



Specialeafhandling: Berigtigelse af ansøgninger eller tilbud

Fagområde: EU-Udbudsret	
Problemformulering: Formålet med afhandlingen er todelt. For det første at analysere i hvilket omfang der i udbud kan gives mulighed for, at en ordregiver kan anmode en ansøger eller en tilbudsgiver om at berigtige sin ansøgning eller sit tilbud. For det andet at analysere om ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse i et vist omfang er en pligt.	
Navn	KU-brugernavn
Nikolaj Kirkegaard Knudsen	MSX429
Vejleder: Carina Risvig Hamer	Antal tegn: 140.176
Må benyttes på Det Juridiske Fakultets bibliotek med karakter (sæt kryds).	X
Må ikke benyttes på Det Juridiske Fakultets bibliotek (sæt kryds).	
Studerende på Cand. soc i jura (sæt kryds)	
Studerende på Cand. jur (sæt kryds)	X
Afleveringsdato: 20. december 2020	Karakter:

Indholdsfortegnelse

Abstract	5
Kapitel 1 – Indledning og metode	7
1. Indledning til afhandlingens problemstilling	7
2. Problemformulering	8
3. Afgrænsning.....	9
4. Metode.....	10
5. Retskilder.....	10
5.1. Retskilderne i forhold til hinanden	10
5.2. Retsgrundlaget for den anvendte retspraksis	14
5.3. Fortolkningsmetode.....	15
Kapitel 2 – Regler og principper relevant for afhandlingen	17
1. Regler for berigtigelse af oplysninger og dokumentation	18
1.1. Slovensko-sagen.....	18
1.2. Manova-sagen	20
1.3. Udbudsdirektivet artikel 56 (3).....	23
1.4. Udbudsloven § 159, stk. 5 formål og anvendelse.....	25
1.5. Betingelser for at ordregiver kan anmode om berigtigelse.....	28
2. Relevante udbudsretlige principper	29
2.1. Ligebehandlingsprincippet.....	29
2.2. Gennemsigtighedsprincippet.....	30
2.3. Proportionalitetsprincippet	31
2.4. Princippet om effektiv konkurrence	32
Kapitel 3 – Berigtigelse af tilbud og ansøgninger	33
1. Oplysninger og dokumentation, der kan berigtiges.....	33
1.1. Oplysninger og dokumentation omfattet af reglerne for berigtigelse	34
1.2. Præcisering af oplysninger og dokumentation.....	35
1.3. Supplering af oplysninger og dokumentation	38
1.4. Fuldstændiggørelse af oplysninger og dokumentation	44
1.5. Delkonklusion.....	46
2. Fremsættelse af ny ansøgning eller nyt tilbud	47
2.1. Forhandlingsforbuddet	50

2.2. Delkonklusion.....	50
3. Yderligere forudsætninger for, at ordregiver kan anmode om berigtigelse	51
3.1. Flere tilbudsgivere i samme situation.....	51
3.2. Berigtigelse af alle mangelfulde punkter	53
3.3. Ordregivers forskelligartede praksis for berigtigelse af oplysninger og dokumentation	55
3.4. Delkonklusion.....	56
4. Ordregivers mulighed for egenhændigt at berigtige oplysninger og dokumentation	57
4.1. Oplysninger og dokumentation som ordregiver allerede er i besiddelse af	57
4.2. Ordregivers mulighed for selv at indhente de oplysninger og dokumentation, som mangler	61
4.3. Ordregivers berigtigelse af åbenbare fejl	64
4.4. Delkonklusion.....	66
5. Den økonomiske aktørs mulighed for egenhændigt at berigtige oplysninger og dokumentation	67
5.1. Delkonklusion.....	69
6. Ordregivers afskæring fra berigtigelse.....	69
6.1. Specielt om mindstekrav	74
6.2. Delkonklusion.....	75
Kapitel 4 – Kan ordregiver være forpligtet til at skulle anmode om berigtigelse?	77
1. Ordregivers ret og pligt.....	77
1.1. Ordregivers ret.....	77
1.2. Den økonomiske aktørs risiko.....	78
1.3. Ordregivers pligt	79
1.4. Delkonklusion.....	86
2. Ordregivers påtagede pligt	87
2.1 Delkonklusion.....	89
3. Andre lovbestemte forpligtelser	89
3.1. Effektiv kontrol af tvivlsomme oplysninger og dokumentation	90
3.2. Unormalt lavt tilbud.....	92
3.3. Delkonklusion.....	93
Konklusion	94
Anmodning om berigtigelse af en ansøgning eller et tilbud	94
Ordregivers forpligtelse til at anmode om berigtigelse af en ansøgning eller et tilbud	95
Perspektivering	97

Kildeliste	100
 Retsforskrifter.....	100
 Retspraksis	101
 Litteratur	103

Abstract

The purpose of this Master Thesis is to examine the scope of the contracting authority's option in public procurement to request an economic operator to supplement, specify or complete information or documents in requests for participation or tenders. The legal basis is the Danish Public Procurement Act section 159 (5).

Information or documentation must be objectively proven to exist prior to the deadline of application. Otherwise, the information or documentation does not qualify to be supplemented, specified or completed. Also, the error in the request for participation or tender must appear obvious. The thesis examines in detail which specific types of information or documentation can be corrected.

The economic operator may not provide a new request for participation or tender after the deadline. It is examined, when a correction must be regarded as such.

The contracting authority is obligated to request all economic operators in the same situation, to supplement, specify or complete the same error. The contracting authority must also request the correction of all errors in a request for participation or a tender. If one error does not qualify for correction, none of the errors may be corrected. Lastly, the contracting authority must follow its own administrative practice in procurement. If the contracting authority has established a practice to correct or not correct an error in a certain situation, he is obligated to follow this practice. These obligations are assessed in detail.

It is examined whether the contracting authority in some situations can make a correction without involving the economic operator. It is also examined whether the economic operator, after the deadline, single handily can make corrections.

The contracting authority must conform to the conditions stated in the procurement material. The contracting authority cannot request an error corrected if he has eliminated that option in the procurement material. It is examined when the contracting authority has eliminated his option to make such a request.

Furthermore, the thesis will assess whether the contracting authority is obligated to make such a request or if it is solely a right. It is estimated that under exceptional circumstances, the contracting authority can have an obligation to request for the correction of an error. However, it is unclear whether the Danish Complaint Board for Public Procurement also recognizes such an obligation. Lastly, it is assessed whether the contracting authority can have obligated itself to make a correction and whether other legal obligations results in an obligation to request correction of information or documents.

Kapitel 1 – Indledning og metode

1. Indledning til afhandlingens problemstilling

Hvert år bliver der i Danmark foretaget offentlige indkøb for et trecifret milliardbeløb.¹ Offentlige anskaffelser har derfor samlet set en stor indflydelse på den danske samfundsøkonomi. Den offentlige sektor har en stor interesse i at anskaffe ydelser til den bedste kvalitet og pris.² Omvendt har de aktører, der byder på opgaven en forventning og et ønske om at få en fair og lige behandling.³ Formålet med udbudsretten er blandt andet at varetage disse hensyn.

Udbudsretten er den retlige ramme, der regulerer, hvordan EU's medlemsstater skal foretage anskaffelser.⁴ Der kan argumenteres for, at udbudsretten er en systematiseret form for sund fornuft.⁵ Når en økonomisk aktør enten afgiver ansøgning eller tilbud, er en ofte forekommende problemstilling, at ansøgningen eller tilbuddet fremstår mangelfuldt, ufuldstændigt og fejlbehæftet.⁶ Derfor har ordregiver i et vist omfang mulighed for at anmode om berigtigelse af ansøgninger eller tilbud.

¹ Af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens rapport ”*Status for offentlig konkurrence 2019*”, s. 4, fremgår det, at den offentlige sektor årligt forestår indkøb for ca. DKK 370 mia.

² Se præambelbetragtning 2 til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, (herefter udbudsdirektivet), der anfører at offentlige indkøb betragtes ”*som et af de markedsbaserede instrumenter, der skal anvendes til at opnå intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst og således sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler*”.

³ Se præambelbetragtning 1 til udbudsdirektivet, der anfører at tildelingen af offentlige kontrakter skal ske i overensstemmelse med ”*fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de principper, der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed*”.

⁴ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2016, s. 29.

⁵ Steen Treumer, Kapitel 1: Om retskilderne, ”sødsuppeagtig” udbudsret og hovsa-lovgivning i Steen Treumer, et al, *Udbudsretten*, 1. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing, 2019., s. 20.

⁶ Påstanden underbygges af forfatterens egen praktiske erfaring med udbud, samt den store mængde af kendelser fra Klagenævnet for Udbud, der omhandler problemstillingen. En stor mængde af de kendelser, vil blive inddraget i afhandlingen.

Retsstillingen på området op til og omkring 2010 var således, at ordregiver afviste bud på baggrund af endog meget små mangler. Den retsstilling blev fastholdt og anerkendt igennem retspraksis af Klagenævnet for Udbud.⁷ Op igennem 2010'erne skete der en markant udvikling af retsstillingen. Først igennem centrale afgørelser fra EU-Domstolen.⁸ Derefter igennem regulering i først udbudsdirektivet og senere udbudsloven.⁹

På grund af den rivende udvikling, retsstillingen har været igennem de seneste år, er det interessant at undersøge, hvor den er i dag. Hermed hvad der i 2020 kan siges at være gældende ret for, hvornår ordregiver kan anmode en økonomisk aktør om at berigtige oplysninger og/eller dokumentation. Den problematik er første led i afhandlingen.

I afhandlingens andet led undersøges, om ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse skal betragtes som en ret eller en pligt. Herunder omfanget af en eventuel pligt.

Afhandlingens problemstilling er yderst relevant, da det meget ofte vil være noget, som ordregiver må forholde sig til i praksis. Af den grund ses der også en ganske stor mængde af kendelser fra Klagenævnet for Udbud omhandlende spørgsmålet om, hvorvidt ordregiver kan berigtige oplysninger og/eller dokumentation.¹⁰

2. Problemformulering

Afhandlingens problemformulering lyder således:

Formålet med afhandlingen er todelt. For det første at analysere i hvilket omfang der i udbud kan gives mulighed for, at en ordregiver kan anmode en ansøger eller en tilbudsgiver om at berigtige sin

⁷ Se eksempelvis kendelserne KLFU 2009-03-10, *Munkebjerg Hotel A/S mod Økonomistyrelsen* og KLFU 2009-04-03, *Smith & Nephew A/S mod Region Nordjylland*.

⁸ Se C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013 og C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012.

⁹ Udbudsdirektivet artikel 56 (3) og lov nr. 1564 af d. 15. december 2015 (herefter udbudsloven) § 159, stk. 5.

¹⁰ I afhandlingen er anvendt 31 kendelser fra Klagenævnet for Udbud, der i et eller andet omfang omhandler berigtigelse af ansøgninger eller tilbud. Det er ikke tilnærmelsesvis alle kendelserne på området.

ansøgning eller sit tilbud. For det andet at analysere om ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse i et vist omfang er en pligt.

3. Afgrænsning

Afhandlingen afgrænses således, at emnet behandles efter udbudslovens bestemmelser.¹¹ Herunder også den ret, som udbudslovens bestemmelser er en implementering og kodificering af, det vil sige udbudsdirektivet og grundlæggende EU-praksis.¹²

Afhandlingen afgrænses til kun at behandle retsstillingen i forhold til offentlige indkøb i henhold til afsnit II i udbudsloven, der omhandler offentlige indkøb over tærskelværdien.

Afhandlingen afgrænses således, at berigtigelse i henhold til UL § 151, stk. 4 ikke behandles.¹³ Retsstillingen for berigtigelse efter UL § 159, stk. 5 og UL § 151, stk. 4 vil langt hen ad vejen være den samme.¹⁴ UL § 159, stk. 5 må anses for den generelle bestemmelse i udbudsloven i forhold til berigtigelse.¹⁵

Afhandlingen vil ikke sondre mellem under, hvilken udbudsprocedure en ordregiver ønsker at anmode om berigtigelse. Det skyldes, at UL § 159, stk. 5 er anvendelig i forhold til alle udbudsprocedurerne.¹⁶

¹¹ Når udbudsdirektivet fremadrettet benyttes i forbindelse med en konkret artikel anvendes forkortelsen UD. Eksempelvis UD artikel 56 (3). Når udbudsloven fremadrettet benyttes i forbindelse med en konkret paragraf anvendes forkortelsen UL, Eksempelvis UL § 159, stk. 5.

¹² Af lovforslag nr. L 164 fremsat d. 18. marts 2015 af erhvervs- og vækstminister Henrik Sass Larsen (herefter lovforslag nr. L 164), til UL § 159, stk. 5, s. 176, fremgår, at bestemmelsen er en kodificering af særligt C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, men også andre sager.

¹³ Bestemmelsen giver mulighed for at berigtige oplysninger og dokumentation modtaget i henhold til UL §§ 153-155, 157 og 158.

¹⁴ Af lovforslag nr. L 164, til UL § 151, stk. 5, s. 167, fremgår ”Bestemmelsen giver samme mulighed som efter § 159, stk. 5, for så vidt angår dokumentation for egnethed, jf. § 152, samt for udvælgelsen, jf. § 145.”.

¹⁵ Det ses ved henvisningen til retsstillingen for UL § 159, stk. 5, i lovforslag nr. L 164, til UL § 151, stk. 4, s. 167.

¹⁶ I kapitel 3, afsnit 4, vil det kort og undtagelsesvist blive undersøgt, om retsstillingen er anderledes for udbudsprocedurerne konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling i forhold til de andre udbudsprocedurer.

Afhandlingen vil ikke sondre mellem retsstillingen for berigtigelse i udvælgelses- og tildelingsfasen.¹⁷

4. Metode

I afhandlingen anvendes den retsdogmatiske metode. Metoden er situationsbestemt og dens formål er at afklare en retslig problemstilling.¹⁸ Målet med den juridiske metode er at belyse, hvad gældende ret i forhold til de konkrete omstændigheder er. Herunder ”at beskrive retstilstanden som den er”.¹⁹

Den juridiske metode kan ikke sættes generelt skematisk op, den må tilpasses fra gang til gang.²⁰ I afhandlingen anvendes metoden i en retsvidenskabelig sammenhæng. Med metoden identificeres i første omgang de retskilder, der er relevante for problemstillingen. Hvis der er flere retskilder, afvejes de i forhold til hinanden. Dernæst benyttes ”fortolkning og argumentation” i forhold til retskilderne for at komme frem til, hvad der må anses som gældende ret.²¹

5. Retskilder

I den juridiske metode spiller retskilder en central rolle, det er derfor nødvendigt at identificere de relevante retskilder for afhandlingen. Det er endvidere nødvendigt at fastlægge, hvilken retskildemæssig værdi de forskellige kilder har i forhold til hinanden og hvordan de skal fortolkes.

5.1. Retskilderne i forhold til hinanden

I afsnittet anføres de forskellige retskilder ud fra en hierarkisk tilgang. Det skal bemærkes, at der ud fra dansk ret ikke kan siges at forelægge et egentligt retskildehierarki.²² Det gælder dog ubetinget, at

¹⁷ Der kan berigtiges efter UL § 159, stk. 5 i både udvælgelses- og tildelingsfasen. Der henvises til afhandlingens kapitel 2, afsnit 1, for en uddybning af, hvornår i udbudsprocessen at UL § 159, stk. 5 kan anvendes.

¹⁸ Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, 2. udgave, 2. oplag, Jurist- og økonomforbundets forlag, 2014, s. 106.

¹⁹ Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, 2. udgave, 2. oplag, Jurist- og økonomforbundets forlag, 2014, s. 40.

²⁰ Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, 2. udgave, 2. oplag, Jurist- og økonomforbundets forlag, 2014, s. 40-41.

²¹ Ruth Nielsen, Kapitel 12: Ph.d.-afhandlingen og disputatsen i Thomas Riis & Jan Trzaskowski, *Skriftlig Jura – den juridiske fremstilling*, Ex Tuto Publishing, 2013, s. 280.

²² Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, 2. udgave, 2. oplag, Jurist- og økonomforbundets forlag, 2014, s. 120.

visse retskilder har højere retskildemæssig værdi end andre. Retskilderne er nedenfor listet i den rækkefølge, hvor den forreste som udgangspunkt har den største retskildemæssige betydning, og så fremdeles.

5.1.1. EU-ret

EU-ret har forrang for almindelig dansk ret.²³ Udbudsloven udspringer fra EU-ret.²⁴ Inden for EU-retten oplystes retskilderne på følgende måde ud fra deres retskildemæssige betydning: i. primærretten, ii. bindende sekundær regulering, iii. retspraksis iv. Ikke-bindende sekundærregulering (soft law), v. litteratur.²⁵ Udover primærretten har kun forordninger, direktiver og afgørelser bindende virkning.²⁶ Nedenfor uddybes de vigtigste EU-retskilder, som afhandlingen inddrager.

Primærretten består af Traktaten om Den Europæiske Union og Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde, samt centrale EU-retlige principper.²⁷ Traktaterne behandler ikke direkte udbud af offentlige kontrakter.²⁸ Den grundlæggende ret, som er fastsat i traktaterne, har dog en betydning for udbudsretten, hvorfor det i det omfang, det er relevant, inddrages i afhandlingen.²⁹

²³ Fastsat første gang i sagen C-6/64, *Flaminio Costa mod ENEL*, d. 15 juli 1964. Se endvidere om EU-rettens forrang i Karsten Engsig Sørensen, Poul Runge Nielsen, Jens Hartig Danielsen, *Uddrag af EU-retten*, 6. udgave, 2., 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2014, s. 162 og Bugge Thorbjørn Daniel, Carina Risvig Hamer, kapitel 5: Juridisk metode når EU-retten er i spil i Carina Risvig Hamer, Sten Schaumburg-Müller, *Juraens verden*, udgave 1, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2020, s. 151-152. Det gælder ikke for Grundloven, der betragtes som *Lex Superior* i dansk ret, jf. U.1998.800H.

²⁴ Udbudsloven er en implementering af udbudsdirektivet, jf. lovforslag nr. L 164, s. 39 "*Lovforslagets indhold er en implementering af direktivet*" (red. udbudsdirektivet).

²⁵ Om de EU-retlige retskilder og deres indbyrdes betydning, se eksempelvis: Bugge Thorbjørn Daniel, Carina Risvig Hamer, kapitel 5: Juridisk metode når EU-retten er i spil i Carina Risvig Hamer, Sten Schaumburg-Müller, *Juraens verden*, udgave 1, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2020

²⁶ Det fremgår det af artikel 288 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde.

²⁷ Grith Skovgaard Ølykke og Ruth Nielsen, *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, 2. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2017, s. 41-42.

²⁸ Grith Skovgaard Ølykke og Ruth Nielsen, *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, 2. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2017, s. 41.

²⁹ Herunder Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde. Traktatens artikel 18.

Grundlæggende EU-retlige principper, der i nogens tilfælde er hjemlet i traktaterne, benyttes igennem hele afhandlingen.³⁰

Bindende sekundær regulering består af en række afledte retsakter, der udstedes og vedtages af EU-institutionerne.³¹ Herunder er forordninger og direktiver, der anvendes som retskilder i afhandlingen.³² I den forbindelse må særligt nævnes udbudsdirektivet.

Afgørelser fra EU afsiges af den Europæiske Unionsdomstol, der er en af EU's institutioner.³³ Domstolen består af tre retsinstanser. De omtales som Domstolen, Retten og Personaleretten.³⁴ I afhandlingen benyttes afgørelser fra Domstolen og Retten. Retten har kompetence til at behandle flere typer af sager i første instans.³⁵ Sagerne kan som udgangspunkt appelleres til Domstolen som anden instans.³⁶ Afgørelser fra Domstolen har derfor den højeste præjudikatsværdi.³⁷ Domstolen er den eneste retsinstans, der har kompetence til at behandle sager om traktatbrud og præjudicielle forelæggelser.³⁸ Ved præjudicielle forelæggelser afgør Domstolen søgsmål fremsat af en retsinstans

³⁰ Se afhandlingens kapitel 2, afsnit 2.

³¹ Karsten Engsig Sørensen, Poul Runge Nielsen, Jens Hartig Danielsen, *Uddrag af EU-retten*, 6. udgave, 2., 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2014, s. 83.

³² Karsten Engsig Sørensen, Poul Runge Nielsen, Jens Hartig Danielsen, *Uddrag af EU-retten*, 6. udgave, 2., 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2014, s. 84-85.

³³ Det fremgår af artikel 13 (1) i Traktaten om Den Europæiske Union.

³⁴ Karsten Engsig Sørensen, Poul Runge Nielsen, Jens Hartig Danielsen, *Uddrag af EU-retten*, 6. udgave, 2., 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2014, s. 72.

³⁵ Retten kan behandle sager, der er nævnt i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde artikel 263 (annullationssøgsmål), artikel 265 (passivitetssøgsmål), artikel 268 (EU's erstatningsansvar uden for kontrakt), artikel 270 (personalesager) og artikel 272 (voldgiftsager). Det fremgår af Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde artikel 256.

³⁶ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde artikel 256, samt Karsten Engsig Sørensen, Poul Runge Nielsen, Jens Hartig Danielsen, *Uddrag af EU-retten*, 6. udgave, 2., 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2014, s. 72.

³⁸ Det skyldes at Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde artikel 256, ikke nævner at Retten har kompetence til at afgøre søgsmål i henhold til traktatens artikel 258-260, jf. Karsten Engsig Sørensen, Poul Runge Nielsen, Jens Hartig Danielsen, *Uddrag af EU-retten*, 6. udgave, 2., 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2014, s. 72.

i en medlemsstat omkring fortolkningen af EU-traktaterne, samt gyldigheden og fortolkningen af EU-retsakter.³⁹ Afhandlingen vil i høj grad gøre brug af præjudicielle forelæggelser som retskilde.

5.1.2. Dansk ret

Følgende hierarki kan fastsættes for den danske ret, der anvendes i afhandlingen. i. love, ii. retspraksis, iii. bekendtgørelser, iv. forarbejder v. litteratur.

Afhandlingen vil tage sit retlige udgangspunkt i den danske udbudslov.⁴⁰ Lov om Klagenævnet for Udbud, samt en række retsprincipper inddrages ligeledes.⁴¹ I forbindelse med fortolkningen af udbudsloven vil dens forarbejder blive inddraget. Lovens væsentligste forarbejder er dens lovbemærkninger.⁴² Omfanget af den retskildemæssige værdi af udbudslovens lovbemærkninger kan diskuteres.⁴³ Det skyldes blandt andet, at Klagenævnet for Udbud i flere kendelser har set bort fra den ret, der er anført i lovbemærkningerne.⁴⁴ Desuden er udbudsloven en implementering af EU-ret, som må betragtes som det primære bagvedliggende element, som loven skal fortolkes i henhold til. Lovbemærkninger har dog en vis retskildemæssig værdi i forbindelse med fortolkningen af, hvordan retsstillingen efter udbudsloven er.⁴⁵ Derfor inddrages lovbemærkningerne som centralt fortolkningsbidrag igennem hele afhandlingen.

³⁹ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde artikel 267.

⁴⁰ Der vil i afhandlingen også blive anvendt andre love, samt principper fra forvaltningsretten.

⁴¹ Lov nr. 593 af den 2. juni 2016 (herefter Lov om Klagenævnet for Udbud).

⁴² Carina Risvig Hamer og Rasmus Horskjær Nielsen, *Er lov bemærkningerne til udbudsloven til at stole på?*, U.2020B.114, 2020.

⁴³ Se Carina Risvig Hamer og Rasmus Horskjær Nielsen, *Er lov bemærkningerne til udbudsloven til at stole på?*, 2020, og Steen Treumer, Kapitel 1: Om retskilderne, ”sødsuppeagtig” udbudsret og hovsa-lovgivning i Steen Treumer, et al, *Udbudsretten*, 1. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing, 2019, s. 27.

⁴⁴ Se herunder KLFU 2011-12-05, *Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland*, KLFU 2017-06-19, *LH Gulve A/S mod Region Midtjylland*, og KLFU 2017-08-08, *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland*.

⁴⁵ Carina Risvig Hamer og Rasmus Horskjær Nielsen, *Er lov bemærkningerne til udbudsloven til at stole på?*, U.2020B.114, 2020, s. 8. Se også Steen Treumer, Kapitel 1: Om retskilderne, ”sødsuppeagtig” udbudsret og hovsa-lovgivning i Steen Treumer, et al, *Udbudsretten*, 1. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing, 2019., s. 28.

Afhandlingen vil i høj grad benytte sig af dansk retspraksis som retskilde. Både retspraksis fra domstolene og Klagenævnet for Udbud vil blive anvendt i afhandlingen. Primært vil kendelser fra Klagenævnet for Udbud dog blive anvendt i afhandlingen. En kendelse kan efterfølgende indbringes for de danske domstole.⁴⁶ Derfor har kendelser fra Klagenævnet for Udbud ikke den samme retskildemæssige værdi som domspraksis. Omvendt er Klagenævnet for Udbud den primære instans, som udbudssager bliver afgjort i og derfor har praksis herfra stor betydning for retsstillingen på området.⁴⁷

5.2. Retsgrundlaget for den anvendte retspraksis

I afhandlingen anvendes retspraksis, der er afsagt på baggrund af UD artikel 56 (3) eller UL § 159, stk. 5. Endvidere er en stor del af den retspraksis, der anvendes i afhandlingen, afsagt på baggrund af andet retsgrundlag.

EU-retspraksis, hvor afgørelsen er afsagt på baggrund af historiske udbudsdirektiver, inddrages i afhandlingen.⁴⁸ Det skyldes, at retsstillingen i forhold til ordregivers anmodning om berigtigelse har udviklet sig over tid således, at retspraksis, der bygger på historiske udbudsdirektiver, er grundlaget for den nuværende lovgivning. Endvidere inddrages også EU-retspraksis, hvor afgørelsen er afsagt på grundlag af et andet direktiv end udbudsdirektivet, hvis retsstillingen vurderes at være den samme som ved udbudsdirektivet.⁴⁹

⁴⁶ Det fremgår af § 8 i lov om Klagenævnet for Udbud.

⁴⁷ Se Steen Treumer, Kapitel 1: Om retskilderne, ”sødsuppeagtig” udbudsret og hovsa-lovgivning i Steen Treumer, et al, *Udbudsretten*, 1. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing, 2019., s. 24 ”Der afgøres kun få udbudssager ved de ordinære domstole, og domspraksis har normalt ikke afgørende betydning for, hvordan ordregiver skal forholde sig til afviklingen af et udbud”.

⁴⁸ Herunder 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 (Herefter det tidligere udbudsdirektiv).

⁴⁹ Herunder Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF (herefter forsvars- og sikkerhedsdirektivet), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (herefter koncessionsdirektivet) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv

Dansk retspraksis inddrages i afhandlingen, selv om afgørelsen ikke er truffet på baggrund af UL § 159, stk. 5. Det kan for det første skyldes, at der er tale om domme eller kendelser, hvor afgørelsen er truffet i overensstemmelse med retsstillingen fastsat i C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, herefter *Manova-sagen*, som UL § 159, stk. 5 er en kodificering af.⁵⁰ For det andet kan det skyldes, at retsgrundlaget som dommen eller kendelsen er truffet på baggrund af, enten er forsvars- og sikkerhedsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet.⁵¹ For begge direktiver er retsstillingen den samme som for udbudsdirektivet.⁵²

5.3. Fortolkningsmetode

Udbudsdirektivet er implementeret i dansk ret ved udbudsloven.⁵³ Udbudsloven skal derfor fortolkes EU-konformt, hvilket vil sige i overensstemmelse med udbudsdirektivet.⁵⁴

I artikel 56 (3) i udbudsdirektivet fremgår det, at ordregiver har mulighed for at anmode en økonomisk aktør om at indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre relevante oplysninger og dokumentation ”medmindre andet er fastsat i den nationale lovgivning, der gennemfører dette direktiv”.⁵⁵ I dansk ret gennemføres UD artikel 56 (3) ved UL § 159, stk. 5. UD artikel 56 (3) skal

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 (herefter forsyningsvirksomhedsdirektivet).

⁵⁰ Lovforslag nr. L 164, til UL § 151, stk. 5, s. 167.

⁵¹ Ingen af kendelserne fra Klagenævnet for Udbud, der inddrages i analysen, er afsagt på baggrund af koncessionsdirektivet.

⁵² For forsyningsvirksomhedsdirektivet se eksempelvis KLFU 2019-01-22, *G4S Security Services A/S mod Post Danmark A/S* og KLFU 2019-05-15, *Salini Impregilo S.p.A mod Metroselskabet I/S*, hvor C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, der er en kodificering af UL 159, stk. 5, blev inddraget. For forsvars- og sikkerhedsdirektivet se eksempelvis KLFU 2018-08-27 *Saab Dynamics AB mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse*, hvor princippet i UL § 159, stk. 5 blev anvendt.

⁵³ Lovforslag nr. L 164, s. 39.

⁵⁴ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2016, s. 45, samt Bugge Thorbjørn Daniel, Carina Risvig Hamer, kapitel 5: Juridisk metode når EU-retten er i spil i *Juraens verden*, udgave 1, 1. oplag, 2020, Carina Risvig Hamer, Sten Schaumburg-Müller, s. 155-156.

⁵⁵ Udbudsdirektivet artikel 56 (3).

derfor læses sådan, at UL § 159, stk. 5, går forud for UD artikel 56 (3), på spørgsmålet om ordregivers mulighed for at anmode om supplerende, præcisering og fuldstændiggørelse af oplysninger og/eller dokumentation, til trods for den EU-konforme fortolkning.

Endvidere vil der i afhandlingen blive benyttet objektiv og subjektiv lovfortolkning. Ved objektiv lovfortolkning tages der direkte udgangspunkt i lovteksten.⁵⁶ Ved subjektiv lovfortolkning inddrages forarbejderne til loven.⁵⁷ I afhandlingen tages der udgangspunkt i udbudslovens ordlyd, men lovbemærkningerne inddrages som fortolkningsbidrag, hvor det skønnes relevant.

I afhandlingen anvendes desuden en stor mængde retspraksis, samt sekundære retskilder som fortolkningsbidrag.⁵⁸

⁵⁶ Peter Blume, Kapitel 1: Juridisk metode og argumentation i Thomas Riis og Jan Trzaskowski, *Skriftelig Jura – den juridiske fremstilling*, Ex Tuto Publishing, 2013, S. 34-35.

