



Specialeafhandling:

Ændringer og fravigelser i udbudsdokumenterne

Fagområde: EU-udbudsret
Problemformulering: <i>Hvilke muligheder har henholdsvis ordregiver og tilbudsgiver for at ændre eller fravige i udbudsdokumenterne, i overensstemmelse med de grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed efter udbudsloven, for henholdsvis de klassiske og fleksible udbudsprocedurer.</i>

Navn	KU-brugernavn
Johan Frederik Ehrenreich	Kzt405

Vejleder: Steen Treumer	Antal tegn 133.632
--------------------------------	---------------------------

Må benyttes på Det Juridiske Fakultets bibliotek med karakter (sæt kryds).	X
Må ikke benyttes på Det Juridiske Fakultets bibliotek (sæt kryds).	

Studerende på Cand.soc. i jura (sæt kryds)	
Studerende på Cand.jur. (sæt kryds)	X

Afleveringsdato: 4. marts 2018	Karakter:
---------------------------------------	------------------

Indholdsfortegnelse

KAPITEL 1 – INDLEDNING	6
1.1. PROBLEMATIKKEN OG KERNEOMRÅDERNE.....	6
1.2. Forkortelser.....	8
1.3. Problemformulering	10
1.4. Afgrænsning.....	10
1.5. Metode og retskilder.....	11
1.6. Retskilder.....	11
1.6.1. Præambelbetragtningerne i udbudsdirektivet	12
1.6.2. Erklæringen fra Rådet og Kommissionen	13
1.6.3. Generaladvokatens forslag til afgørelse	14
1.6.4. Lovgivning i forarbejderne til udbudsloven.....	14
1.6.5. Klagenævnet over for de øvrige danske Domstole.....	15
1.7. Afhandlingens struktur	16
KAPITEL 2 – RETSGRUNDLAGET	17
2.1. Indledende bemærkninger	17
2.2. Primærretten.....	17
2.3. Den bindende sekundærregulering	18
2.3.1. Ligebehandlingsprincippet	19
2.3.2. Gennemsigtighedsprincippet.....	20
KAPITEL 3 – UDBUDSDOKUMENTER OG UDBUDSPROCEDURER.....	22

3.1.	Indledende bemærkninger	22
3.2.	Udbudsdirektivet og udbudsloven om udbudsdokumenternes indhold	22
3.2.1.1.	De tekniske specifikationer	23
3.2.1.3.	Tildelingskriterierne	24
3.2.3.	Offentliggørelse og adgang til udbudsdokumenterne	26
3.3.	Udbudsdirektivet og udbudsloven om udbudsprocedurerne og deres faser	27
KAPITEL 4 - ÆNDRINGER.....		32
4.1.	Indledende bemærkninger	32
4.2.	Udbudsdirektivet og udbudsloven om ændringer	32
4.2.1.	Udbudslovens bemærkninger om ændringer	34
4.2.1.1.	Sondringen mellem uvæsentlige, væsentlige og grundlæggende elementer	36
KAPITEL 5 - ÆNDRINGER I UDBUDSDOKUMENTERNE		38
5.1.	Indledende bemærkninger	38
5.2.	Praksis for ændringer i de tekniske specifikationer	38
5.2.1.	Sag C-299/08 (fremover Definitionsaftale-sagen)	38
5.2.2.	Sag C-368/10 (fremover Havelaar-sagen)	39
5.2.3.	C-278/14 (fremover Solutions-sagen)	41
5.3.	Praksis for ændringer i tildelingskriterierne	43
5.3.1	C-19/00 (fremover SIAC-sagen)	43
5.3.2.	C-448/01 (fremover EVN-sagen)	44
5.3.3.	En sikker havn? C-298/15 (fremover Borta-sagen) tekniske specifikationer, krav til egnethed og tildelingskriterier.....	45
5.3.4.	Fleksible procedurer overfor ændringer	49
5.4.	Delkonklusion og formalitetskrav	55
5.4.1.	Formalitetskrav ved ændringer og andre relevante iagttagelser	56
KAPITEL 6 – FORHANDLING OG FRAVIGELSER		59
6.1.	Indledende bemærkninger	59
6.2.	Forhandlingsforbuddet og fælleserklæringen.....	59
6.2.1.	Forhandlingsforbuddets betydning i udbuddets øvrige faser	61
6.2.2.	Forhandlingsforbuddet ved de fleksible procedurer	62

6.3.	Fravigelser i tilbud	63
6.3.1.	Indledende bemærkninger	63
6.3.3.	Fravigelser af krav til ydelsen ved forbehold og alternative tilbud	64
6.3.3.1.	Tilbudsforbehold og ligebehandling.....	65
6.3.3.2.	Forbehold for grundlæggende udbudsbetingelser	66
6.3.3.3.	Alternativ praksis for ikke-grundlæggende elementer	69
6.3.3.4.	Fravigelser ved klassiske procedurer over for de fleksible procedurer	71
6.3.3.4.1.	Klassisk procedure	71
6.3.3.4.2.	Fleksibel procedure.....	73
6.3.3.5.	Klagenævnets alternative praksis for bortforhandling forbehold ved de fleksible procedurer ..	74
6.3.3.6.	Forhandlingsforbuddet ved supplerings eller præcisering af tilbud	75
6.3.3.6.1.	Supplerings eller præcisering ved de klassiske udbudsprocedurer	76
6.3.3.6.2.	Grænsen mellem supplerings eller præcisering og et nyt tilbud	77
6.3.3.6.3.	Kodificeringen i udbudsloven og udbudsdirektivet.....	80
6.3.3.6.4.	Forhandlingsforbuddet ved supplerings eller præcisering efter de fleksible procedurer	81
KAPITEL 7 -	KONKLUSION OG VIDERE REFLEKSION	85
7.1.	Ændringer.....	85
7.2.	Fravigelser.....	86
7.3.	Videre refleksion.....	87
7.3.1.	Anvendelse af regler for ændringer ved igangværende kontrakter.....	87
7.3.2.	Samme eller forskellig vurdering ved henholdsvis fravigelser og ved ændringer	87
KILDER.....		89

Abstract

Since the European Court of Justice first found in C-243/89, *Commission v Denmark*, and later in Case C-87/94 *Commission v Belgium*, that the conclusion of public contracts is subject to two principles of equal treatment and transparency, the principles have been of great importance in the design of the procurement directives and the case law of the Court. Today, the principles set out in the procurement directives, but in practice the scope of the principles has given rise to ambiguities.

However, the scope of these in relation to the contractors' ability to make changes to the tender documents have been unclear and the question arises relatively often if the above principles allow changes to the technical specifications. The Classic Procurement Directive 2014/24/EU do not contain a direct regulation of the contractor's ability to make changes to the tender documents. Changes are therefore regulated by the fundamental tendering principles of equal treatment and transparency.

This thesis deals with the contractor's ability to deviate or amend the tender documents and in this context whether the possibility of changing or deviating depends on the choice of procedure, the phase before or after the submission of the offer, and whether the rules for changes in current contracts can be applied.

This thesis concludes that different assessments apply for the classical and flexible procedures, respectively, in the case of changes or deviations. In addition, it is crucial when a change or aberration occurs during the procedure. According to case law, it is quite difficult to assess whether a change or a derogation constitutes a fundamental element. However, in the recent case *Borta*, the Court has clarified a number of these ambiguities.

Kapitel 1 – Indledning

1.1. Problematikken og kerneområderne

Siden Domstolen første gang fastslog i C-243/89, Kommissionen mod Danmark (fremover Storebælt-sagen), og senere i C-87/94, Kommissionen mod Belgien (fremover Belgien-sagen), at indgåelsen af offentlige kontrakter er underlagt to bærende principper om ligebehandling og gennemsigtighed,¹ har principperne haft stor betydning ved udformningen af udbudsdirektiverne og Domstolens praksis. I dag er principperne nedfældet i udbudsdirektiverne, men i praksis har rækkevidden af principperne givet anledning til uklarheder.

Udbudsdirektivet indeholder ikke en direkte regulering af ændringer og fravigelser i udbudsdokumenterne, hvorfor retsgrundlaget skal udledes af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Dog indeholder udbudsdirektivet en række regler med relation til ændringer og fravigelser, herunder bl.a. regler om fristforlængelse ved ændringer², om forhandlinger ved de fleksible procedurer³ og for alternative tilbud⁴. Ligeledes fremgår der en række betragtninger omkring ændringer i præamblen til udbudsdirektivet.⁵

Domstolens hidtidige fortolkning af principperne har været ganske restriktiv, som Domstolen bl.a. bemærkede i Storebælt-sagen om fravigelser i form af forbehold, i C-368/10, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene (fremover Havelaar-sagen), om ændringer i kravene til kontraktens genstand og i C-448/01, EVN AG, Wienstrom GmbH mod Republik Österreich (fremover EVN-

¹ Jf. C-243/89, Kommissionen mod Danmark, 22. juni 1993, præmis 33 og C-87/94, Kommissionen mod Belgien, 25. april 1996, præmis 51-53.

² Jf. 2014/24/EU, artikel 47, stk. 3, b og artikel 53, stk. 2, 1. punkt.

³ Ibid., artikel 29, stk. 3 og 30, stk. 7.

⁴ Ibid., artikel 45.

⁵ Se udbudsdirektiv 2014/24/EU, præambelbetragtning 81.

sagen) om ændringer i tildelingskriterierne, dog har der i nyere praksis vist sig at være en tendens til opblødning af den hidtidige restriktive tilgang.⁶

I denne afhandling behandles rækkevidden af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed over for ordregivers muligheder for at fravige eller ændre i udbudsdokumenterne. Dette sker oftest undervejs i udbudsproceduren, hvor ordregiver fx finder fejl i udbudsmaterialet, eller hvor ordregiver på baggrund af de afgivne tilbud bliver klogere på den ønskede ydelse.⁷

I en udbudsretlig kontekst kan det antages, at begreberne *"ændringer"* og *"fravigelser"* er forbundne med hinanden, da en ændring kan udgøre en fravigelse, og omvendt kan en fravigelse udgøre en ændring. Til denne afhandling vil *"ændringer"* vedrøre ordregivers ændringsmuligheder i udbudsdokumenterne, og *"fravigelser"* vil vedrøre tilbudsgivers fravigelsesmuligheder af udbudsdokumenterne, herunder ved tilbudsforbehold og alternative tilbud.

Som Domstolen udtalte i C-87/940,⁸ skal ordregiver overholde princippet om ligebehandling og gennemsigtighed på alle stadier ved tildelingen af offentlige kontrakter⁹. Denne afhandling vil derfor belyse ændringsmulighederne både før og efter ansøgnings- og tilbudsfristens udløb samt efter kontraktstildelingen, hvor også reglerne om ændringer for igangværende kontrakter vil blive inddraget (den indledende fase, før offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen, vil dog kun blive belyst i et begrænset omfang, da begreberne herefter ikke giver anledning til uklarheder).

Derudover vil afhandlingen belyse de tilfælde, hvor tilbudsgiver gennem tilbudsforbehold eller ved alternative tilbud fraviger udbudsmaterialet. Afslutningsvis vil der for både ændrings- og fravigelseskapitlet blive opstillet de formalitetskrav, som kan udledes af konklusionerne på ovennævnte kerneområder.

Belysningen vil ske på baggrund af følgende udbudsprocedurer: offentligt udbud, begrænset udbud (samlebetegnelse: klassiske udbudsprocedurer) og udbud med forhandling med forudgående

⁶ Se bl.a. C-298/15⁶, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VJ, 5. april 2017.

⁷ Jf. Carina Risvig Hammer, Grundlæggende udbudsret, 2016, s. 405.

⁸ Se også C-470/99, Universale Bau AG, 12. december 2002, præmis 93 og i sagerne C-285/99 og C-286/99 Impresa Lombardini SpA, præmis 38.

⁹ Jf. C-87/94, Kommissionen mod Belgien, 25. april 1996, præmis 54.

udbudsbekendtgørelse (fremover udbud med forhandling) og konkurrencepræget dialog (samlebetegnelse: fleksible udbudsprocedurer).

Afhandlingen vil ligeledes belyse rækkevidden af principperne ved at inddrage Domstolens og Klagenævnets praksis for ændringer af følgende elementer af udbudsdokumenterne, de tekniske specifikationer, krav til egnethed og tildelingskriterierne.

1.2. Forkortelser

Ved det nuværende udbudsdirektiv forstås Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

Ved det daværende udbudsdirektiv forstås Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Ved udbudsloven forstås udbudsloven¹⁰

Ved Traktaten TEUF forstås traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde.¹¹

Ved ordregiver forstås beskrivelsen i udbudsdirektivet, artikel 2, 1. punkt, som værende: *"staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer, sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer"*.

Ved en offentlig kontrakt forstås beskrivelsen i det nuværende udbudsdirektiv, artikel 2, 5. punkt: *"gensidigt bebyrdende kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser"*.

¹⁰ Jf. Lov nr. 1564 af 15/12/2015

¹¹ Jf. Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (2016/C 202/01).

Ved Domstolen forstås den Europæiske Unions Domstol.¹²

Ved Retten forstås De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans.¹³

Ved Klagenævnet forstås Klagenævnet for Udbud.¹⁴

¹² Jf. Traktaten om Den Europæiske Union (2016/C202/01) artikel 19 og Traktaten Den Europæiske Unions funktionsmåde (2016/C202/01) artikel 251-281, artikel 136 i Euratomtraktaten og protokol nr. 3 vedrørende statutten for Den Europæiske Unions Domstol, der er knyttet som bilag til traktaterne (herefter benævnt »statutten«), Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2015/2422 af 16. december 2015 om ændring af protokol nr. 3 vedrørende statutten for Den Europæiske Unions Domstol, EU's budget (sektion 4).

¹³ Jf. Traktaten Den Europæiske Unions funktionsmåde (2016/C202/01) artikel 254-257, artikel 40 i Euratomtraktaten og afsnit IV til protokol nr. 3 vedrørende statutten for Den Europæiske Unions Domstol, der er knyttet som bilag til traktaterne.

¹⁴ Lov om Klagenævnet for Udbud, kapitel 4.

1.3. Problemformulering

Hvilke muligheder har henholdsvis ordregiver og tilbudsgiver for at ændre eller fravige i udbudsdokumenterne, i overensstemmelse med de grundlæggende udbudsretlige principper efter udbudsloven, for henholdsvis de klassiske og fleksible udbudsprocedurer, og stemmer retstilstanden herfor overens med udbudsloven og udbudsdirektivet.

1.4. Afgrænsning

Denne afhandling vil have sit primære fokus på retstilstanden for henholdsvis udbudsdirektivet¹⁵ og udbudsloven,¹⁶ og der vil derfor ikke ske yderligere behandling af de øvrige udbudsdirektiver, herunder koncessionsdirektivet,¹⁷ forsyningsvirksomhedsdirektivet¹⁸ og forsvars- og sikkerhedsdirektivet¹⁹ af hensyn til opgavens omfang.

Der kan dog opstå tilfælde, hvor praksis overlapper med et af ovennævnte udbudsdirektiver, da mulighederne for at ændre eller fravige skal udledes af principperne i henholdsvis Traktaten TEUF²⁰, som også fremgår af ovennævnte direktiver.

Dog vil principperne af Traktaten TEUF og af udbudsdirektiver ikke blive gennemgået i deres helhed, i stedet vil deres hovedtræk blive belyst i kapitel 2. Herudover vil reglerne om håndhævelse af udbudsreglerne ikke blive behandlet.

Som tidligere nævnt, vil afhandlingen inddrage de klassiske og fleksible udbudsprocedurer, herunder offentligt og begrænset udbud, samt udbud med forhandling og den konkurrenceprægede

¹⁵ Jf. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

¹⁶ Jf. Lov nr. 1564 af 15/12/2015.

¹⁷ Jf. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter.

¹⁸ Jf. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF.

¹⁹ Jf. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF.

²⁰ Jf. Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (2016/C 202/01).

dialog. Af hensyn til opgavens omfang vil der ikke blive inddraget mere specielle former for udbudsprocedurer, bl.a. innovationspartnerskaber,²¹ udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse²² og projektkonkurrencer.²³ Herudover vil der ikke blive inddraget de forskellige typer af indkøbsmetoder.

1.5. Metode og retskilder

I denne afhandling vil den retsdogmatiske metode blive anvendt til at besvare problemformuleringen. Det er formålet med metoden at identificere de relevante retskilder, at fortolke disse og afslutningsvis at foretage en endelig afvejning til at belyse den gældende ret.²⁴

Ved anvendelsen af denne metode vil afhandlingen inddrage relevante kilder om fravigelses- og ændringsmuligheder, og disse vil blive analyseret og diskuteret med det formål at belyse den gældende ret og ligeledes afdække de muligheder, som er tillagt henholdsvis ordregiver og tilbudsgiver i relation til ændringer og fravigelser i udbudsdokumenterne.

1.6. Retskilder

Til denne afhandling vil der primært blive inddraget følgende retskilder, de EU-retlige regler, herunder Traktaten TEUF og det nuværende udbudsdirektiv, samt nationale regler, hermed udbudsloven. Udbudsdirektivet suppleres af præambelbetragtningerne og udbudsloven af forarbejderne. Derudover inddrages Domstolens praksis, da en stor del af den nuværende retstilstand oprindeligt er udviklet gennem håndhævelsen af udbudsreglerne og undervejs er blevet kodificeret med visse tilpasninger i udbudsdirektiverne. Særligt for fortolkningen af de grundlæggende rettigheder i Traktaten TEUF og de heraf afledte principper, samt for uklare bestemmelser i direktiverne, udgør Domstolens praksis en væsentlig retskilde til at afgøre gældende ret, desuagtet at et overtal af afgørelserne i denne afhandling vedrører det daværende udbudsdirektiv. Ligeledes inddrages praksis fra Klagenævnet, som i Danmark udgør det primære

²¹ Udbudsdirektivets artikel 31 og udbudslovens §§ 73-79.

²² Ibid., artikel 32 og udbudslovens §§ 80-83.

²³ Ibid., artikel 78 og udbudslovens §§ 84-92.

²⁴ Jf. Peter Blume, Juridisk metode og argumentation i Riis, Thomas, Trzaskowski, Jan (red.): Skriftlig jura – den juridiske fremstilling, Ex Tuto Publishing 2013, side 25 og Nielsen, Ruth: Ph.d.-afhandlingen og disputatsen i Riis, Thomas, Trzaskowski, Jan (red.): Skriftlig jura – den juridiske fremstilling, Ex Tuto Publishing 2013, side 280.

håndhævelsesorgan ved udbudsretlige uenigheder og har dermed en væsentlig retskildeværdi, og samtidig afgøres størstedelen af klagesagerne hos Klagenevnet, som derfor har en ganske stor ekspertise i forhold til de øvrige danske Domstole. Desuden inddrages forskellige fortolkningsbidrag fra Kommissionen og andre diskussioner og analyser fra retslitteraturen.

Nedenfor fremhæves en række relevante betæneligheder vedrørende de forskellige retskilder, som inddrages undervejs i denne afhandling. Herunder anvendelsen af (1) præambelbetragtningerne i udbudsdirektivet, (2) Rådets og Kommissionens Fælleserklæring om forhandlingsforbuddet, (3) Generaladvokatens forslag til afgørelse, (4) lovgivning i forarbejderne til udbudsloven og (5) praksis fra Klagenevnet over for de øvrige danske Domstole.

1.6.1. Præambelbetragtningerne i udbudsdirektivet

Som tidligere nævnt, indeholder udbudsdirektivet ikke en direkte regulering af ændrings- og fravigelsesadgangen, dog er denne adgang omtalt i præambelbetragtningerne til udbudsdirektivet. Spørgsmålet er herefter, i hvilket omfang betragtningerne kan anvendes til forståelsen af den nuværende retstilstand for ændringer og fravigelser.

Udbudsdirektivet indeholder intet mindre end 134 betragtninger, som kan knyttes til en række af bestemmelserne i direktivet. Dog gælder det for betragtningerne, at der ikke kan støttes selvstændig ret på dem,²⁵ men i stedet kan de, som omtalt af Domstolen i C-215/88, udgøre " [...]*et vejledende moment ved fortolkningen af en retsregel [...]*".²⁶

Betragtningerne vil derfor blive anvendt som et fortolkningsbidrag til forståelsen af bestemmelserne i udbudsdirektivet, hvilket bl.a. vil være relevant for præambelbetagtning nr. 81, der i modsætning til bestemmelserne i udbudsdirektivet, ikke indeholder samme bemærkninger omkring ændringer.

²⁵ Jf. Carina Risvig Hammer, Grundlæggende udbudsret, 2016, s. 42.

²⁶ Jf. C-215/88, Casa Fleischhandels-GmbH mod Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, af 13. juli 1989, præmis 31.

1.6.2 Erklæringen fra Rådet og Kommissionen

Til belysning af det såkaldte forhandlingsforbud vil denne afhandling inddrage Rådets og Kommissionens Fælleserklæring,²⁷ som beskriver de muligheder og begrænsninger, som gælder for dialogen mellem ordregiver og potentielle og/eller aktuelle ansøgere eller tilbudsgivere (denne vil blive nærmere gennemgået i kapitel 7). Dog kan der fremhæves visse betænkeligheder ved anvendelsen af denne retskilde.

Efter Traktaten TEUF' artikel 288 er det alene forordninger, direktiver og afgørelser, som har bindende virkning, hvorfor Fælleserklæringen udgør soft law, og dens retskildemæssige værdi er dermed usikker. Dog har Domstolen i C-368/10 anvendt Fælleserklæringen,²⁸ og er ligeledes lagt til grund i generaladvokatens forslag til afgørelse, som hvis opfattelse var, at erklæringen måtte udgøre gældende ret.²⁹ Samme kan udledes i nyere praksis fra Domstolen, se bl.a. Slovensko-sagen mv.³⁰ Herudover har Klagenævnet for Udbud lagt erklæringen til grund.³¹ Om karakteren af fælleserklæringen har Domstolen ligeledes udtalt omkring henstillinger, som udgør soft law på niveau med erklæringer, at disse *"ikke kan anses for at være ganske uden retsvirkninger"*, da de kan bidrage til udfyldelsen af bindende fællesskabsretlige bestemmelser.³²

Det må derefter formodes, at erklæringen kan anvendes som et fortolkningsbidrag i forbindelse med behandlingen hos Domstolen. Herudover har erklæringen haft betydning i forbindelse med udformningen af udbudsdirektiverne, da den har været et udtryk for en grundlæggende bekymring, som omtalt af Jesper Fabricius.³³ Dog bemærkes det af Steen Treumer³⁴, at anvendelsen af Fælleserklæringen i forbindelse med udbudsdirektiverne er betænkelig, da denne blandt andet er afgivet uden medvirken fra Europa-Parlamentet.³⁵ Herudover gennemgår Fælleserklæringen et

²⁷ EF-Tidende nr. L 111/114 af 30. april 1994.

²⁸ Jf. C-87/94, Kommissionen mod Belgien, 22. april 1994, præmis 8.

²⁹ Jf. Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Carl Otto Lenz, den 12. september 1995, punkt 30, siden 2052.

³⁰ Jf. C-559/10, SAG ELV Slovensko m.fl., 29. marts 2012 og C-336/12, Manova, 10. oktober 2013,

³¹ Jf. Klagenævnets kendelse af 21. september 1996, Semco A/S mod Brønderslev Kommune.

³² Jf. C-322/88, Grimaldi v Fonds des maladies professionnelles, 13. december 1989, præmis 18.

³³ Jf. Fabricius, Jesper, Offentlige indkøb i praksis, 4. udgave, 2017, s. 61.

³⁴ Jf. Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000, s. 147.

³⁵ Ibid.

særligt kompliceret område, hvorfor dens korte formulering ikke i tilstrækkelig grad kan siges at bidrage til en fyldestgørende forståelse.³⁶

Fælleserklæringen må derfor formodes at have haft en ikke uvæsentlig betydning for Domstolens fortolkning af reglerne og ligeledes ved udformningen af udbudsdirektiverne; dog bør der ved anvendelsen af erklæringen som bidrag til forståelsen af praksis og udbudsdirektivet overvejes ovennævnte betænkeligheder.

1.6.3. Generaladvokatens forslag til afgørelse

Denne afhandling vil indeholde en række henvisninger til generaladvokatens forslag til afgørelse, dog skal det bemærkes, ligesom ovenfor, at Traktaten TEUF' artikel 288 alene tillægger forordninger, direktiver og afgørelser bindende virkning, hvilket ikke er tilfældet for forslag til afgørelser, hvorfor disse vil udgøre soft law, som alene kan bidrage til forståelsen af bestemmelserne i udbudsdirektivet.

1.6.4 Lovgivning i forarbejderne til udbudsloven

Som det vil fremgå af denne afhandling, indeholder forarbejderne til udbudsloven en ganske betydelig del af implementeringen af udbudsdirektivet. Denne implementeringsform kan formentlig udledes i den danske lovgivningstradition, hvor der er et velkendt samspil mellem lovteksten og forarbejderne³⁷. Dog kan der ved denne fremgangsmåde opstå tvivl om, hvorvidt udbudsdirektivet er implementeret korrekt. Særligt interessant er, hvilken betydning Klagenævnet vil tillægge forarbejderne over for teksten i udbudsloven samt teksten i udbudsdirektivet og Domstolens praksis.

Både Jesper Fabricius³⁸ og Steen Treumer³⁹ er af den opfattelse, at Klagenævnet vil rette sig ind efter lovgivers signaler i bemærkningerne, dog pointeres det af Steen Treumer, at der kan forekomme

³⁶ Ibid.

³⁷ Jf. Treumer, Steen (red.), mfl.: Udbudsloven ud af boksen og ind i gråzonen, Ex Tuto Publishing, 2016, jf. Michael Steinicke "Udbudsloven og udbudsdirektivet", kapitel 17, afsnit 17.2.4.1.

³⁸ Jf. Treumer, Steen (red.), mfl.: Udbudsloven ud af boksen og ind i gråzonen, Ex Tuto Publishing, 2016, jf. Jesper Fabricius "Udbudslovsudvalget arbejde", kapitel 3, afsnit 3.3.

