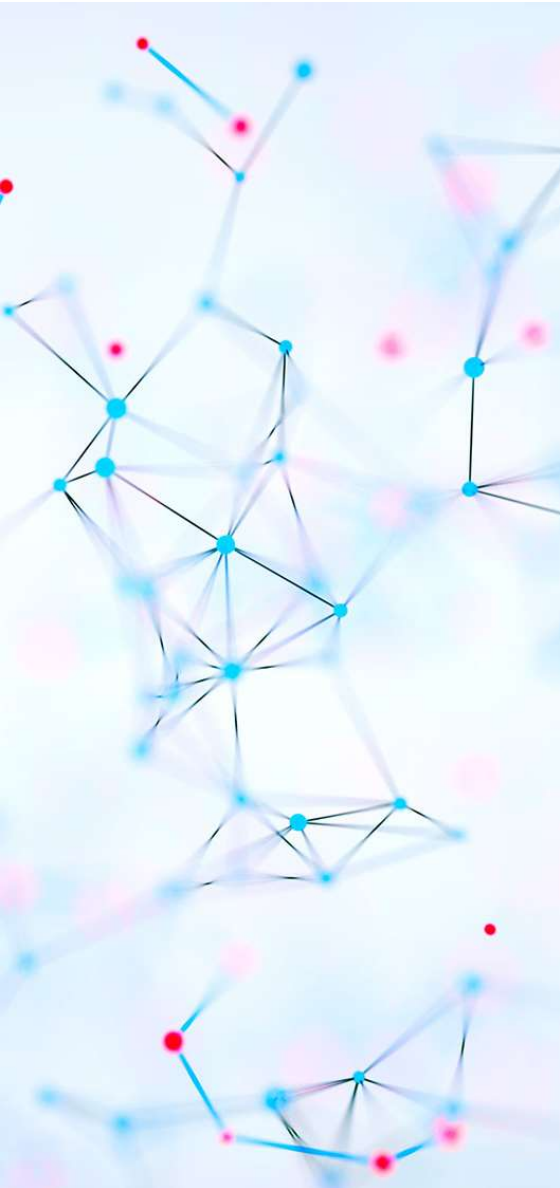


KONTRAKTER, TILLADELSER OG STØTTEORDNINGER ⁸⁵⁰⁷⁸⁵

Annemette Thorgaard, Partner, Poul Schmith/Kammeradvokaten





AGENDA

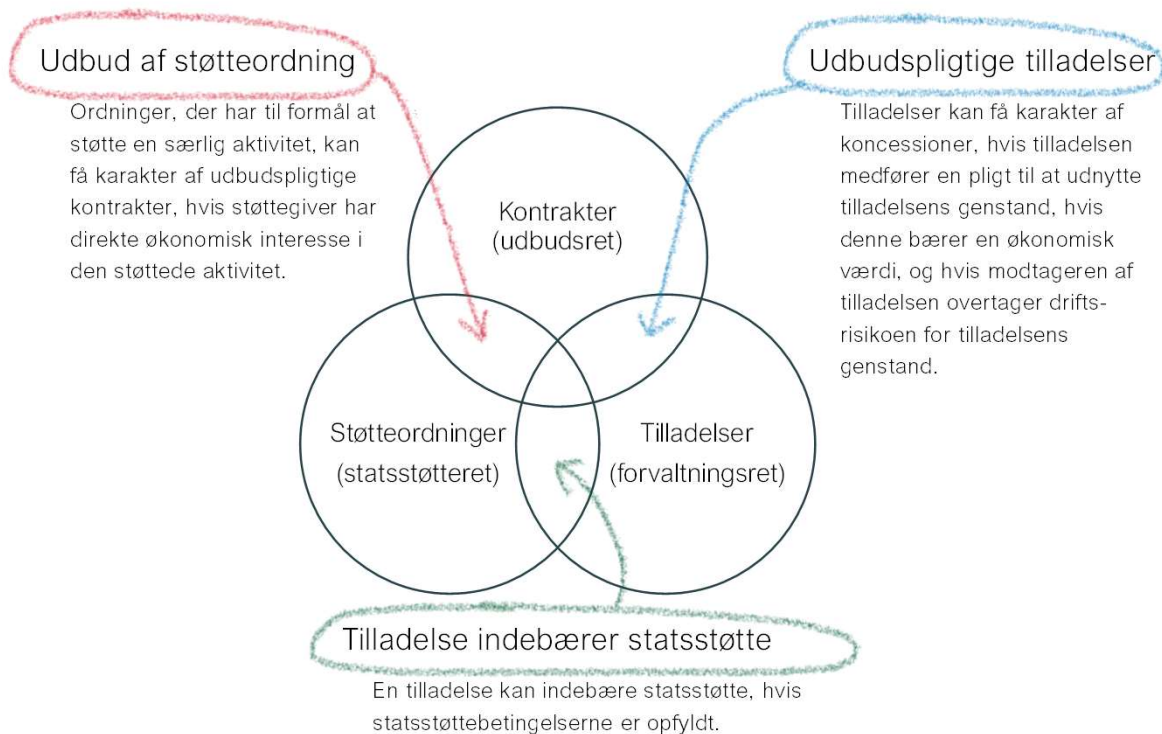
1. Det juridiske landskab
2. En gensidigt bebyrdende kontrakt eller noget helt andet
3. Konkurrenceudsættelse uden udbudspligt
4. Statsstøtte i udbud
5. Opsamling og spørgsmål/debat

