

# Udbudsretlig undersøgelses- og handlepligt

---

*Michael Håhr Larsen, Syddansk Universitet, 2015*

Forfatter: Michael Håhr Larsen

CPR: -

Sider: 80 (inkl. forside)

Afleveringsdato: 1. juni 2015

Vejleder: Carina Risvig Hamer

Engelsk titel: The duty to investigate and act in public procurement

## Tro og love erklæring

Det erklæres herved på tro og love, at undertegnede egenhændigt og selvstændigt har udformet denne rapport. Alle citater i teksten er markeret som sådanne, og rapporten eller væsentlige dele af den har ikke tidligere været fremlagt i anden bedømmelsessammenhæng.

---

Michael Håhr Larsen, 17. maj 2015

## English abstract

The main objective of this thesis is to establish to what extent a procuring entity is obliged to investigate and, possibly, act upon information obtained in the tendering process. The thesis looks at situations where there is only one procuring entity and only contracts to be carried out in Denmark. The conclusions of the thesis should however be analogously useable throughout the EU.

Through an analysis of available case law from the Danish complaints board handling complaints in the area of public procurement, Klagenævn for Udbud, and from the EU Court of Justice and the Court of First Instance, the thesis aims to prove whether the contracting entity befalls a duty to act and investigate under the principles of transparency and equal treatment.

The analysis shows that the complaints board and EU Courts agree that the duties can, in fact, become such, and that when the duties are established that the contracting entity must actually preform an estimation of whether the tenderer is in conformity with the tender documents. This duty to investigate and act must be preformed even if this may seem to exclude tenderers under clauses that could be in, some, contradiction to the above-mentioned principles.

The thesis concludes that the contracting entity must observe its duty to evaluate the tenders, and that the failure to do so could result in the award decision being cancelled and the tender awarded compensation under the rules of expectation damages.

Furthermore the thesis concludes that the above-mentioned principles have a two-way protection as its goal, so that the contracting entity may have a duty to dismiss abnormally low tenders under a perspective of protection towards the tenderer. Based on case law the thesis concludes that the protection towards the tenderer must overweigh the interest of financially sound public management, so that the contracting entity doesn't take advantage of a tenderers failure to understand the consequences and scope of the contract.

## Indholdsfortegnelse

<b>Tro og love erklæring</b>	<b>I</b>
<b>English abstract</b>	<b>II</b>
<b>1 Indledning</b>	<b>1</b>
1.1 <i>Problemformulering</i>	2
1.1.1 <i>Afgrænsning</i>	2
1.2 <i>Definitioner</i>	3
1.3 <i>Metode</i>	6
1.3.1 <i>EU-retligt grundlag</i>	9
1.4 <i>Afhandlingens opbygning</i>	12
<b>2 Undersøgelsespligt</b>	<b>14</b>
2.1 <i>Tærskelværdier og værdiansættelse af kontrakter</i>	14
2.2 <i>Indkøbscentraler</i>	15
2.3 <i>Tekniske specifikationer og mindstekrav</i>	15
2.4 <i>Udelukkelse</i>	16
2.5 <i>Unormalt lave tilbud</i>	19
<b>3 Handlepligt</b>	<b>21</b>
3.1.1 <i>Fejl og mangler</i>	21
3.1.2 <i>Tærskelværdier og værdiansættelse af kontrakter</i>	22
3.1.3 <i>Indkøbscentraler</i>	23
3.1.4 <i>Udelukkelse</i>	24
3.1.5 <i>Unormalt lave tilbud</i>	24
<b>4 Pligterne i praksis</b>	<b>25</b>
4.1 <i>Pligternes udtryk i klagenævnspraksis</i>	25
4.1.1 <i>Klagenævn for Udbud, Kendelse af 21. juli 2011</i>	26
4.1.2 <i>Klagenævn for Udbud, Kendelse af 14. januar 2013</i>	28
4.1.3 <i>Klagenævn for Udbud, Kendelse af 4. marts 2013</i>	29
4.1.4 <i>Klagenævn for Udbud, Kendelse af 30. september 2014</i>	31
4.2 <i>Pligternes udtryk i domstolspraksis</i>	34
4.2.1 <i>EU-Domstolen, Afgørelse af 27. november 2001 (C-285/99)</i>	34
4.2.2 <i>Retten, Afgørelse af 6. juli 2005 (T-148/04)</i>	37
4.2.3 <i>EU-Domstolen, Afgørelse af 29. marts 2012 (C-599/10)</i>	40
4.3 <i>Domstolspraksis kontra klagenævnspraksis</i>	42
4.4 <i>Delkonklusion</i>	43
<b>5 Håndhævelse i praksis</b>	<b>45</b>
<b>6 Perspektivering og diskussion</b>	<b>47</b>
6.1 <i>Fremtidige ændringer – Den nye udbudslov</i>	47
6.1.1 <i>Kontraktværdi</i>	48
6.1.2 <i>Indkøbscentraler</i>	48
6.1.3 <i>Obligatorisk udelukkelse</i>	49
6.1.4 <i>Unormalt lave tilbud</i>	51
6.1.5 <i>Verificering af oplysninger</i>	53
6.1.6 <i>Delkonklusion</i>	54
6.2 <i>Undersøgelses- og handlepligt efter residuallovgivning</i>	56
6.3 <i>Undersøgelses- og handlepligt i perspektiv</i>	58
6.3.1 <i>Ligebehandlingsprincippet og undersøgelsespligt?</i>	61
6.3.2 <i>Ligebehandlingsprincippet og handlepligt?</i>	63

6.3.3 Gennemsigtighed og undersøgelsespligt?	65
6.3.4 Gennemsigtighed og handlepligt?	67
6.3.5 Gennemsigtighed og ligebehandling?	70
<b>7 Konklusion</b>	<b>71</b>
<b>8 Litteratur- og kildeliste</b>	<b>74</b>

## 1 Indledning

Inden for det som ofte kollektivt betegnes som "det offentlige" sendes et stigende antal kontrakter i udbud. Værdien af disse udbud udgør ca. kr. 300 mia. pr. år<sup>1</sup> hvilket svarer til ca. 17% af det samlede bruttonationalprodukt i 2013<sup>2</sup>. Der er således tale om både store enkeltstående projekter og mindre mere trivielle indkøb. Både Kommuner, Regioner, Staten og offentlige institutioner kan, og under visse forudsætninger skal, sende kontrakter i udbud. De nærmere regler om hvornår en kontrakt, der er omfattet af udbudsreglerne, skal sendes i udbud er således sjældent et diskussionsemne, da dette reguleres af centralt fastsatte tærskelværdier der jævnligt reguleres. Hvorvidt en kontrakt så faktisk er omfattet af udbudsreglerne, kan lede til særskilt diskussion, da dette, til tider, kan være svært at gennemskue.<sup>3</sup> Formålet med Udbudsdirektivet er, ligesom megen anden EU-lovgivning, at sikre ligebehandling og gennemsigtighed. For netop at overholde disse grundprincipper tillægges ordregiver i visse tilfælde en vis undersøgelses- og/eller handlepligt.

Det generelle udgangspunkt om ligebehandling og gennemsigtighed gør at en tilsidesættelse af førnævnte pligter kan medføre problemer for ordregiver. Udfordringerne og faldgrupperne for ordregiver er mange, men nogle er mere håndterbare end andre. Udfordringer for ordregiver opstår f.eks. i det tilfælde hvor en undersøgelsespligt implicit opstår som følge af situationen eller som følge af processen. Ordregiver er, i en sådan situation, den der er nærmest til at påkalde sig denne undersøgelses- eller handlepligt - med det ressourceforbrug der ligger heri. Det er således også en nærliggende tanke at ordregivere - fra tid til anden - undlader at udføre alle de nødvendige undersøgelser eller handlinger, for netop at spare på ressourcerne. En sådan omgang med reglerne er til skade for alle aktører - både i det specifikke udbud og i den berørte branche generelt.

---

<sup>1</sup> Erhvervs- og Vækstministeriets pressemeddelelse af 5. december 2014: "Nyt lovforslag skal bidrage til mere effektive offentlige indkøb"

<sup>2</sup> BNP fra 2013 efter hovedrevision, hentet fra dst.dk

<sup>3</sup> Se f.eks. Hamer i "Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive", 2012

Ordregivers pligter inden for udbudsretten fastlægges af flere forskellige regelsæt der varierer alt efter ordrens størrelse og genstand. Det kan således også virke omfattende og, nogle gange, bureaukratisk at skulle gennemføre udbudsprocessen. Det er dog vigtigt, som ordregiver, at holde sig for øje at reglerne om udbudsprocedurerne tjener flere formål. Dels har reglerne til formål at beskytte tilbudsgiverne mod forskelsbehandling og forfordeling, men regler har absolut også til formål at beskytte ordregiver mod uhensigtsmæssigheder i markedet, f.eks. i form af karteldannelser.

For at værne om processen generelt, og dermed yde beskyttelse til både ordre- og tilbudsgiver, tillægges ordregiver således, i visse nærmere definerede tilfælde, en undersøgelses- og handlepligt.

### 1.1 Problemformulering

Som nævnt ovenfor ifalder ordregiver, under visse nærmere forudsætninger, en undersøgelses- og/eller handlepligt. Således er formålet med denne afhandling at tage fat i disse nærmere omstændigheder, for at klarlægge hvornår en sådan undersøgelses- og/eller handlepligt ifaldes – og, efter hvilke regler.

Afhandlingens problemformulering kan således opstilles som følgende spørgsmål:

*Under hvilke forudsætninger ifalder en ordregiver henholdsvis undersøgelses- og handlepligt og hvilke konsekvenser har tilsidesættelse af en ifaldet undersøgelses- og/eller handlepligt i praksis for ordregiver?*

#### 1.1.1 Afgrænsning

Som nævnt vil afhandlingen have hovedfokus på to delspørgsmål. Først vil forudsætningerne for ifald af undersøgelses- og handlepligt blive behandlet, hvorefter konsekvenserne af en tilsidesættelse af førnævnte pligter blive belyst.

Af omfangsmæssige årsager afgrænses behandlingen af de førnævnte problemstillinger, således at disse alene behandles for udbud og ordregivere der er

fuldt omfattet af udbudsdirektivet. Problemstillingerne behandles således, f.eks., ikke for de situationer, hvor der er tale om ordrer alene omfattet af Udbudsdirektivets Bilag II B<sup>4</sup> eller ordrer der ligger under tærskelværdierne. Ydermere behandles ej heller situationer der falder under Forsyningsdirektivets eller direktivet om udbud på forsvars- og sikkerhedsområdets<sup>5</sup> område.

Ud over ovennævnte begrænses afhandlingen til alene at beskæftige sig med de situationer, hvor der er tale om én ordregivende myndighed og én eller flere tilbudsgivere, hvor ingen af disse selv er ordregivende myndigheder. Afgrænsningen til én ordregivende myndighed må begrundes med den afledte usikkerhed der ligger i en aftalt arbejdsfordeling mellem flere ordregivende myndigheder.

Yderligere vil afhandlingen alene behandle problemstillingerne i det omfang at der er tale om en dansk ordregivende myndighed der søger en ydelse opfyldt på dansk territorium. Det er således uden for afhandlingens område, hvis en dansk ordregivende myndighed sender en aftale om udførelse af arbejde på fremmed grund i udbud.

Afhandlingen vil forsøge at afdække eventuelle ændringer der affødes af den nye udbudslov, for så vidt angår undersøgelses- og handlepligt. Det er her vigtigt at fremhæve at der alene er tale om et lovforslag og at behandlingens konklusioner naturligvis alene må antages at være valide, i det omfang at udbudsloven vedtages, som fremsat.

## 1.2 Definitioner

Dette afsnit fokuserer på at definere de, i afhandlingen, gennemgående termer for at undgå misforståelser. I afhandlingen er der, visse steder, anvendt en definition der enten er udvidet eller indskrænket i forhold til normen.

---

<sup>4</sup> Offentlige indkøb – Love og regler, side 77

<sup>5</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2009-07-13 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregivers 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



### **Ordregivende myndighed**

I afhandlingen skal den ordregivende myndighed globalt forstås som den myndighed for hvem udbudsreglerne i den pågældende situation finder anvendelse. Der er således den aftalepart der er ansvarlig for udarbejdelsen af udbudsmateriale. For nærmere definition af hvem der er omfattet af begrebet "ordregivende myndighed" kan der med rette henvises til Fabricius' fremstilling der grundigt gennemgår hvordan begrebet endeligt skal fortolkes<sup>6</sup>.

### **Tilbudsgiver**

I denne fremstilling vil tilbudsgiver kunne defineres som "den anden aftalepart". Som nævnt ovenfor formodes tilbudsgiver, i denne afhandling, at være en selvstændigt virkende tredjemand, der ikke selv er ordregivende myndighed.

### **Handlepligt**

Ved handlepligt forstås i denne afhandling en pligt til at udføre en bestemt handling, der er affødt af det underliggende retsgrundlag. Handlepligt er således, i denne afhandling, afgrænset til at kunne defineres som en udbudsretlig handlepligt. Der menes således ikke den handlepligt som en ordregivende myndighed ifalder hvis visse ulovligheder observeres. Der tages ligeledes udgangspunkt i den handlepligt, som den ordregivende myndighed ifalder under og, til dels, efter udbudsprocessen, hvorfor der ikke tages stilling til de pligter der måtte lige forud for udbuddet.

### **Undersøgelsespligt**

I tråd med handlepligten er der, i denne afhandling, alene tale om en udbudsretlig undersøgelsespligt og således ikke en generel undersøgelsespligt. Som det dog fremgår nedenfor i "*7.2 Undersøgelses- og handlepligt efter residuallovgivningen*"

---

<sup>6</sup> Offentlige indkøb – i praksis, side 52

kan der dog være en vis korrelation imellem generel undersøgelsespligt og udbudsretlig undersøgelsespligt da førstnævnte kan afføde sidstnævnte og vice versa.

Når intet andet er nævnt må undersøgelsespligt, i nærværende afhandling, således opfattes, som "*undersøgelsespligt i forhold til indkomne tilbud eller tilbudsgivere*". Der er således også tale om en pligt der primært eksisterer under "processen"

### **Udbudsprocessen**

Når "udbudsprocessen", i afhandlingen ofte forkortet til "processen", omtales er der tale om hele processen fra før udfærdigelse af udbudsmateriale til kontrakten tildeles en tilbudsgiver. Processen går således videre end det egentlige udbudsforløb, da også den forudgående periode inkluderes. Hvorledes denne forudgående periode juridisk håndteres behandles nedenfor.

### **Det nye udbudsdirektiv/Den fremtidige udbudslov**

I afhandlingen benyttes både betegnelsen "det nye udbudsdirektiv" og "det fremtidige udbudsdirektiv". Disse to termer skal anses for at være synonyme og bruges, som det passer i den sproglige sammenhæng. Fælles er dog det bagvedliggende, hvor begge termer dækker over "*Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF*". Som titlen antyder, er der tale om et nyt udbudsdirektiv, der samtidig ophæver det eksisterende direktiv. Direktivet, som helhed, skal være implementeret senest 18. april 2016. Fra dansk side er det besluttet at det nye direktiv, i modsætning til det eksisterende, implementeres direkte i dansk lovgivning. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har, i skrivende stund, sendt et lovforslag i høring, der forventes fremsat for folketinget i foråret 2015 og forventes, jf. lovforslagets § 195, stk. 1, at træde i kraft 1. oktober 2015.

### 1.3 Metode

Denne afhandling er baseret på den retsdogmatiske metode<sup>7</sup>, som således bygger på en fortolkning af de tilstedeværende retskilder for at søge det resultat som også domstolene på det foranliggende grundlag ville nå. Metoden er oprindeligt fastlagt af Ørsted og videreudviklet af Schweigaard<sup>8</sup>. Både Ørsted og Schweigaard karakteriseres som pragmatikere<sup>9</sup>, hvilket underbygger den pragmatiske-analytisk tilgang til fastlæggelsen af gældende ret.

Med udgangspunkt i ovennævnte er der således til belysning af problemstillingen naturligt blive benyttet både forskellige retskilder og fortolknings- og forskningsbidrag til disse retskilder. Af centrale retskilder til afhandlingen bør således nævnes EU's udbudsdirektiv samt den danske implementering heraf i Bekendtgørelse 2011-06-15 nr. 712. Dertil kommer også i særdeleshed reglerne i Lov om håndhævelse af udbudsreglerne<sup>10</sup> der i §§ 5-24 nærmere regulerer klageadgang og sanktionsmuligheder.

Ud over førnævnte vil også det "nye" udbudsdirektiv blive inddraget i det omfang at det findes relevant for problemstillingens belysning. På trods af at direktivet endnu ikke er implementeret i dansk ret, må dette, jf. ovenstående, forventes at ske inden for ganske kort tid. Således er det relevant at inddrage den nye udbudslov, og denne underliggende direktiv, for at kunne belyse hvorvidt afhandlingens konklusioner også er gældende fremadrettet.

Afhandlingen vil, hvor det findes nødvendigt, inddrage retspolitikken til udfyldning af de områder hvor der ikke kan drages endelige konklusioner på baggrund af gældende ret. I modsætning til Preben Stuer Lauridsen<sup>11</sup>, og i lighed med Alf Ross<sup>12</sup>, mener jeg at retspolitik og retsdogmatik, som udgangspunkt, bør holdes

---

<sup>7</sup> Juridisk Metodelære, side 150

<sup>8</sup> Retsfilosofi, Retsvidenskab & Retskildelære, side 212

<sup>9</sup> Nordisk retspragmatisme, s. 275

<sup>10</sup> Lov 2010-05-12 nr. 492

<sup>11</sup> Moderne retsvidenskab, s. 207

<sup>12</sup> Retskilder og Retsteorier, s. 378

adskilt, for så vidt angår den juridiske metodelære. Dog kan der forekomme tilfælde hvor retsdogmatikken ikke alene kan frembringe en tydelig konklusion – kun i disse tilfælde vil jeg lade mig "falde tilbage" på retspolitikken til at konkludere hvordan retstilstanden, i så fald, bør være<sup>13</sup>. Sammenblandingen mellem retspolitik og retsdogmatik harmonerer, efter min overbevisning, ikke særligt godt, idet der med retsdogmatikken søges at finde en faktuel og værdineutral sammenfatning af retstilstanden. Retspolitikken er derimod mere værdiladet og er afhængig af de, på tidspunktet, politiske idealer og vinde. Således vil jeg også, i størst muligt omfang, søge ikke at forfalde til at anvende retspolitikken til fortolkning.

I behandlingen af både retsregler og retspraksis vil der, i det omfang at dette findes nødvendigt, blive inddraget faglitteratur til understøttelse og understregning af de konklusioner der må drages på baggrund heraf. Samtidig vil der blive foretaget en analyse af de konsekvenser, som det "nye" udbudsdirektiv må forventes at få på retsstillingen. Det er vigtigt her at understrege at det 'nye' udbudsdirektiv endnu ikke er implementeret i dansk ret, og at der således tages udgangspunkt i direktivets direkte ordlyd, samt det nuværende lovforslags ordlyd.

I forlængelse af behandlingen af krydsfeltet mellem regler og praksis vil der videre blive perspektiveret til andre tilstødende retsregler. Der er således tale om regler der ikke, nødvendigvis, synes direkte anvendelige på emnefeltet, men som alligevel må antages at finde anvendelse som en del af et overliggende retsområde. I tråd med ovenstående vil der ligeledes blive foretaget en perspektivering af det nye udbudsdirektiv kontra det nuværende. Således søges at afdække anvendelsen af det nye direktiv, idet dette naturligt tager udgangspunkt i den eksisterende retstilstand.

I forhold til netop forholdet mellem retsregler og retspraksis, må særligt EU-retten fremhæves, da denne, i nogen grad, adskiller sig fra den nationale. Det følger af

---

<sup>13</sup> Juridisk metodelære, s. 161

praksis fra EU-Domstolen<sup>14</sup> at EU-retten nyder forrang i forhold til den nationale lovgivning. Således skal den nationale lovgivning også forefindes i overensstemmelse med EU-retten. Dette er særligt interessant i forhold til EU-Domstolens afgørelser der ved fortolkning kan ændre forståelsen af direktiver der er grundlaget for national lovgivning, hvilket medfører at national lovgivning må bringes i overensstemmelse hermed.

Inden for udbudsretten er EU-reglerne implementeret i, bl.a., Udbudsdirektivet. I 2014 vedtog Ministerrådet et nyt direktiv der afløser det eksisterende fra 2004, hvilket medførte et lovgivningsarbejde, som mandede ud i "den nye udbudslov".

Behovet for en dansk udbudslov til implementering af udbudsdirektivet er en konsekvens af sondringen mellem vertikal og horisontal virkning inden for EU-retten. Hvor EU-forordninger har direkte virkning for borgerne<sup>15</sup> i EU både horisontalt og vertikalt har direktiver alene direkte vertikal virkning<sup>16</sup> og det der derfor nødvendigt at implementere disse i den nationale lovgivning for at indholdet opnår virkning borgerne imellem.

EU-rettens forrang bevirker således også at afgørelser fra EU retsinstanter i særlig grad bør inddrages i behandlingen af afhandlingens problemstillinger, da disse giver indsigt i hvordan EU opfatter og fortolker reglerne.

Afhandlingens behandling af de skitserede problemstillinger vil indeholde både kritiske og perspektiverende afsnit foruden de mere beskrivende og fortolkende afsnit. Videnskabens opgave er, i grove træk, at stille sig kritisk overfor den opfattede virkelighed og forsøge at reducere denne til den faktiske virkelighed. En problemstilling opstår dog her, da en kritisk tilgang til eksisterende ret nemt opfattes som værende af retspolitisk karakter. Afhandlingen vil således søge alene at anvende kritik til at diskutere de interne modsætninger der måtte eksisterende i gældende ret.

