

Dansk Forening for Udbudsret – 30. september 2014

EU-domstolens dom af 11. september 2014 i sag C-19/13,
Fastweb – fra et ordregiverperspektiv

v/ Morten Kroon
Partner, advokat (H)
25 43 03 17
kro@kammeradv.dk



Håndhævelsesloven

› Håndhævelseslovens § 4, stk. 1:

› En ordregiver har mulighed for at sikre, at en kontrakt i de tilfælde, der er nævnt i § 17, stk. 1, nr. 1, ikke erklæres for uden virkning, hvis:

1. ordregiveren forud for kontraktindgåelsen har offentliggjort en profylaksebekendtgørelse
2. kontrakten ikke er indgået inden udløbet af 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort, og
3. ordregiveren **finder**, at indgåelsen af kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse **er tilladt i henhold til EU-udbudsreglerne**.

Kontrolldirektivet

› Direktiv 89/665/EF artikel 2d, stk. 4:

› Medlemsstaterne fastsætter, at denne artikels stk. 1, litra a), ikke finder anvendelse, hvis

1. den ordregivende myndighed **finder**, at tildeling af en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende er tilladt i henhold til direktiv 2004/18/EF
2. den ordregivende myndighed i Den Europæiske Unions Tidende har offentliggjort en bekendtgørelse, som beskrevet i dette direktivs artikel 3a, hvoraf det fremgår, at myndigheden agter at indgå kontrakten, og
3. kontrakten ikke er indgået inden udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.

Bemærkninger til § 4

- › ”[...] Da der for visse offentlige kontrakter kan være tvivl om, hvorvidt udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet finder anvendelse, fastlægger kontroldirektiverne, at medlemsstaterne skal indføre en sådan bestemmelse. [...]
- › Opfylder ordregiveren de tre betingelser, finder bestemmelsen anvendelse.
- › Ordregiveren kan fx anvende bestemmelsen, hvis ordregiveren finder, at en kontrakt kan kategoriseres som in-house, og som følge heraf er undtaget fra udbudsreglerne. En anden gråzone kan være de tilfælde, hvor ordregiveren finder, at kontrakten er af en sådan karakter, at udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke finder anvendelse i sin helhed, fx ved indgåelse af kontrakter om tjenesteydelser listet i bilag II B i udbudsdirektivet.
- › Såfremt Klagenævnet på et senere tidspunkt vil træffe afgørelse om, at en kontrakt ikke lovligt kunne indgås uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og Klagenævnet vurderer, at ordregiveren har foretaget en åbenbar urigtig vurdering med hensyn til, at udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke finder anvendelse, kan Klagenævnet erklære kontrakten for uden virkning.
- › Klagenævnets vurdering af, hvorvidt ordregiveren har foretaget en åbenbar urigtig vurdering, må ske ud fra en objektiv vurdering af overtrædelsens karakter, hvor udbudsreglernes klarhed bør indgå i vurderingen. Den begrundelse, som ordregiveren har angivet i bekendtgørelsen, jf. stk. 2, nr. 3, kan inddrages i Klagenævnets vurdering. [...]

Konica Minolta

- › Klagenævnet har i kendelse af 5. december 2011, Konica Minolta Business Solution Denmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland, fastslået, at der ikke er hjemmel til en sådan efterfølgende tilsidesættelse af ordregivers vurdering af tilladeligheden.
- › Klagenævnet henviste til lovbemærkningerne:
- › *“Såfremt Klagenævnet på et senere tidspunkt vurderer, at ordregiveren har foretaget en åbenbar urigtig vurdering med hensyn til udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke finder anvendelse, kan Klagenævnet erklære kontrakten for uden virkning.”*
- › Klagenævnet udtalte:
- › *“Det i lovbemærkningen anførte er ikke kommet til udtryk i lovteksten. Det modsvares heller ikke af tilsvarende angivelser i Europarlamentet og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af kontroldirektiverne.”*
- › Klagenævnet fandt, at: *”[henset] til ordlyden af lov om håndhævelse af udbudsreglerne § 4 og den EU-retlige baggrund i direktiv 2007/66/EF finder klagenævnet, at den pågældende lovbemærkning ikke hjemler en efterfølgende tilsidesættelse af en ordregivers vurdering af tilladeligheden af at indgå kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.”*
- › Kendelsen slår således fast, at Klagenævnet ikke har hjemmel til at efterprøve ordregivers skøn, når ordregiver ”finder” og i yderste konsekvens tilsidesætte en profylaksebekendtgørelse samt erklære den pågældende kontrakt for uden virkning.

Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet

- › Østre Landsrets dom af 20. december 2013, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, Center for Beredskabskommunikation (tidl. SINE-sekretariatet):

- › Landsretten tog ikke udtrykkelig stilling til spørgsmålet om, hvorvidt der var hjemmel til en efterfølgende tilsidesættelse af ordregivers vurdering af tilladeligheden, men lægger efter bevisførelsen, herunder udtalelser fra Kammeradvokaten, til grund, at "*CFB's vurdering af at indgåelse af Forligsaftalen med Terma A/S var tilladt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i henhold til EU-udbudsreglerne, ikke var en åbenbart urigtig vurdering*".

- › Hermed indikerer landsretten, at forarbejderne har hjemmel til efterprøvelse (fx en fortolkning af ligebehandlingsprincippet som indeholdende et krav om effektiv håndhævelse)
 - › Muligvis Domstolens dom af 24. juni 2004 i sag C-212/02, Kommissionen mod Østrig, præmis 20, der fastslår, at "bestemmelserne i direktiv 89/665 og direktiv 92/13, som tilsigter at beskytte de bydende mod vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side, skal styrke de gældende mekanismer til sikring af en effektiv anvendelse af fællesskabsbestemmelserne vedrørende offentlige kontrakter, især på et stadium, hvor overtrædelserne endnu kan bringes til ophør (dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 23). En sådan beskyttelse er ikke effektiv, såfremt den bydende ikke kan påberåbe sig disse regler over for den ordregivende myndighed." [mine understregninger]

- › Sagen er anket til Højesteret og forventes hovedforhandlet i 2015.

HSHANSEN MOD BYGNINGSSTYRELSEN

- › Seneste praksis på området er Klagenævnets kendelse af 11. marts 2014, HSHansen mod Bygningsstyrelsen. Klagenævnet udtalte, at Bygningsstyrelsen ikke havde været berettiget til at gå i udbud med forhandling efter udbudsdirektivets art. 30, stk. 1, litra a.
- › Alligevel kunne kontrakten ikke erklæres for uden virkning, da Bygningsstyrelsen havde fulgt reglerne om offentliggørelse af profylaksebekendtgørelse og efterfølgende standstillperiode.
- › Hermed fastholdt Klagenævnet, at en profylaksebekendtgørelse, der overholder fristerne i håndhævelseslovens § 4, beskytter mod ”uden virkning”, også hvor klage var indgivet til Klagenævnet inden indrykning af profylaksebekendtgørelse.
- › Landsrettens dom har således ikke ændret Klagenævnets praksis.

Fastweb - sagens faktiske omstændigheder

- › Sagen C-19/13, Fastweb, vedrører en direkte tildeling af en rammeaftale angående telekommunikationsydelser (dvs. uden afholdelse af udbud). Aftalen var indgået i 2003 for syv år. Ny aftale blev indgået i december 2011 til en værdi på over 0,5 mia. euro, og en samlet kontraktperiode på syv år. Den ordregivende italienske myndighed indrykkede en bekendtgørelse med oplysninger om, at kontrakten ville blive indgået, og stand-still perioden på 10 dage blev samtidig iagttaget.

- › Tribunale amministrative regionale:
 - › Annullerede tildelingsbeslutningen og fandt, at kontrakten ikke var uden virkning ex tunc, da betingelserne for undtagelsen fra den generelle regel om uden virkning var opfyldt. Besluttede dog med henvisning til italiensk lov at kontrakten var uden virkning ex nunc.

