

Into the Northern Light

- in memory of Steen Treumer



CARINA RISVIG HAMER, MARTA ANDHOV,
ERIK BERTELSEN & ROBERTO CARANTA (EDS)

Into the Northern Light

– in memory of Steen Treumer

ExTuto
PUBLISHING
www.extuto.com

Carina Risvig Hamer, Marta Andhov, Erik Bertelsen & Roberto Caranta (eds)
Into the Northern Light – in memory of Steen Treumer
First edition, first imprint

This book is published in December 2022 by Ex Tuto Publishing A/S. Design and typesetting by MERE.INFO A/S which has used LibreOffice for Linux and the typefaces Baskerville Original and Cronos designed in 2000 and 1996 by FRANTIŠEK ŠTORM and ROBERT SLIMBACH, respectively. JAN TRZASKOWSKI acted as editor-in-chief, and KATE GILBERT (English) and LINO VOGT (Danish) have provided linguistic support. The book is printed in Denmark on Munken Pure 100 g/m² by NARAYANA PRESS, and the binding is carried out by BUCHBINDEREI S.R. BÜGE GMBH.

We have made this book from FSC-certified paper to support sustainable forest management.

Copyright © 2022 the editor and contributing authors severally
Printed in Denmark 2022
ISBN 978-87-420-0062-5

Ex Tuto Publishing A/S
Toldbodgade 55, 1.
DK-1253 København K
www.extuto.com



Published with support from Dreyers Fond

dreyersfond

FairPublishing

Dedicated to Julie and Christian



Outline Contents

	PART I: PUBLIC PROCUREMENT PRINCIPLES	1
	Introduction <i>Carina Risvig Hamer</i>	3
1	The leverage principle: secondary Community law as a lever for the development of primary Community law <i>Steen Treumer & Erik Werlauff</i>	7
2	Traktatprincipperne og undtagne kontrakter <i>Jeppe Lefevre Olsen, Jens Munk Plum & Sebastian Willigenburg Andersen</i>	21
3	More or Less Internal Market, Competition or Strategic Procurement: The ECJ's Case Law over Time <i>Martin Burgi</i>	47
4	The Role of Competition in Public Procurement Regulation <i>Albert Sanchez-Graells</i>	65
5	Relationship between the principle of competition in Public Procurement Law and in Antitrust Law: Approach from the Spanish System <i>Patricia Valcárcel Fernández</i>	83
6	Exclusion – the Danish approach <i>Michael Steinicke</i>	99
	PART II: PROCUREMENT PROCEDURES	113
	Introduction <i>Erik Bertelsen</i>	115

7	Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive	119
	<i>Steen Treumer</i>	
8	Adgangen til udbud med forhandling i Danmark	139
	<i>Mikkel Taanum, Thomas Larsen & Peter Dann Jørgensen</i>	
9	The award rules as a way to foster green and social considerations	153
	<i>François Lichère</i>	
10	Inkøbsmetoderne – det svære valg	173
	<i>Anja Piening, Peter Hilliger Petersen & Emilie Lindum Trolle-Christensen</i>	
11	Reflecting on 18 years of competitive dialogue	193
	<i>Pedro Telles</i>	
12	Digital Transformation for Effective e-Procurement	215
	<i>Gabriella M. Racca</i>	
	PART III: MODIFICATIONS OF PROCUREMENT PROCEDURES AND CONTRACTS	229
	Introduction	231
	<i>Marta Andhov</i>	
13	Transfer of contracts covered by the EU public procurement rules after insolvency	235
	<i>Steen Treumer</i>	
14	Contract changes under Regulation 2018/1046 on the financial rules applicable to the general budget of the Union	255
	<i>Piotr Bogdanowicz</i>	
15	Bygherrens opgivelse af rettigheder i udbudspligtige kontrakter – ændringer under bagatelgrænsen i udbudslovens § 180	269
	<i>Ole Hansen, Marta Andhov & Theis Tanggaard Jacobsen</i>	
16	Ændring af offentlige kontrakter til leverandørens fordel	291
	<i>Jesper Fabricius</i>	
17	Replacement of supporting entities during the procurement process	315
	<i>Sofie Dreyer Mikkelsen, Niels Karl Heilskov Rytter & Andreas Estrup Ippolito</i>	

18	Regulation of Contract Modification in the Chinese Public Procurement Law	331
	<i>Cao Fuguo</i>	
	PART IV: ENFORCEMENT OF THE EU PROCUREMENT RULES	349
	Introduction	351
	<i>Roberto Caranta</i>	
19	Enforcement of the EU Public Procurement Rules: The State of Law and Current Issues	355
	<i>Steen Treumer</i>	
20	Contractual ineffectiveness as seen from a Finnish perspective	391
	<i>Kirsi-Maria Halonen</i>	
21	Ineffectiveness of framework agreements – A Danish perspective	417
	<i>Carina Risvig Hamer</i>	
22	Convergence Suspended, or the Importance of Comparative Law for the Evolution of EU Procurement Remedies	431
	<i>Roberto Caranta & Mario Comba</i>	
23	Bevisets stilling – om Klagenævnet for Udbuds prøvelse af ordregivers skøn	449
	<i>Malene Roose Bagh og Morten Kroon</i>	
24	Fra Storebælt til udbudslov – de syv danske udbudssager ved EU-Domstolen	471
	<i>Kirsten Thorup</i>	
	PART V: OUTSIDE PROCUREMENT – INSIDE OTHER RELATED RULES	489
	Introduction	491
	<i>Carina Risvig Hamer</i>	
25	Erstatning for konkurrenceretsovertrædelser	493
	<i>Christian Bergqvist & Andreas Ehlers</i>	
26	Når udbudsretten har brug for konkurrenceretten	515
	<i>Jens Fejø</i>	

27	Promoting Climate Public Private Partnerships by Law	529
	<i>Christina D. Tvornø & Henrik Andersen</i>	
28	Scener fra et (tvangs)ægteskab – om grænsefladen mellem udbudsret og kontraktret	545
	<i>Maria Edith Gausdal</i>	
29	Complianceret – complianceregulering som selvstændig disciplin	563
	<i>Henrik Udsen</i>	

Traktatprincipperne og undtagne kontrakter

Jepppe Lefevre Olsen, Jens Munk Plum & Sebastian Willigenburg Andersen

1. Indledning

Lige siden Steen Treumer begyndte at fokusere på og forske i EU-udbudsretten, har det været med fokus på netop EU-delen. Hans egen ph.d.-afhandling fokuserede på de EU-udbudsretlige principper, han var medredaktør på en række bøger og tidsskrifter med et EU-komparativt fokus, og han holdt oftest indlæg, der også var båret af den EU-retlige vinkel. I Kromann Reumerts udbudsgruppe havde vi glæde af at kunne drøfte også praktiske problemstillinger med Steen – og dermed få den bredere, EU-retlige vinkel testet af. Nogle gange tog Steen også tiltag til at drøfte f.eks. en rent dansk kendelse, som vi havde været involveret i, og altid med en vinkel om, “hvordan tænker I, at EU-domstolen ville forholde sig til det, når nu man inddrager deres dom i [...]”. Med den fælles erfaring og glæde for den EU-udbudsretlige vinkel, har vi valgt at behandle et emne, der i høj grad tager afsæt i (udstrækningen af) de EU-retlige principper, når en offentlig indkøbskontrakt i øvrigt er blevet eksplicit *undtaget* fra udbudsreglerne.

EU-Domstolen har således ad flere omgange behandlet retsstillingen for ordregiveres indkøb, som *falder uden for* udbudsdirektivernes anvendelsesområde, eksempelvis ved kontrakter med en værdi under direktivernes tærskelvær-

dier. EU-Domstolen har i den forbindelse slået fast, at Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde¹ kan stille visse krav til ordregivers indkøb også uden for direktivernes direkte anvendelsesområde, når kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse.²

Steen Treumer var allerede for over tyve år siden i sin ph.d.-afhandling – og dermed inden EU-Domstolen havde bidraget til retsstillingen på området – opmærksom på dette spørgsmål, og forudså dengang, at “der [er] en vis sandsynlighed for, at EF-domstolen vil træffe en afgørelse, der, støttet på den almindelige lighedsgrundsætning, foreskriver hel eller delvis anvendelse af de grundlæggende bestemmelser i udbudsdirektiverne.”³ Det fik han ret i.

