, er i KlFU af 18. november 1996, European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S,¹⁰⁵ som vedrørte dobbeltrådgivning. Under sagen oplyste indklagede, at ingen af de medarbejdere, som havde arbejdet for ordregiver, fungerede som rådgiver for tilbudsgiver. Arbejdet havde foregået på to forskellige lokaliteter og det var kun clearede personer, som havde adgang til de enkelte lokaliteter. Klagenævnet kommenterede ikke direkte de opstillede foranstaltninger, hvilket gør, at det er uvist, om det har haft betydning for udfaldet af sagen.

Argumenterne for, at Chinese Walls vil kunne overføres til udbudsretten til imødegåelse af inhabilitet, er for det første, at man har accepteret, at konkurrencefordele vil kunne udlignes f.eks. ved fastsættelse af passende tidsfrister og videreformidling af informationer.¹⁰⁶ I sådanne situationer vil det heller ikke kunne udelukkes, at den rådgivende virksomhed har oplysninger, som er væsentlige for tildelingen af kontrakten, der ikke fremgår af de oplysninger stillet til rådighed for de øvrige deltagere i udbuddet. Det vil således aldrig være muligt helt at

¹⁰³ Se *Nis Jul Clausen* i Børsretten II Notering, oplysningspligt, markedsmisbrug og tilsyn

¹⁰⁴ For nærmere beskrivelse se betænkning nr. 1216/1991 og Anbefalinger til imødegåelse af interessekonflikter i investmentbanker

¹⁰⁵ Se nærmere beskrivelse under afsnit 4. 1. 2. 2.

¹⁰⁶ Se bl.a. KlFU af 18. november 1996, European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S; 24. januar 2006: Klage over EU-udbud af rådgiverydelser og KlFU af 24. august 2007, LSI Metro Gruppen mod Ørestadsselskabet I/S

udelukke risikoen for, at den rådgivende virksomhed opnår en fortrinsstilling i konkurrencen. For det andet er det i henhold til udbudsdirektivet tilladt at afgive interne kontrolbud, som skal danne grundlag for at beslutte om en opgave skal varetages internt eller eksternt, da et kontrolbud ikke er omfattet af udbudsdirektivets aftalebegreb.¹⁰⁷ Ved interne kontrolbud må de medarbejdere, som har medvirket ved udarbejdelsen af kontrolbuddet ikke deltage i vurderingen af de indkomne tilbud.¹⁰⁸ Ved udarbejdelse af kontrolbud vil en adskillelse af medarbejderne således være tilstrækkeligt til sikring af, at der ikke opstår interessekonflikter. For det tredje, vil det øge gennemsigtigheden i udbuddet, hvis man opstillede nogle konkrete retningslinjer for, hvordan de bydende kan sikre sig imod, at det vil opstå interessekonflikter, som vil sætte dem ude af stand til at deltage i en udbudsprocedure, og dermed undgå at nogle virksomheder ikke ønsker at rådgive ordregiver i forberedelsesfasen, fordi man ikke ønsker at risikere at blive inhabil ved det efterfølgende udbud.

Argumenterne imod, er for det første, at børseretten er meget tættere reguleret en udbudsretten. Udbudsreglerne har fortsat karakter af at være rammelovgivning, hvilket gør det mindre gennemskueligt at fastslå om adskillelsen af de funktioner, som søges opnået ved etableringen af Chinese Walls, er imødekommet. For det andet vil afdelingerne i den finansielle sektor som regel allerede være opdelt i forskellige afdelinger, hvorimod de bydende virksomheder er mangeartede, både i størrelse og karakter, hvilket gør det vanskeligt i praksis at gennemføre adskillelse af medarbejderne. Derudover vil der være et større incitament medarbejderne imellem til at kommunikere, idet adskillelsen kun vil bestå så længe projekter løber, hvilket vil højne risikoen for, at medarbejderne vil søge at omgå de opstillede Chinese Walls. For det tredje, er der ikke helt den samme nødvendighed for, at det skal være muligt at imødegå mulige interessekonflikter inden for udbudsretten som inden for børseretten. Pengeinstitutters virksomhed vil ofte omfatte kreditgivning, rådgivning og handel med værdipapirer. Der vil derfor naturligt opstå situationer, hvor forbuddet mod insiderhandel vil hindre almindelig forretningsdrift. Det kan f.eks. være, at en medarbejder i kreditafdelingen som led i kreditvurderingen får kendskab til intern viden i et børsnoteret selskab samtidigt med, at en medarbejder i fondsafdelingen handler med det pågældende selskabs aktier. Det er altså nødvendigt for den finansielle sektor, at det er mulig at opstille Chinese Walls, hvis sektoren skal kunne bibehol-