- › Consiglio di Stato:
 - › Baggrunden var ikke en objektiv umulighed, men at anvendelse af andre aktører ville være ”uhensigtsmæssig”.
 - › Stadfæstede annullationen med henvisning til at Ministero dell’ interno ikke havde godtgjort, at betingelserne for at benytte proceduren for udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse var opfyldt
 - › Da den imidlertid var i tvivl om, hvilke konsekvenser der burde drages af sådan annullation med til virkningerne af den omhandlede kontrakter og artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665, udsatte Consiglio di Stato sagen og forelagde EU-Domstolen et præjudicielt spørgsmål.

Præjudicielt spørgsmål

- › ”hvis en ordregivende myndighed inden direkte tildeling af kontrakten ... har offentliggjort bekendtgørelsen med henblik på frivillig gennemsigtighed og ventet mindst ti kalenderdage inden indgåelse af kontrakten, **må den nationale retsinstans automatisk – aldrig og under ingen omstændigheder – beslutte, at kontrakten er »uden virkning«, selv om det er lagt til grund, at de bestemmelser, hvorefter kontrakten på bestemte betingelser må tildeles uden afholdelse af en udbudsprocedure, er blevet tilsidesat.**”

Generaladvokat Bot og Domstolen

› Bot pkt. 40:

”To my way of thinking, Article 2d(4) of Directive 89/665 cannot introduce an automatic mechanism of that nature, at the risk of compromising the effectiveness of the provisions introduced by the EU legislature in Directive 2007/66 and of infringing some of the fundamental principles recognised by that legislature vis-à-vis the economic operator who has been adversely affected.”

› Domstolens præmis 52:

”Hvis den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, konstaterer, at betingelserne i artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 ikke er opfyldt, skal den i så fald erklære kontrakten »uden virkning« i overensstemmelse med reglen i artikel 2, stk. 1, litra a). Instansen fastsætter følgerne af, at kontrakten betragtes som værende uden virkning i medfør af artikel 2d, stk. 2, i direktiv 89/665, i overensstemmelse med national ret.”

Generaladvokat Bot og Domstolen (fortsat)

› Bot pkt. 44:

”It was in order to guarantee the effective application of those principles and effective judicial protection for the tenderers concerned against the risks of favouritism or arbitrary behaviour on the part of the contracting authority that the EU legislature chose, in Directive 2007/66, to strengthen the effectiveness of proceedings brought in the Member States by persons with an interest in obtaining a specific contract and adversely affected by an alleged infringement.”

› Domstolens præmis 46:

”Med henblik på at nå de i artikel 1, stk. 1, tredje afsnit, i direktiv 89/665 fastsatte mål, bl.a. tilvejebringelsen af effektive retsmidler mod de ordregivende myndigheders beslutninger, som er i strid med bestemmelserne vedrørende offentlige kontrakter, bør den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, imidlertid **udøve en effektiv kontrol** ved undersøgelsen af, om betingelserne i artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 er opfyldt.”

Generaladvokat Bot og Domstolen (fortsat)

› Bot pkt. 52 (hovedregel):

”That being so, if the review body finds that the award of a public contract by negotiated procedure without prior publication of a contract notice is unlawful, it must annul the contract and declare it ineffective so as to restore competition and to create new business opportunities for the economic operator who has been adversely affected.”

› Domstolens præmis 38 (hovedregel):

”Artikel 2d, stk. 1, litra a), i direktiv 89/665 kræver i denne henseende, at den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, fastslår, at en kontrakt betragtes som værende uden virkning, når den ordregivende myndighed har tildelt en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, og dette ikke er tilladt i henhold til direktiv 2004/18.”

Generaladvokat Bot og Domstolen (fortsat)

› Bot pkt. 54 (undtagelse):

”What is more, an exception to the general rule is allowed under Article 2d(4) of Directive 89/665, the wording and scope of which I must now interpret here.”

› “the contracting authority **believed** that conclusion ... was permissible”.