³⁹ Jf. Jf. Treumer, Steen (red.), mfl.: Udbudsloven ud af boksen og ind i gråzonen, Ex Tuto Publishing, 2016, s. 26.

tilfælde, hvor Klagenævnet vil lægge en anden retsopfattelse til grund. Dette var bl.a. tilfældet i Klagenævnets kendelse fra 19. juni 2017, LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland, hvor Klagenævnet i forbindelse med delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2 tilsidesatte en angivelse i forarbejderne, da man ikke mente, at denne var kommet til udtryk i lovteksten og ej heller var modsvaret af tilsvarende angivelser i udbudsdirektivet.⁴⁰ I samme retning kan det udledes af Klagenævnets kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland, at Klagenævnet valgte at tilsidesætte udbudslovens § 160, stk. 1 om, at ordregiveren i udbudsmaterialet skulle beskrive evalueringsmetoden, da man ikke mente, at bestemmelsen implementerede udbudsdirektivet, og at forarbejderne hertil ikke var blevet bekræftet af Domstolen.

Såfremt det antages, at Klagenævnet skulle tilpasse sig lovgivers bemærkningerne, må der i denne sammenhæng formodes at blive skabt en ganske usikker retstilstand, da kompleksiteten omkring udbudsdirektivet forøger risikoen for uoverensstemmelser mellem bemærkningerne og udbudsdirektivet.

I denne sammenhæng vil der undervejs i afhandlingen ske en sammenligning af forarbejderne til udbudsloven med bestemmelserne i udbudsdirektivet samt Domstolens praksis for at sikre den mest retvisende forståelse af den nuværende retstilstand.

1.6.5 Klagenævnet over for de øvrige danske Domstole

Som tidligere anført, udgør Klagenævnet det primære håndhævelsesorgan ved udbudsretlige tvister i Danmark, og størstedelen af klagesagerne afgøres derfor hos Klagenævnet, dog skal bemærkes, at en kendelse fra Klagenævnet kan indbringes for domstolene under de nærmere angivne betingelser,⁴¹ hvorfor, når denne afhandling omtaler retstilstanden i Danmark, vil der alene være tale om en henvisning til retstilstanden på baggrund af den praksis, der kan udledes af Klagenævnets kendelser.

⁴⁰ Jf. Klagenævnets kendelse fra 19. juni 2017, LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland, s. 17.

⁴¹ Jf. Klagenævnslovens § 8.

1.7. Afhandlingens struktur

Afhandlingens kapitel 2 vil redegøre for de grundlæggende rammer for EU's regulering af offentlige kontrakter.

I kapitel 3 vil der kort blive redegjort for indholdet af udbudsdokumenterne, og de forskellige typer af udbudsprocedurer blive gennemgået. I kapitel 4 vil det nuværende retsgrundlag for ændringer i udbudsdokumenterne i henholdsvis udbudsdirektivet og udbudsloven blive gennemgået. Dette kapitel vil have et særligt fokus på de kernebegreber, som har betydning for den efterfølgende gennemgang af Domstolens og Klagenævnets praksis.

I kapitel 5 vil relevant retspraksis fra Domstolen og Klagenævnet blive sat i kontekst og analyseret med ovenstående kernebegreber fra det nuværende retsgrundlag. Analysen vil tage udgangspunkt i følgende udbudsdokumenter: (1) de tekniske specifikationer, (2) krav til egnethed og (3) tildelingskriterierne. Disse elementer vil blive behandlet på baggrund af udbudsprocedurerne offentligt udbud og begrænset udbud samt udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse (fremover udbud med forhandling) og konkurrencepræget dialog.

Analysen vil forsøge at klarlægge, hvilke betingelser der udgør grænsen mellem de tilladte og ikke-tilladte ændringer, ligeledes om der i forbindelse med henholdsvis de klassiske og fleksible udbudsprocedurer gælder visse modifikationer, og hvorvidt vurderingen afhænger af tidspunktet for ændringen, og ligeledes om vurderingen er anderledes ved de forskellige proceduretyper.

Kapitel 6 indeholder en gennemgang og analyse af retsgrundlaget for forhandlingsadgangen om tilbud, herunder tilbudsforbehold og alternative tilbud. Dette kapitel vil forsøge at afklare grænserne for tilbudsgivers fravigelser i udbudsdokumenterne.

Kapitel 7 vil på baggrund af de samlede konklusioner forsøge at fastlægge, hvilke adgange og begrænsninger der gælder for ændringer og fravigelser i udbudsdokumenterne. Samtidig vil der ske en videre refleksion over relevante problemstillinger, som opstår i forbindelse med konklusionen.

Kapitel 2 – Retsgrundlaget

2.1. Indledende bemærkninger

Det skal indledningsvis bemærkes, at EU-retten kan opdeles i forskellige typer af retskilder. Disse består af primærretten, bindende sekundærregulering, praksis, soft law og litteratur⁴². Primærretten udgør de grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper på traktatniveau. Den bindende sekundærregulering udgør direktiver, forordninger og afgørelser. Praksis består af Domstolens afgørelser. Soft law er en ikke-bindende sekundærregulering og udgør udtalelser og henstillinger. Herudover er der litteraturen, som bidrager til forståelse af EU-retten.⁴³

2.2. Primærretten

Som det fremgår ovenfor, udgør primærretten de grundlæggende rettigheder, her gælder bl.a. en række almindelige retsprincipper fra Traktaten TEUF og Traktaten TEU. Bestemmelserne i Traktaten TEUF og TEU indeholder ikke en direkte regulering for indgåelse af offentlige kontrakter, dog gælder en række bestemmelser, hvoraf gennemførelsen af offentlige anskaffelser er omfattet. Heraf har den ordregivende myndighed pligt til at overholde forbuddet mod nationalitetsdiskrimination, varernes fri bevægelighed, arbejdskraften, etableringsfriheden og udveksling af tjenesteydelser.

Bestemmelserne i Traktaten TEUF har størst praktisk betydning i forbindelse med forhold uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde, blandt andet ved offentlige kontrakter under tærskelværdierne. Særligt i disse tilfælde fungerer traktatens bestemmelser som sikkerhedsnet for udbudsdirektiverne. Modsætningsvis har bestemmelserne mindre betydning ved overtrædelser omfattet af udbudsdirektiverne, da direktiverne modsat traktaten indeholder handlepligter, og da de nationale kontrolorganer har større erfaring med fortolkningen af bestemmelserne i udbudsdirektiverne. Traktaten TEUF's bestemmelser er gengivet i udbudsdirektivets første præambelbetragtning.

⁴² Jf. Grith Skovgaard Ølykke & Ruth Nielsen, EU's udbudsregler – i dansk kontekst, 2017, s. 39.

⁴³ Ibid.

Et overtal af Traktaten TEUF' grundsætninger udgør specielle lighedsgrundsætninger, hvilket betyder, at bestemmelserne udgør forbud, der er præciseret på baggrund af bestemte kriterier.⁴⁴ Den daværende EF-Domstol (Nuværende EU-Domstol) har dog tidligere fastslået i en sag om diskriminationsforbuddet, at denne lighedsgrundsætning var et udtryk for et generelt lighedsprincip⁴⁵.

Af diskriminationsforbuddet kan dermed udledes et generelt lighedsprincip, der i retsteorien omtales som en almindelig lighedsgrundsætning, der i modsætning til de specielle lighedsgrundsætninger er analytisk indholdsløse⁴⁶. Domstolen omtalte bl.a., at *"efter dette princip må ensartede situationer ikke behandles forskelligt, medmindre en forskellig behandling er objektivt begrundet"*.⁴⁷ Da princippet er et af de grundlæggende principper inden for fællesskabsretten, har Domstolen ligeledes afgjort, at princippet er bindende for både EF's institutioner (nuværende EU-institutioner) og medlemsstaterne.⁴⁸

2.3. Den bindende sekundærregulering

Udover bestemmelserne i Traktaten TEUF gælder der en række afledte grundlæggende udbudsretlige principper, som den ordregivende myndighed skal overholde i forbindelse med indgåelsen af offentlige kontrakter. Af direktivet gælder følgende principper om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed⁴⁹.

I følgende afsnit vil der af hensyn til afhandlingens omfang alene blive redegjort for de mest omtalte principper i forbindelse med spørgsmålet om ordregivers ændringer og tilbudsgivers fravigelser.

⁴⁴ Jf. Treumer, Steen, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000, s. 64.

⁴⁵ Jf. C-124/76 og 20/77 S.A. Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson, 1977, punkt 14-16 og C-117/76 & 16/77 Albert Ruckdeschel & Co., 19. oktober 1977, s. 1768, punkt 7 og som omtalt i Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000, s. 65.

⁴⁶ Jf. Treumer, Steen, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000, s. 63.

⁴⁷ Jf. C-124/76 og 20/77 S.A. Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson, 1977, punkt 17 og C-117/76 & 16/77 Albert Ruckdeschel & Co., 19. oktober 1977, s. 1768, punkt 7.

⁴⁸ Jf. C-201 og 202/85, Klensch, 25. november 1986, punkt 8. Se også C-91/08, Wall AG, 13. april 2010, præmis 68.

⁴⁹ Jf. 2014/24/EU, præambelbetragtning 1.

2.3.1. Ligebehandlingsprincippet

Ligebehandlingsprincippet udspringer af Traktaten TEUF' diskriminationsforbud og reglerne om fri bevægelighed.⁵⁰ Princippet indebærer en pligt for ordregiver til at påse, at ansøgere eller tilbudsgivere ikke forskelsbehandles⁵¹. Dette indebærer bl.a., at ordregiver ved vurderingen af tilbuddene skal anvende udbudsbetingelserne på en objektiv og ensartet måde over for alle de bydende.⁵²

Som det vil fremgå af den efterfølgende gennemgang, er ligebehandlingsprincippet et af de mest tungtvejende hensyn, og det fremgår derfor i størstedelen af klagesagerne. Princippet er nedfældet i udbudsdirektivets artikel 18. Som Domstolen bl.a. bemærkede i C-87/94,⁵³ gælder princippet under alle stadier af udbudsproceduren⁵⁴, hvorfor pligten allerede kan lede til implikationer ved planlægningen og udarbejdelsen af udbudsmaterialet. Til denne del af proceduren vil ligebehandlingsprincippet typisk vedrøre implikationer om inhabilitet i forbindelse med rådgivere, som bistår ordregiver ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet.⁵⁵

Spørgsmålet omkring ordregivers ændringsmuligheder vil sædvanligvis angå faserne efter offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen. Dette vil være før⁵⁶ og efter⁵⁷ fristen for ansøgning eller

⁵⁰ Jf. Berg, Claus, Udbudsret i byggeriet, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. udgave, 1. oplag, 2012, s. 36.

⁵¹ Jf. Treumer, Steen, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000, s. 14.

⁵² Jf. C-19/00, SIAC, 18. oktober 2001, præmis 44 og ligeledes i sag C-368/10, Kommissionen mod Nederlandene, 10. maj 2012, præmis 87.

⁵³ Se også C-470/99, Universale Bau AG, 12. december 2002, præmis 93 og i sagerne C-285/99 og C286/99 Impresa Lombardini SpA, præmis 38.

⁵⁴ Jf. C-87/94, Kommissionen mod Belgien, 25. april 1996, præmis 51-53.

⁵⁵ Jf. Berg, Claus, Udbudsret i byggeriet, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. udgave, 1. oplag, 2012, s. 36.

⁵⁶ Se bl.a. C-368/10, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene, 10. maj 2012. Hvor ordregiver ændrer krav til kontraktens genstand, før udløbet af tilbudsfristen.

⁵⁷ Se bl.a. Se C-243/89, Kommissionen mod Danmark, 22. juni 1993. Hvor ordregiver accepterer tilbud der ikke er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. C-87/94, Kommissionen mod Belgien, 25. april 1996. Hvor ordregiver foretager ændringer i kravene til kontraktens genstand på baggrund af en tilbudsgivers alternative løsningsforslag.

tilbudsafgivelse⁵⁸ og efter kontraktstildelingen. Ændringsmulighederne for disse faser vil blive gennemgået i de efterfølgende afsnit.

2.3.2. Gennemsigtighedsprincippet

Princippet om gennemsigtighed indebærer, at der stilles et overordnet krav om udbudsprocedurens gennemskuelse, og at ansøgerne eller tilbudsgiverne stilles lige i konkurrencen om den offentlige kontrakt.⁵⁹ Dette sker ved at stille krav til offentligheden omkring den udbudte opgave, og at udbuddets faser og dets materiale er åbent og klart beskrevet.⁶⁰

Gennemsigtighedsforpligtelsen er, ligesom princippet om ligebehandling, nedskrevet i udbudsdirektivets artikel 18. Princippet skal ses i sammenhæng med ligebehandlingsprincippet, da forpligtelsen om gennemsigtighed ligeledes afgør, hvorvidt forpligtelsen om ligebehandling er opfyldt.

Ligesom ligebehandlingsprincippet er rækkevidden af gennemsigtighedsforpligtelsen begrænset til Domstolens fortolkning. Domstolen har dog udtalt sig om en række af princippet forpligtelser, som indebærer, at kriterierne i udbudsmaterialet skal angives, således at det gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende at fortolke dem på samme måde⁶¹, og ligesom den ordregivende myndighed skal fastholde den samme fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele udbuddet⁶². Gennemsigtighedsforpligtelsen fremgår af udbudsdirektivets artikel 18.

⁵⁸ Se bl.a. C-368/10, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene, 10. maj 2012. Hvor ordregiver ændrer krav til kontraktens genstand før udløbet af tilbudsfristen.

⁵⁹ Jf. Peter Stig Jakobsen, Sune Troels Poulsen og Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg, EU Udbudsdirektivet, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016, s. 62.

⁶⁰ Jf. Berg, Claus, Udbudsret i byggeriet, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. udgave, 1. oplag, 2012, s. 39.

⁶¹ Jf. C-19/00, SIAC Construction Ltd., 18. Oktober 2001, præmis 42.

⁶² Ibid., præmis 43.

2.3.3. Udbudsdirektivet og udbudsloven

2.3.3.1. Udbudsdirektivet

Udbudsdirektivet har som hovedformål at sikre, at der åbnes op for konkurrence ved offentlige indkøb, samtidig skal dette ske ved overholdelsen af Traktaten TEUF' principper om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling samt de heraf afledte grundlæggende udbudsretlige principper.⁶³

Med moderniseringen af EU's politik for offentlige indkøb blev det nuværende udbudsdirektiv vedtaget i februar 2014. Særligt fremgår det af præambelbetragtning nr. 2, at der er et behov for at præcisere grundlæggende begreber og koncepter med henblik på at sikre retssikkerheden samt for at integrere Domstolens praksis.

2.3.3.2. Udbudsloven

Udbudsloven trådte i kraft 1. januar 2016 og gennemfører dermed det nuværende udbudsdirektiv. Med visse ændringer og præciseringer svarer bestemmelserne til de i det nuværende udbudsdirektiv. Som det tidligere fremgik, har lovgiver valgt at gennemføre en del af lovgivningen i bemærkningerne til udbudsloven. Forinden implementeringen ved lov var det daværende udbudsdirektiv gennemført ved en bekendtgørelse.

Af de ændringer og præciseringer mellem det nuværende udbudsdirektiv og udbudsloven, som er af relevans for belysningen af ovennævnte problemformulering, vil denne afhandling inddrage disse.

⁶³ Udbudsdirektivet

Kapitel 3 – Udbudsdokumenter og udbudsprocedurer

3.1. Indledende bemærkninger

For at kunne afklare retsgrundlaget for adgangen til ændringer og fravigelser i udbudsdokumenterne vil det være relevant at redegøre kort for indholdet af udbudsdokumenterne for at forstå deres individuelle betydning for udbuddet og for at kunne sætte dette i kontekst med hensynene bag reguleringen af ændringer og fravigelser heraf.

Herudover vil det være nødvendigt at redegøre generelt for indholdet af de forskellige typer af udbudsprocedurer, herunder de enkelte faser, da bedømmelsen af, hvorvidt en fravigelse eller ændring er tilladt, efter de konkrete omstændigheder kan påvirkes af den valgte proceduretype og ligeledes tidspunktet for ændringen eller fravigelsen.

I de efterfølgende afsnit vil der indledningsvis blive redegjort for indholdet af udbudsdokumenterne og derefter de forskellige typer af udbudsprocedurer, herunder deres forskellige faser. Gennemgangen vil ske på baggrund af bestemmelserne i udbudsdirektivet og udbudsloven samt forarbejderne til udbudsloven.

3.2. Udbudsdirektivet og udbudsloven om udbudsdokumenternes indhold

Ved omtale af de dokumenter, som indgår under et udbud, anvendes samlebetegnelsen *"udbudsdokumenter"*⁶⁴. Definitionen af disse fremgår af udbudsdirektivet artikel 2, stk. 1, nr. 3 og i udbudslovens § 24, nr. 36 og indeholder de dokumenter, som beskriver eller fastlægger udbuddets elementer eller procedurer, herunder udbudsbekendtgørelsen, forhåndsmeddelelsen, tekniske specifikationer, det beskrivende dokument, foreslåede kontraktbetingelser, formater for ansøgernes

⁶⁴ Udbudsdirektivet anvender samlebetegnelsen *"udbudsdokumenter"* om ovennævnte dokumenter. Udbudsdirektivets definition er gennemført i udbudslovens § 24, nr. 36, dog omtales disse *"udbudsmaterialet"*. Forskellen er formentlig af hensyn til den vante udbudsretlige terminologi⁶⁴, men forståelsen heraf er den samme. Denne afhandling vil fremover anvende terminologien *"udbudsdokumenter"*, når ovennævnte dokumenter omtales i samling. En tredje terminologi anvendes for den del af udbudsdokumenterne, som fastlægger retningslinjerne for udbudsproceduren, denne omtales *"udbudsbetingelserne"* og fremgår ikke af udbudsloven, men af forarbejderne til udbudsloven og i begrænset omfang i udbudsdirektivet.⁶⁴

og tilbudsgivernes fremlæggelse af dokumenter, oplysninger om almindeligt gældende forpligtelser og eventuelt supplerende dokumenter.

Visse oplysninger i udbudsbekendtgørelsen vil gå igen i de øvrige udbudsdokumenter, da den hidtidige forståelse af udbudsdokumenterne har været, at disse skulle ses som et supplement til udbudsbekendtgørelsen.⁶⁵

Udbudsbekendtgørelsen er det dokument, som anvendes som middel til indkaldelsen af tilbud ved alle typer af udbudsprocedurer, dog med undtagelse af proceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.⁶⁶ Udbudsbekendtgørelsen har til formål at sikre gennemsigtighed omkring den udbudte kontrakt og ligeledes at give lige adgang for potentielle bydende. Grundlæggende sætter denne de retlige rammer for den udbudte kontrakt, hvorfor disse krav vil være ganske vanskelige at ændre eller fravige, som det også vil blive gennemgået i de efterfølgende kapitler.

3.2.1 Væsentligste dele af udbudsdokumenterne

Som det fremgår ovenfor, gælder de øvrige udbudsdokumenter som supplement til udbudsbekendtgørelsen, og af disse er de væsentligste: (1) udbudsbetingelserne, (2) de tekniske specifikationer og (3) udkast til kontrakt.

(1) Udbudsbetingelserne opstiller retningslinjerne for udbudsproceduren og oplyser bl.a. om formkrav, vedståelsesfrist, udelukkelsesgrunde, krav til egnethed, udvælgelsesbetingelser, krav til dokumentation, tildelingskriterier og evalueringsmetode. (2) De tekniske specifikationer fastsætter de egenskaber der kræves af den udbudte ydelse. (3) I udkastet til kontrakten beskrives de betingelser, der er knyttet til udførelsen af kontrakten. Nedenfor redegøres kort for de udbudsdokumenter, som er relevante for den videre analyse i kapitel 5.

3.2.1.1. De tekniske specifikationer

Grundlæggende indeholder de tekniske specifikationer en beskrivelse af de egenskaber, som ordregiver kræver af den pågældende ydelse, som det fremgår af definitionen i udbudsdirektivets

⁶⁵ Jf. Carina Risvig Hammer, Grundlæggende udbudsret, 2016, s. 383.

⁶⁶ Ibid., s. 380.

bilag VII, 1. punkt, og artikel 42, stk. 1 og 2 for henholdsvis indkøb af tjenesteydelser og varer samt bygge- og anlægskontrakter. Angivelsen i den tekniske specifikation skal sikre, at de bydende og potentielle bydende er bekendt med de karakteristika, som gælder ved den udbudte ydelse, og på denne baggrund kan afgive tilbud.

3.2.1.2. Krav til egnethed

Grundlæggende gælder det for ethvert udbud, at ordregiver vil sikre sig, at tilbudsgiverne er egnede til at gennemføre den udbudte opgave. Dette forhold omtales som krav til egnethed, som ordregiver kan stille til de potentielle tilbudsgivere.⁶⁷ Reglerne herfor findes i udbudsdirektivets artikel 58 og i udbudslovens §§ 140-143. Herefter kan ordregiver stille krav til ansøgernes eller tilbudsgivernes egnethed for (1) egnethed til udøvelse af det pågældende, (2) økonomiske og finansielle formåen, eller (3) tekniske og faglige formåen.

Som det også vil fremgå senere, gælder det, at ordregiver efter udbudsloven skal fastsætte egnethedskravene som minimumskrav.

3.2.1.3. Tildelingskriterierne

Som en del af udbudsprocessen skal ordregiver på forhånd have fastsat kriterierne for tildelingen af kontrakten, reglerne herfor følger af udbudsdirektivets artikel 67 og udbudslovens § 162. Grundlæggende udgør tildelingskriterierne de kriterier, som tilbudsgiverne konkurrerer på om tildelingen af kontrakten.⁶⁸ Efter stk. 2 skal ordregiver tildele kontrakten til den tilbudsgiver med det økonomisk mest fordelagtige tilbud. I denne sammenhæng skal ordregiver anvende et af følgende kriterier (1) pris, (2) omkostninger eller (3) bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Ved tildelingskriteriet *pris* evalueres tilbuddene alene på tilbuddenes samlede pris, hvorfor det tilbud med den laveste pris bliver tildelt kontrakten. Ved tildelingskriteriet *omkostninger* evalueres tilbuddene på baggrund af tilbuddets samlede omkostninger. Ved tildelingskriteriet *bedste forhold mellem pris og kvalitet* evalueres tilbuddene på baggrund af det bedste forhold herimellem. Såfremt

⁶⁷ Jf. Hamer, Carina Risvig: *Grundlæggende udbudsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016, s. 504.

⁶⁸ Jf. Ølykke, Grith Skovgaard, Nielsen, Ruth: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017, s. 646.

ordregiver anvender det sidstnævnte tildelingskriterium, skal der ligeledes fastsættes de under- og delkriterier, som skal sikre identificeringen af tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet. Underkriterierne kan bl.a. omfatte kvalitet, faglige kvalifikationer eller kundeservice.

Herudover følger det af artikel 67, stk. 5 og § 165, at ordregiver skal angive i udbudsdokumenterne, hvordan denne vil vægte de valgte tildelingskriterier, med henblik på at afgøre hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige, dog med undtagelse af de tilfælde, hvor kriterieret alene vedrører prisen.

3.2.2. Mindstekrav eller minimumskrav

Ordregiver kan i udbudsdokumenterne angive, hvilke elementer der skal være ufravigelige, og som alle tilbuddene skal overholde. Om disse elementer anvendes forskellige betegnelser i henholdsvis udbudsloven og udbudsdirektivet, hvilket besværliggør en sammenligning af de to. Disse omtales *mindstekrav* eller *minimumskrav* og vil kort blive gennemgået nedenfor (disse behandles yderligere i kapitel 4).

Begreberne *mindstekrav* og *minimumskrav* kunne efter deres ordlyd indikere to sider af samme sag, hvilket ligeledes gav anledning til diskussion hos udbudslovsudvalget i forbindelse med implementeringen af udbudsdirektivet. Her blev der for den daværende artikel 24 om alternative tilbud (den nuværende artikel 45) fremhævet "*Om end betydningen af bestemmelsen ikke giver anledning til tvivl, er bestemmelsen på flere punkter noget uskønt formuleret. For det første anvendes begrebet "minimumskrav" i modsætning til stk. 3, der anvender begrebet "mindstekrav". For det andet anvendes formuleringen "de krævede minimumskrav". Det giver ikke sprogligt mening at "kræve et krav". Til sammenligning anvender den engelske version formuleringen "the minimum requirements laid down"*"⁶⁹.

Sammenligner man den danske og engelske oversættelse af udbudsdirektivet, samles begreberne "*mindstekrav*" eller "*minimumskrav*" under en fællesbetegnelse; "*minimum requirements*". Dette går igen flere steder i de to versioner⁷⁰. Samme gælder for den tyske og franske oversættelse, som

⁶⁹ Jf. Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014, s. 667, fodnote 369.

⁷⁰ Se for mindstekrav i dansk version, artikel 45 i engelsk version. Se for minimumskrav i dansk version, præambelbetragtning 45, 48, artikel 29, artikel 31, artikel 45 i engelsk version.

ligeledes anvender en samlebetegnelse for begge begreber, henholdsvis *Mindestanforderungen*⁷¹ for den tyske oversættelse og *d'exigences minimales*⁷² for den franske oversættelse.

Af den danske oversættelse følger det af præambelbetragtning 45, at minimumskrav udgør "*de betingelser og karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have*". Udover minimumskrav til genstanden for udbuddet kan disse også være udtrykt som minimumskrav til tilbudsgivers formåen, som er nævnt i artikel 58, stk. 5 om udvælgelseskriterier.

Ovennævnte definition er overført i forarbejderne til udbudslovens § 2,⁷³ dog anvendes betegnelsen *mindstekrav* i stedet for betegnelsen *minimumskrav* til egenskaber ved det udbudte eller kontraktens udførelse, og betegnelsen *minimumskrav* anvendes for krav til egnethed, som også falder under mindstekrav (anvendelsen af disse betegnelser uddybes nærmere i kapitel 4).

3.2.3. Offentliggørelse og adgang til udbudsdokumenterne

Som en nyskabelse i udbudsdirektivet artikel 53 og i udbudslovens § 132 skal der allerede ved offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, forhåndsmeddelelsen eller anden opfordring ske fuld elektronisk og vederlagsfri adgang til alle udbudsdokumenterne. I modsætning til det daværende direktiv, hvor adgangen kunne være begrænset for de udbudsprocedurer med prækvalifikationsrunde, gælder der nu en forpligtelse om ubegrænset og fuld direkte elektronisk adgang for alle udbudsprocedurer.