¹⁰⁷ Se også Nielsen, s. 212, Hjelmberg/Jakobsen/Poulsen, s. 112; Fabricius/Offersen/Fabricius, s. 95 og Steinicke/Groesmeyer/Steinicke, s. 165

¹⁰⁸ Jf. Bekendtgørelse nr. 607 af 24. juni 2008 om kommuners og regioners beregning og afgivelse af kontrolbud § 4, stk. 4.

de sin nuværende struktur. Inden for udbudsretten er problemstillingen ikke på samme måde forbundet med de bydende virksomhedernes struktur, da interessekonflikten opstår på baggrund af et aktivt valg. Virksomheden vælger selv at rådgive den ordregivende myndighed forud for udbuddet, vel vidende, at der er en risiko for, at der kan opstå en interessekonflikt, hvis man ønsker efterfølgende at deltage i udbuddet. Det vil altså inden for udbudretten være muligt at imødegå inhabilitet på andre måder end ved opstilling af Chinese Walls, og virksomhedernes struktur vil som udgangspunkt ikke nødvendiggøre, at dette er muligt.

Konkluderende er det uvidst i hvilket omfang Chinese Walls vil blive accepteret af EF-domstolen og Klagenævnet, men det må antages Chinese Walls i princippet godt vil kunne overføres til udbudsretten, da det er blevet accepteret, at en formindskelse af risikoen vil være tilstrækkelig til at imødegå inhabilitet. Det vil dog kræve, at der kommer en tættere regulering af problemstillingen, da det ellers vil være svært at gennemskue, om virksomheden overholder adskillelsen. Derudover vil det i praksis ikke være let at gennemføre adskillelsen, da de bydende virksomheder ikke naturligt har opdelt funktionerne.

8. KONSEKVENSERNE AF FORTOLKNINGEN AF LIGEBEHANDLINGSPRINCIPPET

Hverken ligebehandlingsprincippet eller 8. betragtning til udbudsdirektivet klargør, hvor grænsen teknisk dialog forud for et udbud går, hvorfor medlemsstaterne frit kan vælge at fortolke ligebehandlingsprincippet fleksibelt eller restriktiv.¹⁰⁹ Fortolkningen af ligebehandlingsprincippet vil have afgørende betydning for de bydendes retsstilling i konkurrencen om offentlige kontrakter. I det følgende vil konsekvenserne af henholdsvis en fleksibel og restriktiv fortolkning og fordele/ulempen blive beskrevet, og der vil blive foretaget en vurdering af den mest hensigtsmæssige fortolkning.

8. 1. Fleksibel fortolkning

En fleksibel fortolkning vil betyde, at de ordregivende myndigheder har en vid adgang til at benytte sig af rådgivere i forberedelsesfasen af et udbud uden, at det vil føre til, at rådgiveren vil være inhabil i den efterfølgende konkurrence om kontrakten. Det vil sige, at alt efter hvor

¹⁰⁹ Se nærmere beskrivelse under afsnit 3. 2.

høje krav, der stilles til væsentlighedskravet for påvirkningen af konkurrencen, jo mere fleksibel vil fortolkningen være.

En fleksibel fortolkning vil på den ene side medvirke til, at den ordregivende myndighed får den mest kvalificerede rådgivning, som vil sætte den i stand til på en fordelagtig måde at træffe beslutning om, hvorvidt projektet skal iværksættes og udforme klare og specifikke udbudsspecifikationer.¹¹⁰ Ved f.eks. bygge- og anlægskontrakter samt vareindkøb kan det være nødvendigt for den ordregivende myndighed at konsultere eksterne rådgivere, hvis udbudsspecifikationerne skal udformes på en realistisk og fornuftig måde. Den forudgående rådgivning kan altså være med til at sikre et godt konkurrencegrundlag og øge sandsynligheden for brugbare bud, da en sådan dialog ved komplekse ydelser kan medvirke til, at den ordregivende myndigheds behov bliver mere gennemsigtige. Den forudgående rådgivning kan altså medvirke til, at der overhovedet bliver truffet beslutning om, at et givent projekt skal gennemføres.