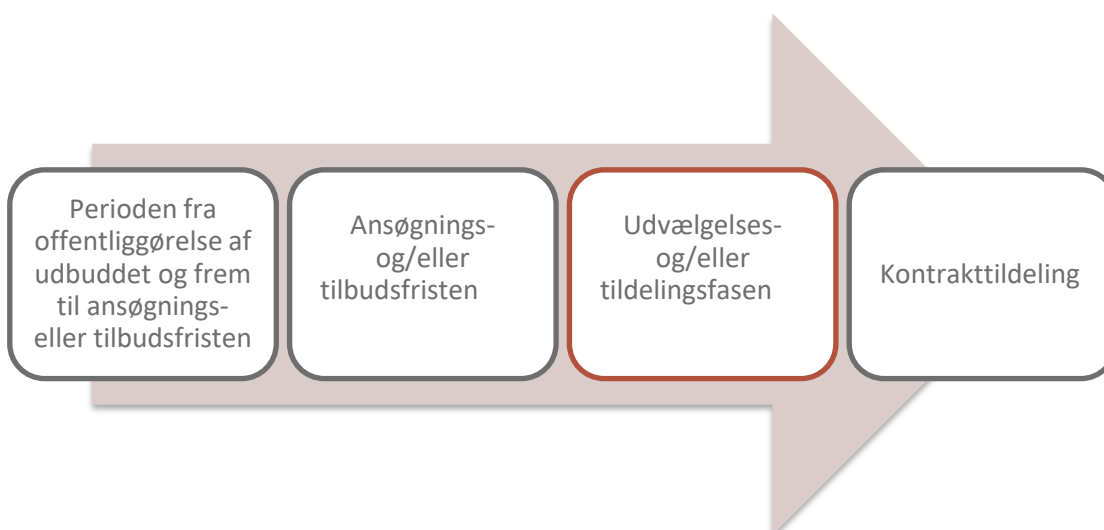
⁵⁷ Peter Blume, Kapitel 1: Juridisk metode og argumentation i Thomas Riis og Jan Trzaskowski, *Skriftelig Jura – den juridiske fremstilling*, Ex Tuto Publishing, 2013, S. 34-35.

⁵⁸ Der henvises til kapitlets afsnit 5.1. for en uddybelse af de i afhandlingen anvendte retskilder.

Kapitel 2 – Regler og principper relevant for afhandlingen

I kapitel 2 vil den ret og de principper, der er relevante for berigtigelse af ansøgninger og tilbud blive præsenteret. Først redegøres der for reglerne omkring ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation. Dernæst redegøres der for relevante udbudsretlige principper.

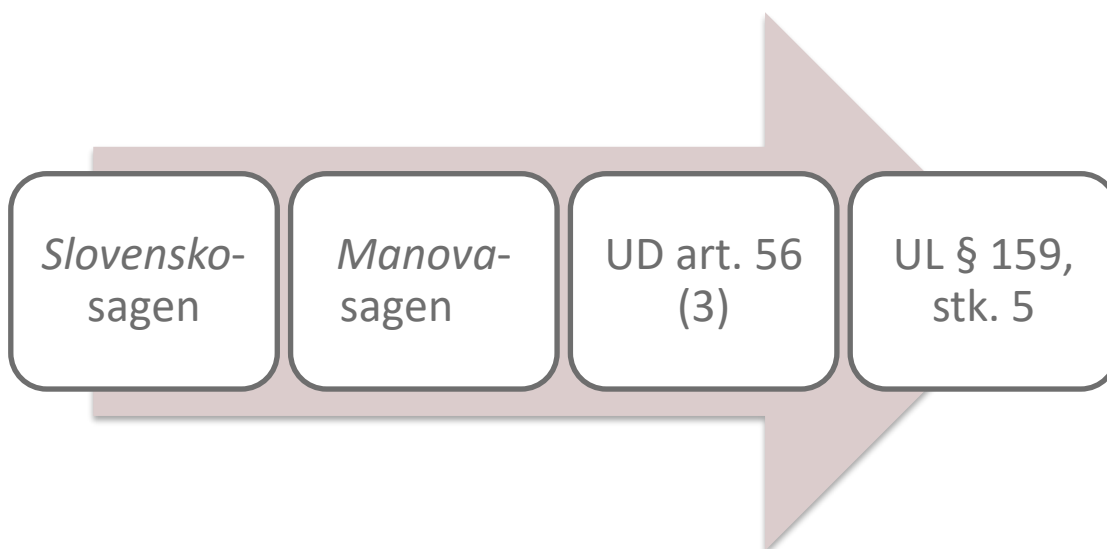
Reglerne om berigtigelse af ansøgning eller tilbud finder anvendelse efter fristen for at afgive ansøgning eller tilbud men før, at kontrakten tildeles.⁵⁹ Det vil sige, at ordregiver har mulighed for at gøre brug af reglerne i udvælgelses- og/eller tildelingsfasen. Figuren nedenfor viser, hvornår i processen reglerne om berigtigelse finder anvendelse.



⁵⁹ C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 42 C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 34., da ordregiveren først efter ansøgnings- eller tilbudsfristen er sikker på, at denne har opnået kendskab til alle ansøgninger eller tilbud. Se også Lovforslag nr. L 164 om § 159, stk. 5, s. 176.

1. Regler for berigtigelse af oplysninger og dokumentation

Ordregivers mulighed for at anmode en økonomisk aktør om at berigtige indsendte oplysninger og/eller dokumentation er reguleret af UL § 159, stk. 5.⁶⁰ For at forstå UL § 159, stk. 5 er det nødvendigt at forstå den ret og retspraksis, som er grundlaget for bestemmelsen. UL § 159, stk. 5 er en kodificering af praksis fra EU-Domstolen, samt en implementering af UD artikel 56 (3).⁶¹ Den ret og retspraksis, der præsenteres i afsnittet, hænger derfor sammen og kan stilles tidsmæssigt op således:⁶²



1.1. Slovensko-sagen

Den første afgørelse fra EU-Domstolen, som må nævnes i forbindelse med ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse, er C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, herefter *Slovensko-sagen*. Sagen skal anses som en del af den centrale EU-praksis, som UL § 159, stk. 5 er en kodificering af.⁶³ Den anden centrale dom på området, *Manova-sagen*, henviser på centrale præmisser til *Slovensko-sagen*.⁶⁴

⁶⁰ Igennem afhandlingen anvendes økonomisk aktør som fællesbetegnelse for ansøger og tilbudsgiver.

⁶¹ Lovforslag nr. L 164 om § 159, stk. 5, s. 176.

⁶² Nedenfor præsenteres de fire i samme rækkefølge.

⁶³ Lovforslag nr. L 164 om § 159, stk. 5, s. 176.

⁶⁴ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 31, 32, 34, 35, 36 og 37.

I *Slovensko*-sagen blev der blandt andet fremsat et præjudicielt spørgsmål omkring, hvorvidt en ordregiver er forpligtet til at berigtige uklare oplysninger i et tilbud.⁶⁵ I afgørelsen anføres en række centrale præmisser, der har betydning for, hvordan spørgsmålet omkring ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse skal besvares.

Slovensko-sagen dykker for det første ind i den vigtige problematik omkring, hvorvidt ordregiver er forpligtet til at anmode om berigtigelse, eller om det udelukkende er en rettighed.⁶⁶ Hele det spørgsmål behandles i dybden i kapitel 4.

I *Slovensko*-sagen anføres, at ordregiver efter omstændighederne kan anmode om berigtigelse, hvis berigtigelsen ikke fører til, at der fremsættes nyt tilbud.⁶⁷

Endvidere fremføres i *Slovensko*-sagen, at en betingelse for at berigtige er, at de forskellige økonomiske aktører behandles ”ens og rimeligt”.⁶⁸ Berigtigelsen må ikke føre til, at ordregiveren fremstår til at have ”begunstiget eller forskelsbehandlet” den økonomiske aktør, der bliver tilladt at berigtige oplysninger og/eller dokumentation.⁶⁹

En yderligere betingelse er, at ordregiver først kan anmode om berigtigelse efter, at denne har fået kendskab til alle ansøgningerne eller tilbuddene.⁷⁰

⁶⁵ C-599/10, SAG ELV Slovensko m. fl., d. 29. marts 2012., pr. 14.

⁶⁶ C-599/10, SAG ELV Slovensko m. fl., d. 29. marts 2012, pr. 38.

⁶⁷ C-599/10, SAG ELV Slovensko m. fl., d. 29. marts 2012, pr. 40. Betingelsen blev opretholdt i C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 36.

⁶⁸ C-599/10, SAG ELV Slovensko m. fl., d. 29. marts 2012, pr. 41.

⁶⁹ C-599/10, SAG ELV Slovensko m. fl., d. 29. marts 2012, pr. 41. Betingelsen blev opretholdt i C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 37.

⁷⁰ C-599/10, SAG ELV Slovensko m. fl., d. 29. marts 2012, pr. 42. Betingelsen blev opretholdt i C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 34.

Desuden skal anmodning om berigtigelse rettes mod alle økonomiske aktører i samme situation.⁷¹

En sidste betingelse er, at ordregiveren anmoder om berigtigelse af alle de punkter i ansøgningen eller tilbuddet, der skal berigtiges.⁷²

1.2. Manova-sagen

Manova-sagen er central for spørgsmålet om ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation, da UL § 159, stk. 5 i særlig grad er en kodificering af *Manova-sagen*.⁷³ *Manova-sagen* var en præjudiciel forelæggelse af foretaget af Østre Landsret.⁷⁴ EU-Domstolen afsagde dom i *Manova-sagen* den 10. oktober 2013.⁷⁵

Baggrunden for sagen i Østre Landsret var en klagesag indbragt for Klagenævnet for Udbud. Sagen blev indbragt af Manova A/S og den indklagede part var Undervisningsministeriet. Sagen omhandlede et udbud på driften af syv regionale vejledningscentre. Manova A/S anførte i deres påstand 1 og 2, at Undervisningsministeriet skulle have afvist anmodningen om prækvalifikation fra henholdsvis Syddansk Universitet og Københavns Universitet. Påstanden lød, at de omhandlende tilbudsgivere ikke havde indgivet seneste *balance* sammen med deres anmodning om prækvalifikation, hvorfor ordregiver (Undervisningsministeriet), burde have afvist anmodningen i henhold til ligebehandlingsprincippet. Klagenævnet for Udbud tog de to påstande til følge, og annullerede kontrakterne med Syddansk Universitet og Københavns Universitet.⁷⁶

⁷¹ C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 43. Betingelsen blev opretholdt i C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 34.

⁷² C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 43. Betingelsen blev opretholdt i C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 35.

⁷³ Lovforslag nr. L 164 om § 159, stk. 5, s. 176.

⁷⁴ Efter svaret fra EU-domstolen blev der indgået forlig i sagen, Østre Landsret forholdte sig derfor aldrig til den konkrete sag, jf. Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2016, s. 605.

⁷⁵ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013.

⁷⁶ KLFU 2010-03-10, *Manova A/S mod Undervisningsministeriet*. I påstand 2 fremgik det også, at Københavns Universitet havde udfyldt en afkrydsning i en tro- og loveerklæring forkert. Klagenævnet for Udbud fandt dog at

Myndighederne vurderede, at kendelsen ville medvirke til at danne en uhensigtsmæssig præcedens for, hvordan ligebehandlingsprincippet skal benyttes. Derfor besluttede Undervisningsministeriet i koordination med resten af regeringen at indbringe sagen for domstolene.⁷⁷

Østre Landsret indgav herefter en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen. Østre Landsrets spørgsmål lød således:

”Indebærer det EU-retlige ligebehandlingsprincip, at en ordregivende myndighed efter udløb af frist for anmodning om deltagelse i et udbud ikke er berettiget til at rekvirere en i udbudsannoncen krævet oplysning om en ansøgers seneste offentliggjorte balance, når den pågældende ansøger ikke har medsendt en sådan balance i sin ansøgning om prækvalifikation?”⁷⁸

I *Manova*-sagen fremhæver EU-Domstolen, at anvendelsen af ligebehandlingsprincippet i udbud ikke er et mål i sig selv, men ligebehandlingsprincippet skal anvendes i henhold til det hovedformål, som ønskes opnået.⁷⁹ Af *Manova*-sagen fremfører EU-Domstolen, at hovedformålet af den EU-retlige regulering af offentlige kontrakter er *”at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater”*.⁸⁰

EU-Domstolen gør op med den anvendelse af ligebehandlingsprincippet, som Klagenævnet for Udbud benyttede i KLFU 2010-03-10. EU-Domstolen slår fast, at det ikke er et mål i sig selv at

Undervisningsministeriet godt kunne anmode Københavns Universitet om at berigtige tro- og loveerklæringen uden at bryde ligebehandlingsprincippet.

⁷⁷ Rass Holdgaard og Anni Noes Westergaard, *EU-domstolen korrigerer Klagenævnet for Udbud*, Advokaten, 1. januar 2014.

⁷⁸ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 25.

⁷⁹ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 29.

⁸⁰ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 28.

anvende ligebehandlingsprincippet i udbudsretlige sager.⁸¹ Ligebehandlingsprincippet skal dermed anvendes i henhold til det formål, som princippet tjener i udbudsprocedurer.⁸²

EU-Domstolen besvarede den præjudicielle forelæggelse på følgende måde:

”Ligebehandlingsprincippet skal fortolkes således, at det ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i en udbudsforretning anmoder en ansøger om fremsendelse af dokumenter, som beskriver denne ansøgers situation, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres fandtes forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud, for så vidt som udbudsmaterialet ikke udtrykkeligt krævede fremsendelse af disse oplysninger, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet. En sådan anmodning må ikke uberettiget begunstige eller forskelsbehandle den eller de ansøgere, som den pågældende anmodning er rettet til.”⁸³

EU-Domstolen afgør i *Manova*-sagen, at ligebehandlingsprincippet ”ikke er til hinder for” at ordregiver efter fristoverskridelse kan anmode om, at ansøger berigtiger visse oplysninger og dokumenter.⁸⁴ Der er her tale om ”dokumenter, som beskriver denne ansøgers situation”, herunder ”offentliggjorte balanceoplysninger”.⁸⁵

⁸¹ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 29.

⁸² C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 29.

⁸³ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 43.

⁸⁴ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 42.

⁸⁵ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 42.

Et krav der fremsættes i *Manova*-sagen er, at det ”objektivt kan kontrolleres”, at oplysningerne fandtes forud for fristen.⁸⁶ Hvilke oplysninger og/eller dokumentation, som ordregiver kan anmode om at berigtige, undersøges i kapitel 3, afsnit 1. At oplysningens eksistens forud for udløb af fristen skal kontrolleres, kan også ses i sammenhæng med vurderingen af, om der forelægger ny ansøgning eller nyt tilbud. Spørgsmålet om, hvornår der forelægger en ny ansøgning eller nyt tilbud behandles nedenfor i kapitel 3, afsnit 2.

Derudover anførte EU-Domstolen en række betingelser for, at ordregiver kan anmode om berigtigelse. Det er de samme betingelser, der er anført i *Slovensko*-sagen.⁸⁷

En sidste betingelse i *Manova*-sagen for, at der kan anmodes om berigtigelse, er, at ordregiver ikke selv har afskåret den mulighed. Ordregiver har afskåret sig fra at anmode om berigtigelse, hvis der i udbudsmaterialet er fremført, at en given manglende oplysning og/eller dokumentation vil medføre afvisning.⁸⁸ Betingelsen er lovfæstet i dansk ret ved UL § 159, stk. 6, der behandles selvstændigt nedenfor i kapitel 3, afsnit 6.

1.3. Udbudsdirektivet artikel 56 (3)

Udbudsdirektivet er fra 2014.⁸⁹ Den relevante bestemmelse i udbudsdirektivet er artikel 56 (3). UD artikel 56 (3) er implementeret i dansk ret ved UL § 159, stk. 5.⁹⁰ Bestemmelsen indtrådte sammen med udbudsdirektivet, og der eksisterede ikke en lignende bestemmelse i det tidligere udbudsdirektiv.⁹¹ UD artikel 56 (3) blev til, da der var et bredt ønske om at øge fleksibiliteten i forhold

⁸⁶ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 39.

⁸⁷ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 34-37.

⁸⁸ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 40.

⁸⁹ Det fremgår af udbudsdirektivet.

⁹⁰ Lovforslag nr. L 164, s. 39.

⁹¹ Carina Risvig Hamer, kapitel 10: Requesting additional information – increase of flexibility and competition? i Grith Skovgaard Ølykke og Albert Sanchez-Graells, *Reformation or deformation of the EU Public Procurement Rules*, 1. udgave, 1. oplag, Edward Elgar Publishing, 2016, s. 235.

til fejl og mangler i ansøgninger og tilbud.⁹² Den øgede fleksibilitet opnås ved, at UD artikel 56 (3) giver mulighed for, at ordregiver under vise omstændigheder kan anmode en økonomisk aktør om at berigtige fejl og mangler ved sin ansøgning eller sit tilbud. UD artikel 56 (3) lyder således:

”Når de oplysninger eller dokumenter, som de økonomiske aktører skal indsende, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter, kan de ordregivende myndigheder, medmindre andet er fastsat i den nationale lovgivning, der gennemfører dette direktiv, anmode de pågældende økonomiske aktører om at indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante oplysninger eller dokumentationen inden for en passende frist, hvis sådanne anmodninger fremsættes under fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.”⁹³

UD artikel 56 (3) hjemler muligheden for, at ordregiver kan anmode en økonomisk aktør om at berigtige mangelfulde ansøgninger eller tilbud. Bestemmelsen fremfører, at berigtigelsen kan ske ved indsendelse, supplerende, præcisering eller fuldstændiggørelse af oplysninger og/eller dokumentation.⁹⁴

Af udbudsdirektivets artikel 56 (3) fremgår det, at ordregiver kan anmode om berigtigelse i henhold til bestemmelsen, medmindre andet fremgår af den nationale lovgivning, der implementerer direktivet.

Af udbudsdirektivets artikel 56 (3) fremgår det, at anmodning om berigtigelse kun kan ske ved fuld overholdelse af de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

⁹² Carina Risvig Hamer, kapitel 10: Requesting additional information – increase of flexibility and competition? i Grith Skovgaard Ølykke og Albert Sanchez-Graells, *Reformation or deformation of the EU Public Procurement Rules*, 1. udgave, 1. oplag, Edward Elgar Publishing, 2016, s 237.

⁹³ Udbudsdirektivet artikel 56 (3).

⁹⁴ I afhandlingen vil berigtigelse blive anvendt som en samlet betegnelse for supplerende, præcisering og fuldstændiggørelse.

Der fremgår intet om forbud mod fremsættelse af nyt tilbud eller ansøgning direkte af ordlyden i udbudsdirektivets artikel 56 (3).

1.4. Udbudsloven § 159, stk. 5 formål og anvendelse

UL § 159, stk. 5 er en relativ ny bestemmelse, der opstod i forbindelse med vedtagelsen af udbudsloven.⁹⁵ Udbudsloven trådte i kraft den 1. januar 2016.⁹⁶ I Danmark er hjemlen for ordregiver til at anmode om berigtigelse UL § 159, stk. 5. Bestemmelsens formål er at sikre en mere fleksibel tilgang til spørgsmålet om, hvordan ordregiver skal forholde sig til mangelfulde ansøgninger eller tilbud.⁹⁷ Som ovenfor anført er UL § 159, stk. 5 er en kodificering og implementering af *Slovensko-sagen*, *Manova-sagen* og UD artikel 56 (3).⁹⁸

UL § 159, stk. 5 lyder således:

*”Ordregiveren kan under overholdelse af principperne i § 2 anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, som ansøgere eller tilbudsgivere har indsendt i forbindelse med en ansøgning eller tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter. Anmodningen må ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud.”*⁹⁹

⁹⁵ Før udbudsloven fandt det tidligere udbudsdirektiv direkte anvendelse i dansk ret (*telle quelle*). Da det tidligere udbudsdirektiv ikke havde en bestemmelse, der tillod ordregiver at anmode om berigtigelse, indtrådte en sådan bestemmelse først i dansk ret ved UD 56 (3), der blev implementeret ved UL § 159, stk. 5.

⁹⁶ Af UL § 196 fremgår det, at udbudsloven træder i kraft d. 1. januar 2016.

⁹⁷ Se i den forbindelse Carina Risvig Hamer, kapitel 10: Requesting additional information – increase of flexibility and competition? i Grith Skovgaaard Ølykke og Albert Sanchez-Graells, *Reformation or deformation of the EU Public Procurement Rules*, Edward Elgar Publishing, 1. udgave, 1. oplag, 2016, s. 237.

⁹⁸ Lovforslag nr. L 164, s. 176.

⁹⁹ Udbudsloven § 159, stk. 5.

Ordregiver skal i udvælgelses- og tildelingsfasen forholde sig til de oplysninger og den dokumentation, der fremgår af ansøgningen eller tilbuddet.¹⁰⁰ Hvis oplysningerne og/eller dokumentationen resulterer i, at ansøgningen eller tilbuddet betragtes som ukonditionsmæssigt, skal det som udgangspunkt afvises. Ordregivers mulighed for at berigtige oplysninger og/eller dokumentation er en undtagelse til udgangspunktet.¹⁰¹

Det kan have stor betydning for alle parterne i et udbud, hvis ordregiver anmoder om berigtigelse af ansøgninger eller tilbud. Den økonomiske aktør, der tillades at berigtige oplysninger og/eller dokumentation, oplever måske at vinde udbuddet og opnår som følge heraf en økonomisk berigelse. Ordregiveren opnår en større konkurrence, og måske som følge heraf en bedre pris og/eller bedre kvalitet for ydelsen. De resterende økonomiske aktører oplever omvendt en større konkurrence og dermed også, at deres chance for at vinde udbuddet mindskes.

Tilgangen til ordregivers mulighed for at berigtige oplysninger og/eller dokumentation var tidligere væsentligt mere rigid end i dag. Eksempelvis kan fremhæves KLFU 2009-03-10, hvor en økonomisk aktør blev afvist, da der var sat et kryds forkert i en tro og love erklæring.¹⁰² Op igennem 2010erne har retsstillingen ændret sig markant. Først igennem retspraksis, så senere ved direktivbestemmelser og senest ved UL § 159, stk. 5.¹⁰³

UL § 159, stk. 5 finder anvendelse på alle offentlige indkøb, der er omfattet af udbudsloven. Bestemmelsen kan også i nogen tilfælde anvendes analogt og endvidere eksistere en lignende

¹⁰⁰ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 31.

¹⁰¹ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 32.

¹⁰² KLFU 2009-03-10 *Munkebjerg Hotel A/S mod Økonomistyrelsen*.

¹⁰³ Se C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012 og C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, samt UD artikel 56 (3).

retsstilling i henhold til direktiver, der regulerer andre former for offentlige indkøb, som ikke er omfattet af udbudsloven.¹⁰⁴

UL § 159, stk. 5 finder i princippet anvendelse i forhold til alle udbudsprocedurer efter udbudsloven.¹⁰⁵ Det anføres i bestemmelsen, at anmodning om berigtigelse af oplysninger og dokumentation både kan ske i forhold til ansøgninger og tilbud. Når bestemmelsen både gælder ansøgninger og tilbud, muliggør det en bred anvendelse af bestemmelsen.¹⁰⁶ Det skyldes, at nogen udbudsprocedurer både består af en udvælgelsesfase og en tildelingsfase, hvorimod andre blot består af en tildelingsfase.¹⁰⁷

Af udbudslovens § 159, stk. 5 fremgår det, at en ordregiver kan anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet. En betingelse for, at berigtigelse i henhold til udbudsloven kan ske, er, at principperne i udbudslovens § 2 overholdes.¹⁰⁸ Der er tale om ligebehandlings-, proportionalitets- og gennemsigtighedsprincippet.

Præcisering, supplerung eller fuldstændiggørelse af ansøgning eller tilbud efter UL § 159, stk. 5, skal ske ved indsendelse af de relevante oplysninger og/eller dokumentation inden for en passende frist.

Berigtigelse efter § 159, stk. 5 kan ske, når oplysningerne og/eller dokumenterne indsendt af tilbudsgiver eller ansøger er ufuldstændige, fejlbehæftede eller mangler.

¹⁰⁴ Herunder forskningsvirksomhedsdirektivet, koncessionsdirektivet og forsvars- og sikkerhedsdirektivet. Se eksempelvis KLFU 2018-08-27 *Saab Dynamics AB mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse*, hvor princippet i UL § 159, stk. 5 blev anvendt og udbuddet var reguleret i henhold til forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

¹⁰⁵ Udbudsprocedurerne fremgår af afsnit II, kapitel 7 i udbudsloven.

¹⁰⁶ Hvis UL § 159, stk. 5, kun bestemte at ordregiver kunne anmode om berigtigelse af tilbud, ville det kun være muligt at anmode om berigtigelsen i henhold til tildelingsfasen. Da bestemmelsen også giver mulighed for at berigtige en ansøgning, kan der også anmodes om berigtigelse i forbindelse med udvælgelsesfasen.

¹⁰⁷ Eksempelvis består *offentligt udbud* kun af en tildelingsfase, hvorimod *begrænset udbud*, både består af en udvælgelses- og en tildelingsfase.

¹⁰⁸ Principperne er ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, de behandles nedenfor i kapitlets afsnit 2.

Ordregivers anmodning om berigtigelse af oplysninger og dokumenter efter § 159, stk. 5 må ikke føre til, at der fremsættes et nyt tilbud eller ny ansøgning.¹⁰⁹

1.5. Betingelser for at ordregiver kan anmode om berigtigelse

En række betingelser skal være opfyldt, før en ordregiver kan anmodes om berigtigelse. Betingelserne for, at ordregiveren kan anmode om berigtigelse, er som følger:

- ❖ Berigtigelse må ikke føre til, at den økonomiske aktør tillades at fremsende ny ansøgning eller tilbud efter fristen.¹¹⁰
- ❖ Berigtigelsen må kun ske, hvis de økonomiske aktører behandles ens og rimeligt, og at ordregiveren ikke fremstår som havet begunstiget eller forskelsbehandlet den økonomiske aktør, der tillades at berigtige oplysninger og/eller dokumentation.¹¹¹
- ❖ Ordregiveren kan først anmode om berigtigelse, når denne har kendskab til alle ansøgninger eller tilbud.¹¹²
- ❖ Ordregiveren skal endvidere rette anmodning om berigtigelse til alle økonomiske aktører i samme situation.¹¹³
- ❖ Ordregiveren skal rette anmodning om berigtigelse til alle punkterne i en ansøgning og et tilbud, der skal berigtiges.¹¹⁴

¹⁰⁹ Spørgsmålet om, hvornår der er tale om fremsættelse af ny ansøgning eller nyt tilbud behandles nedenfor i kapitel 3, afsnit 2.

¹¹⁰ C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 40., C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 36. og UL § 159, stk. 5.

¹¹¹ C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 41., C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 37.

¹¹² C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 42., C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 34.

¹¹³ C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 43., C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 34.

¹¹⁴ C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 44., C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 35.

2. Relevante udbudsretlige principper

Hensigten med afsnittet er at redegøre for de overordnede udbudsretlige principper, der særligt må inddrages ved vurderingen af, hvornår der kan tillades en ordregiver at anmode om berigtigelse af ansøgninger eller tilbud.

I afhandlingen anvendes også relevante forvaltningsretlige principper. Forvaltningsretlige principper kan være relevante at inddrage som element i analysen på konkrete områder. De forvaltningsretlige principper har dog ikke den samme overordnede betydning for emnet og præsenteres derfor ikke i dette afsnit.

2.1. Ligebehandlingsprincippet

Ligebehandlingsprincippet er et centralt princip i udbudsretten.¹¹⁵ Ligebehandlingsprincippet er et af de tre generelle principper i udbudsloven, som fremgår af UL § 2. Det fremgår specifikt af UL § 159, stk. 5, at berigtigelse ikke kan ske, hvis det er i strid med principperne i UL § 2. Derfor er ligebehandlingsprincippet særdeles centralt i vurderingen af, om anmodning om berigtigelse efter UL § 159, stk. 5 må tillades.¹¹⁶

Ligebehandlingsprincippet går ud på at tilsikre, at økonomiske aktører, behandles lige af ordregiver. Ligebehandlingsprincippet medfører, *"at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet"*.¹¹⁷ Forskelsbehandlingen kan tillades, hvis den *"er objektivt begrundet og proportionalt"*.¹¹⁸

Ligebehandlingsprincippet indeholder et forbud mod national diskrimination. På et overordnet plan kan ligebehandlingsprincippet forstås i sammenhæng med artikel 18 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde. Traktatens artikel 18 hjemler et forbud mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet. Det betyder, at økonomiske aktører fra andre medlemsstater, ikke må diskrimineres i forhold til danske økonomiske aktører. Forbuddet mod forskelsbehandling af

¹¹⁵ Det er anført som et af tre generelle principper i UL § 2.

¹¹⁶ Lovforslag nr. L 164 til UL § 156, stk. 5, s. 176.

¹¹⁷ Lovforslag nr. L 164 til UL § 2, s. 57 og C-21/03, *Fabricom mod Belgien*, 3. marts 2005, pr. 27.

¹¹⁸ Lovforslag nr. L 164 til UL § 2, s. 57 og C-21/03, *Fabricom mod Belgien*, 3. marts 2005, pr. 27.

økonomiske aktører og ydelser fra andre EU- og EØS-lande fremgår direkte af UL § 3, stk. 2. Af UL § 3, stk. 3 fremgår det endvidere, at ordregiver ikke må forskelsbehandle økonomiske aktører eller ydelser, fra tredjelande, hvor enten Danmark eller EU på Danmarks vegne har forpligtet sig til ikke at gøre sådan.¹¹⁹ UL § 3, stk. 1 anfører, at danske økonomiske aktører eller ydelser ikke må forskelsbehandles negativt i forhold til udenlandske økonomiske aktører og ydelser.

I *Manova*-sagen konkluderede EU-Domstolen, at det ikke er et mål i sig selv at anvende ligebehandlingsprincippet, men at anvendelse skal ske i henhold til princippetets formål.¹²⁰ I sagen blev det fremført, at hovedformålet med EU's regler om offentlige kontrakter er ”at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater”.¹²¹ Ligebehandlingsprincippet skal ses som en måde til at opnå disse hovedformål på.¹²²

Ud af ligebehandlingsprincippet udledes forhandlingsforbuddet og forbuddet mod at fremkomme med ny ansøgning eller nyt tilbud.¹²³

2.2. Gennemsigtighedsprincippet

Et andet princip, der fremgår af UL § 2, er gennemsigtighedsprincippet. Gennemsigtighedsprincippet er ligeledes relevant i vurderingen af, om en ordregiver kan anmode en økonomisk aktør om at berigtige oplysninger og/eller dokumentation.

Gennemsigtighedsprincippet har som formål at sikre gennemsigtighed, åbenhed og offentlighed omkring alle forholdene forbundet med et udbud.¹²⁴ Det er i den forbindelse blevet anført, at ligebehandlingsprincippet er det overordnede princip, som ordregiver skal følge, hvorimod hensigten

¹¹⁹ Tredjelande i forhold til Den Europæiske Union.

¹²⁰ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 29.

¹²¹ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 28.

¹²² C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 28.

¹²³ Det behandles nedenfor i kapitel 3, afsnit 2.