› Domstolens præmis 39 (undtagelse):

”EU-lovgiver fastsatte imidlertid i artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 en undtagelse til denne regel om at kontrakt betragtes som værende uden virkning. Ifølge denne bestemmelse finder denne regel for det første ikke anvendelse, hvis den ordregivende myndighed **vurderer** (”**considers**”), at tildeling af en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende*, er tilladt i henhold til direktiv 2004/18, for det andet hvis den ordregivende myndighed i *Den Europæiske Unions Tidende* har offentliggjort en bekendtgørelse, som beskrevet i dette direktivs artikel 3a, hvoraf det fremgår, at myndigheden agter at indgå kontrakten, og for det tredje hvis kontrakten ikke er indgået inden udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.”

Generaladvokat Bot og Domstolen (fortsat)

› Bot pkt. 57:

”It is perfectly clear from recitals 13, 14 and 26 to Directive 2007/66 that, by introducing that exception to the general rule, the EU legislature is seeking to reconcile the various interests in play, that is to say, the interests of the undertaking that has been adversely affected, to which it is important to make available the remedies of pre-contractual interim relief and of annulment of the contract unlawfully concluded, and the interests of the contracting authority and the undertaking selected, which entails the need to prevent the legal uncertainty that might be engendered by the ineffectiveness of the contract.”

› Domstolens præmis 44:

”Således som generaladvokaten har fremhævet i punkt 57 i forslaget til afgørelse, har EU-lovgiver ved indførelsen af denne undtagelse i artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 til reglen om at kontrakten skal anses for at være uden virkning søgt at forene de forskellige berørte parters interesser, nemlig interessen for den skadelidte virksomhed, som skal sikres muligheden for at klagen behandles før indgåelse af kontrakten og at den ulovligt indgåede kontrakt annulleres, og interessen for den ordregivende myndighed og for den udvalgte virksomhed, hvilket indebærer, at den retsusikkerhed, der kan opstå på grund af retsvirkningen »uden virkning«, undgås.”

Generaladvokat Bot og Domstolen (fortsat)

› Bot pkt. 61:

”To my mind, the discretion accruing to the review body is to be found in the review that it must undertake as to whether the conditions laid down in Article 2d(4) of Directive 89/665 — and, in particular, the first condition — were satisfied.”

› Domstolens præmis 50:

”In its review, the review body is under a **duty** to determine whether, when the contracting authority took the decision to award a contract by means of a negotiated procedure without prior publication of a contract notice, it acted diligently [**udvist den fornødne omhu**] and whether it could legitimately hold that the conditions laid down in Article 31(1)(b) of Directive 2004/18 were in fact satisfied. [**afvigelse fra Bot i argumentation**]

Fransk version: ”a agi de maniere diligente et s’il pouvait estimer que...”

Dansk oversættelse: ”at undersøge, om den ordregivende myndighed har udvist den fornødne omhu, og om den ordregivende myndighed kunne vurdere, at betingelserne...”

Generaladvokat Bot og Domstolen (fortsat)

› Bot pkt. 62:

”If the review body finds that the conditions laid down in Article 2d(4) of Directive 89/665 were met, it is then required to maintain the effects of the contract in accordance with the wording and objective of that provision. If, on the other hand, the review body finds upon completing its review that those conditions were not satisfied, it must then declare the contract to be ineffective in accordance with the rule laid down in Article 2d(1)(a) of Directive 89/665 and, in that connection, it enjoys the discretion conferred on it under Article 2d(2) of the directive.”

› Domstolens præmis 52-53:

”Hvis den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, konstaterer, at betingelserne i artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665 ikke er opfyldt, skal den i så fald erklære kontrakten »uden virkning« i overensstemmelse med reglen i artikel 2, stk. 1, litra a). Instansen fastsætter følgerne af, at kontrakten betragtes som værende uden virkning i medfør af artikel 2d, stk. 2, i direktiv 89/665, i overensstemmelse med national ret.

Hvis instansen til gengæld konstaterer, at disse betingelserne er opfyldt, har den pligt til at opretholde kontraktens virkninger i henhold til artikel 2d, stk. 4, i direktiv 89/665.”