På den anden side kan en *for* fleksibel fortolkning medføre, at de øvrige aktører på markedet afstår fra at deltage i konkurrence om den offentlige kontrakt ud fra en antagelse om, at chancen for at få tildelt kontrakten vil være særdeles lille. Derudover vil det oftest være en af de øvrige deltagere i udbudsproceduren som vil skulle indbringe en klagesag for at få udelukket den tidligere rådgiver fra udbudsproceduren, hvis rådgiveren menes at have opnået en konkurrencefordel, der kræver udelukkelse. Det vil således være klageren, som vil skulle løfte bevisbyrden for, at konkurrencen ved deltagelse vil blive fordrejet. Denne bevisbyrde vil være vanskelig at løfte, hvilket kan afholde tilbudsgiverne fra at indbringe en klagesag. En *for* fleksibel fortolkning kan altså føre til, at den effektive konkurrence dermed vil blive formindsket, og at udbudsreglerne ikke vil blive håndhævet effektivt.

8. 2. Restriktiv fortolkning

Fortolkes ligebehandlingsprincippet restriktivt vil rådgivere, som har deltaget i forberedelsesfasen af et udbud som udgangspunkt være afskåret fra at deltage i den efterfølgende udbudsprocedure.¹¹¹

¹¹⁰ Fabricius/Offersen/Fabricius, s. 270

¹¹¹ Treumer, s. 96

En restriktiv fortolkning vil på den ene side øge gennemsigtigheden i udbuddet. De enkelte virksomheder kan da vælge enten at deltage i forberedelsesfasen eller at afgive bud på kontrakten. Der vil således ikke være tvivl om, hvorvidt deltagelse vil være mulig, og risikoen for at konkurrencen vil være fordrejet elimineres. Det vil nemlig være umuligt at sikre, at den tidligere rådgiver ikke er i besiddelse af informationer, som vil medføre at konkurrence fordrejes, da den viden, som er erhvervet vil være subjektiv og svær at identificere. Det vil derfor være lettere at forhindre, at konkurrencen fordrejes, hvis ligebehandlingsprincippet fortolkes restriktivt, hvilket vil øge retssikkerheden og gennemsigtigheden. Professor Arrowsmith anfører heroverfor, at ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet skal fortolkes på den måde, der vil resultere i det bedste og billigste tilbud.¹¹² Dette kan ikke tiltrædes, idet udbudsdirektivet stiller høje krav til ligebehandling og gennemsigtighed, som ikke kan fraviges, selvom det ville være mest hensigtsmæssigt ud fra et kommercielt synspunkt.¹¹³ Ordregivers kommercielle interesse er altså underordnet hensynet til ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet. Det er prisen for en procedure, som overordnet set sikrer den bedste og billigste ydelse. Hensynet til gennemsigtigheden i udbuddet vil altså være et væsentligt moment i fastsættelsen af grænsen for inhabilitet.

På den anden side vil en *for* restriktiv fortolkning føre til, at man udelukker for bred en kreds af kvalificerede potentielle bydende, således at der ikke skabes konkurrence om den offentlige kontrakt. Det kan også være svært for ordregiverne at få bistand til f.eks. at foretage forundersøgelser. Mange virksomheder vil afstå fra at deltage i forberedelsesfasen, idet man ikke ønsker at løbe risikoen for at blive inhabil i den efterfølgende konkurrence om den offentlige kontrakt, som man har større interesse i at få tildelt end i at deltage i forberedelsesarbejdet.¹¹⁴ Konsekvenserne af en restriktiv fortolkning kan derfor være, at de ordregivende myndigheder ikke kan få det bedste og billigste tilbud.¹¹⁵ Dette vil kunne forekomme med varierende styrke alt efter forholdene på det relevante marked. Hvis der er mange aktører på markedet, vil den effektive konkurrence ikke formindskes ved en restriktiv fortolkning. Argumentet vil derfor

¹¹² *Sue Arrowsmith* i P.P.L.R. 1998, 3, 65-82, (s. 67)