¹²⁴ Lovforslag nr. L 164, s. 59.

med gennemsigtighedsprincippet er at tilsikre ligebehandling af de økonomiske aktører.¹²⁵ Sagt på en anden måde, så skal ordregivers ageren og handlen i forbindelse med udbuddet være gennemsigtige med det formål at sikre ligebehandlingsprincippet overholdes¹²⁶. Der er derfor en markant sammenhæng mellem gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet.¹²⁷

Gennemsigtighedsprincippet medfører endvidere, at kontraktens genstand og processen for udbuddet på forhånd skal være beskrevet i udbudsmaterialet.¹²⁸

Hvis gennemsigtighedsprincippet ikke overholdes, kan ordregiver ikke anmode om berigtigelse af tilbud. Det gælder også selv om ligebehandlingsprincippet er overholdt.

2.3. Proportionalitetsprincippet

Det sidste princip, der fremgår af UL § 2, er proportionalitetsprincippet. Ordregiver har ikke mulighed for at anmode om berigtigelse, hvis det strider imod proportionalitetsprincippet, jf. UL § 159, stk. 5. UD artikel 56 (3) nævner i modsætning til UL § 159, stk. 5, jf. UL § 2 ikke overholdelse af proportionalitetsprincippet som en forudsætning for, at ordregiver kan anmode om berigtigelse. Proportionalitetsprincippet har ikke den samme rolle i den grundlæggende EU-retlige praksis på området, som ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.¹²⁹ Omvendt har proportionalitetsprincippet den centrale betydning, at ordregiver ikke må anmode om berigtigelse, hvis ikke princippet overholdes.

¹²⁵ Steen Treumer, *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, Djøf forlag, 1. udgave, 2000, s. 25.

¹²⁶ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2016, s. 60.

¹²⁷ Se eksempelvis C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 14, omkring sammenhængen mellem gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet i en afgørelse.

¹²⁸ Lovforslag nr. L 164, s. 59.

¹²⁹ Se eksempelvis C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012 og C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013.

Proportionalitetsprincippet går ud på at tilsikre, at ordregivers krav til udbuddet og dets udførelse står ”i rimelig forhold” til, hvad der ønskes anskaffet og at ordregivers krav og fremgangsmåde ikke overskrider, ”hvad der er nødvendigt for at imødekomme ordregivers konkrete saglige behov”.¹³⁰

2.4. Princippet om effektiv konkurrence

Princippet om effektiv konkurrence går ud på at tilsikre den bedst mulige konkurrence i et udbud med det formål at opnå den bedste kvalitet og/eller pris. I UL § 1 fremgår det, at lovens formål er ved ”effektiv konkurrence” at sikre ”den bedst mulige udnyttelse af offentlige midler”. En ordregiver er derfor igennem udbudsloven forpligtet til at tilsikre den mest effektive konkurrence.

En ordregivers ønske om at anmode om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation vil hænge tæt sammen med princippet om effektiv konkurrence. Udelukkes en økonomisk aktør fra et udbud grundet mangler i tilbudsmaterialet, vil det de facto betyde, at konkurrencen bliver mindsket. Det kan som følge heraf resultere i, at den offentlige ordregiver modtager mindre gunstige tilbud og at de offentlige midler ikke bliver udnyttet på bedst mulige vis. Ordregiver har dermed en klar interesse i mest effektiv konkurrence i forbindelse med udbuddet.

Der kan udledes to forpligtelser for ordregiver i henhold til princippet om effektiv konkurrence. For det første må ordregiver ikke tilrettelægge udbuddet på en måde, der omgår udbudsreglerne. For det andet må ordregiver ikke tilrettelægge udbuddet på en måde, der uretmæssigt favoriserer en økonomisk aktør, eller forringer dennes mulighed for at vinde kontrakten.¹³¹

¹³⁰ Lovforslag nr. L 164, til UL § 2, side 59.

¹³¹ Jesper Fabricius, kapitel 2: udbudsretlige principper i Steen Treumer, et al, *Udbudsretten*, 1. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing, 2019, s. 51.

Kapitel 3 – Berigtigelse af tilbud og ansøgninger

Det første led i afhandlingens problemformulering er en analyse af ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse af ansøgninger eller tilbud. Problemstillingen vil blive belyst således, at der i hvert afsnit i kapitlet behandles et emne, som er relevant for ordregivers mulighed at berigtige.

1. Oplysninger og dokumentation, der kan berigtiges

For at klarlægge retsstillingen for berigtigelse af ansøgninger og tilbud, er det først og fremmest vigtigt at undersøge, hvilke oplysninger og hvilken dokumentation, der kan berigtiges.

I dette afsnit vil det først blive undersøgt hvilke typer af oplysninger og dokumentation, som ordregiver kan anmode om at berigtige. Herefter vil det blive undersøgt hvilke berigtigelsesmetoder, der kan benyttes, samt hvilke oplysninger og hvilken dokumentation, der kan berigtiges under hvilke berigtigelsesmetoder.¹³² Berigtigelsesmetoderne er kategoriseret i afsnittene 1.2-1.4.

Det vælges af strukturmæssige årsager at behandle præcisering, supplerings og fuldstændiggørelse særskilt. Det skyldes, at det er tre forskellige måder at berigtige på. Endvidere benævnes de også eksplicit og særskilt i UL § 159, stk. 5. Det bemærkes også, at Klagenævnet for Udbud i sine kendelser typisk vil kategorisere berigtigelsen som enten præcisering, supplerings, eller fuldstændiggørelse.¹³³ Dog kan der i visse af klagenævnsagerne godt savnes en mere klar afgrænsning af, hvornår der er tale om præcisering, supplerings eller fuldstændiggørelse. Teoretisk er sondringen meningsfuld og vil også i mange tilfælde vil være det i praksis. Der vil imidlertid være tilfælde, hvor det er mindre

¹³² Med berigtigelsesmetode skal forstås henholdsvis præcisering, supplerings og fuldstændiggørelse.

¹³³ Se eksempelvis for præcisering KLFU 2018-04-10, *Sea Environment ApS mod Forsvarsministeriet*, hvor det af klagenævnets afgørelsen fremgår ” *Efter karakteren af oplysningerne i brevet af 8. marts 2016 er der ikke blot tale om, at Sea Environment **præciserer** sit tilbud*”. Eller for supplerings eksempelvis KLFU 2018-06-27, *Abena A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbscentral A/S*, hvor det af klagenævnets afgørelse fremgår ” *Det fremgår af evalueringssnotatet, at SKI under tilbudsevalueringen anmodede Abena og Essity Denmark A/S om at fremsende **supplerende** oplysninger*”.

betydningsfuldt, om en berigtigelse skal kategoriseres som præcisering, supplering eller fuldstændiggørelse.¹³⁴

Intentionen med afsnittet er at belyse hvilke oplysninger og/eller dokumentation, der i forbindelse med de forskellige metoder kan berigtiges. Af den grund skal det understreges, at hvor der i afsnittet anføres, at oplysninger og/eller dokumentation kan eller ikke kan berigtiges, så gælder det efter de konkrete omstændigheder. Det vil sige, at de påviste oplysningerne og/eller dokumentation er kvalificeret til enten at blive eller ikke blive berigtiget, men en faktisk berigtigelse forudsætter stadig, at de lever op til betingelserne for berigtigelse i henhold til UL § 159, stk. 5, eller at berigtigelse ikke er afskåret efter UL § 159, stk. 6.

1.1. Oplysninger og dokumentation omfattet af reglerne for berigtigelse

En gruppe af oplysninger og dokumentation er dem, der helt mangler. Her er der tale om anmodning af berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation, der ikke er vedlagt tilbuddet eller ansøgningen. Der kan her eksempelvis være tale om, at den økonomiske aktør ikke har vedlagt et ESPD til ansøgningen eller tilbuddet.¹³⁵

Det må overvejes om manglende oplysninger og dokumentation er omfattet af UL § 159, stk. 5.

Det fremgår ikke direkte af UL § 159, stk. 5, om oplysninger, der helt mangler, er omfattet af bestemmelsen. Det fremgår omvendt, at dokumenter, der helt mangler, er omfattet. Af bestemmelsens ordlyd kan det derfor udledes, at manglende dokumentation vil være omfattet af UL § 159, stk. 5. Det samme kan ikke nødvendigvis siges om manglende oplysninger.

Hvis der derimod kigges på lovbemærkningerne til UL § 159, stk. 5, fremgår det direkte, at oplysninger vil være omfattet af bestemmelsen, ”*selvom disse oplysninger og dokumentation ikke fremgik af ansøgningen og tilbuddet*”.¹³⁶

¹³⁴ Se eksempelvis KLFU 2017-08-07, *Danske færges mod Transportministeriet*, hvor det af klagenævnets afgørelse fremgik ”at ministeriet forbeholdt sig at anmode en tilbudsgiver om at **supplere eller fuldstændiggøre** tilbuddet”.

¹³⁵ ESPD står for ”*European Single Procurement Document*”. Det er et krav, at ansøger eller tilbudsgiver benytter sig af et ESPD i forbindelse med et udbud, jf. UL § 151.

¹³⁶ Lovforslag nr. L 164, til UL § 159, stk. 5, s. 176.

Det kan derfor konstateres, at manglende oplysninger og dokumentation vil være omfattet af UL § 159, stk. 5. Dermed kan ordregiver anmode om berigtigelse af manglende oplysninger og/eller dokumentation, hvis betingelserne for at anmode om berigtigelse ellers er tilstede.

En anden gruppe af oplysninger og dokumentation, som ordregiver kan anmode en økonomisk aktør om at berigtige, er ufuldstændige eller fejlbehæftede oplysninger og dokumentation. Det fremgår direkte af UL § 159, stk. 5, at ufuldstændige og fejlbehæftede oplysninger og dokumentation er omfattet af bestemmelsen.

Fejlbehæftede oplysninger og dokumentation må dække over indsendte oplysninger og dokumentation, der indeholder fejl. Eksempelvis, hvis der i en tro og love erklæring er sat et forkert kryds.¹³⁷ Ufuldstændige oplysninger og dokumentation dækker over den situation, hvor de indsendte oplysninger og/eller dokumentation mangler elementer for at være fuldendt. Det kan eksempelvis være, hvis den økonomiske aktør er forpligtet til i forbindelse med budet at indsende sine årsrapporter fra de sidste 5 år, men der i det indsendte materiale mangler årsrapport fra et af årene.

Såfremt at manglende, ufuldstændige og fejlbehæftede oplysninger og/eller dokumentation kan berigtiges efter UL § 159, stk. 5, fremgår det, at det enten kan ske ved præcisering, supplerung eller fuldstændiggørelse. Hvad der kan berigtiges i forhold til de tre metoder, undersøges nedenfor.

1.2. Præcisering af oplysninger og dokumentation

En måde hvorved oplysninger og dokumentation kan berigtiges på, er ved præcisering. Når der anvendes præcisering må det skyldes, at de afgivende oplysninger og/eller dokumentation er uklare, upræcise, uskarpe mv. En præcisering af oplysninger og/eller dokumentation vil derfor betyde, at en økonomisk aktør afklarer, hvad der skal forstås med de afgivende oplysninger og/eller dokumentation. Et eksempel på præcisering sås i KLFU 2019-09-25, hvor ordregiver og tilbudsgiver

¹³⁷ Som konkret eksempel se KLFU 2009-03-10, *Munkebjerg Hotel A/S mod Økonomistyrelsen*.

holdt et møde, hvor tilbudsgiver efter klagenævnets opfattelse fik mulighed for at forklare, uddybe og tilpasse et uklart tilbud.¹³⁸

Af *Manova*-sagen fremgår det, at oplysninger og dokumentation kan berigtiges, hvis de ”åbenlyst blot kræver en præcisering”.¹³⁹ Derudover kan berigtigelse, herunder præcisering, tillades ”for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør”.¹⁴⁰ I den konkrete præmis henvises til *Slovensko*-sagen, hvor lignende fremgår.¹⁴¹ I vurderingen af, hvilke oplysninger og/eller dokumentation, som kan præciseres, indgår der derfor et element af åbenbarhed. Hvis der er tale om oplysninger og/eller dokumentation, som åbenbart kan præciseres, eller som indeholder åbenlyse indholdsmæssige fejl, der kan bringes til ophør, kan præcisering formentlig ske, hvis oplysningerne og/eller dokumentationen ikke af andre grunde er afskåret fra at kunne blive berigtiget.

Derudover er det et krav, at der udelukkende præciseres med oplysninger og/eller dokumentation, der objektivt kan konstateres at eksistere forud for fristtidspunktet.¹⁴² I sagens natur vil de oplysninger eller den dokumentation, der skal præciseres eksistere forud for fristtidspunktet, da de indgår som en del af ansøgningen eller tilbuddet. Det gælder imidlertid, at de oplysninger eller den dokumentation, der præciseres med, også objektivt skal konstateres at eksistere forud for fristtidspunktet.¹⁴³ Det må i de enkelte tilfælde konkret vurderes, om oplysninger og dokumentation i henhold til disse krav er kvalificeret til at kunne blive præciseret.¹⁴⁴

¹³⁸ KLFU 2019-09-25, *E-boks A/S mod Digitaliseringsstyrelsen*, fandt Klagenævnet for Udbud, at udbuddet måtte gå om, dog med den begrundelse, at berigtigelse allerede var udelukket grundet specifikke betingelser i udbudsmaterialet, jf. UL § 159, stk. 6.

¹³⁹ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 32.

¹⁴⁰ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 32.

¹⁴¹ C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 40.

¹⁴² C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 39.

¹⁴³ Lovforslag nr. L 164, til UL § 159, stk. 5., s. 176.

¹⁴⁴ Lovforslag nr. L 164, til UL § 159, stk. 5., s. 176.

Hvis der eksempelvis tages udgangspunkt i et udbud omhandlende advokatydelser, og der i et CV for en af nøgledarbejderne fremgår, at vedkommende har arbejdet et antal år som og for nuværende bærer titel af jurist, vil det være nærliggende for ordregiver at få præciseret, om tilbudsgiver med jurist mener advokat, cand.jur. eller noget tredje. Hvis vedkommende i en årrække har arbejdet som advokat og fortsat bærer titel af advokat, vil der være tale om en præcisering af oplysninger, der objektivt set kan konstateres at eksistere forud for fristtidspunktet. Hvis vedkommende derimod har flere års erhvervs erfaring som cand.jur. og advokatfuldmægtig, men først efter fristdagen opnår endelig titel af advokat, vil der være tale om præcisering af oplysninger, der ikke objektivt kan konstateres at forelægge forud for fristdagen. I første situation vil ordregiver som udgangspunkt godt kunne anmode den økonomiske aktør om at præcisere sit tilbud, omvendt forholder det sig med den anden situation.

For at belyse spørgsmålet mere konkret i dansk ret kan følgende to kendelser fra Klagenævnet for Udbud inddrages.

I KLFU 2019-05-15 henvendte ordregiver sig til tilbudsgiver med henblik på at få præciseret nogle i tilbuddet vedlagte nøgletal.¹⁴⁵ Korrespondancen mellem ordregiver og tilbudsgiver foregik pr. mail og der var alene tale om ”*afklaring af allerede oplyste nøgletal*”.¹⁴⁶ Klagenævnet for Udbud fandt, at ordregiver i den situation var berettiget til at anmode tilbudsgiver om præcisering.

I KLFU 2019-12-23 anmodede ordregiver om at præcisere en støtteerklæring fra tilbudsgivers ejer, omhandlende solidarisk hæftelse for levering af den aftalte ydelse over for ordregiver.¹⁴⁷ Kendelsen omhandlede i praksis spørgsmålet om, hvorvidt ordregiver kunne anmode tilbudsgivers ejer om at ændre en støtteerklæring efter tilbudsfristen. Klagenævnet for Udbud afgjorde, at ordregiver inden for rammerne af UL § 159, stk. 5 kunne anmode tilbudsgivers ejer ”*om at præcisere sin støtte til Rengøring.com (red. tilbudsgiver)*”.¹⁴⁸

¹⁴⁵ KLFU 2019-05-15, *Salini Impregilo S.p.A. mod Metroselskabet I/S*.

¹⁴⁶ KLFU 2019-05-15, *Salini Impregilo S.p.A. mod Metroselskabet I/S*.

¹⁴⁷ KLFU 2019-12-23, *KN Rengøring I/S mod Rudersdahl Kommune*.

¹⁴⁸ KLFU 2019-12-23, *KN Rengøring I/S mod Rudersdahl Kommune*.

Begge kendelser er eksempler på at berigtigelse tillades ved præcisering. Den første kendelse understreger pointen med, at hvis der er tale om præcisering af objektivt konstaterbare oplysninger, der forelægger forud for fristdagen, så må det være ordregiver tilladt at anmode en økonomisk aktør om at præcisere oplysningerne og/eller dokumentationen. Desuden viser kendelsen konkret, at vedlagte nøgletal er oplysninger, der er kvalificeret til at kunne præciseres. Den anden kendelse er mere kompliceret. I kendelsen tillades en tilbudsgiver efter fristudløb at ændre en fremsat støtterklæring. Der kan derfor argumenteres for, at der i kendelsen er tale om en ændring og forbedring af et tilbud i strid med ligebehandlingsprincippet, jf. UL § 159, stk. 5, jf. UL § 2. Når klagenævnet alligevel tillader ordregiver at berigtige oplysningerne, skyldes det, at man overordnet set anser det for en præcisering af en ejers støtte til tilbudsgiver. Klagenævnets afgørelse i KLFU 2019-12-23 må forstås sådan, at klagenævnet var af den opfattelse, at tilbudsgivers ejer forud for fristtidspunktet havde til hensigt at hæfte solidarisk med tilbudsgiver. At den i tilbuddet vedlagte støtteerklæring sagde noget andet, var et udtryk for en uklared, som ordregiver kunne anmode tilbudsgiver om at præcisere i henhold til UL § 159, stk. 5.

1.3. Supplering af oplysninger og dokumentation

En anden måde, hvorved en ansøgning eller et tilbud kan berigtiges, er ved supplering af oplysninger og/eller dokumentation. Supplering benyttes, når der ved ansøgningen eller tilbuddet afgives oplysninger og/eller dokumentation, der ikke er fyldestgørende. Ved anmodning om supplering vil ordregiver bede om yderligere oplysninger og/eller dokumentation, der fuldender ansøgningen eller tilbuddet. Et eksempel fra praksis, hvor der anmodes om supplerende dokumentation, sås i KLFU 2018-06-27.¹⁴⁹ I kendelsen anmoder ordregiver en tilbudsgiver om fremsendelse af supplerende dokumentation på dennes varelinjer.¹⁵⁰ Dokumentation på varelinjer kan eksempelvis bestå af produktblade for de produkter som udbuddet omhandler.¹⁵¹

Et åbenlyst spørgsmål er, hvornår supplering af oplysninger og dokumentation ikke er i strid med principperne i UL § 2. I første omgang konstateres det, at lovbemærkningerne til UL § 159, stk. 5 fastslår, at anmodningen om fremsendelsen af eksempelvis en manglende årsrapport vil være muligt

¹⁴⁹ KLFU 2018-06-27, *Abena A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbscentral A/S*.

¹⁵⁰ Se lignende eksempel i KLFU 2017-10-03, *Oluf Brønnum og Co. A/S mod Københavns Kommune*.

¹⁵¹ Konkret eksempel fra KLFU 2018-06-27, *Abena A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbscentral A/S*.

i henhold til bestemmelsen.¹⁵² Ligeledes anføres det i *Manova*-sagen, at gruppen af dokumentation, som ordregiver kan anmode om at berigtige, omfatter oplysninger, ”såsom offentliggjorte balanceoplysninger”.¹⁵³

Det vurderes derfor, at oplysninger og dokumentation der er af samme karakter som en manglende årsrapport og offentliggjorte balanceoplysninger ligeledes kan suppleres efter UL § 159, stk. 5.¹⁵⁴

Det, der karakteriserer en årsrapport er, at det er historiske oplysninger og dokumentation, som allerede forelægger på tidspunktet for fristen for afgivelse af ansøgning eller tilbud, hvilket også er en betingelse for berigtigelse i henhold til grundlæggende EU-praksis på området.¹⁵⁵ I den forbindelse må det også anføres, at der er tale om faktiske oplysninger og dokumentation, som en økonomisk aktør ikke har mulighed for at ændre på. Endvidere må en manglende årsrapport fremstå som en åbenbar indholdsmæssig mangel, hvilket efter *Manova*-sagen er et krav for, at oplysninger og dokumentation er kvalificeret til at kunne blive berigtiget.¹⁵⁶ En række oplysninger og dokumenter må antages at have samme karakter som en årsrapport. Andre lovpligtige rapporteringer eksempelvis CSR-rapportering kan sidestilles med en årsrapport. Det samme gør sig gældende for objektivt konstaterbare historiske oplysninger om eksempelvis en nøglemedarbejders CV. Det vil endvidere være muligt at fremtænke flere typer af oplysninger og dokumentation af samme karakter som de ovenfor nævnte. Fælles for disse er, at så længe de bevarer samme karakter som eksempelvis en årsrapport, vurderes det, at ordregiver kan anmode om berigtigelse efter UL § 159, stk. 5. Det må konkret vurderes, om oplysningerne og/eller dokumentationen er af en karakter, der kan suppleres.

¹⁵² Lovforslag nr. L 164 til UL § 159, stk. 5, s.176.

¹⁵³ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 39.

¹⁵⁴ I henhold til lovforslag nr. L 164 til UL § 159, stk. 5, s.176 og C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 39.

¹⁵⁵ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 39.

¹⁵⁶ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 32.

I C-131/16, *Archus sp. z o.o og Gama Jacek Lipik mod Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.*, d. 11. maj 2017, herefter *Archus-sagen*, forholdte EU-Domstolen sig til en præjudiciel forelæggelse omkring omfanget af ordregivers mulighed for at anmode om supplerende oplysninger og/eller dokumentation. Den præjudicielle forelæggelse beroede på en sag, hvor berigtigelsesobjektet var ”prøver på digitaliserede arkivdokumenter”, med andre ord vareprøver.¹⁵⁷ I sagen anføres visse forudsætninger for, at supplerende oplysninger og dokumentation, herunder i form af vareprøver, kan ske.¹⁵⁸ Besvarelsen af den præjudicielle forelæggelse må forstås sådan, at vareprøver, under overholdelse af betingelserne for anvendelse af UL § 159, stk. 5 og UL § 159, stk. 6 kan berigtiges som supplerende oplysninger og/eller dokumentation.

Omvendt giver retspraksis også en indikation af, hvornår oplysninger og dokumentation ikke kan suppleres efter UL § 159, stk. 5. Grundlæggende kan det, modsætningsvist anføres, at ordregiver ikke kan anmode om supplerende oplysninger, når det ikke objektivt kan konstateres, at oplysningerne og/eller dokumentationen eksisterede på fristtidspunktet.¹⁵⁹ Der kan eksempelvis være tale om tekniske specifikationer, hvor den økonomiske aktør efter fristen har haft mulighed for at forbedre produktet, og dermed forbedre ansøgningen eller tilbuddet.

Oplysningerne og/eller dokumentationen skal objektivt konstateres at forelægge forud for ansøgnings- eller tilbudsfristen. Det betyder ikke, at dokumenter udarbejdet senere på baggrund af disse oplysninger og/eller dokumentation er afskåret fra at kunne benyttes ved supplerende oplysninger og/eller dokumentation. Dokumenter, der er udarbejdet efter fristdagen på baggrund af oplysninger og/eller dokumentation, der objektivt kan konstateres at forelægge forud for fristdagen kan, hvis betingelserne herfor ellers er opfyldt, suppleres.¹⁶⁰

¹⁵⁷ C-131/16, *Archus sp. z o.o og Gama Jacek Lipik mod Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.*, d. 11. maj 2017., pr. 34.

¹⁵⁸ C-131/16, *Archus sp. z o.o og Gama Jacek Lipik mod Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.*, d. 11. maj 2017., pr. 39. Hvilket er i overensstemmelse med betingelserne anført i C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012 og C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013.

¹⁵⁹ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 39.

¹⁶⁰ Lovforslag nr. L 164 til UL § 159, stk. 5, side 176.

I C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie*, d. 4. maj, 2017, herefter omtalt som *Esaprojekt-sagen*, blev det afgjort, at ordregiver ikke kunne anmode om supplerende af dokumentation.¹⁶¹ I sagen havde den økonomiske aktør, der i første omgang vandt kontrakten, ikke fremsendt tilstrækkelige referencer. Der var således tale om manglende dokumentation. Ordregiver anmoder herefter om supplerende af den manglende dokumentation. Den økonomiske aktør fremsendte dokumentation for opgaver gennemført af en anden virksomhed, og et tilsagn fra virksomheden om at yde konsulentbistand i forbindelse med opgaven. EU-Domstolen afgjorde, at ordregiver i det konkrete tilfælde ikke kunne anmode om fremsendelse af dokumentation.¹⁶²

Der er i henhold til supplerende af oplysninger og dokumentation to interessante pointer at tage med fra *Esaprojekt-sagen*. For det første at retsstillingen fastsat i *Manova-sagen* omkring indhentelse af supplerende oplysninger og dokumentation opretholdes. For det andet viser sagen en konkret situation, hvor EU-Domstolen afgør, at ordregiver ikke kan anmode om fremsendelse af supplerende dokumentation.

Hvis der i *Esaprojekt-sagen* var blevet tilladt at indhente manglende oplysninger og dokumentation, var der de facto også blevet tilladt en ny central underleverandør, hvis tidligere leverancer nu udgjorde en del af den økonomiske aktørs referencer. Det kan konstateres, at der i sagen var tale om indhentelse af supplerende oplysninger og dokumentation, der ikke eksisterede på fristtidspunktet, da underleverandøren ikke havde givet sit tilsagn til at fungere som konsulent på fristtidspunktet. Allerede fordi at oplysningerne og dokumentationen ikke fandtes på fristtidspunktet, havde ordregiver ikke mulighed for at berigtige.¹⁶³

Klagenævnet for Udbud har i en række kendelser forholdt sig til, om ordregiver kunne anmode om supplerende oplysninger og dokumentation.

¹⁶¹ C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie*, d. 4. maj 2017, pr. 45.

¹⁶² Se i sin helhed sagsfremstillingen i C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie*, d. 4. maj 2017.

¹⁶³ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 39.

I KLFU 2017-10-03 anmodede ordregiver en økonomisk aktør om at fremsende supplerende dokumentation for et produkt. Den økonomiske aktør fremsendte herefter ”*supplerende dokumentation om de tilbudte produkters tekniske specifikationer*”.¹⁶⁴ Klagenævnet konstaterede, at den økonomiske aktør dermed ikke havde ”*tilbudt andre produkter*”. På den baggrund var det tilladt for ordregiver at anmode tilbudsgiver om at supplere den ufuldstændige og fejlbehæftede dokumentation.¹⁶⁵

I KLFU 2017-03-30 var det en nødvendighed at indhente supplerende oplysninger, for at ordregiver kunne foretage nødvendige beregninger til brug for vurderingen af tilbuddene. Supplering af oplysningerne var derfor muligt for ordregiveren.¹⁶⁶

I KLFU 2015-02-05, der er afsagt før udbudsloven, forholder klagenævnet sig meget direkte til *Manova*-sagen. Herunder *Manova*-sagens præmis 39 om, at supplerende oplysninger og dokumentation, som objektivt konstaterbart lægger forud for fristdagen, kan indhentes. Konkret accepterer klagenævnet, at ordregiver indhentede oplysninger om ”*historiske omsætningsdata*” hos en økonomisk aktør.¹⁶⁷

Omvendt forholdt det sig i KLFU 2019-01-22. Her havde en tilbudsgiver på fristtidspunktet ikke lovlig autorisation til at drive vagtvirksomhed, hvilket var et krav i udbuddet. Det kunne ikke tillades at ordregiver senere indhentede dokumentation for, at den økonomiske aktør havde opnået autorisation.¹⁶⁸ Kendelsen er igen en understregning af, at ordregiver ikke kan indhente supplerende oplysninger og dokumentation, der på fristtidspunktet ikke objektivt kan konstateres at eksistere.¹⁶⁹

¹⁶⁴ KLFU 2017-10-03, *Oluf Brønnum og Co A/S mod Københavns Kommune*.

¹⁶⁵ KLFU 2017-10-03, *Oluf Brønnum og Co A/S mod Københavns Kommune*.

¹⁶⁶ KLFU 2017-03-30, *Euro Therm A/S mod Hinnerup Fjernvarme A.M.B.A.*

¹⁶⁷ KLFU 2015-02-05, *Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark*.

¹⁶⁸ KLFU 2019-01-22, *G4S Security Services A/S mod Post Danmark A/S*.

¹⁶⁹ For yderligere kendelser om supplering, se eksempelvis KLFU 2018-04-22, *Lattanzio Advisory S.p.A. m.fl. mod Udenrigsministeriet*. Hvori det blev slået fast at oplysninger kan suppleres, ”*hvis tilbuddet åbenlyst kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør, forudsat at ændringen ikke fører til, at der fremsættes et nyt tilbud*”.

De her anførte sager holdt op imod det tidligere anførte om anvendelsen af UL § 159, stk. 5, samt præmis 39 i *Manova*-sagen, giver et godt billede af omfanget af ordregivers mulighed for at anmode om supplerende oplysninger. KLFU 2017-10-03 viser udgangspunktet med, at ordregiver kan anmode om supplerende oplysninger og dokumentation af blandt andet tekniske specifikationer for et i tilbuddet anført produkt, såfremt oplysningerne og dokumentationen konstaterbart findes forud for fristdagen. Omvendt kan det siges, at supplerende oplysninger og dokumentation angående de tekniske detaljer ved et produkt, der ikke eksisterer ved fristdagen, ikke kan indhentes. En sådan situation kan man eksempelvis forestille sig i forbindelse med anskaffelsen af ikke-standardiseret software, hvor en økonomisk aktør efter fristen kan fabrikere nogle tekniske specifikationer, der reelt set vil forbedre produktet og dermed tilbuddet. Situationen sås også i KLFU 2019-01-22, hvor de oplysninger, der ønskedes berigtiget, ikke objektivt kunne konstateres at forelægges forud for fristen. KLFU 2015-02-05 er grundlæggende en understregning af det samme princip om, at supplerende oplysninger og dokumentation, her regnskabstekniske, kan indhentes i det omfang, de eksisterede forud for fristdagen. Det særlige ved kendelsen er dog, at den er truffet forud for udbudsloven og *Manova*-sagens præmisser anvendes meget direkte i forbindelse med afgørelsen.