Spørgsmålet, som dette bidrag søger at afdække er imidlertid, hvor langt den retsstilling, som EU-Domstolen har fastlagt for bl.a. kontrakter med en værdi under direktivernes tærskelværdier, kan udstrækkes i relation til kontrakter, som i udgangspunktet falder ind under et udbudsdirektiv, men til gengæld *eksplicit er undtaget* fra direktivernes anvendelsesområde. Sådanne indkøbskontrakter har nemlig typisk andre karakteristika end kontrakter, der (slet) ikke har været omfattet.⁴

2. Ligebehandlingsprincippet i traktatmæssig sammenhæng

Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler er indgående behandlet af Treumer⁵ i hans ph.d.-afhandling, hvori han i tillæg til at behandle forskellige sider af ligebehandlingsprincippet i – de daværende – udbudsdirektiver, også undersøgte, om der gælder en almindelig lighedsgrundsætning på traktatni-

-
1. I det følgende er henvisninger til traktaten en henvisning til Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde og henvisninger til traktatmæssige principper og forpligtelser er en henvisning til de principper og forpligtelser, som EU's retsinstanser har udledt af traktaten.
 2. Vi bemærker, EU-Domstolens praksis alene finder anvendelse på aftaler, som har *klar grænseoverskridende interesse*, hvorfor det er en generel forudsætning for denne artikel, at dette krav er opfyldt.
 3. Steen Treumer, *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler* (Djøf Forlag 2000), s. 79.
 4. Vi bemærker, at vi i denne artikel særligt fokuserer på pligten til en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse, og at spørgsmålet om eventuelle pligter (særligt som følge af nationalitetsdiskrimination) for behandlingen af flere forskellige tilbudsgivere, hvor der rent faktisk er foretaget en offentliggørelse/konkurrenceudsættelse (selv om ordregiver ikke måtte være forpligtet hertil) ikke behandles.
 5. Steen Treumer, *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler* (Djøf Forlag 2000). Se i det hele s. 63-83.

veau, og hvad en sådan i givet fald måtte have af betydning for offentlige indkøb uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde.

Der henvises generelt til Steen Treumers afhandling, der stadig er værd at læse, men opsummerende vedrørende spørgsmålet i vores bidrag bemærkes, at der konkluderes at gælde en almindelig lighedsgrundsætning for offentlige indkøb, der *falder uden for* udbudsdirektivernes anvendelsesområde.⁶ Det betyder, at en række grundlæggende udbudsretlige principper i et eller andet omfang finder anvendelse på sådanne indkøb, uanset at det ikke konkretiseres, hvad rækkevidden heraf er i forhold til retlige handlepligter. De konkrete krav, som det kunne medføre, behandlede Treumer således med god grund ikke, idet der på tidspunktet ikke forelå EU-domme, som fastlagde retsstillingen.⁷

3. Traktatprincippernes anvendelse på kontrakter eksplicit undtaget fra udbudsreglerne

3.1. Indledende bemærkninger om udstrækningen af de traktatretlige princippers anvendelsesområde

Der synes faktisk ikke at være enighed i litteraturen om, i hvilken udstrækning der består en pligt til en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse

6. Ibid., s. 75.

7. Se desuden Carina Risvig Hansen, *Contracts not covered, or not fully covered, by the Public Sector Directive* (Djøf Forlag 2012), hvor Risvig behandler de konkrete krav, som kan udledes af EU-domstolens praksis at gælde for (1) kontrakter under tærskelværdierne, (2) koncessionskontrakter og (3) kontrakter vedrørende B-tjenesteydelser. Risvig behandler (bevidst) ikke kontrakter, som er eksplicit undtaget fra udbudsdirektivernes anvendelsesområde (se s. 38). Se også Steen Treumer i Dacian Dragos og Robert Caranta, *Outside the EU Procurement Directives – Inside the Treaty?* (1st edition, European Procurement Law Series vol. 4, DJØF Publishing 2012), s. 61 ff., som dog heller ikke behandler eksplicit undtagne kontrakter. Se også Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK* (vol. 1, 3rd edition, Sweet & Maxwell 2018), s. 237 ff. (og særligt s. 264 ff.).

af kontrakter uden for udbudsdirektivernes⁸ og -lovens⁹ anvendelsesområde, selv når der er tale om indkøbskontrakter, som har en klar grænseoverskridende interesse.

Risvig¹⁰ anfører, at traktatens principper finder anvendelse uden for direktivernes anvendelsesområde, herunder for eksplicit undtagne kontrakter, da direktiver ikke kan fastlægge undtagelser til en traktat. Synspunktet er for så vidt logisk, men noget dogmatisk og samtidig svært at drage retlige konsekvenser af i form af egentlige handlepligter. Risvig er til gengæld også af den opfattelse, at de enkelte undtagelsers karakter ofte medfører, at der ikke vil være en klar grænseoverskridende interesse, i hvilket tilfælde der f.eks. ikke vil følge nogen pligt til en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse af sådanne eksplicit undtagne kontrakter. I tillæg hertil bemærkes, at Risvigs opfattelse om, at traktatens principper finder anvendelse uden for direktivernes anvendelsesområde ikke synes helt i overensstemmelse med det af Risvig andetsteds anførte om, at “udbudslovens undtagelser [vil] også finde anvendelse for kontrakter omfattet af udbudslovens afsnit IV [kontrakter under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse, om hvilke der bl.a. gælder et krav om annoncering] [...] Derudover vil ordregivere også kunne undlade at foretage en annoncering, hvis [...]”.¹¹ Det anførte synes at støtte vores opfattelse, jf. afsnit 3.3 nedenfor.

Steinicke¹² er af den opfattelse, at “[d]et overordnede udgangspunkt er, at TEUF's bestemmelser gælder for alle indkøb og andre dispositioner på et marked, herunder også (og måske særligt) indkøb uden for udbudsdirektivet”. Steinicke anfører videre, at

“[d]er kan imidlertid ikke antages at være forskel på forpligtelserne, alt efter om undtagelsen baserer sig på det ene eller andet grundlag i udbudsdirektivet. I det omfang, der vil være forskel på forpligtelserne efter Traktaten, så vil dette skyl-

8. I dette bidrag henvises til *udbudsdirektivet* (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF) og *forsyningsvirksomhedsdirektivet* (Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF).

9. Lov nr. 1564 af 15. december 2015 med senere ændringer.

10. Carina Risvig Hamer, *Udbudsret* (2. udg., Djøf Forlag 2021), s. 310.

11. Carina Risvig Hamer, *Udbudsret* (2. udg., Djøf Forlag 2021), s. 219.

12. Michael Steinicke & Lise Grosemeyer, *EU's Udbudsdirektiver med kommentarer* (2. udg., Djøf Forlag 2008), s. 100 og 103.

des, at der er inden for anvendelsen af traktatbestemmelserne selv er grundlag for at differentiere, ikke fordi en given kontrakt efter sekundær regulering (udbudsdirektiverne) tilfældigt klassificeres som en undtagelse. Et eksempel på en sådan situation må være der, hvor der kun er én virksomhed, som kan levere den pågældende ydelse. I disse situationer er der efter udbudsdirektiverne grundlag for at undtage fra de mest restriktive bestemmelser i direktiverne og gå over til den mere lempelige proceduretype udbud med forhandling. I regi af Traktaten vil der også være grundlag for at undtage fra de mest strikte traktatforpligtelser, men dette skyldes det selvstændige forhold, at der ikke er grund til at etablere en konkurrencesituation, hvis der udelukkende er én virksomhed, som kan stå som leverandør.”

Der kan også henvises til Fabricius,¹³ som er af den opfattelse, at en pligt til konkurrenceudsættelse “[e]fter omstændighederne” også vil kunne gælde for kontrakter undtaget udbudsloven, men at det må bedømmes i hvert enkelt tilfælde. Ølykke¹⁴ angiver argumenter begge veje og konkluderer, at retsstillingen er uafklaret.

Vi vil i det følgende analysere retsstillingen nærmere ved indledningsvis at undersøge EU-Domstolens praksis (afsnit 3.2) og herefter via forskellige fortolkningsbidrag give et bud på, hvor langt denne praksis kan udstrækkes for så vidt angår indkøb *eksplicit undtaget* fra udbudsdirektiverne (afsnit 3.3). Afslutningsvis vil vi se på to danske kendelser fra Klagenævnet for Udbud, som berører spørgsmålet, og som særligt for den ene kendelses vedkommende, efter vores opfattelse, synes (for) vidtgående (afsnit 3.4).

3.2. EU-Domstolens praksis

EU-Domstolen har ad flere omgange taget stilling til, hvad der gælder for ordregiveres indkøb, som falder uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde.

Der kan f.eks. henvises til EU-Domstolens dom i C-324/98, *Télaustria*, hvor Telekom Austria, som udgjorde det østrigske post- og telegrafvæsen, uden offentliggørelse eller konkurrenceudsættelse havde indgået en tjenesteydelseskoncessionsaftale med en privat virksomhed om trykning og distribution af den officielle østrigske telefonbog. Tjenesteydelseskoncessionsaftaler faldt

13. Jesper Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis* (4. udg., Karnov Group Denmark 2017), s. 157.

14. Grith Skovgaard Ølykke, Mette Ohm & Cecilie Fanøe Petersen, *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst* (3. udg., Djøf Forlag 2022), s. 504-505.

(helt) uden for de tidligere direktivers anvendelsesområde,¹⁵ og spørgsmålet i sagen var derfor, om (og i givet fald hvad konsekvensen var af, at) de traktatretlige principper fandt anvendelse på indgåelsen af aftalen.