Ved at forpligte ordregiver til at foretage en tidlig offentliggørelse af alle udbudsdokumenterne, sikres det, at de potentielle og/eller aktuelle ansøgere eller tilbudsgivere kan tage stilling til den udbudte kontrakt på et fuldt oplyst grundlag.⁷⁴

⁷¹ Samme steder som i fodnote 5.

⁷² Ibid.

⁷³ Jf. Lovforslag nr. L 164, Fremsat den 18. marts 2015 af erhvervs- og vækstministeren Henrik Sass Larsen, Forslag til Udbudslov, s. 58 om lovens § 2.

⁷⁴ Jf. Ølykke, Grith Skovgaard, Nielsen, Ruth: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017, s. 272.

Denne retsstilling vil bl.a. have betydning for nogle af de problemstillinger, som gennemgås i kapitel 5, særligt for de procedurer med flere faser, da det sikres, at ordregiver på forhånd skal have klarlagt de behov og krav, der stilles til den udbudte kontrakt, for dermed at undgå uoverensstemmelser mellem udbudsbekendtgørelsen og det øvrige materiale, hvor ordregiver tidligere kunne anvende tiden op til udløbet af ansøgningsfristen til at arbejde med de øvrige udbudsdokumenter.

3.3. Udbudsdirektivet og udbudsloven om udbudsprocedurerne og deres faser

Udbudsdirektivet indeholder en række procedurer som fremgår af udbudsdirektivets artikel 26-32 og i udbudslovens §§ 55-87. Disse vil fremover være inddelt efter de klassiske og fleksible procedurer. For de klassiske behandles offentligt udbud og begrænset udbud. For de fleksible omtales udbud med forhandling med forudgående bekendtgørelse, udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse, konkurrencepræget dialog, innovationspartnerskaber og projektkonkurrencer.

I denne afhandling vil følgende udbudsprocedurer blive behandlet: offentligt udbud, begrænset udbud, udbud med forhandling efter forudgående bekendtgørelse (fremover udbud med forhandling) og konkurrencepræget dialog.

3.3.1. Offentligt udbud og begrænset udbud

Særligt kendetegnende for et offentligt udbud er, at alle bydende kan afgive tilbud på den udbudte ydelse. Denne procedure indeholder følgende faser: (1) fra offentliggørelse af udbudsdokumenterne og frem til fristen for tilbudsafgivelse og (2) fra udløbet af tilbudsfristen og frem til kontraktstildelingen. Udbudsproceduren offentligt udbud er reguleret i udbudsdirektivet artikel 27 og i udbudslovens § 56.

I modsætning hertil gælder det for begrænset udbud, at ordregiver udvælger de bydende, som denne ønsker at opfordre til at afgive tilbud. Sidstnævnte type indeholder dermed en prækvalifikationsfase. Denne procedure indeholder følgende faser: (1) fra offentliggørelse af udbudsdokumenterne og frem til udløbet af ansøgningsfristen, (2) fra udløbet af ansøgningsfristen og frem til fristen for tilbudsafgivelse og (3) fra udløbet af tilbudsfristen og frem til kontraktstildelingen. Udbudsproceduren begrænset udbud er reguleret i udbudsdirektivets artikel 28 og i udbudslovens § 58.

3.3.2. Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog

I forbindelse med vedtagelsen af udbudsdirektivet fra 2014 lempede man på reglerne for adgangen til de fleksible procedurer, herunder konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling. Som nævnt i præambelbetragtning 42, *"Der er et stort behov for at give de ordregivende myndigheder yderligere fleksibilitet til at vælge en udbudsprocedure, der giver mulighed for forhandlinger."*, og *"Fremgangsmåden har vist sig at være nyttig i tilfælde, hvor de ordregivende myndigheder ikke kan fastlægge de vilkår, der kan opfylde deres behov, eller vurdere, hvad markedet kan tilbyde inden for tekniske, finansielle eller juridiske løsninger."* Lempelsen blev gennemført på baggrund af et betydeligt pres fra medlemsstaterne, da der var behov for øget adgang til forhandling og fleksibilitet ved offentlige indkøb.⁷⁵

En væsentlig forskel fra det daværende udbudsdirektiv var ophævelsen af medlemsstaternes selvbestemmelse om, hvorvidt man ville tillade anvendelsen af de fleksible procedurer, hvorfor der nu er tale om en forpligtelse for medlemsstaterne om at tillade ordregiver denne mulighed, såfremt kriterierne herfor er opfyldt.⁷⁶

Betingelserne for anvendelsen af de fleksible procedurer er ens og fremgår af artikel 26, stk. 4, dette er bl.a. for indkøb, hvor det er nødvendigt med tilpasninger af allerede tilgængelige løsninger, eller hvor indkøbets tekniske specifikationer ikke kan fastlægges tilstrækkeligt præcist.

Betingelserne er relativt brede, hvorfor der er tale om en væsentlig lempelse i adgangen til de fleksible procedurer.⁷⁷ Desuden er det muligt at overgå fra en allerede gennemført, men uafsluttet udbudsprocedure, til de fleksible procedurer. Dette gælder særligt i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud, hvor der kun er afgivet *ikke-forskriftsmæssige* eller *uantagelige* tilbud.⁷⁸

Proceduren for udbud med forhandling er reguleret i udbudsdirektivets artikel 29 og for konkurrencepræget dialog i artikel 30 samt i udbudslovens §§ 61-66 og 67-72.

⁷⁵ Jf. Ølykke, Grith Skovgaard, Nielsen, Ruth: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017, s. 218.

⁷⁶ Ibid., s. 219.

⁷⁷ Ibid., s. 220.

⁷⁸ Ibid., s. 221.

3.3.2.1. Udbud med forhandling

Efter denne proceduretype gælder der følgende faser: (1) fra offentliggørelse af udbudsdokumenterne og frem til udløbet af ansøgningsfristen, (2) fra udløbet af ansøgningsfristen og frem til fristen for afgivelse af det indledende tilbud, (3) fra udløbet af fristen for afgivelse af det indledende tilbud og frem til fristen for afgivelse af det endelige tilbud, og (4) fra udløbet af fristen for afgivelse af det endelige tilbud og frem til kontrakttildelingen.

Udbudsbekendtgørelsen: Ordregiver anfører udbuddets genstand i udbudsdokumenterne ved at beskrive dens krav og behov samt en angivelse af tildelingskriterierne. Herudover skal ordregiver angive, hvilke elementer der skal udgøre minimumskrav.⁷⁹

Forhandling om tilbud: Ordregiver kan indlede med forhandlinger med tilbudsgiverne om alle karakteristika, dog ikke for elementer defineret som minimumskrav og tildelingskriterierne⁸⁰ Resulterer en forhandling i ændring af elementer, som ikke vedrører minimumskrav, har ordregiver pligt til at underrette alle tilbudsgiverne herom for at sikre, at tilbudsgiverne har tilstrækkelig tid til at ændre og indgive ændrede tilbud.⁸¹

3.3.2.2. Konkurrencepræget dialog

Efter denne proceduretype gælder der følgende faser: (1) fra offentliggørelse af udbudsdokumenterne og frem til udløbet af ansøgningsfristen, (2) fra udløbet af ansøgningsfristen og frem til fristen for afgivelse af et løsningsforslag, (3) fra udløbet af fristen for afgivelse af det indledende løsningsforslag og frem til fristen for afgivelse af det indledende tilbud, og (4) fra udløbet af fristen for afgivelse af det indledende tilbud og frem til kontrakttildelingen.

Udbudsbekendtgørelse og/eller beskrivende dokument: Ordregiver beskriver sine krav og behov samt tildelingskriterierne i udbudsbekendtgørelsen og/eller i det beskrivende dokument.⁸²

⁷⁹ Jf. Artikel 29, stk. 1.

⁸⁰ Jf. Udbudsdirektivet 2014/24/EU, præambelbetragtning nr. 45 og artikel 29, stk. 3.

⁸¹ Jf. Artikel 29, stk. 5.

⁸² Jf. Artikel 30, stk. 2.

Dialogen om løsningsforslag: Ordregiver indleder en dialog på baggrund af de fremsendte løsningsforslag, der kan angå alle aspekter af udbuddet.⁸³ Efter afslutningen af denne dialog afgiver ansøgerne et tilbud på baggrund af resultaterne af dialogen.

Supplering eller præcisering af tilbud: Ordregiver har på baggrund af tilbuddene mulighed for at få præciseret, afklaret eller optimeret eller suppleret oplysninger, dog må disse ikke ændre væsentlige aspekter i tilbuddet, herunder krav og behov fastsat i udbudsbekendtgørelsen og/eller i det beskrivende dokument, hvis dette fører til konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling.⁸⁴

Forhandling af tilbud: Ordregiver kan indlede forhandling om det endelige tilbud, dog kun med henblik på at bekræfte de økonomiske forpligtelser eller andre vilkår, dog må dette ikke bevirke, at de vigtige aspekter af tilbuddet ændres i væsentlig grad, herunder de behov og krav, som er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og/eller i det beskrivende dokument, og at det ikke leder til konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling.⁸⁵

Dansk forskel: Om den konkurrenceprægede dialog er kravene til udbudsbekendtgørelsen og/eller det beskrivende dokument forskellige og ligeledes de elementer, som må indgå i dialogen. Udover at skulle fastsætte krav og behov samt tildelingskriterierne, som det fremgår af udbudsdirektivet, skal ordregiver, ligeledes efter udbudsloven, angive mindstekrav, hvorfor dialogen og forhandlingen ligeledes ikke må angå mindstekrav (denne forskel behandles videre i kapitel 5).

3.3.2.3. Lempeligere adgang med begrænsninger?

Som det tidligere fremgik, indfører det nuværende udbudsdirektiv en lempeligere adgang til de fleksible procedurer, hvilket ligeledes fremhæves af præambelbetragtning nr. 42, hvorefter *"Der er et stort behov for at give de ordregivende myndigheder yderligere fleksibilitet til at vælge en udbudsprocedure, der giver mulighed for forhandlinger"*. Spørgsmålet er dog herefter, hvorvidt den større frihed efter det nuværende udbudsdirektivs artikel 26 om deres anvendelsesområde, ligeledes kan afspejles i artikel 29 og 30 om reguleringen af proceduren.

⁸³ Ibid., stk. 3.

⁸⁴ Ibid., stk. 6.

⁸⁵ Ibid., stk. 7.

Sammenligner man udbud med forhandling i den daværende artikel 30 med dens nuværende artikel 29, er der kommet et betydeligt bidrag til forståelsen af rammerne for denne procedure, hvilket bl.a. også omtales af i Rapporten fra udbudslovsudvalget, *"Baggrunden for de nye regler er, at det - på grund af den betydeligt videre adgang til anvendelse af denne procedureform er fundet nødvendigt at opstille mere strukturerede regler med henblik på at sikre objektivitet, ikkeforskelsbehandling, ligebehandling og gennemsigtighed"*.⁸⁶ I denne sammenhæng kan det formentlig udledes, at en række af bestemmelserne efter den nuværende artikel 29, begrænser den tiltænkte fleksibilitet og dermed modarbejder formålet i præambelbetragtning 42.

Som det indledningsvis fremgår af bestemmelsens stk. 1, opstilles der bestemte krav til indholdet af udbudsdokumenterne, bl.a. skal tildelingskriterierne specificeres, der skal angives hvilke elementer der defineres som mindstekrav og ligeledes stilles der direkte krav til klarheden af de angivne oplysninger. Samtidig fastslås det, at der gælder en minimumsfrist for modtagelse af ansøgninger på 30 dage. Disse krav fremgår ikke af det daværende udbudsdirektiv, hvorfor rammerne for udbudsdokumenterne og tidsfristen i væsentlig grad specificeres.

Herudover indeholder bestemmelsen en nærmere regulering af de elementer, som ordregiver må forhandle med tilbudsgiver om, hvilket modsat det daværende direktiv ikke var angivet.

I forhold til den konkurrenceprægede dialog, som efter det daværende udbudsdirektiv indeholdte betydelig mere regulering af rammerne for denne procedure, er der ligeledes blev indført en række af de samme begrænsninger med hensyn til angivelser i udbudsdokumenterne og/eller det beskrivende dokument, samt en minimumsfrist for modtagelse af ansøgninger.

Det kan derfor argumenteres for, at der med vedtagelsen af det nuværende udbudsdirektiv er sket en væsentlig udvidelse af anvendelsesområdet for henholdsvis udbud med forhandling og den konkurrenceprægede dialog, dog er der som bemærket af Udbudslovsudvalget, sket en større strukturering af bestemmelserne, hvilket formentlig kan begrundes i den lempeligere adgang, dog med den konsekvens at der stilles væsentlig højere krav til rammerne for proceduren. I forhold til

⁸⁶ Jf. Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014, s. 585.

det daværende udbudsdirektiv, må det dog antages at denne strukturering på visse punkter skaber større klarhed omkring de muligheder og begrænsninger som gælder for disse procedurer.

Kapitel 4 – Ændringer

4.1. Indledende bemærkninger

Udbudsdirektivet indeholder ikke en direkte regulering af ordregivers adgang til at foretage ændringer i udbudsdokumenterne, dog gælder der en række regler for tidsfrister i forbindelse med ændringer. Reguleringen skal derfor udledes af de grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

I det følgende afsnit redegøres overordnet for de retlige rammer, der gælder ved ordregivers ændringer i udbudsdokumenterne, som de fremgår af udbudsdirektivet og udbudsloven.

4.2. Udbudsdirektivet og udbudsloven om ændringer

Indledningsvis indeholder udbudsdirektivet en række bemærkninger omkring ændringer, som fremgår af præambelbetragtning nr. 81 til udbudsdirektivet, herefter følger det:

"Det bør præciseres, at behovet for at sikre, at de økonomiske aktører har tilstrækkelig tid til at udarbejde et antageligt tilbud, betyder, at de tidsfrister, der blev fastsat indledningsvis, muligvis vil skulle forlænges. Dette vil navnlig være tilfældet, hvis der foretages væsentlige ændringer i udbudsdokumenterne".

"Det bør ligeledes præciseres, at væsentlige ændringer i sådanne tilfælde bør forstås som ændringer, navnlig af de tekniske specifikationer, som de økonomiske aktører vil skulle bruge yderligere tid for at forstå og svare tilstrækkeligt på".

"Det bør imidlertid præciseres, at sådanne ændringer ikke bør være så omfattende, at det ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang, eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren. Dette kan især være tilfældet, hvis ændringerne bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den, der oprindeligt blev fastlagt i udbudsdokumenterne".

Betragtningen omtaler to typer af ændringer (1) de væsentlige og (2) de tilfælde, hvor ændringer bevirker, at kontrakten er væsentligt forskellig fra den oprindelige og ikke kan afhjælpes med fristforlængelser.

Herudover indeholder udbudsdirektivet en række regler for tidsfrister i forbindelse med ændringer eller i tilfælde af supplerende oplysninger, som udgør en tredje kategori.

Ved væsentlige ændringer i udbudsdokumenterne skal ordregiver forlænge fristen for modtagelse af tilbud, som følger af artikel 47, stk. 3, b, og i udbudslovens § 93, stk. 4, hvorefter *"De ordregivende myndigheder forlænger fristerne for modtagelse af tilbud, således at alle de berørte økonomiske aktører får kendskab til de oplysninger, der er nødvendige for at udforme tilbud i følgende tilfælde:"* herefter *"hvis der foretages væsentlige ændringer i udbudsdokumenterne"*.

Såfremt ordregiver ønsker at supplere oplysningerne i udbudsdokumenterne, skal dette ske senest seks dage inden udløbet af tilbudsfristen, som det følger af artikel 53, stk. 2 og i udbudslovens § 134, stk. 4, hvorefter *"Eventuelle supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne og supplerende dokumenter meddeles af de ordregivende myndigheder til alle de tilbudsgivere, der deltager i udbudsproceduren, senest seks dage inden udløbet af den frist, der er fastsat for modtagelse af tilbud, forudsat at der er anmodet om dem i tide"*.

Udover muligheden for at supplere udbudsdokumenterne forinden udløbet af ansøgnings- eller tilbudsfristen indeholder udbudsloven § 159, stk. 5-6 ligeledes en regulering af ordregivers mulighed for at anmode ansøgerne eller tilbudsgiverne om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre deres ansøgninger eller tilbud efter ansøgnings- og tilbudsfristen. Denne regel er en kodificering af Domstolens praksis, men er ikke direkte nedskrevet i udbudsdirektivet, dog fremgår en lignende bestemmelse i udbudsdirektivets artikel 30 for den konkurrenceprægede dialog.

Efter udbudslovens § 159, stk. 5-6, kan *"Ordregiveren kan under overholdelse af principperne i § 2 anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, som ansøgere eller tilbudsgivere har indsendt i forbindelse med en ansøgning eller tilbud, er*

ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter".⁸⁷ Dog må en sådan anmodning ikke lede til, at ansøgerne eller tilbudsgiverne fremsætter en ny ansøgning eller tilbud,⁸⁸ og ligeledes skal ansøgninger eller tilbud afvises, såfremt det udtrykkeligt er angivet i udbudsbekendtgørelsen, at den konkrete fejl eller mangel skal afvises.⁸⁹

Udover ovennævnte bidrager udbudsdirektivet ikke til yderligere forståelse af grænsen mellem de tilfælde, hvor der er tale om (1) en supplerende eller en præcisering, (2) *væsentlig* ændring og (3) de tilfælde, hvor ændringer bevirker, at kontrakten er væsentlig forskellig fra den oprindelige, som ikke kan afhjælpes med fristforlængelser.

Dog indeholder bemærkningerne til udbudsloven et nærmere bidrag til forståelsen af ovennævnte ændringstyper, som vil blive gennemgået nedenfor.

4.2.1. Udbudslovens bemærkninger om ændringer

Af bemærkningerne til udbudsloven⁹⁰ fremgår tre typer af ændringer, (1) de uvæsentlige ændringer, (2) de væsentlige ændringer og (3) ændringer af grundlæggende elementer.⁹¹

Ved uvæsentlige ændringer forstås mindre justeringer og tilpasninger, der ikke vil have karakter af ændringer, som kræver ekstra tid til udarbejdelse af ansøgninger eller tilbud⁹². Disse kunne eksempelvis være oplysninger om adressen for tilbudsmodtagelse, afklaringer eller misforståelser.⁹³

Ved væsentlige ændringer forstås ændringer, der medfører, at de økonomiske aktører skal bruge yderligere tid til at forstå og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet, hvorfor det vil tage længere

⁸⁷ Jf. Udbudslovens § 159, stk. 5.

⁸⁸ Ibid., stk. 5.

⁸⁹ Ibid., stk. 6.

⁹⁰ Jf. Lovforslag nr. L 164, Fremsat den 18. marts 2015 af erhvervs- og vækstministeren Henrik Sass Larsen, Forslag til Udbudslov, s. 57-58 om lovens § 2 og s. 121 om lovens § 93, stk. 4, nr. 2.

⁹¹ Betegnelsen "*grundlæggende elementer*" må oprindeligt stamme fra med Rådets og Kommissionens Fælleserklæring, som det også er omtalt af Fabricius i Offentlige indkøb i praksis, 4. udgave, 2017, s. 597, og kan ligeledes udledes af Domstolens præmis 40 i Storebælt-sagen "*grundlæggende udbudsbetingelser*".

⁹² Ibid.

⁹³ Jf. Hamer, Carina Risvig: *Grundlæggende udbudsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016, s. 406.

tid at afgive en ansøgning eller et tilbud, men som ikke ændrer karakteren af den udbudte opgave. Et eksempel på en væsentlig ændring er nye oplysninger til udbudsmaterialet⁹⁴.

Ved ændringer af grundlæggende elementer forstås ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgivernes deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere⁹⁵. Denne type af ændringer kan ikke afhjælpes med fristforlængelse, og ordregiver vil være forpligtet til at annullere en udbudsproces og offentliggøre en ny udbudsbekendtgørelse og et nyt udbudsmateriale.⁹⁶

Ligeledes indeholder bemærkningerne en nærmere uddybelse af de elementer, som falder under betegnelsen "*grundlæggende elementer*"⁹⁷, hvorefter ændringer af mindstekrav altid er en ændring af grundlæggende elementer, som vil kræve fornyet udbud.

Som tidligere nævnt, udgør mindstekrav de centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller kontraktens udførelse, der fastsætter karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have⁹⁸. Som eksempler herpå omtales kriterier for tildeling der tilføjes, fjernes, eller hvor rækkevidden heraf på andre måder ændres. Herudover omtales minimumskrav til egnethed som tilføjes, fjernes, eller rækkevidden heraf på andre måder ændres.

Samme gælder for ændringer af kontraktens genstand og krav til dennes udførelse. Som eksempel på sidstnævnte nævnes tilfælde, hvor der indføres betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte, eller hvis det ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren. Ydermere, hvis den økonomiske balance ændres til ansøgerne eller tilbudsgivernes fordel på en måde, som det oprindelige udbudsmateriale ikke gav mulighed for,

⁹⁴ Jf. Lovforslag nr. L 164, Fremsat den 18. marts 2015 af erhvervs- og vækstministeren Henrik Sass Larsen, Forslag til Udbudslov, s. 57-58 om lovens § 2 og s. 121 om lovens § 93, stk. 4, nr. 2.

⁹⁵ Ibid. og som defineret i udbudslovens § 24, nr. 37.

⁹⁶ Jf. Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014, s. 676.

⁹⁷ Jf. Lovforslag nr. L 164, Fremsat den 18. marts 2015 af erhvervs- og vækstministeren Henrik Sass Larsen, Forslag til Udbudslov, s. 57-58 om lovens § 2.

⁹⁸ Jf. Lovforslag nr. L 164, Fremsat den 18. marts 2015 af erhvervs- og vækstministeren Henrik Sass Larsen, Forslag til Udbudslov, s. 58 om lovens § 2.

samt tilfælde, hvor en ændring medfører en betydelig udvidelse af en kontrakts eller rammeaftalens anvendelsesområde.⁹⁹

Dog skal det bemærkes, at selvom en ændring af et mindstekrav *altid* vil være en ændring af et grundlæggende element, så anføres det også i bemærkningerne, at *"Ligebehandlingsprincippet udelukker derimod ikke ændringer af mindstekrav, hvis ændringen ikke vil kunne påvirke potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure og ikke fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere"*¹⁰⁰. Det pointeres efterfølgende, at denne modifikation ikke gælder i forbindelse med proceduren udbud med forhandling, hvorefter en ændring af mindstekrav altid vil være en ændring af et grundlæggende element.¹⁰¹

4.2.1.1. Sondringen mellem uvæsentlige, væsentlige og grundlæggende elementer

Som det fremgår ovenfor, sondres der mellem tre forskellige ændringstyper, denne sondring fremgår dog ikke direkte af udbudsdirektivet eller af Domstolens praksis, hvorfor det vil være relevant at undersøge om denne opdeling er i overensstemmelse hermed.

Som udgangspunkt indeholder præambelbetragtning nr. 81 sondringen mellem *væsentlige ændringer* og *ændringer*, der er så *"[...] omfattende, at det ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang, eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren. Dette kan især være tilfældet, hvis ændringerne bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den, der oprindeligt blev fastlagt i udbudsdokumenterne [...]"*. Som det tidligere er nævnt, er *væsentlige ændringer* ligeledes gennemført i udbudsdirektivets artikel 47, stk. 3, b om fristforlængelse. Udover væsentlige ændringer og ændringer, der påvirker potentielle ansøgere eller tilbudsgivere, gælder der ligeledes suppleringer og præciseringer efter artikel 53, stk. 2. Disse taler formentlig for sondringen mellem *uvæsentlige* og *væsentlige* ændringer.

I relation til udbudslovens anvendelse af begrebet *grundlæggende elementer* udgør disse ændringer, der kan (1) have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgivers deltagelse eller (2) fordrejet

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Jf. Lovforslag nr. L 164, Fremsat den 18. marts 2015 af erhvervs- og vækstministeren Henrik Sass Larsen, Forslag til Udbudslov, s. 58 om lovens § 2.

¹⁰¹ Ibid.

konkurrence mellem disse. Som tidligere nævnt, kan disse bl.a. omfatte ændringer i de tekniske specifikationer, krav til egnethed og tildelingskriterierne,¹⁰² hvilket må siges at være i overensstemmelse med Domstolens begreb "*grundlæggende betingelser*".¹⁰³ Domstolen omtaler dog ikke direkte forudsætningen om, at ændringen skal have fordrejet konkurrencen mellem de potentielle ansøgere eller tilbudsgivere, dog må det antages at såfremt en ændring har påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgivers deltagelse, må det lige have fordrejet konkurrence heriblandt. Sidstnævnte kunne ligeledes antages at være udledt af Rådets og Kommissionens Fælleserklæring, "*[...] grundlæggende elementer i kontrakterne, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning [...]*"¹⁰⁴ (som vil blive gennemgået yderligere i kapitel 6).

Ligeledes omtales det af Domstolen i nyere praksis, at udmålingen af fristforlængelser ligeledes skal vurderes ud fra ændringens væsentlighed,¹⁰⁵ hvilket ligeledes taler for sontringen i udbudsloven.

På baggrund af præambelbetragtning nr. 81 opdeling, bestemmelserne i artikel 47, stk. 3, b, og 53, stk. 2 samt Domstolens bemærkninger om begrebet "*grundlæggende udbudsbetingelser*", samt udtalelsen i Fælleserklæringen og om væsentlighedsvurderingen ved udmålingen af fristforlængelsen, må opdelingen i forarbejderne til udbudsloven formentlig være i overensstemmelse med udbudsdirektivet og Domstolens praksis.

¹⁰² Jf. Lovforslag nr. L 164, Fremsat den 18. marts 2015 af erhvervs- og vækstministeren Henrik Sass Larsen, Forslag til Udbudslov, s. 58 om lovens § 2.

¹⁰³ Se bl.a. C-368/10, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene, 10. maj 2012, præmis 55: "*grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne, således som disse betingelser er blevet formuleret i udbudsbetingelserne, og som interesserede erhvervsdrivende med rette har baseret sig på for at træffe en beslutning om at forberede en indgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure*".

