



Specialeafhandling:

Ændringer af udbudsmaterialet, herunder forbehold, ved de fleksible udbudsprocedurer

Fagområde: EU-Udbudsret

Problemformulering:

Afhandlingens sigte er at analysere i hvilket omfang, ordregiver og de økonomiske aktører kan fravige det offentliggjorte udbudsmateriale mellem udbudsprocedurens start og kontraktindgåelsen, særligt med fokus på mindstekrav til anskaffelsen samt udbudsprocedurerne udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog.

Navn	KU-brugernavn
Morten Bordrup	PDC986

Vejleder: Steen Treumer	Antal tegn: 140.305
--------------------------------	----------------------------

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

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

Afleveringsdato: 23. juli 2018	Karakter:
---------------------------------------	------------------

INDHOLDSFORTEGNELSE

DEL I – PROBLEMSTILLING OG AFGRÆNSNING	3
1. INDLEDNING	3
1.1. PROBLEMFOMULERING	4
1.2. AFGRÆNSNING	4
1.3. METODE	5
1.4. DISPOSITION	6
DEL II – RETSGRUNDLAGET	7
2. DE UDBUDSRETLIGE RETSKILDER	7
2.1. TRAKTATEN OM DEN EUROPÆISKE UNIONS FUNKTIONSMÅDE	7
2.2. UDBUDSDIREKTIVERNE	7
2.3. DE UDBUDSRETLIGE PRINCIPPER	10
2.3.1. Ligebehandlingsprincippet	10
2.3.2. Gennemsigtighedsprincippet	11
2.3.3. Proportionalitetsprincippet	11
2.3.4. Forhandlingsforbuddet	12
2.4. UDBUDSLOVEN	13
2.5. HÅNDHÆVELSEN	14
2.5.1. Det europæiske håndhævelsessystem	14
2.5.2. Det danske håndhævelsessystem	15
2.5.2.1. Klagenævnet for Udbud	15
2.5.2.2. De ordinære domstole	16
DEL III – INTRODUKTION TIL PROBLEMATIKKEN	17
3. PROBLEMATIKKEN OG DENS GRUNDBEGREBER	17
3.1. UDBUDSPROCEDURERNE	17
3.2. GRUNDLÆGGENDE OG IKKE-GRUNDLÆGGENDE ELEMENTER	19
3.2.1. Grundlæggende elementer	19
3.2.1.1. Mindstekrav til anskaffelsen	20
3.2.1.2. Minimumskrav til udbudsproceduren	21
3.2.1.3. Minimumskrav til virksomheden	22
3.2.1.4. Kriterier for tildeling	23
3.2.2. Ikke-grundlæggende elementer	25
3.3. FORBEHOLD OG ÆNDRINGER I UDBUDSRETTE	25
3.3.1. Det udbudsretlige forbehold	25

3.3.2. Ændringer af udbudsmaterialet	26
3.3.3. Begrænsninger i udbudsmaterialet	28
<u>DEL IV – ÆNDRINGER AF OG FORBEHOLD FOR MINDSTEKRAV</u>	30
4. OFFENTLIGGØRELSE AF ANSKAFFELSEN	30
5. FORBEHOLD OG ÆNDRINGER I DET OFFENTLIGGJORTE	31
5.1. ÆNDRING I UDBUDSMATERIALET INDEN TILBUDSFRISTEN	32
5.1.1. Udbud med forhandling	35
5.2. ÆNDRING VED OVERGANG TIL EN FLEKSIBEL PROCEDURE	35
5.3. FORBEHOLD I DET INDLEDENDE TILBUD OG DIALOGOPLÆG	39
5.3.1. Udbud med forhandling	39
5.3.2. Konkurrencepræget dialog	46
5.4. ÆNDRING UNDER FORHANDLINGS- OG DIALOGFASEN	49
5.4.1. Udbud med forhandling	50
5.4.2. Konkurrencepræget dialog	54
5.5. FORBEHOLD I DET ENDELIGE TILBUD	55
5.5.1. Udbud med forhandling	57
5.5.2. Konkurrencepræget dialog	63
<u>DEL V – KONKLUSIONER OG REFLEKSIONER</u>	66
6. KONKLUSION	66
6.1. PERSPEKTIVERING	67
6.1.1. Udbud med forhandling i udvalgte EU-lande	68
6.1.2. Konkurrencepræget dialog i udvalgte EU-lande	69
7. ABSTRACT	70
8. LITTERATURLISTE	71
8.1. BØGER	71
8.2. ARTIKLER	73
8.3. RAPPORTER, VEJLEDNINGER OG ANALYSER	73
8.4. LOVFORARBEJDER	74
8.5. PRAKSIS	74
8.5.1. Klagenævnet for Udbud	74
8.5.2. Danske domstole	76
8.5.3. Den Europæiske Unions Domstol	76

DEL I – PROBLEMSTILLING OG AFGRÆNSNING

1. INDLEDNING

Siden 1970'erne har udbudsretten været bundet op på et strengt gennemsigtigt grundlag af detailregulering med henblik på at sikre effektiv konkurrence om offentlige indkøb samt modvirke korrupsion og magtfordrejning i den offentlige sektor. Udbudsretten pålægger offentlige ordregivere en række handlepligter, der bl.a. omfatter, at ordregiver som udgangspunkt er forpligtet til at offentliggøre en bekendtgørelse i EU-tidende om udbudsproceduren, at ordregiver udelukkende kan benytte sig af bestemte procedurer, der sammen med det resterende udbudsmateriale¹, herunder den tiltænkte anskaffelse og tildelingskriterierne, skal være tilrettelagt på forhånd inden igangsættelse af udbudsproceduren, og at ordregiver herefter som udgangspunkt ikke kan forhandle eller gå i dialog med de erhvervsdrivende.