1. DET JURIDISKE LANDSKAB

I stigende omfang sager, der befinder sig i krydsfeltet mellem **udbudsret, statsstøtteret og forvaltningsret:**

- I særdeleshed inden for større projekter vedr. grøn omstilling anvendes konkurrenceudsættelse som forenelighedskriterium i statsstøtteretlig henseende og nærmer sig derigennem udbudsretten.
- Tilladelser er forvaltningsretlige afgørelser, men kan efter deres indhold udgøre udbudspligtige, gensidigt bebyrdende aftaler.
- Støtteordninger kan være udbudspligtige, og udbud kan indebære statsstøtte. Det er ikke samme kontor i Kommissionen, der er afsender i alle sager.

	Formål	Retligt ophæng
Udbud	At foretage en anskaffelse	Efter udbudsloven (udbudsdirektivet) og/eller et af de tre specielle udbudsdirektiver
Støtteordning	At uddele offentlige midler til defineret aktivitet	Med hjemmel i lov og eventuelt efter godkendelse af Kommissionen.
Tilladelse	At meddele ret til at udføre defineret aktivitet	Med hjemmel i lov.



1. DET JURIDISKE LANDSKAB

Fokus på tre praktiske udfordringer forbundet med overlap mellem udbudsretten, statsstøtteren og forvaltningsretten:

- Gensidigt bebyrdende kontrakt, støtteordning med vilkår eller tilladelse med betingelser?
- Efter hvilke regler kan/skal man konkurrenceudsætte, hvis ikke der er udbudspligt?
- Statsstøtte i udbud og vice versa, herunder hvilken udbudsretlig rolle spiller Kommissionens statsstøttegodkendelser?



A close-up photograph of a blue ballpoint pen drawing a wavy line on a light-colored, textured surface. The pen is positioned on the right side of the frame, with the tip touching the surface and the line extending towards the left. The background is a soft, out-of-focus light grey.

2. EN GENSIDIGT BEBYRDENDE KONTRAKT ELLER NOGET HELT ANDET?

2. UDBUDSPLIGT: GENSIDIGT BEBYRDENDE KONTRAKTER



Udbudslovens § 24, nr. 24

"Gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivere, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser"

I lovbemærkningerne til denne bestemmelse står bl.a., at det kun er aftaler, hvor parterne forpligter sig til at gengælde ydelse mod ydelse, der er omfattet af begrebet. Det er ikke nødvendigt, at modydelsen består i pengebeløb.

UDBUDSPLIGT

Ved en gensidigt bebyrdende kontrakt forstås aftaler, hvor parterne gensidigt forpligter sig overfor hinanden – normalt ved at den ene part (leverandøren) leverer en ydelse til den anden part (ordregiveren), som til gengæld forpligter sig til at betale et vederlag. At erlægge et vederlag for at modtage en ydelse **bibringer ordregiver en økonomisk fordel**, som er udtryk for, at ordregiver forfølger en **direkte økonomisk interesse** i kontrakten.