Generaladvokat Bot og Domstolen (fortsat)

› Bot pkt. 80:

”I therefore consider it essential that, in the course of its verification of the conditions laid down in Article 2d(4) of Directive 89/665, the review body assess the conduct of the contracting authority. In my view, it should, in particular, determine whether the contracting authority acted in good faith and with due diligence when concluding the contract and whether the reasons it has given for awarding the contract by a negotiated procedure without publishing a contract notice in the Official Journal are or were legitimate.”

- › Modsat Domstolen argumenterer Bot således for, at uanset at kontroldirektivets formulering af undtagelsen ordlydsmæssigt ikke overlader en klageinstans et skøn, må en klageinstans skulle vurdere, om en ordregiver var i **god tro**.
- › Domstolen fastsætter imidlertid i præmis 50 (uddybet i præmis 51 og 48) et krav om en **objektiv vurdering** af, hvorvidt ordregiver har udvist den fornødne omhu da den vurderede, at en kontrakt kunne indgås uden forudgående gennemførelse af et EU-udbud.

Generaladvokat Bot og Domstolen (fortsat)

- › Dette er på linje med de specielle bemærkninger til håndhævelsesloven § 4:

”Klagenævnets vurdering af, hvorvidt ordregiveren har foretaget en **åbenbar urigtig vurdering**, må ske ud fra en **objektiv vurdering** af overtrædelsens karakter, hvor **udbudsreglernes klarhed bør indgå i vurderingen**. Den begrundelse, som ordregiveren har angivet i bekendtgørelsen, jf. stk. 2, nr. 3, kan [**efter Fastweb: SKAL bl.a.**] inddrages i Klagenævnets vurdering”

Generaladvokat Bot og Domstolen (fortsat)

› Præmis 51:

”Blandt de forhold, som denne instans med henblik herpå skal tage hensyn til, fremgår de **omstændigheder og grunde**, som er nævnt i den i artikel 2d, stk. 4, andet led i direktiv 89/665 fastsatte bekendtgørelse, og som førte den ordregivende myndighed til at anvende den i artikel 31 i direktiv 2004/18 fastsatte udbud efter forhandling.”

› Præmis 48:

”I sidstnævnte henseende skal den nævnte begrundelse **klart og utvetydigt angive de betragtninger**, der ligger til grund for den ordregivende myndigheds vurdering af, at den kunne indgå kontrakten uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, **med henblik på at gøre det muligt for de interesserede parter** under fuldt kendskab til sagen **at afgøre, om sagen skal indbringes** for den instans, der er ansvarlig for klageproceduren, og for sidstnævnte at udøve en effektiv kontrol.”

Generaladvokat Bot og Domstolen (fortsat)

› Bots konklusion:

”Article 2d(4) [...], read in the light of the principle of equal treatment and of the right to an effective remedy, is to be interpreted as meaning that it does not preclude a Member State from allowing the review body freedom to assess the extent to which a contract concluded without prior publication of a contract notice in the Official Journal of the European Union must be declared ineffective, if it finds that, despite having published a notice in the Official Journal announcing its intention of concluding the contract and having observed the minimum standstill period of 10 days between the award of the contract and its signature, the contracting authority has **deliberately and intentionally infringed** the rules on advertising and competitive procedure laid down in Directive 2004/18/EC [...].”

› Domtolens konklusion:

”Artikel 2d, stk. 4, i [...] skal fortolkes således, at såfremt en offentlig kontrakt indgås uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende, skønt dette ikke var godkendt i henhold til [...] direktiv nr. 2004/18/EF [...], udelukker denne bestemmelse, at kontrakten betragtes som værende uden virkning, når de betingelser, der er fastsat i den nævnte bestemmelse, er **opfyldt**, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at **efterprøve**.”