Med implementeringen af de nye udbudsdirektiver har lovgiver ønsket at modernisere og effektivisere de gamle udbudsdirektiver, så de i højere grad tager hensyn til behovet for fleksibilitet ved indgåelse af offentlige kontrakter under overholdelse af de udbudsretlige principper. Denne udvikling skyldes, at offentlige ordregivere med tiden har fået behov for mere fleksible udbudsprocedurer, der giver mulighed for forhandling og dialog om den ønskede anskaffelse, særligt henset til de komplekse kontrakter, herunder større entrepriser og IT-kontrakter, som den offentlige sektor indgår. Behovet for modernisering blev meldt ud af Europa-Kommissionen i en pressemeddelelse i december 2011 med følgende ordlyd:

”De offentlige myndigheder bruger hvert år 18 % af BNP på varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder. I en tid med begrænsede budgetter og økonomiske problemer i de fleste medlemsstater er det mere end nogen sinde nødvendigt, at politikken for offentlige indkøb sikrer en optimal anvendelse af midlerne med henblik på at fremme vækst og jobskabelse og dermed bidrage til at opfylde målene i Europa 2020-strategien². [...] Det kræver fleksible og brugervenlige værktøjer, som gør en gennemsigtig og konkurrencedygtig kontrakttildelelse så let som mulig for de offentlige myndigheder og deres leverandører, og som giver det bedste forhold mellem kvalitet og pris (”value for money”).”³

¹ Udbudsmaterialet er defineret som: ”De dokumenter, som ordregiveren udarbejder eller henviser til for at beskrive eller fastlægge elementer i et udbud eller en procedure for tildeling af en offentlig kontrakt, herunder a) udbudsbekendtgørelsen, b) de tekniske specifikationer, c) det beskrivende dokument, d) foreslåede kontraktbetingelser, e) formater for ansøgernes og tilbudsgivernes fremlæggelse af dokumenter, f) oplysninger om almindeligt gældende forpligtelser og g) eventuelle supplerende dokumenter.”, jf. Udbudsloven § 24, nr. 36. Den Europæiske Unions Domstol benytter sig ofte af begrebet ’udbudsbetingelser’ om de samme dokumenter, der er omfattet af Udbudslovens begreb ’udbudsmaterialet’, jf. Christensen, 2009a; side 2. Men da udbudsbetingelserne er et særskilt dokument blandt alle udbudsdokumenterne i udbudsmaterialet, vil begrebet ’udbudsmaterialet’ blive benyttet som fællesbetegnelse om disse. Begrebet ’udbudsbetingelser’ vil dog forekomme i afhandlingen, hvor begrebet fremgår af citater.

² Meddelelse fra Kommissionen, Europa 2020, En strategi for intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst af 3. marts 2010, KOM(2010) 2020 endelig

³ Europa-Kommissionen, 2011c

Uagtet om de nye udbudsdirektiver har resulteret i flere og mere fleksible værktøjer ved offentlige indkøb, har behovet for fleksibilitet givet juridiske udfordringer i forhold til det tidligere strenge reguleringsgrundlag, da muligheden for forhandling og dialog bevirker, at udbudsprocedurens gennemsigtighed og forudberegnelighed svækkes. Dette gælder særligt i forhold til de tekniske specifikationer, som ordregiver fastsætter inden igangsættelse af udbudsproceduren.

Disse krav danner grundlag for de erhvervsdrivendes beslutning om, hvorvidt de ønsker at deltage i, herunder brug tid og penge på, udbudsproceduren, og risikoen for, at ordregiver ændrer disse – enten direkte eller indirekte – har herefter indgribende indflydelse på udbudsprocedurens gennemsigtighed. Sådanne ændringer har som udgangspunkt ikke kunne lade sig gøre efter de hidtidigt gældende regler, men med indførelsen af de mere fleksible udbudsprocedurer kan ændringer af tekniske specifikationer under en igangværende udbudsprocedure give anledning til juridiske udfordringer.

1.1. PROBLEMFORMULERING

På baggrund af disse indledende overvejelser er afhandlingens problemformulering affattet således:

”Afhandlingens sigte er at analysere i hvilket omfang, ordregiver og de økonomiske aktører kan fravige det offentliggjorte udbudsmateriale mellem udbudsprocedurens start og kontraktindgåelsen, særligt med fokus på mindstekrav til anskaffelsen samt udbudsprocedurene udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog.”

1.2. AFGRÆNSNING

Specialeafhandlingen er afgrænset til at tage udgangspunkt i udbudsloven⁴ (herefter betegnet ’Udbudsloven’) og udbudsdirektivet⁵ (herefter betegnet ’Udbudsdirektivet’), særligt med fokus på Udbudslovens afsnit II om ’Offentlige indkøb over tærskelværdierne’. Udbudslovens afsnit III om ’Indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser over tærskelværdien’, og det tilsvarende afsnit III i Udbudsdirektivet om ’Særlige udbudsordninger’ ligger således uden for rammerne af nærværende afhandling.

⁴ LOV nr. 1564 af 15. december 2015, der gennemfører Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

⁵ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Afhandlingen vil endvidere ikke behandle problemformuleringen i henhold til andre af EU's udbudsdirektiver, f.eks. forsyningsvirksomhedsdirektivet⁶, koncessionsdirektivet⁷ samt forsvars- og sikkerhedsdirektivet⁸, eller tilbudsloven⁹ (herefter betegnet 'Tilbudsloven') – det kan dog ikke udelukkes, at disse retskilder kan blive brugt til at reflektere generelt over retstilstanden i det omfang, at disse kan henføres til Udbudsdirektivet eller Udbudsloven.