---

<sup>14</sup> Se f.eks. C-6/64 Costa mod Enel

<sup>15</sup> Grundlæggende EU-ret, side 175

<sup>16</sup> Grundlæggende EU-ret, side 178

### 1.3.1 EU-retligt grundlag

EU-retten bygger på et grundlæggende princip om forbud mod diskrimination, hvilket ses fastlagt i både generelt Traktaten<sup>17</sup> og i mere udspecificeret form i reglerne om bl.a. varernes frie bevægelighed<sup>18</sup>. Der er således tale om et helt overordnet og fasttømret princip der gennemsyrrer al underliggende EU-retlig regulering. Ligeledes må princippet ses integreret ind i national lovgivning på alle områder. Diskrimination skal forstås bredt, hvorfor Steinicke og Groesmeyer opstiller definitionen *"(...) der diskrimineres, hvor lige tilfælde behandles ulige, eller hvor ulige tilfælde behandles lige."*<sup>19</sup>. Diskriminationen kan videre opdeles i direkte og indirekte diskrimination. Den direkte diskrimination foreligger når regler distingverer mellem egne borgere og udlændinge og har forskellig virkning for disse. I den udbudsretlige kontekst ses den direkte diskrimination sjældent, om end det dog sker. Storebæltssagen er et eksempel på direkte diskrimination, idet det af udbudsmaterialet fremgik at dansk arbejdskraft var at foretrække<sup>20</sup>. Indirekte diskrimination foreligger i de tilfælde hvor regler gælder lige for både egne og udenlandske borgere, men hvor der reelt er væsentlig forskellig betydning for hhv. egne og udenlandske borgere. Der er dog ikke tale om et total forbud mod indirekte diskrimination, idet diskriminationen ikke foreligger, hvis reglerne forfølger et "lovligt formål"<sup>21</sup>.

Ligeså grundlæggende og gennemsyrende som forbuddet mod diskrimination er princippet om ligebehandling. Diskriminationsforbuddet og ligebehandlingsprincippet deler beskyttelsesaspektet, idet begge har til formål at beskytte parterne. Hvor disse dog adskiller sig er i deres anvendelse. Hvor diskriminationsforbuddet alene har til sigte at undgå diskrimination er ligebehandlingsprincippet mere omfattende idet sigtet her er mere generelt. Det er således ej heller et krav for anvendelsen af ligebehandlingsprincippet, at der nødvendigvis forekommer et grænseoverskrivende element.

---

<sup>17</sup> Traktaten, art. 12

<sup>18</sup> Traktaten, art. 28, art. 39, art. 43 mfl.

<sup>19</sup> EU's udbudsdirektiver, side 91

<sup>20</sup> C-243/89, Kommissionen mod Danmark

<sup>21</sup> Udbud af offentlige kontrakter, side 76

Ligesom ligebehandlingsprincippet og forbuddet mod diskrimination, har principperne om proportionalitet, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed ligeledes som mål at sikre samhandlen inden for den Europæiske Union.

De EU-retlige regler gælder, jf. Traktatens art. 4 (3), for alle medlemmer af den Europæiske Union. Således kan det også generelt anføres at reglerne om offentlige udbud, fundet i Udbudsdirektiverne<sup>22</sup>, ses at være bindende for alle medlemsstaterne. Det kan således også fastslås at medlemsstaternes individuelle myndigheder ligeledes er underlagt reglerne.

### **Udbudsdirektiverne**

At ovennævnte principper ligeledes finder anvendelse på det udbudsretlige område ses understreget i udbudsdirektivets præambel, pkt. 2, hvor det specifikt fremgår at *"Indgåelse af kontrakter i medlemsstaterne på vegne af staten, regionale eller lokale myndigheder og andre offentligretlige organer er underlagt traktatens principper (...)".*

Inden for udbudsretten findes en nærmere definition af det ovennævnte myndighedsprincip. Det fremgår således af Udbudsdirektivet at dette finder anvendelse for *"ordregivende myndigheder"*<sup>23</sup>. Ved en ordregivende myndighed forstås efter udbudsdirektivet således *"staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer (...)".* Hvor *"staten, regionale eller lokale myndigheder"* sjældent medfører tvivl om de omfattede enheder, er *"offentligretlige organer"* mere løs. Udbudsdirektivet indeholder derfor et definitionsparadigme i forhold til netop de *"offentligretlige organer"*. Af artikel 1 (9) pkt. a-c, fremgår det at de tre kumulative krav betingelser for betegnelse. Disse kan *"oversættes"* til at enheden skal være<sup>24</sup>:

- oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov,
- en juridisk person, og
- finansieret eller kontrolleret af en anden ordregivende myndighed

---

<sup>22</sup> Udbudsdirektivet 2004/18/EF og Forsyningsvirksomheds-direktivet 2004/17/EF

<sup>23</sup> Udbudsdirektivet art. 1 (9)

<sup>24</sup> Offentlige indkøb - i praksis, side 53

Bilag III, indeholder en ikke-udtømmende liste over danske organer der er omfattet af begrebet "offentligretlige organer". At listen ikke skal anses for at være udtømmende ses direkte af artiklens ordlyd, samt af domstolspraksis<sup>25</sup>.

Med den nu fastlagte definition af hvem omfattes af udbudsdirektiverne, kan der kigges nærmere på de generelle beskyttelseshensyn, som direktiverne synes at tage. Som nævnt ovenfor, bygger den generelle EU-ret på en et grundlag af ikke-diskrimination og ligebehandling. Inden for udbudsretten synes dette videreført og, til dels, udvidet. Inden for udbudsretten ses visse af disse beskyttelseshensyn allerede illustreret i Udbudsdirektivets præambel, pkt. 2, ved at være eksplicit nævnt.

I forhold til netop ligebehandlingsprincippet er det ved EU-domstolen fastslået udbudsdirektiverne må fortolkes i lyset heraf. I Storebæltssagen<sup>26</sup>, blev det fastslået at Danmark havde handlet i strid med det daværende bygge- og anlægsdirektiv, ved i udbudsmaterialet at have indføjet en "køb dansk-klausul", der pålagde den vindende tilbudsgiver, i videst muligt omfang, at benytte danske materialer og arbejdskraft. Ved det seneste udbudsdirektiv blev pligterne til ikke-forskelsbehandling, ligebehandling og gennemsigtighed indføjet som et krav i direktivets artikel 2.

Særligt om de såkaldte "Bilag II B tjenesteydelser", ses det, jf. Udbudsdirektivets art. 21, at alene art. 23 og art. 35, stk. 4 finder anvendelse. Uagtet dette, må det dog lægges til grund at de grundlæggende principper nævnt ovenfor også finder umiddelbar anvendelse. Dette må begrundes med at der tale om overliggende beskyttelseshensyn, i lyset af hvilket udbudsdirektivet er skrevet. I de følgende afsnit vil der derfor ej heller blive distingveret imellem "almindelige" og "Bilag II B" tjenesteydelser.

---

<sup>25</sup> C-526/11, IVD GmbH & Co. KG mod Ärztekammer Westfalen-Lippe

<sup>26</sup> C-243/89, Kommissionen mod Danmark



#### 1.4 Afhandlingens opbygning

Afhandlingen er opbygget omkring en samlet behandling af problemstillingerne skitseret ovenfor. Det er derfor også særdeles vigtigt at afhandlingens læses som et samlet hele. Afsnittene herunder er indbyrdes afhængige og kan derfor ikke stå alene.

Afhandlingen indledes med et overordnet afsnit hvis formål er at introducere læseren til problemstillingen og metoderne der er anvendt til belysning af problemstillingerne. Hovedafsnit 1 skal således ses som en generel og overordnet introduktion til analyserne i de følgende afsnit af afhandlingen.

Hovedafsnittene 2 og 3 behandler hhv. undersøgelses- og handlepligt efter det gældende retsgrundlag. Det er her vigtigt at understrege at der ikke er tale om en udtømmende behandling af undersøgelses- og handlepligt efter direktivet. Afsnittenes formål er således alene at illustrere måden hvorpå undersøgelses- og handlepligt eksisterer i direktiverne.

Hovedafsnit 4 fokuserer på pligternes anvendelse i praksis og på hvordan hhv. Klagenevnen for Udbud og EU-Domstolen ser reglerne fortolket. Afsnittes formål er at søge at afdække hvorledes ordlyden af bestemmelserne kan fortolkes og afsnittet bidrager således til den samlede behandling af problemstillingerne ved, dels, at give et indblik i hvordan de nuværende regler skal anvendes og fortolkes, men samtidig bidrager eksisterende praksis også til fortolkningen af det nye udbudsdirektiv og dermed også til fortolkningen af den nye udbudslov.

I hovedafsnit 5 gennemgås håndhævelsen af udbudsreglerne og særligt hvad konsekvenserne af tilsidesættelse af reglerne er. Afsnittet har således til formål at belyse de potentielle konsekvenser en tilsidesættelse – eller omgåelse – af pligterne måtte medføre.

Hovedafsnit 6 indeholde afhandlingens perspektivering og diskussioner. Afsnittets formål er, bl.a., at sammenholde den nuværende retstilstand med den fremtidige retstilstand, i form af den nye udbudslov. Afsnittet indeholder ligeledes en diskussion af hvordan undersøgelses- og handlepligt befinder sig i forhold til den overordnede beskyttelsestankegang inden for EU-retten.

I hovedafsnit 7 fremføres afhandlingens konklusion. Afsnittets formål er, naturligvis, at konkludere på de opstillede problemstillinger under hensyntagen til de foregående afsnits analyser.

## 2 Undersøgelsespligt

Undersøgelsespligt er blot et navn for et fænomen der gennemsyrrer hele udbudstankegangen. Således er der utallige hensyn og tanker som en ordregivende myndighed skal tage i betragtning.

Nedenstående afsnit er ikke tænkt som en fuldstændig gennemgang af alle forekomster af undersøgelsespligt, men alene tænkt som illustration af nogle af de område, på hvilke en ordregivende myndighed ifalder en undersøgelsespligt.

### 2.1 Tærskelværdier og værdiansættelse af kontrakter

Udbudsretlig undersøgelsespligt ses implementeret flere steder i udbudsdirektivet. Det første sted som man støder på dette er i forbindelse med tærskelværdierne i artikel 7. Det er den her den ordregivende myndigheds pligt at fastlægge værdien af den påtænkte kontrakt for at vurdere udbudsdirektivets anvendelighed. Pligten efter artikel 7 giver næppe anledning til tvivl, og der ses heller ikke umiddelbart at være sager fra hverken nationale eller EU-retlige instanser der har behandlet manglende overholdelse af artikel 7.

Selve værdiansættelsen til brug for artikel 7 er reguleret i artikel 9, hvor det fremgår at *"den anslåede værdi af en offentlig kontrakt beregnes på grundlag af det samlede beløb eksklusiv moms, som den ordregivende myndighed som anslået kan komme til at betale."*<sup>27</sup>, videre fremgår det at *"(...) [kontrakten] må ikke opdeles ned henblik på at udelukke det fra dette direktivs anvendelsesområde"*<sup>28</sup>. Begge passager har givet anledning til klager. Disse klager er behandlet nedenfor.

En hård sproglig fortolkning af artikel 9 vil medføre at kontraktsummen alene skal opgøres som det beløb den ordregivende myndighed skal betale. Hvis man nærlæser den engelske version af samme fremgår det at *"The calculation of the estimated value of a public contract shall be based on the total amount payable, net of VAT, as estimated by the contracting party."*<sup>29</sup>. En sproglig fortolkning af denne synes at betyde at opgørelse skal indeholde den totale betaling til tilbudsgiver –

---

<sup>27</sup> Udbudsdirektivets art. 9 (1)

<sup>28</sup> Udbudsdirektivets art. 9 (3)

<sup>29</sup> European Public Procurement Law, side 31

uagtet om det er den ordregivende myndighed der skal betale. Ligeledes ses den tyske udgave af samme at *"Grundlage für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes ist der Gesamtwert ohne MwSt, der vom öffentlichen Auftraggeber voraussichtlich zu zahlen ist"*<sup>30</sup>, hvor en sproglig fortolkning igen synes at vise at der er tale om det totale beløb, som tilbudsgiver måtte modtage der skal opgøres, uagtet om betaling kommer fra ordregiver eller fra tredjemand. Steinicke og Groesmeyer skriver om dette *"er der tale om anskaffelse af en ydelse, som ordregiveren stiller til rådighed for offentligheden mod en (delvis) brugerbetaling, der sker direkte til kontraktparten, vil værdien af brugerbetalingen således skulle medregnes."*<sup>31</sup>.

## 2.2 Indkøbscentraler

Artikel 11, regulerer indkøb gennem indkøbscentraler. I stk. 2 fastlægger at den ordregivende myndighed anses for at have handlet i overensstemmelse med udbudsreglerne *"forudsat at indkøbscentralen har overholdt dette"*<sup>32</sup>. Artiklens ordlyd kunne efterlade læseren med en følelse af at den ordregivende myndighed ifalder en undersøgelsespligt, i forhold til indkøbscentralens overholdelse. I det tilfælde hvor indkøbscentralen har indgået rammeaftalen i strid med udbudsreglerne, vil den ordregivende myndighed der benytter sig af rammeaftalen utvivlsomt også have overtrådt udbudsreglerne. Udgangspunktet må dog, i en sådan situation, være at den ordregivende myndighed ikke ifalder et erstatningsansvar – med mindre denne har handlet forsætligt ved anvendelsen af rammeaftalen.

## 2.3 Tekniske specifikationer og mindstekrav

Artikel 23 regulerer de tekniske specifikationer, som den ordregivende myndighed skal inkludere i sit udbudsmateriale. Mest interessant for denne afhandling er bestemmelsens stk. 5, der regulerer tilbudsgiverens godtgørelse af at det tilbudte opfylder de stillede funktionskrav. Bestemmelsens stk. 4 er sammenlignelig for så

---

<sup>30</sup> Richtlinie 2004/18/EG des europäischen parlaments und des rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, artikel 9 (1)

<sup>31</sup> EU's udbudsdirektiver, side 553

<sup>32</sup> Udbudsdirektivet, art. 11 (2)

vidt angår processen, men den relaterer sig til tekniske standarder frem for funktionskrav.

Det særlige ved bestemmelsen er at det er op til tilbudsgiver at "godtgøre" at det tilbudte opfylder det krævede. Det fremgår således af stk. 5, andet afsnit *"Tilbudsgiver skal i sit tilbud på en passende måde godtgøre til den ordregivende myndigheds tilfredshed, at (...) [det tilbudte] opfylder den ordregivende myndigheds krav (...)"*<sup>33</sup>. Det fremgår således ej heller af bestemmelsen at den ordregivende myndighed er pligtig til at kontrollere informationerne, leveret af tilbudsgiver. Den ordregivende myndighed ifalder således ikke en undersøgelsespligt, hvilket også følger af fast klagenævnsspraksis<sup>34</sup>. Samtidig følger det dog også af den faste klagenævnsspraksis, at den ordregivende myndighed alligevel kan ifalde en undersøgelsespligt, i det tilfælde hvor "det er åbenlyst" at en tilbudsgiver ikke opfylder et stillet krav. Den nærmere praksis på området gennemgås nedenfor.

## 2.4 Udelukkelse

Artikel 45, stk. 1 regulerer obligatorisk udelukkelse fra deltagelse i udbudsproceduren. Af artiklen fremgår det at *"Fra deltagelse i en udbudsprocedure udelukkes enhver ansøger eller tilbudsgiver, mod hvem der er afsagt en endelig dom, som den ordregivende myndighed har kendskab til, af en eller flere af følgende grunde:"*<sup>35</sup>, hvorefter der listes fire specifikke tilfælde.

Det fremgår videre af artiklen at *"Med henblik på anvendelsen af dette stykke anmoder de ordregivende myndigheder, hvis det er relevant, ansøgerne eller tilbudsgiverne om at fremsende den i stk. 3 nævnte dokumentation"*. I stk. 3 listes de former for dokumentation der kan anvendes til godtgøre at deltageren/tilbudsgiveren ikke er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde. Et interessant spørgsmål opstår derefter i den situation, hvor ordregiveren bliver opmærksom på at deltageren/tilbudsgiveren ikke længere ikke er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde. Fra den virkelige verden kan her nævnes den pt. verserende kartelsag hvor SØIK, i samarbejde med

---

<sup>33</sup> Udbudsdirektivet, art. 23, stk. 5, andet afsnit

<sup>34</sup> Se f.eks. Klagenævn for Udbud, Kendelse af 4. marts 2013, HUMUS-Genplast mod Sorø Kommune, side 21

<sup>35</sup> Udbudsdirektivet, art. 45, stk. 1

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen, har sigtet 25 virksomheder, i det der samlet går under navnet "Kartelsagen"<sup>36</sup>. De virksomheder der vedtager det fremsendte administrative bødeforlæg kan risikere at falde for den obligatoriske udelukkelse i artikel 45, stk. 1. I stk. 1 henvises der til 98/773/RIA, i hvilken det fremgår af artikel 1 at "*ved en kriminel organisation [forstås] en struktureret sammenslutning af længere varighed af mere end to personer, som handler efter fælles aftale med henblik på at begå strafbare handlinger, som kan medføre frihedsstraf eller sikkerhedsforvaring med en strafferamme på mindst fire år eller mere, og når de nævnte strafbare handlinger er et mål i sig selv eller et middel til at opnå formuemæssige fordele (...)*"<sup>37</sup>. Når dette kombineres med straffelovens § 299c, der fastsætter en strafferamme på op til 6 år i og det faktum at mere end to virksomheder har accepteret det administrative bødeforlæg, virker det nærliggende at de pågældende virksomheder herefter er at anse for omfattet af den obligatoriske udelukkelsesgrund.

For endeligt at konkludere hvorvidt dette er tilfældet må der ske en mere grundlæggende analyse af straffelovens § 299c, da det dels skal fastlægges om der i de nærværende sager er tale om "særligt skærpende omstændigheder" og dels om overtrædelsen er omfattet af den strafbelagte handling i konkurrencelovens § 23, stk. 3. Det fremgår af paragraffens ordlyd at den særligt skærpende omstændighed er når "*overtrædelsen har haft et betydeligt omfang eller har været egnet til at medføre betydelig skade*"<sup>38</sup>. I de nærværende kartelsager, er der tale om forhold der er forgået i en periode på over 2 år og samtidig er der tale om store byggeprojekter. Det må således lægges til grund at forudsætningerne i § 23, stk. 3 er opfyldt. Problemet i dansk ret er herefter dog at juridiske personer ikke kan idømmes fængselsstraf, jf. straffelovens § 25.

Diskussionen opstår således i krydsfeltet mellem virksomhed og ledelse af denne. Hvis direktør Y hos virksomhed X bliver dømt for at indgået i et kartel efter straffelovens § 299c, betyder dette så at virksomhed X, som helhed befinder sig under den obligatoriske udelukkelsesgrund? Af artikel 45, stk. 1, 4. afsnit fremgår

---

<sup>36</sup> Pressemeddelelse, 6. oktober 2014, Konkurrence- og forbrugerstyrelsen

<sup>37</sup> 98/773/RIA, art. 1

<sup>38</sup> Straffelovens § 299c

det at *"Afhængigt af den nationale lovgivning i den medlemsstat, hvor ansøgerne eller tilbudsgiverne er etableret, vedrører sådanne anmodninger juridiske personer og/eller fysiske personer, herunder eventuelt virksomhedsledere (...)".* I mindst én af de verserende sager i "Kartelsagen", har "en ledende medarbejder"<sup>39</sup> modtaget en bøde for sin rolle i sagen, og hvis der anlægges en antagelse om at bøden er udstedt efter Konkurrencelovens § 23, stk. 3, kan det have den konsekvens at virksomheden vil kunne udelukkes efter artikel 45, stk. 1. Til støtte for teorien om at en ledende medarbejders straffeattest kan have indflydelse herpå, kan nævnes Poulsen, Jakobsen og Kalsmose-Hjelmborg, som skriver at *"Ordregiverne er formegentlig også forpligtede til at udelukke en økonomiske aktører, hvis personer i den økonomiske aktørs ledelse er dømt for et af de nævnte forhold"*<sup>40</sup>.

Yderligere opstår diskussionen, i forhold til artikel 45, stk. 1, om hvornår en egentlig undersøgelsespligt for den ordregivende myndighed ifaldes. Det fremgår af bestemmelsens ordlyd at dokumentation efter stk. 3 skal fremsendes *"hvis det er relevant"*. Denne relevansbestemmelse diskuteres af Arrowsmith. Arrowsmith fremhæver at *"To require actual evidence of convictions from every provider for every contract would be disproportionately burdensome (...)"*<sup>41</sup>, samtidig fremhæver hun dog også at *"on the other hand, its arguably necessary at least to ask providers to confirm that they do not have relevant convictions, and to exclude those who do not confirm this"*<sup>42</sup>. Poulsen, Jakobsen og Kalsmose-Hjelmborg synes at tilslutte sig Arrowsmith' synspunkt ved at skrive *"Ordregiveren vil dog typisk i et udbud forlange dokumentation som muliggjort ved artikel 45, stk. 1, fjerde afsnit, jf. stk. 3 (...)"*<sup>43</sup>.

Jeg stiller mig imod både Arrowsmith' og Poulsen, Jakobsen og Kalsmose-Hjelmborgs argumenter. Ved en ordlydsfortolkning af bestemmelsen, må det fremstå som tydeligt at der en præceptiv regel. Det ville virke imod hensigten med en præceptiv regel, hvis denne kunne fraviges ved ikke at indhente behørig dokumentation. Jeg ville vælge at fortolke sætningen *"som den ordregivende*

---

<sup>39</sup> Pressemeddelelse, 3. november 2014, Konkurrence- og forbrugerstyrelsen

<sup>40</sup> EU udbudsretten, side 425

<sup>41</sup> The Law of Public and Utilities Procurement, side 1310

<sup>42</sup> The Law of Public and Utilities Procurement, side 1310

<sup>43</sup> EU udbudsretten, side 425

*myndighed har kendskab til*” udvidende således at denne reelt skal ses som *”som den ordregivende myndighed har [eller burde have] kendskab til”*, hvorved den ordregivende myndighed tillægges en undersøgelsespligt i forhold til tilbudsgiverens eller ansøgerens strafforhold. Spørgsmålet om undersøgelsespligt under artikel 45, stk. 1, skal ses i lyset af præambelen til 98/773/RIA, af hvilke det fremgår *”medlemsstaterne agter at sikre, at personer, der deltager i kriminelle organisationers virksomhed, ikke kan unddrage sig efterforskning og retsforfølgning i forbindelse med strafbare handlinger, som er omfattet af denne fælles aktion.”*, hvorved det ville virke absolut modrationelt, hvis det er muligt for en ordregivende myndighed at omgå formålet med bestemmelsen ved at undlade at lade sig informere om eventuelle strafforhold.

