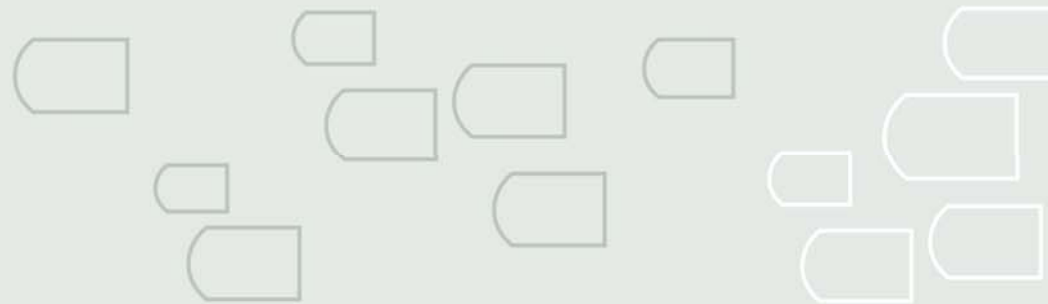


BECH-BRUUN



## EF-domstolens praksis på udbudsområdet i 2007

Advokat Simon Evers Hjelmberg, Bech-Bruun  
E-mail: [seh@bechbruun.com](mailto:seh@bechbruun.com)



## Statistik – EF-domstolen – 2007

- Indenfor udbudsområdet (herunder art. 43/49) har
- EF-domstolen afsagt:
  - 13 domme
  - 2 kendelser
- GA-advokaterne fremsat
  - 6 forslag til afgørelser



## Oversigt

- **In-house**
  - Jean Auroux, sag C-220/05, dom af 18. januar 2007
  - "Tragsa", sag C-295/05, dom af 19. april 2007
- **Direkte køb – begrundet i EF-traktatens artikel 296**
  - "Agusta Bell" , sag C-337/05, forslag af 10. juli 2007, Kommissionen mod Italien
- **Ophævelse af kontrakt**
  - Kommissionen mod Tyskland, sag C-503/04, dom af 18. juli 2007
- **Om grænserne for pligt til ligebehandling**
  - "An Post", sag C-507/03, dom af 13. november 2007, Kommissionen mod Irland
- **For mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten**
  - Bayerischer Rundfunk m.fl., sag C-337/06, dom af 13. december 2007



## In-house

Jean Auroux, sag C-220/05, dom af 18. januar 2007

- **Om opførelse af et fritidscentrum i Roanne Kommune (Frankrig).**
- **Der var tale om en bygge- og anlægskontrakt:**
  - Kontraktparten skulle opføre bygninger, som skulle sælges til tredjemand, samt p-pladser og veje, som skulle sælges til kommunen.
  - Den økonomiske og tekniske funktion af resultatet af arbejderne var et byggearbejde og kontrakten vedrørte behov fastlagt af kommunen.
- **Der forelå ikke en in-house relation i forhold til kontraktparten:**
  - Den udvidede in-house regel har to betingelser:
    - Myndigheden skal udøve kontrol med kontraktparten.
    - Hovedparten af kontraktpartens aktiviteter skal udføres for den eller de myndigheder, som ejer kontraktparten.
  - Der forelå privat medejerskab, og dette udelukker "in-house".



## In-house

“Tragsa”, sag C-295/05, dom af 19. april 2007

- Et statsligt selskab.
- Formål at udføre tjenesteydelser vedr. landbrug, skovbrug forebyggelse af katastrofer, teknisk bistand m.v., på eksklusivt grundlag for statsforvaltningen, regionerne m.fl.
- “Tragsa og dets datterselskaber er et særligt operationel organ og teknisk tjeneste for den almindelige statslige forvaltning samt forvaltningerne i alle de pågældende selvstyrende regioner.”
- Tragsa er forpligtet til at udføre de arbejder, som overdrages.
- De rekvirerende myndighed skal betale Tragsa’s omkostninger.