På baggrund af ovenstående belyser afhandlingen en række kerneområder med henblik på at besvare problemformuleringen. De udvalgte kerneområder er 1) ændring af udbudsmaterialet inden tilbudsfristen, 2) ændring ved overgang til udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog (herefter samlet betegnet 'de fleksible procedurer'), 3) forbehold i det indledende tilbud og dialogoplæg, 4) ændring under forhandlings- og dialogfasen samt 5) forbehold i det endelige tilbud. Disse kerneområder er valgt, da disse kan adskille retstilstanden ved de fleksible procedurer fra det offentlige og begrænsede udbud (herefter samlet betegnet 'standardprocedurerne'). Forbehold og ændringer uden for disse områder falder således uden for nærværende afhandling.

1.3. METODE

Specialeafhandlingen tager udgangspunkt i den retsdogmatiske metode, der går ud at finde de relevante retskilder, og gennem beskrivelse, afvejning, fortolkning og argumentation tillægge disse den mening, der er i overensstemmelse med den retslære, der bliver betragtet som gældende ret (latin: '*de lege lata*')¹⁰. Afhandlingen vil hertil tage udgangspunkt i den moniske teori vedrørende internationale retsfor skrifers betydning for dansk ret, hvilket betyder, at dansk ret og EU-retten i løbet af afhandlingen bliver analyseret som et integrerbart og samlet retssystem¹¹.

Afhandlingen vil primært gøre brug af den objektive fortolkningsstil, hvor der ved fortolkning af en bestemmelses indhold i højere grad lægges vægt på den konkrete bestemmelse frem for forarbejderne hertil. Dette skyldes, at det er diskuteret i praksis, hvilken retskilde værdi disse forarbejder har, herunder hvilken betydning disse har, når de udgør decideret lovgivning. Den markante brug af lovgivning i forarbejderne til Udbudsloven kan eksemplificeres med, at forarbejderne foreskriver, at ordregiver kan vælge at evaluere tilbuddene relativt i

⁶ 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

⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter

⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheds eller ordregivers indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF

⁹ LBK nr. 1410 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter af 7. december 2007

¹⁰ Blume, 2016; side 40

¹¹ Neergaard et al., 2016; side 178

forhold til de økonomiske og kvalitative kriterier¹², selvom Klagenævnet for Udbuds (herefter betegnet 'Klagenævnet') tidligere praksis forbød dette¹³. Man har således ønsket at gøre op med tidligere praksis i håb om, at Klagenævnet ville tage den nye 'lovgivning' til sig. Denne form for lovgivning kan dog skabe tvivl om, hvorvidt Udbudsloven er implementeret direktivkonformt, da lovgivning i forarbejderne ikke nødvendigvis følger intentionerne med Udbudsdirektivet¹⁴.

Dog kan det i begrænset omfang blive nødvendigt at benytte sig af den subjektive fortolkningsstil. Dette skyldes, at det, ved tvivl om en bestemmelses indhold, kan være nødvendigt at identificere formålet med denne og de bagvedliggende hensyn for at fastslå dennes indhold¹⁵. Det kan i denne forbindelse være nødvendigt at benytte sig af vejledninger fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – selvom disse ikke er bindende¹⁶.

Da udgangspunktet for afhandlingen er gældende ret, vil denne derfor udelukkende i yderst begrænset omfang indeholde retspolitiske betragtninger (latin: *'de lege ferenda'*) – og i så fald udelukkende fagligt funderet på baggrund af den juridiske argumentation¹⁷.

1.4. DISPOSITION

I del II gives en indledning til udbudsrettens nationale og internationale retskilder, samt håndhævelsen heraf.

Del III indeholder dels en introduktion til afhandlingens problemstilling, og dels en afklaring af problematikens grundbegreber; de fleksible procedurer, grundlæggende og ikke-grundlæggende elementer, herunder i hvilket omfang mindstekrav er omfattet heraf, samt forbehold og ændringer.

Del IV indeholder en analyse af i hvilket omfang udbuddets parter kan ændre og tage forbehold over for mindstekrav i forbindelse med de fleksible procedurer uden, at dette fører til hhv. genudbud eller afvisning af tilbud. Afsnittet tager udgangspunkt i de ovenfor anførte grundbegreber og kerneområder.

Afslutningsvis indeholder del V en konklusion på afhandlingen samt en perspektivering til retstilstanden i udvalgte EU-medlemslande.

¹² Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015; side 184

¹³ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 12. februar 2007, j.nr. 2006-0007516, Dansk Høreteknik A/S mod Københavns Kommune

¹⁴ Treumer, 2016; side 26

¹⁵ Poulsen et al., 2016; side 68

¹⁶ Ibid.; side 53

¹⁷ Blume, 2016; side 60

2. DE UDBUDSRETLIGE RETSKILDER

De udbudsretlige retskilder spænder over en række forskellige nationale og internationale retsregler¹⁸, der bidrager til forståelsen af gældende ret. Selvom Udbudsdirektivet og Udbudsloven er de primære retskilder, kan disse imidlertid ikke stå alene, da andre retskilder har indflydelse på fortolkningen heraf.

2.1. TRAKTATEN OM DEN EUROPÆISKE UNIONS FUNKTIONSMÅDE

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter betegnet 'TEUF') anses for primærregulering, og hvis formål er at fastlægge "[...] de områder, der er omfattet af dens [Den Europæiske Unions (herefter betegnet 'EU')] beføjelser, samt afgrænsningen af og de nærmere bestemmelser for udøvelsen af disse beføjelser.", jf. TEUF art. 1, stk. 1. Et af disse områder er lovgivning inden for etableringsretten, og dermed udgør TEUF formelt retsgrundlaget for udbudsretten i Europa, da Udbudsdirektivet er udstedt med hjemmel i art. 53, stk. 1. Denne bestemmelse foreskriver, at "For at lette adgangen til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed udsteder Europa-Parlamentet og Rådet efter den almindelige lovgivningsprocedure direktiver [...] om samordning af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed."