¹¹³ Se også Treumer s. 25-26

¹¹⁴ Se *Sally Roe og Christof Lessenich* i P.P.L.R. 2005, 4, NA93-97, (s. NA96)

¹¹⁵ Se *Sue Arrowsmith* i P.P.L.R. 1998, 3, 65-82, (s. 67)

kun have fuld styrke på markeder, hvor der kun er få virksomheder, der besidder den nødvendige viden og interesse i det pågældende udbud.¹¹⁶

Det er altså en balancegang om en fleksibel eller restriktiv fortolkning vil skabe mest konkurrence om offentlige kontrakter. Den bedste løsning må derfor antages, at være hvis fortolkningen skræddersys efter ydelsens eller projektets karakteristika. Ved komplekse ydelser eller nye former for projekter vil det være fordelagtigt at anvende en fleksibel fortolkning, da det kan være med til at gøre udbuddet mere gennemsigtigt og at projektet overhovedet iværksættes. Hvor der er tale om simple ydelser, vil en restriktiv fortolkning være mest hensigtsmæssig, da der ikke er det samme behov for bistand i forberedelsesfasen, hvorfor risikoen for konkurrencefordrejning vil være for stor, set i forhold til det rådgivningen kan bidrage med. Derudover vil markedsforholdene være relevante at inddrage, da de bør indgå i vurderingen af, om der ved udelukkelse af rådgiveren fortsat vil være en effektiv konkurrence. Hvilken fortolkning, der vil være mest hensigtsmæssig, vil altså afhænge af ydelsen og karakteristikaene på det relevante marked. Det må på den baggrund konkluderes, at det er vanskeligt at udstikke nogle universalt gældende retningslinjer som skal regulere, hvor grænsen for den tekniske dialog forud for et udbud skal gå.

9. KONKLUSION

Målet med afhandlingen var at analysere ligebehandlingsprincippet i relation til rådgiverinhabilitet, med henblik på at afdække retstilstanden på området.

Med udgangspunkt i en grundig analyse af praksis fra EF-domstolen og Klagenævnet har det været muligt at klarlægge nogle generelle retningslinjer for ligebehandlingsprincippets materielle indhold i relation til rådgiverinhabilitet i Danmark.

Overordnet set er regelgrundlaget for rådgiverinhabilitet det af EF-traktaten udledte ligebehandlingsprincip sammenholdt med 8. betragtning i præamblen til direktiv 2004/18/EF. Der kan ikke heraf udledes klare retningslinjer for, hvor grænsen for det forudgående samarbejde går, før rådgiveren skal udelukkes fra det efterfølgende udbud, og EF-domstolen har heller ikke medvirket betragteligt til at afklare retsstillingen. Det eneste der kan udledes af praksis,

¹¹⁶ Se *Steen Treumer* i P.P.L.R. 2007, 2, 99-115, (s. 112)

er, at der skal foretages en konkret vurdering og der skal være en reel risiko for konkurrencefordrejning for, at den ordregivende myndighed kan udelukke en potentiel tilbudsgiver på baggrund af rådgiverinhabilitet. Det konkluderes derfor i afsnit 3, at det vil være op til medlemsstaterne at fastsætte de nærmere retningslinjer. Denne fortolkning er kun afgrænset af formålet med udbudsdirektivet og fællesskabsrettens generelle principper.

På baggrund af praksis fra Klagenævnet er de kriterier, som er afgørende for vurderingen af, om der foreligger inhabilitet i afsnit 5 blevet systematiseret og konkretiseret. De primære forhold er rådgiverens indflydelse på udbudsmaterialet, om rådgiveren har opnået en fordel i viden, tid- og/eller økonomi. De sekundære forhold er hensigten med dialogen og brancheforhold. Rådgiverens indflydelse på udbudsmaterialet skal være væsentlig, før der vil foreligge rådgiverinhabilitet, og i så fald vil denne være absolut. Det vil sige, at den ikke kan afhjælpes og der vil være en formodning for inhabilitet, hvorfor bevisbyrden ofte vil vendes. Det afgørende for, om en fordel i viden, tid- og/eller økonomi vil medføre inhabilitet, er, om den tilfredsstillende er blevet udlignet, idet fordelene kun er relativ. Derudover er der opstillet et krav om væsentlighed. En fordel i viden vil som udgangspunkt være væsentlig, hvis rådgiveren har medvirket i forhold indgår i tildelingskriterierne. Dette udgangspunkt modificeres i dobbelt-rådgivningstilfælde og når arbejdet udgør et færdigt projekt for den udbudte opgave, hvor væsentlighedsbedømmelsen vil være henholdsvis mere lempelig og streng. En fordel i tid vil være væsentlig, hvis tidsfristen for afgivelse af tilbud har været kort set i forhold til projektets karakter og den forudgående rådgivning har været omfattende. En fordel i økonomi vil være væsentlig, hvis rådgiveren på grund af tidsbesparelsen vil være i stand til at afgive et væsentligt lavere bud end de øvrige bydende.