Den sidste kendelse, KLFU 2017-03-30, viser den overordnede problematik i forbindelse med indhentelse af supplerende oplysninger og dokumentation, navnlig spørgsmålet om ligebehandling mellem de økonomiske aktører. I KLFU 2017-03-30 var begrundelsen for at tillade indhentelse af supplerende oplysninger fra en økonomisk aktør men ikke andre økonomiske aktører, at ordregiver ikke var i stand til at beregne den totale varmevirkningsgrad for tilbuddet uden. Da ordregiveren havde de nødvendige oplysninger fra de andre økonomiske aktører, ville det være en forskelsbehandling af den ene økonomiske aktør, hvis denne ikke fik mulighed for at supplere med den nødvendige oplysning. Af den grund blev det accepteret, at ordregiveren indhentede de fornødne oplysninger hos tilbudsgiveren. Det kan derfor argumenteres for, at udover at en oplysning og/eller dokumentation skal leve op til ligebehandlingsprincippet for at kunne suppleres, så kan ligebehandlingsprincippet også have en direkte betydning for hvilke oplysninger og dokumentation, der i første omgang kvalificerer sig til at kunne suppleres.¹⁷⁰ I KLFU 2017-03-30 vurderes det dog

¹⁷⁰ Det samme må være gældende i forhold til præcisering og fuldstændiggørelse.

også, at oplysningen var af en åbenbar indholdsmæssig karakter, der nemt kunne bringes til ophør og objektivt kunne konstateres at eksistere forud for, at der blev anmodet om supplerings.¹⁷¹

1.4. Fuldstændiggørelse af oplysninger og dokumentation

Den sidste form for berigtigelse, der nævnes i UL § 159, stk. 5, er fuldstændiggørelse. Terminologisk set må fuldstændiggørelse i den her henseende betyde, at ordregiver har mulighed for at anmode en økonomisk aktør om at indsende oplysninger og dokumentation, der fuldstændiggør hans tilbud eller ansøgning. Ved gennemgang af praksis på området fremgår det tydeligt, at begrebet fuldstændiggørelse benyttes i mindre grad end præcisering og supplerings.¹⁷² Fuldstændiggørelse af tilbud eller ansøgning vil i sagens natur have en nær sammenhæng med præcisering og supplerings. Der kan argumenteres for, at indhentelse af præciserende og supplerende oplysninger og dokumentation rent faktisk er fuldstændiggørelse af ansøgning eller tilbud.

Det fornuftige ved at benytte terminologien i UL § 159, stk. 5 er, at det sikres, at oplysninger og dokumentation, der ikke klart kan præciseres og suppleres, ikke afskæres fra at kunne blive berigtiget. På den baggrund er det nærliggende at opfatte fuldstændiggørelse som en opsamlende metode, hvis ikke præcisering eller supplerings umiddelbart er anvendelig.

De ovenfor anførte forudsætninger om, at manglen i ansøgningen eller tilbuddet skal være åbenbar og at oplysningen og/eller dokumentationen objektivt skal konstateres at eksistere på fristtidspunktet, gælder også ved fuldstændiggørelse.

Ud over som opsamlingsmetode vil det også være nærliggende at kategorisere berigtigelse af ufuldstændigheder og fejl af mere formel karakter som fuldstændiggørelse. Formelle fejl kan eksempelvis være en manglende underskrift eller oplysninger i et forkert format. Det behandles i afsnittet nedenfor.

¹⁷¹ Hvilket efter C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, er betingelser for, at oplysninger og dokumentation kan berigtiges.

¹⁷² Generel henvisning til den retspraksis, der er blevet gennemgået i forbindelse med afhandlingen. Se samlet liste over den anvendte praksis nederst i afhandlingen.

1.4.1. Formelle fejl

Det fremgår ikke af UL § 159, stk. 5, hvordan ordregiver skal forholde sig til formelle fejl. Af lovbemærkningerne til UL § 159, stk. 5 fremgår det, at ordregiver kan anmode *”en ansøger eller tilbudsgiver om at udbedre formelle fejl”*.¹⁷³ Det anføres specifikt, at oplysninger og dokumentation indsendt i et forkert format er omfattet. Derudover vil lignende formelle fejl være omfattet.¹⁷⁴ Hvad der ellers må betegnes som en formel fejl, er i den forbindelse et nærliggende spørgsmål.

Af den nu historiske bkg 2011, nr. 712, fremgår en bestemmelse, der oplister en række omstændigheder, hvor en ordregiver kan anmode om berigtigelse af formelle fejl.¹⁷⁵ Det må understreges, at bekendtgørelsen ikke længere er gældende ret, hvorfor den kun inddrages i afhandlingen som et fortolkningsbidrag til, hvordan lovbemærkningerne til UL § 159, stk. 5 må forstås.

Af bkg 2011, nr. 712 § 12, stk. 2, nr. 1 fremgår, at hvis ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbuddet overholdes, kan en manglende underskrift, datering mv. i en ansøgning eller et tilbud berigtiges. Af lovbemærkningerne til UL § 159, stk. 5 fremgår det, at et dokument kan genfresendes, hvis det mangler en datering, under forudsætning af at ansøgningen eller tilbuddet anses for at være bindende uden den korrekte datering og underskrift.¹⁷⁶ Sammenholdes bkg 2011, nr. 712 og lovbemærkningerne til UL § 159, stk. 5, må det vurderes, at en formel fejl i form af en manglende datering eller underskrift, under overholdelse af UL § 2 og såfremt at tilbuddet grundet manglende datering eller underskrift ikke i sin helhed er ugyldig, kan berigtiges.

Af bkg 2011, nr. 712, § 12, stk. 2, nr. 2 fremgår, ligesom i lovbemærkningerne til UL § 159, stk. 5, at oplysninger og dokumentation fremsendt i et forkert format kan udbedres.¹⁷⁷ Af bkg 2011, nr. 712 fremgår endvidere, at forkert indsendt antal eksemplarer kan udbedres. Udbedring af formatet kan

¹⁷³ Lovforslag nr. L 164 til UL § 159, stk. 5, side 176.

¹⁷⁴ Lovforslag nr. L 164 til UL § 159, stk. 5, side 176.

¹⁷⁵ Bekendtgørelse nr. 712 af d. 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelser og offentlige bygge- og anlægskontrakter (herefter bkg 2011, nr. 712).

¹⁷⁶ Lovforslag nr. L 164 til UL § 159, stk. 5, side 176.

¹⁷⁷ Lovforslag nr. L 164 til UL § 159, stk. 5, side 176.

berigtiges, jf. lovbemærkningerne til UL § 159, stk. 5, endvidere må det også vurderes, at forkert antal indsendte eksemplarer, under overholdelse af UL § 2, kan berigtiges som en formel fejl i henhold til lovbemærkningerne for UL § 159, stk. 5.

Endeligt kan det udledes af lovbemærkningerne, at en ordregiver kan anmode en økonomisk aktør om at udbedre en række mindre formelle fejl.¹⁷⁸ Hvad præcist, der er omfattet, udover berigtigelse af formatet, fremgår ikke af lovbemærkningerne. Her er det igen nærliggende at kigge på bkg 2011, nr. 712, nærmere bestemt § 12, stk. 2, nr. 3. Heri nævnes sidetal, stempeling mv. Det vurderes, at formelle fejl af en sådan og lignende karakter er omfattet af oplysninger og dokumentation, som en ordregiver kan anmode en økonomisk aktør om at berigtige.

1.5. Delkonklusion

Manglende, ufuldstændige og fejlbehæftede oplysninger og dokumentation kan berigtiges i henhold til UL § 159, stk. 5, hvis betingelserne herfor er opfyldt.

Fælles for præcisering, supplerung og fuldstændiggørelse er, at manglerne ved oplysningerne og dokumentationen skal være af åbenbare. Derudover skal de objektivt kunne konstateres at eksistere forud for fristen. Det må konkret vurderes, om oplysninger og/eller dokumentation er kvalificeret til at kunne blive præciseret, suppleret eller fuldstændiggjort. Dokumentation udarbejdet efter fristen kan efter omstændighederne godt anvendes til berigtigelse, såfremt at det beror på oplysninger og/eller dokumentation, der fandtes forud for fristdagen.

Præcisering sker, når den økonomiske aktør anmoder om at få afklaret, hvordan afgivende oplysninger og/eller dokumentation skal forstås. Præcisering af oplysninger og dokumentation kan være en afklaring af, hvad en konsulents profession er. Eksempelvis en afklaring af, om betegnelsen jurist skal forstås advokat, advokatfuldmægtig eller cand.jur. Det kan også være en afklaring af nøgletal, der er vedlagt en ansøgning eller et tilbud. Endvidere kan det være oplysninger om, hvordan en støtteerklæring vedlagt en ansøgning eller til tilbud skal forstås.

¹⁷⁸ Med henvisning til, at der står i lovforslag nr. L 164 til UL § 159, stk. 5, side 176, at tilbudsgiver kan anmodes om at udbedre formelle fejl.

Supplering sker når de afgivne oplysninger og/eller dokumentation ikke er fyldestgørende. Ved supplering fremsendes yderligere oplysninger og/eller dokumentation, der fuldender ansøgningen eller tilbuddet. Supplering af oplysninger og dokumentation kan være fremsendelse af manglende årsrapporter, CSR-rapporter eller lignende. Det kan også være fremsendelse af manglende vareprøver eller oplysninger og dokumentation omkring tekniske specifikationer anført i ansøgningen eller tilbuddet. Det kan også være konkrete manglende oplysninger og dokumentation, som ordregiver skal bruge i vurderingen af en ansøgning eller et tilbud, eksempelvis oplysninger til brug for udregningen af en varmevirkningsgrad.

Fuldstændiggørelse må anses som en opsamlingsmetode i situationer, hvor præcisering eller supplering ikke er fuldt dækkende. Ved metoden forstås, at den økonomiske aktør får mulighed for at fuldstændiggøre sin ansøgning eller sit tilbud. Formelle fejl bliver i afhandlingen behandlet under fuldstændiggørelse. Konkrete fejl i forbindelse med formatet af de indsendte oplysninger og dokumentation og andre mindre formelle fejl, som eksempelvis stempling og sidetal, vurderes at kunne berigtiges i henhold til UL § 159, stk. 5, hvis betingelserne for anvendelsen af bestemmelsen ellers er opfyldt.

2. Fremsættelse af ny ansøgning eller nyt tilbud

Efter UL § 159, stk. 5 er en ordregiver afskåret fra at anmode om berigtigelse af oplysninger og dokumentation efter fristen, såfremt anmodningen vil føre til, at der fremsættes ny ansøgning eller nyt tilbud. Det er nødvendigt at afklare, hvornår at en økonomisk aktør har fremsat en ny ansøgning eller nyt tilbud.

Af lovbemærkningerne til UL § 159, stk. 5 fremgår det, at der vil være fremsættelse af ny ansøgning eller nyt tilbud, hvis der anmodes om fremsendelse af nye oplysninger og/eller dokumentation, der giver den økonomiske aktør en *"konkurrencemæssig fordel"*.¹⁷⁹ Der vil ikke være fremsat ny ansøgning eller nyt tilbud, hvis disse objektivt kan konstateres at forelægge forud for fristen.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Lovforslag nr. L 164 til UL § 159, stk. 5, side 176.

¹⁸⁰ Lovforslag nr. L 164 til UL § 159, stk. 5, side 176

Oplysningerne og/eller dokumentationen skal objektivt konstateres at forelægge før fristen, men det er ikke et krav, at konkrete dokumenter forelå på det tidspunkt.¹⁸¹

I de enkelte tilfælde skal der foretages en konkret vurdering i forhold til, om der er fremsat en ny ansøgning eller nyt tilbud.¹⁸²

Af *Slovensko*-sagen fremgår det, at anmodning om berigtigelse ikke kan tillades, hvis ”*der i virkeligheden fremsættes et nyt tilbud*”.¹⁸³ Det understreges ligeledes i *Manova*-sagen, hvor der specifikt henvises til *Slovensko*-sagen.¹⁸⁴ Forbuddet mod at fremsætte nyt tilbud i UL § 159, stk. 5 skal ses som en direkte kodificering af den, i de to sager, fastsatte retsstilling.¹⁸⁵

EU-Domstolen forholdt sig i C-324/14, *Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta*, d. 7. april 2016, herefter *Apelski*-sagen, til spørgsmålet om, hvorvidt en økonomisk aktør efter fristen kan anmode om at berigtige, hvorvidt denne ønsker, at tilbuddet kun skal gælde i forhold til dele af udbuddet (i en situation, hvor det faktisk er muligt, at afgive særskilt tilbud på enkelte dele af kontrakten). EU-Domstolen anfører i tråd med tidligere praksis, at ordregiver skal sikre, at supplerende oplysninger ikke fører til, at der fremsættes nyt tilbud.¹⁸⁶ EU-Domstolen konkluderer i sagen, at en ændring efter fristen af hvilke dele af et udbud, som en økonomisk aktør afgiver tilbud på, ”*langt fra blot udgør en specifik præcisering*” af oplysninger.¹⁸⁷ Det er i stedet i realiteten ”*en væsentlig ændring, som snarere udgør en afgivelse af et nyt tilbud*”.¹⁸⁸ Det skal derfor formentligt betragtes som afgivelse af ny ansøgning eller nyt tilbud, hvis den økonomiske aktør efter fristen vil ændre eller præcisere, hvilke dele af et udbud, ansøgningen eller tilbuddet skal omfatte.

¹⁸¹ Lovforslag nr. L 164 til UL § 159, stk. 5, side 176.

¹⁸² Lovforslag nr. L 164 til UL § 159, stk. 5, side 176, samt *Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne*, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, s. 228.

¹⁸³ C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 40.

¹⁸⁴ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 36.

¹⁸⁵ Lovforslag nr. L 164 til UL § 159, stk. 5, side 176.

¹⁸⁶ C-324/14, *Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta*, d. 7 april 2016, pr. 64.

¹⁸⁷ C-324/14, *Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta*, d. 7 april 2016, pr. 68.

¹⁸⁸ C-324/14, *Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta*, d. 7 april 2016, pr. 68.

I *Esaprojekt*-sagen behandles spørgsmålet om, hvorvidt referencer på kontrakter udført af tredjemand, samt indførsel af tredjemand som underleverandør til den økonomiske aktør efter fristen, kan tillades igennem berigtigelse af tilbuddet. EU-Domstolen afgjorde, at hvis præcisering i dette tilfælde tillades, så ville det i virkeligheden udgøre ”en indholdsmæssig og væsentlig ændring af det oprindelige bud, som snarere svarer til fremsættelsen af et nyt bud”.¹⁸⁹ Sagen viser en specifik situation, hvor der vil forelægge et nyt tilbud i udbudsretlig forstand. Endvidere vil det være nærliggende at udlede generelt af afgørelsen, at berigtigelse af ansøgningen eller tilbuddet i en retning, hvor tredjemand inddrages som underleverandør, referencestiller eller lignende, vil udgøre en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Det skal naturligvis ses i lyset af, om oplysningen om tredjemands involvering i ansøgningen eller tilbuddet objektivt kan konstateres at eksistere forud for fristen. Der må i de enkelte sager foretages en konkret vurdering, hvorved *Esaprojekt*-sagen på generelt niveau kan inddrages som bidrag hertil.

En række kendelser fra Klagenævnet for Udbud, forholder sig til spørgsmålet om, hvorvidt der er forelægger et nyt tilbud. I KLFU 2018-04-10 sendte en økonomisk aktør efter fristen et justeret løsningsforslag (reaktionstid på 15 minutter) til ordregiver, der ikke fremgik af det oprindelige tilbud. Klagenævnet konstaterede, at der i situationen var tale om et nyt tilbud.¹⁹⁰ Omvendt forholdt det sig i KLFU 2017-10-03, hvor klager påstod, at en økonomisk aktør havde fremkommet med nyt tilbud efter fristen. I situationen havde ordregiver anmodet den økonomiske aktør om at dokumentere nogle produkters tekniske specifikationer. Klagenævnet afgjorde, at den tekniske afklaring kunne foretages i henhold til UL § 159, stk. 5 og at den dermed ikke ville udgøre nyt tilbud.¹⁹¹ I KLFU 2017-08-07 indsendte en økonomisk aktør efter fristen, på anmodning, tekniske tegninger i et nyt format. Klagenævnet afgjorde, at der ikke var tale om et nyt tilbud og understregede, at tegningerne eksisterede forud for fristdagen, det var blot formatet, der blev ændret.¹⁹²

¹⁸⁹ C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie*, d. 4. maj 2017, pr. 42.

¹⁹⁰ KLFU 2018-04-10, *Sea Environment ApS mod Forsvarsministeriet*.

¹⁹¹ KLFU 2017-10-03, *Oluf Brønnum & Co A/S mod Københavns Kommune*.

¹⁹² KLFU 2017-08-07, *Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings-, og Boligministeriet*.

Kendelserne viser en klar linje fra Klagenævnet for Udbud, om hvornår der er tale om fremsættelse af ny ansøgning eller nyt tilbud, der er i tråd med den relevante EU-praksis og dermed også UL § 159, stk. 5. I forbindelse med de nævnte kendelser er det vigtigt at fremhæve kriteriet om, at berigtigelse af oplysninger og dokumentation, der ikke objektivt kan konstateres at forelægge forud for fristen, må betragtes som ny ansøgning eller nyt tilbud. Udfaldet i de nævnte kendelser syntes således at hænge sammen med, om oplysningerne og/eller dokumentationen i situationen objektivt kunne konstateres at eksistere forud for fristen.¹⁹³

2.1. Forhandlingsforbuddet

I forlængelse af spørgsmålet om hvornår der er tale om et nyt tilbud, bør det udbudsretlige forhandlingsforbud også fremføres. I *Manova*-sagen fremgår, at enhver forhandling mellem parterne, vil være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. En ændring af tilbuddet, herunder fremsættelse af nyt tilbud efter tilbudsfristen, vil være et brud på forhandlingsforbuddet.¹⁹⁴ I *Apelski*-sagen understreges det ligeledes, at *”ligebehandlingsprincippet og princippet om ikke-forskelsbehandling samt gennemsigtighedsforpligtelsen”* står i vejen for *”enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og en tilbudsgiver”*, hvilket i princippet betyder, *”at et tilbud ikke kan ændres efter dets afgivelse”*.¹⁹⁵ Forhandlingsforbuddet skal derfor udledes af princippet om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed, og forbuddet mod at fremsætte ny ansøgning eller nyt tilbud skal udledes af forhandlingsforbuddet.

2.2. Delkonklusion

Efter UL § 159, stk. 5 kan ordregiver ikke anmode en økonomisk aktør om at berigtige oplysninger og/eller dokumentation, hvis det vil medføre, at der fremsendes ny ansøgning eller nyt tilbud. Det skal ses i lyset af forhandlingsforbuddet, der igen skal ses i lyset af principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed. Forbuddet mod at fremsætte ny ansøgning eller nyt tilbud er en kodificering af central EU-praksis.

¹⁹³ Afvejningen af om oplysningerne og/eller dokumentationen objektivt kunne konstateres at eksistere forud for fristen var også centralt i kapitlets afsnit 1. Der er derfor et klart sammenspil mellem de to afsnit.

¹⁹⁴ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 31. og C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 36 og 37.

¹⁹⁵ C-324/14, *Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta*, d. 7. april 2016, pr. 62.

Det skal i de enkelte situationer konkret vurderes om, der er fremsat ny ansøgning eller nyt tilbud. Det skal i den forbindelse vurderes, om oplysningerne og/eller dokumentationen, der ønskes berigtiget, på fristtidspunktet objektivt kan konstateres at eksistere. Endvidere må det vurderes om den økonomiske aktør opnår en konkurrencemæssig fordel ved at berigtige oplysningerne og/eller dokumentationen. Der vil formentligt være tale om fremsættelse af ny ansøgning eller nyt tilbud, hvis den økonomiske aktør efter ansøgnings- eller tilbudsfristen ønsker at ændre, hvilke dele af udbuddet denne byder på. Ligeledes vil der formentligt være tale om ny ansøgning eller nyt tilbud, hvis tredjemand efter fristen, blev inddraget som underleverandør, referencestiller mv.

3. Yderligere forudsætninger for, at ordregiver kan anmode om berigtigelse

I afsnit 3 undersøges forskellige problemstillinger, som ordregiver må forholde sig til i forbindelse med et udbud. For det *første* hvordan en ordregiver skal behandle flere økonomiske aktører i samme situation. For det *andet* hvorvidt en ordregiver skal anmode om berigtigelse af samtlige punkter, der skal berigtiges hos en økonomisk aktør. For det *tredje* hvorvidt ordregiver er forpligtet til at følge sin egen udbudspraksis.

3.1. Flere tilbudsgivere i samme situation

Økonomiske aktører i et udbud, der mangler at fremsende samme type oplysninger og/eller dokumentation, skal behandles ens og rimeligt.¹⁹⁶ I forlængelse heraf skal en ordregivers anmodning om berigtigelse ”i princippet rettes mod alle virksomheder i samme situation”.¹⁹⁷ Eksempelvis hvis to økonomiske aktører i et udbud begge mangler at indsende et årsregnskab, kan ordregiveren ikke vælge at anmode den ene aktør om berigtigelse, men undlade at bede den anden aktør om herom.

Det fremgår ikke direkte af UL § 159, stk. 5, at en ordregiver er forpligtet hertil. I bestemmelsen henvises der til, at ligebehandlingsprincippet skal overholdes. Ordregivers pligt til at behandle økonomiske aktører i samme situation ens skal udledes af ligebehandlingsprincippet.¹⁹⁸

¹⁹⁶ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 37. og C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 41.

¹⁹⁷ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 34. Se også C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 43.

¹⁹⁸ Lovforslag nr. L 164, s. 56.

Det fremgår endvidere af lovbemærkningerne til UL § 159, stk. 5, at en anmodning om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation ”skal rettes mod alle virksomheder i samme situation i samme udbud”.¹⁹⁹ Et lignende krav fremgår af *Slovensko-* og *Manova-sagen*.²⁰⁰ Retsstillingen fastsat i afgørelserne er kodificeret i UL § 159, stk. 5.²⁰¹ Dermed er retsstillingen i dansk udbudsret, at en ordregiver skal rette henvendelse til alle økonomiske aktører i samme situation i samme udbud med henblik på berigtigelse.

Det er en konkret vurdering, om flere økonomiske aktører i samme udbud befinder sig i samme situation. Til illustration kan inddrages KLFU 2013-10-30, hvor ordregiver anmodede en økonomisk aktør om berigtigelse i form af genfremsendelse af DVD-materiale, da den modtagende DVD var tom. En anden økonomisk aktør blev dog ikke anmodet om at berigtige, selv om dennes indsendte materiale, både i form af DVD-materiale og papirmateriale, manglede oplysninger, der var krævet i udbudsmaterialet. Klagenævnet vurderede, at de to situationer ikke var ens.²⁰²

Det kan overvejes, hvordan ordregiver skal forholde sig i en situation, hvor to økonomiske aktører i et udbud, begge har indleveret et tilbud med en mangel i forhold til den tekniske formåen, hvis manglen vedrører to forskellige underpunkter. Det må da bero på en konkret vurdering, hvorvidt de to tilbudsgivere befinder sig i den samme situation. Da ordregivers pligt til at behandle økonomiske aktører i samme situation ens udspringer af ligebehandlingsprincippet, skal det vurderes i henhold til det princip.²⁰³ Hvis det fremstår umiddelbart som en forskelsbehandling, at det tillades den ene økonomiske aktør at berigtige sit tilbud og det ikke tillades den anden økonomiske aktør, vil det være nærliggende at vurdere det i strid med ligebehandlingsprincippet. Omvendt kan der sagtens være stor forskel på, hvad to underpunkter i forhold til teknisk formåen indeholder. Det betyder ikke

¹⁹⁹ Lovforslag nr. L 164, til UL § 159, stk. 5, s. 179.

²⁰⁰ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 34. Se også C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 43.

²⁰¹ Lovforslag nr. L 164, til UL § 159, stk. 5, s. 179.

²⁰² KLFU 2013-10-30, *European Dynamics Luxembourg SA mod SKAT*.

²⁰³ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 34.

nødvendigvis, at to økonomiske aktører befinder sig i samme situation, blot fordi de begge har indgivet et tilbud, der indeholder en mangel i forhold til den tekniske formåen.

Det kan endvidere overvejes, om to økonomiske aktører i et udbud er i samme situation, hvis de indleverer et tilbud med en mangel i forhold til økonomisk og finansiel formåen, men hvor den ene omhandler manglende årsomsætning og den anden omhandler manglende soliditetsgrad. Igen må svaret være, at det vil være en konkret vurdering om de økonomiske aktører befinder sig i den samme situation. I henhold til økonomiske nøgletal, så viser de normalt vidt forskellige ting. Soliditetsgraden viser noget om den finansielle stabilitet hos den økonomiske aktør.²⁰⁴ Hvorimod årsomsætningen blandt andet siger noget om den økonomiske aktørs størrelse.²⁰⁵ Da nøgletallene indeholder forskellige informationer, og ordregiveren muligvis skal anvende disse informationer i forskellige henseender, er det i eksemplet nærliggende at vurdere, at de to økonomiske aktører ikke befinder sig i samme situation. Resultatet vil dog altid bero på de konkrete omstændigheder.

3.2. Berigtigelse af alle mangelfulde punkter

Det fremgår ikke direkte af UL § 159, stk. 5, at ordregiver skal anmode en økonomisk aktør om at berigtige alle de punkter, som behøves berigtiget i en ansøgning eller et tilbud. Af lovbemærkningerne til bestemmelsen fremgår, at en anmodning ”skal angå alle de punkter i ansøgningen eller tilbuddet”, der skal berigtiges.²⁰⁶

Af *Manova*-sagen fremgår det, at det er et krav for, at der kan berigtiges, at anmodningen omfatter ”alle de punkter i budet, der skal suppleres”.²⁰⁷ I *Manova*-sagen henvises til *Slovensko*-sagen, hvor et lignende krav er oplyst.²⁰⁸ Kravet, der er fremført i afgørelserne, er kodificeret i UL § 159, stk. 5. Det må dermed vurderes at være en del af retsstillingen i henhold til UL § 159, stk. 5.

²⁰⁴ Økonomistyrelsen, *Knæk en statslig årsrapport*, 2006, S. 35.

²⁰⁵ Økonomistyrelsen, *Knæk en statslig årsrapport*, 2006, S. 26. Omsætning er udtryk for virksomhedens driftsindtægter, hvilket siger noget om dens størrelse.

²⁰⁶ Lovforslag nr. L 164, s. 176.

²⁰⁷ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 35.

²⁰⁸ C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 44.

Der er to relevante betragtninger i forbindelse med forpligtelsen. For det første skal en ordregiver anmode en økonomisk aktør om at berigtige alle de punkter, der behøves berigtiget. Som følge heraf må det for det andet konstateres, at en ordregiver ikke kan anmode om berigtigelse, hvis blot et af disse punkter ikke kvalificerer sig hertil.

Det kan overvejes, om det gælder i alle situationer. Der kan eksempelvis forestilles en situation, hvor to økonomiske aktører indleverer mangelfulde tilbud. Begge tilbud mangler en soliditetsgrad, derudover mangler det ene tilbud vedlagte referencer. I eksemplet er der hjemmel til at berigtige soliditetsgraden, men ikke de manglende referencer. Ordregiver kan derfor i udgangspunktet anmode den økonomiske aktør, der kun mangler soliditetsgraden om berigtigelse, men ikke den økonomiske aktør, der både mangler soliditetsgrad og referencer. Spørgsmålet er dog om det vil være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis ordregiver anmoder den ene økonomiske aktør om at berigtige soliditetsgraden, men ikke anmoder den anden økonomiske aktør herom, med henvisning til, at alle forhold i et tilbud skal kunne berigtiges. Problematikken viser en konflikt imellem det faktum, at ordregiver er forpligtet til at behandle alle økonomiske aktører i samme situation lige, og kravet om at alle mangelfulde punkter i et tilbud skal kunne berigtiges, førend der kan anmodes om berigtigelse.²⁰⁹ I det konkrete eksempel kan det anføres, at fordi der er tale om to ens mangler, skal ordregiveren i henhold til ligebehandlingsprincippet anmode begge økonomiske aktører om at berigtige manglen. Omvendt vil de to økonomiske aktører i situationen næppe kunne siges at være i den samme situation, da det ene tilbud indeholder flere mangler end det andet. Det vurderes derfor, at det ikke vil være i strid med ligebehandlingsprincippet ikke at anmode om berigtigelse af soliditetsgraden hos den økonomiske aktør, der ligeledes mangler at indsende referencer, da de to situationer ikke er ens. Det kan dog ikke afvises, at der kan opstå situationer, hvor ordregiver i henhold til ligebehandlingsprincippet skal berigtige et punkt i en ansøgning eller et tilbud, selv om alle punkterne heri ikke kan berigtiges. I en sådan situation må det generelle ligebehandlingsprincip opveje kravet om, at alle punkter i en ansøgning eller et tilbud skal kunne berigtiges.²¹⁰

²⁰⁹ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr.34 og 35.

²¹⁰ Betingelsen fremgår af C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 35. Den skal læses i sammenhæng med præmis 37, hvor det fremgår at økonomiske aktører skal behandles ”ens og rimeligt”.

3.3. Ordregivers forskelligartede praksis for berigtigelse af oplysninger og dokumentation

Den forvaltningsretlige ligeretsgrundsætning forpligter offentlig myndighed til at udvise konsekvens og ensartethed i sine afgørelser.²¹¹ Selvom et udbud ikke er en forvaltningsafgørelse, må kravet om konsekvens og ensartethed også gælde i den faktiske forvaltningsvirksomhed.²¹² Derfor må der for ordregiveren gælde et forvaltningsretligt krav om konsekvens og ensartethed, i forbindelse med udbud.²¹³

Da lighedsgrundsætningen skal sikre konsekvens og ensartethed, kan der anføres, at formålet med lighedsgrundsætningen er at sikre, at ordregivers udbudspraksis ikke bliver vilkårlig.²¹⁴ Ordregiveren skal derfor tilsikre en rød tråd i sine udbud i forhold til, hvornår der anmodes om berigtigelse og hvilke oplysninger og/eller dokumentation, der kan anmodes om. Det vil betyde, at ordregiveren fra udbud til udbud skal følge en fast praksis for, hvornår en økonomisk aktør anmodes om at berigtige oplysninger og/eller dokumentation. Hvis ordregiver i et udbud eksempelvis anmoder en økonomisk aktør om at supplere sit tilbud med et årsregnskab, skal ordregiveren også som udgangspunkt i et lignende udbud i en lignende situation anmode den økonomiske aktør om at supplere med et

²¹¹ Jens Garde og Karsten Revsbech, Kapitel 4: Saglige krav i Karsten Revsbech, et al, *Forvaltningsret almindelige emner*, 6. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomernes forlag, 2016, s. 256. Samt Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2016, s. 613.

²¹² Se Erhvervs- og Vækstministeriet, Besvarelse af spørgsmål 12 til L 153 stillet af Erhvervs-, Vækst-, og Eksportudvalget den 20. marts efter ønske af Kim Anderssen (V), 12. april 2013, "*Det bemærkes endvidere, at ordregiveres beslutninger i udbudssager ikke er myndighedsafgørelser i forvaltningslovens forstand, men at der er tale om faktisk forvaltningsvirksomhed*". Endvidere Morten Kroon og Christian Clausen, Kapitel 18: aktindsigt og udbudsprocederet i Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomernes forlag, 2016, s. 519.