Hertil følger det således, at udbudsdirektiverne materielt baserer sig på TEUF's grundlæggende principper om bl.a. oprettelse af det indre marked, jf. art. 2-3, fjernelse af handelshindringer og sikring af fri bevægelighed medlemsstaterne imellem – f.eks. for varer, jf. art. 34 og tjenesteydelser, jf. art. 57 – samt forbuddet mod forskelsbehandling, der udøves på baggrund af nationalitet, jf. art. 18. Traktatens principper er dermed et væsentligt fortolkningsbidrag ved fortolkningen af udbudsdirektiverne¹⁹.

2.2. UDBUDSDIREKTIVERNE

Udbudsdirektivet udgør bindende sekundærregulering, hvorefter dette "[...] med hensyn til det tilsigtede mål [er] bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen.", jf. TEUF art. 288.

¹⁸ I EU-retten sondres der bl.a. mellem primærregulering (dvs. EU's traktatgrundlag, grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper), bindende sekundærregulering (dvs. forordninger, direktiver, afgørelser/beslutninger), og soft law (dvs. ikke-bindende sekundærregulering, herunder henstillinger og udtalelser). Det anføres i litteraturen, at primærregulering har højere retskildeværdi end bindende sekundærregulering, der selv har højere retskildeværdi end soft law, jf. Neergaard et al., 2016; side 126-127

¹⁹ Poulsen et al., 2016; side 49

Det første udbudsdirektiv var Rådets direktiv 71/305/EØF om offentlige bygge- og anlægskontrakter af 26. juli 1971, der blev efterfulgt af Rådets direktiv 77/62/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb af varer af 21. december 1976 og sidst Rådets direktiv 92/50/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler af 18. juni 1992. Disse tre direktiver blev udarbejdet med henblik på at hindre favorisering af nationale virksomheder og blev først samordnet i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter af 31. marts 2004²⁰.

I dag består EU's udbudsregler hovedsageligt af fire direktiver, der regulerer indgåelse af offentlige kontrakter – Udbudsdirektivet samt de tre specialdirektiver; forsyningsvirksomheds-, koncessions- samt forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

Set i forhold til principperne i TEUF er formålet med Udbudsdirektivet at skabe et frit indre marked, hvor erhvervsdrivende i EU frit kan udveksle ydelser med medlemsstaternes myndigheder på tværs af EU's landegrænser, jf. præambelbetragtning 1. Udbudsdirektivet finder dermed anvendelse på den offentlige sektors indgåelse af offentlige kontrakter, dvs. gensidigt bebyrdende kontrakter – hvis anslåede værdi overstiger tærskelværdierne²¹, jf. Udbudsdirektivet art. 1, stk. 1, jf. art. 4 – mellem erhvervsdrivende (herefter generelt betegnet 'økonomiske aktører'²², eller konkret betegnet 'ansøgere'²³ eller 'tilbudsgivere'²⁴) og en eller flere statslige, regionale og kommunale myndigheder, "[...] offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse, eller et eller flere offentligretlige organer." (herefter betegnet 'ordregiver'), jf. art. 2, stk. 1, nr. 5, jf. nr. 2. Sådanne kontrakter omfatter både offentlige bygge- og anlægs-, vareindkøbs- samt tjenesteydelseskontrakter, som er beregnet til offentlig formål, jf. art. 1, stk. 2 (herefter betegnet 'anskaffelsen').

Det følger af almindelige praksis, at i det omfang en EU-bestemmelse har direkte virkning²⁵, medfører dette, at lovgiver er forpligtet til at skabe en harmoniserende fortolkning mellem EU-retten og national ret, da EU-borgerne kan påberåbe sig bestemmelsen over for medlemsstaterne. Hverken tidligere udbudsdirektiver eller

²⁰ Hamer, 2016; side 41

²¹ Udbudsdirektivets formål "[...] med tærskelværdierne er at adskille udbud, hvis værdi ikke berettiger iværksættelsen af fremgangsmåderne efter EU's udbudsdirektiver ud fra en generel formodning om, at de ikke har betydning for grænseoverskridende interesser.", jf. Treumer, 2000; side 77

²² En økonomisk aktør er defineret som: "Enhver fysisk eller juridisk person, offentlig enhed eller sammenslutning af sådanne personer og enheder, herunder en midlertidig sammenslutning af virksomheder, som tilbyder udførelse af arbejder eller bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser på markedet.", jf. Udbudsloven § 24, nr. 38

²³ Ansøger er defineret som: "En økonomisk aktør, der har anmodet om opfordring eller er blevet opfordret til at deltage i et begrænset udbud, udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog, innovationspartnerskab eller i et udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.", jf. Udbudsloven § 24, nr. 4

²⁴ Tilbudsgiver er defineret som: "En økonomisk aktør, som har afgivet et tilbud.", jf. Udbudsloven § 24, nr. 34

²⁵ Der sondres mellem vertikal og horisontal direkte virkning, hvoraf den vertikale direkte virkning medfører, at myndigheder er forpligtede i forhold til EU-retsreglen, hvorimod den horisontale direkte virkning forpligter relationen mellem borgere (og eventuelt virksomheder)

nuværende Udbudsdirektiv indeholder en præcis angivelse af, om disse har direkte virkning, men af Domstolens praksis kan det udledes, at mange af bestemmelserne i udbudsdirektiverne har direkte virkning, og derfor er umiddelbart gældende i national ret.

”[...] ifølge Domstolens faste praksis [...] kan private i alle de tilfælde, hvor bestemmelser i et direktiv ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, påberåbe sig dem over for staten [...] når den ikke har gennemført det korrekte. [...] Da ingen gennemførelsesforanstaltning er nødvendig for overholdelse af disse krav, er de forpligtelser, som følger heraf for medlemsstaterne, følgelig ubetingede og tilstrækkeligt præcise.”²⁶

Når en EU-bestemmelse har direkte virkning, gælder princippet om EU-rettens forrang. Dette kan udledes af Traktaten om Det Europæiske Fællesskab (herefter betegnet ’EØF’) art. 5 – senere implementeret i Traktaten om Den Europæiske Union (herefter betegnet ’TEU’) art. 4, stk. 3²⁷.