¹⁰⁴ EF-Tidende nr. L 111/114 af 30. april 1994: "*[...] om grundlæggende elementer i kontrakterne, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning [...]*" (min understregning).

¹⁰⁵ Jf. C-298/15¹⁰⁵, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, 5. april 2017, præmis 76.

Kapitel 5 - Ændringer i udbudsdokumenterne

5.1. Indledende bemærkninger

Som det fremgår ovenfor, har det afgørende betydning for lovligheden af ændringer, om genstanden for disse vedrører grundlæggende elementer. Dette har dog i praksis givet anledning til uklarheder om hvilke elementer der er grundlæggende, som det bl.a. kan udledes af Domstolens praksis. Som tidligere nævnt har Domstolen anlagt en ganske restriktiv fortolkning af ordregivers ændringsadgang i udbudsdokumenterne.¹⁰⁶

I modsætning til denne restriktive tilgang, indeholder bemærkningerne til udbudslovens § 2 en modifikation, hvorefter *"Ligebehandlingsprincippet udelukker derimod ikke ændringer af mindstekrav, hvis ændringen ikke vil kunne påvirke potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure og ikke fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere"*.¹⁰⁷ Hvorvidt denne adgang er tilladt efter Domstolens praksis, vil blive gennemgået i dette kapitel.

I det følgende afsnit vil indledningsvis blive gennemgået Domstolens og Klagenævnets praksis for ændringer i udbudsdokumenterne for henholdsvis de tekniske specifikationer, krav til egnethed og tildelingskriterierne med henblik på at se retsudviklingen og for at klarlægge rækkevidden af ordregivers ændringsmuligheder.

5.2. Praksis for ændringer i de tekniske specifikationer

5.2.1. Sag C-299/08 (fremover Definitionsaftale-sagen)¹⁰⁸

I en traktatbrudssag fra 2009 kunne en ordregivende myndighed efter fransk lovgivning indgå de såkaldte "definitionsaftaler", såfremt det ikke var muligt at angive formålene med og de præstationer, en kontrakt skulle opfylde, de teknikker der kunne anvendes samt de menneskelige

¹⁰⁶ Se bl.a. C-368/10, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene, 10. maj 2012 og C-299/08, Europa-Kommissionen mod Den Franske Republik, 10. december 2009.

¹⁰⁷ Jf. Lovforslag nr. L 164, Fremsat den 18. marts 2015 af erhvervs- og vækstministeren Henrik Sass Larsen, Forslag til Udbudslov, s. 58 om lovens § 2.

¹⁰⁸ Jf. C-299/08, Europa-Kommissionen mod Den Franske Republik, 10. december 2009.

og materielle ressourcer, der var behov for¹⁰⁹. Aftalerne blev indgået med det formål, at en ordregivende myndighed kunne undersøge mulighederne og betingelserne for indgåelse af en efterfølgende "udførelsesaftale". Sidstnævnte aftale blev tildelt ved fornyet konkurrence, dog kun blandt deltagerne af de oprindelige definitionsaftaler.

Aftaletypen gjorde det dermed muligt at indgå vage og upræcise aftaler for derefter at tilpasse udførelsesaftalen med et begrænset antal deltagere af de oprindelige definitionsaftaler. I den anledning gjorde Kommissionen gældende, at definitionsaftaler var i strid med princippet om gennemsigtighed, da det gav anledning til situationer med usikkerhed for både de ordregivende myndigheder og de erhvervsdrivende.¹¹⁰

Centralt for afgørelsen bemærkede Domstolen, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed krævede, at kontraktens genstand og kriterier skulle defineres klart¹¹¹ og ligeledes fastsættes fra begyndelsen af proceduren.¹¹² Domstolen mente ikke, at fremgangsmåden overholdte disse krav og fandt derfor den var i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Som det fremgår af Domstolens afgørelse, var det derfor afgørende, at kontraktens genstand og dennes kriterier skulle være defineret klart fra begyndelsen, hvorfor det modsætningsvis må være i strid med principperne, såfremt disse ændres under proceduren, da disse ellers ikke ville kunne fastsættes klart fra begyndelsen af proceduren.

5.2.2. Sag C-368/10 (fremover Havelaar-sagen)¹¹³

Med afsæt i ovenstående har Domstolen i en anden omtalt afgørelse taget stilling til spørgsmålet om ændringer i de tekniske specifikationer, selvom Kommissionen i sine anbringender primært fokuserede på anvendelsen af mærker og krav om bæredygtighed.

¹⁰⁹Ibid, præmis 9.

¹¹⁰ Ibid, præmis 14.

¹¹¹ Ibid, præmis 41. Samme krav nævnes i sag C-340/02, Kommissionen mod Frankrig, 14. oktober 2004, præmis 34.

¹¹² Ibid, præmis 43.

¹¹³ Jf. C-368/10, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene, 10. maj 2012.

Havelaar-sagen omhandlede en offentlig kontrakt for levering og vedligeholdelse af automater til blandt andet kaffe og te. Særligt for de tekniske specifikationer havde den ordregivende myndighed stillet krav om Max Havelaar- og ECO-mærker.¹¹⁴ Efter offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen udsendte den ordregivende myndighed en informationsmeddelelse, hvori man i forhold til mærkerne også ville godtage *identiske eller sammenlignelige mærker*¹¹⁵. I forbindelse med informationsmeddelelsen havde Kommissionen anført, at meddelelsen først var udsendt uger efter offentliggørelsen, hvorfor det ikke kunne udelukkes, at potentielle tilbudsgivere i mellemtiden havde ladet sig afskrække fra at deltage.

Den ordregivende myndighed indvendte, at deres informationsmeddelelse havde overholdt det daværende udbudsdirektivs artikel 39, stk. 2 (det nuværende udbudsdirektivs artikel 52, stk. 2) om, at der var sket en præcisering inden for seks dage af fristen for modtagelse af tilbud.

I denne sammenhæng bemærkede domstolen, at det var formålet med procedurerne i udbudsdirektivet at garantere tilbudsgiverne adgang til de offentlige kontrakter, som måtte interessere dem¹¹⁶.

Dertil udtalte Domstolen, "[...]at selv inden for rammerne af præciseringer og suppleringer, vil det ikke være muligt at ændre på rækkevidden af grundlæggende betingelser, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne, således som disse betingelser er blevet formuleret i udbudsbetingelserne, og som interesserede erhvervsdrivende med rette har baseret sig på for at træffe en beslutning om at forberede en indgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure¹¹⁷(min understregning).

Dette måtte efter Domstolen følge af den daværende artikel 39, stk. 2 om supplerende oplysninger, som i dag fremgår af det nuværende udbudsdirektiv artikel 53, stk. 2. Indholdsmæssigt er der foretaget få sproglige tilføjelser, men indholdet er antageligvis det samme. Det må derfor kunne

¹¹⁴ Ibid, præmis 29.

¹¹⁵ Ibid, præmis 31.

¹¹⁶ Ibid. 52.

¹¹⁷ Jf. C-368/10, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene, 10. maj 2012, præmis 55.

udledes, at Domstolens udtalelser på dette område ligeledes vil kunne lægges til grund ved brugen af det nuværende udbudsdirektiv.

Til sin afgørelse inddrog Domstolen ligeledes i sin konklusion i den tidligere omtalte Definitionsaftale-sag, hvorefter den efter principperne om ligebehandling og gennemsigtighed krævedes, at kontraktens genstand og kriterier defineres klart fra begyndelsen af udbudsproceduren.

Som det var tilfældet i Havelaar-sagen, angik det ordregivers ændring i fasen forinden udløbet af tilbudsfristen. Domstolen har ligeledes haft mulighed for at behandle spørgsmålet om ændringer efter udløbet af tilbudsfristen, som det bl.a. var tilfældet C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL mod Spitalul Judetean de Urgenta Alba Iulia.

5.2.3. C-278/14 (fremover Solutions-sagen)¹¹⁸

I denne sag havde ordregiver udbudt et indkøb af it-udstyr og havde i denne sammenhæng refereret til en bestemt Intel-processor i sine tekniske specifikationer. Den oplyste processor var imidlertid gået ud af produktion, og efter producentens hjemmeside blev der i stedet henvist til en anden og bedre processor.

Klager havde i denne sammenhæng indleveret et tilbud på baggrund af en processor, som var en anden end den, ordregiver var blevet opmærksom på, var den rette. Ordregiver valgte derfor at afvise tilbuddet, da denne ikke mente, at det var konditionsmæssigt.

Om ordregivers afvisning af tilbuddet bemærkede Domstolen, at gennemsigtighedskravet har til formål at sikre, at der ikke er risiko for vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side¹¹⁹, hvorfor dette formål ikke tilgodeses, hvis den ordregivende myndighed kunne frigøre sig fra de betingelser, som denne selv har fastsat¹²⁰.

¹¹⁸ Jf. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL mod Spitalul Judetean de Urgenta Alba Iulia, af 16. april 2015.

¹¹⁹ Ibid., præmis 26.

¹²⁰ Ibid., præmis 27.

Domstolen konkluderede herefter, at den ordregivende myndighed ikke måtte " [...] ændre tildelingskriterier i løbet af proceduren for tildeling. Ligebehandlingsprincippet og princippet om ikke-forskelsbehandling samt gennemsigtighedskravet har herved samme virkning med hensyn til de tekniske specifikationer"¹²¹. Domstolen kombinerer altså forpligtelsen ved de tekniske specifikationer til også at gælde ved tildelingskriterierne.

Domstolens ganske restriktive tilgang, ved ikke at sondre mellem de grundlæggende og ikke-grundlæggende elementer, som i Havelaar-sagen, kan formentlig begrundes med, at ændringen foretages efter modtagelsen af tilbuddene.

I modsætning til den restriktive tilgang i henholdsvis Havelaar-sagen og Solutions-sagen har Klagenævnet anlagt en særdeles fleksibel tilgang, som det vil fremgå nedenfor.

Som det tidligere er nævnt, fremgår det af lovbemærkningerne til udbudslovens § 2, at *"Ligebehandlingsprincippet udelukker derimod ikke ændringer af mindstekrav, hvis ændringen ikke vil kunne påvirke potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure og ikke fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere"*¹²².

Denne fleksible tilgang lagde Klagenævnet allerede til grund (dog lidt mere alternativt) forinden vedtagelsen af udbudsloven, men efter Havelaar-sagen, som det fremgår i Klagenævnets kendelse fra maj 2013, Widex DK A/S mod Kommunernes Landsforening (fremover Widex-sagen)¹²³.

Denne sag angik et offentligt udbud, hvor ordregiver havde frafaldet et krav, som den oprindeligt havde fastsat i de tekniske specifikationer inden udløbet af tilbudsfristen, og ligeledes havde forlænget fristen i forbindelse med denne ændring. Klager mente i denne sammenhæng, at ordregiver ikke havde kunnet frafalde elementer, som denne ligeledes havde anført som ufravigelige og dermed grundlæggende.

¹²¹ Ibid.

¹²² Jf. Lovforslag nr. L 164, Fremsat den 18. marts 2015 af erhvervs- og vækstministeren Henrik Sass Larsen, Forslag til Udbudslov, s. 58 om lovens § 2.

¹²³ Jf. Klagenævnets kendelse fra 2013, Widex DK A/S mod Kommunernes Landsforening, af 6. maj 2013.

Selvom Klagenævnet henviste til Domstolens restriktive praksis i Havelaar-sagen, mente Klagenævnet, at frafaldet udvidede kredsen af tilbudsgivere, og ligeledes ville klageren have mulighed for at byde på yderligere to delaftaler¹²⁴.

Derfor konkluderede Klagenævnet, at *"En ændring som den foretagne, som indebærer en udvidelse af kredsen af mulige tilbudsgivere, ændrer ikke »rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet« [...]"*

*[...] og kan ikke antages at have indflydelse på »interesserede erhvervsdrivendes... beslutning om at forberede en indgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure«"*¹²⁵.

Klagenævnet indførte derfor to betingelser, som skulle være opfyldt, for at der ikke var tale om en ændring af et grundlæggende element: (1) Ændringen udvider kredsen af potentielle tilbudsgivere og (2) Ændringen må ikke have haft indflydelse på interesserede erhvervsdrivendes beslutning om at indgive tilbud eller modsat afstå herfra.

Klagenævnet har ligeledes lagt disse betingelser til grund i en senere kendelse fra juni 2014, GN ReSound Danmark A/S mod Amgros I/S (fremover GN-sagen)¹²⁶, som angik et offentligt udbud.

5.3. Praksis for ændringer i tildelingskriterierne

I samme retning, som det var tilfældet i Solutions-sagen, har Domstolen ganske tidligt anlagt en særligt restriktiv tilgang til ændringer i tildelingskriterierne. Dette var bl.a. tilfældet i C-19/00 og C-448/01, som vil blive gennemgået nedenfor.

5.3.1 C-19/00 (fremover SIAC-sagen)¹²⁷

Denne sag vedrørte udbuddet af en bygge- og anlægskontrakt, som skulle gennemføres på baggrund af et offentligt udbud. Ordregiver anvendte ikke begrebet *"det økonomisk mest fordelagtige bud"*, men i stedet var det angivet, at kontrakten ville blive tildelt den *" [...] velkvalificerede entreprenør, som afgiver det bud, som med hensyn til omkostninger og teknisk værdi anses for at være det*

¹²⁴ Ibid., s. 24-25.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Jf. Klagenævnets kendelse fra 17. juni 2014, GN ReSound Danmark A/S mod Amgros I/S, s. 36.

¹²⁷ Jf. C-19/00, SIAC Construction Ltd mod County Civil of the County of Mayo, 18. oktober 2001.

*mest fordelagtige [...]”.*¹²⁸ Klageren var i denne sammenhæng blevet afvist, selvom denne havde det billigste tilbud, hvorfor klageren mente, at ordregiver, udover priskriteriet, havde lagt andre kriterier til grund.

Dertil bemærkede Domstolen generelt om princippernes betydning for tildelingskriterierne, at ligebehandlingsprincippet indebærer en forpligtelse til gennemsigtighed, hvorfor underkriterierne skal være angivet i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne på en sådan måde, at rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende kan fortolke disse på den samme måde.

Særligt bemærkede Domstolen, at den gennemsigtighedsforpligtelse, som fulgte af ligebehandlingsprincippet, måtte indebære, at ordregiver ” [...] skal fastholde den same fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele udbuddet”.¹²⁹ Af samme forpligtelse har Domstolen i en nyere sag slået fast, at der gælder et absolut forbud mod ændringer af tildelingskriterier.¹³⁰

5.3.2. C-448/01 (fremover EVN-sagen)¹³¹

Sagen vedrørte et udbud af elforsyning, gennemført på baggrund af et offentligt udbud. Kontrakten ville på baggrund af tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud blive tildelt i henhold til ydelsens indvirkning på miljøet. Sagen indeholder flere overtrædelser, men i forhold til tildelingskriteriet havde det nationale klageorgan afgjort, at det valgte underkriterium var ulovligt, hvorfor tvivlen gik på, hvorvidt det var berettiget for ordregiver at fortsætte udbuddet, eller om det skulle annulleres.

Dertil bemærkede Domstolen, at såfremt det nationale klageorgan har truffet afgørelse om ulovligheden af et kriterium, kan myndigheden ikke fortsætte udbudsproceduren og dermed se bort fra det ulovlige underkriterium, da dette vil have de samme retsvirkninger som en ændring af disse, hvorfor;

”Med henblik på at besvare det således omformulerede spørgsmål bemærkes, således som Domstolen allerede har fastslået, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsprocedurerne indebærer, at den

¹²⁸ Ibid., præmis 6.

¹²⁹ Ibid., præmis 43.

¹³⁰ Jf. C-448/01, EVN AG, Wienstrom GmbH mod Republik Österreich, 4. december 2003, præmis 92-93.

¹³¹ Jf. C-448/01, EVN AG, Wienstrom GmbH mod Republik Österreich, 4. december 2003.

*ordregivende myndighed skal fastholde den samme fortolkning af kriterierne for tildeling i løbet af hele udbuddet. Der er, således for så vidt angår selve tildelingskriterierne, i endnu højere grad grund til at erkende, at disse overhovedet ikke må ændres i løbet af udbudsproceduren*¹³²(min understregning).

Som Domstolen konstaterer, gælder der altså et absolut forbud mod ændringer af tildelingskriterierne, hvilket ligeledes kan ses i sammenhæng med forbuddet i ovennævnte Solutions-sag, hvor Domstolen omtaler forbuddet for ændringer i henholdsvis de tekniske specifikationer og i tildelingskriterierne.

Domstolens og udbudslovens ganske restriktive tilgang til ændringer af tildelingskriterierne er ligeledes blevet fastslået af Klagenævnet i kendelse af marts 2011, Entreprenørfirmaet Ove Kristensen Viborg A/S mod EnergiMidt A/S.¹³³ I denne sag havde ordregiver ved et udbud med forhandling ændret i tildelingskriteriet fra det økonomisk mest fordelagtige tilbud, som anført i udbudsbekendtgørelsen, til i stedet at vedrøre pris i udbudsbetingelserne.

Dertil bemærkede Klagenævnet, at det var i strid med gennemsigtighedsprincippet at fortsætte vurderingen ud fra laveste pris, uden først at offentliggøre en ændringsbekendtgørelse eller annullere og iværksætte et nyt udbud.

Domstolen har dog af nyere praksis haft mulighed for at belyse ændringsmulighederne ved de klassiske procedurer for henholdsvis tildelingskriterierne, de tekniske specifikationer og krav til egnethed, hvoraf der blev anlagt en ganske fleksibel tilgang, i modsætning til den i Havelaar-sagen og EVN-sagen. Denne vil blive gennemgået i det følgende afsnit.

5.3.3. En sikker havn? C-298/15 (fremover Borta-sagen) ¹³⁴ tekniske specifikationer, krav til egnethed og tildelingskriterier

I en nyere afgørelse fra 2017 har Domstolen anlagt en ganske mere fleksibel tilgang, end den Domstolen lagde for dagen i Havelaar-sagen og i EVN-sagen. Selvom sagen omhandlede ændringer i kravene til den faglige formåen (krav til egnethed), benyttede Domstolen sig af muligheden for

¹³² Ibid., præmis 92-93.

¹³³ Jf. Klagenævnets kendelse af marts 2011, Entreprenørfirmaet Ove Kristensen Viborg A/S mod EnergiMidt A/S.

¹³⁴ Jf. C-298/15¹³⁴, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, 5. april 2017.

generelt at udtale sig om retstilstanden for ændringer af henholdsvis de tekniske specifikationer, krav til egnethed og om tildelingskriterierne.

I Borta-sagen havde den ordregivende myndighed udbudt en bygge- og anlægskontrakt om renovering af havnekajerne. Ordregiver havde i denne sammenhæng på eget initiativ og efter klage fra en tilbudsgiver foretaget en række ændringer i udbudsmaterialet, herunder at opstille visse begrænsninger for kumulationen af leverandørens faglige kapacitet. Ordregiver havde i forbindelse med sine ændringer forlænget fristen for tilbudsafgivelsen.

Det skal bemærkes, at kontrakten lå uden for anvendelsesområdet af udbudsdirektiverne, dog antog man, at denne havde en klar grænseoverskridende interesse, hvorfor forholdet blev bedømt efter Traktaten TEUF' grundlæggende regler og generelle principper, herunder principperne om ikke-diskrimination, ligebehandling og gennemsigtighed efter artikel 49 og artikel 56. Da de grundlæggende udbudsretlige principper i udbudsdirektivet er afledt af Traktaten TEUF, må det formodes, at Domstolens afgørelse har samme virkning for disse principper.

I sin afgørelse henviste Domstolen til den hidtidige praksis på området, hvilket bl.a. indebærer, at kontraktens genstand og kriterierne for tildeling skulle defineres klart fra begyndelsen af udbuddet¹³⁵. Særligt omkring Domstolens praksis fra Havelaar-sagen bemærkede Domstolen, "*at den ordregivende enhed under udbudsproceduren i princippet ikke kan ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne, som interesserede erhvervsdrivende med rette har baseret sig på for at træffe en beslutning om at forberede en afgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure*"¹³⁶(min understregning).

Domstolen fortsætter, "*Selv om dette er tilfældet, følger det ikke deraf, at enhver ændring af udbudsbetingelserne efter offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen principielt og under alle omstændigheder er forbudt*"¹³⁷.

¹³⁵ Ibid., præmis 67-69.

¹³⁶ Ibid., præmis 70.

¹³⁷ Ibid., præmis 71.

Af sidstnævnte udtalelse og Domstolens anvendelse af formuleringen "*i princippet*" må det antages, at Domstolen åbner op for ændringer af de grundlæggende betingelser.

I denne forbindelse udtalte Domstolen ligeledes, at ordregiver stadig har mulighed for undtagelsesvis at korrigere eller supplere oplysninger i udbudsbetingelserne, såfremt en simpel præcisering er fornøden, eller med det formål at korrigere åbenlyse indholdsmæssige fejl, og at alle tilbudsgiverne gives meddelelse herom¹³⁸. Efter denne må der ligeledes gælde samme snævre adgang til at anmode tilbudsgiverne om at ændre i deres tilbud.

Og i forhold til ændringer af kravene til egnethed udtalte Domstolen ligeledes, at "*Den ordregivende enhed er ligeledes berettiget til at foretage visse ændringer af udbudsbetingelserne, navnlig for så vidt angår betingelserne og fremgangsmåden ved forening af faglig formåen, såfremt principperne om ikke-forskelsbehandling og ligebehandling samt forpligtelsen til gennemsigtighed overholdes*"¹³⁹.

Afslutningsvis konkretiserede Domstolen, at der måtte gælde tre betingelser, som skulle opfyldes, såfremt ordregiver ønskede at ændre i udbudsmaterialet.

(1) "*[...]at de omhandlede ændringer, selv om de kan være betydningsfulde, ikke må være så væsentlige, at de ville have kunnet tiltrække mulige tilbudsgivere, som i fraværet af disse ændringer ikke ville have været i stand til at fremsætte et tilbud. Dette kan bl.a. være tilfældet, når ændringerne giver kontrakten en mærkbart anderledes karakter end den, der oprindeligt var fastsat*"¹⁴⁰(min understregning).

Bemærkelsesværdigt for Domstolens første betingelse, som understreget, er, at der alene tages hensyn til den situation, hvor ændringen ville kunne have "*tiltrukket*" mulige tilbudsgivere. Som det fremgår af hidtidig praksis¹⁴¹, omtaler Domstolen ligeledes den situation, hvor ændringen ville have bevirket, at en tilbudsgiver havde "*afstået*" fra at deltage (rettere sagt, den situation hvor

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Ibid., præmis 73.

¹⁴⁰ Ibid., præmis 74.

¹⁴¹ Jf. C-368/10, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene, 10. maj 2012, præmis 55.

ordregiveren blev afskrækket). I den engelske oversættelse af afgørelsen lyder Domstolens første betingelse " [...] *must not be so substantial that they have attracted potential tenderers* [...]"¹⁴².

Denne uoverensstemmelse kan bl.a. udledes af Browns¹⁴³ kommentarer på Domstolens afgørelse, hvor han omformulerer Domstolens første betingelser, således "*are not so substantial that they would have attracted different potential tenderers*"¹⁴⁴(min understregning). Der er formentlig tale om en forglemmelse fra Domstolen.

(2) " [...] *at disse ændringer offentliggøres på passende vis, således at alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere kan få kendskab dertil under de samme omstændigheder og på samme tidspunkt*"¹⁴⁵.

(3) " [...] *at disse ændringer foretages inden tilbudsgivernes afgivelse af tilbud, dels, at fristen for afgivelsen af disse tilbud forlænges, når disse ændringer er af væsentlig karakter, at forlængelsens varighed fastsættes ud fra ændringernes væsentlighed, og at forlængelsens varighed er tilstrækkelig til, at de interesserede økonomiske aktører kan tilpasse deres bud som følge deraf*"¹⁴⁶.

I modsætning til Generaladvokatens forslag til afgørelse¹⁴⁷ anlagde Domstolen en ganske fleksibel tilgang, som efter Brown¹⁴⁸ er den foretrukne tilgang, da en forhindring af en ændring, som ikke har til formål eller følge at diskriminere, ville fremstå unødigt restriktiv, særligt når dette sker før udløbet af tilbudsfristen, og når ordregiver forlænger fristen herfor.¹⁴⁹ Da der i den pågældende sag

¹⁴² Jf. C-298/15, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, 5. april 2017, præmis 74 (engelsk oversættelse).

¹⁴³ Jf. Public Procurement Law Review, Issue 5 2017, Adrian Brown, Questions on the Use of Sub-contractors, Changes to a Tender Specification and Proof of Technical Capacity by Consortium Bidder: Case C-298/15 Borta UAB v Klapeda State Seaport authority, Lithuania, NA173.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid., præmis 75.

¹⁴⁶ Ibid., præmis 76.

¹⁴⁷ Forslag til afgørelse fra Generaladvokat E. Sharpston, fremsat den 1. december 2016, præmis 71-80.

¹⁴⁸ Jf. Public Procurement Law Review, Issue 5 2017, Adrian Brown, Questions on the Use of Sub-contractors, Changes to a Tender Specification and Proof of Technical Capacity by Consortium Bidder: Case C-298/15 Borta UAB v Klapeda State Seaport authority, Lithuania, NA173.

¹⁴⁹ Ibid.

ikke var nogle indikationer af, at ændringen havde ledt til interesse fra andre bydende, ville det derfor ligeledes fremstå særligt belasteligt for ordregiver at skulle annullere udbuddet og starte forfra¹⁵⁰.

Da Domstolens afgørelse vedrørte ændringer forinden udløbet af ansøgnings- og tilbudsfristen, er spørgsmålet herefter, hvilket retsgrundlag der gælder efter udløbet af ansøgnings- og tilbudsfristen. Et udgangspunkt ville være at følge Domstolens afgørelse i Solutions-sagen, hvorefter principperne indebærer, at ordregiver ikke må ændre i kontraktens genstand og tildelingskriterierne, dog med undtagelse af de snævre muligheder, som gælder for at supplere og præcisere.