Domstolen slog fast, at

“selv om *de pågældende aftaler* på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38, er de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed [...]” (vores fremhævning).

samt at

“[...] dette princip [indebærer] navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at princippet overholdes. Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurene er upartiske.”¹⁶

Domstolen fandt, at det er op til de nationale domstole at træffe afgørelse om, hvorvidt gennemsigtigheds- og konkurrenceudsættelsesforpligtelsen er overholdt, men slog altså fast, at der gjaldt en sådan forpligtelse for tjenesteydelseskoncessioner.

Der kan desuden henvises til EU-Domstolens dom i C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, hvor den i sagen omhandlede aftale var blevet tildelt ved en udbudsprocedure, men uden at være i overensstemmelse med en bestemmelse i bygge- og anlægsdirektivet fra 1993,¹⁷ hvorefter ordregiver (som minimum)

15. På tidspunktet, hvor EU-Domstolen ved sin praksis fastlagde retsstillingen på området, faldt tjenesteydelseskoncessionsaftaler uden for direktivernes anvendelsesområde, da sådanne aftaler ikke udgjorde *gensidigt bebyrdende aftaler*. Efterfølgende blev tjenesteydelseskoncessionsaftaler eksplicit undtaget fra 2004-udbudsdirektivet, og blev herefter reguleret selvstændigt i koncessionsdirektivet, men efter vores opfattelse stadig med den begrundelse, at koncessioner ikke udgør offentlige kontrakter, og derfor falder uden for udbudsreglernes anvendelsesområde, jf. også bl.a. Michael Steinicke m.fl., *EU's Udbudsdirektiver med kommentarer* (2. udg., Djøf Forlag 2008), s. 237; Carina Risvig Hansen, *Contracts not covered, or not fully covered, by the Public Sector Directive* (Djøf Forlag 2012), s. 72-73.

16. C-324/98, *Telaustria*, ECLI:EU:C:2000:669, præmis 60-62.

17. Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, artikel 10, stk. 6.

skulle tilføje “eller dermed ligestillet fabrikat”, hvis udbuddet foreskrev brug af et bestemt fabrikat for det produkt, som blev indkøbt. I den konkrete sag havde et boligselskab i et udbud vedrørende opførelsen af 20 boliger foreskrevet brug af et bestemt dansk fabrikat for vinduer uden at ledsage dette med “eller dermed ligestillet fabrikat”. Kontraktens værdi var imidlertid under det dagældende direktivs tærskelværdi, hvorfor direktivet (slet) ikke fandt anvendelse.

Spørgsmålet var herefter, om den pågældende tildeling var i strid med traktatens principper. EU-Domstolen anførte i den forbindelse, at

“[s]elv om visse kontrakter er udelukket fra anvendelsesområdet for EF-direktiverne vedrørende offentlige kontrakter, er de ordregivende myndigheder, der indgår dem, dog forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler”, og at heraf fulgte, at “uanset at *en bygge- og anlægskontrakt ikke når den tærskel*, der er fastsat i direktiv 93/37, og således ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde, skal spørgsmålet om, hvorvidt en bestemmelse i udbudsbetingelserne vedrørende den pågældende kontrakt er lovlig, vurderes i relation til traktatens grundlæggende regler”¹⁸ (vores fremhævning).

Domstolen fandt herefter, at det i sagen omhandlede forhold, hvorefter ordregiver altså havde undladt at tilføje “eller dermed ligestillet fabrikat” til et krav om brug af et bestemt dansk fabrikat for vinduer, var i strid med traktatens principper – konkret de helt grundlæggende principper om fri bevægelighed. Det følger dermed af EU-Domstolens praksis, at traktatens grundlæggende principper finder anvendelse på – og sætter grænser for – kontrakter om ordregiveres indkøb med en værdi under tærskelværdierne.

I EU-Domstolens dom i C-507/03, *Irland mod Kommissionen*, behandlede Domstolen en B-tjenesteydelsesaftale, som ikke var omfattet af de tidligere udbudsdirektiver, men dog havde en beskeden, særskilt regulering.¹⁹ I den konkrete sag havde den irske stat uden offentliggørelse eller konkurrenceudsættelse indgået en aftale med An Post, det irske postvæsen, om dennes udbetaling af sociale ydelser på de irske postkontorer. EU-Domstolen slog fast, at traktatens principper fandt anvendelse på B-tjenesteydelsesaftaler, og udtalte:

18. C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, ECLI:EU:C:2001:654, præmis 20-21.

19. Indkøb af B-ydelser var således alene omfattet af få af udbudsdirektivets krav, herunder kravet om fastsættelse af tekniske specifikationer og kravet om meddelelse om kontraktindgåelse.

“For så vidt som *en kontrakt vedrørende tjenesteydelser, der henhører under bilag I B*, har en sådan [klar grænseoverskridende] interesse, udgør tildelingen af denne kontrakt til en virksomhed beliggende i en ordregivende myndigheds medlemsstat tillige en forskelsbehandling af virksomheder, som kan være interesseret i denne kontrakt, og som er beliggende i en anden medlemsstat, hvis der ikke er gennemsigthed”²⁰ (vores fremhævning).

Domstolen frifandt Irland, idet Kommissionen ikke havde fremlagt beviser – og følgelig ikke havde løftet sin bevisbyrde – for, at aftalen havde klar grænseoverskridende interesse, men sagen viser, at traktatens gennemsigthedsforpligtelse altså også gjaldt B-tjenesteydelser. Det bemærkes, at sondringen mellem A- og B-tjenesteydelser i det seneste udbudsdirektiv er forladt.²¹

I EU-Domstolens dom i C-410/14, *Dr. Falk Pharma mod DAK-Gesundheit*, fandt EU-Domstolen, at definitionen af “offentlige kontrakter” i 2004-udbudsdirektivets²² artikel 1, stk. 2, litra a, ikke omfattede autoriseringsordninger, hvor alle virksomheder, som ønskede det, i hele ordningens løbetid kunne blive en del af ordningen ved at påtage sig at levere varer på de på forhånd fastsatte vilkår, idet ordregiver i en sådan ordning ikke foretager et valg mellem leverandører. EU-Domstolen fastslog imidlertid samtidig, at traktatens principper fandt anvendelse på sådanne ordninger.²³

Generelt kan siges om praksis vedrørende anvendelsen af traktatens principper på offentlige indkøb, at EU-Domstolen har beskæftiget sig med fire typer af aftaler: (1) aftaler med en værdi under tærskelværdierne, (2) koncessionsaftaler, (3) B-tjenesteydelsesaftaler, og (4) autoriseringsordninger, hvor alle virksomheder kan deltage (hvis visse saglige krav opfyldes). Alle disse typer aftaler udgør eksempler på aftaler, der (*slet*) ikke har været omfattet af udbudsdirektiverne, men som altså kan rammes af visse forpligtelser efter traktaten. Det bemærkes, at tjenesteydelseskoncessionsaftaler i dag er reguleret af kon-

20. C-507/03, *Irland mod Kommissionen*, ECLI:EU:C:2007:676, præmis 29-30.

21. I tillæg til de nævnte domme kan nævnes C-275/98, *Unitron*, ECLI:EU:C:1999:567; C-231/03, *Coname*, ECLI:EU:C:2005:487; C-458/03, *Parking Brixen*, ECLI:EU:C:2005:605; C-147/06, *SECAP*, ECLI:EU:C:2008:277, som også er eksempler på, at EU-Domstolen har behandlet anvendelsen af traktatens principper på ordregiveres indgåelse af offentlige kontrakter. Der findes yderligere eksempler.

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

23. C-410/14, *Dr. Falk Pharma mod DAK-Gesundheit*, ECLI:EU:C:2016:399, præmis 43-47.

cessionsdirektivet,²⁴ at sondringen mellem A- og B-tjenesteydelser i dag er forladt i udbudsdirektiverne og at aftaler med en værdi under tærskelværdierne i dag (i hvert fald i Danmark, men flere andre EU-medlemsstater har lignende regler) er reguleret i udbudslovens §§ 191-192 og en bekendtgørelse,²⁵ som stiller krav om og til annoncering af sådanne aftaler.

I relation til EU-Domstolens praksis og rækkevidden heraf for så vidt angår *eksplicit undtagne* kontrakter, skal i tillæg til ovennævnte henvises til generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i sag C-525/03, *Kommissionen mod Italien*, som indeholdt følgende udtalelse vedrørende undtagelsen om muligheden for at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse (altså direkte tildeling) i tilfælde af tvingende nødvendighed eller som følge af, at kun en bestemt økonomisk aktør kan udføre den pågældende ydelse:

“Såfremt betingelserne for undtagelse er opfyldt, og det således er berettiget at anvende udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, kan der ikke gælde et krav om offentliggørelse. De principper, der følger af traktaten, kan ikke indeholde et krav om offentliggørelse, der også skal opfyldes, når direktiverne indeholder en udtrykkelig undtagelse, ellers vil denne undtagelse være uden betydning.”²⁶

C-525/03, *Kommissionen mod Italien*, blev af Domstolen afvist på baggrund af et formalitetsspørgsmål og generaladvokatens udtalelse vedrørte på grund af den konkrete sag specifikt udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, men det nævnte citat fra generaladvokaten må efter vores opfattelse – generelt og som udgangspunkt – gælde for undtagelser i udbudsdirektiverne, og ikke blot de specifikt nævnte undtagelser.