## 2.5 Unormalt lave tilbud

Artikel 55 regulerer den situation, hvor et modtaget tilbud *”forekommer unormalt lave i forhold til ydelsen”*<sup>44</sup>. Formålet med bestemmelsen er et dobbeltsidet beskyttelseshensyn, hvor der dels tages hensyn til beskyttelsen af ordregiver mod tilbud der er unormalt lave, med lavere kvalitet eller højere omkostninger til følge, og dels for at beskytte tilbudsgiveren imod en afvisning af et tilbud, der på overfladen synes unormalt lavt, men som viser sig at være velbegrundet, med f.eks. ny teknologi eller lignende. Artiklen indeholder således også en ikke-udtømmende liste over argumenter for tilbuddets, tilsyneladende, unormalt lave pris. I artikel 55, stk. 2 fremgår det direkte at *”Den ordregivende myndighed undersøger, efter at have konsulteret tilbudsgiveren, tilbuddets sammensætning under hensyntagen til de begrundelser, der er givet.”*<sup>45</sup>. Der er således ingen tvivl om at den ordregivende myndighed under visse forudsætninger ifalder en undersøgelsespligt.

Fabricius, fremfører et argument for at den ordregivende myndighed alene har en ret, men ikke en pligt til at undersøge en, tilsyneladende, unormalt lav pris<sup>46</sup>. Steinicke og Groesmeyer deler ikke denne opfattelse, idet de fremfører at *”Der kan dog være tilfælde, hvor ligebehandlingen af tilbudsgiverne medfører, at en ordregiver*

---

<sup>44</sup> Udbudsdirektivet, art. 55, stk. 1

<sup>45</sup> Udbudsdirektivet, art. 55, stk. 2

<sup>46</sup> Offentlige indkøb – i praksis, side 535



*formegentlig er forpligtet til at afvise tilbud der er unormalt lave*<sup>47</sup>. Jeg deler Steinicke og Groesmeyers synspunkt idet det igen ville virke forkert, hvis et overliggende princip om ligebehandling, kunne tilsidesættes ved en undladelse. Således må der også argumenteres for at en undersøgelsespligt ifaldes, så snart den ordregivende myndighed har en mistanke om at der er tale om et unormalt lavt bud. Begrundelsen herfor må ligge i at det ikke kan være i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, hvis et antaget unormalt lavt tilbud senere viser sig at nødvendiggøre en genforhandling af den indgåede kontrakt, hvis det viser sig at det tilbudsgiver leverer er andet end det den ordregivende myndighed havde planlagt. Som nævnt ovenfor er der tale om et dobbeltsiddet beskyttelseshensyn, hvor der også tages hensyn til det tilfælde hvor tilbudsgiver har misforstået hele, eller dele af, udbudsmaterialet, således at der opstår en diskrepans mellem det som den ordregivende myndighed har bedt om og det, som tilbudsgiver forventer at skulle levere.

Undersøgelsespligten består af to dele. Først skal den ordregivende myndighed indhente information fra tilbudsgiver. Anmodningen skal fremsættes skriftligt og skal indeholde en anmodning om de oplysninger om tilbuddets sammensætning, som den ordregivende myndighed finder nødvendige. Dernæst skal den ordregivende myndighed nærmere undersøge hvad tilbuddets tilsyneladende unormalt lave pris skyldes. Undersøgelsen kan, som udgangspunkt, ende med et af fire resultater. Første mulighed er at prisen faktisk er unormalt lav og at det ikke må formodes at være muligt at udføre de tilbudte ydelser til den tilbudte pris. Anden mulighed er at der er tale om en lavere pris der skyldes én af de i artiklen oplistede grunde, f.eks. at den pågældende tilbudsgiver er i en gunstig position til at levere netop den pågældende ydelse. Tredje mulighed foreligger i at der er tale om en unormalt lav pris grundet tilbudsgivers modtagelse af statsstøtte. Den ordregivende myndighed kan kun afvise et unormalt lavt statsstøttet tilbud, hvis tilbudsgiver ikke, inden for en tilstrækkelig frist, godtgøre at der er tale om lovlig statsstøtte. Såfremt det ikke er tilfældet og tilbuddet afvises med denne

---

<sup>47</sup> EU's udbudsdirektiver, side 1316

begrundelse, skal Kommissionen underrettes<sup>48</sup>. Den fjerde og sidste mulighed er at det viser sig at den, tilsyneladende, unormalt lave pris faktisk er den reelle pris og at den ordregivende myndighed, af en eller anden grund, indtil nu har betalt en for høj pris.

### 3 Handlepligt

Overordnet må det fremhæves at en ordregivende myndighed, som udgangspunkt, altid ifalder en handlepligt i det tilfælde hvor denne bliver opmærksom på graverende fejl under udbudsprocessen. Handlepligten består her i, om muligt, at berigtige fejlen og alternativt aflyse udbudsprocessen, rette fejlene og derefter starte forfra. Generelt har den ordregivende myndighed meget vide rammer til at aflyse et udbud og, eventuelt, lade dette gå om – uanset om der er indkommet tilbud eller ej. Domstolen udtalte i C-27/98 at *"den ordregivende myndigheds beføjelse til at undlade at tildele en kontrakt, som har været udbudt, eller til at gøre udbudsproceduren om (...) [er] ikke efter direktivet gjort betinget af, at der foreligger vægtige grunde eller undtagelsestilfælde."*<sup>49</sup>. Der er således ingen umiddelbar tvivl om at den ordregivende myndighed har en ret til at aflyse, men spørgsmålet opstår således om denne ret, under visse forudsætninger, kan afløses af en pligt.

#### 3.1.1 Fejl og mangler

Klagenævnet for Udbud bekræftede i sin kendelse af 13. januar 2004, at en sådan pligt til aflysning kan forekomme ved fejl i udbudsprocessen. I den pågældende sag, blev det, bl.a., gjort gældende at de opstillede beregningsmodeller til bedømmelse af "det økonomisk mest fordelagtige bud" ikke gjorde det muligt at foretage en saglig vurdering. Klagenævnet udtalte at *"Indklagede har handlet i strid med Bygge- og anlægsdirektivet ved ikke at beslutte at annullere udbuddet, uagtet det ikke på grundlag af de beregningsmodeller vedrørende underkriterium C og underkriterium D til tildelingskriteriet »det økonomisk mest fordelagtige bud«, der var fastsat i udbudsbetingelserne, var muligt at foretage den saglige vurdering af,*

---

<sup>48</sup> Udbudsdirektivet, art. 55, stk. 3

<sup>49</sup> C-27/98, Metalmeccanica Fracasso mod Amt der Salzburger, præmis 25

*hvilket af de afgivne tilbud, der skulle danne grundlag for indgåelse af kontrakt*<sup>50</sup>. Klagenævnet tillægger således den ordregivende myndighed en pligt til at annullere et udbud, i det tilfælde at en planlagt beregningsmodel viser sig ikke alligevel at være egnet.

Videre argumenterer Høg for at der kan ifaldes et erstatningsansvar overfor tilbudsgivere der involverer sig et udbud, hvor *"udbudsmaterialet er urimeligt mangelfuldt eller fejlbehæftet"*<sup>51</sup>, hvilket synes at bekræfte at der foreligger en de facto pligt til at aflyse udbud med graverende fejl eller mangler.

### 3.1.2 Tærskelværdier og værdiansættelse af kontrakter

Som nævnt ovenfor, er artikel 7 og 9 nært beslægtede. Det er derfor også nærliggende at behandle disse under et. I det omfang at der sker ændringer i den opgørelse der udføres efter artikel 9, vil dette naturligt have en indflydelse på evalueringen i artikel 7. Det forekommer derfor ej heller tvivlsomt at en ændring i den anslåede kontraktværdi efter artikel 9, må fordre en handlepligt i form af en fornyet vurdering om kontraktens overholdelse af de i artikel 7 anførte tærskelværdier.

Det kan således diskuteres hvorvidt en sådan ændring i opgørelsen af kontraktværdien vil virke "begge veje", således at en kontrakt der hidtil har været omfattet af udbudspligt efter udbudsdirektivet efterfølgende alene vil være underlagt tilbudsloven. Alternativt er der ingen tvivl om at en kontrakt der hidtil ville kunne passere under tærskelværdien for udbudsdirektivet utvivlsomt vil blive omfattet heraf, i så fald en fornyet vurdering viser at denne har passeret tærskelværdien. Det overordnede beskyttelseshensyn i ligebehandlingsprincippet gør at det nok næppe er tilladt for en ordregivende myndighed at sidde en formodning om et ændret forhold til artikel 7 og 9 overhørs. En streng ordlydsfortolkning af sætningen *"Dette direktiv gælder for offentlige kontrakter, (...)hvis anslåede værdi eksklusive moms svarer til eller overstiger følgende tærskelværdier"*<sup>52</sup>, må efterlade fortolkeren med det indtryk at der er tale om en

---

<sup>50</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 13. januar 2004, side 54

<sup>51</sup> Udbudsretlige erstatningsspørgsmål, side 136

<sup>52</sup> Udbudsdirektivet, art. 7

absolut nedre grænse der ikke tillader benyttelsen af direktivets bestemmelser for kontrakter der falder under denne værdi. Det er dog ulogisk, med ligebehandlingsprincippet i baghovedet, at forestille sig at en kontrakt, hvis værdi, af den ene eller den anden årsag, undervejs i udbudsprocessen vurderes til, alligevel, at være under tærskelværdien således ikke kan benytte sig af disse. Dette vil naturligt betyde at et udbudsmateriale, som falder an på udbudsdirektivets regler, måtte skulle omskrives for nu i stedet at kunne benyttes under nationale forskrifter.

Klagenævn for Udbud anlægger en linje efter hvilken det må tolkes således direktivets bestemmelser kan anvendes, hvis det ønskes. Steinicke og Groesmeyer skriver herom at *"En ordregiver, der foretager en anskaffelse under udbudsdirektivets tærskelværdier, kan vælge at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i EU-Tidende, selv om der ikke er pligt hertil, jf. udbudsdirektivets art. 37"<sup>53</sup>.*

### 3.1.3 Indkøbscentraler

Som nævnt ovenfor må den ordregivende myndighed, som udgangspunkt, kunne stole på at de rammeaftaler der indgås af de tilgængelige indkøbscentraler overholder reglerne fastlagt i udbudsdirektivet. En eventuel handlepligt opstår således først i det tilfælde hvor en ordregivende myndighed bliver bekendt med at en rammeaftale ikke overholder direktivets bestemmelser. I det tilfælde vil ordregivende myndighed, indledningsvist blive mødt af en handlepligt, i form af en standsningspligt. I det omfang at der er tale om en rammeaftale med løbende indkøb er det, i sig selv, indlysende at den ordregivende myndighed ikke kan fortsætte med at gøre brug af denne, efter at myndigheden er blevet bekendt med problemerne. Yderligere kan der argumenteres for at en handlepligt består i at informere indkøbscentralen om problemerne, men samtidig også – i hvert fald til et vist niveau – en pligt til at standse løbende overtrædelser fra andre ordregivende myndigheder. Der er ingen tvivl om at en sådan informationspligt vil bestå inden for det samme forvaltningsled – altså, hvis én afdeling af en kommune

---

<sup>53</sup> EU's udbudsdirektiver, side 534

opdager at en rammeaftale er indgået på et ulovligt grundlag, har de nok pligt til at oplyse dette til de andre enheder inden for den samme kommune.

### 3.1.4 Udelukkelse

Af artiklens ordlyden fremgår det tydeligt at der er en iboende handlepligt til at udelukke ansøgere, som er dømt for de i stk. 1 nævnte lovovertrædelser. Det er således særligt at hæfte sig ved ordlyden, *"Fra deltagelse i en udbudsprocedure udelukkes enhver ansøger eller tilbudsgiver, mod hvem der er afsagt en endelig dom, som den ordregivende myndighed har kendskab til, af en eller flere af følgende grunde:"*<sup>54</sup>, af hvilken særligt ordet "udelukkes" er interessant. Bestemmelsen indeholder ikke nogen umiddelbar skønsbeføjelse for den ordregivende myndighed, og det må således også lægges til grund at der er tale om en pligtmæssig opgave bestående af netop udelukkelsen.

I forhold til den viden, som bestemmelsen forudsætter at, den ordregivende myndighed skal have om lovovertrædelserne må der henvises til afsnit 2.2.1.1.3 ovenfor, hvor de nærmere omstændigheder herom er gennemgået.

Steinicke og Groesmeyer skriver om bestemmelsen *"(...) efter art. 45, stk. 1, skal der ske afvisning, når en tilbudsgiver opfylder betingelserne for afvisning (...)"*<sup>55</sup>, hvor nøgleordet må siges at være "skal". Nielsen stiller sig enig med de førnævnte ved at skrive *"Personer, der er dømt for korruption, hvidvask af penge og visse andre varianter af økonomisk kriminalitet, skal udelukkes fra at deltage i offentlige udbud"*<sup>56</sup>, igen må nøgleordet være "skal".

### 3.1.5 Unormalt lave tilbud

I litteraturen er der diskussioner om hvorvidt den ordregivende myndighed kan komme ud for en situation hvor denne er tvunget til at afvise et unormalt lavt tilbud. Poulsen, Jakobsen og Kalsmose-Hjelmborg skriver *"Indledningsvist skal det her præciseres, at en ordregivende myndighed aldrig har pligt (...) [til] at afvise tilbud, som forekommer unormalt lave"*<sup>57</sup>, Arrowsmith tilslutter sig Poulsen,

---

<sup>54</sup> Udbudsdirektivet, art. 45, stk. 1, første afsnit

<sup>55</sup> EU's udbudsdirektiver, side 1123

<sup>56</sup> Udbud af offentlige kontrakter, side 269

<sup>57</sup> EU udbudsretten, side 495

Jakobsen og Kalsmose-Hjelmborg og skriver "(...) *there is probably no requirement to reject abnormally low offers (...)*"<sup>58</sup>.

Steinicke og Groesmeyer argumenterer derimod for det modsatte ved at skrive "*der [må] være en forpligtelse til i visse tilfælde at afvise unormalt lave bud*"<sup>59</sup>. På trods af den, umiddelbart, store modstand herimod, tilslutter jeg mig Steinicke og Groesmeyers synspunkt om at der, i hvert fald i visse tilfælde, kan opstå en handlepligt, der udmunder sig i en pligt til at afvise et unormalt lavt tilbud.

Som tidligere nævnt bygger udbudsretten, som al anden EU-ret, på principper om ligebehandling, ikke-diskrimination og gennemsigtighed. Således må det også anses for usandsynligt, at en ordregivende myndighed aldrig ville kunne tvinges til at afvise et unormalt lavt bud. Man kan sagtens forestille sig en situation, hvor det unormalt lave tilbud, kan virke tillokkende på den ordregivende myndighed, uagtet at buddet medfører en økonomisk uholdbar situation for tilbudsgiveren. I det tilfælde, hvor tilbudsgiveren efterfølgende går konkurs, ville den ordregivende myndighed kunne søge erstatning i konkursboet for det arbejde der ikke er udført, samt for arbejde der er udført som det var tiltænkt af tilbudsgiver i tilbuddet, men ikke som det var tiltænkt af ordregiver i udbuddet. I en sådan situation, ville en kynisk ordregiver kunne kapitalisere på at en tilbudsgiver ikke kan løfte opgave alligevel. I situationen vil den ordregivende myndighed uden tvivl bevæge sig på kanten af det tilladelige, om ikke rent juridisk, så i hvert fald rent forretningsetisk.

## 4 Pligterne i praksis

### 4.1 Pligternes udtryk i klagenævnspraksis

I modsætning til ovenstående afsnit vil pligterne, i det følgende afsnit, blive behandlet samlet. Grunden hertil er at der ofte er momenter af begge pligter i den samme sag, hvorfor det af rent organisatoriske årsager findes mest læsevenligt at gennemgå pligterne samlet. Kun ganske sjældent fremgår det direkte af bestemmelserne og afgørelserne eller kendelser at en undersøgelses- eller

---

<sup>58</sup> The Law of Public and Utilities Procurement, side 536

<sup>59</sup> EU's udbudsdirektiver, side 1317

handlepligt var ifaldet. Der er således ofte tale om en vis "stille viden", der skal uddrages af sagerne.

#### 4.1.1 Klagenævn for Udbud, Kendelse af 21. juli 2011

Sagen omhandler et udbud af en rammeaftale om *"trykkeriydelser med tilhørende serviceydelser"*, hvor den ordregivende myndighed, Økonomistyrelsen, i det følgende benævnt ØS, valgt at tildele kontrakten til tre aktører. Efter tildelingsbeslutningen, klagede Graphic Wave ApS, i det følgende benævnt GW, over at to af de antagne burde have være afvist, for det ene tilbuds vedkommende fordi den pågældende tilbudsgiver ikke havde den nødvendige økonomiske og tekniske formåen, samt det andet tilbud påståedes afvist på grund af en unormalt lav pris.

For så vidt angår spørgsmålet om den økonomiske og tekniske formåen, ligger det uden for rækkevidden af denne afhandling og det vil derfor ikke blive behandlet yderligere.

I forhold til det, påståede, unormalt lave tilbud, angiver GW at *"Enhver med branchekendskab vil vide, at ingen trykkerivirksomhed med fortjeneste vil være i stand til at levere de af tilbuddet omfattede ydelser til den pris."*<sup>60</sup>. GW argumenterer således for at der i tilbuddets pris må ligge en faglig åbenbarhed for ØS om at tilbuddet ikke er eksistentielt rentabelt. Klagenævnet indleder med at kommentere at *"Det er ordregiverens vurdering, om et tilbud må anses for unormalt, (...), og ordregiveren er ikke forpligtet til at afslå unormalt lave tilbud, medmindre der foreligger ganske særlige omstændigheder."*<sup>61</sup>, videre konkluderer Klagenævnet om det pågældende tilbud at *"Selv om tilbuddet fra Rosendahls Schultz Grafisk er noget lavere end klagerens tilbud, er der ikke fremkommet dokumentation for, at tilbuddet er usædvanligt lavt eller for, at prisen er så lav, at tilbuddet må anses for uholdbart. Der foreligger derfor ikke sådanne ganske særlige omstændigheder, som medfører, at indklagede skulle have afvist tilbuddet (...)"*<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 21. juli 2011, Graphic Wave Aps mod Økonomistyrelsen, side 7

<sup>61</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 21. juli 2011, Graphic Wave Aps mod Økonomistyrelsen, side 9

<sup>62</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 21. juli 2011, Graphic Wave Aps mod Økonomistyrelsen, side 9

Klagenævnets kommentarer til påstanden, er således ganske interessant af flere årsager. Dels ser kommentaren ud til at definere de kriterier der skal til for at "ganske særlige omstændigheder" er til stede. Dels kan kommentaren læses således at efterfølgende fremkommet viden om tilbuddets uholdbarhed kan påvirke en allerede foretaget tildelingsbeslutning.

I forhold til de "ganske særlige omstændigheder", er det værd at lægge mærke til Klagenævnet synes at definere at disse er til stede, hvis prisen er "usædvanligt lav" eller hvis tilbuddet, som helhed på grund af prisen, "må anses for uholdbart". Det er således også interessant, at Klagenævnet ikke fremhæver at det skal være åbenlyst, men at det blot skal vurderes af ordregiveren. Klagenævnet støttes af Steinicke og Groesmeyer, der om netop denne problemstilling skriver, at "*åbenlyst unormalt lave tilbud, hvor det for alle parter må stå klart, at kontrakten ikke lader sig gennemføre på det forelagte grundlag, formegentligt [vil] skulle afvises omgåelsespræventivt (...)*"<sup>63</sup>.

På trods af at Steinicke og Groesmeyer støtter Klagenævnet, går Klagenævnet dog et skridt videre ved at bruge manglende dokumentation som et argument for at afvisning ikke skulle have fundet<sup>2</sup> sted. Når Klagenævnet således vælger at kombinere ordene "dokumentation" og "fremkommet", tegner der sig et billede af at dokumentationen for at et tilbud er unaturligt lavt kan fremkomme efter tildelingsbeslutningen og at denne ikke nødvendigvis behøves at fremkomme ved den ordregivende myndigheds indsats. Hvor GW i den pågældende sag dog ikke løftede dette dokumentationskrav, må kendelsen dog tolkes således at hvis GW havde faktisk dokumenteret at tilbuddet lå under hvad der må anses for "normalt", ville dette have bevirket at "*indklagede skulle have afvist tilbuddet*"<sup>62</sup>.

På baggrund af en modsætningslutning på den sproglige fortolkning af Klagenævnets kendelse, må det således konkluderes at et tilbud må anses for at være unormalt lavt, når prisen enten medfører at hele tilbuddet må anses for uholdbart eller prisen "åbenlyst" er lavere end hvad der er "normalt".

---

<sup>63</sup> EU's udbudsdirektiver, side 1317



Kendelsen tjener, ud over ovennævnte, yderligere det formål at demonstrere at der absolut, under visse særlige omstændigheder, eksisterer en pligt til at afvise unormalt lave bud. Som nævnt ovenfor ville en løftet dokumentationsbyrde have betydet at ØS ville ifalde en handlepligt, for så vidt angår afvisning.