På baggrund af de forenede sager C-21/03 og C-34/03, Fabricom SA blev tidspunktet for den ordregivende myndigheds vurdering af, om der foreligger rådgiverinhabilitet behandlet i afsnit 5. Det konkluderes, at vurderingen skal foretages hurtigst muligt. Hvis ordregiveren først sent i udbudsproceduren opdager, at en tilbudsgiver er inhabil, vil det af hensyn til den effektive håndhævelse af udbudsdirektiverne være muligt at udelukke virksomheden, såfremt der er mulighed for at klage over afgørelsen før tildelingen af kontrakten.

I afsnit 6 blev det påvist, at placeringen af bevisbyrden har stor betydning i relation til fastsættelsen af grænsen for inhabilitet. Det konkluderes, at bevisbyrden også efter afsigelsen de for-

enede sager C-21/03 og C-34/03, Fabricom SA, vil afhænge af, hvordan ligebehandlingsprincippet fortolkes. I dansk ret er udgangspunktet, at rådgiveren kan deltage i den efterfølgende udbudsprocedure, hvorfor bevisbyrden typisk vil påhvile den tilbudsgiver, som ønsker at få udelukket den tidligere rådgiver fra udbudsproceduren, medmindre der er en meget stærk formodning for, at der er sket et brud på ligebehandlingsprincippet.

Uklarheden i retstilstanden vil med fordel kunne imødegås ved at opstille foranstaltninger, som vil bidrage til at skabe klarhed. På den baggrund diskuteredes det i afsnit 7, om det vil være foreneligt med fællesskabsretten, hvis de ordregivende myndigheder indgår en aftale med rådgiveren om muligheden for at deltage i det efterfølgende udbud, og om det vil være muligt at opstille en sikkerhedszone. Det konkluderes, at muligheden vil foreligge. Derudover diskuteredes om børsrettens idé om Chinese Walls kunne overføres til udbudsretten til at afhjælpe inhabilitet, og det konkluderedes, at det vil kræve regulering, som ikke foreligger på nuværende tidspunkt.

Afslutningsvis konkluderes i afsnit 8, på baggrund af en analyse af konsekvenserne af henholdsvis en fleksibel og restriktiv fortolkning, at den mest hensigtsmæssige fortolkning afhænger af forholdene på det relevante marked og ydelsens karakter.

På baggrund af afhandlingen kan det konkluderes, at det er umuligt nøjagtigt at afdække retstilstanden i relation til rådgiverinhabilitet, da hverken EF-domstolen eller Klagenævnet har bidraget tilstrækkeligt hertil. Det vil derfor kræve yderligere regulering, hvis usikkerheden omkring retstilstanden skal fjernes. Det kan dog konstateres, at reguleringen fra EU af offentlige indkøb for tiden undergår en udvikling fra at være rammelovgivning til at udstikke et mere detaljeret sæt fællesregler. Det må derfor forventes, at der på EU niveau vil udstikkes nogle klarere retningslinjer for vurderingen.