Spørgsmålet er på denne baggrund, hvor langt EU-Domstolens praksis rækker i relation til de i udbudsdirektiverne eksplicit undtagne kontrakter?

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

25. Bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016 som ændret ved bekendtgørelse nr. 1094 af 29. juni 2022.

26. Generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sag C-525/03, *Kommissionen mod Italien*, ECLI:EU:C:2005:648, præmis 47.

3.3. Hvor langt rækker EU-Domstolens praksis?

EU-Domstolens praksis har som nævnt pålagt ordregivere en pligt til en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse for visse bestemte typer af aftaler med afsæt i traktatens principper. Spørgsmålet er imidlertid, hvor langt (EU-Domstolens fortolkning af) disse principper kan udstrækkes, når Domstolen *alene* har konkluderet, at der gælder en pligt til en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse for visse specifikke aftaletyper, *som falder uden* for direktiverne, men ikke har konkluderet det – hverken generelt eller specifikt – for *eksplicit undtagne* kontrakter.

Det er overordnet vores synspunkt, at traktatens principper må have minimal betydning for ordregiveres indgåelse af aftaler, som eksplicit er undtaget udbudsdirektiverne, medmindre indgåelsen er decideret nationalitetsdiskriminerende. Der er flere forhold, som efter vores opfattelse støtter dette synspunkt, jf. i det følgende.

3.3.1. EU-Domstolens praksis er (allerede) vidtgående og (i dag) kodificeret

For det første skal peges på det forhold, at EU-Domstolens fortolkning, hvorefter kontrakter, som ellers *falder uden for* direktiverne om udbudspligt, er begrænset udbudspligtige alligevel, er udtryk for en – endog meget – vidtgående fortolkning af traktatens principper. EU-Domstolen har således ved sin fortolkning på egen hånd og uden politisk mandat indført en begrænset udbudspligt for kontrakter, som af EU-lovgiver ikke er tænkt omfattet af udbudsdirektiverne.²⁷ Det vil i vores optik skulle anses for en endnu mere vidtgående praksis, hvis kontrakter, som EU-lovgiver *eksplicit har undtaget* fra direktiverne om udbudspligt, alligevel skulle være begrænset udbudspligtige. Dette gælder særligt, når det ikke er slået fast af EU-Domstolen, at der skulle gælde en forpligtelse om en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse i disse tilfælde.

En sådan retstilstand vil skabe retsikkerhed, både i relation til *om* der gælder en sådan forpligtelse, og *hvad* en sådan forpligtelse indebærer,²⁸ hvilket

27. Jf. H.P. Rosenmeier i Steen Treumer, *Udbudsloven* (Ex Tuto 2012), s. 568.

28. Der henvises i denne forbindelse til Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK* (vol. 1, 3rd edition, Sweet & Maxwell 2018), s. 276-279, som kritiserer, at gennemsigtighedsforpligtelsen mv. gælder for kontrakter under tærskelværdierne (og tidligere for koncessionskontrakter) på grund af den deraf følgende usikkerhed om, hvad gennemsigtighedsforpligtelsen indebærer for ordregiver.

gør det svært for ordregivere at agere på området i praksis. Det skal i den forbindelse nævnes, at retsikkerheden i dag er reduceret, idet – som nævnt – sondringen mellem A- og B-tjenesteydelser er forladt i de seneste udbudsdirektiver, og da koncessionsaftaler er reguleret i det særskilte koncessionsdirektiv, mens (for så vidt angår Danmark, men også i andre medlemsstater) aftaler med en værdi under tærskelværdierne er reguleret eksplicit i udbudsloven og tilhørende bekendtgørelse. Dette taler da efter vores opfattelse også for, at EU-Domstolens praksis ikke kan udstrækkes til at gælde for eksplicit undtagne kontrakter.

Der henvises særligt til koncessionsdirektivets præambelbetragtning nr. 4, hvoraf det eksplicit fremgår, at en del af baggrunden for vedtagelsen af direktivet er, at der er risiko for retsikkerhed, når koncessionskontrakter (alene) er reguleret af traktatprincipperne, idet principperne kan blive fortolket forskelligt af nationale lovgivere. Direktivet skal således sikre ensartet fortolkning og retsanvendelse.

Herudover bør der efter vores opfattelse foretages en indskrænkende fortolkning, når forpligtelser for ordregivere ved fraværet af direktivbestemmelser skal udledes af de generelle traktatforpligtelser, dels fordi de relevante traktatforpligtelser efter deres ordlyd ikke indeholder konkrete handlepligter (men derimod alene undladelsespligter),²⁹ som dermed skal indfortolkes, og dels fordi en sådan indfortolkning altså skaber retsikkerhed.

Det er således vores opfattelse og fortolkning, at de afsagte domme fra EU-Domstolen vedrørende en traktatbaseret forpligtelse til eventuelt at skabe en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse vedrørende offentlige kontrakter ikke – uden EU-Domstolens eksplicitte stillingtagen hertil – også omfatter de situationer, hvor EU-lovgiver eksplicit har taget stilling til og *undtaget* specifikke situationer fra udbudsplichten.

3.3.2. Undtagelsers karakter

For det andet skal påpeges det forhold, at (EU-)lovgiver ved undtagelserne i udbudsdirektiverne har undtaget specifikke situationer fra at skulle konkurrenceudsættes i henhold til de udbudsretlige procedureregler, hvis hovedformål er at sikre offentlighed og konkurrenceudsættelse. Systematikken er således den, at en ydelse i udgangspunktet ville være omfattet af udbudsdirektiverne, men

29. Se herom f.eks. Steen Treumer, *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler* (Djøf Forlag 2000), s. 69-70.

som følge af en specifik regel undtages den alligevel. Det vil efter vores opfattelse derfor savne mening, hvis der så (alligevel) skulle gælde et krav om en passende offentlighed og eventuelt konkurrenceudsættelse efter traktatbaserede og praksisskabte forpligtelser, hvorved den specifikke undtagelsesregel i realiteten fratages sit indhold og sin relevans. Sådanne forpligtelser kan naturligvis fastslås af EU-Domstolen, men aktuelt ses der *ikke* at være klar praksis herom, jf. afsnit 3.3.1. Det skal hertil bemærkes, at undtagelserne ofte er udtryk for tilfælde, hvor der enten fuldt ud er (f.eks. en børs) eller slet ikke er (f.eks. hvor alene én kan levere) konkurrence, hvorfor det grundlæggende hensyn bag direktiverne om at skabe konkurrence slet ikke er til stede, og der dermed heller ikke, efter vores opfattelse, i en traktatmæssig sammenhæng fordres nogen pligt til en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse.

Vi anerkender naturligvis et retskildehierarki, hvorefter traktaten(s principper) ikke i sig selv kan tilsidesættes ved (undtagelser i) et direktiv; men det er vores opfattelse, at (konsekvenserne af eller forpligtelserne i) de traktatretlige principper ikke kan strækkes længere, end EU-Domstolen rent faktisk har afgjort (særligt henset til, at der er tale om selvstændig og vidtrækkende lovgivningsvirksomhed foretaget af EU-Domstolen, jf. afsnit 3.3.1). Der er altså efter vores opfattelse ikke tale om, at direktiverne foreskriver undtagelser til traktaten(s principper), men derimod, at traktatens principper og konsekvenserne heraf alene kan udstrækkes så langt, som de i traktatteksten er nedfældet og i EU-Domstolens praksis fortolket.

Til ovennævnte skal desuden gøres følgende betragtning vedrørende de hensyn, som ligger bag udbudsreglerne i forhold til udbudsreglernes tærskelværdier ctr. eksplicite undtagelser: Den procedure, som skal følges i henhold til udbudsreglerne, er en administrativ (omkostnings)tung procedure. Udbudsreglernes tærskelværdier er på denne baggrund (til dels) fastsat ud fra et hensyn til, hvornår det økonomisk kan retfærdiggøres at skulle følge en sådan procedure for at opnå konkurrenceudsættelse af en kontrakt (*det proceduremæssige hensyn*).³⁰ Det forhold, at en kontrakts værdi ikke kan retfærdiggøre en sådan

30. Se Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement - Regulation in the EU and UK* (vol. 1, 3rd edition, Sweet & Maxwell 2018), s. 448, hvoraf fremgår: "There are two reasons behind the relatively high threshold levels that apply. First, there is an administrative cost in applying formal tendering procedures, and their application can only be justified where the benefits are likely to outweigh their costs. Secondly, the thresholds in the directives are set with a view to identifying in an abstract and legally certain manner contracts for which there is likely to be competition from firms operating across borders." Med det som afsæt kan det

procedure, er imidlertid *ikke* udtryk for, at *hensynet til konkurrenceudsættelse* ikke er til stede; det kan bare ikke betale sig at skulle følge den omkostningstunge formelle udbudsproces. I det lys giver det også god mening, at EU-Domstolen har fastslået, at aftaler, med en værdi under tærskelværdierne, fortsat skal offentliggøres og/eller konkurrenceudsættes i henhold til traktatprincipperne, men altså blot ikke skal følge den procedure, som udbudsreglerne foreskriver.