²¹³ Der må sondres mellem forskellige ordregivere, selv om de alle er en del af den offentlige sektor. Skal SKAT eksempelvis anskaffe et nyt IT-system til gældsinddragelse, vil SKAT, hvis ikke andet er besluttet, være ordregiver for udbuddet. Når der i dette afsnit tales om ordregivers udbudspraksis, menes der dermed den specifikke myndighed, der foretager udbuddet.

²¹⁴ Se herom Jens Garde og Karsten Revsbech, Kapitel 4: Saglige krav i Karsten Revsbech, et al, *Forvaltningsret almindelige emner*, 6. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomernes forlag, 2016, s. 256.

årsregnskab. Hvis omstændighederne i udbuddene er forskellige, vil ordregiver dog ikke i samme omfang være forpligtet til at følge samme udbudspraksis.²¹⁵

Et nærliggende spørgsmål er, hvornår omstændighederne i to forskellige udbud er så ens, at ordregiver skal følge den samme praksis. Hvis ordregiver ofte foretager den samme type af køb, vil meget tale for, at omstændighederne i de forskellige udbud er de samme. Et eksempel er Udenrigsministeriet, der i forbindelse med brug af udviklingsbistandsmidler ofte foretager udbud, hvor omstændighederne fremstår meget ens. Et andet element i hele vurderingen af, om omstændighederne i forskellige udbud er ens, er det tidspres, som anskaffelsen har.²¹⁶ Der kan argumenteres for, at selv om to udbud umiddelbart fremstår ens, kan de godt indeholde forskellige omstændigheder, eksempelvis hvis det ene udbud foretages under et markant større tidspres end det andet. Ordregiver må derfor konkret skønne, om omstændighederne i et udbud er så sammenlignelige med dennes tidligere udbud, at praksis fra tidligere udbud omkring, hvornår der anmodes om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation, er bindende i det konkrete udbud.

3.4. Delkonklusion

Hvis ordregiver vælger at anmode en økonomisk aktør om berigtigelse, er ordregiver ligeledes forpligtet til at anmode andre økonomiske aktører i samme situation i samme udbud herom. Det må bero på en konkret vurdering, om de økonomiske aktører i samme udbud befinder sig i samme situation.

Ordregiver skal anmode om berigtigelse af alle punkter i en ansøgning eller et tilbud, der skal berigtiges. Hvis ikke alle punkter kan berigtiges, kan ordregiver ikke anmode den økonomiske aktør herom. Forpligtelsen udspringer af ligebehandlingsprincippet og det kan derfor ikke afvises, at ordregiver godt kan berigtige et isoleret punkt i en ansøgning eller et tilbud, uden at berigtige andre punkter heri, hvis en undladelse vil medføre forskelsbehandling.

²¹⁵ Se herom Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2016, s. 613.

²¹⁶ Se også Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2016, s. 613. Der ligeledes anfører af forskellen på tidspreset som to, umiddelbart ens, udbud bliver foretaget under kan bevirke, at ordregiver ikke er forpligtet til at følge samme praksis for udbuddene.

Ordregiver er i henhold til den forvaltningsretlige ligeretsgrundsætning forpligtet til at føre samme praksis i forhold til anmodning om berigtigelse i alle sine udbud. Hvis omstændighederne i udbuddene ikke er de samme, kan en forskelligartet praksis godt accepteres. Ordregiver må konkret skønne, om omstændighederne i et udbud er ens med omstændighederne i dennes tidligere udbud.

4. Ordregivers mulighed for egenhændigt at berigtige oplysninger og dokumentation

I afsnittet undersøges det, om ordregiveren i visse situationer selv kan berigtige oplysninger og dokumentation uden at rette anmodning om berigtigelse mod den økonomiske aktør. Analysen opdeles i tre situationer. Den *første* situation er, hvor ordregiver allerede er i besiddelse af de oplysninger og/eller den dokumentation, som skal fremsendes. Den *anden* situation er, hvor ordregiver selv kan indhente oplysningerne og/eller dokumentationen i eksempelvis et offentligt register. Den *tredje* situation er, hvor fejlen for ordregiver fremstår så åbenbar, at den kan rettes uden henvendelse til den økonomiske aktør. De tre situationer behandles særskilt i afsnittene nedenfor.

Det forudsættes i den videre behandling, at der er tale om oplysninger og/eller dokumentation, der efter UL § 159, stk. 5 kan berigtiges, såfremt ordregiver anmoder den økonomiske aktør herom.

4.1. Oplysninger og dokumentation som ordregiver allerede er i besiddelse af

Afsnittet behandler de situationer, hvor ordregiver allerede er i besiddelse af oplysninger og/eller dokumentation fra en økonomisk aktør, hvilket eksempelvis skyldes, at den økonomiske aktør tidligere har afgivet tilbud på et lignende udbud. Hvis ordregiveren allerede er i besiddelse af en manglende oplysning og/eller dokumentation, vil det være nærliggende at overveje, om den økonomiske aktør skal bebyrdes med at indsende den.

Generelt set kan det siges, at ordregiver kun bør pålægge nødvendige byrder på de økonomiske aktører. Der kan endvidere argumenteres for, at det vil være i strid med det udbudsretlige proportionalitetsprincip at bede en økonomisk aktør om at indsende oplysninger og/eller dokumentation, som ordregiveren allerede er i besiddelse af.²¹⁷ Omvendt kan det anføres, at hvert

²¹⁷ Se herom Grith Skovgaard Ølykke, Morten Quist Fog, Kapitel 9 Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning i Steen Treumer, et al, *Udbudsloven*, 1. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing, 2016, s. 256. "Det EU-

udbud er selvstændigt, hvorfor at oplysninger og dokumentation, der fremsendes i forbindelse med udbuddet, er unikke, selv om de i realiteten er de samme som den økonomiske aktør fremsendte i forbindelse med et tidligere udbud.

Af UL § 151, stk. 5, nr. 2 fremgår det, at den økonomiske aktør ikke er forpligtet til at fremsende visse typer af dokumentation, som ordregiveren allerede er i besiddelse af fra et tidligere udbud. UL § 151, stk. 5, nr. 2 omhandler specifikt dokumentation for egnethed i henhold til, hvad der er blevet anført i ESPD'et.²¹⁸ Det kan dermed anføres, at ordregiver er forpligtet til at berigtige ansøgninger eller tilbud, hvis de mangler den type af dokumentation og ordregiver er i besiddelse heraf fra et tidligere udbud. UL § 151, stk. 2, nr. 2 er konkret i forhold til hvilken type af dokumentation, som bestemmelsen omfatter. Det vurderes, at bestemmelsen ikke kan anvendes analogt i forhold til alle andre typer af manglende, ufuldstændige eller fejlbehæftede oplysninger og/eller dokumentation i en ansøgning eller et tilbud. Det må derfor undersøges, hvordan retsstillingen er for oplysninger og dokumentation, der ikke er omfattet af UL § 151, stk. 5, nr. 2.

Udover dokumentation, der er omfattet af UL § 151, stk. 2, nr. 2, nævner udbudsloven ikke en mulighed for ordregiver til egenhændigt at berigtige en ansøgning eller et tilbud med oplysninger og/eller dokumentation, som denne selv er i besiddelse af. Det fremgår ej heller af lovbemærkningerne til UL § 159, stk. 5. Omvendt er det anført i UL § 159, stk. 5, at ordregiveren i forbindelse med en berigtigelse skal rette *anmodning* til den økonomiske aktør om præcisering, supplerings eller fuldstændiggørelse.

Af den nu historiske bkg 2011, nr. 712, § 12, stk. 1, nr. 1, fremgår det, at ordregiver kan vælge at se bort fra en fejl eller mangel, hvis ordregiveren selv er i besiddelse af oplysningen og/eller

retlige proportionalitetsprincip foreskriver, at en handling, der er underlagt dette princip, skal have et legitimt formål, være egnet til at opnå formålet og ikke være mere indgribende end unødvendigt”.

²¹⁸ Af UL § 152, stk. 1 fremgår det, at dokumentation for egnethed omfatter de typer af dokumentation, der er nævnt i UL §§ 153-155, 157 og 158. UL § 153 omfatter dokumentation som bevis for, at den økonomiske aktør ikke er omfattet en udelukkelsesgrund. UL § 154 omhandler dokumentation for økonomisk og finansiel formåen. UL § 155 omhandler dokumentation for teknisk og faglig formåen. UL § 157 omhandler dokumentation i form af certifikater for bestemte kvalitetssikringsstandarder. UL § 158 omhandler dokumentation i form af certifikater for bestemte miljøledelsessystemer eller miljøledelsesstandarder.

dokumentationen. Da bekendtgørelsen på daværende tidspunkt var for en kodificering af den gældende retsstilling på området, må det imidlertid konstateres, at retsstillingen i Danmark i nærmeste fortid har været sådan, at ordregiver, under nærmere omstændigheder, ikke behøvede at anmode en økonomisk aktør om at berigtige oplysninger og/eller dokumentation, som ordregiveren allerede var i besiddelse af. Af lovbemærkningerne til UL § 159, stk. 5 fremgår det, at bkg 2011, nr. 712, § 12, stk. 1 og UL § 159, stk. 5 skal anses for lignende bestemmelser.²¹⁹ Det taler for, at en sådan retsstilling stadig kan eksistere. Omvendt må det anføres, at retsstillingen grundlæggende er blevet slået fast med ikrafttrædelsen af udbudsloven i 2016. Derudover har bkg 2011, nr. 712, § 12, stk. 1, nr. 1 ingen retskildemæssig værdi, da den nu er historisk.²²⁰

Hvad angår praksis på området, kan KLFU 2017-12-06 fremhæves. Påklagede gjorde gældende, at fordi ordregiver var i besiddelse af nogle manglende referencer fra en økonomisk aktør, kunne referencerne berigtiges uden at rette anmodning til den økonomiske aktør. De faktiske omstændigheder var, at der i udbudsmaterialet fremgik nogle eksplicite mindstekrav for referencer, som ikke blev opfyldt i tilbuddet. Af den grund konstaterede klagenævnet, at berigtigelse var udelukket, uden at der blev taget direkte stilling til, om ordregiver selv kunne berigtige referencen. Klagenævnet afgjorde, at ordregiver ikke var berettiget til at anmode den økonomiske aktør om at *"indlevere de manglende referencer og i endnu mindre grad til selv at udarbejde disse"*.²²¹ Det kan indikere, at hvis der eksisterer en retsstilling, hvor ordregiver selv kan berigtige oplysninger og dokumentation, udover dokumentation i henhold til UL § 151, stk. 5, nr. 2, så er muligheden herfor mere restriktiv end i de tilfælde, hvor ordregiver anmoder den økonomiske aktør om at berigtige. Det bemærkes, at kendelsens hjemmelsgrundlag var bkg 2011, nr. 712.

Der kan ikke siges på nuværende tidspunkt at gælde en retsstilling i Danmark, udover for dokumentation i henhold til UL § 151, stk. 5, nr. 2, hvor en ordregiver selv kan berigtige manglende

²¹⁹ Lovforslag nr. L 164, til UL § 159, stk. 5, side 176.

²²⁰ Det fremgår af UL § 196, stk. 4, at bkg 2011, nr. 712 ophæves d. 1 januar 2016, hvor udbudsloven træder i kraft. Selv hvis den var gældende ret, så ville den som bekendtgørelse have en lavere retskildemæssig værdi end udbudsloven. Det også til trods for at bekendtgørelsen var et udtryk for implementeringen af udbudsdirektivet i dansk ret. Det skyldes, at udbudsloven ligeledes er udtryk for implementeringen af udbudsdirektivet i dansk ret.

²²¹ KLFU 2017-12-06, *Imatis A/S mod Region Hovedstaden*.

oplysninger og/eller dokumentation fra en økonomisk aktør, såfremt ordregiveren selv er i besiddelse af disse. Det skyldes, at udbudsloven og dens lovbemærkninger ikke nævner muligheden og at der så vidt vides heller ikke er nyere retspraksis til at underbygge en sådan retsstilling.

Omvendt er der heller ingen klar afvisning af, at en sådan retsstilling kan eksistere. Det vil derfor ikke være overraskende, hvis en domstol i fremtiden afgjorde, at ordregiver selv i et givent omfang har mulighed for at berigtige oplysninger og/eller dokumentation, som denne selv er i besiddelse af. Det skyldes, at det vil være uproportionalt og unødvendigt at anmode om fremsendelse af oplysninger og/eller dokumentation, samt afvise ansøgninger og tilbud på baggrund af manglende oplysninger og/eller dokumentation, som ordregiveren i forvejen er i besiddelse af. Det kan i den forbindelse også anføres, at ordregivers anmodning om berigtigelse vil savne et legitimt formål, hvis ordregiver allerede er i besiddelse af oplysningerne og/eller dokumentationen.²²²

Endvidere kan der argumenteres for, at det strider imod princippet om effektiv konkurrence, hvis ordregiver må afvise en ansøgning eller et tilbud på baggrund af en manglende oplysning og/eller dokumentation, som nemt kan berigtiges, fordi ordregiver selv er i besiddelse af den. Det vil særligt give mening i den situation, hvor ordregiver ofte foretager den samme type indkøb og det ofte er de samme leverandører, der byder på udbuddet. Her vil det skade den effektive konkurrence, hvis en af de sædvanlige leverandører bliver udelukket fra udbuddet, grundet en fejl, som ordregiveren i realiteten hurtigt kan berigtige, da han er i besiddelse af de relevante oplysninger og/eller dokumentation fra de tidligere udbud.²²³

Der kan på den anden side argumenteres for, at det er i strid med ligebehandlingsprincippet at tillade ordregiver at berigtige med oplysninger og/eller dokumentation, som denne selv er i besiddelse af.

²²²Se Grith Skovgaard Ølykke, Morten Quist Fog, Kapitel 9 Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning i Steen Treumer, et al, *Udbudsloven*, 1. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing, 2016, s. 256, Om hvornår ordregivers handling kan siges at være uproportional.

²²³ Om formålet med effektiv konkurrence se C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze mod Data Medical Service Srl*, d. 18 december 2014. ”*et af formålene med EU-bestemmelserne om offentlige kontrakter er at skabe så bred konkurrence som muligt (jf. i denne retning dom Bayerischer Rundfunk m.fl., C-337/06, EU:C:2007:786, præmis 39), hvilket ligeledes er i den pågældende ordregivende myndigheds egen interesse, som således har flere valgmuligheder hvad angår det mest fordelagtige bud*”.

Det vil særligt være relevant, hvis ordregivers berigtigelse rent faktisk fører til en forskelsbehandling af de økonomiske aktører. Omvendt kan der også argumenteres for, at det i nogen situationer vil være i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis ordregiver ikke berigtiger en ansøgning eller et tilbud med oplysninger og/eller dokumentation, som ordregiver allerede er i besiddelse af. I den forbindelse er det relevant at kigge på formålet med ligebehandlingsprincippet. I *Manova*-sagen blev det anført, at ligebehandlingsprincippet skal anvendes i henhold til det mål, det følger.²²⁴ I *Manova*-sagen var formålet med ligebehandlingsprincippet anført som at sikre *”ufordrejet konkurrence”* og *”fri bevægelighed”*.²²⁵ Der kan argumenteres for, at hvis ordregiver undlod at berigtige en ansøgning eller et tilbud med oplysninger og/eller dokumentation, som han selv er i besiddelse af, vil det i nogle situationer måske føre til en fordrejet, eller i hvert fald mindre effektiv konkurrence og skade den frie bevægelighed af varer og tjenesteydelser. Af den årsag kan der argumenteres for, at hvis ordregiveren ikke berigtiger en ansøgning eller et tilbud med oplysninger og/eller dokumentation, som han er i besiddelse af, kan det ligefrem i nogen situationer være i strid med ligebehandlingsprincippet.

4.2. Ordregivers mulighed for selv at indhente de oplysninger og dokumentation, som mangler

I afsnittet behandles oplysninger og/eller dokumentation, der er offentligt tilgængelige, hvorfor det ikke vil være krævende for ordregiveren at fremskaffe dem. Et eksempel herpå kan være, at der i et tilbud mangler oplysninger fra CVR-registeret, ordregiveren kan i den situation formentlig nemt fremfinde sådanne oplysninger.

Af UL § 151, stk. 5, nr. 1 fremgår det, at den økonomiske aktør ikke er forpligtet til at fremsende certifikater og oplysninger, der direkte fremgår af en national database. Som under afsnit 4.1. er der tale om specifik dokumentation i henhold til, hvad den økonomiske aktør har anført i ESPD’et.²²⁶ Ordregiver må derfor være forpligtet til at indhente denne type af dokumentation, hvis den fremgår af en national database. Det kan umiddelbart fremstå meget vidtgående at forpligte ordregiver til at berigtige, såfremt dokumentationen fremgår af en national database. Af lovbemærkningerne til UL § 151, stk. 5, nr. 1 fremgår, at *”en national database skal forstås som en database, der administreres*

²²⁴ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 29.

²²⁵ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 28.

²²⁶ Se fodnote nummer 218.

af en offentlig myndighed".²²⁷ Endvidere anføres CVR-registeret som et eksempel herpå.²²⁸ Dermed afgrænses begrebet national database markant. UL § 151, stk. 5, nr. 1 omhandler en specifik type af dokumentation. Det vurderes, at bestemmelsen ikke kan anvendes analogt for andre typer af manglende, ufuldstændige eller fejlbehæftede oplysninger og/eller dokumentation i en ansøgning eller et tilbud. Derfor må det undersøges, hvordan retstillingen er i forhold til oplysninger og dokumentation, der ikke er omfattet af UL § 151, stk. 5, nr. 1.

Der fremgår ikke af UL § 159, stk. 5 eller UD art. 56 (3) en mulighed for, at ordregiver kan berigtige oplysninger og/eller dokumentation i en ansøgning eller et tilbud ved selv at indhente dem. Det fremgår heller ikke andre steder i udbudsloven, naturligvis med undtagelse af UL § 151, stk. 5, nr. 1.

Af lovbemærkningerne til UL § 159, stk. 5 fremgår det, at UL § 159, stk. 5 og bkg 2011, nr. 712, § 12, stk. 1 er lignende bestemmelser.²²⁹ Af bkg 2011, nr. 712, § 12, stk. 1, nr. 2 fremgår det, at ordregiver selv kan indhente oplysninger og/eller dokumentation med henblik på berigtigelse, hvis oplysningerne er offentligt tilgængelige. Det vil derfor være nærliggende at vurdere, at UL § 159, stk. 5 må fortolkes sådan, at ordregiver kan vælge selv at indhente oplysninger og/eller dokumentation, der er offentligt tilgængelige. Bkg 2011, nr. 712, § 12, stk. 1, nr. 2 kan dog ikke tillægges nogen retskildemæssig betydning, da den er historisk. Hvad angår UL § 159, stk. 5, så forholder hverken bestemmelsen eller dens lovbemærkninger sig til muligheden for, at ordregiver selv kan indhente oplysninger og/eller dokumentation. Derudover findes der så vidt vides ingen nyere praksis, der forholder sig til spørgsmålet. Af den grund vurderes der ikke at eksistere en retsstilling, hvor en ordregiver selvstændigt kan indhente offentligt tilgængelige oplysninger og/eller dokumentation, der ikke er oplysninger og certifikater omfattet af UL § 151, stk. 5, nr. 1. Det må endvidere bemærkes, at retspraksis eller nuværende lovgivning ikke taler afgørende imod, at en sådan retsstilling kan eksistere.

Til fordel for en sådan retsstilling kan argumenteres, at det vil være unødvendigt og uproportionalt, hvis en ordregiver anmoder en økonomisk aktør om at fremskaffe og fremsende oplysninger og/eller

²²⁷ Lovforslag nr. L 164, § 151, stk. 5, nr. 1, s.167.

²²⁸ Lovforslag nr. L 164, § 151, stk. 5, nr. 1, s.167.

²²⁹ Lovforslag nr. L 164, § 159, stk. 5, s. 176.

dokumentation, som ordregiveren selv uden videre kan indhente. Princippet om effektiv konkurrence kan også tale for en sådan retsstilling, særligt hvis det, at ordregiveren ikke selv berigtiger med offentligt tilgængelige oplysninger og/eller dokumentation, bevirker, at konkurrencen i et udbud forringes.²³⁰

Omvendt kan en sådan retsstilling også betyde en utilsigtet byrde for ordregiveren, hvorfor der også kan argumenteres for, at det er proportionalt, at ordregiveren anmoder en økonomisk aktør om at berigtige oplysninger og/eller dokumentation, der er offentligt tilgængeligt. Der må i den forbindelse sondres mellem, om ordregiver i givet fald har mulighed for eller er forpligtet til at forestå indhentelsen. Hvis ordregiveren er forpligtet til at indhente berigtigende oplysninger og dokumentation fra en offentlig database, så vil det antageligvis føre til en øget byrde for ordregiveren. Både fordi ordregiveren skal bruge ressourcer på at foretage selve berigtigelsen, men også fordi ordregiveren aktivt skal vurdere i forhold til hver enkel ansøgning eller tilbud, om der fremgår oplysninger og/eller dokumentation, som denne selv kan berigtige, og undersøge om de konkrete oplysninger og/eller dokumentation er offentligt tilgængelige. På den anden side kan det anføres, at for oplysninger og certifikater, omfattet af UL § 151, stk. 5, nr. 1, er ordregiver kun forpligtet til at foretage indhentelse, hvis databasen er administreret af offentlig myndighed.²³¹ Det må antages, at det samme i givet fald vil gælde for oplysninger og/eller dokumentation, der ikke var omfattet af UL § 151, stk. 5, nr. 1. Det vil naturligvis afgrænse tilfældene, hvor en ordregiver vil være forpligtet til at anmode om berigtigelse.

Hvis berigtigelsen er en mulighed for ordregiveren, vil det næppe føre til en større brug af ressourcer. Det skyldes, at hvis ordregiveren selv vælger at berigtige oplysningerne og/eller dokumentationen, så ville ordregiveren formentligt også have valgt at anmode den økonomiske aktør om at gøre det. Hvis ordregiveren selv forestår indhentelsen, skal ordregiveren ikke bruge ressourcer på at anmode den økonomiske aktør om at berigtige. Derudover skal den økonomiske aktør ikke bruge ressourcer i forbindelse med berigtigelsen. Det vurderes derfor at en potentiel retsstilling, hvor

²³⁰ Se i den forbindelse C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze mod Data Medical Service Srl*, d. 18 december 2014.

²³¹ Lovforslag nr. L 164, § 151, stk. 5, nr. 1, s.167.

ordregiver i et vist omfang har mulighed for, men ikke pligt til, selv at indhente oplysninger og/eller dokumentation fra en offentlig database, ikke vil være i strid med proportionalitetsprincippet.²³²

4.3. Ordregivers berigtigelse af åbenbare fejl

Det fremgår af UL § 159, stk. 5, at en ordregiver kan *anmode* en økonomisk aktør om at berigtige sin fremsendte ansøgning eller tilbud. Det er således i bestemmelsen en klar forudsætning, at ordregiver har rettet anmodning til den økonomiske aktør, før oplysninger og/eller dokumentation kan berigtiges. Det synes dog nærliggende at anføre, at det er proportionalt, hvis ordregiver af egen drift, uden at rette henvendelse til den økonomiske aktør, berigtigede en fejl i materialet, der fremstår som en åbenbar fejl.²³³ Hermed menes fejl, hvor ordregiveren ikke kan være i tvivl om, at der må være tale om en fejl. Et eksempel på en åbenbar fejl kan være, hvis den økonomiske aktør i ESPD'et har anført "nej" til spørgsmålet om, hvorvidt tilbuddet opfylder udvælgelseskriterierne, selvom det fremstår klart af tilbudsmaterialet, at den økonomiske aktør antager, at udvælgelseskriterierne er opfyldt.²³⁴

I KLFU 2019-02-06 konstaterede Klagenævnet for Udbud, at den økonomiske aktørs udfyldelse af ESPD'et ikke kunne forstås som andet end en åbenlys fejl. Ordregiver rettede i situationen ikke henvendelse til den økonomiske aktør, men berigtigede selv fejlen. Klagenævnet udtalte, at ordregiver kunne have rettet anmodning mod den økonomiske aktør med henblik på at få berigtiget fejlen, men også at ordregiveren i situationen selv kunne berigtige den åbenbare fejl.²³⁵

Klagenævnets begrundelse for at tillade, at ordregiver selv berigtigede fejlen, var, at det oplyste "*ikke meningsfyldt kunne forstås på anden måde end (...) udtryk for en åbenbar fejl*".²³⁶ På baggrund af KLFU 2019-02-06 må det vurderes, at ordregiver har mulighed for at berigtige en åbenbar fejl uden først at anmode den økonomiske aktør herom.

²³² Om proportionalitetsprincippet se kapitel 2, afsnit 2.

²³³ Det kan omvendt anføres, at være uproportionalt, hvis ordregiveren anmoder en økonomisk aktør om at berigtige en fejl, som er åbenbar for alle parter.

²³⁴ Konkret eksempel i henhold til kendelsen KLFU 2019-02-06, *Brande Buslinier ApS mod Midttrafik*.

²³⁵ KLFU 2019-02-06, *Brande Buslinier ApS mod Midttrafik*.

²³⁶ KLFU 2019-02-06, *Brande Buslinier ApS mod Midttrafik*.

Det er nødvendigt at stille spørgsmålet, hvornår en fejl er så åbenbar, at ordregiver selv kan berigtige den.

I KLFU 2018-09-12 var der ikke tale om en åbenbar fejl. I tilbuddet blev begrebet ”CUSTOMER” anvendt og den økonomiske aktør gjorde gældende, at det var åbenbart, at der i stedet skulle stå ”SUPPLIER”. Klagenævnet konstaterede, at det anførte efterlod ”*tvivl om parternes ansvarsområder*” og at det anførte således ikke kunne betragtes som en umiddelbar fejl.²³⁷ Spørgsmålet i kendelsen omhandlede, hvorvidt ordregiver skulle se bort fra fejlen og ikke om ordregiver kunne berigtige fejlen.²³⁸ Om ordregiver ser bort fra eller berigtiger en åbenbar fejl, må grundlæggende være af samme karakter. Derfor kan klagenævnets vurdering i KLFU 2018-09-12 godt bruges som et fortolkningsbidrag i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt en fejl er så åbenbar, at den giver ordregiver mulighed for selv at berigtige den. I kendelsen efterlod fejlen en tvivl omkring et ansvarsområde. Det vurderes på den baggrund, at for at en fejl kan vurderes som åbenbar, så må den ikke efterlade en tvivl om nogle forhold i henhold til ansøgningen eller tilbuddet.

Af KLFU 2019-02-06 fremgår det, at det anførte ikke meningsfyldt kunne forstås som andet end en fejl.²³⁹ Fejlen er derfor utvetydig og den medfører ingen tvivl i forhold til, hvad der rent faktisk må forstås. For at ordregiveren kan berigtige en åbenbar fejl, vurderes det, at fejlen skal være utvetydig således, at der ikke kan være tvivl om, at det er en fejl og at den ikke må føre til tvivl om det materielle indhold i ansøgningen eller tilbuddet.

Det er endvidere nødvendigt at undersøge, hvem fejlen skal være åbenbar overfor. Generelt set bør fejlen for alle fremstå umiddelbar.²⁴⁰ I forhold til udbuddets parter kan disse dog have store økonomiske interesser i udbuddet og derudover generelt være farvet af deres egen position. Dermed er det ikke sikkert, at en økonomisk aktør i et udbud vil se en anden økonomisk aktørs mangel som

²³⁷ KLFU 2018-09-12, *Selex ES Inc. mod Forsvarsministeriets Materiel- og indkøbsstyrelse (FMI)*.

²³⁸ KLFU 2018-09-12, *Selex ES Inc. mod Forsvarsministeriets Materiel- og indkøbsstyrelse (FMI)*.

²³⁹ KLFU 2019-02-06, *Brande Buslinier ApS mod Midttrafik*.

²⁴⁰ I KLFU 2019-02-06, *Brande Buslinier ApS mod Midttrafik*, fremgår det at ansøgningen kun meningsfyldt kunne forstås på en måde. Det udspecificeres ikke af hvem, at det kun meningsfyldt kan forstås på én måde for. Det må derfor være generelt for de forskellige iagttagere, at ansøgningen kun kan forstås på én måde.

en åbenbar fejl, som ordregiver kan berigtige. Det må derfor være ordregiver, som fejlen skal være åbenbar over for. Det sås også i KLFU 2019-02-06, hvor ordregiver valgte selv at berigtige en fejl, fordi ordregiveren vurderede, at den var åbenbar.²⁴¹

Da adgangen for ordregiver til selv at berigtige åbenbare fejl er ganske snæver, må det anbefales ordregiver altid at rette anmodning til den økonomiske aktør i forbindelse med en berigtigelse. I KLFU 2019-02-06 blev det også bemærket, at ordregiver kunne have rettet henvendelse til den økonomiske aktør i forbindelse med berigtigelsen.²⁴² Det ændrer dog ikke på, at ordregiver i realiteten selv vil kunne berigtige åbenbare fejl.

4.4. Delkonklusion

Af UL § 151, stk. 5, nr. 2 fremgår det, at en økonomisk aktør ikke er forpligtet til at fremlægge dokumentation, hvis ordregiver allerede er i besiddelse af dokumentationen fra et tidligere udbud. Der er tale om specifik dokumentation, der relaterer sig til ESPD'et. Bestemmelsen kan ikke benyttes analogt for andre typer af oplysninger og/eller dokumentation. For de resterende typer af oplysninger og/eller dokumentation fremgår der ikke af gældende dansk ret en mulighed for ordregiver til selv at berigtige ansøgninger eller tilbud med oplysninger og/eller dokumentation, som denne selv er i besiddelse af. Derfor kan der ikke siges at eksistere en sådan mulighed for ordregiver. Der forelægger dog heller ingen klar afvisning af, at en sådan retsstilling kan eksistere. Det vurderes, at grundlæggende principper taler for at give ordregiver mulighed for i et omfang at berigtige ansøgninger og tilbud med oplysninger og/eller dokumentation, som denne selv er i besiddelse af.

Af UL § 151, stk. 5, nr. 1 fremgår det, at en økonomisk aktør ikke er forpligtet til at fremlægge certifikater og oplysninger, hvis disse fremgår af en national database. National database er afgrænset til en database, der er administreret af offentlig myndighed. Efter bestemmelsen er der tale om certifikater og oplysninger, der relaterer sig specifikt til ESPD'et. Bestemmelsen vurderes ikke at kunne anvendes analogt på andre typer af oplysninger og/eller dokumentation. Det fremgår ikke af gældende ret, om ordregiver selv kan berigtige andre typer af oplysninger og/eller dokumentation, hvis disse er offentligt tilgængelige. En sådan retsstilling kan derfor heller ikke siges at eksistere.