5.3.4. Fleksible procedurer overfor ændringer

Som det fremgår af Domstolens formulering omkring Borta-sagen, gælder der fra offentliggørelsen af udbudsdokumenterne og frem til udløbet af ansøgnings- og tilbudsfristen en række betingelser, som skal være opfyldt for at ændre i de *grundlæggende betingelser*, herunder de tekniske specifikationer, krav til egnethed og tildelingskriterierne.¹⁵¹ Og efter Solutions-sagen gælder der fra udløbet af ansøgnings- og tilbudsfristen og frem til kontraktstildelingen en væsentligt strengere vurdering, da man ikke kigger på væsentligheden af ændringen, men i stedet opstiller et direkte forbud mod ændringer i udbudsdokumenterne.¹⁵²

Betingelserne i Borta-sagen, samt reguleringen i artikel 47, stk. 3, b, herunder udbudslovens § 93, stk. 4, samt artikel 53, stk. 2, herunder udbudslovens § 134, stk. 4, for ændringer inden udløbet af ansøgningsfristen, må ligeledes gælde de fleksible procedurer, som er ens med et begrænset udbud op til denne fase. Spørgsmålet er herefter, hvilke ændringer der kan foretages efter udløbet af ansøgningsfristen og frem til kontraktstildelingen for de fleksible procedurer.

Som tidligere nævnt, gælder det for udbud med forhandling i artikel 29, stk. 1, at ordregiver i udbudsbekendtgørelsen beskriver de behov og karakteristika, der kræves af den ønskede ydelse, og samtidig angiver hvilke elementer, der udgør minimumskrav, og ligeledes fastlægger

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Jf. C-298/15, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, 5. april 2017, præmis 73-76.

¹⁵² Jf. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL mod Spitalul Judetean de Urgenta Alba Iulia, af 16. april 2015, præmis 27.

kontrakttildelingskriterierne. Efter stk. 3 fremhæves det, at ordregiver ikke kan forhandle om minimumskrav og tildelingskriterierne.

Ved den konkurrenceprægede dialog skal ordregiver efter artikel 30, stk. 1 angive i udbudsbekendtgørelsen de behov og krav samt tildelingskriterierne, der skal gælde for den ønskede ydelse. Ligeledes kan dialogen efter stk. 3 angå alle aspekter af udbuddet med de valgte deltagere. Det fremgår dog ikke af artikel 30, om der kan ske forhandling af minimumskrav og tildelingskriterier, som det er omtalt i artikel 29, stk. 3 om udbud med forhandling. Det kan i denne sammenhæng diskuteres, hvorvidt den manglende regulering giver anledning til et større råderum end ved udbud med forhandling, eller hvorvidt der er tale om en forglemmelse hos lovgiver.

Særligt relevant er spørgsmålet i forhold til implementeringen af artikel 30 i udbudslovens §§ 67-72 om den konkurrenceprægede dialog, som indeholder de samme begrænsninger for ændringer som ved udbud med forhandling, hvorefter dialog og forhandling ikke kan føre til ændringer i grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og tildelingskriterier. Af rapporten fra udbudslovsudvalget fremgår det ikke direkte, hvilke overvejelser der har ligget til grund for denne fortolkning, hvilket ligeledes har givet anledning til diskussion blandt en række praktikere, som mener, at udbudslovens fortolkning indskrænker forhandlingsmulighederne.¹⁵³

Uklarheden omkring ændringer ved den konkurrenceprægede dialog er også blevet diskuteret af Sue Arrowsmith og Steen Treumer, som omtaler dette i forhold til ændringer i tildelingskriterierne.¹⁵⁴ Særligt undersøges det, om den konkurrenceprægede dialog tillader ændring/udvikling af delkriterier og underkriterier undervejs i proceduren.

Dette afsnit vil indledningsvis behandle spørgsmålet om ændring/udvikling i tildelingskriterierne samt vægtningen af disse for den konkurrenceprægede dialog og herefter en generel behandling af

¹⁵³ Se bl.a. Haugaard, Maria, Jessen, Vibeke, Artikel: *konkurrencepræget dialog – er udbudsformen reelt gjort mere anvendelig*: <https://udbudsportalen.dk/wp-content/uploads/artikel-konkurrencepraeget-dialog.pdf>, s. 7-8. Der bl.a. mener at "[...] der er forskel på de to procedurer, såvel som, at der er tiltænkt en højere grad af fleksibilitet i den konkurrenceprægede dialog end i udbud med forhandling".

¹⁵⁴ Jf. Arrowsmith, Sue, Treumer, Steen: *Competitive dialogue in EU law: a critical review*, 2012.

ændringsmulighederne for den konkurrenceprægede dialog efter udløbet af ansøgningsfristen og frem til kontraktstildelingen.

Som tidligere bemærket af Domstolen i EVN-sagen, gælder der et direkte forbud mod ændringer i tildelingskriterierne, denne formodning lempes dog væsentligt ved opfyldelsen af betingelserne i Borta-sagen, såfremt disse ændringer sker forinden udløbet af ansøgnings- eller tilbudsfristen. Efter udløbet af ansøgningsfristen er det dog ganske uklart for den konkurrenceprægede dialog, hvilke ændringer i tildelingskriterierne som ordregiver kan foretage. Som det bemærkes af Sue Arrowsmith og Steen Treumer, kan uklarheden også udledes af den forskellige fortolkning i Europa. Hvor der for Italien og Litauen gælder et forbud mod ændringer af tildelingskriterierne, kan det antageligvis udledes af retspraksis i Frankrig, at tildelingskriterierne muligvis kan udvikles på, men ikke ændres. I England er adgangen ikke direkte reguleret ved lov, dog antages det af et overtal af praktikerne, at der er rum for variationer i tildelingskriterierne, herunder underkriterierne og delkriterierne, såfremt disse ikke ville have påvirket det endelige resultat af proceduren.¹⁵⁵

Som både Sue Arrowsmith og Steen Treumer bemærker, er spørgsmålet om adgangen til at ændre i tildelingskriterierne ganske relevant i forbindelse med den konkurrenceprægede dialog, da der kan opstå uforudsigelige situationer, som kræver fleksibilitet, for at ordregiver kan få mest muligt ud af procedureformen.¹⁵⁶

En sådan fleksibel tilgang synes dog umiddelbart ikke at kunne ses i Domstolens fortolkning af principperne, som ikke giver anledning til meget råderum. Dog mener Sue Arrowsmith og Steen Treumer, at såfremt man ser retsgrundlaget i et bredere perspektiv, end det fastlagt af Domstolen, må der i visse situationer gælde en adgang til at ændre i disse.¹⁵⁷ Begge har dog forskellige opfattelser af, i hvilke situationer dette måtte være tilfældet.

Vurderingen af, hvorvidt ændringer skal tillades, må efter Sue Arrowsmith, afhænge af balancen mellem behovet for fleksible udbudsprocedurer i særligt komplekse tilfælde over for risikoen for misbrug af reglerne. Grundet den brede skønsmargin, som tillægges ordregiver efter den

¹⁵⁵ Ibid., s. 94.

¹⁵⁶ Ibid., s. 91.

¹⁵⁷ Ibid., 92.

konkurrenceprægede dialog, er risikoen for at skulle ændre eller udvikle tildelingskriterierne ganske lille, og mulighederne for misbrug må derfor være ganske marginale.¹⁵⁸

På baggrund af denne tilgang mener Sue Arrowsmith, at såfremt en sådan ændring eller udvikling af tildelingskriterierne sker under overholdelse af ligebehandlingsprincippet, ville dette være muligt, såfremt (1) disse bliver kommunikeret til de øvrige tilbudsgivere i tilstrækkelig tid for at kunne give tilbudsgiverne muligheden for at inddrage ændringen i deres overvejelser, (2) og ændringen ikke ville have påvirket resultatet af konkurrencen.¹⁵⁹

I modsætning hertil mener Steen Treumer, at særligt for den konkurrenceprægede dialog, er risikoen for misbrug er for stor, da denne procedure netop foregår over flere faser, hvor der sker en reduktion af de udvalgte ansøgere, hvilket taler imod muligheden for at ændre eller udvikle tildelingskriterierne. Treumer mener dog ikke, at forbuddet udelukker, at der i visse tilfælde, hvor der gælder en særlig årsag til ændringen, som fx uforudsete omstændigheder, kan ændres i tildelingskriterierne.¹⁶⁰

Særligt for ændringer af delkriterierne til underkriterierne, har Klagenævnet ganske tidligt anlagt en særdeles fleksibel tilgang, i modsætning til den af Domstolen anlagte tilgang i EVN-sagen. I en kendelse af 8. januar 2008, WAP Wöhr Automatikparksysteme GmbH & Co KG mod Ørestadsparkering A/S (fremover WAP-sagen)¹⁶¹, afgjorde Klagenævnet, at det var tilladt for ordregiver, at efter afslutningen af dialogrunderne at fastsætte en række delkriterier til underkriterierne, da man antog, at det først var muligt at fastlægge disse på dette tidspunkt, og da der ikke var grundlag for at antage, at ordregiver havde vildledt tilbudsgiverne undervejs i processen.¹⁶²

¹⁵⁸ Ibid., 93.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Ibid., s. 94.

¹⁶¹ Klagenævnets kendelse fra 8. januar 2008, WAP Wöhr Automatikparksysteme GmbH & Co KG mod Ørestadsparkering A/S.

¹⁶² Ibid., s. 22-23.

I samme fleksible retning som Sue Arrowsmith, vurderede Klagenævnet, at delkriterierne ikke ville have vildledt tilbudsgiverne undervejs i processen.

Som det fremgår af udbudslovens § 70, stk. 3, kan dialogen ikke medføre ændringer i grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og tildelingskriterier. Samme gælder for ordregivers forhandling efter § 72. Der må derfor som udgangspunkt ikke foretages ændringer i tildelingskriterierne.

Efter artikel 30 fremgår det ikke direkte, at ordregiver ikke under dialogen eller forhandlingen kan ændre i tildelingskriterierne, dog antyder stk. 4 " [...] *der skal diskuteres under dialogen på grundlag af de tildelingskriterier, der er fastlagt i udbudsbekendtgørelsen eller i det beskrivende dokument*", og efter stk. 7 "*De ordregivende myndigheder vurderer de modtagne tilbud på basis af de tildelingskriterier, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen eller i det beskrivende dokument*", at de fastsatte kriterier for tildeling ikke kan ændres under dialogen eller forhandlingen, da kriterierne danner grundlag for den diskussion og vurdering, der finder sted.

I lyset af WAP-sagen og Sue Arrowsmith kan det dog argumenteres, at såfremt kriterierne ikke kunne have påvirket resultatet af konkurrencen, ville det være tilladt at ændre eller udvikle disse. Denne antagelse støttes af Carina Risvig, som mener, at delkriterier kan ændres, såfremt de ikke er af stor vægt for tildelingen.¹⁶³

Domstolen har dog i en nyere sag, C-561/12, Nordecon AS (fremover Nordecon-sagen),¹⁶⁴ som angik den fleksible procedure udbud med forhandling, hvor ordregiver havde taget et tilbud i betragtning, som ikke var i overensstemmelse med de fastsatte bindende krav, udtalt, at "*Selv om den ordregivende myndighed råder over en forhandlingsbeføjelse inden for rammerne af et udbud med forhandling, er den således stadig forpligtet til at drage omsorg for, at de krav i kontrakten, som den har givet en bindende karakter, bliver overholdt. Hvis dette ikke var tilfældet, ville princippet om, at de ordregivende myndigheder handler på en gennemsigtig måde, blive tilsidesat, og det formål, der er anført i denne doms foregående præmis, ville ikke kunne blive opfyldt*".¹⁶⁵

¹⁶³ Hamer, Carina Risvig: *Grundlæggende udbudsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016, s. 566.

¹⁶⁴ Jf. C-561/12, Nordecon AS, 5. december 2013.

¹⁶⁵ Jf. C-561/12, Nordecon AS, 5. december 2013, præmis 37.

Selvom ovennævnte sag ikke angik den konkurrenceprægede dialog, kan den bidrage til Domstolens fortolkning af principperne over for ændringer ved de fleksible procedurer. Herudover må der på baggrund af artikel 30, stk. 4 og 7, kunne argumenteres for, at tildelingskriteriernes betydning for dialogen og forhandlingen, som de er nævnt i udbudsdirektivet, må udgøre krav af bindende karakter, og som ordregiver ligeledes skal drage omsorg for.

Et andet forhold der bør overvejes er nyskabelsen i det nuværende udbudsdirektiv artikel 53 og i udbudslovens § 132, hvorefter alle udbudsdokumenterne skal være tilgængelige fra datoen for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen. Samme gælder for vægtningen af underkriterier, som på forhånd skal være fastsat i udbudsdokumenterne, efter lovens § 165, dog med undtagelse af de tilfælde efter stk. 2, hvor det af objektive årsager ikke er muligt og ordregiver i stedet skal angive disse i prioritet rækkefølge.

Med ovennævnte bestemmelser sikres det, at tilbudsgiver ganske tidligt er bekendt med rammerne for udbuddet, hvilket ligeledes har den konsekvens, at ordregiver ikke har " [...] ret til at anvende bestemmelser om vægtning eller underkriterier for kriterierne for tildeling af ordren, som ikke forudgående er bragt til tilbudsgivernes kundskab", som Domstolen omtalte det i en sag, hvor ordregiver havde ventet med at fastsætte vægtningen af tildelingskriterierne og underkriterier, til efter modtagelsen af tilbuddene.¹⁶⁶ Dog angik ovennævnte sag de klassiske procedurer, men den kan muligvis læses i sammenhæng med de samme krav, som stilles til oplysningerne i udbudsdokumenterne efter de fleksible procedurer.

I forhold til den generelle ændringsadgang for henholdsvis dialogfasen og forhandlingsfasen ved den konkurrenceprægede dialog må implementeringen i udbudslovens §§ 67-72 være i overensstemmelse med Domstolens fortolkning af principperne i Nordecon-sagen, da det ellers ville fremstå ganske problematisk, at udbudsdirektivet og dermed udbudsloven indeholdt en proceduretype, der var i strid med Domstolens fortolkning af principperne.

¹⁶⁶ Jf. C-532/06, Emm. G. Lianakis AE Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon Nikolaos Vlachopoulos mod Dimos Alexandroupolis Planitiki AE Aikaterini Georgoula Dimitrios Vasios N. Loukatos kai Synergates AE Meleton Eratosthenis Meletitiki AE A. Pantazis – Pan. Kyriopoulou kai syn/tes os »Filon« OE Nikolaos Sideris, 24. januar 2008.

Det må herefter konstateres, at der på baggrund af Domstolens fortolkning af principperne i Nordecon-sagen og i samme retning som ved EVN-sagen og efter artikel 30, stk. 4 og stk. 7, formentlig er tale om en forglemmelse ved udarbejdelsen af bestemmelsen for den konkurrenceprægede dialog i udbudsloven, i forhold til angivelsen af minimumskrav og begrænsningerne ved dialogen og forhandlingen for ændringer af minimumskrav og tildelingskriterier.

Dog kan der argumenteres for, at der for tildelingskriterierne burde være adgang til at ændre/udvikle på delkriterierne til underkriterierne, såfremt disse ikke ville have påvirket konkurrencen, hvilket kan begrundes i behovet for fleksibilitet ved disse procedurer. Retstillingen herfor er dog endnu uklar, da dette råderum endnu ikke har været bedømt af Domstolen og ikke fremgår direkte af udbudsdirektivet.

5.4. Delkonklusion og formalitetskrav

Set i lyset af Domstolens nyere praksis i Borta-sagen, må det ved overholdelsen af de nærmere angivne betingelser være muligt at foretage visse ændringer i de grundlæggende betingelser, herunder de tekniske specifikationer, krav til egnethed og tildelingskriterierne. Disse betingelser antages at harmonere med modifikationen i bemærkningerne til udbudslovens § 2, hvorefter *"Ligebehandlingsprincippet udelukker derimod ikke ændringer af mindstekrav, hvis ændringen ikke vil kunne påvirke potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure og ikke fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere"*.¹⁶⁷

Betingelser omtales dog i forbindelse med de klassiske udbudsprocedurer og kun i fasen mellem offentliggørelse af udbudsdokumenterne og inden udløbet af ansøgnings- eller tilbudsfristen. Den efterfulgte ændringsadgang skal formentlig ske i overensstemmelse med Solutions-sagen, hvorefter der som udgangspunkt ikke må ændres i udbudsdokumenterne, desuagtet om en ændring angår et ikke-grundlæggende element.

I forhold til ændringsadgangen ved de fleksible procedurer må det ligeledes antages, at ordregiver i perioden forinden fristen for afgivelse af ansøgninger har mulighed for at foretage ændringer i de

¹⁶⁷ Jf. Lovforslag nr. L 164, Fremsat den 18. marts 2015 af erhvervs- og vækstministeren Henrik Sass Larsen, Forslag til Udbudslov, s. 58 om lovens § 2.

grundlæggende betingelser i overensstemmelse med de nærmere angivne betingelser i Borta-sagen og for væsentlige ændringer i bestemmelserne i artikel 47, stk. 3, b, og i udbudslovens § 93, stk. 4, samt om supplerende oplysninger i artikel 53, stk. 2 og i udbudslovens § 134, stk. 4.

Efter udløbet af ansøgningsfristen for de fleksible procedurer og frem til kontraktstildelingen må der formentlig gælde de samme begrænsninger for dialog og forhandling som ved artikel 29 om udbud med forhandling, som ved artikel 30 om den konkurrenceprægede dialog. Denne retstilstand fremgår ligeledes af udbudslovens §§ 61-66 om udbud med forhandling og §§ 67-72 om den konkurrenceprægede dialog. I forlængelse heraf kunne det antages, at der er tale om en forglemmelse ved reguleringen af den konkurrenceprægede dialog i udbudsdirektivets artikel 30, i forhold til udbud med forhandling efter artikel 29. Denne antagelse kan bl.a. udledes af Domstolens fortolkning af principperne ved Nordecon-sagen, der angik den fleksible procedure udbud med forhandling. Herudover ville det være ganske problematisk, såfremt udbudsdirektivet indeholdt en proceduretype, som var i strid med fortolkningen af principperne.

I forhold til ændringer i tildelingskriterierne kan der argumenteres for, at det er tilladt for ordregiver under den konkurrenceprægede dialog at ændre eller udvikle delkriterierne til underkriterierne, såfremt disse ikke påvirker konkurrencen. Dette kan bl.a. udledes af Klagenævnets praksis i WAP-sagen og i samme fleksible retning som Sue Arrowsmith.

5.4.1. Formalitetskrav ved ændringer og andre relevante iagttagelser

Såfremt ordregiver ønsker at foretage væsentlige ændringer i udbudsdokumenterne, skal der efter artikel 47, stk. 3, b og i udbudslovens § 93, stk. 4 ske en forlængelse af fristerne for modtagelse af tilbud. Foretager ordregiver en supplerende eller præcisering, som ikke kræver, at det vil være nødvendigt med fristforlængelse, skal ordregiver efter artikel 53, stk. 2 og i udbudslovens § 134, stk. 4 senest seks dage inden udløbet af fristen for modtagelse af tilbud meddele herom.

Ønsker ordregiver at foretage ændringer af grundlæggende udbudsbetingelser (dermed grundlæggende elementer), herunder de tekniske specifikationer, krav til egnethed eller tildelingskriterierne, skal ordregiver overholde følgende tre betingelser:

(1) ”for det første, at de omhandlede ændringer, selv om de kan være betydningsfulde, ikke må være så væsentlige, at de ville have kunnet tiltrække mulige tilbudsgivere, som i fraværet af disse ændringer ikke ville

have været i stand til at fremsætte et tilbud. Dette kan bl.a. være tilfældet, når ændringerne giver kontrakten en mærkbart anderledes karakter end den, der oprindeligt var fastsat", ¹⁶⁸

(2) "for det andet indebærer dette krav, at disse ændringer offentliggøres på passende vis, således at alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere kan få kendskab dertil under de samme omstændigheder og på samme tidspunkt", ¹⁶⁹

(3) "For det tredje forudsætter dette krav endvidere dels, at disse ændringer foretages inden tilbudsgivernes afgivelse af tilbud, dels, at fristen for afgivelsen af disse tilbud forlænges, når disse ændringer er af væsentlig karakter, at forlængelsens varighed fastsættes ud fra ændringernes væsentlighed, og at forlængelsens varighed er tilstrækkelig til, at de interesserede økonomiske aktører kan tilpasse deres bud som følge deraf". ¹⁷⁰

Ovennævnte betingelser må antages at gælde for både de klassiske og fleksible procedurer op til udløbet af ansøgnings- eller tilbudsfristen. For de klassiske procedurer gælder det efterfulgt udløbet af ansøgnings- eller tilbudsfristen, at ordregiver ikke kan foretage ændringer, uanset om disse er grundlæggende eller ikke-grundlæggende.

For de fleksible procedurer skal ordregiver overholde de begrænsninger, der gælder for dialogen og forhandlingen. Herudover skal ordregiver underrette alle tilbudsgivere skriftligt om ændringer i udbudsdokumenterne og herefter give tilstrækkelig tid til, at tilbudsgiverne eventuelt kan ændre i deres tilbud.

Af andre relevante iagttagelser skal nævnes, at ordregiver bør forsøge at undgå at pålægge sig unødige begrænsninger, da det er ganske vanskeligt at ændre disse. Dette kan bl.a. ske ved at undlade brugen af terminologien "mindstekrav" og ligeledes at begrænse anvendelsen af krav, som efter deres indhold må formodes at være ufravigelige.

¹⁶⁸ Jf. C-298/15, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, 5. april 2017, præmis 73-76.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Ibid.

Det er ligeledes ganske vigtigt, at såfremt ordregiver bliver opmærksom på forhold, der nødvendigvis skal ændres, at dette sker tidligst muligt i udbudsprocessen, da ændringsmulighederne bliver væsentlig strengere, jo senere disse foretages.

Særligt i forbindelse med udbud med forhandling vil det være relevant at overveje en eventuel tredeling af kravene i udbudsmaterialet. En tredeling indebærer en sondring mellem (1) ufravigelige krav (grundlæggende elementer), (2) foreløbige mindstekrav og (3) almindelige krav (konkurrencekrav). Forarbejderne til udbudsloven omtaler ikke denne mulighed, men særligt udbudsdirektivets præambelbetragtning 42 taler for denne tilgang, særligt " [...] hvor de ordregivende myndigheder ikke kan fastlægge de vilkår, der kan opfylde deres behov, eller vurdere, hvad markedet kan tilbyde inden for tekniske, finansielle eller juridiske løsninger".

Dog må det formentlig kunne udledes af Nordecon-sagen, som også i denne sammenhæng vil blive omtalt i kapitel 6 for Klagenævnets alternative praksis om bortforhandling af forbehold for mindstekrav, at det ikke er muligt at foretage en sådan tredeling, da *"Selv om den ordregivende myndighed råder over en forhandlingsbeføjelse inden for rammerne af et udbud med forhandling, er den således stadig forpligtet til at drage omsorg for, at de krav i kontrakten, som den har givet en bindende karakter, bliver overholdt. Hvis dette ikke var tilfældet, ville princippet om, at de ordregivende myndigheder handler på en gennemsigtig måde, blive tilsidesat, og det formål, der er anført i denne doms foregående præmis, ville ikke kunne blive opfyldt"*.¹⁷¹ Dette ville ikke være tilfældet, såfremt ordregiver kunne indgå i forhandlinger på baggrund af tilbud, som ikke var i overensstemmelse med foreløbige mindstekrav, hvilket ligeledes ville betyde, som det pointeres af Domstolen, at *" [...] ville fastsættelsen af bindende betingelser i udbuddet i øvrigt miste enhver virkning, og det ville ikke være muligt for den ordregivende myndighed at forhandle med tilbudsgiverne på et for disse fælles grundlag baseret på de nævnte betingelser og følgelig at behandle disse lige"*.¹⁷²

Anvendelsen af tredeling ved udbud med forhandling må formentlig være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, som det i samme retning må kunne udledes af Domstolens bemærkninger i Nordecon-sagen.

¹⁷¹ Jf. C-561/12, Nordecon AS, 5. december 2013, præmis 37.

¹⁷² Ibid., præmis 38.

Kapitel 6 – Forhandling og fravigelser

6.1. Indledende bemærkninger

Udover de ændringer, som ordregiver foretager på eget initiativ i udbudsdokumenterne, kan der ligeledes opstå tilfælde, hvor ordregiver indgår i forhandling med potentielle og/eller aktuelle ansøgere eller tilbudsgivere om udbudsdokumenterne eller de modtagne tilbud.

Det følgende afsnit vil afklare de muligheder og begrænsninger, som gælder for dialogen mellem ordregiver og tilbudsgiver for henholdsvis de klassiske og fleksible procedurer. Indledningsvis vil det såkaldte forhandlingsforbud blive inddraget, og efterfølgende vil forbuddet blive behandlet i forbindelse med tilbudsgivers fravigelser ved tilbudsforbehold eller alternative tilbud.

6.2. Forhandlingsforbuddet og fælleserklæringen

I forbindelse med de klassiske udbudsprocedurer, offentligt udbud og begrænset udbud, gælder der som hovedregel et forbud mod forhandling mellem den ordregivende myndighed og tilbudsgiver. Forbuddet fremgår ikke direkte af udbudsdirektivet, men udspringer af udbudsdirektivets ligebehandlingsprincip og af praksis.¹⁷³

Hovedformålet med forbuddet er at sikre ligebehandlingen af de potentielle og/eller aktuelle ansøgere eller tilbudsgivere i konkurrencen om den offentlige kontrakt, idet forhandling oftest misbruges som et middel til at fremme usaglige hensyn ved bl.a. at favorisere lokale eller nationale virksomheder.¹⁷⁴

Som tidligere nævnt, udgør ligebehandlingsprincippet en almindelig lighedsgrundsætning, hvorfor den ikke angiver retningslinjer for rækkevidden af forbuddet, hvilket bl.a. kan have ledt til de uklarheder, som fremhæves i Storebælt-sagen fra 1993.¹⁷⁵ I denne sag havde Danmark under et

¹⁷³ Jf. Ølykke, Grith Skovgaard, Nielsen, Ruth: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017 s. 120 og Domstolens dom

¹⁷⁴ Jf. Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2000, s.142.