Modsat gælder for *eksplicit undtagne* kontrakter, at sådanne kontrakter – selv om de overstiger tærskelværdierne og kontrakten derfor kan retfærdiggøre en formel udbudsproces – fortsat af lovgiver er valgt undtaget fra udbudsreglerne. Dette forhold taler efter vores opfattelse for, at det afgørende for, at kontrakten er blevet undtaget fra udbudsreglerne, er, at det (af den ene eller anden grund) ikke giver mening, eller medlemsstaterne ikke har ønsket, at konkurrenceudsætte kontrakten. Det er således vores opfattelse, at begrundelsen for, at aftaler med en værdi under tærskelværdierne ikke skal følge udbudsreglerne (at det ikke kan betale sig), generelt *ikke* ligger til grund for *undtagelserne* i direktiverne, idet disse i vidt omfang i stedet (1) vedrører aftaler som (af den ene eller andet grund) ikke giver mening at skabe en offentlighed og/eller konkurrenceudsættelse omkring, f.eks. fordi (salg på) et marked er lovgivningsmæssigt kontrolleret, eller (2) er udtryk for et politisk kompromis mellem medlemsstaterne for at få samtlige medlemsstater til at støtte op om udbudsdirektiverne,³¹ altså fordi medlemsstaterne har specifikt valgt, at de ikke ønsker konkurrenceudsættelse på det pågældende marked. Når medlemsstaterne derfor eksplicit har taget stilling til specifikke undtagelser, kan der fremføres det argument, at baggrunden herfor sandsynligvis ikke har været “blot” at undtage en kontrakt fra udbudsdirektivernes procedureregler, men derimod fra hele offentligheds- og konkurrenceudsættelsesaspektet.

Vi bemærker i øvrigt, at Steinickes udsagn om, at visse kontrakter “tilfældigt” er klassificeret som undtagelser, jf. afsnit 3.1 ovenfor, nok ikke kan an-

naturligvis undre (i betydelig grad), at der f.eks. i praksis fra EU-Domstolen er set eksempler på indkøbskontrakter med en værdi klart under tærskelværdierne, som stadig er konkluderet at have en klar grænseoverskridende interesse, jf. f.eks. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, ECLI:EU:C:2015:228, hvor EU-Domstolen udtalte, at en IT-kontrakt med en værdi på omkring 440.000 kr. kunne have klar grænseoverskridende interesse (men det var op til den nationale domstol at foretage den endelige vurdering), samt Klagenævnet for Udbuds kendelse af 26. august 2021, *HydroCharting mod FMI*, hvor en kontrakt på 700.000 kr. vedrørende oprensning af sonardata blev anset for at have klar grænseoverskridende interesse.

31. Se Carina Risvig Hamer, *Udbudsret* (2. udg., Djøf Forlag 2021), s. 309.

ses for at være generelt dækkende, idet undtagelser efter vores opfattelse må antages at være nøje fastlagt af EU-lovgiver. Steinicke nævner videre, at der dog ikke er grund til at etablere en konkurrencesituation i den specifikke situation, hvor der kun findes én leverandør. Efter vores opfattelse, er der ikke grund til at etablere (eller det er vedtaget, at der ikke skal etableres) en konkurrencesituation i alle tilfælde, hvor en kontrakt eksplicit er undtaget udbudsreglerne.

3.3.3. EU-lovgivers tilkendegivelser

For det tredje henviser vi til, at EU-lovgiver flere forskellige steder *alene* har givet udtryk for, at de traktatretlige forpligtelser medfører en offentliggørelses- og/eller pligt til konkurrenceudsættelse for så vidt angår de specifikke typer af kontrakter nævnt i afsnit 3.2 ovenfor.³² Der henvises eksempelvis til præambelbetragtningerne i det seneste forsyningsvirksomhedsdirektiv, hvoraf fremgår følgende (præambelbetragtning nr. 3):

“For udbud, *hvis værdi er lavere end de tærskelværdier*, der udløser anvendelse af bestemmelserne om EU-samordning, kan der henvises til EU-Domstolens retspraksis, vedrørende den korrekte anvendelse af reglerne og principperne i TEUF” (vores fremhævning).

Præambelbetragtningerne angiver altså direkte, at forpligtelserne efter traktaten finder anvendelse på kontrakter under tærskelværdierne (i dag er koncessionskontrakter som nævnt reguleret i et selvstændigt direktiv og sontringen mellem A- og B-tjenesteydelser er forladt).³³

Der skal i denne forbindelse også henvises til Europa-Kommissionens fortolkningsmeddelelse om kontrakter, som ikke eller kun delvist er omfattet af

32. Det bemærkes vedrørende dette afsnit, at EU-Domstolens praksis for så vidt angår autorisationsordninger, jf. C-410/14, *Dr. Falk Pharma mod DAK-Gesundheit*, ECLI:EU:C:2016:399, blev fastslået efter både de seneste udbudsdirektivs ikrafttræden og efter Europa-Kommissionens fortolkningsmeddelelse nævnt nedenfor.

33. Det bemærkes i denne henseende, at præambelbetragtning nr. 1 i det seneste udbudsdirektiv henviser til, at traktatforpligtelserne generelt finder anvendelse, men uden at beskrive, hvad konsekvensen heraf er, herunder for forskellige typer af aftaler (mens den nævnte præambelbetragtning i forsyningsvirksomhedsdirektivet specifikt henviser til praksis om aftaler med en værdi lavere end tærskelværdierne). Desuden bemærkes, at præambelbetragtningerne generelt *ikke* specifikt tager stilling til eksplicit undtagne kontrakter.

udbudsdirektiverne.³⁴ Heri beskriver Kommissionen alene de forpligtelser, som gælder for aftaler med en værdi under tærskelværdierne, (tidligere) koncessionsaftaler og (tidligere) B-tjenesteydelser, mens Kommissionen eksplicit anfører følgende:

“Udbudsdirektiverne indeholder særlige undtagelser, som på visse betingelser tillader anvendelse af procedurer uden forudgående udbudsbekendtgørelse. De vigtigste tilfælde vedrører situationer, hvor dette er tvingende nødvendigt/yderst hastende som følge af begivenheder, som man ikke har kunnet forudse, og kontrakter, som af tekniske eller kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder, kun kan udføres af en bestemt økonomisk aktør.

Det er Kommissionens opfattelse, at disse undtagelser kan anvendes i forbindelse med tildelingen af kontrakter, som ikke er omfattet af direktiverne. Ordregivere kan derfor indgå sådanne kontrakter uden forudgående offentliggørelse af en bekendtgørelse, forudsat at betingelserne for en de i direktiverne fastsatte undtagelser er opfyldt.”³⁵

Kommissionens meddelelse henviser i denne forbindelse også til generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i sag C-525/03, *Kommissionen mod Italien*, jf. afsnit 3.2 ovenfor. Kommissionen er altså også af den opfattelse, at (som minimum) *visse* undtagelser ikke omfattes af en pligt til en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse, og det forhold, at Kommissionens fortolkningsmeddelelse alene henviser til de tre specifikke typer af kontrakter (aftaler med en værdi under tærskelværdierne, koncessionskontrakter og B-tjenesteydelser) taler også for, at EU-Domstolens praksis i henhold til Kommissionens egen fortolkning ikke kan udstrækkes til også at gælde for eksplicit undtagne kontrakter.

Der kan i tillæg til ovennævnte henvises til Europa-Kommissionens vejledning om udbudsprocedurer i forbindelse med COVID-19,³⁶ hvori Europa-Kommissionen giver vejledning til ordregivere om anvendelse af undtagelsen i udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, litra c (implementeret i udbudslovens § 80,

34. Europa-Kommissionen, *Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne*, 2006/C 179/02.

35. Europa-Kommissionen, *Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne*, 2006, 2006/C 179/02, s. 4.

36. Europa-Kommissionen, *Vejledning fra Europa-Kommissionen om anvendelse af rammen for offentlige udbud i forbindelse med covid-19-krisesituationen*, 2020/C 108 I/01.

stk. 5), hvorefter ordregivere, hvis tvingende grunde gør det nødvendigt, kan anvende udbud med forhandling uden offentliggørelse (“force majeure”-undtagelsen). Europa-Kommissionen anfører i vejledningen, at ordregivere, hvis betingelserne i artikel 32, stk. 2, litra c, er opfyldt, kan “forhandle direkte med potentielle kontrahenter, og der er ingen offentliggørelseskrav, ingen tidsfrister, intet krav om mindsteantal af ansøgere eller andre procedurekrav”, samt at “ingen proceduremæssige skridt reguleres på EU-plan.” For så vidt angår denne undtagelse er der altså efter Europa-Kommissionens opfattelse heller ikke nogen pligt til en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse.³⁷

3.3.4. Øvrig praksis i medlemsstaterne

For det fjerde skal vi henvise til nogle eksempler fra national lovgivning og praksis i EU’s medlemsstater vedrørende anvendelsen af undtagelser i udbudsdirektiverne (og nationale implementeringer heraf). Vi har i denne forbindelse forhørt os til lovgivning og praksis fra kollegaer i en række EU/EØS-lande. I det følgende har vi medtaget de relevante tilbagemeldinger, som vi har fået.