Princippet er efterfølgende fastslået i udbudsretlig praksis, hvor Domstolen udtalte, at de ordinære domstole, herunder Klagenævnet²⁸, er forpligtet til at tilsidesætte Udbudsloven, hvis denne er modstridende – uanset om modsætningsforholdet er fastslået judicielt eller anerkendt af lovgiver²⁹ – med EU-retten eller en dom fra Den Europæiske Unions Domstol, og anvende Udbudsdirektivet i stedet³⁰.

”I tilfælde, hvor en medlemsstat har undladt at træffe de nødvendige gennemførelsesforanstaltninger eller har truffet foranstaltninger, som ikke er i overensstemmelse med et direktiv, har Domstolen [...] anerkendt, at borgerne for domstolene kan gøre et direktiv gældende over for en medlemsstat, som ikke har efterkommet direktivet.”³¹

Hele loven eller blot den konkrete bestemmelse bliver således ikke forfatningsmæssigt ugyldig, men der kan ikke længere støttes ret på denne³², før medlemsstaten har gennemført de nødvendige foranstaltninger³³.

Foruden de 94 artikler i Udbudsdirektivet indeholder dette endvidere 138 præambelbetragtninger, der kan bidrage til fortolkningen af udbudsreglerne. Domstolen har påpeget, at ”En betragtning [...] kan være et vejledende moment ved fortolkningen af en retsregel, men kan ikke i sig selv være en retsregel.”³⁴. Dette har Domstolen efterfølgende gentaget, hvor det blev påpeget, at ”[...] direktivet ganske vist ikke udtrykkeligt nævner

²⁶ C-31/87, dom af 20. september 1988, Gebroeders Beentjes BV mod Den Nederlandske Stat, præmis 40-43

²⁷ Neergaard et al., 2016; side 232-233

²⁸ Klagenævnet bliver i dette henseende betragtet som en domstol, da dette ”[...] opfylder kriteriet om uafhængighed og derfor skal anses for at være en »ret« i den forstand, hvori begrebet er anvendt i artikel 267 TEUF.”, jf. C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Bandedanmark, præmis 32

²⁹ Fenger, 2013; side 42-43

³⁰ Lovforslag nr. 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. oktober 2015; side 38

³¹ C-76/97, dom af 24. september 1998, Walter Tögel mod Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, præmis 26

³² Neergaard et al., 2016; side 257

³³ Ibid.; side 97

³⁴ C-215/88, dom af 13. juli 1989, Casa Fleischhandels-GmbH mod Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, præmis 31

princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, men at forpligtelsen til at overholde dette princip følger af selve hovedformålet med direktivet, som ifølge niende betragtning [min markering] bl.a. tager sigte på at udvikle en effektiv konkurrence [...]”³⁵. Præambelbetragtninger er således relevante ved fortolkningen af Udbudsdirektivet, og bliver ofte benyttet til at uddybe artiklerne. Dermed kan der argumenteres for, at præambelbetragtningerne fremstår som en form for ’skjult lovgivning’, hvilket kan blive et problem, hvor præambelbetragtningen og den artikel, som førstnævnte henviser til, giver anledning til tvetydighed³⁶.

2.3. DE UDBUDSRETLIGE PRINCIPPER

Det følger af Udbudsdirektivet art. 18, stk. 1, at ordregiver i alle faser af et udbud³⁷ skal behandle de ”[...] økonomiske aktører ens og uden forskelsbehandling og handler på en gennemsigtig og forholdsmæssig måde”. Bestemmelsen er implementeret i Udbudsloven § 2 ved, at ordregiver skal ”[...] overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet”. Disse principper vil blive gennemgået nedenfor.

Udbudsdirektivet indeholder endvidere et princip om ikke-diskrimination, gensidig anerkendelse samt effektivitet, der kan udledes af præambelbetragtning 1³⁸, men vil ikke blive behandlet yderligere. Princippet om effektivitet vil dog blive brugt i forbindelse med gennemgangen af håndhævelsen af udbudsreglerne.

Fælles for alle ovenstående principper er, at de ikke i sig selv kan udgøre et hjemmelsgrundlag for en forpligtelse inden for Udbudsdirektivets anvendelsesområde, men derimod kan give en forståelse af, hvordan den enkelte bestemmelse overordnet skal fortolkes eller udfyldes³⁹. Imidlertid kan eksempelvis en forpligtelse i henhold til det udbudsretlige ligebehandlingsprincip tilsvarende udledes af den EU-retlige lighedsgrundsætning, og dermed få retskildeværdi som primærretten. Dette er dog ikke altid tilfældet, hvorfor de udbudsretlige princippers retskildeværdi afhænger af den konkrete situation⁴⁰.

2.3.1. LIGEBEHANDLINGSPRINCIPPET

Ligebehandling af økonomiske aktører er en grundlæggende forudsætning for det indre marked og sikring af konkurrencen om offentlige kontrakter⁴¹. Ligebehandlingsprincippet er et generelt princip i EU-retten, og er i teorien beskrevet som en retsnorm, hvorved det foreskrives positivt, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskelligartede forhold derfor ikke må behandles ens, medmindre en sådan behandling er

³⁵ C-243/89, dom af 22. juni 1993, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Danmark, præmis 33

³⁶ Treumer, 2014; side 21-23

³⁷ Lovforslag nr. 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. oktober 2015; side 56

³⁸ Heraf fremgår det, at ”Tildeling af offentlige kontrakter [...] skal ske i overensstemmelse med principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) [...] samt de principper, der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed.”