## In-house

“Tragsa”, sag C-295/05, dom af 19. april 2007

- **Problemstilling – er in-house betingelserne opfyldte:**
  - **Myndigheden skal udøve kontrol med kontraktparten.**
    - Tragsa ejes reelt af staten (fire regionerne en symbolsk andel).
    - Generaladvokaten: Der er tale om en fælles operationel tjeneste, hvis alle har en reel indflydelse.
    - Domstolen: In-house i forhold til de regioner, som ejer en andel.
  - **Hovedparten af kontraktpartens aktiviteter skal udføres for den eller de myndigheder, som ejer kontraktparten.**
    - Dette anses opfyldt (55 % for regionerne, 35 % for staten).



## Direkte køb – begrundet i EF-traktatens artikel 296

"Agusta Bell" , sag C-337/05, GA-forslag af 10. juli 2007, Kommissionen mod Italien

- Sagen er en traktatbrudssag iht. EF-traktatens artikel 226.
- Sagen vedrører spørgsmålet om lovligheden af, at Den italienske stat uden afholdelse af udbud har tildelt kontrakter om indkøb af helikoptere til selskabet "Agusta". Denne praksis har stået på i 30 år.
- Kontrakterne blev indgået for at opfylde behovene hos de militære enheder i brandvæsenet, hos Carabinieri, hos statens skovvagt, hos kystvagten, hos told- og afgiftspolitiet, hos statspolitiet og civilforsvarsstyrelsen.



## Direkte køb – begrundet i EF-traktatens artikel 296

"Agusta Bell" , sag C-337/05, forslag af 10. juli 2007, Kommissionen mod Italien

- **Udbudsdirektivets art. 10, Kontrakter inden for forsvarsområdet**
  - Dette direktiv finder anvendelse på offentlige kontrakter, der indgås af ordregivende myndigheder på forsvarsområdet, jf. dog bestemmelserne i traktatens artikel 296.
- **EF-traktatens artikel 296, stk. 1, litra b,**
  - b) hver medlemsstat kan træffe de foranstaltninger, som den anser for nødvendige til beskyttelse af sine væsentlige sikkerhedsinteresser, og som vedrører fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel; disse foranstaltninger må ikke forringe konkurrencevilkårene inden for fællesmarkedet for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål.





## Direkte køb – begrundet i EF-traktatens artikel 296

”Agusta Bell” , sag C-337/05, forslag af 10. juli 2007, Kommissionen mod Italien

- Generaladvokaten fandt, at betingelserne for direkte køb ikke var opfyldte.
- Generaladvokatens forslag til afgørelse var begrundet i:
  - De foranstaltninger, som medlemsstaterne træffer iht. artikel 296, skal være nødvendige for at beskytte dens væsentlige sikkerhedsinteresser.
  - Medlemsstaten skal bevise, at varerne er bestemt specielt til militære formål.
  - Hypotetisk anvendelse til militære formål er ikke tilstrækkeligt.
  - Varer med dobbelt anvendelse er ifølge GA udelukket herfra.
  - Medlemsstaten skal bevise, at der er særligt behov for fortrolighed.
  - Åbenbart uforholdsmæssigt at udelukke konkurrence i en hel industrisektor (udbud) ud fra ønsket om at beskytte fortroligheden i forhold til de militære elementer.



## Ophævelse af kontrakt

Kommissionen mod Tyskland, sag C-503/04, dom af 18. juli 2007

- **Gennemgået på et tidligere møde i foreningen.**
  - Begrænset pligt til ophævelse af en indgået kontrakt.
  - Skelne – slet ikke afholdt udbud og andre situationer.
  - Effektiviteten af TEF kan ikke begrænses af sekundær ret.
- **Direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007**
  - Ændrer håndhævelsesdirektiverne (89/665/EØF og 91/13/EØF).
  - Frist for implementering 20. december 2009.
- **En kontrakt kan efter ændringen være "uden virkning"**
  - Hvor ordregiver slet ikke afholdt udbud (artikel 2d, stk. 1, litra a)
  - Hvor ordregiver har tilsidesat standstill-forpligtelsen (artikel 2d, stk. 1, litra b)
  - I begge tilfælde skal udbudsreglerne herudover være overtrådt.