#### 4.1.2 Klagenævn for Udbud, Kendelse af 14. januar 2013

Kendelsen omhandler en rammeaftale udbudt af Moderniseringsstyrelsen, om flytetransporter. I sagen har NFB Transport Systems A/S, i det følgende benævnt NFB, gjort gældende at Moderniseringsstyrelsen, i det følgende benævnt MS, har handlet i strid med artikel 55 ved at afvise NFB's tilbud som værende unormalt lavt.

I behandlingen af sagen indgik den, efter artikel 55, stk. 1, krævede korrespondance med henblik på at fastslå tilbuddets indhold, samt argumenterne for den lave pris.

Kendelsen er speciel, idet Klagenævnet kun indirekte tager stilling til NFB's påstand, da kendelsen alene omhandler NFB's ønske om at klagen skal tillægges opsættende virkning. Til behandlingen af forespørgslen om opsættende virkning, har Klagenævnet dog alligevel de facto behandlet problemstillingen for at vurdere hvorvidt *fumus boni juris* er til stede. I behandlingen af *fumus boni juris* spørgsmålet har Klagenævnet dog behandlet nogle af de centrale problemstillinger i NFB's tilbud. Klagenævnet fremhæver således "*Klagerens tilbud var samlet set mere end 50 % billigere end det næstlaveste tilbud på delaftale 5. Ca. 60 % af ydelserne i klagerens tilbudsliste var gratis.*"<sup>64</sup>, hvorefter det ligeledes fremhæves at "*(...) de offentlige myndigheder, som er aftagere af flytteydelser ud fra princippet om økonomisk saglig forvaltning, må antages at ville rekvirere gratis flytninger, i det omfang dette er muligt (...)*"<sup>64</sup>, som begrundelse for at tilbuddet faktisk er unormalt lavt fremhæver Klagenævnet videre at den af NFB tænkte prisstruktur, hvor standardydelserne var dyrere for så at kunne tilbyde andre services gratis "*ligeledes [forekommer] uholdbar henset til prismekanismen i aftalen*".

---

<sup>64</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen, side 13

Klagenævnets resonerer sig således frem til at NFB, hvis de var blevet tildelt kontrakten sammen med de fire andre virksomheder, alene ville komme til at foretage gratis flytninger, da reglerne om økonomisk saglig forvaltning tilskriver at aftagerne fortsat vælger den billigste løsning på aftalen. På baggrund heraf fremkommer Klagenævnets foreløbige vurdering om at det næppe var stridigt mod artikel 55, at MS afviste tilbuddet. Samtidig blev det således også afkræftet at *fumus boni juris* var til stede.

På trods af at Kendelsen ikke endeligt tager stilling til spørgsmålet om hvorvidt MS' afvisning af tilbuddet var i overensstemmelse med direktivet, må kendelsen alligevel anses for at være retvisende. Til støtte herfor kan fremhæves at det ikke, umiddelbart, ser ud til at den reelle sag nogensinde har fundet sted. Der eksisterer, i hvert fald, ingen offentlig tilgængelig kendelse fra selve sagen.

Interessant er det dog uanset hvad, da sagen synes at illustrere et beskyttelseshensyn overfor tilbudsgiver. I den pågældende situation, tildeles rammeaftalen til flere tilbudsgivere og der ville således ikke nødvendigvis være noget tab for MS, eller de underliggende aftagere, ved at tildele kontrakten til NFB også. De eneste der således stod til at tabe herpå var NFB, idet de, jf. aftalen, ville være tvunget til at levere gratis aftenflytningen, uden at de, umiddelbart, ville få tildelt nogle af de betalte "normalflytninger". Således var det eneste sted NFB stod til at kunne profitere på aftalen når, eller rettere hvis, flytninger der faldt for grænsen for mini-udbud opstod, men, som Klagenævnet også fremhæver, her ville NFB alligevel skulle tilbyde en pris der var mindst på niveau med konkurrenternes normalpriser.

#### **4.1.3 Klagenævn for Udbud, Kendelse af 4. marts 2013**

Sagen omhandler et udbud udført af Sorø Kommune, i det følgende benævnt SK, efter udbudsdirektivet, omhandlende *"levering af rumopdelte minicontainere, batteribokse monteret på standere og nøgler til batteribokse samt udbringning af affaldsmateriel"*<sup>65</sup>. Klageren, HUMUS-Genplast, i det følgende benævnt HG,

---

<sup>65</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 4. marts 2013, HUMUS-Genplast mod Sorø Kommune, side 1

fremførte i påstand 4, at Klagenævnet skulle konstatere at SK skulle have forkastet konkurrentens tilbud, fordi det *"var eller burde derfor have været åbenbart for indklagede, at det vindende tilbud ikke opfyldte kravspecifikationen."*<sup>66</sup>. HG argumenterede videre for at det ved sammenligning med et andet, af dem tilbudt, produkt måtte være åbenlyst at det pågældende krav ikke var opfyldt af den vindende konkurrent.

SK havde i udbudsprocessen stillet krav om at tilbudsgiverne skulle levere vareprøver af de tilbudte produkter, der skulle være *"identiske med det affaldsmateriel, som tilbudsgiver tilbyder at levere ved indgåelse af kontrakt"*<sup>67</sup>.

SK fremhævede i sagen bl.a. at *"[SK] har ikke haft pligt til at sammenligne de tilbudte produkter (...)"*<sup>66</sup>, videre argumenterede SK *"Ved en visuel inspektion af den afleverede vareprøve vurderede [SK], at den tilbudte minicontainer opfyldte udbudsmaterialets krav."*<sup>66</sup>.

I forhold til påstand 4's element omkring sammenligning af de tilbudte produkter, udtalte Klagenævn for Udbud efterfølgende at *"Indklagedes vurdering af, om [kravet] er opfyldt, skal foretages ud fra en vurdering af den tilbudte container i forhold til udbudsmaterialet og ikke ved sammenligning med containere tilbudt af andre tilbudsgivere"*<sup>68</sup>, og fortsatte *"Vurderingen heraf indebærer efter kravets formulering desuden naturligt et vist skønsmæssigt element"*<sup>68</sup>.

I forhold til påstandens element omkring at det "var eller burde være" åbenbart for SK at produktet tilbudt af konkurrenten ikke overholdt kravene fremsat i kravspecifikationen, bemærker Klagenævnet at *"klageren har [ikke] godtgjort, at det er åbenbart, at den tilbudte container [ikke opfyldte kravene] eller at [SK] ved evalueringen har overskredet grænserne for det skøn, [SK] har ved vurderingen af kravet."*<sup>68</sup>, hvorefter påstand 4 ikke blev taget til følge.

Kendelsen er interessant idet at Klagenævnet fastslår at der i den pågældende sag må eksistere en undersøgelsespligt med begrænset omfang. Klagenævnet lægger til grund at der skal foretages et skøn, som følge af kravets udformning. Det må

---

<sup>66</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 4. marts 2013, HUMUS-Genplast mod Sorø Kommune, side 23

<sup>67</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 4. marts 2013, HUMUS-Genplast mod Sorø Kommune, side 5

<sup>68</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 4. marts 2013, HUMUS-Genplast mod Sorø Kommune, side 30

således også lægges til grund at der er tale om et pligtmæssigt skøn, da det ikke ville være muligt at vurdere opfyldelsen af det pågældende krav uden at skønnet blev foretaget. For at kunne foretage skønnet skal der foretages en reel vurdering af det tilbudte produkt. Det er således også nærliggende at konkludere at der i den pågældende situation, med den pågældende sproglige udformning af udbudsmaterialet, blev ifaldet en undersøgelsespligt, for så vidt angår produkterne enkeltvist i forhold til kravspecifikationen. I ligebehandlingsens lys er det umiddelbart den mest "fair" løsning, da de enkelte produkter, uafhængigt af hinanden, holdes op imod det krævede. Steinicke og Groesmeyer, i en kommentar til artikel 23, stk. 4, kommenterer således, i overensstemmelse med Klagenævnets holdning ovenfor, at *"En produktsammenligning i relation til specifikationen af en opgave ved et udbud angår sammenligningen mellem det tilbudte produkt af den reference, der danner afgrænsning af opgaven"*<sup>69</sup>.

#### 4.1.4 Klagenævn for Udbud, Kendelse af 30. september 2014

Sagen omhandler et udbud af en rammeaftale for indkøb af møbler udbudt af Erhvervsakademi Aarhus, i det følgende benævnt EA. Klageren Hass & Berg, i det følgende benævnt HB, havde nedlagt påstand om at Klagenævnet skulle konstatere at EA havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet ved ikke at have afvist et tilbud fra en konkurrent, i hvilket et mindstekrav ikke var overholdt.

Af udbudsmaterialet fremgik det direkte, at *"Tilbudsgiver skal aktivt bekræfte, at alle produktspecifikke mindstekrav er opfyldt"*<sup>70</sup>, hvilket konkurrenten i sit tilbud havde gjort. Klagenævnet anfører i sin udtalelse vedr. førnævnte påstand, at *"ordregiver har som udgangspunkt, ikke pligt til at kontrollere rigtigheden af de oplysninger, som fremgår af et tilbud"*<sup>71</sup>. Klagenævnet argumenterer herefter for at der grundet indtastningsskemaet i den pågældende sags beskaffenhed og begrænsninger ikke nødvendigvis skulle indsættes et billede af det tilbudte møbel i den tilbudte farve. Ligeledes fremhæves det at der i det antagne netop var tilkendegivet at mindstekravene kunne overholdes. Således konkluderede

---

<sup>69</sup> EU's udbudsdirektiver, side 719

<sup>70</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 30. september 2014, Hass & Berg A/S mod Erhvervsakademi Aarhus, side 8

<sup>71</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 30. september 2014, Hass & Berg A/S mod Erhvervsakademi Aarhus, side 21

Klagenævnet at det ikke havde været åbenbart for EA at det antagne tilbud, sandsynligvis, ikke ville kunne opfylde mindstekravene. Således, på baggrund af den manglende åbenbarhed, kunne påstanden ikke tages til følge.

Kendelsen er interessant, da den illustrerer Klagenævnets faste praksis om at den ordregivende myndighed ikke, som udgangspunkt, har pligt til at undersøge de angivne oplysningers rigtighed. Det som gør den nærværende sag yderligere interessant er at den ordregivende myndighed, efter at være blevet kontaktet af en anden tilbudsgiver, tilbagekalder tildelingsbeslutningen og igangsætter en "undersøgelse". Den ordregivende myndighed kontakter tilbudsgiveren der var blevet tildelt kontrakten og orienterede denne om at tildelingsbeslutningen var blevet "annulleret" <sup>72</sup> . Den ordregivende myndighed havde herefter korrespondance med både den tilbudsgiver der har gjort indsigelse og den tilbudsgiver der havde fået tildelt kontrakten, herefter benævnt HF.

I indsigelsen, fra HB, der medførte tilbagekaldelsen af tildelingsbeslutningen, fremhæves det at *"Den tilbudte stol, (...), leveres ikke, som oplyst i det vindende tilbud, i sort metalstel."*<sup>73</sup>, hvilket efterfølgende blev bekræftet til HB per mail fra producenten.

HF fremsendte, som udbedt, en redegørelse for forholdene vedr. den, af HB, anførte diskrepans. Af denne fremgik det at *"[HB] har sammenlignet de af os tilbudte løsninger med standardprodukter og oplysninger, der tilsyneladende er indhentet fra forskellige leverandørers hjemmesider. Dette er selvsagt ikke et holdbart grundlag for den konklusion (...)"*<sup>74</sup>, hvilket medførte at EA, 7 dage efter modtagelsen af redegørelsen, meddelte HB at kontrakten var blevet tildelt HF.

I overensstemmelse med sin hidtidige praksis finder Klagenævnet at EA ikke ifalder en undersøgelsespligt i forhold til den oplyste overholdelse af mindstekravene, idet at det klart fremgik af det anvendte regneark at de pågældende mindstekrav var opfyldt.

---

<sup>72</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 30. september 2014, Hass & Berg A/S mod Erhvervsakademi Aarhus, side 12

<sup>73</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 30. september 2014, Hass & Berg A/S mod Erhvervsakademi Aarhus, side 11

<sup>74</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 30. september 2014, Hass & Berg A/S mod Erhvervsakademi Aarhus, side 13

Det virker interessant at Klagenævnet vælger at se bort fra det faktum at tildelingsbeslutningen af 21. februar 2014 annulleredes. Desværre er brevet til HF ikke vedlagt i sin fulde ordlyd, men det er ikke utænkeligt at der ikke reelt var tale om en annulation, men nærmere om en form afklaringsfase, med en varslet annulation, såfremt at HF ikke til tilfredshed godtgjorde at mindstekravene for udbuddet var overholdt. Ud fra Klagenævnets behandling af annulationen, må det lægges til grund at der ikke var tale om en egentlig annulation af tildelingsbeslutningen, men nærmere en hensigtserklæring herom. Klagenævnet afgøre således også sagen på baggrund af den viden EA måtte have haft på det oprindelige tildelingstidspunkt.

Hvis kendelsen ansues fra et fugleperspektiv, virker det ikke til at der kan være tvivl om at, den modsatte konklusion måtte nås i det omfang at annulationen havde været en realitet, således at der havde været tale om en ny tildelingsbeslutning. I det tilfælde ville EA skulle vurdere tilbuddets overholdelse af mindstekravene i lyset af en erklæring fra HF med ordlyden *”»Peberfarvet« er en i branchen ofte benyttet betegnelse for en farvenuance af sort”*<sup>75</sup>, samt *”Sort er en farve og farver er en subjektiv vurdering.”*<sup>75</sup> og *”Såfremt det var afgørende for ordregiver at modtage specifikke produkter i en særlig farvenuance, burde ordregiver have specificeret en farvekode i udbudsmaterialet frem for blot at angive generelle farver så som sort, grå, gul og hvid”*<sup>76</sup>, hvor særligt den sidste kommentar bør bevirke at der opstår en åbenbar formodning om at det tilbudte produkt ikke er i overensstemmelse med det opstillede mindstekrav, hvorved en egentlig undersøgelsespligt i forhold hertil ville ifaldes.

I den pågældende sag, synes der ikke at herske tvivl om at en undersøgelse af den reelle overholdelse af mindstekravene ville have vist at den pågældende stol ikke ville kunne leveres i sort, som krævet. Dette både henset til producentens melding om at stolene alene produceres i de fire farver som HB fremhævede i sin indsigelse

---

<sup>75</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 30. september 2014, Hass & Berg A/S mod Erhvervsakademi Aarhus, side 14

<sup>76</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 30. september 2014, Hass & Berg A/S mod Erhvervsakademi Aarhus, side 14

og samtidig henset til HF's snak om farvekoder og at og definitionen af "sort" som et opstået spørgsmål.

## 4.2 Pligternes udtryk i domstolspraksis

Som nævnt ovenfor opstår der ofte fortolkningsspørgsmål inden for udbudsretten, hvor Klagenævnets, og dettes internationale ligheders, afgørelser bliver indbragt for domstolene. De nationale domstole indbringer videre de præjudicielle fortolkningsspørgsmål for EU-domstolen. Det følgende afsnit vil således tage udgangspunkt i EU-domstolens praksis inden for området.

### 4.2.1 EU-Domstolen, Afgørelse af 27. november 2001 (C-285/99)

Dommen indeholder to generelle problemstillinger. Primært behandles et spørgsmål om hvorvidt direktivet indeholder et pligtskøn, når der skal tages stilling til om et tilbud er unormalt lavt. Sekundært behandles, i hvert fald perifært, et spørgsmål om hvorvidt dokumentationen, som tilbudsgiver skal have mulighed for at levere for tilbuddets sammensætning, kan kræves indleveret sammen med tilbuddet, i det omfang at dette efter en nærmere fastsat formel forekommer unormalt lavt.

Sagen omhandler, overordnet, et udbud udført af ANAS SpA<sup>77</sup>, i det følgende benævnt AN, over hvilket Impresa Lombardini SpA, i det følgende benævnt IL, klagede over at have fået sit tilbud afvist som værende unormalt lavt. IL's tilbud var ca. 30% lavere end den samlede udbudssum. Det fremgik af udbudsmaterialet at *"Buddene skal ved indgivelse ledsages af begrundelser for de væsentligste priskomponenter, der er angivet i udbudsbekendtgørelsen eller opfordringsskrivelsen, som tilsammen udgør et beløb på mindst 75% af udbudssummen."*<sup>78</sup>. AN afgjorde derfor, i overensstemmelse med udbudsmaterialet, at tilbuddet, indgivet af IL, måtte anses for at være unormalt lavt, da dette var mere end 28,004% billigere end udbudssummen, som fastsat af den, på området, kompetente myndighed<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Italiensk statsligt vej-selskab med ansvar for motor- og statsveje

<sup>78</sup> EU Domstolen, C-285/99, præmis 7

<sup>79</sup> EU Domstolen, C-285/99, præmis 12



IL indgav herefter klage mod beslutningen, som dog blev stadfæstet af klagemyndigheden. IL appellerede afgørelsen til det italienske statsråd, der forelagde Domstolen spørgsmålet om hvorvidt en sådan matematisk udelukkelse<sup>80</sup> er kan anses for overensstemmende med, den på det tidspunkt gældende, artikel 30, stk. 4<sup>81</sup>. Herudover adspurgtes Domstolen om hvorvidt et krav om at tilbud, hvis pris udgjorde mindre end 75% af udbudssummen, skulle akkompagneres af en redegørelse for tilbuddets sammensætning kunne anses for overensstemmende med bestemmelsen i direktivet.

### **Ex officio udelukkelse**

Domstolene henviste, som konklusion herpå, til at *"[bestemmelsen] indeholder et forbud mod, at medlemsstaterne indfører bestemmelser, hvorefter visse efter et matematisk kriterium bedømte bud ex officio udelukkes fra at komme i betragtning"*<sup>82</sup>, sammenholdt med en bemærkning om at *"Den ordregivende myndighed skal imidlertid kunne foretage en fornyet vurdering af det resultat, der opnås ved anvendelsen af denne beregningsmetode"*<sup>83</sup>.

Domstolens konklusion på de præjudicielle spørgsmål må således tolkes som en klar henvisning til at det ikke er tilladt at sætte skøn under regel, når det gælder vurderingen af om et tilbud er unormalt lavt. Dommen åbner dog en vis mulighed for at der kan sættes en form for rettesnor for hvornår et tilbud skal undersøges nærmere, så længe at endelig beslutning beror på en konkret vurdering. Det fremgår ikke direkte af afgørelsen at en skønsmæssig vurdering skal foretages, men det må dog udledes en beslutning næppe kan træffes uden at der har været foretaget en reel vurdering.

### **Indlevering af dokumentation sammen med tilbud**

I overensstemmelsen med vurderingen af om et tilbud kan afvises ex officio, antog Domstolen en stilling om at bestemmelsen ikke giver adgang til at træffe

---

<sup>80</sup> EU Domstolen, C-285/99, præmis 19, pkt. 2

<sup>81</sup> 93/37/EØF, artikel 30, stk. 4, som senere kodificeret i artikel 55

<sup>82</sup> EU Domstolen, C-285/99, præmis 45

<sup>83</sup> EU Domstolen, C-285/99, præmis 86, pkt. 3



beslutning om en unormalt lav pris uden at tilbudsgiver høres. Kravet herom sås dog ikke overskredet ved at tilbudsgiver, efter nærmere fastsatte regler, i visse tilfælde skulle afgive informationen sammen med tilbudsmaterialet. Domstolen konkluderede således at *"[Bestemmelsen er] i princippet ikke, for så vidt som samtlige de krav, den fastsætter, i øvrigt er overholdt, og direktivets formål ikke berøres, til hinder for at bestemmelser og administrativ praksis i en medlemsstat, der på området for fastlæggelse af unormalt lave tilbud og kontrol af disse bud dels forpligter alle bydende til at vedlægge deres bud begrundelser for de tilbudte priser, (...) idet de ellers udelukkes fra at deltage i udbudsproceduren."*<sup>84</sup>, hvilket naturligt kun kan tolkes således at et generelt krav om, under visse nærmere fastsatte objektive krav, at skulle vedlægge dokumentation for tilbuddets sammensætning må være at anse for overensstemmende med bestemmelsen.

### **Sammenfatning**

Dommen er interessant derhen at denne bekræfter at en hård ordlydsfortolkning skal anvendes ved fortolkningen af indholdet af artikel 55, således at en undersøgelsespligt ifaldes, i det tilfælde hvor et tilbud forekommer unormalt lavt. Dommen demonstrerer således også at det kan anses for overensstemmende med bestemmelsen af fastlægge nationale regler der klart definerer hvornår et tilbud forekommer unormalt lavt, men ikke hvornår det faktisk er unormalt lavt. Samtidig må det dog også konkluderes at en vis del af undersøgelsespligten kan imødekommes ved klart at definere hvad der forstås ved "forekommer" i forbindelse med unormalt lave tilbud.

Uagtet at dommen demonstrerer at det er i overensstemmelse med bestemmelsen på forhånd at definere hvad der forstås ved "forekommer", kan dette dog medføre visse negative afledte omkostninger. Således skal en sådan fastlæggelse af definitionen af "forekommer" foretages på en måde således at definitionen er kendt på tidspunktet for tilbudsafgivelse. Dette betyder at den ordregivende myndighed objektivt skal kunne afgøre hvad den forstår ved unormalt lave tilbud i den pågældende situation. Således vil den ordregivende myndighed, i hvert fald på

---

<sup>84</sup> EU Domstolen, C-285/99, præmis 86, pkt. 3

et eller andet plan, være nødt til at skulle opgive hvad den forventer at betale for ydelsen der udbydes; hvilket, i sig selv, kan påvirke konkurrence negativt.

Dommen gør ligeledes at der kan argumenteres for at bestemmelsen stipulerer at et reelt pligtskøn indgår i undersøgelsespligten, således at det ikke alene pålægges den ordregivende myndighed at indhente oplysningerne, men også at disse efterfølgende reelt skal tages i betragtning inden en beslutning træffes.