¹⁷⁵ Jf. C-243/89, Kommissionen mod Danmark, 22. juni 1993.

begrænset udbud indledt i forhandlinger med en tilbudsgiver, hvis tilbud ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, og som ligeledes havde ledt til ændringer i den endelige kontrakt. Dertil tog Domstolen stilling til ligebehandlingsprincippet's konsekvenser for forhandlingsforbuddet. I forlængelse heraf kan denne uklarhed blandt andet have givet anledning til Rådet og Kommissionens Fælleserklæring om fortolkning af forhandlingsforbuddet fra 1994.¹⁷⁶

Fælleserklæringen viser Rådets og Kommissionens bekymring ved forhandlinger mellem ordregiver og tilbudsgiver,¹⁷⁷ herudover omtaler den ændringer af grundlæggende elementer over for muligheden for at supplere og præcisere. Grundlæggende frygtede man, at ordregiver ville udnytte en eventuel dialog med tilbudsgiver til at forskelsbehandle tilbudsgiver og sikre, at den af ordregiver fortrukne tilbudsgiver opnåede tildeling af kontrakten.¹⁷⁸ Af Fælleserklæringen følger:

"Rådet og Kommissionen erklærer, at fremgangsmåderne med offentligt eller begrænset udbud udelukker enhver forhandling med ansøgere eller bydende om grundlæggende elementer i kontrakterne, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning, og der må navnlig ikke forhandles om priser; der må kun finde drøftelser sted med ansøgere eller bydende, når det sker med henblik på at præcisere eller supplere indholdet af deres bud eller de ordregivende myndigheders krav og i det omfang, dette ikke giver anledning til forskelsbehandling" (mine understregninger).

Efter Fælleserklæringen gælder der således et såkaldt *forhandlingsforbud*, som omfatter de klassiske udbudsprocedurer, herunder offentligt udbud og begrænset udbud.

Centralt for Fælleserklæringen er, at man ikke udelukker alle former for dialog, for så vidt genstanden for forhandlingen ikke angår et grundlæggende element, som hvis det ændres, kan have indvirkning på konkurrencen. Denne betegnelse må formodes at være synonym med betegnelsen i præambelbetragtning 81 om ændringer, der bevirker, at kontrakten er væsentligt forskellig fra den oprindelige, og i udbudsloven § 24, nr. 37.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Jf. EF-Tidende nr. L 111/114 af 30. april 1994.

¹⁷⁷ Jf. Fabricius, Jesper: *Offentlige indkøb i praksis*, Karnov Group, 2017, s. 61.

¹⁷⁸ Ibid., s. 61.

¹⁷⁹ Som domstolen bl.a. omtaler om fravigelser af "grundlæggende udbudsbetingelser" i C-243/89, Kommissionen mod Danmark, 22. juni 1993, præmis 40.

Samtidig er det tilladt at indgå i drøftelser med en tilbudsgiver i forbindelse med præciseringer eller suppleringer af indholdet af den ordregivende myndigheds krav. Dette forudsætter dog, at drøftelserne ikke giver anledning til en konkurrencefordrejning mellem de deltagende tilbudsgivere.¹⁸⁰

Supplerende oplysninger kan udgøre præciseringer eller rettelser, dog må de, som nævnt i Fælleserklæringen, ikke ændre på de grundlæggende elementer for kontrakten, navnlig for tekniske specifikationer eller tildelingskriterier.¹⁸¹

Som bidrag til fortolkningen af ovennævnte begreber kan Generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i C-87/94, Kommissionen mod Belgien,¹⁸² inddrages, hvori han blandt andet forklarer, at for *præciseringer* forstås "*en meddelelse af detaljer, som mere klart beskriver den pågældende genstand, eller definerer den mere nøjagtigt*".¹⁸³ Denne opfattelse deles ligeledes af Steen Treumer,¹⁸⁴ der mener, at begrebet ikke ændrer på indholdet af udbudsbetingelserne¹⁸⁵. Herudover antager generaladvokaten Lenz, at begrebet *supplering* vedrører "*en tilføjelse af oplysninger, der ikke tidligere var disponible*",¹⁸⁶ hvilket Steen Treumer er uenig i, da det ikke kan være en forudsætning, at oplysningerne ikke tidligere var disponible.¹⁸⁷ Der må i stedet være tale om en tilføjelse af oplysninger, som i begrænset omfang ændrer kontraktsgrundlaget.¹⁸⁸

6.2.1. Forhandlingsforbuddets betydning i udbuddets øvrige faser

Som det fremgår af Fælleserklæringen, udelukker forbuddet enhver forhandling med *ansøgere* eller de *bydende*, altså gælder forbuddet fra perioden for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen til

¹⁸⁰ Jf. Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2000, s. 145.

¹⁸¹ Jf. Ølykke, Grith Skovgaard, Nielsen, Ruth: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017, s. 313 og med henvisning til C-368/10, Kommissionen mod Holland, præmis 55.

¹⁸² Jf. Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Carl Otto Lenz, den 12. september 1995.

¹⁸³ Ibid. Punkt 37, s. 2053.

¹⁸⁴ Jf. Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2000, s. 145.

¹⁸⁵ Ibid. S. 145.

¹⁸⁶ Jf. Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Carl Otto Lenz, den 12. september 1995, punkt 37, s. 2053.

¹⁸⁷ Jf. Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2000, s. 145.

¹⁸⁸ Ibid. S. 145.

tildelingen af kontrakten.¹⁸⁹ Fælleserklæringen omtaler dog ikke faserne forinden udbuddet og efter kontraktstildelingen.

Som tidligere nævnt, kan forhandlingsforbuddet udledes af ligebehandlingsprincippet, og dette princip skal sammen med gennemsigtighedsprincippet overholdes under alle udbuddets stadier, som Domstolen bemærkede i C-87/94.¹⁹⁰

På denne baggrund må det formodes, at der i overensstemmelse med principperne ligeledes gælder et sådan forbud før og efter udbuddet, dette værende forinden offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen og efterfulgt kontraktstildelingen.

Dog må hensynet med forhandlingsforbuddet i mindre grad have samme betydning, som under tilbudsevalueringen, da der ikke gælder det samme konkurrenceforhold efter tildelingen af kontrakten. Det må dog formodes, at forhandlingerne ikke må være så omfattende, at det vindende tilbud ikke længere vil være i overensstemmelse med kontrakten og det udbudsmateriale, som kontrakten skulle indgås på baggrund af.¹⁹¹ Sidstnævnte tilgang må formentlig være i overensstemmelse med Fælleserklæringen omkring ændringer af grundlæggende elementer, men muligheden for at supplere¹⁹².

I forhold til fasen efter kontraktindgåelsen kan et sådan forbud allerede udledes af den ganske omfangsrige regulering af ændringer for igangværende kontrakter, som følger af reglerne i udbudsdirektivets artikel 72 og udbudslovens §§ 178-184.

6.2.2. Forhandlingsforbuddet ved de fleksible procedurer

Idet forhandlingsforbuddet oprindeligt var tiltænkt de klassiske procedurer, og da de fleksible procedurer har til formål at afklare eller afdække ordregivers behov gennem dialog og forhandling,

¹⁸⁹ Jf. Steinicke, Michael, Groesmeyer, Lise: *EU's udbudsdirektiver med kommentarer*, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2008, s. 386.

¹⁹⁰ Jf. C-87/94, Kommissionen mod Belgien, 25. april 1996, præmis 51-53.

¹⁹¹ Jf. Steinicke, Michael, Groesmeyer, Lise: *EU's udbudsdirektiver med kommentarer*, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2008, s. 389.

¹⁹² Se i denne retning, Klagenævnets kendelse fra 6. september 2006, Sahva mod Københavns Kommune.

må der som udgangspunkt gælde en anden tilgang til forbuddets betydning ved de fleksible procedurer.

Dog, som det fremgår ovenfor, indeholder udbudsdirektivets artikel 29 (udbud med forhandling) en række begrænsninger i de forhandlingsmuligheder, som tillægges ordregiver herefter. Ligeledes kan der af præambelbetragtning nr. 45 om udbud med forhandling udledes de samme bekymringer, som er omtalt i Fælleserklæringen, hvorefter *"Udbud med forhandling bør ledsages af tilstrækkelige sikkerhedsforanstaltninger, der sikrer overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed"*. Samme bekymring kan formentlig udledes af Domstolens praksis i den tidligere omtalte Nordecon-sag.¹⁹³

I forhold til den konkurrenceprægede dialog, må der formentlig gælde de samme begrænsninger som ved udbud med forhandling, desuagtet formuleringen i artikel 30, som det er konstateret i kapitel 5.

6.3. Fravigelser i tilbud

6.3.1. Indledende bemærkninger

Som det tidligt er blevet bemærket af Domstolen, indebærer ligebehandlingsprincippet, at for at sikre en objektiv sammenligning af tilbuddene, skal tilbudsgiverne leve op til de betingelser, som ordregiver har fastsat.¹⁹⁴ Udgangspunktet vil derfor være, at tilbud, som ikke er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, vil være ukonditionsmæssige og vil skulle afvises af ordregiver.

I denne sammenhæng, har ordregiver både ret og pligt til at sikre overholdelsen af disse krav i udbudsdokumenterne. Dette gælder uanset om der er tale om formelle krav til tilbuddene eller krav til den udbudte ydelse.¹⁹⁵

I de følgende afsnit vil der foretages en behandling af fravigelser krav til ydelsen, herunder forbehold og alternative tilbud. Herudover vil der blive undersøgt hvilke muligheder ordregiver og

¹⁹³ Jf. C-561/12, Nordecon AS, 5. december 2013.

¹⁹⁴ Jf. C-243/89, Kommissionen mod Danmark, 22. juni 1993, præmis 37.

¹⁹⁵ Jf. Fabricius, Jesper: Offentlige indkøb i praksis, Karnov Group, 2017, s. 619.

tilbudsgiver har for at supplere eller præcisere tilbuddene. Behandlingen vil inddrage forhandlingsforbuddets betydning for disse tilfælde og ydermere hvordan de klassiske og fleksible procedurer påvirker udfaldet.

6.3.3. Fravigelser af krav til ydelsen ved forbehold og alternative tilbud

I denne sammenhæng sondres der mellem forbehold (også omtalt "*tilbudsforbehold*" – fremover tilbudsforbehold¹⁹⁶) og alternative tilbud. Et tilbudsforbehold er efter Domstolens bemærkninger i Storebælt-sagen, "*[...] et bud, der ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelser*"¹⁹⁷. Ved alternative tilbud skal forstås tilbud, som indeholder alternative løsninger på ordregiverens indkøbsbehov, og som afviger fra det, der er fastsat i udbudsmaterialet¹⁹⁸. Fælles for begge typer er deres fravigelser i udbudsmaterialet, sontringen er dog relevant, da der gælder forskellige retsvirkninger.

Ordregiver har efter reglerne om alternative tilbud mulighed for at tillade eller kræve alternative tilbud, hvilket følger udbudsdirektivets artikel 45 og udbudslovens §§ 50-52. Baggrunden for bestemmelsen er at sikre ordregiver den bedste løsning, ved at tilbudsgiverne i visse tilfælde kan foreslå forbedrede løsningsforslag, som ordregiver ikke tidligere var bekendt med¹⁹⁹.

Ønsker ordregiver at benytte sig af denne mulighed, skal det fremgå af udbudsdokumenterne²⁰⁰, herunder (1) hvilke mindstekrav de alternative tilbud skal opfylde, (2) de specifikke krav der skal gælde for afgivelsen af alternative tilbud (særligt om det er "*tilladt*" eller der "*kræves*" et alternativ tilbud, da sidstnævnte vil betyde, at tilbud, der alene afgives som et ordinært tilbud og ikke også

¹⁹⁶ Se Lovbemærkninger til udbudslovens § 50, s. 93.

¹⁹⁷ Jf. C-243/89, Kommissionen mod Danmark, 22. juni 1993, præmis 35.

¹⁹⁸ Jf. Udbudsloven med bemærkninger til § 50.

¹⁹⁹ Jf. Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, s. 184.

²⁰⁰ Se bl.a. C-421/01, Traunfellner GmbH mod Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG, 16. oktober 2003, præmis 29-30, hvor en ordregiver alene havde henvist til en national forskrift i udbudsdokumenterne, men hvor Domstolen bemærkede, at forpligtelsen til at angive mindstekravene i udbudsdokumenterne følger af en forpligtelse til gennemsigtighed, som skal sikre overholdelsen af princippet om ligebehandling af de bydende.

indeholder et alternativt tilbud, vil skulle afvises) (3) tildelingskriterierne skal kunne anvendes for både ordinære og alternative tilbud og (4) skal have tilknytning til kontraktens genstand²⁰¹.

Hvis ordregiver tillader eller kræver alternative tilbud, kan disse vedrøre enhver del af udbuddet,²⁰² fx fravigelser i forhold til udbuddets beskrivelse, de juridiske og økonomiske vilkår eller andre vilkår om levering. Afgørende for lovligheden af fravigelsen er dog, om ordregiver har angivet disse som mindstekrav²⁰³.

Såfremt ordregiver ikke har oplyst om adgangen til alternative tilbud, vil enhver fravigelse af udbudsbetingelser udgøre et tilbudsforbehold.²⁰⁴ Har ordregiver derimod tilladt eller kræver alternative tilbud, vil en sådan fravigelse være i overensstemmelse med udbudsmaterialet, dog må fravigelsen angå de af ordregiver fastsatte mindstekrav.

6.3.3.1. Tilbudsforbehold og ligebehandling

I modsætning til alternative tilbud er tilbudsforbehold ikke direkte reguleret i udbudsdirektivet eller udbudsloven, men skal i stedet vurderes i overensstemmelse med princippet om ligebehandling og gennemsigtighed,²⁰⁵ som det bl.a. blev bemærket af Domstolen i Storebælt-sagen.

I den tidligere omtalte Storebælt-sag havde ordregiver indledt forhandlinger med en tilbudsgiver, hvis tilbud ikke var i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Ordregiver havde tilladt modtagelsen af alternative tilbud, men såfremt der blev indgivet alternative tilbud, skulle der udarbejdes et detailprojekt, som tilbudsgiveren skulle bære det fulde ansvar for, og ligeledes ansvaret for enhver faktisk afvigelse i mængdeberegningerne. Tilbudsgiver havde i denne

²⁰¹ Jf. Udbudsdirektivet 2014/24/EU, artikel 45, stk. 2.

²⁰² Se fx forslag til afgørelse fra generaladvokat Siegbert Alber, 10. april 2003, punkt 42 og i samme retning nævnt Kommissionen vejledning til tilbudsgiverne ved udbud afholdt af Kommissionens Generaldirektorat for Beskatning og Told, 2013, punkt 4.1.3, s. 6: *"Variants are alternatives to any technical or financial aspects, or to any contractual conditions, described in a call for tenders"*.

²⁰³ Jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: *Udbudsloven, Vejledning om udbudsreglerne*, januar 2016, s. 138.

²⁰⁴ Ibid., s. 644.

²⁰⁵ Jf. Ølykke, Grith Skovgaard, Nielsen, Ruth: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017, s. 643.

sammenhæng taget forbehold herfor, hvilket gjorde det muligt at tilbyde en væsentlig lavere pris end de tilbudsgivere, som var nødsaget til at indberegne risikoen for detailprojektet.

Dertil bemærkede Domstolen, at det måtte følge af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, at samtlige tilbud skulle være i overensstemmelse med udbudsbetingelser²⁰⁶, hvorfor det i den konkrete sag måtte være i strid med princippet om ligebehandling, " [...] såfremt tilbudsgiverne kunne fravige de grundlæggende udbudsbetingelser ved forbehold uden for de tilfælde, hvor disse betingelser udtrykkeligt giver dem mulighed herfor".²⁰⁷

Det er derfor den klare hovedregel, at tilbuddene skal være i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, som det kan udledes af " [...] hvor disse betingelser udtrykkeligt giver dem mulighed herfor",²⁰⁸ gælder der en modifikation, hvorefter fravigelser alligevel kan accepteres, såfremt dette er tilladt i udbudsbetingelserne.²⁰⁹

Dette vil betyde, at såfremt en tilbudsgiver har taget forbehold for grundlæggende betingelser, uden at dette udtrykkeligt er tilladt i udbudsbetingelserne, har ordregiver ikke blot ret til at forkaste tilbuddet, men også pligt hertil.²¹⁰ På denne baggrund vil det være i strid med ligebehandlingsprincippet og eventuelt forhandlingsforbuddet,²¹¹ såfremt ordregiver antager et tilbud, som indeholder forbehold for grundlæggende elementer, uden at dette på forhånd er tilladt.

6.3.3.2. Forbehold for grundlæggende udbudsbetingelser

Fravigelser vil typisk fremstå uklare, idet tilbudsgiver vil være fuldt opmærksom herpå og derfor vil forsøge at dække over disse ved anvendelsen af forskellige betegnelser²¹². Afgørende for vurderingen af, om ordregiver skal afvise et tilbud, er dog ikke hvordan tilbudsgivere angiver en

²⁰⁶ Se C-243/89, Kommissionen mod Danmark, 22. juni 1993, præmis 37.

²⁰⁷ Ibid., præmis 40.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Samme fortolkning kan udledes af Steen Treumer i Steen Treumer, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000, s. 167.

²¹⁰ Jf. Fabricius, Jesper: *Offentlige indkøb i praksis*, Karnov Group, 2017, s. 596.

²¹¹ Berg, Claus: *Udbud i byggeriet*, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2012, s. 496.

²¹² Jf. Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2000, s. 167-168.

fravigelse, men af en vurdering af om tilbudsforbeholdet vedrører et grundlæggende element i udbudsmaterialet.

Det er ganske vanskeligt at definere, hvad der i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet udgør en fravigelse af et grundlæggende element. Det kunne dog være en antagelse, at en sådan fravigelse vedrører elementer, som ikke kunne udelades fra kontrakten, uden at denne *væsentligt ændres eller umuliggøres*, som det omtales af Steinicke og Groesmeyer.²¹³

Eller som det fremhæves i Fælleserklæringen, vil en ændring af disse elementer kunne fordreje konkurrencen mellem tilbudsgiverne.²¹⁴ Dog mener Steen Treumer, at Domstolens formulering i Storebælt-sagen gør det klart, at tilbuddenes overensstemmelse med udbudsbetingelserne skal fortolkes restriktivt, og grænsen for, hvornår der er tale om et grundlæggende element, skal derfor sættes meget lavt²¹⁵. Derudover bemærker Treumer, at en fleksibel fortolkning ville svække beskyttelsen, som følger af ligebehandlingsprincippet.²¹⁶

Kompleksiteten af vurderingen kan bl.a. illustreres i en afgørelse fra Højesteret²¹⁷, hvor det var nødvendigt at inddrage en sagkyndiges vurdering af et forbehold for vinterforanstaltninger, som havde ledt til forskellige afgørelser hos henholdsvis Klagenævnet og Østre Landsret. I sagen havde ordregiver prissat et tilbudsforbehold, der gav tilbudsgiver mulighed for fristforlængelser og ekstrabetaling i forbindelse med vinterforanstaltninger. Klagenævnet mente, at der var tale om et grundlæggende element og underkendte tildelingen. I modsætning hertil mente Østre Landsret, at prissætningen af vinterforanstaltninger var en sædvanlig byggeteknisk beregning og ville kunne gennemføres uden større vanskeligheder, hvorfor der ikke var tale om et grundlæggende element. På baggrund af sagkyndiges vurdering bemærkede Højesteret, at der var tale om et forbehold, som forskød risikoen fra entreprenøren til bygherren og derfor måtte være et grundlæggende element. Dette vil betyde, at såfremt den af udbudsmaterialet fastsatte balance mellem ordregiver og

²¹³ Ibid., 364.

²¹⁴ Jf. EF-Tidende nr. L 111/114 af 30. april 1994.

²¹⁵ Jf. Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, s. 167-168.

²¹⁶ Ibid., s. 168.

²¹⁷ Jf. U 2011.1955H, Amager Strandpark.

tilbudsgiver forskubbes til ulempe for ordregiver, kan det have betydning for den endelige vurdering.²¹⁸

Såfremt ordregiver angiver i udbudsbetingelserne, at der ikke kan tages forbehold for bestemte elementer, eller har angivet, at bestemte dele udgør mindstekrav, vil forbehold over for disse elementer eller mindstekrav altid udgøre forbehold for grundlæggende elementer.²¹⁹

Af Klagenævnets praksis vil forbehold for priselementer, krav til ydelsen og leveringstiden typisk udgøre grundlæggende elementer, hvilket kan udledes i følgende sager:²²⁰

I Klagenævnets kendelse fra april 2016, Zøllner A/S mod Hundested Havn I/S m.fl.²²¹, blev der klaget over et tilbudsforbehold for tidsplanen, som fremgik af det vindende tilbud. Her konstaterede Klagenævnet, at *"Allerede fordi forbeholdet ikke kan prissættes, må det anses for et for et forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Tilbuddet er derfor ukonditionsmæssigt. Ved ikke at afvise tilbuddet har Hundested Havn I/S og dermed også Halsnæs Kommune handlet i strid med ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3"*²²² (Klagenævnets praksis for prissætning vil blive gennemgået nedenfor). Ligeledes var der tale om forbehold over for grundlæggende elementer, da det vindende tilbud havde indføjet en forudsætning om, at entreprisen skulle udføres med nærmere specificeret materiel, og at afregningen heraf skulle ske på en anden måde end den, der var angivet i udbudsbetingelserne. Dertil bemærkede Klagenævnet, at risikoen for ordregiver forbundet med den manglende angivelse af materiel og usikkerheden omkring afregningen måtte udgøre forbehold for grundlæggende elementer²²³. Derudover udtalte Klagenævnet generelt, at bedømmelsen af, hvorvidt et tilbud indeholder forbehold, *"[...] må ske på grundlag af udbudsbetingelserne og det afgivne*

²¹⁸ Jf. Jakobsen, Peter Stig, Poulsen, Sune Troels, Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers: *EU Udbudsretten*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016, s. 556.

²¹⁹ Jf. Fabricius, Jesper: *Offentlige indkøb i praksis*, Karnov Group, 2017, s. 598.

²²⁰ Disse sager er fremhævet i Fabricius, Jesper, *Offentlige indkøb i praksis*, 4. udgave, 2017, s. 599.

²²¹ Jf. Klagenævnets kendelse fra 19. april 2016, Zøllner mod Hundested Havn I/S m.fl.

²²² Ibid., s. 17.

²²³ Ibid., s. 17-18.

tilbud. Det er derfor uden betydning, om et forbehold er fastholdt eller frafaldet i forbindelse med kontraktindgåelsen"²²⁴.

I Klagenævnets kendelse fra januar 2016, M.J. Eriksson A/S mod Århus Kommune²²⁵, havde klageren prissat post til 5,5 % for den samlede sum af tilbuddet. Dog fremgik det af udbudsbetingelserne, at denne post højest måtte prissættes til 5 %. Klagenævnet anerkendte ordregivers afvisning af tilbuddet som ukonditionsmæssigt, da klageren ellers ville " [...] opnå en likviditetsmæssig fordel ved efter påkrav at kunne få dette beløb udbetalt".²²⁶

I Klagenævnets kendelse fra maj 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen²²⁷, indeholdt det vindende tilbud priser for fugning, men som ifølge tilbudsgiver kun er udtryk for mellemregninger, selvom ordregiver i udbudsbetingelser havde anmodet om en "i alt" pris og i denne forbindelse også havde anført, at denne ikke ville bære risikoen for kalkulationen af de rette mængder af fuge. Dertil konkluderede Klagenævnet " [...] at sådanne mellemregninger, der viser tilbudsgiverens forudsætninger for den tilbudte pris, i et tilfælde som det foreliggende, hvor der udtrykkeligt alene var efterspurgt en "I alt" pris, er udtryk for forbehold, såfremt tilbudsgiverens "mellemregninger" måtte vise sig ikke at svare til det, der var nødvendigt for at udføre opgaven"²²⁸.

6.3.3.3. Alternativ praksis for ikke-grundlæggende elementer

Af Klagenævnets praksis om forbehold har der udviklet sig en alternativ praksis til den fremsat af Domstolen i Storebælt-sagen. Som det tidligere er nævnt, vil kravet om ligebehandling ikke blive opfyldt " [...] såfremt tilbudsgiverne kunne fravige grundlæggende udbudsbetingelser ved forbehold uden for de tilfælde, hvor disse betingelser udtrykkeligt giver dem mulighed herfor".²²⁹

²²⁴ Ibid.

²²⁵ Jf. Klagenævnets kendelse fra 28. januar 2016, M.J. Eriksson A/S mod Århus Kommune.

²²⁶ Ibid., s. 9-10.

²²⁷ Jf. Klagenævnets kendelse fra 18. maj 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen.

²²⁸ Ibid., s. 19.

²²⁹ Jf. C-243/89, Kommissionen mod Danmark, 22. juni 1993, præmis 37.

I modsætning til tilfælde, der vedrører grundlæggende elementer, har Klagenævnet udtalt:²³⁰ *"Hvis forbehold i et tilbud ikke angår grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, har udbyderen som udgangspunkt ret, men ikke pligt, til ikke at tage tilbuddet i betragtning²³¹",* og det er således op til ordregiver selv at vælge, hvorvidt denne ønsker at tage et tilbud i betragtning, som afviger fra ikke-grundlæggende elementer.

Dog bemærkes det af Klagenævnet, at *"Udbyderen vil dog, hvis et forbehold er helt bagatelagtigt, kunne være forpligtet til desuagtet at tage tilbuddet i betragtning²³²".* Klagenævnet har endnu ikke taget stilling til bagatelagte forbehold, dog må der antages at være fravigelser af elementer, som er kategoriseret lavere end de af ikke-grundlæggende karakter.

Som et alternativ til Domstolens fortolkning af ligebehandlingsprincippet pointerer Klagenævnet *"[...]at det følger af det EU-udbudsretlige ligebehandlingsprincip, at udbyderen, hvis tilbuddet omvendt tages i betragtning, har pligt til sagligt og korrekt at prissætte forbeholdet. Det er herved en forudsætning for, at tilbuddet kan tages i betragtning, at forbeholdet kan prissættes".* Med denne praksis forsøger man at overholde ligebehandlingsprincippet ved at gøre tilbud, som indeholder forbehold, sammenlignelige med de øvrige tilbud ved at prissætte forbehold, som ikke er grundlæggende for tilbuddet.