I *Italien* er indført særskilte *nationale* bestemmelser for undtagne kontrakter, som bestemmer, at principper om (forsvarlig) økonomi, effektivitet, uafhængighed, ligebehandling, transparens, proportionalitet, offentlighed, miljøbeskyttelse og energieffektivitet skal følges ved offentlige indkøb, som er undtaget udbudsreglerne. Den italienske fremgangsmåde taler også for, at EU-lovgiver – ligesom vedtagelsen af koncessionsdirektivet var udtryk for, jf. afsnit 3.3.1 – burde have vedtaget eksplicit lovgivning for undtagne kontrakter, så fremt det ønskedes, at disse var reguleret, og dermed sikre ensartet fortolkning i de enkelte medlemsstater for sådanne kontrakter og undgå retsusikkerhed.

I *Spanien* er *nationale* bestemmelser om ligebehandling og gennemsigtighed blevet fortolket sådan, at disse også finder anvendelse på kontrakter undtaget fra den spanske udbudslovs anvendelsesområde. Typisk henvises i spansk udbudsretlig praksis til Europa-Kommissionens fortolkningsmeddelelse, jf. afsnit 3.3.3 ovenfor. Dog er det slået fast i spansk udbudsretspraksis, at specifikke bestemmelser i den spanske udbudslov ikke finder anvendelse. Spansk lovgiver kan således synes at have den modsatte opfattelse af os (og andre nationale lovgivere og retsinstanter, jf. ovenfor om Italien og nedenfor om Sverige og Finland) vedrørende spørgsmålet om anvendelsen af traktatprincipperne på

37. Samme holdning tilkendes i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Notat om udbudsretlige problemstillinger vedrørende COVID-19*, af 12. marts 2020.

undtagne kontrakter. Den spanske praksis kan imidlertid også være udtryk for, at man har fundet det nødvendigt at lave national regulering på området på samme måde som for så vidt angår Italien, jf. umiddelbart ovenfor.³⁸

Fra *Sverige* kan henvises til praksis fra den svenske *Förvaltningsrätten* i dens afgørelse af 1. november 2017 i sag 25240-17, hvor en offentlig fjernvarmeleverandør, Norrenergi, havde indkøbt elektricitet til produktion af varme uden at have iagttaget en udbudsprocedure med henvisning til den svenske bestemmelse, som implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23. Forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 23 undtager kontrakter fra udbudsreglerne, som vedrører forsyning af energi eller brændsel til fremstilling af energi (sådanne kontrakter er også undtaget udbudsdirektivet, jf. artikel 7 heri, og udbudsloven, jf. § 18 heri). I afgørelsen slog *Förvaltningsrätten* fast, at Norrenergi var en ordregiver omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet som leverandør af varme, at købet vedrørte levering af elektricitet til energiproduktion, og at den svenske udbudslov dermed ikke fandt anvendelse. *Förvaltningsrätten* statuerede således *ikke* en pligt til en eventuel konkurrenceudsættelse efter traktatbaserede principper.³⁹

Fra *Finland* kan henvises til den finske *Marknadsdomstolens* afgørelse af 28. februar 2017 i sag 2015/722 og 2015/750, hvor nogle finske forsyningsselskaber havde indledt (og aflyst) en “udbudsprocedure” om indkøb af el som kompensation til forbrugerne for den el, som går “tabt” ved distributionen af elektricitet. Klager havde gjort gældende, at forsyningsselskaberne ikke havde været berettiget til at aflyse “udbudsproceduren”, men skulle have tildelt kontrakten til klager. *Marknadsdomstolen* slog om artikel 23 kort fast, at de finske love, som implementerer forsyningsvirksomhedsdirektivet henholdsvis udbudsdirektivet, ikke fandt anvendelse, da der var tale om forsyning af energi. Det havde ikke betydning, at ordregiver havde henvist til udbudsregler i udbudsmaterialet og til *Marknadsdomstolen* som klagemyndighed. Her konkluderede *Marknadsdomstolen* altså heller *ikke*, at kontrakten skulle have været konkurrenceudsat efter traktatens principper.

38. Det er ikke helt klart for os, hvilken rolle Europa-Kommissionens fortolkningsmeddelelse spiller for de spanske administrative myndigheder i relation til eksplicit undtagne kontrakter.

39. Vi bemærker, at det i sagen ikke var gjort gældende, at traktatforpligtelserne skulle finde anvendelse. Det er usikkert, om sagens udfald havde været anderledes, hvis dette havde været tilfældet.

3.4. Nogle kendelser fra Klagenævnet for Udbud

Vi vil i det følgende gennemgå to afgørelser fra Klagenævnet for Udbud i Danmark, som – i modsætning til betragtningerne ovenfor – i en vis grad kunne udlægges til at tale for også at anvende traktatprincipperne på eksplicit undtagne kontrakter. Vi er af den opfattelse, at særlige konkrete elementer kan have været afgørende for sagernes udfald, men afgørelserne indeholder i vores optik nogle (for) brede (og i visse tilfælde decideret forkerte) formuleringer i forhold til anvendelsen af de traktatretlige principper på undtagne kontrakter. Afgørelserne vedrører “broadcast-undtagelsen” i 2004-udbudsdirektivets artikel 16, litra b (det nuværende direktivs artikel 10, litra b og udbudslovens § 21, nr. 2), og “energi-undtagelsen” i 2004-forsyningsvirksomhedsdirektivets⁴⁰ artikel 26 (det nuværende forsyningsvirksomhedsdirektivs artikel 23).

3.4.1. Danmarks Radio og “broadcast-undtagelsen”

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. februar 2013, *SDI Media A/S mod Danmarks Radio*, vedrørte den såkaldte “broadcast-undtagelse”, hvorefter offentlige tjenesteydelseskontrakter (jf. 2004-udbudsdirektivets artikel 16, litra b) “*om radio- og tv-selskabers indkøb, udvikling, produktion eller samproduktion af programmateriale, der er beregnet til udsendelse, og aftaler om sendetid*” var undtaget direktivets anvendelsesområde. I sagen anførte Danmarks Radio bl.a., at den traktatbestemte offentliggørelsespligt ikke fandt anvendelse på kontrakter undtaget direktiverne i henhold til “broadcast-undtagelsen”, herunder med henvisning til, at EU-Domstolens praksis alene angik B-tjenesteydelser, tjenesteydelseskoncessioner og aftaler med en værdi under tærskelværdierne.⁴¹

Vedrørende denne del af Danmarks Radios anbringender udtalte Klagenævnet for Udbud indledende:

“EUF-traktaten indeholder ikke bestemmelser om fremgangsmåden ved indgåelse af kontrakter om tjenesteydelser, der ikke er omfattet af de specifikke EU-udbudsdirektiver.

40. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.

41. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. februar 2013, *SDI Media A/S mod Danmarks Radio*, s. 15. EU-Domstolens praksis vedrørende autorisationsordninger, jf. C-410/14, *Dr. Falk Pharma mod DAK-Gesundheit*, ECLI:EU:C:2016:399, var ikke fastslået på tidspunktet for sagens afgørelse.