#### 4.2.2 Retten, Afgørelse af 6. juli 2005 (T-148/04)

Sagen omhandler, ganske kort, et udbud af rejsebureauydelse foretaget af Kommissionen, i det følgende benævnt EK. Efter at klageren, TQ3 Travel Solutions Belgium SA, i det følgende benævnt TQ3, var blevet meddelt at tildeling ville ske til en konkurrent, anmodede TQ3 om begrundelse for tildelingsbeslutningen. EK fremsendte herefter begrundelserne i form af en skrivelse indeholdende passus om at sagsøgerens bud pointmæssigt var bedømt som værende mindre fordelagtig end konkurrenten<sup>85</sup>. EK anførte ligeledes at TQ3's tilbud var ca. 65% dyrere end det antagne tilbud, og at det antagne tilbud, i øvrigt, ikke ansås for unormalt lavt.<sup>85</sup>

TQ3 indbragte herefter sagen direkte for Retten, ved indlevering af stævning til Rettens Justitskontor. TQ3 nedlagde i sagen påstand om at *"Beslutningen om tildeling annulleres"*<sup>86</sup> og at *"Beslutningen om afslag på tildeling annulleres"*<sup>86</sup>. Til støtte for disse påstande argumenterede TQ3 for at *"Kommissionen [har] (...) anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved bedømmelsen af buddenes økonomiske del."*<sup>87</sup> og *"[Kommissionen har] anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved bedømmelsen af buddenes kvalitet."*<sup>87</sup>.

Til støtte for argumentet, om at EK havde anlagt et "åbenbart urigtigt skøn" i forhold til den økonomiske del, fremhævede TQ3, at det antagne tilbud lå langt under gennemsnittet af TQ3's og et andet indgivet tilbud, og at *"denne betydelige forskel burde have foranlediget Kommissionen til at anse WT's bud for unormalt*

---

<sup>85</sup> EU Domstolen, T-148/04, præmis 13

<sup>86</sup> EU Domstolen, T-148/04, præmis 24

<sup>87</sup> EU Domstolen, T-148/04, præmis 27

lavt<sup>88</sup>. TQ3 argumenterede videre for at tilbuddets pris, for størstedelens vedkommende, primært var baseret på lønomkostninger og at det antagne tilbuds meget lavere pris således måtte betyde en væsentlig nedgang i kvaliteten af den leverede ydelse. TQ3 anerkendte at det ville være muligt at tilbyde ydelsen til en lavere pris end det af TQ3 tilbudte, men at en tilbud med en pris der lå 42% lavere end TQ3's måtte anses for unormalt lavt<sup>89</sup>.

Til forsvar imod de nedlagte påstande argumenterede Kommissionen for at der, på baggrund af en nærmere undersøgelse af de modtagne tilbuds sammensætning, kunne konkluderes at *"WT's bud var realistisk, afbalanceret og forholdsmæssigt."*<sup>90</sup>.

Retten indledte sine bemærkninger med at fastslå at Kommission i vidt omfang har kompetence til at foretage skøn og at Rettens kontrol heraf begrænser sig til alene at vurdere om der er tale om et åbenlyst urigtigt skøn. Således konkluderede Retten at gennemførelsesbestemmelsernes artikel 146 ikke var relevant, da EK's bedømmelsesudvalg *"ikke havde til hensigt at forkaste WTs bud, idet dette ikke forekom udvalget unormalt lavt"*<sup>91</sup>.

Rettens opgave var således herefter at fastslå om skønnet foretaget af EK's bedømmelsesudvalg måtte anses for åbenbart urigtigt. På baggrund af de ekstensive undersøgelser, analyser og sammenligninger af tilbuddenes indhold og omkostningsniveau nåede Retten frem til at *"Kommissionen [findes] ikke at have anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at betragte WT's tilbud som det økonomisk mest fordelagtige uden af den grund at være unormalt lavt."*<sup>92</sup>. I forhold til påstanden om at Kommissionen havde anlagt et åbenlyst urigtigt skøn, for så vidt angår kvaliteten, fandt Retten, af lignende årsager, som førnævnte, ikke at *"Kommissionen (...) [har] anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved bedømmelsen af det antagne buds kvalitet"*<sup>93</sup>.

---

<sup>88</sup> EU Domstolen, T-148/04, præmis 29

<sup>89</sup> EU Domstolen, T-148/04, præmis 36

<sup>90</sup> EU Domstolen, T-148/04, præmis 44

<sup>91</sup> EU Domstolen, T-148/04, præmis 50

<sup>92</sup> EU Domstolen, T-148/04, præmis 71

<sup>93</sup> EU Domstolen, T-148/04, præmis 105

### **Sammenfatning**

Indledningsvist skal det bemærkes at den omtalte gennemførelsesbestemmelsernes <sup>94</sup> artikel 146 i stk. 4 henviser til gennemførelsesbestemmelsernes artikel 139, der i sin ordlyd er grænsende til identisk med udbudsdirektivets artikel 55, og at anvendelsen af denne må antages at være identisk.

Sagen er ganske interessant i det lys at Retten både fastlægger at der er et vis pligtskøn for at afgøre om et bud er anse for unormalt lavt, men samtidig også fordi Retten fastlægger at et bud der, på overfladen, umiddelbart forekommer unormalt lavt, ikke nødvendigvis, ikke er det økonomisk mest fordelagtige.

Retten gennemgår således i sin behandling den procedure som Kommissionen har anvendt for at vurdere om tilbuddet fra WT (det antagne bud) måtte anses for unormalt lavt. Proceduren er grundigt beskrevet i sagsfremstillingen og viser at bedømmelsesudvalget gennemgående havde kontrolleret hvorledes tilbuddet fra WT kunne være så meget billigere end tilbuddet fra TQ3.

Som det umiddelbart fremgår af sagsfremstillingen må det konkluderes at bedømmelsesudvalget foretog en gennemgribende analyse af alle de indkomne tilbud, men samtidig at der nok særligt blev kigget på WT's tilbud. På baggrund af deres analyse nåede bedømmelsesudvalget de facto frem til at WT's tilbud faktisk var unormalt lavt, men at dette skyldes at det rent faktisk var bedre og mere realistisk skruet sammen i forhold til tilbuddet fra TQ3.

Afgørelsen kan således bruges til at understrege at der ikke eksisterer en absolut pligt til at afvise tilbud der forekommer unaturligt lave. Samtidig illustrerer afgørelsen på fornemmeste vis også at "unormalt lave" tilbud sagtens kan være de bedste. En vurdering heraf må naturligt tage afsæt i det normale, hvilket også ses illustreret i afgørelsen ved at der drages paralleller mellem TQ3's eksisterende arbejde og det der tilbydes af WT. Der er således tale om en indbygget vurdering af kvalitet op imod eksisterende erfaringer, hvorfra det absolut må konkluderes at opfattelsen af "normalt" er forskellig hos hhv. Kommissionen og TQ3.

---

<sup>94</sup> Kommissionens forordning nr. 2342/2002 af 23. december 2002

#### 4.2.3 EU-Domstolen, Afgørelse af 29. marts 2012 (C-599/10)

Sagen omhandler udbud af en kontrakt om levering af *"tjenester vedrørende opkrævning af vejafgifter"*<sup>95</sup> af vejafgifter i Slovakiet. Det statslige selskab *Národná diaľničná spoločnosť a.s.*, i det følgende benævnt NDS, havde vurderet at der var tale om et unormalt lavt tilbud, fra to af tilbudsgiverne, i det følgende benævnt KL. Sagen er interessant, da den både belyser spørgsmål om undersøgelsespligt i forhold til uklarheder i tilbudsmaterialet og, i hvert fald til en vis grænse, hvordan artikel 55, skal fortolkes. I de følgende afsnit vil de to spørgsmål blive behandlet særskilt for overskuelighedens skyld

#### **Uklarhed i tilbudsmaterialet?**

I forhold til uklarhederne i tilbudsmaterialet, blev Domstolen forelagt det præjudicielle spørgsmål *"er [ordregiver] forpligtet til at anmode om supplerende tilbudsoplysninger, så den enkelte sikres den subjektive processuelle rettighed at blive opfordret til at supplere eller fremsende supplerende oplysninger om certifikater og dokumenter, (...) såfremt en omstridt eller uklar forståelse af tilbudsgiverens tilbud kan medføre udelukkelse af tilbudsgiveren fra det offentlige udbud?"*<sup>96</sup>, hvortil Domstolen konkluderede at *"At give den ordregivende myndighed mulighed for at anmode en ansøger, hvis tilbud ifølge myndigheden er upræcist eller ikke i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne, om supplerede oplysninger på dette punkt, risikerer således at få denne ordregivende myndighed, hvis ansøgerens bud ender med at blive antaget, til at fremstå, som om den har forhandlet buddet fortroligt – til skade for de andre ansøgere og i strid med ligebehandlingsprincippet."*<sup>97</sup>.

Domstolen konkluderer således ikke alene at der ikke er generel pligt til at søge uklarheder oplyst, men at et sådan undersøgelsesarbejde kan bringe den ordregivende myndighed på kant med reglerne om ligebehandling og gennemsigtighed, da dette kunne opfattes som et forsøg på forhandling.

---

<sup>95</sup> EU Domstolen, C-599/10, præmis 2

<sup>96</sup> EU Domstolen, C-599/10, præmis 14, pkt. 1

<sup>97</sup> EU Domstolen, C-599/10, præmis 37

Domstolens afgørelse skal ikke ses som et generelt forbud mod at oplyse uklarheder, men derimod som en advarsel om at træde varsomt. Generelt er det udfordrende at være i dialog med én tilbudsgiver under udbudsprocessen, da dette, uanset dette uforvarende, kan give andre tilbudsgivere et indtryk af at der sker forskelsbehandling.

### **Unormalt lavt tilbud**

Domstolen blev forelagt et præjudicielt spørgsmål om hvorvidt *"en fremgangsmåde hos den ordregivende myndighed, ifølge hvilken myndigheden ikke er forpligtet til at anmode tilbudsgiveren om supplerende oplysninger vedrørende en unormalt lav pris (...), [er] i overensstemmelse med artikel 55 (...)"*<sup>98</sup>. Domstolens svar på spørgsmålet er todelt, begyndende med at fortolkningen af artikel 55 kun kan medføre at *"den kræver tilstedeværelsen i den nationale lovgivning af en bestemmelse (...), der i det væsentlige bestemmer, at den ordregivende myndighed, hvis en ansøger tilbyder en unormalt lav pris, skriftligt skal anmode ansøgeren om supplerende oplysninger om tilbuddets pris."*<sup>99</sup>, og at artikel 55, i øvrigt, er *"til hinder for standpunktet hos den ordregivende myndighed, som er af den opfattelse, at det ikke påhviler myndigheden at anmode ansøgeren om at forklare en unormalt lav pris."*<sup>100</sup>.

I forhold til grundfortolkningen af artikel 55, fastlægger Domstolen således at det er op til den ordregivende myndighed skriftligt at anmode om supplerende oplysninger om prisen og tilbuddets sammensætning. Konklusionen fra Domstolen er ikke overraskende, og, i øvrigt, i fuld overensstemmelse med direktivets ordlyd, idet en fortolkning heraf ikke kan lede til anden konklusion.

Desværre tager Domstolens afgørelse ikke stilling til hvorvidt der er en pligt til at vurdere om et tilbud er unaturligt lavt, men alene at når en sådan vurdering er foretaget, foreligger der en handlepligt for ordregiver.

---

<sup>98</sup> EU Domstolen, C-599/10, præmis 14, pkt. 1

<sup>99</sup> EU Domstolen, C-599/10, præmis 45, 1. pkt.

<sup>100</sup> EU Domstolen, C-599/10, præmis 45, 2. pkt.

### **Sammenfatning**

Sagen er primært interessant i forhold til en fastlæggelse af at ordregiver ikke har pligt til at undersøge uklarheder i tilbudsmaterialet, og at en sådan undersøgelse vil skulle foretages med en høj grad af overvejelse og påpasselighed for ikke at risikere at overtræde ligebehandlingsprincippet. Dog illustrere dommen at det er tilladt, under førnævnte begrænsning, at fordre uklarheder oplyst. Ordregiveren kunne således komme uden om ligebehandlingsproblemet ved at formulere sine spørgsmål i generelle termer og bede alle tilbudsgivere svare på spørgsmålet, for derved at undgå en dialog med én bestemt tilbudsgiver.

Sagens andet aspekt omkring fortolkningen af artikel 55, er af mindre interesse da Domstolen alene bekræfter at bestemmelsen skal fortolkes som den er skrevet, og at det ikke er acceptabelt at indføre national lovgivning der modificerer dette, således at beskyttelsen for tilbudsgiver negeres.

#### **4.3 Domstolspraksis kontra klagenævnspraksis**

På baggrund af ovenstående analyser af nogle få klagenævnsafgørelser og nogle få EU-afgørelser, må det umiddelbart konkluderes at Klagenævnet og Domstolene er rimeligt på linje med hinanden. Således må dette også ses i lyset af at klageren hos Klagenævnet kun har som mulighed at gå til domstolene, hvis denne er uenig i Klagenævnets afgørelse. Således bliver sager afgjort ved domstolene hvorefter Klagenævnets afgørelse, og dermed fortolkning af udbudsretten, enten accepteres og bekræftes eller forkastes. Uanset udfaldet bygger afgørelsen naturligvis videre på det underliggende samlede "case law" der udgør retspraksis på området.

Udbudsområdet er således også, til et vist punkt, særegent på det plan at Klagenævnets afgørelser generelt rammer den korrekte afgørelse. Kun ganske sjældent misfortolker Klagenævnet anvendelsen af de underliggende udbudsdirektiver og afvigelser i afgørelserne mellem domstolene og Klagenævnet opstår således ofte, hvor bedømmelsen af beviserne i sagen medfører en anden vurdering af faktum – men, sjældent de underliggende foreskrifters fortolkning.

Inden for afhandlingens genstandsfelt har det ikke været muligt at finde afgørelser hvor Klagenævnets konklusion divergerer fra en efterfølgende domstols konklusion, for så vidt angår forståelsen og fortolkningen af det underliggende retsgrundlag. Det har således alene været muligt at finde afgørelser hvor sagens faktiske omstændigheder har medført en divergerende opfattelse af faktum der ledte til en anden konklusion hos domstolene.

#### 4.4 Delkonklusion

På baggrund af ovenstående, ganske korte, gennemgang af praksis, må det således konkluderes at både undersøgelses- og handlepligt i omfattende grad eksisterer inden for udbudsrettens område. Det virker, umiddelbart, til at pligterne skal ses skarpt i lyset af ligebehandlingsprincippet, som således definerer at den ordregivende myndighed, altid, er pligtig til at behandle tilbudsgiverne ens. Samme argument kan benyttes til at understrege eksistensen af en handlepligt, med hensyn til afvisning, ved spørgsmål om unormalt lave bud. Der kan ikke herske tvivl om at en konsekvens af et unormalt lavt bud kan være at der efterfølgende må forhandles om kontraktens indhold eller den aftale pris. Ligebehandlingsprincippet beskyttelse synes at gå videre end blot den indledende udbudsproces. Som det ses illustreret i Klagenævnets kendelse af 14. januar 2013, som gennemgået ovenfor, synes beskyttelseshensynet i ligebehandlingsprincippet således også at omfatte det efterfølgende kontraktforløb. Således kan den førnævnte kendelse anskues ud fra et perspektiv om at Klagenævnet reelt beskyttede klageren mod et tab, som sandsynligvis ville blive realiseret. I litteraturen er fremkommer løbende diskussioner om hvorvidt indholdet af artikel 55 indeholder en pligt eller alene en ret. Arrowsmith anfører at der alene kan være tale om en ret og aldrig en pligt<sup>101</sup>; en holding der deles af Fabricius<sup>102</sup>, Poulsen, Jakbsen og Kalsmols-Hjelmborg<sup>103</sup> og det norske Klagenemnda for offentlige anskaffelser<sup>104</sup>. En mere neutral tilgang til spørgsmålet anlægges Nielsen, der

---

<sup>101</sup> The Law of Public and Utilities Procurement, side 536

<sup>102</sup> Offentlige indkøb – i praksis, side 535

<sup>103</sup> EU Udbudsretten, side 495

<sup>104</sup> Klagenemnda for offentlige anskaffelser, Vurdering af 30. september 2011, Vegamot AS mod Trøndelag Bomvegselskap AS



argumenterer for at det *"formegentligt [må] antages, at det står en ordregiver frit for – ud fra saglige og lovlige hensyn – at antage et unormalt lavt bud"*<sup>105</sup>. I modsætning hertil står Steinicke og Groesmeyer<sup>106</sup> og Bovis<sup>107</sup>, der argumenterer for at der, under visse særlige omstændigheder, kan opstå en pligt.

Personligt må jeg erklære mig enig med det sidstnævnte af ovenstående. Det ville virke modstridende, hvis det lå den ordregivende myndighed frit for at antage et unormalt lavt tilbud, hvis denne har en formodning om at kontrakten ikke kan gennemføres til den tilbudte pris. Der ville ligge en urimelighed heri, både overfor den tilbudsgivende og overfor det betalende samfund. En absolut mulig konsekvens af et unaturligt lavt tilbud medfører at kontrakten må genforhandles enten med hensyn til kvalitet, omfang eller pris. Urimeligheden opstår således som et brud på ligebehandlingsprincippet og det deraf afledte forhandlingsforbud, idet det antagne unormalt lave tilbud således kan medføre en urimelig fordel for den pågældende tilbudsgiver.

Et problem for den ordregivende myndighed ligger dog i bestemmelsens manglende præcision. Klagenævnet har over flere kendelser ikke lagt sig fast på hvor præcis grænsen mellem lavt og unormalt lavt går. I sin kendelse af 4. april 2007<sup>108</sup>, fastlægger Klagenævnet, eksempelvis, at en pris der er 30% under det næstlaveste tilbud, ikke i sig selv gør at prisen er "unormalt" lav. Modsætningsvist hertil, argumenterer Klagenævnet i sin kendelse af 14. januar 2013<sup>109</sup> for at en pris der ligger 50% under det næstlaveste tilbud må anses for at være "unormalt".

I handelssammenhænge er der en generel formodning om at pris, kvantitet og kvalitet, som udgangspunkt, er afhængige af hinanden. Der må derfor også stilles spørgsmålstegn, når en tilbudsgivers tilbud er meget afvigende fra normalen. Men, netop der opstår problemet. For, hvad er normalen? Dansk Sprognævn definerer normal som *"det almindelige eller gennemsnitlige"*, hvilket i udbudsretten præsenterer sig med sit helt eget sæt af problemer, for hvad er det "gennemsnitlige", hvis der er tale om en ny "vare". Varen i et udbud er en samlet

---

<sup>105</sup> Udbud af offentlige kontrakter, side 309

<sup>106</sup> EU's udbudsdirektiver, side 1316

<sup>107</sup> EU Public Procurement Law, side 423

<sup>108</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 4. april 2007, Cowi A/S mod Sønderjyllands Amt

<sup>109</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen

pakke, bestående af de ydelser, som kontrakten omfatter, men pakken er sjældent den samme i to forskellige udbud. "Varen" er afhængig af situationen, af udbuddet og af efterspørgslen. Således er det også svært at definere det normale prisleje, da der sjældent er et reelt referencepunkt at gå ud fra, hvorfor man må "nøjes" med at bruge konkurrenternes tilbud som pejlemærke. Nok også derfor afholder klagenævnet sig fra at komme med en mere præcis definition af unormal. Bovis kommenterer på netop problemstillingen med det "normale" og det at ordlyden af bestemmelsen synes at lægge op til at der findes en absolut værdi, ved at skrive *"It rather seems that the term 'obviously' indicates the existence of precise and concrete evidence as to the abnormality of the low tender"*<sup>110</sup>, om end han herefter videre kommenterer på modsætningen i netop ordet "unormal", da der heri naturligt må ligge et vist skøn.

Således er det svært at give et præcist svar på hvornår en absolut handlepligt foreligger, men en kvalificeret gæt må være at en undersøgelsespligt bør indtræde et sted omkring 30% under det næstlaveste tilbud, og at en egentlig afvisningspligt må eksistere, når den tilbudte pris skaber kvalificeret tvivl om hvorvidt tilbudsgiver reelt kan løfte den kontraktuelle opgave.

Eksemplificering af netop denne afvisningspligt ses af ovenstående analyse af Rettens afgørelse af 6. juli 2005<sup>111</sup>, hvor en modsætningslutning på afgørelsens konklusioner netop må medføre at et reelt manglende sammenhæng mellem den tilbudte kvalitet og det med udbuddet forventede af ligebehandlingsårsager må medføre at en afvisningspligt opstår.

## 5 Håndhævelse i praksis

Generelt reguleres håndhævelsen af udbudsreglerne i de to kontroldirektiver, 89/665/EEC og 92/13/EEC, og disse er i Danmark implementeret i Håndhævelsesloven<sup>112</sup>. Reglernes formål er at sikre at overtrædelser af udbudsreglerne kan håndteres i en national kontekst. Således fastsætter

---

<sup>110</sup> EU Public Procurement Law, side 424

<sup>111</sup> T-148/04

<sup>112</sup> Lov 2010-05-12 nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne

håndhævelsesloven de konsekvenser overtrædelser af reglerne vil kunne medføre, i form af f.eks. annullation og uden-virkning.

Reglerne definerer videre Klagenævn for Udbud som obligatorisk førsteinstans for klager indgivet i stand still-perioden og derfor ses de fleste klager over udbud også ført for Klagenævnet. Fordelen ved en sagshåndtering hos Klagenævnet er at dette er mindre omkostnings- og ressourcetungt; og samtidig tager behandlingen generelt kortere tid.