Klagenævnets praksis omkring prissætning må oprindeligt udledes af den praksis, som har udviklet sig på området for regulering af licitationer i bygge- og anlægssektoren i den oprindelige licitationslov.²³³

²³⁰ Jf. bl.a. kendelse af 26. november 2004, Pihl & Søn mod Direktoratet for Kriminalforsorgen og Kendelse af 25. januar 2006, Sjølsø Entreprise A/S mod Statsbiblioteket i Århus.

²³¹ Ibid.

²³² Ibid.

²³³ Jf. Berg, Claus: *Udbud i byggeriet*, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2012, s. 496.

og Lov nr. 216 af 8. juni 1966 og ændret ved lov nr. 818 af 19. december 1989. Den daværende licitationslov er i dag ophævet i forbindelse med indførslen af tilbudsloven, lov nr. 450 af 7. juni 2001.

Såfremt et forbehold for ikke-grundlæggende elementer ikke kan prissættes med den fornødne sikkerhed, som omtalt af Klagenævnet, vil ordregiver være forpligtet til at forkaste tilbuddet²³⁴. Hvorvidt den alternative praksis kan udstrækkes til også at gælde tilbudsforbehold for grundlæggende elementer, må dog antages at være i strid hermed, for som Højesteret bemærker i Amager Strandpark-sagen, ville det forhold, at et tilbudsforbehold for grundlæggende elementer kunne prissættes, ikke give adgang til at acceptere tilbuddet²³⁵.

Som det fremgår af Klagenævnets praksis, er ordregiver i almindelighed berettiget til at forkaste tilbud, uanset om forbeholdet vedrører et ikke-grundlæggende element, dette gælder også for de tilfælde, hvor det er muligt at prissætte forbeholdet²³⁶.

6.3.3.4. Fravigelser ved klassiske procedurer over for de fleksible procedurer

Som det bl.a. har været argumenteret i Storebælt-sagen, kan ordregiver have en interesse i at forsøge at borthandle forbehold, men hvorvidt dette er tilladt efter henholdsvis de klassiske og fleksible udbudsprocedurer, vil blive behandlet i de følgende afsnit.

6.3.3.4.1. Klassisk procedure

I Storebælt-sagen blev udbuddet gennemført efter den klassiske udbudsprocedure, begrænset udbud, som efter Fælleserklæringen²³⁷ er underlagt et forhandlingsforbud, hvorfor det som udgangspunkt må antages, at en bortforhandling af et forbehold for et grundlæggende element er udelukket. Af Domstolens afgørelse er det dog uklart, hvorvidt forholdet havde været behandlet anderledes, såfremt der var tale om en fravigelse af et ikke-grundlæggende element.

I Storebælt-sagen lagde Domstolen til grund, at der *"Med henblik på bedømmelsen af, om de forhandlinger, som A/S Storebæltsforbindelsen således førte, var forenelige med princippet om ligebehandling*

²³⁴ Se bl.a. Klagenævnets kendelse af 26. maj 2009, Oberthur Technologies Denmark A/S mod Region Nordjylland. Her bemærkede Klagenævnet, at selvom et forbehold ikke angik et mindstekrav, måtte det alligevel udgøre et forbehold for et grundlæggende element, da det ikke kunne prissættes.

²³⁵ U 2011.1955H, Amager Strandpark og som også bemærkes af Fabricius i Fabricius, Jesper, Offentlige indkøb i praksis, 4. udgave, 2017, s. 601.

²³⁶ Jf. Berg, Claus: *Udbud i byggeriet*, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2012, s. 498.

²³⁷ Jf. EF-Tidende nr. L 111/114 af 30. april 1994.

af tilbudsgiverne, skal det herefter undersøges, om dette princip var til hinder for, at A/S Storebæltsforbindelsen tog ESG's tilbud i betragtning"²³⁸. Den første øvelse må derfor være en undersøgelse af, hvorvidt et tilbud er konditionsmæssigt, for dernæst at vurdere, om forhandling er tilladt.

Ved bedømmelsen af dette forhold, mener Michael Steinicke og Lise Groesmeyer,²³⁹ at Domstolen giver det indtryk, at såfremt tilbuddet havde været konditionsmæssigt, ville der muligvis have været adgang til forhandling. Denne opfattelse er netop interessant i forbindelse med Fælleserklæring, hvorefter forhandlingsforbuddet gælder for " [...] enhver forhandling [...] om grundlæggende elementer i kontrakterne, som ikke vil kunne ændres uden fare for konkurrencefordrejning"²⁴⁰, hvilket taler for tilfælde, hvor der ville være adgang til forhandling om ikke-grundlæggende elementer.

I modsætning til ovennævnte fleksible fortolkninger mener Steen Treumer,²⁴¹ at vurderingen af, hvorvidt en fravigelse vedrører et grundlæggende element, bør ske i overensstemmelse med Domstolens formulering i Storebælt-sagen, som herefter skal fortolkes restriktivt, hvilket indebærer, at ordregiver generelt ikke kan acceptere tilbud, som fraviger udbudsmaterialet.

Sidstnævnte tilgang må formentlig være den foretrukne for de klassiske procedurer, da denne som udgangspunkt må være i overensstemmelse med Domstolens fortolkning i Slovensko-sagen,²⁴² hvor ændringer i tilbud efter indgivelsen ikke kan ske på tilbudsgivers eller ordregivers initiativ, med undtagelse af de tilfælde, som Domstolen omtaler omkring berigtigelse eller supplerings, som også er kodificeret i udbudsloven § 159, stk. 5-6.

²³⁸ Jf. C-243/89, Kommissionen mod Danmark, 22. juni 1993, præmis 36.

²³⁹ Steinicke, Michael, Groesmeyer, Lise: *EU's udbudsdirektiver med kommentarer*, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2008, s. 459-460.

²⁴⁰ Jf. EF-Tidende nr. L 111/114 af 30. april 1994.

²⁴¹ Jf. Treumer, Steen: *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2000, s. 168.

²⁴² Jf. C-599/10, SAG ELV Slovensko, 29. marts 2012, præmis 36.

6.3.3.4.2. **Fleksibel procedure**

I modsætning til de klassiske procedurer, som indebærer et forbud mod forhandling, som direkte udledes af praksis og Fælleserklæringen, fremgår det af præambelbetragtning 45, at der ved udbud med forhandling kan forhandlingerne vedrøre alle de indkøbte bygge- og anlægsarbejders, varers og tjenesteydelsers karakteristika, herunder bl.a. kvalitet, mængde, handelsklausuler samt sociale, miljømæssige og innovative aspekter, i samme retning fremgår det af udbudsdirektivets artikel 30 om den konkurrenceprægede dialog om dialog og forhandlingsfasen. Hvorvidt de fleksible procedurer ligeledes

Domstolen har dog haft mulighed for at forholde sig til spørgsmålet om grænserne for forhandlinger med en tilbudsgiver, hvis tilbud ikke overholdt udbudsbetingelserne, under et udbud med forhandling.²⁴³ I den tidligere omtalte Nordecon-sag²⁴⁴ havde ordregiver i udbudsdokumenterne stillet krav om bredden af midterrabatten på den udbudte vejstrækning. Ordregiver havde angivet bredden til 13,5 meter og på en anden del 6 meter.

Som tilbudsgiver havde Nordecon præsenteret et alternativ løsningsforslag, selvom dette ikke var tilladt. I tilbuddet havde man angivet en samlet bredde for hele midterrabatten på 6 meter. Dertil udtalte Domstolen, at det ville være i strid med principperne om ligebehandling: *"Hvis det anerkendtes, at et bud, der ikke var i overensstemmelse med de bindende betingelser, kunne antages med henblik på en forhandling, ville fastsættelsen af bindende betingelser i udbuddet i øvrigt miste enhver virkning, og det ville ikke være muligt for den ordregivende myndighed at forhandle med tilbudsgiverne på et for disse fælles grundlag baseret på de nævnte betingelser og følgelig at behandle disse lige".*²⁴⁵

Dog bemærkede Domstolen i forbindelse med det daværende udbudsdirektiv 2004/18/EF om udbud med forhandling i artikel 30, stk. 2, at" [...] i bestemte tilfælde tillader anvendelsen af et udbud med forhandling med henblik på at tilpasse de af tilbudsgiverne afgivne bud til de krav, der er stillet i udbudsbekendtgørelsen, i udbudsbetingelserne og i eventuelle supplerende dokumenter, og for at finde frem til det bedste tilbud". Ordregiver skal i forbindelse med samtlige udbudsprocedurer overholde principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af de økonomiske aktører og handle på

²⁴³ Jf. C-561/12, Nordecon AS, 5. december 2013.

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ Jf. C-561/12, Nordecon AS, 5. december 2013, præmis 38.

en gennemsigtig måde, hvorfor *"Selv om den ordregivende myndighed råder over en forhandlingsbeføjelse inden for rammerne af et udbud med forhandling, er den således stadig forpligtet til at drage omsorg for, at de krav i kontrakten, som den har givet en bindende karakter, bliver overholdt"*²⁴⁶. Dette ville ikke være tilfældet, såfremt ordregiver kunne tilsidesætte principperne og de formål, som følger af udbudsdirektivet.

I forhold til den konkurrenceprægede dialog, hvor der som tidligere nævnt under dialogen kan drøftes alle aspekter ved udbuddet, kan disse heller ikke medføre ændringer i de grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling, som det også er konkluderet i kapitel 5. Retstilstanden må i denne sammenhæng være den samme for både de klassiske og fleksible udbudsprocedurer.

6.3.3.5. Klagenævnets alternative praksis for bortforhandling forbehold ved de fleksible procedurer

Som et andet alternativ til den praksis, som kan udledes af Domstolen i Nordecon-sagen og af henholdsvis udbudsdirektivet og udbudsloven om forhandling ved udbud med forhandling, kan fremhæves Klagenævnets praksis for at tillade forhandlinger om tilbudsforbehold for mindstekrav.

Denne alternative praksis kan bl.a. udledes af Klagenævnets kendelse fra november 2003, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Lokalbansen A/S (fremover Bombardier-sagen).²⁴⁷ I denne sag mente klager, blandt andre forhold, at det vindende tilbud indeholdt tilbudsforbehold for ufravigelige krav i udbudsbetingelserne.

Generelt om denne udbudsprocedure bemærkede Klagenævnet, at *"Ved udbud efter forhandling skal tilbudsgivernes tilbud ikke danne grundlag for en beslutning om, hvem der skal indgå kontrakt med, men derimod alene danne grundlag for de forhandlinger med tilbudsgiverne, som skal gennemføres under et sådant udbud"*²⁴⁸. Situationen for udbud med forhandling måtte derfor modsat de klassiske udbudsprocedurer, kunne anlægges en mere fleksibel tilgang i forbindelse med håndteringen af tilbudsforbehold for ufravigelige krav, da *"Udbyderen er derfor ikke som ved offentligt udbud og*

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ Jf. Klagenævnets kendelse fra 4. november 2013, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Lokalbansen A/S.

²⁴⁸ Ibid., s. 15.

begrænset udbud forpligtet til at afvise tilbud, som ikke opfylder grundlæggende udbudsbetingelser, og heller ikke berettiget hertil, ligesom udbyderen ikke som ved offentligt udbud og begrænset udbud er forpligtet til at foretage en prissætning af forbehold, som ikke vedrører grundlæggende udbudsbetingelser, men som dog ikke er uden betydning. Sådanne afvigelser i tilbuddene skal indgå i de forhandlinger, som skal gennemføres under et sådant udbud”²⁴⁹. Klagenævnet antog derfor, at på baggrund af de forskellige formål med proceduretyperne, var det muligt at inddrage tilbudsforbehold for ufravigelige krav, såfremt disse bortforhandles undervejs.

Ovennævnte praksis må dog ved første øjekast være i strid med Domstolens bemærkninger i Nordecon-sagen, hvorefter ordregiver ikke må iagttage tilbud, der ikke er i overensstemmelse med de grundlæggende elementer i udbudsdokumenterne. Dog vedrørte Nordecon-sagen ikke samme tilfælde som i Bombardier-sagen, da man i Nordecon-sagen gjorde uoverensstemmelsen til en del af udbudsbetingelserne, hvorfor det ikke kan udelukkes, at resultatet vil være et andet, da en sådan bortforhandling formentlig ikke vil på virke potentielle ansøgere eller tilbudsgivere eller fordreje konkurrencen, som det også bemærkes af Steen Treumer.²⁵⁰

Denne antagelse må ligeledes være i overensstemmelse med Fælleserklæringen, hvorefter forhandlinger ikke må medføre ændringer i de grundlæggende elementer, hvilket formentlig ikke vil være tilfældet, såfremt disse bortforhandles undervejs. Retstilstanden er dog endnu usikker, idet Domstolen ikke direkte har taget stilling til ovennævnte praksis ved de fleksible procedurer, hvor det modsætningsvis står klart for de klassiske udbudsprocedurer ved bl.a. Storebælt-sagen, at ordregiver ikke kan indgå i forhandlinger med tilbud, som ikke opfylder de grundlæggende udbudsbetingelser.

6.3.3.6. Forhandlingsforbuddet ved supplerings eller præcisering af tilbud

I perioden efter udløbet af ansøgnings- og tilbudsfristen og frem til kontraktstildelingen kan der under evalueringen af tilbuddene opstå tilfælde, hvor ordregiver bliver opmærksom på mangler eller uklarheder i tilbuddene, som vil kræve yderligere afklaring, supplerings eller præcisering.

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ Jf. Treumer, Steen (red.), mfl.: Udbudsloven ud af boksen og ind i gråzonen, Ex Tuto Publishing, 2016., s. 29.

Særligt for udbud efter de klassiske udbudsprocedurer begrænses ordregivers adgang til at drøfte tilbuddet med tilbudsgiver af forhandlingsforbuddet.

I følgende afsnit behandles adgangen til at afklare, supplere eller præcisere tilbud, for henholdsvis de klassiske og fleksible procedurer.

6.3.3.6.1. Supplering eller præcisering ved de klassiske udbudsprocedurer

For supplering eller præcisering, er det ganske relevant at iagttage begrænsningen i forhandlingsforbuddet, dette kan bl.a. udledes i C-599/10, SAG ELV Slovensko m.fl. (fremover Slovensko-sagen).²⁵¹

I Slovensko-sagen havde ordregiver på baggrund af uklarheder og uoverensstemmelser i de modtagne tilbud anmodet om supplerende oplysninger. Dertil bemærkede Domstolen, "[...]at når først udvælgelsen af ansøgere har fundet sted, og når først ansøgerne har afgivet deres tilbud, kan sidstnævnte i princippet ikke længere ændres, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller ansøgerens initiativ"²⁵², og at "Princippet om ligebehandling af ansøgere og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, er således i forbindelse med denne procedure til hinder for enhver forhandling mellem den ordregivende myndighed og den ene eller den anden ansøger"²⁵³ (min understregning). Enhver ændring af de afgivne tilbud vil derfor som udgangspunkt være udelukket, desuagtet om dette sker på ordregivers eller tilbudsgivers initiativ. I Slovensko-sagen omtaler Domstolen forhandlingsforbuddet ved et begrænset udbud, men dette må tilsvarende gælde ved et offentligt udbud, idet forhandlingsforbuddet oprindeligt var tiltænkt de klassiske procedurer.

Domstolen udtalte dog, at forbuddet, som det er omtalt ovenfor, ikke er til hinder for, "at oplysningerne vedrørende budet undtagelsesvis i enkelt tilfælde kan berigtiges eller suppleres, bl.a. fordi de åbenlyst blot kræver en præcisering, eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør, forudsat at ændringen ikke fører til, at der i virkeligheden fremsættes et nyt tilbud" (min understregning).

For disse tilfælde omtaler Domstolen en række betingelser, som skal være opfyldt, såfremt ordregiver ønsker at benytte sig af denne mulighed. Disse betingelser er blevet gentaget af

²⁵¹ ²⁵¹ Jf. C-599/10, SAG ELV Slovensko, 29. marts 2012

²⁵² Ibid., præmis 36.

²⁵³ Ibid.

Domstolen i en anden central sag om et lignende tilfælde i C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S (fremover Manova-sagen):²⁵⁴

(1) *"For det første skal en anmodning om supplerende tilbudsoplysninger, som først kan fremsættes efter, at den ordregivende myndighed har fået kendskab til alle buddene, i princippet rettes mod alle virksomheder i samme situation",*²⁵⁵

(2) *"Anmodningen skal for det andet omfatte alle de punkter i budet, der skal suppleres",*²⁵⁶

(3) *"Anmodningen må desuden ikke føre til, at tilbudsgiver i virkeligheden fremsætter et nyt tilbud",*²⁵⁷

(4) *"Endelig påhviler det generelt den ordregivende myndighed under udøvelsen af dens skøn for så vidt angår muligheden for at anmode ansøgerne om at præcisere deres tilbud at behandle ansøgerne ens og rimeligt, således at en anmodning om supplerende oplysninger ikke efter afslutningen af proceduren for udvælgelse af tilbuddene og i lyset af resultatet heraf kan fremstå som uberettiget at have begunstiget eller forskelsbehandlet den eller de ansøgere, som har været genstand for denne anmodning".*²⁵⁸

6.3.3.6.2. Grænsen mellem supplerer eller præcisering og et nyt tilbud

Som det tidligere fremgik af Slovensko-sagen, må suppleringen eller præciseringen ikke føre til at der afgives et nyt tilbud, men det har dog i praksis vist sig at være ganske uklart, at fastlægge grænsen for suppler eller præcisering overfor afgivelsen af et nyt tilbud. Domstolen og Retten har dog begge haft muligheden for at træffe afgørelse herom, hvilket vil blive gennemgået nedenfor.²⁵⁹

I Belgien-sagen²⁶⁰ havde en tilbudsgiver efter udløbet af tilbudsfristen, fremsendt supplerende oplysninger vedrørende de tekniske elementer i sit oprindelige tilbud, da tilbudsgiver på baggrund

²⁵⁴ Jf. C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, 10. oktober 2013, præmis 33-36.

²⁵⁵ Ibid., præmis 34.

²⁵⁶ Ibid., præmis 35.

²⁵⁷ Ibid., præmis 36.

²⁵⁸ Ibid., præmis 37.

²⁵⁹ Disse sager er fremhævet i Ølykke, Grith Skovgaard, Nielsen, Ruth: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017, s. 639-641.

²⁶⁰ Jf. C-87/94, Kommissionen mod Belgien, 25. april 1996.

af nye forsøg, havde bemærket at de tilbudte busser havde et brændstofforbrug der var 16 procent lavere end tidligere opgjort, denne oplysning valgte ordregiver at inddrage i sin vurdering. Hvortil Domstolen udtalte, " [...] at når en ordregiver tager hensyn til en ændring, som en enkelt tilbudsgiver har foretaget i det oprindelige tilbud, får denne tilbudsgiver en fordel i forhold til konkurrenterne, hvilket er i strid med princippet om ligebehandling af tilbudsgivere og skader procedurens gennemsigtighed".²⁶¹ Som Domstolen bemærkede, var det særligt afgørende om inddragelsen af de nye oplysninger ville have påvirket konkurrence og dermed resultatet af kontraktstildelingen.

I sagen T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen (fremover Bouwwerken-sagen),²⁶² afgjorde retten, at en anmodning fra Kommissionen om præcisering af en manglende pris, som havde været identisk med prisen på en tilsvarende vare, som var angivet i tilbuddet, ikke efter de konkrete omstændigheder ville udgøre fremsættelsen af et nyt tilbud, da "Som Kommissionen har fremhævet, handler det nemlig ikke i dette sidste tilfælde om indføjelse af en ny pris, der bliver budt vedrørende posten i det pågældende sammenfattende overslag, men blot om en præcision af buddets indhold, hvorefter den pris, der er tilbudt for en bestemt post, skal forstås således, at den også er tilbudt for alle andre poster med identisk eller lignende indhold".²⁶³ Med andre ord var det afgørende for Domstolens vurdering, at den manglende oplysning allerede fremgik af det oprindelige tilbud for en lignende vare og besvarelsen på anmodningen kunne dermed ikke udgøre et nyt tilbud.

I sagen C-324/14, PARTNER Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta (fremover Partner-sagen),²⁶⁴ havde tilbudsgiver indgivet et samlet tilbud på alle delkontrakter i udbuddet, hvorefter ordregiver havde anmodet tilbudsgiveren om at supplere og præcisere de elementer som vedrørte den tekniske og faglige formåen. På baggrund af denne anmodning, havde tilbudsgiveren oplyst ordregiver, at tilbuddet i stedet blev taget i betragtning for enkelte kontrakter i en bestemt rækkefølge, for at undgå afvisning på hele tilbuddet. Dertil bemærkede Domstolen, " [...] at en sådan meddelelse, hvormed en økonomisk operatør efter åbningen af tilbuddene over for den ordregivende myndighed angiver prioriteringen af de dele af den pågældende kontrakt, hvorefter den økonomiske operatørs tilbud skal vurderes, langt fra blot udgør en specifik præcisering eller en berigtigelse af åbenlyse indholdsmæssige fejl som

²⁶¹ Ibid., præmis 56.

²⁶² Jf. T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen, 10. december 2009.

²⁶³ Ibid., præmis 64.

²⁶⁴ Jf. C-324/14, PARTNER Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta, 7. april 2016.

omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i denne doms præmis 63, men i realiteten er en væsentlig ændring, som snarere udgør en afgivelse af et nyt tilbud". Tilbudsgiver kan dermed ikke udfylde sit oprindelige tilbud, ved bl.a. at foretage en efterfølgende opdeling af tilbuddet for at undgå afvisning på det samlede tilbud.

I sagen C-387/14 Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie (fremover Esa-sagen),²⁶⁵ havde en tilbudsgiver efter udløbet af tilbudsfristen, fremlagt den nødvendige dokumentation for at opfylde de krav som ordregiver stillede til teknisk og faglig formåen. Dog havde tilbudsgiveren fremsendt dokumenter som ikke fremgik af det oprindelige tilbud, hvorfor Domstolen udtalte, at denne "udgør i virkeligheden en indholdsmæssig og væsentlig ændring af det oprindelige bud, som snarere svarer til fremsættelsen af et nyt bud".²⁶⁶ Hvorfor "Som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 30 i sit forslag til afgørelse, påvirker en sådan meddelelse således direkte grundlæggende forhold i den offentlige udbudsprocedure, nemlig selve identiteten på den økonomiske aktør, der eventuelt vinder det pågældende offentlige udbud, samt kontrollen af denne aktørs formåen og således dennes egnethed til at gennemføre den pågældende kontrakt som omhandlet i artikel 44, stk. 1, i direktiv 2004/18" (min understregning).²⁶⁷

I C-131/16, Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik mod Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (fremover Archus-sagen),²⁶⁸ havde tilbudsgiver bemærket at man ved det oprindelige tilbud havde indsendt en fejlagtig vareprøve, hvorfor man havde anmodede ordregiver om muligheden for at indsende en ny vareprøve. Denne anmodning havde ordregiver tilladt og havde samtidig anmodet om yderligere supplering af oplysninger for det oprindelige tilbud. Dertil bemærkede Domstolen, at "En anmodning om præcisering kan imidlertid ikke afhjælpe fraværet af et dokument eller en oplysning, som skulle være fremsendt eller meddelt i medfør af udbudsmaterialet, idet det påhviler den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat".²⁶⁹ Selvom Domstolen ikke afgjorde hvorvidt der var tale om et nyt tilbud, da den overlod dette til den nationale domstol, bekræftede Domstolen at det påhviler ordregiver at overholde de kriterier, som den selv har fastsat,

²⁶⁵ Jf. C-387/14 Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie, 4. Maj 2017.

²⁶⁶ Ibid., præmis 42.

²⁶⁷ Ibid., præmis 43.

²⁶⁸ Jf. C-131/16, Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik mod Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., 11. Maj 2017.

²⁶⁹ Ibid., præmis 33.

hvorfor der formentlig ville være tale om et nyt tilbud, da tilbudsgiveren fremsendte en ny vareprøve som ikke var i overensstemmelse med specifikationerne i udbudsbetingelserne.²⁷⁰

På baggrund af ovennævnte gennemgang, må det formentlig kunne udledes, at såfremt en præcisering eller supplerer har påvirket grundlæggende forhold i udbudsproceduren, som omtalt i Esa-sagen eller dermed have påvirket resultatet af kontraktstildelingen, som omtalt i Belgien-sagen vil der ud fra en konkret vurdering være tale om et nyt tilbud, dette vil navnlig være ved ændringer af tilbuddets oprindelige anvendelsesområde (som i Partner-sagen), ændringer i de tekniske specifikationer (som i Belgien-sagen), krav til egnethed (som i Esa-sagen) og ved priselementer (som i Bouwwerken-sagen), vil der være tale om fremsendelsen af et nyt tilbud.²⁷¹

6.3.3.6.3. Kodificeringen i udbudsloven og udbudsdirektivet

Muligheden for at berigtige eller supplere er gennemført i udbudsdirektivets artikel 56, stk. 3 og i udbudslovens § 159, stk. 5-6. Som det fremgår af bemærkningerne til udbudsloven,²⁷² er der tale om en kodificering af Domstolens praksis, herunder i Manova-sagen.²⁷³

Generelt for denne bestemmelse kan det af Domstolens praksis udledes, at følgende betingelser skal være opfyldt for at kunne anvende denne bestemmelse:²⁷⁴

- (1) Det skal være klart, at der kun er tale om en præcisering eller om at rette åbenlyse indholdsmæssige fejl, og ændringen må ikke føre til, at der fremsættes et nyt revideret tilbud,
- (2) tilbudsgiverne skal behandles ens og rimeligt,
- (3) anmodningen om supplerende oplysninger kan først ske efter, at ordregiver har fået kendskab til alle buddene,

²⁷⁰ Ibid., præmis 35.

²⁷¹ Som også er omtalt i Ølykke, Grith Skovgaard, Nielsen, Ruth: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017, s. 641-642.

²⁷² Jf. Lovforslag nr. L 164, Fremsat den 18. marts 2015 af erhvervs- og vækstministeren Henrik Sass Larsen, Forslag til Udbudslov, s. 176 om lovens § 159, stk. 5.