IKKE UDBUDSPLIGT

Der vil omvendt ikke være tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt, såfremt en myndighed **uden direkte økonomisk modydelse** støtter et arbejde, der ligger **indenfor myndighedens mere generelle offentlige interesse**, som det påhviler myndigheden at sikre overholdelsen af. Ydes der tilskud til et projekt efter ansøgning, uden at der er tale indkøb til dækning af myndigheds eget behov eller forbrug, vil tilskuddet således ikke være underlagt udbudsreglerne.

2. NEDSLAG I EU-PRAKSIS

KONKRET BEHOV VS. ALMEN INTERESSE, T-356/15, ØSTRIG MOD KOMMISSIONEN

Twisten angik udvidelsen af et britisk atomkraftværk. Storbritannien tildelte støtte i form af en prisstabiliseringsaftale på den producerede strøm, som tilfaldt ejeren ved gennemførelse af udvidelsen af værket. Østrig anlagde sag.

Spørgsmålet var, om prisstabiliseringsaftalen udgjorde en gensidigt bebyrdende kontrakt?



Retten fremhævede,

- at aftalen ikke gjorde det muligt for Storbritannien at pålægge ejeren af atomkraftværket at udvide værkets kapacitet eller levere elektricitet,
- at aftalen ikke indeholdt specifikke krav vedrørende de arbejder, som skulle udføres, eller vedrørende den elektricitet, som efterfølgende skulle leveres fra værket, og endelig
- at aftalen ikke indeholdt bestemmelser, som berettigede staten til kompensation, såfremt udvidelsen ikke blev gennemført, eller der ikke blev leveret nogen elektricitet.

Retten fandt bl.a. på den baggrund, at aftalen ikke udgjorde en offentlig kontrakt, **da formålet med aftalen ikke var at dække et konkret behov for Storbritannien som ordregivende myndighed**, men i stedet at yde et tilskud og med dette tilskud tilskynde ejeren af atomkraftværket (og dennes investorer) til at opfylde et **mål af almen interesse**, som Storbritannien forfølger, nemlig at etablere ny nuklear produktionskapacitet.

2. NEDSLAG I EU-PRAKSIS

GENSIDIGE, RETLIGE FORPLIGTELSER, [C-367/19, TAX-FIN](#)

Twisten

Sagen angik et udbud under tærskelværdierne om adgang til et retsinformationssystem for en periode på 24 måneder, hvor en tilbudsgiver afgav et tilbud på 0 EUR. Tilbuddet blev afvist af ordregiver med henvisning til, at tilbuddet ville medføre, at aftalen ikke ville være gensidigt bebyrdende, da ministeriet ikke ville være forpligtet til at levere en modydelse for kontrakten.

Sagen blev forelagt med spørgsmål om, hvorvidt et tilbud som ovenstående ville udgøre en gensidigt bebyrdende kontrakt, samt om artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24 kan danne grundlag for afvisning af et sådant tilbud.



Domstolen understregede:

- At modydelsen ikke nødvendigvis skal bestå i betaling af et pengebeløb, idet ydelsen kan være en anden form for modydelse som f.eks. godtgørelse af udgifterne til levering af den aftalte tjenesteydelse
- Offentlige kontrakters gensidigt bebyrdende karakter er dog nødvendigvis ensbetydende med skabelsen af retligt bindende forpligtelser for alle kontraktens parter, hvis opfyldelse skal kunne gøres gældende ved domstolene (jf. i denne retning dom af 25.3.2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, præmis 60-62).
- Det følger heraf, at en kontrakt, hvorefter en ordregivende myndighed ikke er retligt forpligtet til at præstere en ydelse mod den ydelse, som dens medkontrahent har forpligtet sig til at levere, ikke er omfattet af begrebet »gensidigt bebyrdende kontrakt« som omhandlet i artikel 2, stk. 1, nr. 5), i direktiv 2014/24.

Domstolen konkluderede, at der ikke var tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt, men at afvisningen ikke kunne begrundes heri. Ordregiver skulle i stedet have anvendt reglerne om unormalt lave tilbud, jf. art. 69.