Klagenævnet udspringer som en konsekvens af kontroldirektiverne, hvoraf det udledes at der skal eksistere et uafhængigt klagenævn til behandling af klager inden for det udbudsretlige område. I Danmark er Klagenævn for Udbud etableret ved Bekendtgørelse om Klagenævnet for Udbud<sup>113</sup>. Klagenævnet udgøres af en formand og et sagkyndigt medlem, og er organiseret efter forhandlingsprincippet således at der alene tages stilling til parternes påstande.

I forhold til afhandlingens emnefelt ses det kun ganske sjældent, af retspraksis, at en ordregivende myndighed har tilsidesat sin pligter. Et eksempel på konsekvenserne af tilsidesættelse af pligterne ses dog under Domstolens behandling af C-285/99, hvoraf det bekræftedes at der skal være tale om en reel undersøgelse og at en tilsidesættelse af pligten, uagtet at tilsidesættelsen skyldtes en beslutning i overensstemmelse med national lovgivning, medfører at tildelingsbeslutningen må annulleres og revurderes.

En nedlagt påstand om annullation ses, umiddelbart, som det mest normale<sup>114</sup>, hvorom det dog sjældent tilkendes. Grunden hertil er myndighedernes generelle adgang til i vidt omfang at udøve et myndighedsskøn, hvortil der alene tages stilling til om der er tale om et "åbenlyst urigtigt skøn". Der tages således, af domstolene, ikke, som udgangspunkt, stilling til det materielle indhold af

---

<sup>113</sup> BEK nr. 887 af 11/08/2011

<sup>114</sup> Se f.eks. Klagenævn for Udbud, Kendelse af 21. juli 2011 og Klagenævn for Udbud, Kendelse af 20. juni 2013

beslutningen – altså om beslutningen er rigtig eller forkert – men, derimod om beslutningen er foretaget på baggrund af et korrekt skøn.

Som det, i øvrigt, ses af ovenstående retspraksisanalyse, sker det kun ganske sjældent at en ordregiver findes at have tilsidesat sin undersøgelses- eller handlepligt, hvor denne ikke har været påvirket af anden regelsætning. Spørgsmålet er således om det fremadrettet forventes at status quo opretholdes. Med de ændringer der er lagt op til i den nye udbudslov, tillader jeg mig at stille mig skeptisk heroverfor. Som nævnt nedenfor kan det diskuteres hvordan ordet ”verificere” skal tolkes, men hvis ordlydsfortolkningen står til troende, må det forventes at de ordregivende myndigheder i større grad vil blive anklaget for ikke at have kontrolleret oplysningerne ”godt nok”.

## 6 Perspektivering og diskussion

De følgende afsnit tager udgangspunkt i de ovenstående analyser af retstilstanden inden for afhandlingens emnefelt. Afsnittet er delt op i delafsnit for at lette overskueligheden. Udgangspunktet for den følgende diskussion skal ses som mine holdninger og som et debatindlæg i forhold til fortolkningen og betydningen af reglerne. Der er således tale om den måde jeg, i lyset af retspraksis og retsgrundlag, opfatter reglerne og forventer at disse anvendes på en generisk sag.

### 6.1 Fremtidige ændringer – Den nye udbudslov

Det nuværende udbudsdirektiv forventes i løbet af efteråret<sup>115</sup> afløst af ”den nye udbudslov”, som er implementeringen af ”det nye udbudsdirektiv”<sup>116</sup>. Udbudsloven består af 199 paragrafer og skal senest være implementeret 1. april 2016.

I forhold til nærværende afhandling, er der i det følgende særligt lagt vægt på ændringer der i forhold til hhv. undersøgelses- og handlepligt.

Lovforslag nr. L164 af 18. marts 2015, i det følgende benævnt Udbudsloven, ændrer grundlæggende på strukturen fra det eksisterende udbudsdirektiv, og én af

---

<sup>115</sup> Udbudsloven, Lovforslag L164, § 196, stk. 1

<sup>116</sup> Direktiv 2014/24/EU

de mest grundlæggende ændringer er således at de eksisterende henvisninger ikke længere er gyldige.

Som et indledende kuriosum kan nævnes at der i den nye udbudslov specifikt fremgår at der ikke må ske forskelsbehandling på baggrund af nationalitet, hvis tilbudsgiver er fra EU, medlem af EØS eller hvis det, i øvrigt, er pålagt Danmark eller EU ikke at forskelsbehandle disse efter international aftale. Dette er en klar ændring i forhold til tidligere, hvor det blot fremgik, af artikel 2, at principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling skulle overholdes.

For udbudsloven gør det sig dog gældende, jf. præamblen til det nye udbudsdirektiv<sup>117</sup>, at der primært er tale om en opdatering og implementering af kodificeret retspraksis. Samtidig er det dog også formålet med det nye direktiv, og dermed også med den nye udbudslov, at forenkle processen mest muligt for at undgå det værdispild der eksisterer, når processer bliver for komplicerede.

#### 6.1.1 Kontraktværdi

Indholdet af den eksisterende artikel 9 er indsat i § 30, men dog nu bragt til at være i overensstemmelse med den engelske, tyske og svenske version af artikel 9, således at der ikke længere hersker tvivl om hvorvidt værdiopgørelsen kun omfatter ordregivers omkostning eller den samlede omkostning.

#### 6.1.2 Indkøbscentraler

Den nuværende artikel 11, er indsat i § 119, dog nu med den vigtige ændring, at den ordregivende myndighed nu, uanset hvad, anses for at have overholdt udbudsreglerne hvis en indkøbscentral benyttes. Hvor der i den eksisterende artikel 11, stk. 2, fremgår at ordregiver anses for at *"overholdt bestemmelserne i dette direktiv, forudsat at indkøbscentralen har overholdt dette."*<sup>118</sup>, fremgår det nu, for varer og tjenesteydelser, af § 121, stk. 1, pkt. 1 at ordregiver *"anses for at opfylde sine pligter efter denne lov, når ordregiveren erhverver varer eller*

---

<sup>117</sup> Direktiv 2014/24/EU, præambel punkt 2

<sup>118</sup> Udbudsdirektivet, artikel 11, stk. 4

*tjenesteydelser efter § 119, stk. 1*". En lignende bestemmelse findes for de resterende typer indkøb i § 121, stk. 1, pkt. 2.

Det er således interessant at Udbudsloven fritager ordregiver for ansvar hvis indkøbscentralen har lavet fejl. Hvor ordlyden i artikel 11, var underbyggende for en forståelse om at ordregiver kunne blive ansvarlig hvis denne handlede groft uagtsomt eller forsætligt, kunne den nye ordlyd efterlade et indtryk af at ordregiveren alene bliver ansvarlig ved forsætlig overtrædelse – hvis overhovedet. Umiddelbart er det svært at se at denne konsekvensdel af artikel 11 er overført i nogen grad. Praksis har hidtil været således at en ordregivende myndighed ikke straffedes for at have benyttet en rammeaftale ved en indkøbscentral der viste sig at være indgået i strid med direktivets bestemmelser, medmindre dette netop skete groft uagtsomt eller med forsæt, hvorfor det virker mærkeligt helt at udelade muligheden for at straffe en ordregiver der vidende benytter en rammeaftale der er kendt stridig.

### 6.1.3 Obligatorisk udelukkelse

Den nuværende artikel 45 er videreført i § 135, hvor den dog er blevet opdateret til at benytte en anden rammeafgørelse<sup>119</sup>, samt nu at have fået terrorvirksomhed, eller støtte heraf, samt børnearbejde ind som yderligere obligatoriske udelukkelsesgrunde. Endvidere fremgår det i § 135, stk. 2 eksplicit at bestemmelsen også omfatter tilbudsgivere hos hvem *"en person, der er dømt ved endelig dom eller vedtaget bødeforlæg fir de handlinger, som er nævnt i stk. 1, er medlem af ansøgerens eller tilbudsgiverens bestyrelse, direktion eller tilsynsråd"*. At det nu eksplicit fremgår at det er en udelukkelsesgrund at have et dømt medlem af ledelsen, samt at der ikke nødvendigvis kræves dom, men at et vedtaget bødeforlæg er "nok", er en klar skærpelse fra tidligere.

Dog er der indsat en undtagelse i § 138, der gør det muligt for en dømt tilbudsgiver at dokumentere sin "pålidelighed". § 138, stk. 2 definerer således at den ordregivende myndighed ifalder en vis handlepligt, overfor en tilbudsgiver der er omfattet af en af udelukkelsesgrundene i §§ 135-137, til at orientere tilbudsgiver

---

<sup>119</sup> 2008/841/RIA – ændrer ikke grundlæggende på hvem der er omfattet af bestemmelsen.

om dette. Herefter følger en procedure der ligner den eksisterende procedure i artikel 55, hvor den ordregivende myndighed skal anmode om dokumentation, i dette tilfælde for "pålidelighed", og at denne dokumentation skal vurderes af den ordregivende myndighed. Nærmere kriterier om hvordan denne vurdering skal foregå, og hvad der kan inddrages, fremgår af § 138, stk. 3, der dog er forholdsvist vag i sin formulering. Af § 138, stk. 5 og 6, fremgår det direkte at en tilbudsgiver der har dokumenteret sin pålidelighed ikke vil kunne udelukkes, hvilket unægteligt udhuler definitionen af "obligatorisk" en del. Stk. 5 og 6 definerer også klar hvor længe en udelukkelse varer, hvilket klart er fremskridt fra den eksisterende bestemmelse, hvoraf der ikke fremgår nogen form for "forældelse", hvilket kan indebære at denne skal fortolkes således at en dom skal medføre evig udelukkelse.

Interessant er det dog at det ikke længere kun er "*hvis det er relevant*"<sup>120</sup> at der skal indhentes dokumentation for tilbudsgivernes strafforhold. Dette er nu reguleret efter § 152, af hvilken det fremgår at "*ordregiver skal som bevis for, at der ikke er grundlag for udelukkelse (...) kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere skal sende den dokumentation, der henvises til i §§ 153-155, 157 og 158*". Det ses derudover ikke umiddelbart muligt at dispensere fra reglerne om obligatorisk dokumentation. Det bliver interessant, at se når store virksomheder med meget store direktioner og bestyrelser skal levere straffeattester på alle direktions- og bestyrelsesmedlemmer. Det er samtidig en nærliggende tanke at visse virksomheder vil afholde sig fra at byde på visse kontrakter, af frygt for at eventuel strafhistorik spredes.

På trods af at § 152, definerer at det kun er dokumentationen nævnt i §§ 153-155, 157 og 158 der kan accepteres, etablerer § 148 dog en behændig funktion ved at definere brugen at "*det fælles europæiske udbudsdokument*" som "*foreløbigt bevis*". Det fremgår således af stk. 3 at det "*fælles udbudsdokument*" er et absolut krav for overhovedet at "*tage ansøgninger eller tilbud i betragtning*", hvorefter § 151, stk. 1

---

<sup>120</sup> Udbudsdirektivet, artikel 11, stk. 1, fjerde afsnit

fastsætter at der alene skal indhentes endelig dokumentation hos den, eller de, tilbudsgivere det tildeles kontrakten.

Bestemmelsen er således både strammet og lempet på én gang. Det er nu obligatorisk at indhente oplysninger om tilbudsgivers strafforhold, ligesom det nu også er obligatorisk at handle på disse. Dog er reglen lempet ved at det nu er muligt at se bort fra disse strafforhold, i det omfang tilbudsgiver dokumenterer sin pålidelighed. Der bliver interessant at følge Klagenævnets behandling af de ordregivende myndigheders skønsudøvelse kontra ligebehandlingsprincippet fremover.

#### 6.1.4 Unormalt lave tilbud

Proceduren omkring tildelingen af en kontrakt er nu blevet samlet i paraplybestemmelsen § 159. Stk. 1, af bestemmelsen definerer at der er visse bestemmelser som skal iagttages inden tildeling. Formuleringen af bestemmelsen åbner muligheden for en vis mængde fortolkning:

*"En ordregiver skal tildele kontrakten i overensstemmelse med §§ 161-165 om kriterierne for tildeling af kontrakten, samt hvis relevant, §§ 166-168 om beregningen af livscyklusomkostninger, og § 169 om unormalt lave tilbud."*<sup>121</sup>

Således åbner placeringen af sætningen "samt hvis relevant" et spørgsmål om hvad præcis der skal være relevant. Er der her alene hentydet til livscyklusomkostningerne eller er der både tale om disse og unormalt lave tilbud?

Bemærkningerne til bestemmelsen yder nogen hjælp hertil, ved at negere et par af kommaerne i bestemmelsen. Men, om dette beror på en fejl eller dette er med fuldt overlæg naturligvis åbent for diskussion.

Bestemmelsen kan således anskues på en af to måder. Enten hvor "samt hvis relevant, §§ 166-168 om beregning af livscyklusomkostninger" er en indskudt sætning, således at "og § 169 om unormalt lave tilbud." må henføres til "En ordregiver skal tildele kontrakten i overensstemmelse med", eller hvor "samt hvis relevant, §§ 166-168 om beregningen af livscyklusomkostninger, og § 169 om

---

<sup>121</sup> Udbudsloven, § 159, stk. 1



*unormalt lave tilbud*” skal ses som en samlet genstandssætning hvor relevansspørgsmålet er gennemgående.

Af det underliggende direktiv fremgår det af artikel 56, at *”Kontrakter tildeles på grundlag af kriterierne opstillet i artikel 67-69”*<sup>122</sup>, og hvor det af artikel 68, stk. 1 fremgår eksplicit at livscyklusomkostninger skal medregnes *”i relevant omfang”*<sup>122</sup>, fremgår det derimod af artikel 69, stk. 1, at *”De ordregivende myndigheder kræver, at økonomiske aktører gør rede for de priser eller omkostninger, der er foreslået i tilbuddet, hvis det pågældende tilbud forekommer at være unormalt lavt”*.

Der er således i det underliggende direktiv en distinktion mellem hvad der skal være *”relevant”* og hvad der skal foretages når noget *”forekommer”*. Hvorom der, i praksis, nok alene er tale om en akademisk diskussion, må førnævnte medføre en fortolkning af § 159 i retning mod at en form for vurdering af om prisen er unormalt lav, altid, skal foretages. Der er således tale om en videreførelse af den eksisterende praksis fra artikel 55, for så vidt angår stk. 1, 2, 4 og 5.

Hvad der dog er nyt i § 169, er indholdet af stk. 3, der bestemmer at *”En ordregiver skal afvise et tilbud, når tilbuddet er unormalt lavt, fordi en tilbudsgiver eller dennes underleverandører har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljømæssige-, sociale-, or arbejdsretlige område”*. Således etablerer stk. 3 en handlepligt i form af en afvisningspligt, hvis et tilbud er unormalt lavt, som følge af de nævnte årsager. Ligeledes etableres en undersøgelsespligt for den ordregivende myndighed, da den redegørelse der kan afkræves efter stk. 2 ikke indeholder oplysninger om de forhold der kan medføre afvisningspligt. Således må det være op til den ordregivende myndighed der modtager et unormalt lavt tilbud, hvor redegørelsen ikke viser hvorfor tilbuddet er lavt, ifalder en pligt til at kontrollere om dette skyldes de, i stk. 3, angivne årsager.

Det bliver ganske interessant at se hvordan denne del af bestemmelsen vil blive håndhævet fremadrettet. Bestemmelsen betyder effektivt at en dansk ordregiver der modtager et tilbud fra, eksempelvis, en fransk tilbudsgiver, der *”forekommer”* unormalt lavt, men hvor redegørelsen ikke umiddelbart giver svar på hvorfor, vil

---

<sup>122</sup> Direktiv 2014/24/EU, artikel 56, stk. 1

skulle kontrollere om denne tilbudsgiver har overtrådt miljømæssige-, sociale-, or arbejdsretlige regler både i "EU-retten, national lovgivning, kollektive aftaler eller i henhold til de miljø-, social-, og arbejdsretlige forpligtelser der er afledt af konventionerne, der er nævnt i Bilag X til denne lovs bilag 2."<sup>123</sup>.

#### 6.1.5 Verificering af oplysninger

Af Udbudslovens § 159, stk. 2, fremgår det at "En ordregiver kan alene tildele kontrakten, hvis ordregiveren har verificeret, at tilbuddet opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale.". Det fremgår af kommentarerne til bestemmelsen at "Der påhviler ikke ordregiveren en generel pligt til at undersøge rigtigheden af oplysningerne i de afgivne tilbud. Alene i de situationer, hvor der er tvivl om, hvorvidt ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale, har ordregiveren en pligt til at foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har indsendt."<sup>124</sup>. Indholdet af kommentaren er i overensstemmelse med Klagenævnets praksis på området, men en lignende kommentar synes ikke at fremgå af det underliggende direktiv. Sammenholdt med ordvalget ville det være nærliggende at konkludere at kommentaren fejlfortolker indholdet og kravene i det underliggende direktiv.

Når man konsulterer den engelske version af det underliggende direktiv, er artikel 56, stk. 1 affattet således:

*"Contracts shall be awarded on the basis of criteria laid down in accordance with Articles 67 to 69, provided that the contracting authority has verified in accordance with Articles 59 to 61 that all of the following conditions are fulfilled:*

*(a) the tender complies with the requirements, conditions and criteria set out*

*(...)."*

Den engelske version bruger, ligesom den danske, ordet "verified". En ordlydsfortolkning af bestemmelsen kan derfor ikke medføre andet resultat end at den ordregivende myndighed skal bekræfte at det pågældende tilbud er i

---

<sup>123</sup> Udbudsloven, § 137, stk. 1, pkt. 1

<sup>124</sup> Udbudsloven, Lovforslag L164, side 175

overensstemmelse med udbudsmaterialet. Således anvendes i den franske version "*vérifié*", som løst oversat kan betyde "at kontrollere" eller "at tjekke". Den tyske version benytter udtrykket "*überprüft*", som igen betyder "at kontrollere" eller "at tjekke". Af den svenske version fremgår det at den ordregivende myndighed skal have "*kontrollerat att samtliga följande villkor är uppfyllda*".

Det bliver således interessant at følge Domstolens behandling af bestemmelsen når, eller rettere hvis, der bliver stillet spørgsmål til dennes fortolkning.

Hvis ordlydsfortolkningen anvendes, må det modsat lægges til grund at arbejdsbyrden for den ordregivende myndighed ville stige markant. Hvordan en udmøntning af en sådan undersøgelsespligt i den virkelige verden ville blive håndteret er det svært at overskue. En sådan kontrol af overholdelsen af alle krav i et udbudsmateriale vil være særdeles mandskabstungt, specielt for store udbud med hundrede-, hvis ikke, tusindvis krav der skal overholdes.

Således må det overvejes om en sådan detailkontrol overhovedet er nødvendig, da denne ville skulle bero på information fra tilbudsgiverne. Alternativt ville en undersøgelse skulle udføres af uvildige eller af den ordregivende myndighed selv, hvilket igen ville medføre voldsomme omkostninger for den ordregivende myndighed.

#### 6.1.6 Delkonklusion

Overordnet må det konkluderes at den grundlæggende retsstilling videreføres med visse, for afhandlingens emnefelt, væsentlige ændringer.

Som nævnt ovenfor tjener det nye udbudsdirektiv, og dermed den nye udbudslov, et flerdelt formål, med simplificering og kodificering som de centralt bærende punkter. Således ses Domstolens praksis i videst muligt omfang implementeret i det nye udbudsdirektiv.

For den danske læser, er det rart at se at bestemmelsen omkring kontraktværdi endelig er blevet bragt på linje med forståelse, formålet og idéen med denne. Den

afvigende danske formulering i artikel 9 må umiddelbart være at tolke som en oversættelsesfejl rettere end en intentionel fortolkning.

Interessant er det at den nye udbudslov på én og samme gang både stramme og lemper reglerne for de ordregivende myndigheder. Således er det tydeligt at den ordregivende myndighed på området omkring unormalt lave priser, hvor myndigheden i væsentligt udvidet grad fra tidligere tillægges både en undersøgelses- og handlepligt i forhold til bl.a. det miljømæssige område. Det bliver således ganske interessant at se hvordan reglerne kommer til at skulle anvendes i praksis, og hvordan man, fra lovgivers side, forventer at de ordregivende myndigheder skal kunne tjekke om en udenlandsk virksomheds unormalt lave tilbud skyldes at de ser bort fra én, af de næsten uendeligt mange, EU-regler på f.eks. miljøområdet.

Hvad der ligeledes må ses som en væsentlig skærpelse af reglerne fra tidligere er den nye passage om at den ordregivende myndighed skal "verificere" hvorvidt et tilbud faktisk overholder kravene i udbudsmaterialet. En lignende bestemmelse synes ikke at eksistere i det nuværende udbudsdirektiv. Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget at den ordregivende myndighed, i lighed med tidligere, ikke har generel pligt til at kontrollere de oplysninger der fremgår af et tilbud, men en lignende bemærkning er ikke at finde i forhold til det underliggende direktiv. En ordlydsfortolkning af bestemmelsen i det underliggende direktiv på dansk, svensk, engelsk, fransk og spansk synes ej heller at kunne lede til anden konklusion end at der opstår en faktuel pligt til at "verificere" oplysningerne i tilbuddene. Under fortolkningen af bestemmelsen på de førnævnte sprog, ses der, på alle sprog, anvendt et ord der i sin naturlige brug betyder "at kontrollere". Det ville således virke mærkeligt at man fra EU's side vælger et ord der netop betyder "at kontrollere", hvis ikke hensigten faktisk er at den ordregivende myndighed skal gøre netop det.

En stram ordlydsfortolkning leder således til at der skal ske en kontrol af de afgivne oplysninger. Hvordan en sådan kontrol i praksis kan udføres er et

interessant punkt. En reel kontrol af alle afgivne oplysninger for alle indkomne tilbud vil, sandsynligvis, være en uoverkommelig opgave i udbud med mange hundrede, hvis ikke tusinde, krav til det leverede. Således vil det også virke uproportionalt hvis intentionen med bestemmelsen er at alle krav skal realitetsefterprøves. Således kan det diskuteres om en ordlyden nærmere skal tolkes som et opgør med den nuværende praksis hvor manglende opfyldelse af et mindstekrav skal være "åbenbar" før end at dette skal medføre afvisning. Man kunne tolke bestemmelsen således at "verificeringen" skal foretages hvis der opstår tvivl om opfyldelse. Således bliver kontrolbestemmelsen skrappere idet den ordregivende myndighed ifalder en pligt til at undersøge opfyldelse i de tilfælde hvor en tvivl opstår uden samtidig at skulle kontrollere alle oplysningerne i tilbuddet.