²⁴¹ KLFU 2019-02-06, *Brande Buslinier ApS mod Midttrafik*.

²⁴² KLFU 2019-02-06, *Brande Buslinier ApS mod Midttrafik*.

Omvendt er det ikke klart afvist, at retstillingen kan eksistere. Grundlæggende udbudsretlige principper taler i hvert fald for, såfremt at det er en mulighed og ikke en pligt for ordregiver. Hovedargumentet er, at det vil være uproportionalt at bede en økonomisk aktør om at fremsende oplysninger og/eller dokumentation, der er offentligt tilgængeligt.

En ordregiver kan i realiteten selv berigtige en åbenbar fejl i en ansøgning eller et tilbud. Der må ikke være tvivl om, at der forelægger en åbenbar fejl, herunder må fejlen ikke føre til tvivl om ansøgningen eller tilbuddets materielle indhold. Fejlen skal fremstå åbenbar for ordregiveren. Da ordregivers mulighed for selv at berigtige er meget snæver, anbefales det, at der altid rettes henvendelse til den økonomiske aktør i forbindelse med en berigtigelse.

5. Den økonomiske aktørs mulighed for egenhændigt at berigtige oplysninger og dokumentation

I dette afsnit undersøges det, om den økonomiske aktør efter fristen, uden anmodning fra ordregiveren, kan afhjælpe en mangel ved en ansøgning eller et tilbud, ved at indsende berigtigende oplysninger og/eller dokumentation.

Af UL § 159, stk. 5 fremgår det klart, at det er ordregiveren, der har mulighed for at anmode om berigtigelse. Det fremgår ikke af bestemmelsen, at den økonomiske aktør selv kan berigtige oplysninger og/eller dokumentation efter ansøgnings- eller tilbudsfristen. I den situation, hvor den økonomiske aktør fremsender berigtigende oplysninger og/eller dokumentation før fristtidspunktet for udbuddet, vil der ikke være tale om berigtigelse af endelig ansøgning eller tilbud, da den endelige ansøgning eller tilbud ikke er afgivet endnu.

I C-42/13, *Cartier Dell 'Adda SpA mod CEM Ambiente SpA*, d. 6. november 2014, herefter *Cartier-sagen*, blev en økonomisk aktør udelukket, da denne ikke havde fremsendt dokumentation for, at en nøglemedarbejder ikke var dømt eller anklaget i en straffesag. Den økonomiske aktør fremsendte dokumentationen umiddelbart efter udelukkelsen. I den konkrete situation tillod EU-Domstolen ikke, at den økonomiske aktør kunne berigtige sig selv. Det skal dog også bemærkes, at oplysningerne i

sagen heller ikke kunne berigtiges ved ordregivers anmodning, da ordregiver havde afskåret denne mulighed (herom kapitlets afsnit 6).²⁴³

I KLFU 2020-10-20 indsendte den økonomiske aktør på eget initiativ efter fristen en støtteerklæring.²⁴⁴ Da støtteerklæringen var et minimumskrav for at deltage i udbuddet, blev den økonomiske aktør udelukket fra at deltage, hvilket klagenævnet gav medhold i. Kendelsen viser, at der ud fra klagenævnspraksis ikke kan siges at eksistere en mulighed for en økonomisk aktør til at berigtige sin egen ansøgning eller tilbud.

Det må bemærkes, at hvis en sådan retsstilling blev tilladt, vil det grundlæggende ændre dynamikken mellem ordregiver og de økonomiske aktører i forbindelse med berigtigelse. Det vil stadig være ordregivers beslutning, om der på baggrund af de berigtigende oplysninger og/eller dokumentation kan tildeles en kontrakt, om ansøgningen eller tilbuddet er konditionsmæssig, etc. Den økonomiske aktør vil dog have muligheden for efter ansøgnings- eller tilbudsfristen at ændre ved og tilpasse ansøgnings- eller tilbudsmaterialet. En økonomisk aktør vil derfor i hvert fald skulle leve op til de samme betingelser som ordregiveren, når denne anmoder om berigtigelse i henhold til UL § 159, stk. 5. Selv i det tilfælde vil det være yderst problematisk at tillade en økonomisk aktør selv at berigtige sin ansøgning eller sit tilbud.

Ved inddragelse af ligebehandlingsprincippet ses det tydeligt, hvorfor eksistensen af en sådan retsstilling vil være problematisk. Hvis ordregiveren skal acceptere efterfølgende berigtigende oplysninger og/eller dokumentation fra en økonomisk aktør, vil det være vanskeligt at afgøre, hvornår oplysningerne og/eller dokumentationen er berigtigende eller hvornår de reelt set er en forbedring af ansøgningen eller tilbuddet. Ved at tillade en økonomisk aktør selv at berigtige oplysninger og/eller dokumentation vil der åbnes en mulighed for, at en økonomisk aktør, under henvisning til at der er tale om berigtigelse, i virkeligheden foretager en forbedring af sin ansøgning eller sit tilbud.²⁴⁵ Det

²⁴³ C-42/13, *Cartier Dell 'Adda SpA mod CEM Ambiente SpA*, d. 6. november 2014., pr. 45.

²⁴⁴ KLFU 2020-10-20, *Rohde & Schwarz Danmark A/S mod Forsvarets Materiel og indkøbsstyrelse (FMI)*.

²⁴⁵ Se herom sagen T-40/12, *European Dynamics Luxembourg SA m. fl. mod Den Europæiske Politienhed*, d. 19.

november 2014, der omtales i Jesper Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, 4. udgave, 1. oplag, Karnov Group, 2017, s. 660. Om sagen anføres at ordregiver "med rette havde afvist at tage hensyn til oplysninger, som *European Dynamics*

vil medføre en forskelsbehandling af den økonomiske aktør, der forbedrede sin ansøgning eller sit tilbud, i forhold til de resterende økonomiske aktører. Hvilket vil bevirke en konkurrencemæssig fordel for den berigtigende økonomiske aktør.²⁴⁶

Af den fremførte retspraksis eksisterer der ikke en mulighed for en økonomisk aktør til at berigtige sine egne fremsendte oplysninger og/eller dokumentation efter ansøgnings- eller tilbudsfristen. Hvis det holdes op imod det faktum, at det af lovgivningen fremgår, at det er *ordregiveren*, der har mulighed for at *anmode* om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation. Må det vurderes, at en økonomisk aktør ikke besidder en mulighed for at berigtige sine egne oplysninger og/eller dokumentation efter fristen.

5.1. Delkonklusion

Det fremgår ikke af gældende dansk ret, at en økonomisk aktør efter fristen på eget initiativ kan berigtige sin ansøgning eller sit tilbud ved at fremsende oplysninger og/eller dokumentation. Endvidere vil en sådan retsstilling være yderst problematisk da den ændrer dynamikken mellem ordregiver og de økonomiske aktører i forbindelse med berigtigelse, hvilket kan føre til en åbenlys forskelsbehandling mellem de økonomiske aktører. Det vurderes derfor, at retsstillingen i dansk ret er, at den økonomiske aktør ikke på eget initiativ kan berigtige sin ansøgning eller sit tilbud.

6. Ordregivers afskæring fra berigtigelse

Af UL § 159, stk. 6 fremgår det, at berigtigelse i henhold til UL § 159, stk. 5 er afskåret, hvis det er udbudsmaterialet fremgår, at en given fejl eller mangel vil føre til afvisning. Bestemmelsen er helt central i forhold til afhandlingens problemstilling. I det følgende vil det blive undersøgt, hvornår en ordregiver har afskrevet sig muligheden for at berigtige en ansøgning eller et tilbud.

(red. den økonomiske aktør) *havde indsendt efter, at tilbudsfristen var udløbet, på baggrund af at en demonstration af den af European Dynamics tilbudte it-løsning havde vist sig at være behæftet med fejl. EU-Retten fandt, at det ville have indebåret en ændring af tilbuddet at tage hensyn til denne efterfølgende korrespondance*". Desværre er sagen kun trykt på græsk og fransk.

²⁴⁶ Se Lovforslag nr. L 164, § 159, stk. 5, s. 176. Hvor det anføres, at oplysninger ikke kan berigtiges, hvis de medfører en konkurrencemæssig fordel for den økonomiske aktør.

UL § 159, stk. 6 lyder således:

*”Ordregiveren skal uanset stk. 5 afvise en ansøgning eller et tilbud, såfremt det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at ansøgningen eller tilbuddet afvises, og den pågældende ansøgning eller det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel.”*²⁴⁷

Af lovbemærkningerne til UL § 159, stk. 6 fremgår det, at UL § 159, stk. 6 er en kodificering af *Manova*-sagen.²⁴⁸ Det understreger sammenhængen mellem UL § 159, stk. 5 og UL § 159, stk. 6. I *Manova*-sagen gøres det klart, at ordregiver ikke kan anmode om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation, hvis det fremgår af udbudsmaterialet, at manglende fremsendelse af oplysninger og/eller dokumentation vil føre til udelukkelse.²⁴⁹ Det begrundes med, at ordregiveren er forpligtet til strengt at overholde sine egne betingelser.²⁵⁰

Det kan overvejes, hvornår en ordregiver har stillet krav, der afskærer muligheden for anvendelse af UL § 159, stk. 5. Af lovbemærkningerne fremgår det, at det ikke er udelukket at gøre brug af UL § 159, stk. 5, *”hvis ordregiveren alene har anført, at en oplysning eller et dokument skal afleveres, men uden at det fremgår, at overtrædelse vil medføre afvisning”*.²⁵¹ Det vil sige, at ordregiveren specifikt skal have anført, at en mangel vil medføre afvisning, førend ordregiver er afskåret fra at søge den berigtiget efter UL § 159, stk. 5. Det gælder ikke, hvis kravet, som oplysningerne og/eller dokumentationen relaterer sig til, er fastsat som et mindstekrav.²⁵² I så fald er ordregiver afskåret fra at anmode om berigtigelse efter UL § 159, stk. 5, hvis blot det kan udledes, at manglende overholdelse vil medføre afvisning.²⁵³

²⁴⁷ UL § 159, stk. 6.

²⁴⁸ Lovforslag nr. L 164, § 159, stk. 6, s. 176.

²⁴⁹ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 40.

²⁵⁰ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013, pr. 40 og C-496/99, *Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA*, d. 29. april 2004, pr.115.

²⁵¹ Lovforslag nr. L 164, § 159, stk. 6, s. 177.

²⁵² Lovforslag nr. L 164, § 159, stk. 6, s. 177.

²⁵³ Lovforslag nr. L 164, § 159, stk. 6, s. 177.

En central dom inden for området er *Cartier*-sagen. I dommen blev det slået fast, at en ordregiver ”*strengt*” er forpligtet til at overholde de kriterier, som den selv har fastsat.²⁵⁴ I den specifikke præmis henvises der til *Manova*-sagen.²⁵⁵ Det fremgår af *Cartier*-sagen, at forpligtelsen skal ses i sammenhæng med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.²⁵⁶ Reglen er således udtryk for ligebehandling af de økonomiske aktører. Hvis de økonomiske aktører i et udbud på forhånd er informeret om, at en berigtigelse er udelukket, har alle haft mulighed for at afgive deres ansøgning eller tilbud, ud fra den forudsætning. Hvis der så blev tilladt berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation for en enkelt økonomisk aktør, ville denne opnå en fordel i forhold til de resterende økonomiske aktører. Desuden ville berigtigelsen fremstå åbenbart urimelig over for de resterende økonomiske aktører, da det var en klar forudsætning i udbuddet, at muligheden for berigtigelse var afskåret.

Et nærliggende spørgsmål i forbindelse med ordregivers afskæring fra at anmode om berigtigelse er, om retsstillingen er lempeligere for de mere fleksible udbudsprocedurer.²⁵⁷ I disse udbudsprocedurer er der åbnet op for en videre dialog og større fleksibilitet i relationen mellem ordregivere og de økonomiske aktører.²⁵⁸ I C-561/12, *Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium*, d. 5. december 2013, herefter *Nordecon*-sagen, anførte EU-Domstolen, at ordregiver ved udbud med forhandling ligeledes er forpligtet til at overholde de udbudsbetingelser, som denne selv har fastsat. Til trods for den forhandlingsbeføjelse, der tilfalder ordregiver i udbud med forhandling, er denne stadig forpligtet til at sikre, at udbudsbetingelser ”*som den har givet en bindende karakter, bliver overholdt*”.²⁵⁹ En lignende afgørelse sås i den nu lidt ældre kendelse KLFU 2010-06-04, der omhandlede konkurrencepræget dialog.²⁶⁰ Klagenævnet fandt, at der ved konkurrencepræget dialog

²⁵⁴ C-42/13, *Cartier Dell ‘Adda SpA mod CEM Ambiente SpA*, d. 6. november 2014, pr. 42.

²⁵⁵ C-42/13, *Cartier Dell ‘Adda SpA mod CEM Ambiente SpA*, d. 6. november 2014, pr. 42.

²⁵⁶ C-42/13, *Cartier Dell ‘Adda SpA mod CEM Ambiente SpA*, d. 6. november 2014, pr. 43.

²⁵⁷ Konkret udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog.

²⁵⁸ Se Kristian Hartlev, David Klæsøe-Lund og Christian Clausen, kapitel 4: Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog i Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomernes forlag, 2016. Hvor det blandt andet anføres at baggrunden for de to udbudsprocedurer er ”*at der er et stort behov for at give ordregivende myndigheder fleksibilitet til at vælge udbudsprocedure, der giver mulighed for forhandling*”.

²⁵⁹ C-561/12, *Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium*, d. 5. december 2013, pr. 37.

²⁶⁰ KLFU 2010-06-04, *Triona AB mod Vejdirektoratet*.

ikke fandtes at gælde en retstilstand, hvor ”ordregiveren kan se bort fra tilbudsgiveres manglende overholdelse af udbudsbetingelsernes ikke-fravigelige krav til tilbuddene”.²⁶¹ Kendelsen må således siges at være i overensstemmelse med den i *Nordecon*-sagen, hvor retsstillingen ikke grundlæggende fremstår mere lempelig, selv om der er tale om en udbudsprocedure med bred adgang til dialog og fleksibilitet mellem ordregiver og de økonomiske aktører.

Formålet med UL § 159, stk. 6 er at sikre ligebehandling.²⁶² Det kan derfor overvejes, om det bør tillades, at alle økonomiske aktører i et udbud berigtiger oplysninger og dokumentation, hvis alles ansøgninger eller tilbud lider af den samme mangel, der afskærer dem fra berigtigelse i henhold til UL § 159, stk. 6. Det må dog anføres, at potentielle økonomiske aktører i en sådan situation kan have valgt ikke at afgive ansøgning eller tilbud grundet ordregiverens betingelser. Det vil derfor stadig være i strid med ligebehandlingsprincippet, selv om alle de økonomiske aktører i udbuddet tillades at berigtige den samme mangel.²⁶³

Klagenævnet for Udbud har i en række kendelser over de seneste år forholdt sig til spørgsmålet om, hvorvidt ordregiver var afskåret fra at anmode om berigtigelse. I KLFU 2019-09-25 havde ordregiver i udbudsmaterialet eksplicit anført, at UL § 159, stk. 5 og stk. 6 kunne anvendes, hvis et tilbud ikke opfyldte udbuddets formelle krav. I udbudsmaterialet var af ordregiver fastsat et mindstekrav til kontrakten. I det endelige tilbud fra den økonomisk aktør bad ordregiver om en præcision af, om et element i tilbuddet skulle forstås som et forbehold og dermed i strid med det fastsatte mindstekrav. Klagenævnet fandt, at præcisionen ikke var tilladelig, allerede da tilbuddet gav ordregiver anledning til en tvivl om, hvorvidt at mindstekravene var opfyldt.²⁶⁴ I KLFU 2017-02-10 fandt klagenævnet, at et tilbud må betragtes som ukonditionsmæssigt og afvises, hvis det ikke lever op til kravene i udbudsmaterialet. Efter tilbudsfristen bekræftede en økonomisk aktør, at visse produkter levede op til kravene i udbudsmaterialet, da dette ikke fremgik af tilbuddet. Klagenævnet afgjorde, at ordregiver

²⁶¹ KLFU 2010-06-04, *Triona AB mod Vejdirektoratet*.

²⁶² Det må udledes af blandt andet C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober.

²⁶³ Lovforslag nr. L 164, § 2, s. 58, herunder ”*Ligebehandlingsprincippet gælder i alle faser af udbudsprocessen*”.

²⁶⁴ KLFU 2019-09-25, *E-boks A/S mod Digitaliseringsstyrelsen*.

i situationen ikke kunne lægge vægt på de efterfølgende fremsendte oplysninger.²⁶⁵ I KLFU 2017-12-06 var i udbudsmaterialet fastsat et mindstekrav i forhold til de referencer en økonomisk aktør skulle indlevere i forbindelse med sit tilbud. Klagenævnet fandt, at ordregiver ikke efterfølgende kunne anmode en økonomisk aktør om at supplere sine ikke fyldestgørende referencer. I stedet skulle tilbuddet fra den økonomiske aktør ikke tages i betragtning.²⁶⁶ En lignende situation sås i KLFU 2020-04-29, hvor ordregiveren ikke efter tilbudsfristen kunne anmode en økonomisk aktør om berigtigelse af fremsendte referencer med henvisning til UL § 159, stk. 6.²⁶⁷ I KLFU 2018-08-27 fremgik det af udbudsbetingelserne, at tilbuddet ville blive afvist, hvis ikke der var fuld overensstemmelse med alle mindstekrav. Klagenævnet konstaterede af den grund, at ordregiver ikke over for den økonomisk aktør kunne anmode om berigtigelse i henhold til UL § 159, stk. 5.²⁶⁸ I KLFU 2018-09-12 afviste ordregiver et tilbud som ukonditionsmæssigt, med henvisning til at et mindstekrav i udbudsmaterialet ikke var opfyldt. Klagenævnet afgjorde, at tilbuddet efterlod så stor tvivl om, hvorvidt mindstekravet var overholdt, at ordregiver ikke blot var *”berettiget, men også forpligtet til at afvise tilbuddet”* (efter UL § 159, stk. 6).²⁶⁹

Kendelserne viser en klar linje i forhold til afskæring af ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse efter UL § 159, stk. 5. Det bemærkes i den forbindelse, at klagenævnspraksis på området er stort.²⁷⁰ Ved gennemgang af kendelserne må det for det første stå klart, at ordregiver ikke kan tillades at anmode om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation, hvis de fremgår som mindstekrav og det kan udledes, at manglende overholdelse af mindstekravet vil medføre afvisning. Derudover er ordregiver også afskåret fra at anmode om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation, hvis de af udbudsmaterialet fremgår som krav og det endvidere fremgår, at manglende fremsendelse vil medføre, at ansøgningen eller tilbuddet er ukonditionsmæssigt. I forlængelse heraf viser flere af de ovenstående kendelser, at ordregiver er afskåret fra at anmode om

²⁶⁵ KLFU 2017-02-10, *Oluf Brønnum & Co A/S mod KomUdbud v/Vejle Kommune*.

²⁶⁶ KLFU 2017-12-06, *Imatis A/S mod Region Hovedstaden*.

²⁶⁷ KLFU 2020-04-29, *Ekspont ApS mod Gentofte Kommune*.

²⁶⁸ KLFU 2018-08-27, *Saab Dynamics AB mod Forsvarsministeriets Materiel- og indkøbsstyrelse (FMI)*.

²⁶⁹ KLFU 2018-09-12, *Selex ES Inc. mod Forsvarsministeriets Materiel- og indkøbsstyrelse (FMI)*.

²⁷⁰ De anførte kendelser er ikke udtømmende for retspraksis på området. Der kan eksempelvis også henvises til U.2014.975V, hvor en økonomisk aktør ikke i tilbuddet havde anført priserne i henhold til, hvad udbudsmaterialet foreskrev. Landsretten fandt, at fejlen ikke kunne berigtiges.

berigtigelse, hvis blot der er tvivl om, hvorvidt de angivende oplysninger og/eller dokumentation lever op til kravet i udbudsmaterialet.²⁷¹

6.1. Specielt om mindstekrav

Der må sondres mellem mindstekrav og andre krav i udbudsmaterialet. Det skyldes, at der for mindstekrav blot skal kunne udledes, at manglende opfyldelse vil føre til afvisning, førend berigtigelse efter UL § 159, stk. 5 er afskåret.²⁷² For alle andre krav gælder, at det eksplicit skal fremgå af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse vil føre til afvisning, førend berigtigelse efter UL § 159, stk. 5 er afskåret.²⁷³

Mindstekrav må forstås som krav, der som et minimum skal opfyldes, førend en ansøgning eller et tilbud kan anses som konditionsmæssigt. Der kan argumenteres for, at det altid kan udledes af et mindstekrav, at manglende overholdelse vil føre til afvisning af en ansøgning eller et tilbud. Det skyldes, at et mindstekrav i sagens natur skal være opfyldt, for at en ansøgning eller et tilbud kan betragtes som konditionsmæssigt.

Det må overvejes, hvor et mindstekrav skal fremgå før, at ordregiver er afskåret fra at anmode om berigtigelse.

I C-309/18, *Lavorgna Srl mod Comune di Montelanico m. fl.*, d. 2. maj 2019, herefter *Lavorgna-sagen*, blev det med henvisning til retssikkerhedsprincippet, ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet slået fast, at tilsidesættelse af en forpligtelse, der ”udtrykkeligt er påkrævet i henhold til udbudsdokumenterne eller de gældende bestemmelser i national ret” og hvis manglende overholdelse medfører afvisning, skal medføre udelukkelse af budet.²⁷⁴ Hvis en national bestemmelse, fastsætter et minimumskrav for en ansøgning eller et tilbud, og det er klart, at manglende overholdelse af det minimumskrav skal føre til afvisning, har ordregiveren således ikke

²⁷¹ Herunder KLFU 2018-09-12, *Selex ES Inc. mod Forsvarsministeriets Materiel- og indkøbsstyrelse (FMI)*, og KLFU 2019-09-25, *E-boks A/S mod Digitaliseringsstyrelsen*.

²⁷² Lovforslag nr. L 164, § 159, stk. 6, s. 177.

²⁷³ Lovforslag nr. L 164, § 159, stk. 6, s. 176-177.

²⁷⁴ C-309/18, *Lavorgna Srl mod Comune di Montelanico m. fl.*, 2. maj 2019, pr. 21.

mulighed for at anmode om berigtigelse.²⁷⁵ EU-Domstolen gjorde det endvidere klart, at det også var tilfældet, selvom det ikke direkte fremgik af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse vil medføre afvisning.²⁷⁶ Udbudsmaterialet skal dog henvise til den konkrete lovgivning.²⁷⁷ Et mindstekrav kan derfor både fremgå af udbudsmaterialet og af national lov.

I C-27/15, *Pippo Pizzo mod CRGT srl*, d. 2. Juni 2016, herefter *Pippo Pizzo*-sagen, forholdte EU-Domstolen sig til spørgsmålet om uklare mindstekrav. I sagen blev en række økonomiske aktører erklæret ukonditionsmæssige, fordi de i forbindelse med et udbud ikke havde betalt et gebyr til myndighederne, hvilket de var forpligtet til som følge af en fortolkning af italiensk lovgivning. Kravet måtte således betragtes som et mindstekrav for at deltage i udbuddet. I sagen anførte EU-Domstolen, at ordregiver er forpligtet til at overholde sine egne kriterier.²⁷⁸ Mindstekravet fremgik dog ikke direkte af udbudsmaterialet eller af lov, men derimod måtte kravet udledes igennem fortolkning af lov. EU-Domstolen fastlagde, at krav ”*der ikke udtrykkeligt fremgår af udbudsdokumenterne eller af den gældende nationale lov*” ikke står i vejen for, at en økonomisk aktør kan anmodes om at ”*afhjælpe situationen*”.²⁷⁹ Det kan derfor udledes, at et mindstekrav klart skal fremgå af udbudsmaterialet eller af lovgivning, førend det kan føre til, at ordregiver bliver afskåret fra at kunne anmode om berigtigelse.

Om et krav i udbudsmaterialet eller i lovgivningen må betragtes som et mindstekrav, må bero på en konkret fortolkning af ordlyden af kravet og dets sammenhæng.²⁸⁰

6.2. Delkonklusion

Det fremgår klart af UL § 159, stk. 6, at en ordregiver strengt er forpligtet til at overholde de kriterier, som ordregiveren selv har opstillet for udbuddet. Har ordregiveren oplistet et krav og samtidig fremført, at manglende overholdelse af kravet vil medføre afvisning, kan ordregiveren ikke anmode om berigtigelse af omfattede oplysninger og/eller dokumentation. Ordregiver kan heller ikke anmode

²⁷⁵ C-309/18, *Lavorgna Srl mod Comune di Montelanico m. fl.*, 2. maj 2019, pr. 32.

²⁷⁶ C-309/18, *Lavorgna Srl mod Comune di Montelanico m. fl.*, 2. maj 2019, pr. 32.

²⁷⁷ C-309/18, *Lavorgna Srl mod Comune di Montelanico m. fl.*, 2. maj 2019, pr. 32.

²⁷⁸ C-27/15, *Pippo Pizzo mod CRGT srl*, 2. Juni 2016, pr. 39.

²⁷⁹ C-27/15, *Pippo Pizzo mod CRGT srl*, 2. Juni 2016, pr. 51.

²⁸⁰ Fremgår af note 700 til udbudsloven i Karnovs Lovsamling.

om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation, der fremgår som mindstekrav, hvis det kan udledes, at manglende opfyldelse vil medføre afvisning. Retsstillingen er ikke mere lempelig for udbudsprocedurer med øget fleksibilitet og adgang til dialog mellem ordregiver og de økonomiske aktører. I henhold til ligebehandlingsprincippet kan der ikke ses bort fra UL § 159, stk. 6, selv om at alle ansøgninger eller tilbud i et udbud er afskåret fra at kunne berigtiges, da de lider af den samme mangel. Berigtigelse vil formentligt allerede være afskåret, hvis ordregiver er i tvivl om, hvorvidt et kriterium er overholdt.

Mindstekrav er krav, som minimum skal være opfyldt for, at en ansøgning eller et tilbud kan betragtes som konditionsmæssigt. Mindstekrav kan både fremgå af udbudsmaterialet og af national lovgivning. Der vil omvendt ikke være tale om et mindstekrav, hvis det ikke fremgår direkte af lovgivning eller udbudsmaterialet. Om et krav må betragtes som et mindstekrav må bero på en konkret fortolkning.

Kapitel 4 – Kan ordregiver være forpligtet til at skulle anmode om berigtigelse?

I kapitel 4 behandles det andet led i afhandlingen. Her foretages en analyse af, om ordregivers mulighed for at berigtige oplysninger og/eller dokumentation udelukkende er en ret, eller om der også i nogle tilfælde kan være tale om en pligt.

1. Ordregivers ret og pligt

1.1. Ordregivers ret

Det retlige grundlag for ordregivers anmodning om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation er UL § 159, stk. 5. Af bestemmelsen fremgår det, at ordregiver *kan* anmode om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation. Det fremgår omvendt ikke, at ordregiveren *skal* foretage en sådan anmodning. Ved gennemlæsning af bestemmelsen må det være klart, at ordregiver efter omstændighederne har en ret til at anmode en økonomisk aktør om at berigtige oplysninger og/eller dokumentation. Omvendt har ordregiver efter bestemmelsens ordlyd ikke en pligt til at anmode en økonomisk aktør om at berigtige mangelfulde oplysninger og dokumentation.

Af præambelbetragtningerne til udbudsdirektivet fremgår det, at *”ordregivende myndigheder bør også have ret til at anmode om alle eller en del af de supplerende dokumenter, når som helst de måtte anse det for nødvendigt for at sikre, at proceduren gennemføres korrekt”*.²⁸¹ Det må således have været den klare intention med udbudsdirektivet, at ordregiver skal have en ret til at anmode en ordregiver om at berigtige oplysninger og/eller dokumentation.

Ordregiver har derfor ret til at anmode en økonomisk aktør om at berigtige mangelfulde oplysninger og/eller dokumentation. Nedenfor undersøges, om ordregiver også i et vist omfang kan have en pligt til at anmode om berigtigelse.

²⁸¹ Udbudsdirektivet præambelbetragtning 84.

1.2. Den økonomiske aktørs risiko

Et åbenbart spørgsmål er hvem, der bærer risikoen for indholdet af en ansøgning eller et tilbud. Spørgsmålet er vigtigt, fordi det flere gange i praksis er blevet kædet sammen med, om en ordregiver har pligt til at berigtige oplysninger og/eller dokumentation.

I *Slovensko*-sagen blev det anført, at den økonomiske aktør selv er forpligtet til at *"udvise omhu i affattelsen af budet"*. Dermed er ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse en *"tilsidesættelse"* af den økonomiske aktørs forpligtigelse til at udvise omhu i forbindelse med udfærdigelsen af ansøgningen eller tilbuddet.²⁸² *Slovensko*-sagen viser, at den økonomiske aktør bærer risikoen for sin ansøgning eller sit tilbud. Hvis ordregiveren alligevel vælger at anmode om berigtigelse, bør det ikke være en ret, som den økonomiske aktør opnår, da der dermed ikke vil være den samme risiko forbundet med udfærdigelsen af ansøgningen eller tilbuddet.

I KLFU 2017-12-13 blev der klaget over, at ordregiver ikke havde anmodet om indhentelse af supplerende oplysninger i forbindelse med et uklart tilbud. Klagenævnet understregede, at risikoen for indholdet af et tilbud tilfalder den økonomiske aktør og i øvrigt, at ordregiveren ikke er forpligtet til at anmode om supplerende oplysninger.²⁸³ Et lignende resultat fremgik af KLFU 2018-09-12. Her bemærkede klagenævnet, at *"risikoen for usikkerhed vedrørende indholdet af et tilbud påhviler tilbudsgiveren"*.²⁸⁴ Den økonomiske aktør har derfor en pligt til at sikre, at dennes tilbud er fuldkomment. Det kan ikke forventes, at ordregiveren vil anmode om berigtigelse.

Der må siges at være en klar sammenhæng mellem, at den økonomiske aktør selv bærer risikoen for indholdet af sin ansøgning eller sit tilbud og spørgsmålet om, hvorvidt ordregiver er forpligtet til at anmode om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation. Hvis ordregiver blev pålagt en generel pligt til at anmode en økonomisk aktør om at berigtige oplysninger og/eller dokumentation, ville den økonomiske aktør ikke i samme omfang bære risikoen for indholdet af sin ansøgning eller sit tilbud. Konsekvensen heraf vil blive, at en økonomisk aktør kan spekulere i at lade elementer i sin ansøgning eller tilbud være uklare eller ufuldstændige for senere at foretage en forbedring igennem

²⁸² C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 38.

²⁸³ KLFU 2017-12-13, *IP-Only QBrick ApS mod Folketinget*.