*EU-domstolen har imidlertid i en række afgørelser fastslået, at offentlige myndigheder også ved indgåelse af aftaler, der er undtaget fra udbudsdirektivets regler, er forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende bestemmelser om blandt andet den frie etableringsret og retten til tjenesteydernes frie bevægelighed, jf. TEUF artikel 49 og 56 (tidligere EF-traktatens artikel 43 og 49), samt de deraf udledte principper om ligebehandling af tilbudsgivere, forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og gennemsigtighed. Der kan i den forbindelse henvises til Domstolens dom af 7. december 2000 i sag C-324/98, *Telaustria og Telefonadress*, præmis 60 og 61, dom af 21. juli 2005 i sag C-231/03, *Coname*, præmis 16-19 og dom af 13. oktober 2005 i sag C-458/03, *Parking Brixen*, præmis 46-49. Efter Domstolens faste praksis ved indgåelse af aftaler, som på grund af deres værdi ikke er omfattet af de procedurer, som er fastsat i udbudsdirektivet, jf. artikel 7, forudsætter dette, at de pågældende kontrakter har en klar eller en vis grænseoverskridende interesse. Der kan herved blandt andet henvises til Domstolens dom af 15. maj 2008 i sagerne C-147/06 og C-148/06, *SECAP og Santorso*, præmis 21, samt sag C-159/11 af 19. december 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce og Università del Salento mod Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl.*, præmis 23 med yderligere henvisninger. Tilsvarende gælder for kontrakter omfattet af udbudsdirektivets bilag II B, jf. Domstolens dom af 13. november 2007 i sag C-507/03, *Kommissionen mod Irland*, præmis 29-32⁴² (vores fremhævning).*

Det (i hvert fald ordvalget) forekommer ikke korrekt, når klagenævnet anfører, at EU-Domstolen skulle have slået fast, at traktatprincipperne også gælder ved indgåelse af aftaler, der er *undtaget* fra udbudsdirektivets regler, idet *ingen* af de nævnte afgørelser vedrørte en sådan situation. Som beskrevet ovenfor vedrørte afgørelserne i stedet enten situationer, hvor de pågældende kontrakter *aldrig har været omfattet* af udbudsreglerne, idet den relevante kontraktværdi faldt under udbudsdirektivernes tærskelværdier (og derfor aldrig har været omfattet), eller hvor kontrakterne udgjorde en koncessionsaftale eller en B-tjenesteydelsesaftale, der (heller) *aldrig har været fuldt ud omfattet* af direktiverne.⁴³

Danmarks Radio anførte yderligere som begrundelse for, at de traktatretlige forpligtelser ikke fandt anvendelse i den pågældende situation, at det fremgik af præambelbetragtning nr. 25 i 2004-udbudsdirektivet, at der for så vidt angik TV- og radiotjenesteydelser burde “tages hensyn til forhold af en sådan kulturel

42. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. februar 2013, *SDI Media A/S mod Danmarks Radio*, s. 21.

43. Og det samme gælder for autorisationsordninger, som heller *aldrig har været omfattet* af direktiverne, jf. EU-Domstolens dom i C-410/14, *Dr. Falk Pharma mod DAK-Gesundheit*, ECLI:EU:C:2016:399 (som imidlertid er afsagt efter klagenævnets kendelse).

og samfundsmæssig betydning, at det er uhensigtsmæssigt at lade udbudsreglerne finde anvendelse på dem.” Hertil anførte klagenævnet, at disse hensyn ikke kunne medføre, at traktatforpligtelserne ikke gjaldt i den pågældende situation, idet “DR har oplyst at der er sket offentliggørelse af DR’s hensigt om at indgå de pågældende aftaler. Der er endvidere ikke oplyst omstændigheder, der på baggrund af de nævnte hensyn af kulturel og samfundsmæssig betydning skulle have gjort det nødvendigt ikke at åbne markedet for eventuelle tilbudsgivere i de andre medlemslande.”⁴⁴

Klagenævnet for Udbud anerkendte således, at (måske kun visse) undtagelser fra udbudsdirektiverne også kan undtages fra kravet om passende offentliggørelse efter traktatens bestemmelser. Men klagenævnet lagde i sin vurdering af, om dette konkret var tilfældet også (og måske særlig) vægt på, at DR havde oplyst, at der *allerede var sket* offentliggørelse af DR’s hensigt om at indgå de pågældende aftaler.⁴⁵

Modsætningsvist giver kendelsen også udtryk for, at der kunne være omstændigheder, der på baggrund af de hensyn, som lå til grund for undtagelsesbestemmelsen, kunne nødvendiggøre *ikke* at åbne markedet for eventuelle tilbudsgivere i de andre medlemslande. Det er imidlertid vores opfattelse, jf. også ovenfor, at *udgangspunktet* er det modsatte end det af klagenævnet i sagen anførte, nemlig at der *ikke* gælder en pligt til en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse for en af et udbudsdirektiv eksplicit undtaget kontrakt. Dette udgangspunkt gælder efter vores opfattelse indtil andet er konkret slået fast af EU-Domstolen.

3.4.2. Energinet.dk og “energi-undtagelsen”

Klagenævnet for Udbud har i en kendelse af 20. december 2010, *Smørum Kraftvarme AmbA mod Energinet.dk*, og i en (nærmest) identisk kendelse af 8.

44. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. februar 2013, *SDI Media A/S mod Danmarks Radio*, s. 23.

45. For samme retning af argumentation – men vedrørende kriteriet om klar grænseoverskridende interesse – kan henvises til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 26. august 2021, *Hydro-Charting mod FMI*, jf. også afsnit 3.3.2 ovenfor, hvor en kontrakt på 700.000 kr. vedrørende oprensning af sonardata blev anset for at have klar grænseoverskridende interesse, og hvor Klagenævnet for Udbud bl.a. tillagde det vægt, at FMI i sin annoncering på <www.udbud.dk > selv havde anført, at der var tale om et udbud med klar grænseoverskridende interesse; så kunne FMI ikke bagefter blot efterrationaliserende “finde på det modsatte synspunkt”.

september 2011, *Østermose BioEnergi A/S mod Energinet.dk*, behandlet “energi-undtagelsen” i 2004-forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 26 (nugældende direktivs artikel 23). Begge kendelser vedrørte Energinet.dk's indgåelse af en aftale med DONG Energy om køb af systemydelser i form af reservekraft for Østdanmark. Klagenævnet for Udbud slog kort fast, at dette var en aftale omfattet af “energi-undtagelsen”, da der var tale om en aftale om levering af energi (el). Dermed var aftalen undtaget fra direktivets bestemmelser.

Klagenævnet slog desuden fast, at det fulgte af 2004-udbudsdirektivets artikel 12, 1. pkt., in fine (det nuværende udbudsdirektivs artikel 7 og udbudslovens § 18 stk. 1), at kontrakter, der faldt uden for 2004-forsyningsvirksomhedsdirektivet i medfør af dette direktivs artikel 26 (nugældende artikel 23), heller ikke var omfattet af udbudsdirektivet. Energinet.dk var derfor heller ikke forpligtet til at konkurrenceudsætte den i sagen omhandlede kontrakt i medfør af udbudsdirektivet.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen afgav en vejledende udtalelse⁴⁶ om sagen, forinden klage i sagen blev indgivet til Klagenævnet for Udbud. Heri præsenterede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen en problemstilling om, hvorvidt Energinet.dk yderligere havde været forpligtet til at konkurrenceudsætte kontrakten direkte efter traktatens bestemmelser. Styrelsen tog ikke endeligt stilling til spørgsmålet, mens Klagenævnet for Udbud slog fast, at Energinet.dk ikke havde været forpligtet hertil allerede som følge af, at den konkrete kontrakt om reservekraft ikke kunne antages at have en klar grænseoverskridende interesse. Nævnet vurderede til gengæld ikke, om en traktatbaseret forpligtelse overhovedet eksisterede. Det kan både anføres, at en sådan pligt kunne ligge implicit i en stillingtagen til forholdet om grænseoverskridende interesse, men det kan også anføres, at det er to selvstændige betingelser, hvoraf nævnet kun behandlede den ene. Til støtte for sidstnævnte taler det forhold, at Klagenævnet for Udbud fandt, at

“[s]pørgsmålet om, hvorvidt indklagede har været forpligtet til at konkurrenceudsætte den omhandlede kontrakt ud fra bestemmelserne i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde må i første række afhænge af [...]” (vores fremhævning).

46. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Vejledende udtalelse om ordregivende myndigheders køb af elektricitet*, af 14. juni 2011.

Baggrunden for “energi-undtagelsen” er, at energimarkedet (f.eks. elmarkedet) på tidspunktet for indsættelsen af undtagelsen ikke var liberaliseret og konkurrenceudsat på tværs af medlemsstater, idet det var svært for virksomheder fra andre medlemsstater at få adgang til diverse netværk i en medlemsstat.⁴⁷ Senere er særligt elmarkedet blevet liberaliseret, hvilket også kunne være et bud på baggrunden for, at Klagenævnet for Udbud i kendelsen tog stilling til spørgsmålet om grænseoverskridende interesse.

Ud fra den praksis, som er anført ovenfor i afsnit 3.2 (og som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i øvrigt henviste til i sin forudgående udtalelse), er det vores opfattelse, at Klagenævnet for Udbud *alene* afgjorde sagen på baggrund af kriteriet om klar grænseoverskridende interesse og at dette kriterium er et selvstændigt kriterium fra spørgsmålet om, hvorvidt traktatprincipperne kan føre til en pligt til en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse af eksplicit undtagne kontrakter.⁴⁸

47. Jf. præambelbetragtning nr. 17 i forsyningsvirksomhedsdirektivet fra 1993 (Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation), Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK* (vol. 2, 3rd edition, Sweet & Maxwell 2018), s. 289; Peter Trepte, *Public Procurement in the EU – A Practitioner’s Guide* (2nd edition, Oxford University Press 2007), s. 153.