Det bliver meget interessant at følge om ordlydsfortolkningen er i overensstemmelse med Domstolens opfattelse af indholdet. Da det fremgår af bemærkningen til Udbudsloven at praksis ikke ændres, må det betvivles om, eventuelle, ændringer vil slå igennem i dansk udbudsret, før end at Domstolen har behandlet problemstillingen.

Min personlige opfattelse er dog at erhvervs- og vækstministeriet har fejlfortolket bestemmelsen, da direktivet ikke indeholder en definition af udtrykket "verificere" der kan lede til anden fortolkning end en almindelig ordlydsfortolkning.

## 6.2 Undersøgelses- og handlepligt efter residuallovgivning

I den generelle forvaltningsret eksisterer et princip om "økonomisk forsvarlig forvaltning". Princippet findes omtalt i både dansk<sup>125</sup> og europæisk<sup>126</sup> ret og medfører at forvaltningen som helt generel grundregel skal foretage de handlinger der giver bedst mening ud fra et økonomisk perspektiv.

I forhold til udbudsretten, og nærmere undersøgelses- og handlepligt, kan der ikke herske tvivl om at de forvaltningsretlige myndigheder har pligt til at handle så omkostningseffektivt som muligt. Dette faktum må, unægtelig, betyde at der skal

---

<sup>125</sup> f.eks. Indenrigs- og sundhedsministeriets betænkning nr. 1425

<sup>126</sup> f.eks. Finansforordningen, 1605/2002

ske en pligtmæssig vurdering af indkomne tilbud ikke kun ud fra tilbudsmaterialet, men også ud fra et samfundsøkonomisk helhedsperspektiv. Kært barn har mange navne; skifteomkostninger, transaktionsomkostninger, etableringsomkostninger og så videre, alle har kan de dække over den skjulte omkostning der ligger i at skulle skifte udbyder af en given ydelse. Et eksempel kunne være når en offentlig myndighed har ESDH i udbud. Således skal der tages hensyn til meget mere end den rå pris, samtidig med at det kan være svært at få alt med i udbudsmaterialet. Således foretages en tilbudsvurdering både i forhold til udbudsreglerne og ud fra det førnævnte princip. Hvorvidt en sådan tilbudssammenligning og realitetsvurdering er lovlig er naturligvis et diskussionspunkt. Der bliver, som sådan, ikke direkte forskelsbehandlet og tilbuddene bliver ligeligt sammenlignet på de samme objektive betingelser – men, den tilbudsgiver der havde kontrakten tildelt inden udbuddet har, naturligt nok, en vis fordel. I praksis er dette en svært håndterbar situation, hvor der på den ene side skal handles i overensstemmelse med udbudsreglerne og på den anden side skal der skules til princippet om økonomisk forsvarlighed. Det er således svært for den førnævnte offentlige myndighed at forsvare at udskifte et ESDH system for at opnå en sekscifret årlig besparelse, hvis den afledte omkostning udgøre et syvcifret beløb i tab arbejdstid, træning og konvertering af data.

Der er således ingen tvivl om at der under tilbudsvurderingen ifaldes en vis forvaltningsretligt undersøgelsespligt der medfører at den ordregivende myndighed skal undersøge, både internt i organisationen og eksternt hos tilbudsgiverne, hvilke konsekvenser et skifte reelt vil have for organisationen. Det er umuligt for en udenforstående tilbudsgiver at opnå et forretningsindblik der er grundigt nok til at tage fyldestgørende højde for omkostningerne i tilbudsmaterialet og netop af den grund har den ordregivende myndighed behov for at undersøge de nærmere omstændigheder for tilbuddet. Rent praktisk kan dette gøres under reglerne om "unormalt lave tilbud", idet tilbudsgiver oftest ikke fyldestgørende kan indregne skifteomkostninger på baggrund af manglende forretningsviden. Eksemplificering af netop skifteomkostningsproblemstillingen

ses, blandt andre, i Klagenævnets kendelse af 27. oktober 2011<sup>127</sup> og af 13. april 2010<sup>128</sup>.

Krydsfeltet mellem økonomisk forsvarlig forvaltning, ligebehandling og gennemsigtighed, kan med rette nærmere omtales som et minefelt, hvor den ordregivende myndighed skal forsøge at balancere mellem tvingende og obligatoriske principper.

Både Klagenævnet og Retten<sup>129</sup> synes dog at konkludere at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne har forrang i forhold til forsvarlighedsprincippet.

I kombination, må det således konkluderes at den ordregivende myndighed skal iagttage princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning samtidig med at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne respekteres. I praksis kan dette være særdeles udfordrende, hvilket også ses illustreret af de førnævnte Klagenævnskendelser. Af begge sager fremstår det som om at den ordregivende myndighed reelt har gjort alt hvad der stod i dennes magt for at iagttage alle principperne, men at det, efter klagerens mening, ikke var lykkedes godt nok. En problemstilling, inden for netop dette krydsfelt, synes generelt at opstå når en kontrakt genudbydes efter en succesfuld udbudsperiode. Der vil her, altid, være omkostninger forbundet med at skifte til en ny udbyder, ligesom udbuddet alene koster store summer. Således kan der argumenteres for at skifteomkostningsbetragtningen altid bør iagttages, når der er tale om genudbud, om end Klagenævnet ikke synes at mene at en generel pligt eksisterer<sup>130</sup>.

### 6.3 Undersøgelses- og handlepligt i perspektiv

Ved indgangen til arbejdet med denne afhandling var jeg af den opfattelse af undersøgelses- og handlepligt var en klart defineret størrelse, der kunne sættes i bås og mærkes op. Der kan man sige at jeg tog fejl. Pligterne gennemsyrrer udbudsretten i alle faser. De omtales ikke under de førnævnte navne, men de anvendes uagtet som undersøgelses- og handlepligt. Således ses det, igennem

---

<sup>127</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 27. oktober 2011, FICS mod Patientombuddet

<sup>128</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 13. april 2010, KMD mod Frederiksberg

<sup>129</sup> Retten, dom af 12. marts 2008, T-345/03

<sup>130</sup> Klagenævn for Udbud, Kendelse af 26. maj 2011, Convergens A/S mod Viborg Kommune

retspraksis, f.eks. fastlagt at der er generel pligt til at overveje om et tilbuds pris er "unormalt" lavt. I ordet unormalt ligger der unægtelig en pligt til at overveje hvordan man ved den givne kontrakt opfatter unormalt. Ved anvendelsen af den pågældende ordlyd er der lagt op til at noget normalt eksisterer, at der er et fast benchmark, at det faktisk er muligt at afgøre om noget er normalt eller ej. Denne underlige dobbeltmoral synes at gå igen.

Uagtet ovenstående, er der absolut ingen tvivl om at en ordregivende myndighed altid, i et eller andet omfang, ifalder en undersøgelsespligt. Det være sig enten, som nævnt, om prisen er unormal eller om det må virke åbenbart at tilbuddet ikke kan leve op til kravene i udbudsmaterialet. Der er i praksis interessante eksempler på hvor åbenlyst noget skal være for at det er åbenlyst i udbudsretten. Når en leverandør oplyser at en stol er "pepper grey", er det så det samme som at den er sort? For almindeligt dødelige, nej. For udbudsretten, ja, potentielt. Man lod det, om ikke andet, være op til den ordregivende myndighed at vurdere om det at den pågældende stol ville blive leveret i grå ville være i uoverensstemmelse med kravet om at stolen skulle være sort.

Når tilbudsgiver herefter, i sit svarskrift til ordregiver, skriver at "grå er en nuance af sort" og "hvis man ville have en præcis farve, skulle man angive en farvekode" viser det jo alene at tilbudsgiveren, sandsynligvis, godt vidste at den var gal; alligevel fik de tildelt kontrakten da Klagenævnet nåede frem til at det ikke havde været åbenlyst for ordregiver at en grå stol ikke er sort.

I forordet til det nye udbudsdirektiv fremgår det, bl.a., at formålet med dette er at lette adgangen for små og mellemstore virksomheder til de offentlige udbud. Hvis lovgivers ønske virkelig er at lette adgangen, skulle man nok overveje ikke at åbne døren på klem ved alle de obligatoriske udelukkelsesgrunde, og man burde gøre det pligtigt for den ordregivende myndighed at kontrollere om tilbuddene faktisk er i overensstemmelse med kravene i udbudsmaterialet.

I forhold til netop udbudsmaterialets krav, må den nye bestemmelse, som nævnt ovenfor, i lyset af ordlyden og forordet til direktivet, fortolkes således at den



ordregivende myndighed skal undersøge om at det tilbudsgiver skriver faktisk har hold i virkeligheden. En sådan kontrol ville, sandsynligvis, løse nogle af de tilbud man, som ordregiver, modtager, hvor man, af erfaring, ved at enten er det ikke sandt det tilbudsgiver skriver; eller også er det en lidt lemfældig gradbøjning af sandheden.

Jeg synes at sagen om stolene, som analyseret ovenfor, er et fantastisk eksempel på at tilbudsgivere, nogle gange, kommer lidt let om ved ikke at være 100% ærlige når de afgiver tilbud.

Uanset hvad tilbudsgiveren skriver om nuancer og farvekoder, kan der umuligt have hersket tvivl om hvad det betyder, når der står i kravene at stolen skal være sort, hvilket betyder at de sagde "Ja" til at stolen var sort, når de så efterfølgende, direkte adspurgt, indrømmer at stolen er en nuance heraf – altså, den er grå.

Af ovenstående kan jeg komme til at fremstå farvet, partisk og mavesur, men jeg har, som ordregiver, stået i præcis den samme situation. Godt nok med en anden møbelleverandør, men med samme problem. Stolen skal være sort. "Ja, det kan vi sagtens", lige indtil møblerne faktisk skulle leveres i hvert fald – så var stolene pludselig koksgrå.

Jeg finder det forkasteligt at det er omfattet af så lille risiko at omgå sandheden så lemfældigt, men tilbudsgiver ved udmærket godt at ordregiver næppe gør noget ved det. Og, som ordregiver, kan jeg jo kun bekræfte at det er tilfældet. Jeg kunne aldrig drømme om at bruge tid på at hæve kontrakten og starte forfra med et nyt udbud, blot for at få det vi, allerede, havde stillet som krav – for nu er det jo for sent. Alt hvad vi laver udbud på er efter et stramt just-in-time princip, så vi har ikke aftalen på plads og ydelserne leveret flere måneder før vi skal bruge dem. Derfor rammer det også ekstra hårdt, når det viser sig at ydelserne ikke er som lovet.

Personligt håber jeg at den nye bestemmelse tolkes som en stramning, hvor ordregivende myndigheder tillægges en undersøgelsespligt ved tvivl, således at dette medfører en større præcision i de afgivne tilbud.

### 6.3.1 Ligebehandlingsprincippet og undersøgelsespligt?

En interessant diskussion opstår i krydsfeltet mellem undersøgelsespligt og ligebehandlingsprincippet, da det ene ikke kan stå tilbage for det andet. Således skal man, som ordregiver, altid overholde ligebehandlingsprincippet – men, samtidig skal man også opfylde sin undersøgelsespligt, når en sådan er ifaldet.

Krydsningen betyder at den ordregivende myndighed skal sørge for at behandle alle situationer ens, samtidig med at der i nogle situationer skal gøres noget ekstra. Det betyder, med andre ord, at hvis du skal undersøge én skal du undersøge alle. I praksis sker det ikke – i hvert fald ikke konsekvent. En afledt konsekvens af blandingen er at den ordregivende myndighed ikke kan nøjes med at bede om dokumentation for et tilbuds sammensætning, hvis det forekommer unormalt lavt, men derimod at myndigheden er nødt til at bede om dokumentation fra alle. Denne konsekvens er ikke, umiddelbart, nedfældet som en del af direktivet eller direkte illustreret i retspraksis, men som sådan giver det egentlig meget god mening.

Det ligger i naturen af definitionen af normalt at der skal fastlægges en "baseline" og at en sådan baseline, naturligt, må være afhængig af indholdet i det specifikke udbud. Derfor er det heller ikke nok at indhente informationer fra den der, tilsyneladende, har en unormalt lav pris, da det lige så godt kan være de andre tilbudsgivere der er unormalt dyre. Denne eventualitet bliver ikke normalt diskuteret i litteraturen, da det er udgangspunktet at der er frit flydende konkurrence på markedet, hvilket, som illustreret af "den store kartelsag", ikke nødvendigvis altid er tilfældet.

Problemet i denne situation er naturligvis at det er utroligt omkostnings- og ressourcetungt at evaluere sammensætningen af alle tilbud i detaljer, når vi, som ordregivende myndighed, nogle gange modtager op mod hundrede tilbud.

Diskussionen er således, som nævnt ovenfor, om dette vil være et problem i fremtiden. Min fortolkning af det nye udbudsdirektiv, som meget vel kan være forkert, betyder at alle tilbuds skal tjekkes for uoverensstemmelser med

udbudsmaterialet. Således ville det også være naturligt at tjekke prissammensætningen – når man nu alligevel skal kigge tilbuddene grundigt igennem.

Det er så spørgsmålet hvor forhandlingsforbuddet står henne i al den diskussion om undersøgelsespligt? For når den ordregivende myndighed kontakter en tilbudsgiver for at få dokumentation om hvordan en pris er skruet sammen – ligger der da ikke naturligt en forhandling her? Hvis den ordregivende myndighed på forhånd ved at der er tale om en lav pris i forhold til hvad de mener er normalt, må der jo være noget der ikke er som normalt – pris, kvantitet og kvalitet hænger, som nævnt, sammen.

Jeg mener at man som ordregivende myndighed skal være utroligt påpasselig ved henvendelse efter artikel 55 proceduren. Hvis det viser sig at tilbudsgiveren har fundet en genial måde at løse opgaven på, der måske nok rykker lidt på vejen til målet, er det vel ok? Målet helliger midlet? Hvad hvis det viser sig at tilbudsgiveren kan levere ydelsen, f.eks. opførelsen af en bygning, 50% billigere end normalt fordi de bruger en metode, som, under fremstillingen, er umoralsk? Bygningen, som jo egentlig er det man har bestilt, bliver opført efter kravene, men vejen dertil er brolagt med problemer?

Der er således mange gode spørgsmål og diskussioner i krydsfeltet. Mange er svære at svare på og de fleste af dem ignorerer vi, som ordregivere, til daglig. Et udbud er oftest resultatet af flere måneders arbejde med at udarbejde kravspecifikationer, lave prækvalificeringer og holde et utal af interne møder, for at blive enige på tværs af en politisk organisation. Og, netop af den årsag, graver man ikke for meget i tilbuddene, når de endelig kommer, da man så er så tæt på målet. Betyder det at vi nogle gange må acceptere at det vi får ikke er 100% det vi gik efter? Ja, er det korte svar. For at undgå at blive beskyldt for at tage parti og for at undgå at vi efterfølgende kan blive slæbt i Klagenævnet fordi vi stillede nogle

lidt for specifikke spørgsmål til én tilbudsgiver, forfalder de ordregivende myndigheder gerne til en ikke-konfrontatorisk tilgang til detaljerne.

### 6.3.2 Ligebehandlingsprincippet og handlepligt?

Som diskuteret ovenfor, er der et naturligt krydsfelt mellem ligebehandlingsprincippet og undersøgelsespligten. Et lignende krydsfelt er at finde når det kommer til handlepligten. Her er problematikken om muligt endnu værre. Udgangspunktet med ligebehandlingsprincippet er, som nævnt, at ens situationer behandles ens. Dette gælder naturligvis også når den ordregivende myndighed er ifaldet en handlepligt. En sådan situation skaber naturligvis den samme problematik som ved undersøgelsespligten om hvad der er det normale. Betyder det at man ikke kan skifte praksis? Det er næppe konsekvensen at der ikke kan skiftes praksis imellem forskellige udbud, men hvad med inden for det samme udbud? Er det okay at afvise én tilbudsgiver hvor direktøren er dømt for at have været med i et kartel, samtidig med at det ikke er afvisningsgrund nok for en anden tilbudsgiver? Det kommer vel an på omstændighederne? Ikke to udbud er ens, ligesom ikke to tilbudsgivere er ens. Men, hvordan står det så i forhold til ligebehandlingen?

Et bud på ovenstående er at ligebehandling sagtens kan ske uden at de to tilbudsgivere fra eksemplet nødvendigvis begge afvises. Omstændighederne gør det at nok alene kan kræves at der foretages et skøn om dem begge – i hvert fald efter det nye direktiv.

I forhold til unormalt lave tilbud, er jeg, som nævnt, ovenfor uenig med både det norske klagenævn, Arrowsmith, Nielsen og Fabricius. Heldigvis er står jeg ikke alene, men kan støtte mig op ad Steinicke og Groesmeyer. Jeg mener absolut at der kan forekomme situationer, hvor der opstår en handlepligt i form af en afvisningspligt, når det kommer til unormalt lave bud. Både ud fra et beskyttelseshensyn i forhold til ordregiver, men så sandelig også tilbudsgiver – og markedet generelt.

Det er vel ikke svært at forestille sig en situation hvor tilbudsgiveren har misforstået udbudsmaterialet, således at tilbudsgiverens tilbud, på overfladen, opfylder kravene stillet, men hvor prisen indikerer at der er noget helt galt. Kan man så ikke argumentere for at der opstår en handlepligt til at afvise budet som værende unormalt lavt, med henvisning til at kvaliteten, eller kvantiteten, ikke er som forventet. Der er, unægtelig, tale om at to områder smelter sammen, men uagtet det må der forekomme en pligt til at fordre afvisning.

Det samme gør sig gældende i det tilfælde hvor en undladelse af afvisning, med rimelig risiko, vil medføre et tab for den ordregivende myndighed. I det tilfælde må princippet om økonomisk forsvarlig forvaltning i kombination med ligebehandlingsprincippet fordre at der opstår en afvisningspligt. Ligebehandlingspligten gælder jo unægteligt begge veje, således at også den tilbudsgiver, hvis tilbud måske er lidt for godt, er beskyttet af et hensyn om at ingen skal stilles ringere end andre.

Dermed ikke sagt at jeg mener at der generelt er en pligt til at afvise unormalt lave tilbud, men en formålsfortolkning af ligebehandlingsprincippet kan ikke lede til andet resultat end at der naturligvis, under visse omstændigheder, kan opstå en pligt. Jeg har meget svært ved at forstå hvordan man kan tolke princippet således at der aldrig kan opstå en pligt til afvisning. Selv hvis man ser bort fra udbudsreglerne, må de underliggende regler om god og etisk korrekt forvaltningsskik træde ind og forbyde at en ordregiver, nærmest, misbruger en tilbudsgiver, som ordregiveren må vide har lavet en fejl eller har misforstået eller fejlfortolket noget.

Eksemplificeringen af ovenstående ses tydeligt i Kendelsen med NFB Transport, hvor Moderniseringsstyrelsen jo netop lægger til grund at tilbudsgiveren har misforstået hvordan delentrepriser tildeles under rammeaftalen. Der er således ikke andet argument for afvisningen end at det er for at beskytte tilbudsgiveren – alternativ ville den pågældende tilbudsgiver alene skulle levere gratis aftenflytninger og kunne byde på flytninger i mini-udbud. Moderniseringsstyrelsen genkendte og forudså at der nok var tale om en eller anden fejlfortolkning af

udbudsmaterialet og rammeaftalens opbygning og afviste tilbuddet under reglerne om unormalt lave tilbud. Betyder det at de havde pligt hertil? Ja og nej. Udgangspunktet er klart at de ikke havde pligt hertil og at det, for forvaltningerne, havde været en god forretning at kunne få gratis aftenflytninger. På den anden side ville det være på grænsen til "urimeligt" ikke at afvise tilbuddet, når ordregiveren netop er opmærksom på at tilbuddet beror på en fejltolkning af rammeaftalen. Således ville jeg argumentere for at Moderniseringsstyrelsen havde pligt til at afvise tilbuddet. Ikke nødvendigvis efter reglerne om unormalt lave tilbud, men nærmere efter reglerne om ligebehandling eller om god forvaltningsskik.

### 6.3.3 Gennemsigtighed og undersøgelsespligt?

Princippet om gennemsigtighed er, som ligebehandlingsprincippet, et grundfæstet princip i fællesskabsretten. Således skal princippet også respekteres i udbudsprocessen. Når man vælger at i gang sætte en undersøgelse af et element i en tilbudsgivers tilbud eller en tilbudsgivers forhold, må dette vel medføre at der bliver benyttet en de facto bedømmelsesmodel, som tilbudsgiver ikke kunne forberede sig på, og som både kan stille de pågældende tilbudsgiver bedre og dårligere end andre tilbudsgivere.

I den situation hvor en ordregivende myndighed ifalder en undersøgelsespligt i forhold til en tilbudsgivers strafmæssige forhold og denne viser at der kan ske frivillig udelukkelse, kan dette vel medføre at der er tale om en omstændighed som tilbudsgiveren ikke, nødvendigvis, havde mulighed for at kende til på forhånd? Hvad hvis den pågældende frivillige udelukkelsesgrund ikke anvendes konsekvent? En sådan udelukkelse går vel imod princippet om gennemsigtighed?