²⁸⁴ KLFU 2018-09-12, *Selex ES Inc. mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI)*.

berigtigelse. Det vil føre til en ulige behandling for de forskellige økonomiske aktører i et udbud. Der kan selvfølgelig omvendt argumenteres for, at hvis ordregiver er forpligtet til at berigtige, så vil det være ens for alle de økonomiske aktører, hvorfor ligebehandlingsprincippet overholdes. Det argument bygger dog på en præmis om, at alle de økonomiske aktører i givet fald vil spekulere i at anvende berigtigelse til at forbedre sin ansøgning eller sit tilbud. En sådan præmis virker urimelig. Derudover vil den føre til et problem i forhold til gennemsigtighed, effektiv konkurrence og proportionalitet. Blandt andet fordi at ansøgninger og tilbud vil blive mere uklare og ordregiveren antageligvis skal bruge ekstra ressourcer på at anmode om berigtigelse for alle ansøgninger eller tilbud.

1.3. Ordregivers pligt

Udgangspunktet i dansk ret er, at ordregivers mulighed for at anmode en økonomisk aktør om at berigtige oplysninger og dokumentation er en rettighed.²⁸⁵

Af lovbemærkningerne til UL § 159, stk. 5 fremgår det, at ordregiver ikke er "*forpligtet*" til at anmode om berigtigelse af fejlbehæftede oplysninger og/eller dokumentation.²⁸⁶ Det fremgår dog endvidere af lovbemærkningerne, at det efter omstændighederne kan være "*hensigtsmæssigt*" at anmode om berigtigelse, hvis oplysningerne og/eller dokumentation er "*bagatelagtige fejl eller mangler*".²⁸⁷ Hvad der præcist skal udledes af den bemærkning, kan være svært at afgøre. Det vurderes, at der formentlig er tale om en klar opfordring til ordregiver om at anmode om berigtigelse, hvis omstændighederne taler for det. Der må derfor holdes fast i, at det klart af lovbemærkningerne til UL § 159, stk. 5 fremgår, at ordregiver ikke er forpligtet til at anmode om berigtigelse.

I *Archus*-sagen gik den præjudicielle forelæggelse på, om ordregiver var forpligtet til at anmode en økonomisk aktør om berigtige eller fremsende mangelfulde eller manglende "*erklæringer eller dokumenter*".²⁸⁸ I sagen eksisterede en national bestemmelse, der for nogen oplysninger forpligtede

²⁸⁵ Jf. ordlyden af UL § 159, stk. 5.

²⁸⁶ Lovforslag nr. L 164, § 159, stk. 5, s. 176.

²⁸⁷ Lovforslag nr. L 164, § 159, stk. 5, s. 176.

²⁸⁸ C-131/16, *Archus sp. z o.o og Gama Jacek Lipik mod Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.*, d. 11. maj 2017, pr. 23.

en ordregiver til at anmode en økonomisk aktør om berigtigelse.²⁸⁹ EU-Domstolen afgjorde, at en national fastsat forpligtelse er lovlig i det omfang, at den ikke pålægger ordregiver en pligt til at berigtige oplysninger og/eller dokumentation, der går udover ordregivers ret, som den er anført i EU-praksis.²⁹⁰ Sagen viser derfor, at en medlemsstat kan indføre en bestemmelse i sin nationale lovgivning, der forpligter ordregiveren til at anmode om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation. En sådan bestemmelse kan dog ikke forpligte ordregiveren til at anmode om berigtigelse for oplysninger og/eller dokumentation, han ellers ikke kan berigtige i henhold til UL § 159, stk. 5.²⁹¹

I *Archus*-sagen svarer EU-Domstolen ikke direkte på, om ordregiver er forpligtet til at anmode om berigtigelse af mangelfulde og manglende oplysninger og/eller dokumentation. Omvendt anfører EU-Domstolen blandt andet, at der ikke er noget til hindre for, at ordregiveren, hvis berigtigelse kan ske, *opfordrer* den økonomiske aktør til at berigtige manglende eller mangelfulde oplysninger og/eller dokumentation.²⁹² Det vil derfor være nærliggende at udlede af sagen, at ordregiver ikke har en generel pligt til at anmode om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation, hvis en sådan pligt ikke har hjemmel i national lovgivning. En sådan generel pligt kan ikke siges at fremgå af dansk lov.²⁹³

I *Slovensko*-sagen anføres det direkte, at ordregiver ikke er forpligtet til at anmode en økonomisk aktør om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation.²⁹⁴ Den præjudicielle forelæggelse i sagen omhandlede spørgsmålet om, hvorvidt der var en pligt for ordregiveren til at anmode om

²⁸⁹ C-131/16, *Archus sp. z o.o og Gama Jacek Lipik mod Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.*, d. 11. maj 2017, pr. 21.

²⁹⁰ C-131/16, *Archus sp. z o.o og Gama Jacek Lipik mod Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.*, d. 11. maj 2017, pr. 39.

²⁹¹ Se afhandlingens kapitel 2, afsnit 1.5.

²⁹² C-131/16, *Archus sp. z o.o og Gama Jacek Lipik mod Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.*, d. 11. maj 2017, pr. 39.

²⁹³ Se afhandlingens kapitel 4, afsnit 3.

²⁹⁴ C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 38.

berigtigelse.²⁹⁵ Det blev i sagen konkluderet, at en ordregiver ikke var forpligtet at tage kontakt til en økonomisk aktør med hensyn til berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation, når disse ikke relaterede sig til unormalt lav pris.²⁹⁶ Oplysninger omhandlende unormalt lav pris behandles nedenfor i kapitlets afsnit 3.2.

På baggrund af *Archus*-sagen og *Slovensko*-sagen vil det derfor være nærliggende at vurdere, at der ikke i dansk udbudsret eksisterer en generel forpligtelse for ordregiver til at anmode om berigtige manglende eller mangelfulde oplysninger og/eller dokumentation. En sådan antagelse kan dog anfægtes ved inddragelse af en anden sag.

Antwerpse-sagen er fra 2009, den er afsagt af EU-Retten, og forud for både *Archus*- og *Slovensko*-sagen.²⁹⁷ I sagen blev det understreget, at ordregiver i visse situationer kan anmode en økonomisk aktør om berigtigelse.²⁹⁸ Endvidere blev det slået fast, at ordregiveren ikke generelt var forpligtet til at anmode om berigtigelse.²⁹⁹ I sagen modificerer EU-Retten dog det udgangspunkt. Det gælder i forhold til oplysninger i en ansøgning eller et tilbud, der er ”*tvetydigt udarbejdet*” og hvor tvetydigheden ”*kan forklares på en enkel måde og nemt kan fjernes*”.³⁰⁰ For sådanne oplysninger konstaterede EU-Retten, at det i princippet er ”*i strid med princippet om god forvaltningsskik*” at

²⁹⁵ C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr.14. Det omhandlede for så vidt både oplysninger i henhold til unormal pris og andre oplysninger. Resultatet var forskelligartet. Oplysninger omhandlende unormal pris, behandles nedenfor under kapitlets afsnit 3.2.

²⁹⁶ C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 45.

²⁹⁷ Domme fra EU-Retten, må generelt vurderes at have lavere præjudikatsværdi end domme afsagt fra EU-Domstolen. Både *Arhus*- og *Slovensko*-sagen er afsagt ved EU-Domstolen.

²⁹⁸ En lignende retsstilling fremgår formentlig af T-652/14, *Steelcase, SA v European Union Intellectual Property Office*, d. 28. juni 2016. Om sagen anføres i Jesper Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, 4. udgave, 1. oplag, Karnov Group, 2017, s. 657, ”*at der efter de for EU’s institutioner gældende regler under visse omstændigheder kan være en pligt for en ordregiver til at rette henvendelse til en tilbudsgiver, hvis et tilbuds indhold såvel som omstændighederne i øvrigt indikerer, at en uklarhed i tilbuddet vil kunne forklares på en simpel måde og let kan korrigeres*”. Desværre er sagen kun trykt på fransk og spansk.

²⁹⁹ T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen*, d. 10. december 2009., pr. 54.

³⁰⁰ T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen*, d. 10. december 2009, pr. 56.

afvise en ansøgning eller et tilbud ”uden at gøre brug af sin beføjelse til at anmode om yderligere oplysninger”³⁰¹

Antwerpse-sagen er ikke klar i sin afgørelse om, hvornår en pligt til at anmode om berigtigelse må forelægges. Omvendt fremgår det meget klart af dommen, at der i enkelte situationer må være en pligt for ordregiver til at anmode en økonomisk aktør om berigtigelse af oplysninger, da det ellers vil være i strid med princippet om god forvaltningsskik, samt princippet om ligebehandling og proportionalitet.³⁰² Af afgørelsen fremgår det, at hvis ordregiver ”ikke har mulighed for hurtigt og effektivt at fastslå, hvad buddets virkelige indhold er, har den således ikke andet valg end at afvise budet”.³⁰³

Det vurderes derfor, at *Antwerpse*-sagen pålægger en ordregiver at anmode en økonomisk aktør om berigtigelse, hvis en fremsendt oplysning og/eller dokumentation fremstår tvetydig og nemt kan afklares af den økonomiske aktør. Hvis tvetydigheden ikke hurtigt og effektivt kan afklares, så er ordregiver ikke forpligtet til at anmode om berigtigelse. Pligten er derfor en undtagelse til udgangspunktet om, at ordregiver ikke har en pligt.

I *Antwerpse*-sagen begrundes den pligt, der pålægges ordregiveren, med det forvaltningsretlige princip om god forvaltningsskik.³⁰⁴ Derudover blev pligten også begrundet med det udbudsretlige ligebehandlings- og proportionalitetsprincip.³⁰⁵ Pligten i henhold til *Antwerpse*-sagen er derfor både af forvaltningsretlig og udbudsretlig karakter. Sagen er i sig selv en afklaring af et udbudsretligt spørgsmål. Den pligt, der pålægges ordregiver i sagen, kan derfor siges at være forvaltningsretlig og udbudsretlig, men relaterer sig til den udbudsretlige problematik omkring ordregivers berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation i forbindelse med et udbud.

³⁰¹ T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen*, d. 10. december 2009, pr. 56.

³⁰² T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen*, d. 10. december 2009, pr. 55-57.

³⁰³ T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen*, d. 10. december 2009, pr. 58.

³⁰⁴ T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen*, d. 10. december 2009, pr. 56.

³⁰⁵ T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen*, d. 10. december 2009, pr. 56-57.

Der må således sondres mellem spørgsmålet om pligt til berigtigelse efter *Slovensko*-sagen og *Archus*-sagen kontra *Antwerpse*-sagen. I de to første sager er der ikke en udbudsretlig forpligtelse for ordregiveren til at berigtige mangelfulde oplysninger og/eller dokumentation. I *Antwerpse*-sagen er der en pligt, men den er både funderet i forvaltnings- og udbudsretten. Der kan argumenteres for, at den udbudsretlige del af forpligtelsen efter *Antwerpse*-sagen bliver underkendt af nyere EU-praksis, afsagt af en højere retsinstans.³⁰⁶ Den nyere EU-praksis forholder sig ikke til, om der kan være en pligt i henhold til god forvaltningsskik.³⁰⁷ Derfor kan det anføres, at der eksisterer en forvaltningsretlig pligt til i særlige tilfælde for ordregiver at anmode en økonomisk aktør om berigtigelse.

Et nærliggende spørgsmål er, om pligten efter *Antwerpse*-sagen kan eksistere alene på baggrund af princippet om god forvaltningsskik, eller om den skal læses i sammenhæng med princippet om ligebehandling og proportionalitet. Af *Antwerpse*-sagen fremgår ”I et sådant tilfælde er det i princippet i strid med princippet om god forvaltningsskik, at Kommissionen afviser buddet uden at gøre brug af sin beføjelse til at anmode om yderligere oplysninger”.³⁰⁸ God forvaltningsskik er altså et selvstændigt argument i sagen for, at ordregiver under visse omstændigheder har en pligt til at anmode en økonomisk aktør om berigtigelse. Lignede ses i KLFU 2014-10-31, hvor det blev anført at ordregiver ikke var forpligtet til at anmode om berigtigelse medmindre det ”vil være i strid med ligebehandlingsprincippet, proportionalitetsprincippet eller god forvaltningsskik” ikke at gøre det.³⁰⁹ I kendelsen anses god forvaltningsskik som et selvstændigt princip, der på lige fod med ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet kan medføre en pligt for ordregiver til at berigtige. Det vurderes derfor, at ordregiver i visse begrænsede situationer undtagelsesvist kan være forpligtet til at skulle anmode en økonomisk aktør om berigtigelse i henhold til princippet om god forvaltningsskik.

³⁰⁶ Se C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012. Se endvidere Carina Risvig Hamer, kapitel 10: Requesting additional information – increase of flexibility and competition? i Grith Skovgaaard Ølykke og Albert Sanchez-Graells, *Reformation or deformation of the EU Public Procurement Rules*, 1. udgave, 1. oplag, Edward Elgar Publishing, 2016, hvor der ligeledes argumenteres for, at der på baggrund af C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012 ikke kan være en pligt for ordregiver til at anmode om berigtigelse i henhold til proportionalitets- og ligebehandlingsprincippet.

³⁰⁷ C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012.

³⁰⁸ T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen*, d. 10. december 2009, pr. 56.

³⁰⁹ KLFU 2014-10-31, *Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. mod Vejdirektoratet*.

Når der vurderes, at ordregiver i udbud i visse afgrænsede tilfælde kan have en forpligtelse til at anmode en økonomisk aktør om at berigtige oplysninger og/eller dokumentation i henhold til EU-retspraksis, så er det uklart, om en lignende forpligtelse går igen ved retspraksis fra Klagenævnet for Udbud.

I KLFU 2017-02-07 afviste ordregiver et tilbud, da den økonomiske aktør ikke havde vedlagt ESPD'er for nogle underleverandører. Klagenævnet udtalte, at ordregivers mulighed for at berigtige oplysninger var en *ret* og ikke en *pligt*.³¹⁰ I KLFU 2020-09-30 anbragte klager, at ”*det ligger inden for rammerne af og formålet med udbudslovens § 159, stk. 5, at Region Nordjylland lader Coromatic (red. klager) rette den formelle fejl*” blandt andet med henvisning til, at ordregiver kan have en pligt til at anmode om berigtigelse i henhold til *Antwerpse-sagen*.³¹¹ Klagenævnet afgjorde, at ”*tilbudsgiver bærer som udgangspunkt selv ansvaret for fejl og uklarheder i det indleverede tilbud*”.³¹² Derfor konkluderede klagenævnet, at der ikke fandtes ”*grundlag for at fastslå, at regionen var forpligtet til at anmode om en præcisering*”.³¹³ Det vurderes på den baggrund, at Klagenævnet for Udbud i den konkrete kendelse ikke anerkender, at ordregiver er forpligtet til at anmode en økonomisk aktør om berigtigelse, heller ikke undtagelsesvist i henhold til *Antwerpse-sagen*. Linjen i KLFU 2017-02-07 og KLFU 2020-09-30 vurderes i overensstemmelse med klagenævnet generelle praksis.³¹⁴ En ny kendelse har muligvis ændret klagenævnet praksis på området. I KLFU 2020-10-20 anføres ”*endeligt bemærker klagenævnet, at der ikke var tale om sådanne tvetydige oplysninger, som det undtagelsesvist kan påhvile en ordregiver at søge afklaret i henhold til (...) T 195/08 Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen*”.³¹⁵ Klagenævnet fandt ikke i den konkrete kendelse, at

³¹⁰ KLFU 2017-02-07, *Tangshøj Idrætscenter mod Lemvig Kommune*.

³¹¹ KLFU 2020-09-30, *Coromatic mod Region Nordjylland*.

³¹² KLFU 2020-09-30, *Coromatic mod Region Nordjylland*.

³¹³ KLFU 2020-09-30, *Coromatic mod Region Nordjylland*.

³¹⁴ Se herom Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2016, s. 615, hvor det anføres ”*at der efter klagenævnspraksis (red. Klagenævnet for Udbud) ikke eksisterer en pligt til at indhente supplerende oplysninger*”. Det skal i den forbindelse bemærkes, at bogen er fra 2016. Lignende konklusion syntes Jesper Fabricius at komme frem til i Jesper Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, 4. udgave, 1. oplag, Karnov Group, 2017, s. 658-660.

³¹⁵ KLFU 2020-10-20, *Rohde & Schwarz Danmark A/S mod Forsvarsministeriets Materiel og Indkøbsstyrelse (FMI)*.

ordregiver havde en pligt til at anmode om berigtigelse, omvendt anerkender klagenævnet, at der undtagelsesvist kan være en pligt for ordregiver til at anmode om berigtigelse i henhold til *Antwerpse-sagen*. Det bemærkes endvidere at ældre klagenævnspraksis, herunder KLFU 2014-10-31 og KLFU 2010-04-06 har anerkendt at der undtagelsesvist kan være en pligt for ordregiver til at berigtige i henhold til *Antwerpse-sagen*.³¹⁶ Da kendelserne er fra før udbudsloven, er det dog usikkert, hvor stor betydning de kan tillægges.

Ved gennemgang af kendelserne på området forholder klagenævnet sig primært til, at der udbudsretligt ikke eksisterer en forpligtelse uden at inddrage muligheden for, at der i henhold til *Antwerpse-sagen* kan være en forvaltningsretlig forpligtelse.³¹⁷ Klagenævnet for udbud behandler generelt set kun udbudsretlige problemstillinger, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 1. Det vurderes at være årsagen, når klagenævnet kommer frem til, at ordregiver ikke er forpligtet til at anmode en økonomisk aktør om berigtigelse, til trods for at central EU-praksis på området siger, at der undtagelsesvist kan være en pligt i henhold til princippet om god forvaltningskik.³¹⁸ Om KLFU 2020-10-20 kan læses, som en indikation af at Klagenævnet for Udbud fremadrettet vil anerkende, at der undtagelsesvist kan være en pligt for ordregiver til at berigtige uklarheder i en ansøgning eller et tilbud, er for tidligt at svare på. Hvis flere fremtidige kendelser kommer frem til, at der undtagelsesvist kan være en pligt for ordregiver til at anmode om berigtigelse, vil det være nærliggende at antage, at klagenævnet har ændret sin praksis på området.

Hvis det antages, at Klagenævnet for Udbud i sine kendelser ikke inddrager princippet om god forvaltningskik, vil der i henhold til spørgsmålet om ordregivers pligt til at anmode om berigtigelse være en divergens mellem EU-retspraksis og praksis fra Klagenævnet for Udbud. I forlængelse heraf vil der antageligvis også være en divergens mellem praksis fra klagenævnet for Udbud og de

³¹⁶ KLFU 2014-10-31, *Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. mod Vejdirektoratet* og KLFU 2010-04-06, *Triona AB mod Vejdirektoratet*.

³¹⁷ Se også KLFU 2018-08-27, *Saab Dynamics AB mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse* og KLFU 2020-07-02, *Ørsløv Service Trafik A/S mod Høje Taastrup Kommune*.

³¹⁸ T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen*, d. 10. december 2009, pr. 56.

almindelige danske domstole, såfremt spørgsmålet blev prøvet ved en dansk domstol. Det skyldes, at domstolene har kompetence til at inddrage princippet om god forvaltningskik i sin afgørelse.³¹⁹

I det tilfælde kan det anføres, at klagenævnet bør tilpasse sin praksis, da grundlæggende EU-praksis anvender et forvaltningsretligt princip i en udbudsretlig sammenhæng. Dermed bliver det forvaltningsretlige princip inddraget som en del af en udbudsretlig vurdering. Den konkrete afgørelse fra EU-Domstolen må anses som en del af den samlede EU-udbudsret.³²⁰ Klagenævnet for Udbud vurderes derfor at have kompetence til jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 2, nr. 3 at inddrage princippet om god forvaltningskik på spørgsmålet om, hvorvidt ordregiver i visse afgrænsede situationer er forpligtet til at berigtige oplysninger og/eller dokumentation.

1.4. Delkonklusion

Ordregiver har en ret til at anmode en økonomisk aktør om at berigtige sin ansøgning eller sit tilbud, hvis betingelserne herfor er opfyldt. Den økonomiske aktør bærer selv risikoen for udfærdigelsen af sin ansøgning eller sit tilbud. Som følge heraf er udgangspunktet, at ordregiver ikke har en pligt til at anmode en økonomisk aktør om at berigtige sin mangelfulde ansøgning eller tilbud.

Det kan læses ud af dansk ret og udledes af centrale sager fra EU-Domstolen, at en sådan pligt ikke eksisterer. Det vurderes dog, at der undtagelsesvist kan være en pligt for ordregiveren til at anmode om berigtigelse i henhold til princippet om god forvaltningskik. Det vurderes endvidere, at der er en divergens mellem EU-praksis og praksis fra Klagenævnet for Udbud i forhold til, om en sådan pligt eksisterer. Ny praksis fra Klagenævnet for Udbud lader dog til at anerkende, at en pligt til undtagelsesvist at berigtige kan eksistere. Det vurderes endvidere, at Klagenævnet for Udbud har kompetence til at inddrage princippet om god forvaltningskik på spørgsmålet om, hvorvidt der undtagelsesvist kan være en pligt for ordregiver til at anmode om berigtigelse. Derfor bør klagenævnet i sin retspraksis også anerkende, at ordregiver undtagelsesvist kan være forpligtet til at skulle anmode om berigtigelse.

³¹⁹ Det har ikke været muligt at finde en sag fra de danske domstole, omhandlende den konkrete problemstilling.

³²⁰ T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen*, d. 10. december 2009.

Der kan godt fremgå en bestemmelse af national lovgivning, der forpligter ordregiver til at anmode om berigtigelse af ansøgninger eller tilbud. En sådan bestemmelse kan ikke forpligte ordregiveren til at anmode om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation, udover hvad der kan berigtiges i henhold til UL § 159, stk. 5.

2. Ordregivers påtagede pligt

Af udbudsloven fremgår der ingen bestemmelser, der anfører, at ordregiver kan forpligte sig til at berigtige oplysninger og/eller dokumentation indsendt i forbindelse med en ansøgning eller et tilbud. Det fremgår heller ikke af lovbemærkningerne, at ordregiver kan påtage sig en sådan pligt.³²¹

Af *Manova*-sagen fremgår det, at en ordregiver ”*strengt*” er pålagt at overholde sine egne, fastsatte betingelser i et udbud.³²² *Manova*-sagen handler konkret om, hvorvidt ordregiver kan anmode om at berigtige dokumentation og/eller oplysninger. Derfor omhandler den specifikke præmis, at ordregiver er forpligtet til *ikke* at berigtige, hvis der i udbudsbetingelserne er anført, at berigtigelse ikke er en mulighed. Stadig fremgår det klart af præmissen, at en ordregiver strengt må overholde de kriterier, der fremgår i udbudsbetingelserne.³²³ Hvis det af udbudskriterierne fremgår, at ordregiveren i et eller andet omfang forpligter sig til at berigtige fremsendte oplysninger og/eller dokumentation, hvis disse er fejlbehæftede eller mangelfulde, må ordregiveren også være forpligtet til rent faktisk at gøre det. Det kan omvendt ikke gælde, hvis pligten til at berigtige efter betingelsen er i strid med gældende ret. Det skal ses i sammenhæng med, at offentlig myndighed er forpligtet til at overholde loven.³²⁴ Hvis ordregiveren i situationen er afskåret fra at berigtige i henhold til UL § 159, stk. 5, må ordregiveren også klart være afskåret fra i en udbudsbetingelse at forpligte sig selv til at berigtige oplysninger og/eller dokumentation.

³²¹ Kapitel 4, afsnit 2, kan ses i sammenhæng med kapitel 3, afsnit 6, hvor det blev undersøgt om ordregiver kan afskære sig selv fra muligheden for, at berigtige en ansøgning eller et tilbud.

³²² C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober pr. 40.

³²³ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober pr. 40.

³²⁴ Parterne kan ikke kontrahere, hvis det er i strid med gældende ret, jf. Danske Lov 5-1-2.

I KLFU 2017-09-29 blev spørgsmålet om, hvorvidt ordregiver havde påtaget sig en udvidet pligt til at foretage berigtigelse, behandlet. I udbudsmaterialet fremgik, at et forbehold ”normally leads to rejection”. Klager anførte, at det betød, at ordregiver havde forpligtet sig til at søge uklare oplysninger i tilbuddet berigtiget. Klagenævnet vurderede dog i det konkrete tilfælde, at ordregiver ikke havde påtaget sig en sådan pligt. Af afgørelsen fremgik det endvidere, at der i udgangspunktet for ordregiver ikke er en pligt til at berigtige, samt at klager ikke var lykkedes med at påvise, at en sådan pligt forelå i det konkrete tilfælde.³²⁵ Kendelsen er interessant, da den grundlæggende anerkender, at ordregiver kan påtage sig en pligt til at foretage berigtigelse af uklarheder i et tilbud eller en ansøgning. Samtidigt viser den også, at en sådan pligt ikke kan siges at eksistere, blot fordi det af udbudsmaterialet er uklart, om manglende oplysninger vil føre til afvisning af ansøgningen eller tilbuddet.

I KLFU 2017-11-21 anbragte klager, at ordregiver på et møde anførte noget, der resulterede i, at klager indleverede et fejlbehæftet tilbud. Klager gjorde gældende, at ordregiver måtte have påtaget sig en pligt til at berigtige det ufuldstændige tilbud igennem ytringerne på mødet. Klagenævnet afgjorde, at det er klagers risiko, hvad der indgår i tilbuddet og ordregiveren i situationen ikke var forpligtet til at berigtige oplysningerne.³²⁶ I KLFU 2018-08-27 anførte klagenævnet i sin afgørelse helt klart, at en ordregiver ”*som udgangspunkt ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af de oplysninger, som fremgår af et tilbud, medmindre andet er bestemt i udbudsbetingelserne.*”³²⁷

Den fremførte praksis viser, at en ordregiver formentligt kan påtage sig en pligt til at berigtige mangelfulde oplysninger og/eller dokumentation i en ansøgning eller et tilbud. Hvordan ordregiver påtager sig en pligt til at anmode om berigtigelse er et godt spørgsmål. I henhold til *Manova*-sagen skal en ordregiver strengt følge sine egne kriterier.³²⁸ Ordregiveren kan således opstille kriterier for udbuddet, der medfører en forpligtelse til at berigtige. Sådanne kriterier må fremgå af udbudsbetingelserne. Det næste gode spørgsmål er, hvornår en ordregiver har påtaget sig en sådan forpligtelse. De anførte kendelser viser nogle situationer, hvor ordregiver i hvert fald ikke har påtaget

³²⁵ KLFU 2017-09-29, *CONSTRUCCIONES YAUXILIAR DE FERROCARRILES, S .A. CAF mod Odense Letbane P/S*.

³²⁶ KLFU 2017-11-21, *H. Nielsen & Søn A/S mod Region Sjælland*.

³²⁷ KLFU 2018-08-27, *Saab Dynamics AB mod Forsvarsministeriets Materiel og Indkøbsstyrelse (FMI)*.

³²⁸ C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. Oktober, pr. 40.

sig sådan en forpligtelse. Kendelserne viser omvendt, at det skal fremstå meget klart af udbudsmaterialet, hvis ordregiver har påtaget sig en pligt. Det må vurderes ud fra den konkrete situation, hvornår ordregiver har påtaget sig en forpligtelse til at anmode om berigtigelse. I den forbindelse er det nærliggende at trække paralleller til situationen, hvor ordregiver afskærer sig muligheden for at berigtige oplysninger og/eller dokumentation. I den situation vil en ordregiver være afskåret fra at berigtige, hvis det eksplicit af udbudsbetingelserne er fremført at manglende og fejlbehæftede oplysninger og/eller dokumentation vil medføre afvisning.³²⁹ Hvis en sådan parallel kan trækkes, betyder det, at hvis ordregiver eksplicit i udbudsbetingelserne fremfører, at der vil blive anmodet om berigtigelse af visse uklare oplysninger og/eller dokumentation, så vil ordregiveren være forpligtet til at anmode om en sådan berigtigelse. Om en sådan parallel kan trækkes, kan dog ikke med sikkerhed siges.

2.1 Delkonklusion

Udgangspunktet er, at ordregiver ikke er forpligtet til at anmode om berigtigelse af ansøgninger eller tilbud. En ordregiver er forpligtet til at følge de kriterier, der fremgår af udbuddet. Som følge heraf kan ordregiveren formentlig påtage sig en forpligtelse til at skulle anmode en økonomisk aktør om at berigtige oplysninger og/eller dokumentation. Ordregiveren kan ikke påtage sig en forpligtelse til at anmode om berigtigelse udover, hvad der er lovligt og kan rummes inden for UL § 159, stk. 5. Det kan ikke siges med klarhed, hvad der skal til, for at ordregiveren har påtaget sig en sådan forpligtelse. Det vurderes, at ordregiveren har påtaget sig en forpligtelse til at berigtige, hvis det eksplicit er fremført i udbudsbetingelserne. Hvornår det er tilfældet må bero på en konkret vurdering.

3. Andre lovbestemte forpligtelser

På spørgsmålet, om hvorvidt en ordregiver i visse situationer er forpligtet til at anmode om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation, skal det nævnes, at der i udbudsloven findes bestemmelser, der forpligter ordregiver til at foretage kontrol af oplysningerne i ansøgnings- eller tilbudsmaterialet. Disse bestemmelser skal læses isoleret, og overlapper kun i mindre grad spørgsmålet om en ordregivers pligt til at berigtige oplysninger og/dokumentation. Af den grund vil de kun blive behandlet begrænset og vinklet meget skarpt i forhold til, om de medfører en pligt for ordregiver til at berigtige oplysninger og/eller dokumentation.

³²⁹ Se herom afhandlingens kapitel 3, afsnit 6.

3.1. Effektiv kontrol af tvivlsomme oplysninger og dokumentation

Ordregivers pligt til at foretage kontrol af tvivlsomme oplysninger og dokumentation har hjemmel i udbudslovens § 159, stk. 3. Der er her tale om en reel undersøgelsespligt, der er pålagt ordregiver. Bestemmelsen lyder således:

”Ordregiveren skal i tvivlstilfælde foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i ansøgningen eller tilbuddet.”³³⁰

Af UL § 159, stk. 3 fremgår det klart, at ordregiver har en pligt til i *tvivlstilfælde* at foretage *effektiv kontrol* med de oplysninger og den dokumentation, der fremgår af en ansøgning eller et tilbud. UL § 159, stk. 3 skal ses i sammenhæng med UL § 164, stk. 2.³³¹ Ordlyden af bestemmelserne er da også nærmest identisk bortset fra, at UL § 164, stk. 2 kun omhandler tilbud. Bestemmelserne pålægger ordregiver en pligt til i tvivlstilfælde effektivt at kontrollere rigtigheden af dokumentation og oplysninger i ansøgninger eller tilbud.