³⁹ Poulsen et al., 2016; side 55

⁴⁰ Treumer, 2000; side 67-69

⁴¹ Poulsen et al., 2016; side 56

objektivt begrundet og proportional⁴². Negativt gælder der et diskriminationsforbud, der både gælder i forhold til direkte og indirekte⁴³ diskrimination på baggrund af enhver form for forskelsbehandling af økonomiske aktører på baggrund af usaglige kriterier⁴⁴ – herunder nationalitet, jf. TEUF art. 18.

Ligebehandlingsprincippet er endvidere indskrevet i samtlige udbudsdirektiver⁴⁵, og pålægger ordregiver en række handlepligter med henblik på at sikre ligebehandling af de økonomiske aktører. Herefter gælder der en generel forpligtelse for ordregiver til at sikre ligebehandling af økonomiske aktører både før, under og efter en igangsat udbudsprocedure⁴⁶. Imidlertid gælder ligebehandlingsprincippet ikke kun for økonomiske aktører, der deltager i udbudsproceduren, men også potentielle økonomiske aktører, der kunne have deltaget i udbudsproceduren⁴⁷, hvilket er særligt aktuelt i forhold til ændringer og forbehold.

2.3.2. GENNEMSIGTIGHEDSPRINCIPPET

Gennemsigtighedsprincippet har sin rod i praksis, hvor Domstolen fastslog, at udbudsdirektiverne skal fortolkes i overensstemmelse med princippet om ligebehandling og gennemsigtighed⁴⁸. Formålet med gennemsigtighedsprincippet er at sikre forudsigelighed og gennemsikuelighed i forhold til ordregivers handlinger på alle stadier af en udbudsprocedure⁴⁹. Enhver økonomisk aktør skal således have mulighed for at danne sig et indtryk af udbuddet, herunder vurdere om de er interesseret i at deltage i dette, samt efterfølgende have mulighed for at kunne kontrollere om ordregivers handlinger er i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet. Princippet udgør dermed et supplement til ligebehandlingsprincippet⁵⁰.

2.3.3. PROPORTIONALITETSPRINCIPPET

Proportionalitetsprincippet er som de to foregående principper fastslået i udbudsretlig praksis, hvor det fremgår, at "[...] institutionernes retsakter ikke må gå videre end, hvad der er nødvendigt og passende for gennemførelsen af de tilsigtede formål, idet det forudsættes, at den mindst bebyrdende foranstaltning skal vælges, såfremt det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, og at byrderne ikke herved må være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål."⁵¹

⁴² Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015; side 57

⁴³ C-225/98, dom af 26. september 2000, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik, præmis 80-81

⁴⁴ Treumer, 2000; side 70

⁴⁵ Ibid.; side 13

⁴⁶ Poulsen et al., 2016; side 57-59

⁴⁷ C-16/98, dom af 5. oktober 2000, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik, præmis 107

⁴⁸ C-87/94, dom af 25. april 1996, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien, præmis 56

⁴⁹ Poulsen et al., 2016; side 60

⁵⁰ Treumer, 2000; side 25

⁵¹ T-195/08, dom af 10. december 2009, Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen, præmis 57

Proportionalitetsprincippet består således af tre delelementer: 1) at ordregivers handling skal være egnet til at varetage det hensyn, som ordregiver påberåber sig ved sin handling, 2) at ordregivers handling skal være nødvendig, dvs. at handlingen ikke kan varetages af mindre indgribende handlinger end den valgte, og 3) at ordregivers handling skal være forholdsmæssig ud fra en hensynsafvejning⁵².

Hvor ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet har til hensigt at beskytte de økonomiske aktører mod bl.a. forskelsbehandling af tilbudsgivere og sikring af konkurrencen om anskaffelsen, beskytter proportionalitetsprincippet ordregiver mod uforholdsmæssige forpligtelser, der hæmmer ordregiver i at opnå et tilfredsstillende resultat. Proportionalitetsprincippet kan dermed anses som modvægt til ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

2.3.4. FORHANDLINGSFORBUDET

Forhandlingsforbuddet udspringer af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, men fremgår ikke direkte af Udbudsdirektivet. Derimod skal princippet fortolkes i overensstemmelse med Rådets og Kommissionens fælleserklæring EFT L111/114 af 30 april 1994 om forhandling i udbud (herefter betegnet 'Fælleserklæringen')⁵³:

”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.”

På trods af, at Fælleserklæringen som selvstændig retskilde tidligere er blevet kritiseret⁵⁴, har denne indgået som fortolkningsbidrag i udbudsretten, og er efterfølgende slået fast i Domstolen praksis⁵⁵.

Forhandlingsforbuddet medfører på den ene side ligebehandling og gennemsigtighed i en udbudsprocedure, og på den anden side, at en offentlig ordregiver ikke har samme fleksibilitet i forhold til indkøb af anskaffelsen, som en privat ordregiver har. Forhandlingsforbuddet omfatter både den situation, hvor ordregiver og de økonomiske aktører i fællesskab udveksler information omkring den af ordregiver påtænkte anskaffelse, samt hvor en af parterne lægger op til en ændring af den påtænkte anskaffelse – f.eks. ved forbehold for eller ved ændring af udbudsmaterialet⁵⁶.