Udgangspunktet må være at en sådan anvendelse af reglerne ikke er i strid med gennemsigtighedsprincippet. Alene princippet om *ignorantia legis neminem excusat* må medføre at en tilbudsgiver ikke kan påberåbe sig manglende gennemsigtighed af den årsag at en frivillig udelukkelse finder sted. Men, samtidig må det også antages at der i udbudsmaterialet skal tages højde for at en vurdering af frivillig udelukkelse kan finde sted. Trods førnævnte princip må det, ud fra et

princip om god udbudsskik, lægges til grund at en oplysning om at der vil blive foretaget vurdering af frivillig udelukkelse skal fremgå af udbudsmaterialet, eventuelt sammen med hvad der, fra ordregivers side, lægges vægt på i vurderingen. Under visse udbud er der én ting der er vigtigt, mens der i et andet er andre ting der anses for vigtige.

Som eksempel herpå kan opstille en hypotetisk situation, hvor Nationalbanken ønsker at sende pengetransportydelsen i udbud. I et sådan udbud, ville man nok vælge at udelukke tilbudsgivere der, eller hvis medarbejdere, er *"dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om den pågældendes faglige hæderlighed"*<sup>131</sup>. En sådan vurdering vil, efter min fortolkning af principperne, skulle annonceres i udbudsmaterialet, således at tilbudsgiverne har mulighed for, på forhånd, at vide hvad de vil blive vurderet på. Ikke dermed sagt at det altid skal fremgå at man, som ordregiver, forventer at vurdere om der kan ske frivillig udelukkelse. Men, i de tilfælde hvor en sådan vurdering får karakter af et mindstekrav, mener jeg at det bør fremgå af udbudsmaterialet.

Det samme gør sig gældende for "unormalt lave tilbud", som man på forhånd ved at man vil forkaste. Som diskuteret ovenfor foreligger der et pligtskøn når den ordregivende myndighed vurderer om et tilbud er unormalt lavt, og det virker således ikke til at det er tilladt at sætte det specifikke skøn under regel. Men, det er ikke ensbetydende med at der ikke må opstilles forventninger. Et godt eksempel herpå kunne være etablering af en motorvej. Af Infrastrukturkommissionens betænkning<sup>132</sup> fremgår det at en sådan motorvej, generelt, koster mellem 40 og 70 millioner kroner pr. kilometer i åbent landskab. Hertil kommer VVM undersøgelser osv. Hvis vi antager at Vejdirektoratet sendte et stykke motorvej mellem Holstebro og Herning i udbud og samtidig antager at dette stykke vej udgøre 32 kilometer, så burde tilbudspriserne ligge et sted imellem 1,28 og 2,24 milliarder kroner.

Hvis Vejdirektoratet ved at motorveje koster i mindst 40 og maksimalt 70 millioner pr. kilometer, kunne de med rette fremhæve dette i udbudsmaterialet. På

---

<sup>131</sup> Udbudsdirektivet, artikel 45, stk. 2, litra c

<sup>132</sup> Infrastrukturkommissionens betænkning om Danmarks transportinfrastruktur 2030, side 250

den ene side ligger der i en sådan oplysning en information om hvilket budget der er at arbejde med, hvilket i sig selv kan være godt og skidt, men også en implicit oplysning om at tilbud der ligger under niveauet vil blive gransket ekstra grundigt og at tilbudsgiver skal være forberedt på at skulle argumentere for deres pris.

Hvis en tilbudsgiver, i eksemplet med motorvejen, vælger at tilbyde at anlægge motorvejen, i overensstemmelse med kravene i udbudsmaterialet, men til en pris på 30 millioner pr. kilometer, vil dette naturligt vække undren hos Vejdirektoratet og de vil, sandsynligvis, anmode om dokumentation for tilbuddets sammensætning, da det ikke burde være muligt – under normale omstændigheder.

Absolut er det ikke et krav at udspecificere et sådan krav i udbudsmaterialet, da det beror på den ordregivende myndigheds skøn om der er tale om en unormalt lav pris – men, det skader aldrig at være forberedt. Således vil den ordregivende myndighed kunne komme klager til livs ved at etablere en vis forventningsafstemning allerede i udbudsmaterialet. Ikke alene vil det kunne imødekomme klager, det vil også kunne imødekomme den situation, hvor alle tilbudsgivere indleverer bud der ligger uden for den ordregivende myndigheds økonomiske rækkevidde. Der er ingen tvivl om at man sagtens kan bygge en motorvej dyrere end 70 millioner pr. kilometer, hvis man, f.eks., ønsker at materialerne skal være CO<sup>2</sup>-neutrale. Dette vil, normalt, ligge uden for rækkevidden af Vejdirektoratets udbud, men hvis ikke tilbudsgiverne ved dette, kan de naturligvis heller ikke tage højde for det. At der så eksisterer en ”stille viden” er så en helt anden diskussion.

#### **6.3.4 Gennemsigtighed og handlepligt?**

Som nævnt ovenfor kan der opstå visse utilsigtede problemer, når en efterfølgende vurdering af en tilbudsgiver, eller dennes tilbud, medfører at konsekvenser for tilbudsgiveren, som denne ikke på forhånd kunne gennemskue. Samme problemstilling opstår når en handlepligt ifaldes under udbudsprocessen.

Som nævnt ovenfor er jeg af den opfattelse at en handlepligt kan opstå i form af en afvisningspligt i forhold til unormalt lave tilbud. Men, hvordan stemmer det



overens med princippet om gennemsigtighed? Udgangspunktet må jo være at enhver handling som den ordregivende myndighed foretager sig under udbudsprocessen skal kunne forudses og skal være "forventelig" i henhold til udbudsmaterialet.

Det kan, og skal, diskuteres om et reelt beskyttelseshensyn går forud for absolut gennemsigtighed. Jeg mener at beskyttelseshensynet bør bære en sådan vægt at det går forud for både ligestillings- og gennemsigtighedsprincipperne.

Ovenfor er sagen med NFB Transport gennemgået, både som analyse og som diskussion i forhold til ligebehandlingsprincippet, og jeg mener at en lignende diskussion er interessant i forhold til gennemsigtighedsprincippet, da Kendelsen siger noget eksistentielt om den måde som udbud bør og skal opfattes på.

Et udbud er en invitation til et samarbejde mellem ordregiveren og tilbudsgiveren. Det er en invitation til et samarbejde der, generelt, skal bestå over flere år. Processen er tung for både ordregiveren og tilbudsgiverne, og derfor må disse også, med rette, have en forventning om at det resulterende samarbejde er netop det. Et samarbejde. Der er ingen tvivl om at der, imellem ordregiver og tilbudsgiver, over en årelang kontrakt opstår noget dybere end bare et kunde/leverandørforhold. Der er, ofte, tale om dybt samarbejde i kontraktperioden, hvor gensidig respekt er et sammenbindende punkt. Når udbudssituationen ses fra i et større perspektiv til også at omfatte det arbejde der går forud for processen og den efterfølgende kontraktperiode, bliver det åbenlyst at der ikke kan eksistere en kontrakt hvor den ene part føler sig snydt hver gang kontrakten anvendes.

I sagen med NFB Transport er der ingen tvivl om at tilbudsgiveren havde misforstået de efterfølgende tildelingskriterier. Jeg må vedkende at tilbudsgiveren, på forhånd, ikke kunne forudse at deres tilbud ville blive afvist som unormalt lavt, men samtidig mener jeg også at gennemsigtighedsprincippet her må stå tilbage for en rimelighedsbetragtning, som bør resultere en pligt til at afvise tilbuddet – uagtet at dette nok befinder sig i en gråzone omkring gennemsigtigheden.

Der kan ikke herske tvivl om at NFB ikke ville have nydt godt af at have fået tildelt kontrakten. En sådan absolut tabs-kontrakt kan, som udgangspunkt, ikke være interessant for en tilbudsgiver – med mindre tilbuddet er afgivet med en viden om at det vil medføre en ren omkostning – og derfor må en afvisning af tilbuddet, trods tilbudsgiverens protest, også være det eneste rigtige.

Kan der argumenteres for at gennemsigtighedsprincippet kan stå sammen med handlepligterne generelt? Ja, det mener jeg godt der kan. Men, i lighed med undersøgelsesprincippet, mener jeg at ordregiver, eksplicit, bør oplyse om de områder hvor ordregiveren forventer at udøve sin handlepligt. Således mener jeg at ordregiveren bør lade det fremgår af udbudsmaterialet at unormalt lave tilbud vil blive afvist, med en angivelse af de omstændigheder der medfører en afvisning og en form for definition af hvad normalen er i det pågældende udbud.

Som ordregiver har jeg stået i en situation hvor vi skulle vurdere om et tilbud var unormalt lavt da prisen var 40% under den næstlaveste pris. Vores problem var, i det pågældende udbud, at der var tale om udbud af en tjeneste vi hidtil havde håndteret in-house og vi havde derfor ingen reel opfattelse af hvad "normalt" var. Vi havde opstillet en budgetramme for ydelsen, som vi mente var "nogenlunde", men der var indlagt en substantiel sikkerhedsmargin for at sikre at der faktisk var nogen der ville byde på ydelsen.

Det viste sig, i det pågældende udbud, at det tilbud der på overfladen virkede unormalt lavt, faktisk var normalen og de andre tilbud var unormalt høje. I hvert fald ud fra hvad vi havde af forventning til ydelsens indhold. Således kunne de andre tilbudsgivere sikkert også have tilbudt ydelsen til den lave pris, hvis de havde fået chancen herfor, men det tillader forhandlingsforbuddet ikke at vi gav dem chancen for.

I gennemsigtighedens og ligebehandlingens tegn valgte vi at annullere udbuddet på grund af et upræcist udbudsmateriale, hvorefter vi rettede ind, efter hvad vi havde lært fra den tilbudsgiver der havde det laveste bud, og sendte ydelsen i udbud igen.

Er det i overensstemmelse med gennemsigtighedsprincippet? Det mener jeg at det er, for alt andet ville have været urimeligt. Udbudsmaterialet indeholdt en formulering som, i bagklogskabens lys, kunne tolkes på flere måder; vi tolkede den på én måde og nogle af tilbudsgiverne tolkede den anderledes.

### 6.3.5 Gennemsigtighed og ligebehandling?

Som diskuteret ovenfor er der altså et vist sammen- og modspil mellem gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincipperne. Betyder det at begge ikke kan iagttages på samme tid? Eller kan man tillade sig at se bort fra dem?

Jeg mener ikke, nødvendigvis, at principperne medfører at der ikke kan foretages undersøgelser og pligtmæssige handlinger, men jeg mener dog at man, som ordregiver, skal være særdeles påpasselig. Grænseregionen mellem de grundlæggende principper på den ene side og pligterne på den anden gør at man som ordregiver potentielt eksponerer sig overfor en bredside af problemer.

Problemet for den ordregivende myndighed ligger i at der for det første skal tages hensyn til reglerne, for det andet skal der tages hensyn til ordregiverens behov og for det tredje skal der tages hensyn til tilbudsgiveren.

Jeg nærer ingen tvivl, hvilket også er understreget ovenfor, om at den ordregivende myndighed bærer et ansvar der er større end blot at få den rigtige ydelse, i den rette mængde til den rigtige pris. Således må den ordregivende myndighed også vægte sine handlinger således at der, i mindst muligt grad, opstår situationer hvor en klage er berettiget.

Principperne er skabt for at sørge for der ikke forskelsbehandles. Jeg mener at dette højere mål kan imødekommes, også selv om det, for det enkelte udbud, kan fremstå som om der forskelsbehandles. Begge principperne synes at kræve en vis form for forudsigelighed, således at tilbudsgivere, på forhånd, kan vurdere om en klage vil være berettiget. Derfor må der også igen argumenteres for at principperne ikke alene stiller krav til sagsbehandlingen, men også til den forudgående proces.

I krydsfeltet mellem gennemsigtigheden og ligebehandlingen må det således og lægges til grund at principperne er vejledende, tvingende og, som udgangspunkt, obligatoriske. Det betyder også at de kan virke modspillende i nogle henseender og samspillende i andre. Dermed ikke sagt at den ordregivende myndighed kan vælge at se bort fra principperne, for det er ingenlunde tilfældet. I stedet må den ordregivende myndighed lade sig forfalde til at observere principperne og udnytte den indbyggede elastik til at vurdere hvordan principperne sammenholdt med pligterne bedst forenes i det pågældende udbud.

## 7 Konklusion

Dette afsnit har til opgave at opsummere og konkludere de observationer, analyser og diskussioner der udgøre afhandlingen. En sådan konklusion må jo begynde et sted. Intet sted er bedre at begynde end ved begyndelsen. Udbudsprocessen som helhed må anskues og afhandlingens problemformulering må holdes op herimod. Således har afhandlingen haft til formål at undersøge hvorvidt en ordregiver kan ifalde undersøgelses- og handlepligt under udbudsprocessen, samt hvilke konsekvenser tilsidesættelse af disse måtte medføre.

Når undersøgelses- og handlepligten anskues fra et fugleperspektiv, må det umiddelbart konkluderes at der kun sjældent kan tillægges den ordregivende myndighed en samlet undersøgelses- og handlepligt. I et mere detailorienteret perspektiv, må det dog samtidig konkluderes at undersøgelses- og handlepligt ofte alligevel observeres, om end ikke med de specifikke betegnelser. Der er, på baggrund af ovenstående analyser, ingen tvivl om at en ordregivende myndighed kan ifalde en, eller begge, af pligterne. Af ovenstående analyser tegner sig et billede af at undersøgelses- og handlepligterne efter udbudsdirektiver ifaldes ud fra et beskyttelsesperspektiv. Således må det også konkluderes at undersøgelses- og handlepligt efter udbudsdirektivets artikel 55 både har til formål at beskytte myndigheden og tilbudsgiveren.

Hvornår og hvordan pligterne ifaldes synes ikke at være absolut konsistent, men der kan dog fastlægges visse generelle og overordnede guidelines. Som udgangspunkt må den ordregivende myndighed forvente at ifalde en undersøgelsespligt, når noget virker for godt til at være sandt. Det vil sige at der i tilfælde hvor noget virker bedre end hvad der synes muligt, i forhold til udbudsmaterialet. Således ligger der inden en undersøgelsespligt ifaldes oftest et skønkrav der skal iagttages, hvilket bl.a. ses i udbudsdirektivets artikel 11 og 45. Således kan der også argumenteres for at en handlepligt, pligten til at foretage et skøn, er det der afføder undersøgelsespligten, som så, i sig selv, kan afføde en yderligere handlepligt.

Der hersker, på baggrund af ovenstående analyser, ingen tvivl om at den ordregivende myndighed i vidt omfang kan, og skal, foretage en række skøn under udbudsprocessen. Disse pligtmæssige skøn skal foretages for at den ordregivende myndighed overholder udbudsreglerne, og en undladelse heraf vil således også medføre problemer for den ordregivende myndighed. Det må således også konkluderes at pligtskøn eksisterer hvor der ellers, efter ordlyden, ikke ses at være et skøn. I udbudsdirektivet benyttes ord som "åbenbart" og "forekommer", der medfører at den ordregivende myndighed skal foretage et skøn. En tilsidesættelse af dette skøn medfører i udstrakt grad klager ved Klagenævnet, eksempelvis i sagen med Hass & Berg, hvor klagen gik på at den ordregivende myndighed ikke havde foretaget et ordentligt skøn. Fast lå det dog at skønnet, krævet i artikel 23, var foretaget, men at skønnet, efter klagerens vurdering, var forkert. Kun ganske sjældent tager Klagenævnet stilling til hvorvidt et foretaget skøn er korrekt eller ej, men alene det at diskussionen opstå er underbyggende for konklusionen om at en pligtmæssigt skøn eksisterer.

Når afhandlingen således konkluderer at det underliggende pligtskøn eksisterer, kan afhandlingen ligeledes konkludere at en reel undersøgelsespligt, efter udbudsdirektivet, eksisterer og ifaldes under visse forudsætninger. Når pligtskønnet indebærer vurdering af om noget er "åbenbart" eller "forekommer",

afføder dette, i vid udstrækning, en undersøgelsespligt, der således har til formål at vurdere om det der er "åbenbart" eller "forekommer" har indvirkning på ordregiverens tildeling af den pågældende kontrakt eller tilbudsgiverens tilbuds overholdelse af de, i udbudsmaterialet, stillede krav.

Det må således også konkluderes, på baggrund af afhandlingens analyser, at en tilsidesættelse af en ifaldet undersøgelses- eller handlepligt kan have store konsekvenser for den ordregivende myndighed. Overordnet synes retspraksis at lede til den konsekvens en egentlig tilsidesættelse af en undersøgelses- eller handlepligt vil have for den ordregivende myndighed er at en truffet tildelingsbeslutning annulleres, hvilket også ses af retspraksis i C-285/99, og at tilbudsgiveren kan tilkendes erstatning efter princippet om positiv opfyldelsesinteresse, hvis sagen viser at tilbudsgiveren skulle have været tildelt kontrakten.

## 8 Litteratur- og kildeliste

Bemærk at ikke al litteratur eksplicit er refereret i afhandlingen, men samlet har litteraturen bidraget til behandlingen af problemstillingerne. Således vil der herunder også figurere Kendelser og domme der ikke nødvendigvis er medtaget direkte i behandlingen, men de har dog virket støttende for de analyser der er foretaget.

### Bøger

- Arrowsmith, S. og Treumer, S., Competitive dialogue in EU procurement, 1. udgave, 2012, 9781107023833  
Arrowsmith, S., The law of public and utilities procurement, 2. udgave, 2005, 0421758503  
Blume, P., Juridisk Metodelære, 3. udgave, 2004, 8757410623  
Bovis, C. H., EU public procurement law, 2. udgave, 2012, 9780857938411  
Comba, M. og Treumer, S., Award of contracts in EU procurements, 1. udgave, 2013, 9788757431537  
Constant, K. D. og Flamey P., European public procurement law - Remedies, 1. udgave, 2009, 9789041128423  
Constant, K. D. og Ronse, T., European public procurement law, 1. udgave, 2008, 9789041125767  
Daniel, B. T., mfl., Grundlæggende EU-ret, 1. udgave, 2009, 9788757411379  
Evald, J. og Schaumburg-Müller, S., Retsfilosofi, Retsvidenskab & Retskildelære, 1. udgave, 2004, 8757405166  
Fabricius, J., Offentlige indkøb - i praksis, 3. udgave, 2014, 9788761935533  
Fabricius, J., Offentlige indkøb - love og regler, 9. udgave, 2011, 9788761930668  
Fejøl, J. og Treumer, S., EU's udbudsregler, 1. udgave, 2006, 9788757415315  
Henrichsen, C., Moderne retsvidenskab, 1. udgave, 2001, 8757404925  
Høg, T., Udbudsretlige erstatningsspørgsmål, 1. udgave, 2005, 8757414394  
Ibáñez, A. J. G., The administrative Supervision and Enforcement of EC Law, 1. udgave, 1999, 1841130567  
Nedergaard, P., Organiseringen af den Europæiske Union, 4. udgave, 2005, 8762902601  
Nielsen, R. og Tvarnø, C. D., Retskilder og Retsteorier, 3. udgave, 2011, 9788757424447  
Nielsen, Ruth, Udbud af offentlige kontrakter, 4. udgave, 2010, 9788757420722  
Poulsen, S. T., Jakobsen, P. S. og Kalsmose-Hjelmborg, S. E., EU Udbudsretten, 2. udgave, 2011, 9788757416190  
Steinicke, M. og Groesmeyer, L., EU's udbudsdirektiver, 2. udgave, 2008, 9788757411362  
Steinicke, M., EU-udbud og forhandling, 1. udgave, 1999, 8789319494  
Treumer, S. og Lichère, F., Enforcement of the EU public procurement rules, 1. udgave, 2011, 9788757423280  
Treumer, S., Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 1. udgave, 2000, 8757402221  
Ølstykke, G. S., Hansen, C. R. og Tvarnø, C. D., EU Public Procurement, 1. udgave, 2012, 9788757428520

### Afgørelser og domme

- Klagenævn for Udbud, Kendelse af 5. februar 2015, Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark  
Klagenævn for Udbud, Kendelse af 30. september 2014, Hass & Berg A/S mod Erhvervsakademi Aarhus  
Klagenævn for Udbud, Kendelse af 11. marts 2014, HSHansen A/S mod Bygningsstyrelsen  
Klagenævn for Udbud, Kendelse af 29. januar 2014, Axiell Danmark A/S mod Kombit A/S

Klagenævn for Udbud, Kendelse af 9. juli 2013, SWARCO Danmark A/S mod Rigspolitiet  
Klagenævn for Udbud, Kendelse af 4. marts 2013, HUMUS-Genplast mod Sorø Kommune  
Klagenævn for Udbud, Kendelse af 4. december 2012, HUMUS-Genplast mod Renosyd I/S  
Klagenævn for Udbud, Kendelse af 28. september 2012, Responce A/S mod Region Midtjylland  
Klagenævn for Udbud, Kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl og Søn A/S mod Hadsund kommune  
Klagenævn for Udbud, Kendelse af 4. april 2007, Cowi A/S mod Sønderjyllands Amt  
Klagenævn for Udbud, Kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl og Søn A/S mod Hadsund Kommune  
Klagenævn for Udbud, Kendelse af 21. juli 2011, Graphic Wave ApS mod Økonomistyrelsen  
Klagenævn for Udbud, Kendelse af 14. januar 2013, NFB Transport Systems A/S mod Moderniseringsstyrelsen

Domstolen, Afgørelse af 29. marts 2012, C-599/10  
Domstolen, Afgørelse af 27. november 2001, C-285/99  
Retten, Afgørelse af 6. juli 2005, T-148/05

### **Artikler mv.**

Prøvelse af offentlige udbud, 2008, René Offersen  
Om bevisbyrde ved krav om erstatning for overtrædelse af udbudsreglerne, 2003, Katja Høegh  
Omstillingsomkostninger i EU-udbud, U.2011B.73, Niels Tiedemann  
Aufklärungspflicht der öffentlichen Auftraggeber bei unauskömmlicher und inhaltlich unklaren angeboten, 2012, Martin Ott  
Infrastrukturkommissionen, Betænkning 1493, 2008, 9788791511837