2. NEDSLAG I EU-PRAKSIS

GENSIDIGE FORPLIGTELSER CTR. ØKONOMISKE RISICI, SAG C-28/23, NFŠ MOD SLOVAKIET

Tvisten vedrørte projektering og byggeri af det slovakiske nationalstadion. Regeringen indgik et aftalekompleks med NFŠ bestående af en tilskudskontrakt om støtte til byggeriet samt en aftale om ensidig salgsoption til staten. NFŠ måtte ikke sælge til tredjemand.

KOM godkendte støtteordningen. NFŠ kaldte optionen, men regeringen var ikke længere interesseret i at overtage stadion, så de anførte, at aftalekomplekset bestående af tilskudskontrakt og salgsoption reelt udgjorde en gensidigt bebyrdende kontrakt, der skulle have været udbudt, og at den derfor var ugyldig.



Kommissionen godkendte statsstøtten med bemærkning om, at entreprenørkontrakterne blev udbudt i overensstemmelse med udbudsreglerne

Den slovakiske regering



Tilskuds-
kontrakt

Støtte mod
opførelse

Salgsoption

Regeringen
forpligtes til
at købe ved
aktivering

NFŠ

Udbud af
entreprenør-
kontrakter

Underentreprenør

2. NEDSLAG I EU-PRAKSIS

GENSIDIGE FORPLIGTELSER CTR. ØKONOMISKE RISICI, SAG C-28/23, NFŠ MOD SLOVAKIET

Generaladvokaten fremhævede,

- At et støttetilsagn i sig selv ikke tildeler støttegiver ret til at kræve det støttede projekt gennemført som bygge- og anlægsprojekt. At støtten kan kræves tilbagebetalt udgør et andet retsforhold og har ikke noget at gøre med en offentlig anlægskontrakt.
- At en bygge- og anlægskontrakt forudsætter, at bygherren underlægges en retlig forpligtelse til at gennemføre det byggeri, der anskaffes, og at der er tale om en forpligtelse, der kan gøres gældende ved domstolene.

Generaladvokaten konkluderede herefter, at "en tilskudskontrakt og et tilsagn om salg, som indgås mellem et statsligt organ og en privat virksomhed, ... ikke kan kvalificeres som en offentlig bygge- og anlægskontrakt, hvis de ikke medfører en forpligtelse, der kan gøres gældende ved domstolene, for staten til at købe infrastrukturen, og staten ikke drager direkte økonomisk fordel eller ikke har øvet afgørende indflydelse på projektet om udførelse af arbejdet."

Domstolen fremhævede,

- At en købsforpligtelse for en offentlig myndighed, der ikke er suppleret af en salgsforpligtelse fra medkontrahent, ikke nødvendigvis er nok til at udelukke, at kontrakten er gensidigt bebyrdende.
- At direkte økonomisk interesse ikke kun foreligger når den ordregivende myndighed bliver ejer, men under henvisning til en kontraktuel begrænsning til overdragelse til tredjemand også hvis "*den ordregivende myndighed får en retlig adkomst, som sikrer denne rådighed over disse bygge- og anlægsarbejder, henset til dets offentlige anvendelse*"
- At den økonomiske interesse kan ligge i de økonomiske fordele, som den ordregivende myndighed kan drage af anvendelsen eller den fremtidige overdragelse af bygge- og anlægsarbejderne, på grund af dennes økonomiske deltagelse i deres gennemførelse eller i de risici, som den bærer i tilfælde af bygge- og anlægsarbejdets økonomiske fiasko"

Domstolen konkluderede herefter, at tilbagekøbsoptionen udgjorde en garanti mod den kommercielle risiko forbundet med stadionet, og at aftalekomplekset derfor var en offentlig byge- og anlægskontrakt, der var udbudspligtig.