⁵² Poulsen et al., 2016; side 66

⁵³ Treumer, 2000; side 139-140

⁵⁴ ”Dette følger bl.a. af det forhold, at Fælleserklæringen har karakter af et efterfølgende fortolkningsbidrag til udbudsdirektiverne og af, at Fælleserklæringen er afgivet uden medvirken af Europa-Parlamentet, der skal inddrages i lovgivningsprocessen ved ændring af udbudsdirektiverne [...] og at Fælleserklæringens få linjer ikke har og vanskeligt har kunne tage højde for de undtagelser og variationer, der eksisterer til forbud[d]et mod forhandling.”, jf. Ibid.; side 147

⁵⁵ C-599/10, dom af 29. marts 2012, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie, præmis 36

⁵⁶ Treumer, 2000; side 144

Der er således et vidtgående krav til ordregivers forudseenhed samt præcision i udbudsmaterialet (også betegnet 'up-front rule')⁵⁷. Dette skyldes, at forhandlingsforbuddet bygger på den forudsætning, at ordregiver i udbudsbekendtgørelsen kan fastsætte og beskrive sit behov i forhold den konkrete anskaffelse, og at de økonomiske aktører ud fra disse informationer kan tilbyde netop denne⁵⁸. Forhandlingsforbuddet medfører derfor i almindelighed, at der hverken må ske mundtlige eller skriftlige drøftelser mellem ordregiver og de økonomiske aktører med henblik på at opnå en aftale eller fælles beslutning som led i en udbudsprocedure⁵⁹.

Forhandlingsforbuddet gælder ikke kun de tilfælde, hvor der kan føres bevis for, at en bestemt drøftelse mellem ordregiver og de økonomiske aktører har ført til en ændring af den udbudte anskaffelse, men også hvor der blot har været risiko herfor⁶⁰. Der er dog indrømmet ordregiver og de økonomiske aktører begrænsede muligheder for at forhandle og gå i dialog med hinanden ved brug af de fleksible procedurer.

2.4. UDBUDSLOVEN

I Danmark er Udbudsdirektivet implementeret ved Udbudsloven, til forskel fra tidligere, hvor direktiv 2004/18/EF blev implementeret som bilag til en bekendtgørelse⁶¹. Fordelen ved den nuværende implementeringsform er, at lovgiver kan udnytte de steder, hvor der er regulatorisk råderum for fortolkning⁶². Ulempen er, at lovgiver skal sikre sig, at implementeringen sker på en bindende, entydig og klar måde, og at reglerne i Udbudsloven ikke indeholder mere vidtgående regler end dem, der er fastsat i Udbudsdirektivet. Det er i forbindelse med sidstnævnte kriterie afgørende, om direktivet er udarbejdet med henblik på total- eller minimumsharmonisering, hvilket ikke er nærmere anført i Udbudsdirektivet.

Hvor det foregående direktiv 2004/18/EF blev anset som udarbejdet med henblik på minimumsharmonisering⁶³, følger det derimod af 'Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb' i forhold til Udbudsdirektivet, at "[...] mange bestemmelser [udgør] fuld harmonisering [...]"⁶⁴, hvilket medfører, at lovgiver kun kan afvige fra reglerne, hvor dette tillades⁶⁵.

⁵⁷ Poulsen et al., 2016; side 42-43

⁵⁸ Treumer, 2000; side 140

⁵⁹ Hamer, 2016; side 60

⁶⁰ Treumer, 2000; side 144

⁶¹ Bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (herefter betegnet 'Implementeringsbekendtgørelsen')

⁶² Fabricius, 2016b; side 1-2

⁶³ C-31/87, dom af 20. september 1988, Gebroeders Beentjes BV mod Den Nederlandske Stat, præmis 20

⁶⁴ Europa-Kommissionen, 2011b; side 7

⁶⁵ F.eks. "Medlemsstaterne kan [min markering] bestemme, at anvendelsen af elektroniske kataloger skal være obligatorisk i forbindelse med visse udbudstyper", jf. Udbudsdirektivet art. 36, stk. 1, 2. afsnit

Udbudsloven trådte i kraft 1. januar 2016, og blev til på baggrund af et dybdegående arbejde af 'Udvalg om dansk udbudslovgivning'⁶⁶ (herefter betegnet 'Udbudslovsudvalget'). Udbudslovsudvalget fremlagde sin rapport med anbefalinger til, hvordan Udbudsdirektivet kunne implementeres i Danmark i december 2014. Rapporten, der dannede grundlag for behandlingen af Udbudsloven i Folketinget, udgør sammen med lovforslaget forarbejderne til Udbudsloven⁶⁷, der efter dansk praksis har retskildeværdi⁶⁸.

Hvor Udbudsdirektivet fokuserer på sikring af det indre marked, fokuserer Udbudsloven på at "[...] fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler.", jf. § 1 – dvs. at sætte 'det gode købmændskab' i centrum⁶⁹. Der er således en afvigelse mellem det anførte formål for Udbudsdirektivet og Udbudsloven. Dog antages formålet med Udbudsloven at ligge inden for rammen af Udbudsdirektivets præambelbetragtning 2, hvorved dette søger at "[...] sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler."⁷⁰.

2.5. HÅNDHÆVELSEN

Princippet om effektivitet medfører, at håndhævelsen af udbudsreglerne skal være effektiv, således at ordregiver overholder sine forpligtelser i henhold til udbudsreglerne, hvorefter forbigåede økonomiske aktører skal have mulighed for at få prøvet ordregivers overholdelse heraf⁷¹. Dette kan gøres hos en række forskellige instanser – både nationalt og internationalt.