Umiddelbart kan det godt virke som om, at bestemmelsen pålægger ordregiver en pligt til at berigtige mangelfulde oplysninger og/eller dokumentation i en ansøgning eller et tilbud. Det er dog ikke tilfældet. Den pligt, som UL § 159, stk. 3 pålægger ordregiveren, er, at der i tvivlstilfælde skal foretages effektiv kontrol af rigtigheden af oplysninger og/eller dokumentation i en ansøgning eller et tilbud. Resultatet af den effektive kontrol vil således være, at ordregiveren konstaterer, at oplysningerne og/eller dokumentationen er nøjagtige og dermed at tilbuddet er konditionsmæssigt, eller at oplysningerne og/eller dokumentationen er unøjagtige og at tilbuddet efter omstændighederne er ukonditionsmæssigt. Anderledes gælder det ved anmodning om berigtigelse, hvor det vurderes om en ansøgning eller et tilbud ved fristen indeholder mangelfulde oplysninger og/eller dokumentation. Hvis oplysningerne og/eller dokumentationen er mangelfuld, kan ordregiver aktivt vælge at anmode en økonomisk aktør om at berigtige oplysningerne og/eller dokumentationen. Hvis ordregiver vælger at anmode om berigtigelse af ansøgningen eller tilbuddet, vil manglen blive afhjulpet og tilbuddet vil efter omstændighederne være konditionsmæssigt. Hvis ordregiver ikke vælger at anmode om

³³⁰ Udbudsloven § 159, stk. 3.

³³¹ Lovforslag nr. L 164, § 159, stk. 3, s. 175.

berigtigelse, vil manglen ikke blive afhjulpet og tilbuddet vil efter omstændighederne være ukonditionsmæssig.

Ordregiveren er forpligtet til at foretage den effektive kontrol i tvivlstilfælde forud for tildelingen af en kontrakt. Ordregiveren er omvendt ikke forpligtet til at berigtige eventuelle mangelfulde oplysninger og/eller dokumentation. Pligten til at foretage effektiv kontrol kan ses i sammenhæng med ordregiveres mulighed for at anmode om berigtigelse af mangelfulde oplysninger og/eller dokumentation. Det er dog to forskellige regler, og en pligt for ordregiver til at udføre effektiv kontrol med mangelfulde oplysninger og/eller dokumentation, medfører ikke en pligt til at anmode om berigtigelse af mangelfulde oplysninger og/eller dokumentation.

Det må også understreges, at fordi der foretages effektiv kontrol, er det ikke givet, at der kan foretages en berigtigelse i henhold til UL § 159, stk. 5. Problematikken sås i kendelsen KLFU 2018-08-27. I sagen fandtes ordregiver at være forpligtet til at foretage effektiv kontrol med dokumentation anført i tilbuddet, hvilket ordregiver da også gjorde. Herefter vurderede ordregiver, at tilbuddet ikke levede op til mindstekravet og erklærede tilbuddet ukonditionsmæssigt. Ordregiver anmodede ikke om berigtigelse af oplysningerne, hvilket også var afskåret efter UL § 159, stk. 6. Klagenævnet medgav, at ordregiver havde handlet korrekt i situationen.³³² Hvis det som følge af effektiv kontrol konstateres, at en ansøgning eller et tilbud lider af en mangel, der vil føre til udelukkelse, og manglen ikke kan berigtiges efter UL § 159, stk. 5, skal ansøgningen eller tilbuddet derfor betragtes som ukonditionsmæssigt.

Omvendt må det antages, at ordregiver efter gennemførelse af pligtsmæssig effektiv kontrol kan vælge at anmode om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation efter UL § 159, stk. 5, såfremt oplysningerne og/eller dokumentationen kvalificerer sig til berigtigelse. Eksempelvis kan der forestilles en situation, hvor ordregiver i forbindelse med tildelingen af en kontrakt vurderer, at et tilbud fremstår som det bedste. Ordregiver bliver herefter opmærksom på en oplysning, der fremsætter tvivl om, hvorvidt tilbuddet er konditionsmæssigt, derfor er ordregiveren forpligtet til at foretage effektiv kontrol med tilbuddet. Den effektive kontrol fører til, at ordregiveren bliver

³³² KLFU 2018-08-27, *Saab Dynamics AB mod Forsvarsministeriets Materiel og Indkøbsstyrelse (FMI)*.

opmærksom på en manglende oplysning, der isoleret set gør tilbuddet ukonditionsmæssigt, oplysningen kan dog berigtiges efter UL § 159, stk. 5. Hvis ordregiver vælger at gøre det, må tilbuddet betragtes som konditionsmæssigt og der kan tildeles en kontrakt til den økonomiske aktør. Hvis ordregiver i eksemplet vælger ikke at foretage berigtigelse efter UL § 159, stk. 5, vil resultatet omvendt blive, at tilbuddet betragtes som ukonditionsmæssigt.

3.2. Unormalt lavt tilbud

Af UL § 169, stk. 1 fremgår det, at ordregiver har en pligt til at anmode en økonomisk aktør om at redegøre for priser og omkostninger i en situation, hvor det vurderes, at et tilbud indeholder en unormalt lav pris. Bestemmelsen lyder således:

*”Forekommer et tilbud unormalt lavt, skal ordregiveren anmode tilbudsgiveren om inden for en passende frist at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet, jf. stk. 2.”*³³³

Af UL § 169, stk. 2 fremgår det, at en ordregiver kun kan afvise tilbuddet, hvis tilbudsgivers redegørelse ikke tilstrækkeligt begrundes prisen. Af *Slovensko*-sagen fremgår det, at national lovgivning skal have en bestemmelse, der forpligter ordregiveren således, at *”hvis en ansøger tilbyder en unormalt lav pris, skriftligt skal anmode ansøgeren om supplerende oplysninger om tilbuddets pris”*.³³⁴ Det bemærkes, at UL § 169, stk. 2 kun omhandler tilbud og ikke ansøgninger.

Det kan således siges, at ordregiver er forpligtet til at anmode om en redegørelse af et unormalt lavt tilbud og ordregiveren vil ikke kunne afvise tilbuddet medmindre, at redegørelsen ikke er tilfredsstillende. Af lovbemærkningerne til UL § 169 fremgår det, *”at ordregiver har en pligt til at undersøge tilbud, der forekommer unormalt lave”*.³³⁵ Der er således tale om en undersøgelsespligt for ordregiveren. Det betyder omvendt også, at bestemmelsen ikke giver hjemmel til at anmode en økonomisk aktør om at berigtige et unormalt lavt tilbud.

³³³ Udbudsloven § 169, stk. 1.

³³⁴ C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012, pr. 45.

³³⁵ Lovforslag nr. L 164, UL § 169, s. 184.

Af den grund har ordregiver en pligt til at anmode den økonomiske aktør om at redegøre med oplysninger i den situation, hvor der i tilbuddet er anført en unormal lav pris. Konsekvensen af, at ordregiveren ikke fremsætter tilfredsstillende oplysninger, er, at tilbuddet må afvises. Omvendt kan tilbuddet ikke afvises, før ordregiver har anmodet om en redegørelse og det er vurderet, at de fremførte oplysninger ikke er tilstrækkelige. Af den grund må det fremføres, at UL § 169 mere har karakter af en effektiv kontrol af fremførte oplysninger end en berigtigelse af mangelfulde oplysninger. Det ændrer dog ikke ved, at ordregiveren er forpligtet til at anmode en økonomisk aktør om at fremsende supplerende oplysninger i form af en redegørelse, hvis det vurderes, at prisen er unormal lav.

3.3. Delkonklusion

Ordregiveren er forpligtet til at føre effektiv kontrol med tvivlsomme oplysninger i en ansøgning eller et tilbud. Pligten til at føre effektiv kontrol medfører ikke en pligt for ordregiveren til at berigtige oplysninger og/eller dokumentation. Effektiv kontrol kan føre til, at det konstateres, at en ansøgning eller et tilbud er mangelfuldt, og oplysningerne og/eller dokumentationen kan berigtiges efter UL § 159, stk. 5. I den situation kan ordregiver vælge at anmode om berigtigelse, men ordregiver er ikke forpligtet til at gøre det.

Ordregiver har en pligt til at anmode om en redegørelse fra den økonomiske aktør i forbindelse med et unormalt lavt tilbud. Ordregiveren kan ikke afvise tilbuddet, før den økonomiske aktør er blevet anmodet om og har haft mulighed for at redegøre for den unormale lave pris. Bestemmelsen forpligter ikke ordregiver til at anmode om berigtigelse af en unormal lav pris.

Konklusion

Der konkluderes overordnet på afhandlingens problemstilling. For de enkelte elementer i afhandlingen fremgår en mere nuanceret konklusion. Der henvises i den forbindelse til de enkelte delkonklusioner.

Anmodning om berigtigelse af en ansøgning eller et tilbud

Ordregiver har i henhold til UL § 159, stk. 5 mulighed for at berigtige en ansøgning eller et tilbud. Det kan ske ved supplering, præcisering eller fuldstændiggørelse. Oplysningerne og/eller dokumentationen kan være manglende, ufuldstændige og/eller fejlbehæftede. For at oplysninger og/eller dokumentation kvalificerer sig til at kunne berigtiges, skal de objektivt kunne konstateres at eksistere forud for ansøgnings- eller tilbudsfristen. Endvidere skal manglen, ufuldstændigheden eller fejlen være åbenbar.³³⁶

Der eksisterer et forhandlingsforbud mellem ordregiver og de økonomiske aktører. Derfor kan berigtigelse ikke ske, hvis det vil betyde at en økonomisk aktør tillades at fremsætte en ny ansøgning eller nyt tilbud. Om der fremsættes ny ansøgning eller nyt tilbud må bero på en konkret vurdering.³³⁷

Hvis ordregiveren anmoder om berigtigelse hos en økonomisk aktør, er ordregiveren ligeledes forpligtet til at anmode om berigtigelse hos andre økonomiske aktører i samme udbud i samme situation. Ordregiveren må konkret vurdere om det er tilfældet. Det er et krav, at ordregiver anmoder om berigtigelse af alle de punkter i en ansøgning eller et tilbud, der skal berigtiges. Hvis et af punkterne ikke kan berigtiges, kan de andre punkter heller ikke berigtiges. Ordregiver er i henhold til den forvaltningsretlige ligeretsgrundsætning forpligtet til at føre samme praksis for, hvornår der anmodes om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation. Det gælder, hvis omstændighederne i udbuddene er ens. Ordregiver skal konkret skønne om omstændighederne er ens.³³⁸

³³⁶ For en mere nuanceret konklusion henvises til delkonklusionen for kapitel 3, afsnit 1.

³³⁷ For en mere nuanceret konklusion henvises til delkonklusionen for kapitel 3, afsnit 2.

³³⁸ For en mere nuanceret konklusion henvises til delkonklusionen for kapitel 3, afsnit 3.

Med undtagelse af dokumentation i henhold til UL § 151, stk. 5, nr. 1 og 2, kan der ikke konstateres at gælde en retsstilling, hvor ordregiver egenhændigt kan berigtige en ansøgning eller et tilbud med oplysninger og/eller dokumentation, som denne er i besiddelse af fra et tidligere udbud. Det samme gælder i forhold til, om ordregiver egenhændigt kan berigtige en ansøgning eller et tilbud med oplysninger og/eller dokumentation, der er offentligt tilgængelige. Det kan omvendt ikke klart afvises, at en sådan retsstilling kan eksistere, og grundlæggende principper taler for det. Hvis der ikke er tvivl om, at en ansøgning eller et tilbud indeholder en åbenbar fejl, kan ordregiver egenhændigt foretage berigtigelse.³³⁹

En økonomisk aktør kan ikke på eget initiativ berigtige en fremsendt oplysning og/eller dokumentation efter ansøgnings- og/eller tilbudsfristen.³⁴⁰

Ordregiveren er strengt forpligtet til at overholde de angivne kriterier for udbuddet. Ordregiveren er afskåret fra at anmode om berigtigelse, hvis der i udbudsmaterialet er opstillet et krav, og det direkte fremgår, at manglende opfyldelse af kravet vil føre til afvisning af ansøgningen eller tilbuddet. Ligeledes kan ordregiveren ikke anmode om berigtigelse, hvis de konkrete oplysninger og/eller dokumentation er afgivet i henhold til et minimumskrav. Et minimumskrav kan fremgå af udbudsmaterialet eller lovgivning. Det må bero på en konkret fortolkning, om et krav er et minimumskrav.³⁴¹

Ordregivers forpligtelse til at anmode om berigtigelse af en ansøgning eller et tilbud

Ordregiver har i henhold til UL § 159, stk. 5 en ret til at anmode om berigtigelse. Det er den økonomiske aktør, der bærer risikoen for indholdet af sin ansøgning eller sit tilbud.

Ordregiveren har ingen udbudsretlig forpligtelse til at anmode en økonomisk aktør om berigtigelse. Det vurderes, at der undtagelsesvist kan være en forpligtelse for ordregiveren til at anmode om berigtigelse i henhold til princippet om god forvaltningsskik. På det spørgsmål er der ikke umiddelbart overensstemmelse mellem EU-praksis og praksis fra Klagenævnet for Udbud. En ny kendelse fra

³³⁹ For en mere nuanceret konklusion henvises til delkonklusionen for kapitel 3, afsnit 4.

³⁴⁰ For en mere nuanceret konklusion henvises til delkonklusionen for kapitel 3, afsnit 5.

³⁴¹ For en mere nuanceret konklusion henvises til delkonklusionen for kapitel 3, afsnit 6.

Klagenævnet for Udbud anerkender dog, at der undtagelsesvist kan være en pligt for ordregiver til at anmode om berigtigelse. Det vurderes at være korrekt af Klagenævnet for Udbud at anerkende, at der kan være en pligt for ordregiver til at anmode om berigtigelse.³⁴²

Ordregiver kan påtage sig en pligt til at anmode om berigtigelse af ansøgninger eller tilbud. Det gælder kun, hvis anmodningen er lovlig og kan rummes inden for anvendelsen af UL § 159, stk. 5. Det skal formentlig fremgå eksplicit af udbudsbetingelserne, hvis ordregiver har påtaget sig en sådan forpligtelse, hvilket må bero på en konkret vurdering.³⁴³

Ordregiveren er forpligtet til at føre effektiv kontrol med tvivlsomme oplysninger og anmode om redegørelse i forbindelse med en unormal lav pris. Ordregiveren er i forbindelse hermed ikke forpligtet til at berigtige en ansøgning eller et tilbud.³⁴⁴

³⁴² For en mere nuanceret konklusion henvises til delkonklusionen for kapitel 4, afsnit 1.

³⁴³ For en mere nuanceret konklusion henvises til delkonklusionen for kapitel 4, afsnit 2.

³⁴⁴ For en mere nuanceret konklusion henvises til delkonklusionen for kapitel 4, afsnit 3.

Perspektivering

Et grundlæggende tema igennem afhandlingen har været, hvordan forvaltningsretten påvirker ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse.³⁴⁵ I den forbindelse er det nærliggende at undersøge forvaltningsrettens påvirkning af udbudsretten. Herunder inddragelsen af relevante forvaltningsretlige principper i udbudsretlige afgørelser.

Selv om det ofte er tilfældet, er kontraktudbyder er ikke nødvendigvis omfattet af forvaltningsretten, når denne er omfattet af udbudsretten. Eksempelvis kan en privat aktør være omfattet af udbudsloven, men ikke forvaltningsretten, hvis der er tale om en bygge- og anlægskontrakt og der modtages offentlig støtte.³⁴⁶

Som anført igennem afhandlingen kan anvendelse af forvaltningsretten bevirke en anden retsstilling for ordregiver, end hvis udbudsretten alene anvendes.³⁴⁷

I tilgangen til om forvaltningsretten kan anvendes i forbindelse med spørgsmålet om ordregivers mulighed for at berigtige, er praksis fra de forskellige retsinstanser, som er anvendt i afhandlingen, forskelligartet. Klagenævnet for Udbud inddrager ikke forvaltningsretten i sine kendelser, hvorimod EU-Domstolen kan inddrage forvaltningsretten i udbudsretlige spørgsmål.³⁴⁸ Vigtigste eksempel i

³⁴⁵ Herunder spørgsmålet om ordregiver er forpligtet til at anmode om berigtigelse i kapitel 4, afsnit 1.3 og ordregivers udbudspraksis i kapitel 3, afsnit 3.3.

³⁴⁶ Bygge- og anlægskontrakter er omfattet af udbudsloven, når der ydes et direkte offentligt tilskud på mere end 50% og kontrakten overstiger den aktuelle tærskelværdi, jf. UL § 6, stk. 3, nr. 1. Tærskelværdien bliver vært andet år revideret af Europa-Kommissionen, jf. UL § 9, og er i 2020 DKK 39.884.785.

³⁴⁷ Herunder, hvis princippet om god forvaltningskik medfører at ordregiver undtagelsesvist bliver forpligtet til at anmode om berigtigelse af oplysninger og/eller dokumentation eller når den forvaltningsretlige ligeretsgrundsætning forpligter ordregiver til at følge den samme praksis for anmodning om berigtigelse, i sine forskellige udbud, hvis omstændighederne er ens.

³⁴⁸ Et eksempel er EU-Domstolens inddragelse af det forfatnings- og forvaltningsretlige princip om retssikkerhed. Det ses eksempelvis i C-309/18, *Lavorgna Srl mod Comune di Montelanico m. fl.*, 2. maj 2019 og T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen*, d. 10. december 2009.

forhold til den konkrete problemstilling er *Antwerpse-sagen*³⁴⁹, der behandles ovenfor i kapitel 4, afsnit 1.

Når Klagenævnet for Udbud ikke inddrager relevant forvaltningsret i sine kendelser, skal det ses i sammenhæng med lov om Klagenævnet for Udbud § 1. Af lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 2, fremgår det, at loven finder anvendelse ved håndhævelsen af udbudsloven, EU-udbudsreglerne og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren. Klagenævnet vil i sine kendelser om UL § 159, stk. 5 ikke inddrage forvaltningsret, da klagenævnet ikke har kompetence hertil.

Hvis EU-praksis på området må betragtes som EU-ret i lov om Klagenævnet for Udbud § 1, stk. 2, nr. 2s forstand, kan der argumenteres for, at Klagenævnet for Udbud også skal inddrage forvaltningsretlige principper, der lægger til grund for en afgørelse af præjudiciel værdi.³⁵⁰

Hvis forvaltningsret skal kunne inddrages i en klagenævnsafgørelse, skal den fremgå af relevant EU-praksis. Af *Antwerpse-sagen* fremgår det, at det under visse omstændigheder vil være ”*i strid med god forvaltningskik*” at afvise et tilbud uden først at gøre brug af muligheden for at anmode om yderligere oplysninger. Det fremgår klart af sagen, at det er et forvaltningsretligt princip, men fordi det er en udbudsretlig problemstilling, der behandles, bliver det specifikke forvaltningsretlige princip inddraget i en udbudsretlig vurdering.

Der kan også argumenteres for, at fordi UL § 159, stk. 5 er udtryk for en kodificering af gældende EU-praksis på området, så skal klagenævnet forholde sig til et forvaltningsretligt princip, hvis det fremgår i en afgørelse fra EU-Domstolen.³⁵¹ Spørgsmålet her er, om man generelt kan sige, at UL § 159, stk. 5 er en kodificering af alt EU-praksis omhandlende ordregivers mulighed for at berigtige oplysninger og/eller dokumentation, eller om UL § 159, stk. 5 blot er en kodificering af en meget lille mængde af EU-praksis som *Manova-sagen* og *Slovensko-sagen*.

³⁴⁹ T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen*, d. 10. december 2009.

³⁵⁰ Eksempelvis i T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen*, d. 10. december 2009, hvor princippet om god forvaltningskik blev lagt til grund for afgørelsen.

³⁵¹ Lovforslag nr. L 164, UL § 159, stk. 5, s. 176.

En fordel ved, at Klagenævnet for Udbud inddragede forvaltningsret i sine afgørelser, kan være, at klagenævnet får mulighed for at belyse sagen i et bredere perspektiv. Det kan særligt være en fordel, fordi forvaltningsretten har stor indflydelse på udbudsretten. Derfor kan en udbudsretlig problemstilling i nogen situationer ikke fuldt ud afgøres i henhold til udbudsretten uden inddragelse af relevante elementer fra forvaltningsretten. Omvendt kan der argumenteres for, at Klagenævnet for Udbud vil risikere at blive mindre specialiseret og effektivt, hvis dets kompetencegrundlag udvides.³⁵² Der kan i forlængelse heraf argumenteres for, at Klagenævnet for Udbuds rolle i så fald vil begynde at udvikle sig fra et klagenævn og hen imod domstolene. Det vil ud fra et retssikkerhedsperspektiv være uhensigtsmæssigt.

Det vil være interessant at undersøge, om Klagenævnet for Udbud i nogen tilfælde rent faktisk har inddraget relevante forvaltningsretlige principper fremført i EU-retspraksis. I forlængelse heraf vil det være særligt interessant at undersøge, om Klagenævnet for Udbud på baggrund af retspraksis fra EU-Domstolen i højere grad bør inddrage forvaltningsretlige principper, som eksempelvis princippet om saglig økonomisk forvaltning i sine kendelser. Endvidere vil det være oplagt at undersøge om det vil kræve en lovændring af klagenævnets anvendelsesområde, hvis forvaltningsretlige principper i højere grad skal inddrages i afgørelser, og om det i givet fald vil være hensigtsmæssigt?³⁵³

³⁵² Steen Treumer, Kapitel 1: Om retskilderne, ”sødsuppeagtig” udbudsret og hovsa-lovgivning i Steen Treumer, et al, *Udbudsretten*, 1. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing, 2019., s. 25. Formålet med oprettelsen af Klagenævnet for Udbud er at sikre ”hurtig og effektiv håndhævelse i Danmark”.

³⁵³ Anvendelsesområdet for Klagenævnet for Udbud, fremgår af § 1 i lov om Klagenævnet for Udbud.

Kildeliste

Retsforskrifter

Traktater

- Traktaten om Den Europæiske Union.
- Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde.

Direktiver

- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF (Forsvars- og sikkerhedsdirektivet).
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (koncessionsdirektivet).
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, (udbudsdirektivet).
- 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 (forsyningsvirksomhedsdirektivet).

Love

- Lov nr. 1564 af den 15. december 2015 (udbudsloven).
- Lov nr. 593 af den 2. juni 2016 (Lov om Klagenævnet for Udbud).

Lovforarbejder

- Lovforslag nr. L 164 fremsat d. 18. marts 2015 af erhvervs- og vækstminister Henrik Sass Larsen.

Historisk ret

- 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 (Historisk).
- Bekendtgørelse nr. 712 af d. 15 juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelser og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Historisk).

Retspraksis

Den Europæiske Unions Domstol

- C-6/64, *Flaminio Costa mod ENEL*, d. 15 juli 1964.
- C-21/03, *Fabricom mod Belgien*, d. 3. marts 2005.
- C-496/99, *Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta SpA*, d. 29. april 2004.
- C-599/10, *SAG ELV Slovensko m. fl.*, d. 29. marts 2012.
- C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, d. 10. oktober 2013.
- C-561/12, *Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium*, d. 5. december 2013.
- C-42/13, *Cartier Dell 'Adda SpA mod CEM Ambiente SpA*, d. 6. november 2014.
- C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze mod Data Medical Service Srl*, d. 18 december 2014.
- C-324/14, *Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta*, d. 7 april 2016.
- C-27/15, *Pippo Pizzo mod CRGT srl*, d. 2. Juni 2016.
- C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie*, d. 4. maj 2017.
- C-131/16, *Archus sp. z o.o og Gama Jacek Lipik mod Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A*, d. 11. maj 2017.
- C-309/18, *Lavorgna Srl mod Comune di Montelanico m. fl.*, d. 2. maj 2019.
- T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen*, d. 10. december 2009.
- T-40/12, *European Dynamics Luxembourg SA m. fl. mod Den Europæiske Politienhed*, d. 19. november 2014.

- T-652/14, *Steelcase, SA v European Union Intellectual Property Office*, d. 28. juni 2016.

Danske domstole

- U.1998.800H
- U.2014.975V

Klagenævnet for Udbud

- KLFU 2009-03-10, *Munkebjerg Hotel A/S mod Økonomistyrelsen.*
- KLFU 2009-04-03, *Smith & Nephew A/S mod Region Nordjylland.*
- KLFU 2010-03-10, *Manova A/S mod Undervisningsministeriet.*
- KLFU 2010-04-06, *Triona AB mod Vejdirektoratet.*
- KLFU 2010-06-04, *Triona AB mod Vejdirektoratet.*
- KLFU 2011-12-05, *Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland.*
- KLFU 2013-10-30, *European Dynamics Luxembourg SA mod SKAT.*
- KLFU 2014-10-31, *Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. mod Vejdirektoratet.*
- KLFU 2015-02-05, *Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark.*
- KLFU 2017-02-07, *Tangshøj Idrætscenter mod Lemvig Kommune.*
- KLFU 2017-02-10, *Oluf Brønnum & Co A/S mod KomUdbud v/Vejle Kommune.*
- KLFU 2017-03-30, *Euro Therm A/S mod Hinnerup Fjernvarme A.M.B.A*
- KLFU 2017-06-19, *LH Gulve A/S mod Region Midtjylland.*
- KLFU 2017-08-07, *Danske færges mod Transportministeriet*
- KLFU 2017-08-08, *Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland.*
- KLFU 2017-09-29, *CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILES, S .A. CAF mod Odense Letbane P/S.*
- KLFU 2017-10-03, *Oluf Brønnum og Co. A/S mod Københavns Kommune.*
- KLFU 2017-11-21, *H. Nielsen & Søn A/S mod Region Sjælland.*
- KLFU 2017-12-06, *Imatis A/S mod Region Hovedstaden.*
- KLFU 2017-12-13, *IP-Only QBrick ApS mod Folketinget.*
- KLFU 2018-04-10, *Sea Enviroment ApS mod Forsvarsministeriet.*

- KLFU 2018-04-22, *Lattanzio Advisory S.p.A. m.fl. mod Udenrigsministeriet.*
- KLFU 2018-06-27, *Abena A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbscentral A/S.*
- KLFU 2018-08-27, *Saab Dynamics AB mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse.*
- KLFU 2018-09-12, *Selex ES Inc. mod Forsvarsministeriets Materiel- og indkøbsstyrelse (FMI).*
- KLFU 2019-01-22, *G4S Security Services A/S mod Post Danmark A/S.*
- KLFU 2019-02-06, *Brande Buslinier ApS mod Midttrafik.*
- KLFU 2019-05-15, *Salini Impregilo S.p.A mod Metroselskabet I/S.*
- KLFU 2019-09-25, *E-boks A/S mod Digitaliseringsstyrelsen.*
- KLFU 2019-12-23, *KN Rengøring I/S mod Rudersdahl Kommune.*
- KLFU 2020-04-29, *EkspONENT ApS mod Gentofte Kommune.*
- KLFU 2020-07-02, *Ørslev Service Trafik A/S mod Høje Taastrup Kommune.*
- KLFU 2020-09-30, *Coromatic mod Region Nordjylland.*
- KLFU 2020-10-20, *Rohde & Schwarz Danmark A/S mod Forsvarets Materiel og indkøbsstyrelse (FMI).*

Litteratur

Bøger

- Bugge Thorbjørn Daniel, Carina Risvig Hamer, kapitel 5: Juridisk metode når EU-retten er i spil i Carina Risvig Hamer, Sten Schaumburg-Müller, *Juraens verden*, udgave 1, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2020.
- Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2016.
- Carina Risvig Hamer, kapitel 10: Requesting additional information – increase of flexibility and competition? i Grith Skovgaard Ølykke og Albert Sanchez-Graells, *Reformation or deformation of the EU Public Procurement Rules*, 1. udgave, 1. oplag, Edward Elgar Publishing, 2016.
- Grith Skovgaard Ølykke, Morten Quist Fog, Kapitel 9: Med pisk og gulerod – reglerne om udelukkelse og self-cleaning i Steen Treumer, et al, *Udbudsloven*, 1. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing
- Grith Skovgaard Ølykke og Ruth Nielsen, *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, 2. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2017.

- Jens Garde og Karsten Revsbech, Kapitel 4: Saglige krav i Karsten Revsbech, et al, *Forvaltningsret almindelige emner*, 6. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomernes forlag, 2016
- Jesper Fabricius, kapitel 2: udbudsretlige principper i Steen Treumer, et al, *Udbudsretten*, 1. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing, 2019.
- Jesper Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis*, 4. udgave, 1. oplag, Karnov Group, 2017
- Karsten Engsig Sørensen, Poul Runge Nielsen, Jens Hartig Danielsen, *Uddrag af EU-retten*, 6. udgave, 2., 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2014.
- Kristian Hartlev, David Klæsøe-Lund og Christian Clausen, kapitel 4: Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog i Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomernes forlag, 2016.
- Morten Kroon og Christian Clausen, Kapitel 18: aktindsigt og udbudsprocessret i Karsten Hagel-Sørensen, *Aktuel udbudsret II*, 1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomernes forlag, 2016.
- Peter Blume, Kapitel 1: Juridisk metode og argumentation i Thomas Riis og Jan Trzaskowski, *Skriftelig Jura – den juridiske fremstilling*, Ex Tuto Publishing, 2013, S. 34-35
- Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, 2. udgave, 2. oplag, Jurist- og økonomiforbundets forlag, 2014
- Ruth Nielsen, Kapitel 12: Ph.d.-afhandlingen og disputatsen i Thomas Riis & Jan Trzaskowski, *Skriftlig Jura – den juridiske fremstilling*, Ex Tuto Publishing, 2013.
- Steen Treumer, Kapitel 1: Om retskilderne, ”sødsuppeagtig” udbudsret og hovsa-lovgivning i Steen Treumer, et al, *Udbudsretten*, 1. udgave, 1. oplag, Ex Tuto Publishing, 2019.
- Steen Treumer, *Ligebehandlingsprincippet i EU’s udbudsregler*, 1. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2000.

Artikler

- Carina Risvig Hamer og Rasmus Horskjær Nielsen, *Er lov bemærkningerne til udbudsloven til at stole på?*, U.2020B.114, 2020.
- Rass Holdgaard og Anni Noes Westergaard, *EU-domstolen korrigerer Klagenævnet for Udbud*, Advokaten, d. 1. januar 2014.

Vejledninger, rapporter og andet

- Erhvervs- og Vækstministeriet, Besvarelse af spørgsmål 12 til L 153 stillet af Erhvervs-, Vækst-, og Eksportudvalget den 20. marts efter ønske af Kim Anderssen (V), 12. april 2013.
- Karnov Group, note 700 til udbudsloven i Karnovs Lovsamling.
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Status for offentlig konkurrence 2019*, 2019.
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Udbudsloven – vejledning om udbudsreglerne*.
- Økonomistyrelsen, *Knæk en statslig årsrapport*, 2006.