2. INDIKATORER FOR UDBUDSPLIGT ELLER EJ

TALER FOR UDBUD

- Når ordregiver har en **direkte økonomisk interesse** i projektets gennemførelse
- Når ordregiver gennem støtten/tilladelsen **afløftes en retlig forpligtelse**
- At der foretages en **tildelingsbeslutning**

- Når ordregiver ved indretning af vilkår reelt **pålægger retlig forpligtelse** til at gennemføre projekt, f.eks. via
 - Væsentlig fastholdelsesbod
 - Væsentlig forsinkelsesbod
 - Medejerkskab eller ret til overtagelse
 - Når vilkår m.v. fremgår af kontrakt med misligholdelsesbestemmelser.
- Når alle kontraktparter er underlagt forpligtelser, der kan håndhæves ved domstolene.
- Når støtten vurderes at udgøre et momspligtigt vederlag*



Vurderinger skal foretages fra sag til sag. Konteksten omkring en sag kan ændre sig på kort tid.

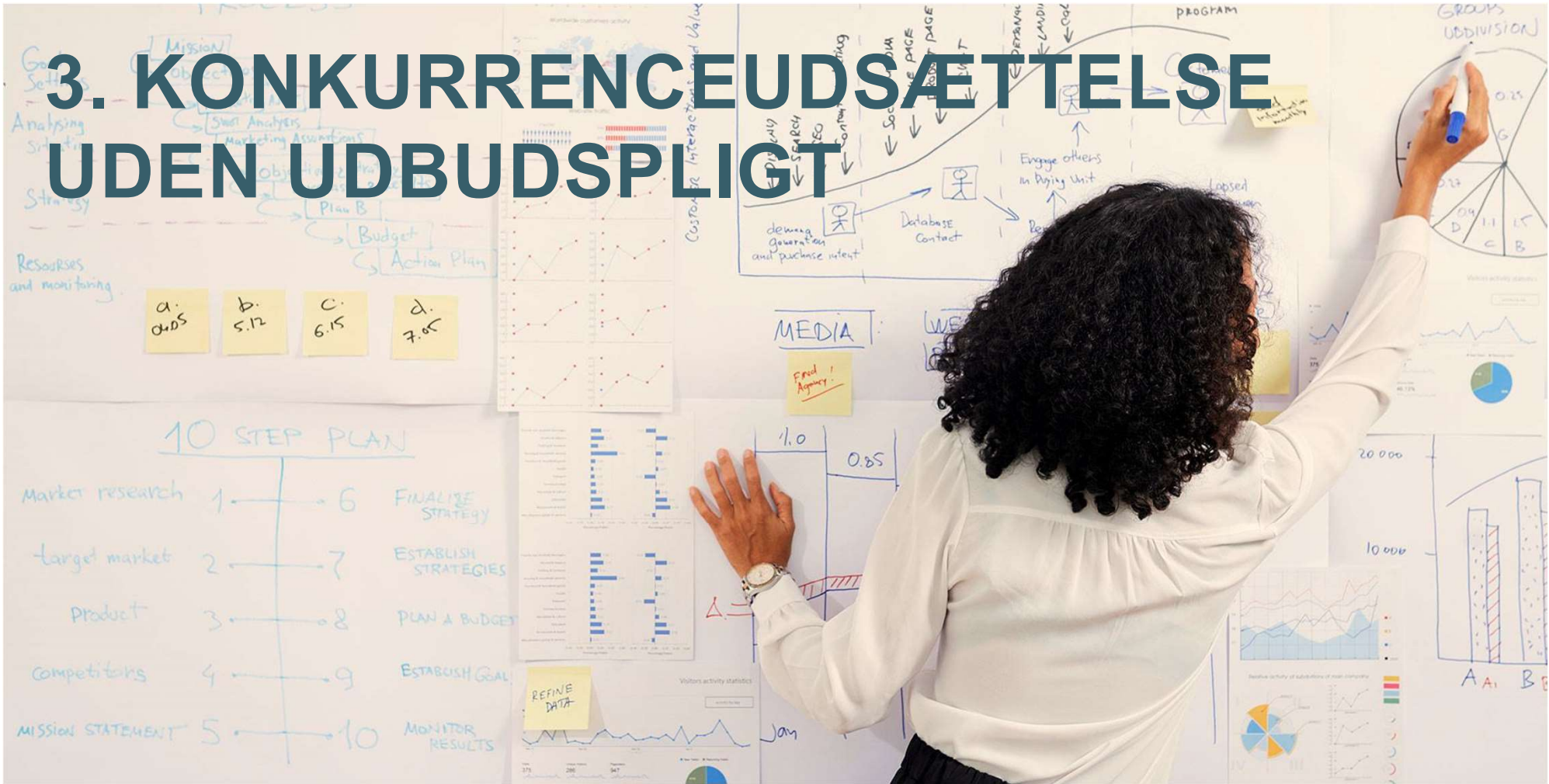
Parametre kan trække i forskellige retninger.