›

Generaladvokat Bot og Domstolen (fortsat)

- › Disse konklusioner er for praktisk anvendelse på linje med hinanden, da den test, som Domstolen opstiller, nødvendigvis kommer til samme resultat (ond tro = ikke udvist fornøden omhu = åbenbar urigtig vurdering). Domstolen anlægger dog en mere **objektiv vurdering**.
- › Såfremt Domstolen havde benyttet generaladvokatens argumentation om god tro, ville ordregiver formentlig kunne få en advokat eller en anden udbudsretlig ekspert til at afgive en udtalelse om, at ordregiver godt kunne indgå kontrakt uden et EU-udbud, og dermed have dokumentation for, at denne var i god tro!
- › Er Domstolens tilgang derfor mere hensigtsmæssig ud fra et synspunkt om retssikkerhed og ligebehandling?

Konsekvens

- › Det står med dommen klart, at man ikke længere kan profylakse sig ud af alt.
- › Begrundelsen i profylaksebekendtgørelsen tillægges meget stor vægt.

Domstolens test

- › Klageinstansen er **forpligtet** til at ved beslutning om at indgå en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse at undersøge, om ordregiver har
 - › udvist den **fornødne omhu** da den vurderede, at en kontrakt kunne indgås uden forudgående gennemførelse af et EU-udbud.
 - › Den danske oversættelse af præmis 50 indikerer, at det afhænger af, hvorvidt ordregiver faktisk var i stand til at vurdere, om betingelserne for en lovlig indgåelse af kontrakt var opfyldt (svært ved uklar retsstilling/hjemmel – ”udbudsreglernes klarhed” i forarbejderne).

- › Klageinstansen **skal** bl.a. tage hensyn til de **omstændigheder og grunde**, der er anført som **begrundelse** i den offentliggjorte profylaksebekendtgørelse.

- › Den nævnte begrundelse skal **klart og utvetydigt angive de betragtninger (omstændigheder og grunde)**, der ligger til grund for den ordregivende myndigheds vurdering af, at den **finder**, at kontrakten kunne indgås uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Begrundelsen skal være så fyldestgørende, at **interesserede parter** under fuldt kendskab til sagen kan **afgøre, om sagen skal indbringes** for en klageinstans.

Konsekvens - Hjemmel til forarbejderne

- › Nu er der klar hjemmel til de specielle bemærkninger til håndhævelseslovens § 4:

”Såfremt Klagenævnet på et senere tidspunkt vil træffe afgørelse om, at en kontrakt ikke lovligt kunne indgås uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og Klagenævnet vurderer, at ordregiveren har foretaget en **åbenbar urigtig vurdering** (= **ikke har udvist den fornødne omhu, da den vurderede, at en kontrakt kunne indgås uden forudgående gennemførelse af et EU-udbud**) med hensyn til, at udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet ikke finder anvendelse, kan Klagenævnet erklære kontrakten for uden virkning.

Klagenævnets vurdering af, hvorvidt ordregiveren har foretaget en åbenbar urigtig vurdering, må ske ud fra en **objektiv vurdering** af overtrædelsens karakter, hvor udbudsreglernes klarhed bør indgå i vurderingen. Den begrundelse, som ordregiveren har angivet i bekendtgørelsen, jf. stk. 2, nr. 3, kan (læs: **skal**) inddrages i Klagenævnets vurdering.”

Konsekvens (fortsat)

- › Dommen betyder, at kontrakter indgået ved direkte tildeling uden forudgående offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse kan - og i nogle tilfælde skal - erklæres for uden virkning, selvom ordregiver før indgåelse af kontrakten har offentliggjort en profylaksebekendtgørelse og afventet standstill-perioden på 10 dage.
- › Enhver ordregiver, der anvender en profylaksebekendtgørelse, bør derfor foretage en nøje vurdering af, om den påtænkte kontrakt er udbudspligtig, og hvorvidt det uddybende begrundelseskrav kan opfyldes – og afspejle det i begrundelsen.
- › Vi vil formentlig kun se, at Klagenævnet erklærer en kontrakt for uden virkning, når retsstillingen er fuldstændig klar, og det er evident, at ordregiver ud fra en objektiv vurdering ikke kunne indgå den pågældende kontrakt uden forudgående gennemførelse af et EU-udbud.
- › Derfor ændrer dommen næppe så meget i praksis, om end nok i teorien.