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ Jf. Fabricius, Jesper: *Offentlige indkøb i praksis*, Karnov Group, 2017, s. 661-662.

(4) anmodningen skal rettes til alle tilbudsgivere i samme situation, medmindre der er objektive grund til en forskelsbehandling, og

(5) anmodningen skal omfatte alle de punkter i tilbuddet, der er upræcise eller ikke i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne.

I modsætning til det daværende udbudsdirektivs artikel 51 (den nuværende artikel 56), som alene angik prækvalifikationsfasen, gælder denne mulighed ligeledes ved tilbudsevaluering, som det fremgår af udbudslovens § 159, stk. 5 ” [...] anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet”. Det kan også udledes af Domstolens praksis i en nyere sag,²⁷⁵ hvor man anvendte de samme betingelser i Manova-sagen, ved prækvalifikationsfasen, altså inden modtagelsen af tilbud, hvorfor retstilstanden må antages at være den samme ved evalueringen af ansøgninger, som ved evalueringen af tilbud.²⁷⁶

6.3.3.6.4. Forhandlingsforbuddet ved supplerings eller præcisering efter de fleksible procedurer

I modsætning til de tilfælde, der angår de klassiske udbudsprocedurer, hvorefter forhandlingsforbuddet oprindeligt var tiltænkt, gælder det strenge forhandlingsforbud ikke i samme omfang ved de fleksible procedurer.

Desuagtet at der under disse procedurer afgives nye tilbud i henholdsvis dialog og forhandlingsfasen, skal der også ved disse procedurer ske overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, hvilket bl.a. blev omtalt af Domstolen i Nordecon-sagen,²⁷⁷ hvor Domstolen satte grænserne for ændringer efter udbud med forhandling. Som tidligere nævnt, bemærkede Domstolen at var det i uoverensstemmelse med principperne at ændre i de bindende betingelser, dermed de grundlæggende elementer, herunder mindstekravene.²⁷⁸

²⁷⁵ Se fx C-324/14, PARTNER Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta, 7. april 2016, præmis 47, fodnote 17.

²⁷⁶ Som også er omtalt i Ølykke, Grith Skovgaard, Nielsen, Ruth: EU's Udbudsregler – i dansk kontekst, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017, s. 638.

²⁷⁷ Jf. C-561/12, Nordecon AS, 5. december 2013.

²⁷⁸ Ibid., præmis 37.

Derudover gælder de begrænsninger, som findes i henholdsvis artikel 29 og 30 i udbudsdirektivet. Herudover skal drøftelser efter disse ligeledes ske i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Hvorvidt der gælder en lempeligere tilgang i forbindelse med de fleksible procedurer, må dog formentlig afvises, som det også antages af Jesper Fabricius²⁷⁹, og som det ligeledes blev bemærket i Nordecon-sagen, hvor Domstolen bemærkede, at også tilbud efter udbud med forhandling skal være i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, og i Klagenævnets kendelse af 6. april 2010, Triona AB mod Vejdirektoratet (fremover Triona-sagen)²⁸⁰, hvorefter det blev præciseret, *"Denne videre adgang til at justere og supplere indgivne tilbud ved konkurrencepræget dialog kan imidlertid ikke antages også at indebære, at ordregiveren kan se bort fra tilbudsgiveres manglende overholdelse af udbudsbetingelsernes ikke-fravigelige krav til tilbuddene. At der er tale om konkurrencepræget dialog kan dermed ikke begrunde, at der i det foreliggende tilfælde skulle bestå en videre adgang til at bortse fra de manglende oplysninger fra klageren eller tillade denne at supplere tilbuddet med disse, end hvad der gælder ved offentligt og begrænset udbud"*²⁸¹. Hvilket også må antages at være i overensstemmelse med Domstolens bemærkninger i Nordecon-sagen.

6.3.2 Delkonklusion og formalitetskrav

For de klassiske udbudsprocedurer gælder der et forhandlingsforbud, som ikke direkte er reguleret i udbudsdirektivet, hvorfor rækkevidden fastlægges efter ligebehandlingsprincippet. Forbuddet gælder under alle faserne af udbuddet, dog antages det, at der efter kontraktstildelingen gælder en lempeligere tilgang til forbuddet, idet konkurrencesituationen ikke er den samme, idet der ikke må ske ændringer af grundlæggende elementer.

Som det fremgår ovenfor, kan der opstå situationer hvor ordregiver fraviger udbudsdokumenterne ved tilbudsforbehold eller alternative tilbud. Det er dog kun sidstnævnte som er direkte reguleret i udbudsdirektivet og udbudsloven, hvorfor tilbudsforbehold skal bedømmes efter ligebehandling- og gennemsigtighedsprincippet. Særligt for disse tilfælde er det ganske væsentligt at inddrage

²⁷⁹ Ibid., s. 662.

²⁸⁰ Jf. Klagenævnets kendelse fra 6. april 2010, Triona AB mod Vejdirektoratet, 6. april 2010.

²⁸¹ Ibid., s. 5-6.

Storebælt-sagen, som omtaler de udbudsbetingelser som et tilbud ikke kan fravige, dermed de grundlæggende udbudsbetingelser. Det har dog i praksis vist sig at være ganske uklart, om hvornår et tilbud indeholder forbehold for grundlæggende udbudsbetingelser, dermed grundlæggende elementer. Som det fremgår af praksis fra Klagenævnet, vil forbehold for grundlæggende elementer, oftest vedrøre forbehold for priselementer, krav til ydelsen og leveringstiden.

Derudover bemærkes det, at der for de ikke-grundlæggende elementer, føres en ganske alternativ praksis til den fremsat af Domstolen i Storebælt-sagen, da man fra Klagenævnet accepterer at ordregiver kan tage tilbud i betragtning der indeholder tilbudsforbehold, såfremt disse vedrører ikke-grundlæggende elementer og kan prissættes.

I forhold til forbuddet mod at acceptere tilbud, som indeholder forbehold for grundlæggende elementer, må der for henholdsvis de klassiske og fleksible procedurer, gælde det samme forbud, som det kan udledes af Domstolens bemærkninger i Nordecon-sagen. Dog kan det udledes af Klagenævns praksis, at der for udbud med forhandling, tillades tilbudsforbehold for grundlæggende elementer, såfremt disse bortforhandles inden afgivelsen af det endelige tilbud. Denne praksis må antageligvis være i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, samt Fælleserklæringen, da denne situation formentlig ikke vil påvirke ansøgere eller tilbudsgivere eller fordreje konkurrencen.

I forbindelse med tilbudsgivers fravigelser, kan der opstå situationer der berettiger ordregiver til at tage kontakt til tilbudsgiver efter udløbet af ansøgnings- eller tilbudsfristen, for at anmode om supplerings eller præcisering af den fremsendte ansøgning eller tilbud. Bestemmelsen for disse er gennemført i udbudsdirektivets artikel 56, stk. og udbudslovens § 159, stk. 5-6.

Dog gælder det for de klassiske udbudsprocedurer, at der som udgangspunkt er et forbud mod ændringer af de allerede afgivet tilbud, som omtalt i Slovensko-sagen. Dog med den modifikation, at der efter en række nærmere angivne betingelser, kan tillades præcisering eller supplerings. Som det fremgår af disse betingelser, må en supplerings eller præcisering ikke lede til afgivelsen af et nyt tilbud. Denne grænse har dog været ganske uklar i praksis og Domstolen har flere gange haft muligheden for at udtale sig herom.

På baggrund af Domstolens praksis, kan det udledes at en supplerings eller præcisering ikke må have påvirket grundlæggende forhold eller have påvirket resultatet af kontraktstildelingen, dette vil

navnlig gælde ændringer af tilbuddets oprindelige anvendelsesområde, ændringer i de tekniske specifikationer, krav til egnethed og ved ændring af priselementer.

Formalitetskrav og andre relevante iagttagelser

Som det fremgår ovenfor, skal ordregiver iagttage begrænsningerne i forhandlingsforbuddet, som kan udledes af både de klassiske og fleksible procedurer. Dette er særligt relevant efter modtagelsen af ansøgninger og tilbud. For de tilfælde, hvor ordregiver bliver opmærksom på fravigelser, skal ordregiver sikre sig overholdelsen af de nærmere angivne betingelser i Slovensko-sagen.

Såfremt tilbudsgiver ønsker at præcisere eller supplere, skal denne overveje hvorvidt suppleringen eller præciseringen vil påvirke grundlæggende forhold eller have påvirke resultatet af kontraktstildelingen, hvilket kan være ganske besværligt, dog må dette navnlig gælde for ændringer af tilbuddets oprindelige anvendelsesområde, ændringer i de tekniske specifikationer, krav til egnethed og ved ændring af priselementer.

I forhold til de fleksible procedurer, vil der ligeledes være en mulighed for at supplere eller præcisere som det fremgår af artikel 29 og 30, ordregiver skal dog stadig drage omsorg om de fastsatte bindende kriterier, som det blev omtalt af Domstolen i Nordecon-sagen.

Om tilladelsen af alternative tilbud, skal ordregiver sikre sig overholdelsen af udbudsdirektivets artikel 45 og §§ 50-52, da en fravigelse af udbudsdokumenterne ellers vil udgøre et tilbudsforbehold, der er i uoverensstemmelse med udbudsdokumenterne, som ellers skal prissættes såfremt denne er af ikke grundlæggende karakter.

Herudover bør ordregiver i forbindelse med forbehold som ikke-grundlæggende elementer, sikre sig at prissætningen af disse kan ske sagligt og korrekt, da det er en forudsætning for at kunne tage disse i betragtning. Dog må Klagenævnets alternative praksis om prissætning ikke kunne anvendes på forbehold om grundlæggende elementer.

Kapitel 7 – Konklusion og videre refleksion

Hvilke muligheder har henholdsvis ordregiver og tilbudsgiver for at ændre eller fravige i udbudsdokumenterne, i overensstemmelse med de grundlæggende udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed efter udbudsloven, for henholdsvis de klassiske og fleksible udbudsprocedurer.

7.1. Ændringer

Med udgangspunkt i Borta-sagen kan det udledes, at der for de klassiske udbudsprocedurer, herunder offentligt udbud og begrænset udbud, i perioden fra offentliggørelse af udbudsdokumenterne og frem til ansøgnings- eller tilbudsfristen, udover de suppleringer og præciseringer og væsentlige ændringer der kan afhjælpes efter artikel 53, stk. 2 og artikel 47, stk. 3, b, kan ske ændringer i grundlæggende elementer, såfremt (1) ændringen ikke er så væsentlig, at det ville kunne tiltrække forskellige potentielle tilbudsgivere, (2) at disse ændringer offentliggøres på passende vis og (3) disse foretages inden tilbudsafgivelsen og, at der ud fra en vurdering af væsentligheden af ændringen, sker forlængelse af tilbudsfristen. Denne retstilstand harmonerer ligeledes med bemærkningerne til udbudslovens § 2.

Efter udløbet af ansøgnings- eller tilbudsfristen skal ordregiver formentlig følge Domstolens praksis i Solutions-sagen, hvorefter ændringer af de tekniske specifikationer og tildelingskriterier ikke er muligt, dog med undtagelse af de muligheder for at præcisere eller supplere, som gælder Domstolens praksis, og som er kodificeret i udbudslovens § 159, stk. 5- 6.

I forhold til de fleksible procedurer gælder der samme udgangspunkt som i udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2 og 47, stk. 3, b, samt de betingelser som fremgår af Borta-sagen, for fasen efter offentliggørelse af udbudsdokumenterne og frem til udløbet af ansøgningsfristen.

Efter udløbet af ansøgningsfristen må der efter udbud med forhandling ikke ske forhandlinger omkring minimumskrav og tildelingskriterier, som muligvis også kan udledes af forhandlingsforbuddet, som det fremgår for de klassiske udbudsprocedurer. For den konkurrenceprægede dialog må det på baggrund af Nordecon-sagen og ligeledes udbudsdirektivets artikel 30 konkluderes, at grundlæggende elementer ikke kan ændres i hverken dialog eller forhandlingsfasen, dette værende de tekniske specifikationer, krav til egnethed og tildelingskriterierne.

7.2. Fravigelser

Som det fremgår om forbehold og alternative tilbud, har ordregiver mulighed for at kræve eller tillade alternative tilbud, der som udgangspunkt er ukonditionsmæssige, da de ikke er i overensstemmelse med udbudsdokumenterne. Tilbudsgivers fravigelser har dog været særligt relevante i de tilfælde, hvor ordregiver ikke kræver eller tillader alternative tilbud, hvorefter fravigelserne som udgangspunkt vil være ukonditionsmæssige. Særligt har diskussionen samlet sig omkring bedømmelsen af, hvorvidt en fravigelse vedrører et grundlæggende eller ikke-grundlæggende element, da ordregiver vil være forpligtet til at afvise tilbud indeholdende fravigelser for grundlæggende elementer.

Af Klagenævns praksis har dette typisk vist sig at være tilfældet for fravigelser af krav til ydelsen, leveringstiden og priselementer. I Danmark har der dog udviklet sig en alternativ praksis for fravigelser om ikke-grundlæggende elementer, hvorefter ordregiver har ret, men ikke pligt, til at tage et tilbud i betragtning, hvorefter en sådan fravigelse skal prissættes for at gøre tilbuddene sammenlignelige.

Efter de klassiske procedurer er det i overensstemmelse med forhandlingsforbuddet ikke tilladt at bortforhandle forbehold for grundlæggende elementer, som Domstolen bemærkede det i Storebælt-sagen, dog med undtagelse af muligheden for at anmode tilbudsgiveren om at præcisere eller supplere sit tilbud efter udbudslovens § 159, stk. 5-6, og som det også blev bemærket i Slovensko-sagen.

Efter de fleksible procedurer gælder der som udgangspunkt, at ordregiver ikke kan tage tilbud i betragtning, som ikke er i overensstemmelse med de grundlæggende elementer, og derfor vil skulle afvise disse, dog har der i Klagenævns praksis udviklet sig en adgang for ordregiver til at acceptere ovennævnte tilbud i forhandlingerne, såfremt disse bortforhandles inden kontraktstildelingen, som det bl.a. fremgår af Bombardier-sagen. Denne praksis må formentlig udledes af udbudslovens ganske fleksible tilgang i bemærkningerne til udbudslovens § 2. Det er dog uklart, hvorvidt denne retstilstand er i overensstemmelse med Domstolens bemærkninger i Nordecon-sagen.

7.3. Videre refleksion

7.3.1. Anvendelse af regler for ændringer ved igangværende kontrakter

Som det tidligere er nævnt, skal ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet overholdes under alle stadier af udbuddet, og denne ganske brede rækkevidde kan efter Klagenævnets praksis have givet anledning til spørgsmålet om, hvorvidt den ganske omfattende regulering af igangværende kontrakter efter artikel 72 og udbudslovens §§ 178-184 kan overføres på tilfælde om ændringer efter kontraktstildelingen, men inden kontraktindgåelsen.

I flere af Klagenævnets sager har man vurderet, at såfremt en ændring i kontrakten havde været i overensstemmelse med reglerne for ændringer ved igangværende kontrakter, altså efter kontraktindgåelsestidspunktet, ville det ligeledes være lovligt efter kontraktstildelingen, men inden kontraktindgåelsen.²⁸²

Denne praksis vil dog formentlig ikke være i overensstemmelse med Rettens fortolkning af principperne, som det bl.a. kan udledes af T-199/14, hvor Retten fandt, at en ændring i det vindende tilbud efter tildelingsbeslutningen, men før kontraktindgåelsen, skulle vurderes efter de udbudsretlige regler om tildeling af kontrakter, dermed samme væsentlighedsvurdering som ligger til grund i kapitel 5.²⁸³

7.3.2. Samme eller forskellig vurdering ved henholdsvis fravigelser og ved ændringer

En anden relevant refleksion gælder for vurderingen af ændringer og fravigelser. Som det fremgår ovenfor, behandles disse to forhold i hvert deres afsnit, men det vil være ganske interessant at undersøge, hvorvidt ordregivers ændringer i udbudsdokumenterne skal vurderes på samme måde som ved tilbudsgivers fravigelser i udbudsdokumenterne.

²⁸² Se bl.a. Klagenævnets kendelse fra december 2014, GEO mod Vejdirektoratet, 19. december 2014, Klagenævnets kendelse fra december 2016, TL Byg A/S mod Region Midtjylland, 9. december 2016 og Kendelse af 12. april 2016, Joint Venture Salini-Impregilo-Samsung-Bunte mod Femern A/S.

²⁸³ Jf. T-199/14, Vanbreda Risk & Benefits mod Europa-Kommissionen, af 29. oktober 2015, præmis 157.

Dette må formentlig være tilfældet, som det bl.a. fremgår af Nordecon-sagen og Storebælt-sagen, hvor Domstolen undersøger fravigelserne ud fra en vurdering af elementerne i udbudsdokumenterne.

Kilder

EU-lovgivning

- Direktiv 71/305 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, Direktiv 77/62 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb.
- Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb.
- Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter.
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF.
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse

bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF.

- Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (2016/C 202/01).
- Traktat om Den Europæisk Union (2016/C 202/01).
- Traktaten om Den Europæiske Union (2016/C202/01) artikel 19 og Traktaten Den Europæiske Unions funktionsmåde (2016/C202/01) artikel 251-281, artikel 136 i Euratomtraktaten og protokol nr. 3 vedrørende statuten for Den Europæiske Unions Domstol, der er knyttet som bilag til traktaterne (herefter benævnt »statuten«), Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2015/2422 af 16. december 2015 om ændring af protokol nr. 3 vedrørende statuten for Den Europæiske Unions Domstol, EU's budget (sektion 4).
- Traktaten Den Europæiske Unions funktionsmåde (2016/C202/01) artikel 254-257, artikel 40 i Euratomtraktaten og afsnit IV til protokol nr. 3 vedrørende statuten for Den Europæiske Unions Domstol, der er knyttet som bilag til traktaterne.

Danske love og lovforslag

- Lov nr. 1564 af 15/12/2015, Udbudsloven.
- Lovforslag nr. L 164, Fremsat den 18. marts 2015 af erhvervs- og vækstministeren Henrik Sass Larsen, Forslag til Udbudslov

Bøger:

- Treumer, Steen, Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, 2000.
- Steinicke, Michael, Groesmeyer, Lise: *EU's udbudsdirektiver med kommentarer*, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2008.
- Iversen, Torsten (red.): *Festskrift til det Danske Selskab for Byggeret*, Thomson Reuters 2009.

- Berg, Claus: *Udbudsret i byggeriet*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. udgave, 1. oplag, 2012.
- Arrowsmith, Sue, Treumer, Steen: *Competitive dialogue in EU law: a critical review*, 2012.
- Blume, Peter, Juridisk metode og argumentation i Riis, Thomas, Trzaskowski, Jan (red.): *Skriftlig jura – den juridiske fremstilling*, Ex Tuto Publishing 2013.
- Nielsen, Ruth: Ph.d.-afhandlingen og disputatsen i Riis, Thomas, Trzaskowski, Jan (red.): *Skriftlig jura – den juridiske fremstilling*, Ex Tuto Publishing 2013.
- Jakobsen, Peter Stig, Poulsen, Sune Troels, Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers: *EU Udbudsretten*, 3. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016.
- Hamer, Carina Risvig: *Grundlæggende udbudsret*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2016.
- Treumer, Steen (red.), mfl.: *Udbudsloven ud af boksen og ind i gråzonen*, Ex Tuto Publishing, 2016.
- Fabricius, Jesper: *Offentlige indkøb i praksis*, Karnov Group, 2017.
- Ølykke, Grith Skovgaard, Nielsen, Ruth: *EU's Udbudsregler – i dansk kontekst*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2017.

Artikler

- Caranta, Roberto: *The Borders of EU Public Procurement Law* i Dragos, Dacian, Caranta, Roberto (Eds.): *Outside the EU Procurement Directives – Inside the Treaty*, European Procurement Law Series vol. 4, DJØF Publishing 2012.
- Treumer, Steen: *Evolution of the EU Public Procurement Regime*, i Francois Lichère, Roberto Caranta & Steen Treumer, *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Djøf Forlag 2015.

- Public Procurement Law Review, Issue 5 2017, Adrian Brown, Questions on the Use of Sub-contractors, Changes to a Tender Specification and Proof of Technical Capacity by Consortium Bidder: Case C-298/15 Borta UAB v Klapeda State Seaport authority, Lithuania, NA173.

Andre:

- EF-Tidende nr. L 111/114 af 30. april 1994.
- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat Carl Otto Lenz, den 12. september 1995.
- Forslag til afgørelse fra generaladvokat Siegbert Alber, 10. april 2003.
- Kommissionens meddelelse af 3. marts 2010 med titlen »Europa 2020, en strategi for intelligent, bæredygtig og inklusive vækst«.
- GRØNBOG om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb, KOM (2011) 15 endelig, Bruxelles, den 27.1.2011.
- Kommissionen vejledning til tilbudsgiverne ved udbud afholdt af Kommissionens Generaldirektorat for Beskatning og Told, 2013, punkt 4.1.3, s. 6: "Variants are alternatives to any technical or financial aspects, or to any contractual conditions, described in a call for tenders".
- Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014.
- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Udbudsloven, Vejledning om udbudsreglerne, januar 2016
- Forslag til afgørelse fra Generaladvokat E. Sharpston, fremsat den 1. december 2016.
- Haugaard, Maria, Jessen, Vibeke, Artikel: *konkurrencepræget dialog – er udbudsformen reelt gjort mere anvendelig*: <https://udbudsportalen.dk/wp-content/uploads/artikel-konkurrencepraeget-dialog.pdf>

EU:

- C-124/76 og 20/77 S.A. Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson, og C-117/76 & 16/77 Albert Ruckdeschel & Co., 19. oktober 1977.
- C-215/88, Casa Fleischhandels-GmbH mod Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, af 13. juli 1989
- C-201 og 202/85, Klensch, 25. november 1986.
- C-322/88, Grimaldi v Fonds des maladies professionnelles, 13. december 1989.
- C-243/89, Kommissionen mod Danmark, 22. juni 1993.
- C-87/94, Kommissionen mod Belgien, 22. april 1994.
- C-19/00, SIAC, 18. oktober 2001.
- C-285/99 og C-286/99, Impresa Lombardini SpA, 27. november 2001.
- C-470/99, Universale Bau AG, og sagerne C-285/99 og C-286/99 Impresa Lombardini SpA, 12. december 2002.
- C-421/01, Traunfellner GmbH mod Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG, 16. oktober 2003
- C-448/01, EVN AG, Wienstrom GmbH mod Republik Österreich, 4. december 2003.
- C-340/02, Kommissionen mod Frankrig, 14. oktober 2004.
- C-532/06, Emm. G. Lianakis AE Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon Nikolaos Vlachopoulos mod Dimos Alexandroupolis Planitiki AE Aikaterini Georgoula

Dimitrios Vasios N. Loukatos kai Synergates AE Meleton Eratosthenis Meletitiki AE A.
Pantazis – Pan. Kyriopoulou kai syn/tes os »Filon« OE Nikolaos Sideris, 24. januar 2008.

- C-213/07, Michaniki AE, 16. december 2008.
- C-299/08, Europa-Kommissionen mod Den Franske Republik, 10. december 2009.
- T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen, 10. december 2009.
- C-91/08, Wall AG, 13. april 2010.
- C-559/10, SAG ELV Slovensko m.fl., 29. marts 2012.
- C-368/10, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene, 10. maj 2012.
- C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, 10. oktober 2013
- C-561/12, Nordecon AS, 5. december 2013.
- C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL mod Spitalul Judetean de Urgenta Alba Iulia, af 16. april 2015.
- T-199/14, Vanbreda Risk & Benefits mod Europa-Kommissionen, af 29. oktober 2015.
- C-324/14, PARTNER Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta, 7. april 2016.
- C-298/15, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, 5. april 2017.
- C-387/14 Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie, 4. Maj 2017.
- C-131/16, Archus sp. z o.o., Gama Jacek Lipik mod Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., 11. Maj 2017.

DK:

- Klagenævnets kendelse af 21. september 1996, Semco A/S mod Brønderslev Kommune.
- Klagenævnets kendelse af 26. november 2004, Pihl & Søn mod Direktoratet for Kriminalforsorgen
- Klagenævnets kendelse af 25. januar 2006, Sjælsø Entreprise A/S mod Statsbiblioteket i Århus.
- Klagenævnets kendelse fra 6. september 2006, Sahva mod Københavns Kommune.
- Klagenævnets kendelse fra 8. januar 2008, WAP Wöhr Automatikparksysteme GmbH & Co KG mod Ørestadsparkering A/S.
- Klagenævnets kendelse af 26. maj 2009, Oberthur Technologies Denmark A/S mod Region Nordjylland.
- Klagenævnets kendelse fra 6. april 2010, Triona AB mod Vejdirektoratet.
- U 2011.1955H, Amager Strandpark.
- Klagenævnets kendelse af 16. marts 2011, Entreprenørfirmaet Ove Kristensen Viborg A/S mod EnergiMidt A/S
- Kendelse af 6. maj 2013, Widex DK A/S mod Kommunernes Landsforening.
- Kendelse af 17. juni 2014, GN ReSound Danmark A/S mod Amgros I/S.
- Klagenævnets kendelse fra 19. december 2014, GEO mod Vejdirektoratet.

- Kendelse af 20. august 2015, Jensen & Nørgaard A/S, Ejvind Larsen ApS og René Schröter A/S mod Billund Kommune.
- Klagenævnets kendelse fra 18. maj 2015, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen.
- Klagenævnets kendelse fra 28. januar 2016, M.J. Eriksson A/S mod Århus Kommune.
- Klagenævnets kendelse af 12. april 2016, Joint Venture Salini-Impregilo-Samsung-Bunte mod Femern A/S.
- Klagenævnets kendelse fra 19. april 2016, Zöllner mod Hundested Havn I/S m.fl.
- Klagenævnets kendelse fra 9. december 2016, TL Byg A/S mod Region Midtjylland.
- Kendelse af 23. marts 2017, Protector Forsikring Danmark mod Nyborg Kommune.
- Klagenævnets kendelse fra 19. juni 2017, LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland.
- Kendelse af 11. juli 2017, inventarland mod ApS mod Region Sjælland.