Konklusion vil være udtryk for en samlet vurdering.

TALER IMOD UDBUDSPLIGT

- Når støtten/tilladelsen ydes mhp. realisering af **mål af almen interesse**
- Når der **tildeles en ret** (men ikke en pligt) til at gennemføre projektet/udføre aktiviteten
- At støtten/tilladelsen tildes til alle, der ansøger på samme vilkår, hvorved der ikke foretages et valg mellem tilbudsgivere

- Når **støtten/tilladelsen betinges** af, at projektet gennemføres, f.eks. via:
 - Generelle vilkår/regler om reduktion og ophør af støtte ved overtrædelser af vilkår.
 - Når vilkår m.v. kan findes i lovgivning og bekendtgørelser.
- Når kontraktparter ikke er underlagt forpligtelser, der kan håndhæves ved domstolene
- Når støtten ikke er momspligtig*



3. KONKURRENCEUDSÆTTELSE UDEN UDBUDSPLIGT

3. HVAD GÆLDER FOR KONKURRENCEUDSÆTTELSEN?

I konkurrenceudsættelser, der ikke er udbudspligtige, finder udbudsretten ikke anvendelse.

Udbudsretlige metoder, principper og procedurer kan tilvælges i designet af en konkurrenceudsættelse.

Rammerne for en konkurrenceudsættelsen kan følge af Kommissionens statsstøttegodkendelse.

Konkrete handle- eller undladelsespligter kan efter omstændighederne udledes af det EU-retlige ligebehandlingsprincip i TEUF's regler om fri bevægelighed.



3. EKSEMPLER PÅ FORSKELLE

	UDBUDSPLIGTIGE KONTRAKTER	ANDRE KONKURRENCEUDSÆTTELSER
Mangler i tilbud/ansøgning	Afvisning eller eventuelt udbedring, hvis det kan gøres uden at forvride konkurrencen.	Afhængig af hjemmel. Efter omstændighederne kan den offentlige myndigheds oplysnings- og vejledningspligt overfor ansøgeren afstedkomme en pligt til at vejlede ansøgeren mhp. at udbedre fejl.
Tilbud/ansøgning efter tidsfrist	Afvisning uden undtagelser.	Udgangspunktet vil være afvisning, men efter omstændighederne kan accept forekomme, hvis der er saglig begrundelse og tilstrækkelig hjemmel.
Klager over afvisning af tilbud/ansøgning	Klagenævnet for Udbud	Relevant klagenævn eller rekursmyndighed
Ensidige ændringer/forbehold	Forbeholdslære: Kapitalisering ikke muligt ved grundlæggende elementer, såsom betalingsvilkår, prisstruktur, etc.	Afhængig af hjemmel og i tilfælde af KOM-godkendelse, at det kan indeholdes i statsstøtte-godkendelsen.
Evalueringsmodel af modtagne tilbud/ansøgninger	Efter en på forhånd defineret og offentliggjort evalueringsmodel. Evalueringen skal ledsages af et evalueringsnotat hvor alle betydende elementer i evalueringen beskrives.	Efter saglige hensyn og med hjemmel i loven. Der gælder ingen almindelige formkrav om hvordan evalueringen foretages eller dokumenteres. Tildelings- og afslagsbeslutninger skal dog begrundes og være saglige.
Procedurer	Efter UBL og/eller udbudsdirektiverne.	Afhængig af hjemmel. Kan tilrettelægges fleksibelt efter behov.



3. DESIGN AF KONKURRENCEUDSÆTTELSE UDEN UDBUDSPLIGT

- Konkurrenceudsættelser uden udbudspligt kan designes med større grad af fleksibilitet end udbudspligtige kontrakter.
- Beskrivelsen af konkurrenceudsættelsen sætter rammerne for dens gennemførelse.
- Vær opmærksom på, at visse retsakter kun finder anvendelse på EU-udbud, f.eks. subsidieforordningen.