48. I tillæg til de to kendelser bemærkes, at Klagenævnet for Udbud i sin kendelse af 27. marts 2012, *Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Miljøministeriet* udtalte, at en kontrakt var undtaget fra udbud efter 2004-udbudsdirektivets artikel 16, litra f (det nuværende direktivs artikel 14 og udbudslovens § 22) om forsknings- og udviklingsaftaler, men *ikke* tog stilling, om der alligevel gjaldt en pligt til en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse. Der kan også henvises til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 26. september 2022, *Borch Teknik A/S mod Danmarks Radio*, hvor klagenævnet vurderede, at udbudslovens § 19 (som implementerer det nuværende udbudsdirektivs artikel 8) fandt anvendelse på DR’s køb af ydelser relateret til et offentligt kommunikationsnet. Klagenævnet fastslog, at § 19 fandt anvendelse, og at DR derfor havde været berettiget til at foretage en direkte tildeling af kontrakten *uden* at tage (yderligere) stilling til, om kontrakten skulle have været offentliggjort og/eller konkurrenceudsat efter traktatens principper. Det bemærkes dog, at det i dag følger af § 10, stk. 1, 2. pkt., i lov om Klagenævnet for Udbud (lov nr. 492 af 12. maj 2010, ændret af relevans for det anførte ved lov nr. 618 af 14. juni 2011 og senest ændret af lov nr. 884 af 21. juni 2022), at Klagenævnet for Udbud er underlagt forhandlingsmaksimen, modsat forinden ændringen i 2011, hvor nævnet var underlagt officialmaksimen. Dette *kan* have været afgørende for sagerne, idet det så vidt ses ikke blev gjort gældende i de to kendelser, at der gjaldt en pligt til en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse efter traktatens principper.

3.5. Afsluttende bemærkninger

Det er på baggrund af det i denne artikel anførte vores opfattelse og fortolkning, at de hidtidige domme fra EU-Domstolen vedrørende rækkevidden af en traktatbaseret forpligtelse til at skabe en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse vedrørende offentlige kontrakter sandsynligvis ikke – uden EU-Domstolens eksplicitte stillingtagen hertil – kan række så langt, at den også omfatter de situationer, hvor EU-lovgiver eksplicit har taget stilling til og undtaget specifikke situationer fra udbudspligten. Dette støttes efter vores opfattelse af EU-Domstolens egen praksis, som ikke er fortolket videre, end at traktatforpligtelserne gælder for aftaler med en værdi under tærskelværdierne, (tidligere) koncessionskontrakter, (tidligere) B-tjenesteydelseskontrakter og autorisationsordninger, hvor alle virksomheder kan deltage (hvis visse saglige krav opfyldes). Det støttes i øvrigt af EU-lovgivers egen holdning og tilgængelig praksis i andre medlemsstater.

Herudover bemærkes, at det ligger uden for denne artikels sigte at gennemgå de enkelte undtagelser i udbudsdirektiverne og -loven, men det er på baggrund af ovenstående vores opfattelse, at baggrunden for at undtage kontrakter generelt og som udgangspunkt må kunne henledes til, (1) at det ikke giver mening at iagttage en forpligtelse om en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse for de pågældende (typer af) kontrakter, f.eks. fordi (salg på) et marked er lovgivningsmæssigt kontrolleret, eller (2) at medlemsstaterne specifikt har valgt, at der for den pågældende (type af) kontrakt ikke kræves nogen offentlighed og/eller art konkurrenceudsættelse, idet undtagelserne generelt må anses for udtryk for et kompromis mellem EU's medlemsstater for at kunne opnå enighed om vedtagelsen af et direktiv med et hovedformål om offentliggørelse og konkurrenceudsættelse af offentlige kontrakter.

I den forbindelse kan eksempelvis henvises til undtagelsen, hvorefter udbud med forhandling kan anvendes i situationer, hvor alene én virksomhed kan levere en ydelse. Her giver det selvsagt ikke mening (som også anført af *Steinicke*, jf. afsnit 3.1 ovenfor), at kræve en vis offentlighed og/eller konkurrenceudsættelse. Men heller ikke de øvrige undtagelser tilsiger en sådan pligt, jf. eksempelvis den såkaldte udvidede *in-house*-undtagelse, jf. udbudslovens §§ 12-14, hvor der efter vores opfattelse heller ikke gælder en pligt til en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse, hvis betingelserne for, at en ordregiver kan indgå kontrakt med en juridisk person, som ordregiveren kontrollerer, er opfyldt. Det samme gælder efter vores opfattelse for eksempelvis

aktiehandel, jf. udbudslovens § 21, nr. 5, køb på en varebørs, jf. udbudslovens § 81, stk. 1, nr. 3, “force majeure-undtagelsen”, jf. udbudslovens § 80, stk. 5, ansættelseskontrakter, jf. udbudslovens § 21, nr. 7, og alle de øvrige undtagelser, som findes i udbudsloven.

Vi er således af den opfattelse, at traktatprincipperne *ikke* fører til en pligt til en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse for kontrakter, som ikke er omfattet af udbudsdirektiverne eller -loven, medmindre EU-Domstolen har fundet, at dette konkret er tilfældet – og dette er alene sket for fire kontrakttyper, som efter vores opfattelse adskiller sig fra de eksplicit undtagne kontrakter.

4. Konklusion

Vi har i dette bidrag søgt at afdække, hvor langt den retsstilling, som EU-Domstolen har fastlagt for bl.a. kontrakter med en værdi under udbudsdirektivernes tærskelværdier, kan udstrækkes, særligt i relation til kontrakter, som eksplicit er undtaget fra direktivernes anvendelsesområde.

Der er forskellige tilgange til spørgsmålet i litteraturen, men en undersøgelse af EU-Domstolens praksis viser, at Domstolen generelt – men også kun – har beskæftiget sig med fire typer af aftaler, nemlig (1) aftaler med en værdi under tærskelværdierne, (2) koncessionsaftaler, (3) B-tjenesteydelsesaftale og (4) autorisationsordninger, hvor alle virksomheder kan deltage (hvis visse saglige krav opfyldes).

Det er på denne baggrund vores holdning og fortolkning, at dommene fra EU-Domstolen vedrørende rækkevidden af en traktatbaseret forpligtelse til at skabe en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse vedrørende offentlige kontrakter *ikke* – uden EU-Domstolens eksplicite stillingtagen hertil – bør kunne udstrækkes til også at omfatte de situationer, hvor EU-lovgiver eksplicit har taget stilling til og undtaget specifikke situationer fra udbudspligten, og dermed indføre retlige handlepligter i et omfang, som fjerner indholdet i undtagelsen. I den forbindelse henvises særligt til den retsikkerhed, en sådan retstilstand vil medføre; en retsikkerhed, som i dag er reduceret, idet sondringen mellem A- og B-tjenesteydelser er forladt i de seneste udbudsdirektiver, og da koncessionsaftaler er reguleret i det særskilte koncessionsdirektiv, mens (for så vidt angår Danmark, men også i visse andre medlemsstater) aftaler med en værdi under tærskelværdierne er reguleret eksplicit i udbudsloven og tilhørende bekendtgørelse. Men en retsikkerhed, som (igen) vil forøges,

hvis der generelt opereres med en forståelse af, at eksplicit undtagne kontrakter er omfattet af en pligt til en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse.

Vores opfattelse støttes af, at baggrunden for undtagelserne i direktiverne må kunne henledes til, (1) at det ikke giver mening at iagttage en forpligtelse om en vis offentlighed og/eller en art konkurrenceudsættelse af de pågældende (typer af) kontrakter, f.eks. fordi (salg på) et marked er lovgivningsmæssigt kontrolleret, eller (2) at medlemsstaterne specifikt har valgt, at der for den pågældende (type af) kontrakt ikke kræves nogen offentlighed og/eller art konkurrenceudsættelse, idet undtagelserne generelt må anses for udtryk for et kompromis mellem EU's medlemsstater for at kunne opnå enighed om vedtagelsen af et direktiv med et hovedformål om offentliggørelse og konkurrenceudsættelse af offentlige kontrakter.

Opfattelsen støttes desuden af, at EU-lovgiver flere forskellige steder *alene* har givet udtryk for, at de traktatretlige forpligtelser medfører en offentliggørelses- og/eller konkurrenceudsættelsespligt for så vidt angår fire specifikt nævnte typer af kontrakter/ordninger, ligesom praksis fra øvrige medlemsstater i flere tilfælde har slået fast, at en kontrakt (korrekt) var undtaget udbudsdirektiverne uden at foretage en efterfølgende vurdering af eventuelle traktatretlige principper om en vis offentlighed og/eller art konkurrenceudsættelse eller konsekvensen af disse princippers anvendelse.

Der er dog en dansk afgørelse fra Klagenævnet for Udbud, som medvirker til, at retstilstanden sløres, men med tanke på det i øvrigt anførte i dette bidrag, er det vores opfattelse, at denne afgørelse ikke kan tillægges afgørende vægt.