## Om grænserne for pligt til ligebehandling

"An Post", sag C-507/03, dom af 13. november 2007, Kommissionen mod Irland

- **Baggrund.**
  - Traktatbrudssøgsmål (art. 43 EF, art. 49 EF, samt "almindelige principper")
  - Kontrakt om udførelse af tjenesteydelser i form af udbetaling af sociale ydelser var uden udbud overdraget til "An Post" – det irske postvæsen.
- **Kontrakten vedrørte en tjenesteydelse omfattet af bilag II B.**
  - Dvs. kontrakten forventes ikke umiddelbart at have grænseoverskridende interesse, og derfor er der ikke udbudspligt.
- **Dommene i Telaustria og Coname.**
  - Tildelingen af en kontrakt til en virksomhed i samme medlemsstat kan udgøre en ulovlig forskelsbehandling af virksomheden i den anden medlemsstat, hvis der ikke er gennemsigtighed ved kontraktindgåelsen.
    - Fortolket som en pligt til annoncering af kontrakten.
  - En meget begrænset økonomisk værdi af kontrakten kan dog føre til, at denne ikke anses for at have interesse for virksomheder i andre medlemsstater.



## Om grænserne for pligt til ligebehandling

"An Post", sag C-507/03, dom af 13. november 2007, Kommissionen mod Irland

- **Dommen om "An Post"**

- Opretholder praksis fra Telaustria og Coname.
- Kontraktindgåelse uden gennemsigtighed er udtryk for en ulovlig forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, medmindre den er begrundet ud fra objektive omstændigheder (præmis 31).
- Sagens karakter af traktatbrudssøgsmål.
  - Kommissionen kunne ikke blot formode, at enhver kontrakt om en bilag II B tjenesteydelse nødvendigvis havde grænseoverskridende interesse.
  - Kommissionen skulle bevise, at kontrakten på trods af, at den vedrørte tjenesteydelser omfattet af bilag II B, havde en vis interesse for en virksomhed beliggende i en anden medlemsstat.
  - Dette var ikke bevist (en klage var ikke nok) og Irland blev frifundet.



## For mere end halvdelens vedkommende finansieres af Staten

Bayerischer Rundfunk m.fl., sag C-337/06, dom af 13. december 2007

- **Baggrunden**
  - Radio- og TV selskaber er i Tyskland grundlovsikrede mod statens indblanding.
  - Radio- og tv-selskabers indkøb af programmateriale ... er ikke udbudspligtige.
  - Spørgsmålet er, om en kontrakt om fx rengøring er udbudspligtig.
- **Et "organ" er udbudspligtigt, hvis tre betingelser er opfyldte:**
  - oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov m.v.
  - det er en juridisk person og
  - driften ... for størstedelens vedkommende finansieres af staten ...
- **Domstolen**
  - Begrebet ordregivende myndighed skal fortolkes formålsbestemt.
  - Dette gælder også begrebet "finansieres af staten".



## For mere end halvdelenens vedkommende finansieres af Staten

Bayerischer Rundfunk m.fl., sag C-337/06, dom af 13. december 2007

- Indirekte finansiering gennem licens er tilstrækkeligt til at opfylde kriteriet.
  - "udspringer af en statslig retsakt"
  - "garanteres af staten"
  - "pålægges og opkræves gennem myndighedsudøvelse"
  - "udbetales uden nogen bestemt modydelse"
    - Ingen kontraktuel relation til forbrugerne
- Det er uden betydning, at staten ikke blander sig i Radio- og TV selskabernes konkrete kontraktindgåelser – tilknytningskriteriet er desuagtet opfyldt.
- Radio- og TV selskaberne udgør derfor i disse situationer offentligretlige organer omfattet af udbudsdirektivet
- Undtagelsen omkring indkøb af programmateriale skal fortolkes indskrænkende og omfatter således ikke fx rengøringskontrakter, der er fuldt udbudspligtige.