4. STATSSTØTTE I UDBUD - OG VICE VERSA





4. UDBUD SOM FORENELIGHEDSKRITERIUM

I statsstøtteren bruges blandt andet den såkaldte markedsøkonomiske aktør test til at fastslå, hvornår en transaktion er gennemført på markedsvilkår, og derfor ikke indebærer en fordel for de involverede virksomheder. Testen går i sin enkelthed ud på at fastslå, om en transaktion svarer til, hvad en sammenlignelig (privat) markedsaktør ville acceptere, og i givet fald er der ikke tale om statsstøtte.

Er der gennemført et udbud i overensstemmelse med udbudsreglerne, er der normalt ikke et statsstøtteproblem. I visse tilfælde kan det dog være nødvendigt med en nærmere analyse af udbudsformen, tildelingskriterierne, antal modtagne tilbud og evt. andre forhold for at det kan vurderes, om udbuddet har sikret en reel og effektiv afprøvning af markedet.

4. UDBUD SOM FORENELIGHEDSKRITERIUM

Public service- meddelelsen

Offentligt udbud
"acceptabel"

Begrænset udbud
"kan også opfylde den fjerde
betingelse i Altmark-dommen,
medmindre interesserede aktører
forhindres i at afgive bud uden en
gyldig grund"

Konkurrencepræget dialog/udbud
med forhandling efter forudgående
udbudsbekendtgørelse
"kun anses for at være tilstrækkelige
(...) i særlige tilfælde"

Udbud med forhandling uden
forudgående udbudsbekendtgørelse
"kan ikke sikre, at proceduren fører
til valg af den tilbudsgiver, der kan
levere de omhandlede tjenester til de
laveste omkostninger for samfundet"

Ingen fordel

Risiko for fordel

Statsstøtte- begrebsmeddelelsen

Som UP alle udbudsprocedure, jf.
pkt. 93:

"Anvendelse og overholdelse af de
procedurer, der er fastsat i
udbudsdirektiverne kan anses for at
være tilstrækkeligt til at opfylde
ovenstående krav, forudsat at alle
betingelserne for anvendelse af de
respektive procedurer er opfyldt"

Dog udbud med forhandling uden
forudgående udbudsbekendtgørelse,
jf. pkt. 93:

"Dette gælder ikke under særlige
omstændigheder, som gør det
umuligt at fastsætte en markedspris,
f.eks. i forbindelse med anvendelse
af proceduren med forhandling uden
forudgående
udbudsbekendtgørelse."



4. OVERBLIK OVER OPMÆRKSOMHEDSPUNKTER I UDBUDSPROCESSEN

Tidspunkt i processen	Skal vi afholde udbud?	Fastlæggelse af udbudsstrategi	Tilbudsevaluering
Statsstøtte-overvejelse	Nej, f.eks. pga. F&U? Overvej om statsstøttereglerne alligevel finder anvendelse	<ol style="list-style-type: none">1. Valg af udbudsprocedure2. Valg og vægtning af tildelingskriterier3. Graden af konkurrence	Modtagelse af ét tilbud
Løsning	Fx. Benchmark/tildele på markedsvilkår	<ol style="list-style-type: none">1. Alle udbudsprocedurer er som UP OK, undtagen udbud m. forhandling u. forudgående offentliggørelse.2. (Nok) fokus på pris (et udg. pkt. kan være mindst 25%)3. Indtænk evt. kontrolmekanismer i kontrakt	Afkræft formodning for, at tilbudsprisen ikke er markedsprisen



KEY TAKE AWAYS

- Der er ikke altid tale om søm, bare fordi man har en hammer i hånden
- Snitfladerne er mange og ikke altid helt klare
- Kravene til en konkurrenceudsættelse er ikke de samme krav, der stilles til udbud af en offentlig kontrakt
- Udbud kan afværges statsstøtte
- Konkurrenceudsættelse kan anvendes som forenelighedskriterium af Kommissionen
- En statsstøttegodkendelse er ikke nødvendigvis ensbetydende med, at der ikke er udbudspligt