10. LITTERATURLISTE

Primær litteratur

Forkortet:

- | | |
|--------------------------------|---|
| Fabricius/Offersen/Forfatter | Jesper Fabricius og Rene Offersen, EU's Udbudsregler i Praksis, 2. udgave, 1. oplag, Forlaget Thomson A/S, København 2006 |
| Hjelmborg/Jakobsen/Poulsen | Simon Evers Hjelmborg, Peter Stig Jakobsen og Sune Troels Poulsen, EU-Udbudsretten - udbudsdirektivet for offentlige myndigheder, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2005 |
| Nielsen | Ruth Nielsen, Udbud af offentlige kontrakter, 3. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2005 |
| Steinicke/Groesmeyer/Forfatter | Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, EU's Udbudsdirektiver med kommentarer, 2. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2008 |
| Treumer | Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2000 |

Sekundær litteratur

- | | |
|----------------------|---|
| Arrowsmith, Sue | The Law of Public and Utilities Procurement, second edition, London Sweet & Maxwell 2005 |
| Børsmæglerforeningen | Børsmæglerforeningen, anbefalinger til imødegåelse af interessekonflikter i investment banker gældende fra 1. august 2008 |

Andersen, Poul Krüger Clausen, Nis Jul	Børsretten II Notering, oplysningspligt, markedsmisbrug og tilsyn, 3. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2008
Hørlyck, Erik	EU-udbud, 1. udgave, 1. oplag, Nyt Juridisk Forlag 1997
Jessen, Pernille Wegner	Forbudet mod statsstøtte i EU – særligt med henblik på at vurdere miljøstøtte, 1. udgave, 1. oplag, Forlaget Thomson 2003
Konkurrencestyrelsen	Konkurrencestyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne af 30. juni 2006
Kommissionen	Kommissionens bemærkninger KOM (1997) 289 til Europa-Parlamentets ændringsforslag

Artikler (alfabetisk efter forfatter)

Forkortet:

P.P.L.R. 1998, 3, 65-82	Sue Arrowsmith, The Problem of Discussions with Tenderers under the E.C. Procurement Directives Public Procurement Law Review 1998, 3, 65-82
Pub. Cont. L.J. 337	Sue Arrowsmith, The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code? Public Contract Law Journal Spring, 2006
P.P.L.R. 2008, 2, NA53-59	Peter Braun og Ceren Berispek, Conflict of Interest in Public Award Procedures: Deloitte Business Advisory NV v Commission of the European Communities (T-

- 195/05), Public Procurement Law Review 2008, 2, NA53-59
- P.P.L.R. 2006, 3, 137-150 Gregory S. Hauken: Comparative Study: The Evolution of Organisational Conflicts of Interest Law in Europe and the United States, Public Procurement Law Review 2006, 3, 137-150
- U.1998B.61 Sune Troels Poulsen, Offentlige udbud - lighed som grundlag for konkurrence, U.1998B.61
- P.P.L.R. 2002, 3, 153-171 Hans-Joachim Priess, Distortions of Competition in Tender Proceedings: How to Deal with Conflicts of Interest and the Involvement of Project Consultants, Public Procurement Law Review 2002, 3, 153-171
- P.P.L.R. 2005, 4, NA93-97 Sally Roe og Christof Lessenich, Submission of a Bid by a Person Who has Carried Out Preparatory Work for a Procurement, Public Procurement Law Review 2005, 4, NA93-97
- P.P.L.R. 2007, 2, 99-115 Steen Treumer, Technical Dialogue and the Principle of Equal Treatment –Dealing with Conflicts of Interest after Fabricom, Public Procurement Law Review 2007, 2, 99-115
- P.P.L.R. 2006, 3, 71-85 Steen Treumer, The Discretionary Powers of Contracting Entities - Towards a Flexible Approach in Recent Case Law of the European Court of Justice, Public Procurement Law Review 2006, 3, 71-85
- P.P.L.R. 1999, 3, 147-160 Steen Treumer, Technical Dialogue Prior to Submission of Tenders and Principle of Equal Treatment of

11. RETSREGLER

Regulering fra EU

Forkortet:

EF-traktaten	Traktaten om oprettelse af det Europæiske Fælleskab
Direktiv 2004/17/EF	Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester
Direktiv 2004/18/EF	Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter
Direktiv 1993/36/EØF	Rådets direktiv 1993/36/EØF af 14. juni 1993 om samordningen af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb
Forordning nr. 1605/2002	Rådets forordning nr. 1605/2002 af 25. juni 2002 om finansforordningen vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget

Folkeret

GPA	Agreement on Government Procurement, Annex 4 Establishing the World Trade Organisation
-----	--

12. DOMME OG KENDELSER

Praksis fra EF-Domstolen

Forkortet:

Sag C-199/85 Kommissionen mod Italien	Domstolens Dom af 10. marts 1987, Kommissionen mod Italien
Sag C-27/86, 28/86 og 29/86, CEI	Domstolens Dom af 9. juli 1987, de forenede sager CEI m.fl.
Sag C-31/87, Beentjes	Domstolens Dom af 20. september 1988, Gebroeders BV mod den nederlandske stat, samling af Afgørelser 1988 side 4635
Sag C-103/88, Fratelli Costanzo	Domstolens Dom af 22. juni 1989, Fratelli Costanzo SPA mod Comune Di Milano og Impresa ING. Lodigiani SPA, Samling af Afgørelser 1989 side 01839
Sag C-215/88, Casa Fleischhandels GmbH	Domstolens dom af 13. juli 1989, Casa Fleischhandels GmbH mod Bundesanstalt für landwirtschaftlich Marktordnung
Sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark	Domstolens Dom af 22. juni 1993, Kommissionen mod Danmark

Sag C-71/92, Kommissionen mod Spanien	Domstolens dom af 17. november 1993, Kommissionen mod Spanien
Sag C-328/92, Kommissionen mod Spanien	Domstolens dom af 3. maj 1994, Kommissionen mod Spanien
Sag C-57/94 Kommissionen mod Italien	Domstolens dom af 18. marts 1995, Kommissionen mod Italien
Sag C-318/94, Kommissionen mod Tyskland	Domstolens dom af 28. marts 1996, Kommissionen mod Tyskland
Sag C-275/98, Unitron dinavia og 3-S	Domstolens Dom af 18. november 1999, Unitron Scan-A/S og 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab mod Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri
Sag C-208/98, Berliner Kindl Brauerei	Domstolens Dom af 23. marts 2000, Berliner Kindl AG mod Andreas Siepert
Sag C-324/98, Telaustria	Domstolens Dom af 7. december 2000, Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG,
Sag C-94/99, ARGE	Domstolens Dom af 7. december 2000, ARGE Gewässerschutz mod Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft
Sag C-92/00, HI mod Stadt Wien	Domstolens Dom af 18. juni 2002, Hospital Ingenieure (HI) Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH mod Stadt Wien

Sag C-341/01 Plato Plastik Robert Frank	Domstolens dom af 29. april 2004, Plato Plastik Robert Frank GmbH mod Caropack Handelsgesellschaft mbH
Sag C-127/00, Hässle	Domstolens Dom af 11. december 2003, Sag C-127/00, Hässle AB mod Ratiopharm GmbH
Sag C-244/02, Kauppatalo sel Oy	Domstolens Dom af 16. oktober 2003, Kauppatalo Han- Hansel Oy mod Imatran kaupunki
Sag C-21/03 og C-34/03 Fabricom SA	Domstolens dom af 3. marts 2005, Fabricom SA mod État belge
Generaladvokatens forslag til afgørelse	Forslag til afgørelse fra generaladvokat Léger fremsat til afgørelse den 11. november 2004, Samling af Afgørelser 2005 side I-01559

Praksis fra Retten i Første Instans

Sag T-195/05, Deloitte mod Kommissionen	Retten i første instans dom af 18. april 2007, Deloitte Business Advisory NV mod Kommissionen
--	--

Højesterets domme

UfR 2005.1977 H	Højesterets dom af 31. marts 2005 i sag 482/2002 European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S
-----------------	--

Kendelser fra Klagenævnet for Udbud (Forkortet KlFU)

KlFU af 23. august 1995, B4 ApS mod Holbæk Kommune

KlFU af 13. juni 1996, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Roskilde Kommune

KlfU af 18. november 1996, European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S

KlfU af 8. januar 1997, Det Danske Handelskammer mod Rigshospitalet

KlfU af 17. marts 1998, Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune

KlfU af d 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnestue mod Vestsjællands Amt

KlfU af 13. januar 2004, E. Pihl og Søn A/S mod Hadsund Kommune

KlfU af 2. maj 2006, Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening

KlfU af 23. august 2006, Hedeselskabet Miljø og Energi A/S mod Sønderjyllands Amt

KlfU af 24. august 2007, LSI Metro Gruppen mod Ørestadsselskabet I/S

Konkurrencestyrelsens vejledende udtalelser

Konkurrencestyrelsens vejledende udtalelse af 24. januar 2006: Klage over EU-udbud af rådgiverydelser