2.5.1. DET EUROPÆISKE HÅNDHÆVELSESSYSTEM

Den Europæiske Unions Domstol omfatter to retsinstanser – Domstolen⁷² (også betegnet 'EU-domstolen') og Retten⁷³ – der "[...] sikrer overholdelse af lov og ret ved fortolkningen og anvendelsen af traktaterne.", jf. TEU art. 19, stk. 1. Sager ved Domstolen opstår typisk ved præjudicielle forelæggelser om fortolkning af udbudsreglerne fra nationale domstolsinstanser – herunder Klagenævnet⁷⁴ – eller som traktatbrudssager indbragt

⁶⁶ Udbudslovsudvalget bestod af repræsentanter fra Danske Advokater/Advokatsamfundet, LO, FTF/AC, Dansk Byggeri, Dansk Erhverv, Danske Regioner, DI, Erhvervs- og Vækstministeriet, Finansministeriet, Foreningen af offentlige indkøbere, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, Håndværksrådet, Kommunernes Landsforening, Statens- og Kommunernes Indkøbsservice og Økonomi- og Indenrigsministeriet med henblik på at sikre en bred sammensætning af interessenter fra både ordregivers og tilbudsgivers side, jf. Fabricius, 2016a; side 65

⁶⁷ Poulsen et al., 2016; side 45-46

⁶⁸ Blume, 2016; side 185-186

⁶⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2016; side 12

⁷⁰ Comba, 2014; side 40

⁷¹ Poulsen et al., 2016; side 64-65

⁷² De af Domstolen afsagte dommes sagsnummer, f.eks. C-243/89, indledes med et 'C', der henviser til, at afgørelsen er afsagt ved Domstolen (Arrêt de la Cour [min markering])

⁷³ De af Retten afsagte dommes sagsnummer, f.eks. T-195/08, indledes med et 'T', der henviser til, at afgørelsen er afsagt ved Retten (Arrêt du Tribunal [min markering])

⁷⁴ C-396/14, dom af 24. maj 2016, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark, præmis 32

af Europa-Kommissionen, jf. art. 19, stk. 3, mens sager mod EU's egne institutioner, skal anlægges ved Retten⁷⁵. Da Den Europæiske Unions Domstol skal sikre, at Udbudsdirektivet overholdes, er det særlig interessant at seke til dennes domme, hvor retstilstanden er uafklaret, da Den Europæiske Unions Domstol ultimativt foretager den endelige fortolkning heraf⁷⁶. Dermed er alle Den Europæiske Unions Domstols domme bindende for alle medlemsstater i EU, medmindre der fremgår andet af dommen, jf. TEUF art. 288. Det er dog værd at bemærke, at Den Europæiske Unions Domstols fortolkninger af udbudsreglerne er særdeles begrænsede, hvorfor domme på konkrete uklarheder ikke nødvendigvis kan udledes af eksisterende praksis⁷⁷.

Derudover kan Den Europæiske Unions Domstols domme ledsages af Generaladvokatens forslag til afgørelse, der kan bidrage til fortolkningen af problemstillingen. Dog er hverken Domstolen eller Retten forpligtet af dette forslag, hvorfor dette har begrænset retskildeværdi, hvis Domstolen eller Retten kommer til et andet resultat end Generaladvokaten⁷⁸.

2.5.2. DET DANSKE HÅNDHÆVELSESSYSTEM

Den forurettede økonomiske aktør kan også vælge, at indbringe et søgsmål mod ordregiver for overtrædelse af udbudsreglerne ved Klagenævnet eller ved de ordinære domstole⁷⁹.

2.5.2.1. KLAGENÆVNET FOR UDBUD

Klagenævnet er reguleret af lov om Klagenævnet for Udbud (herefter betegnet 'Klagenævnsloven')⁸⁰, der implementerer EU's to kontroldirektiver – et vedrørende den klassiske sektor⁸¹ og et vedrørende forsyningssektoren⁸² – der er ændret senest i 2007⁸³ og i 2014 ved udstedelse af koncessionsdirektivet.

⁷⁵ Udbudsdirektivet gælder ikke for EU's institutioner, men gælder i kraft af Rådets forordning nr. 966/2012 af 25. oktober 2012 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget og om ophævelse af Rådets forordning nr. 1605/2002 af 25. juni 2002 (herefter generelt betegnet 'Finansforordningen'). Finansforordningen suppleres af Kommissionens delegerede forordning nr. 1268/2012 af 29. oktober 2012 om gennemførelsesbestemmelser til Europa-Parlamentets og Rådets forordning nr. 966/2012 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget (herefter generelt betegnet 'Gennemførelsesforordningen'). Udbudsprocedurerne for EU's institutioner bliver primært reguleret af Finansforordningen art. 101-120 og 190-191 samt Gennemførelsesforordningen art. 121-172 og 206, jf. Priess, 2014; side 418

⁷⁶ Blume, 2016; side 153

⁷⁷ Treumer, 2000; side 15

⁷⁸ Neergaard et al., 2016; side 177

⁷⁹ Lovforslag nr. 243 "Forslag til Lov om Klagenævnet for Udbud" fremsat 30. marts 2000, afsnit 4

⁸⁰ LBK nr. 593 af 2. juni 2016 om Klagenævnet for Udbud

⁸¹ Rådets direktiv 1989/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter.

⁸² Rådets direktiv 1992/13/EØF af 5. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation

⁸³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter

Klagenævnet håndhæver 1) Udbudsloven, dog ikke klager over overtrædelse af § 1 og § 193, jf. § 1, stk. 4, 2) EU-retten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter og 3) Tilbudsloven, jf. § 1, stk. 2, nr. 1-3. Klagenævnet har således ikke kompetence til at tage sig af tvister vedrørende misligholdelse af indgåede kontrakter, der derimod skal anlægges ved de ordinære domstole – opfyldelsen af indgåede kontrakter er en obligationsretlig problemstilling, ikke udbudsretlig. Klagenævnet fastlægger dermed de grundlæggende normer for fortolkning af dansk udbudsret, hvorfor dette er primær retskilde for udbudsretlig praksis i Danmark.

2.5.2.2. *DE ORDINÆRE DOMSTOLE*

I Danmark udgør de ordinære domstole – by-, lands- og Højesteret – sammen med Klagenævnet de fire niveauer af klage- og retsinstanser, der behandler overtrædelser af udbudsretten⁸⁴. De ordinære domstole behandler typisk de af Klagenævnets kendelser, der indbringes herfor, da udbuddets parter typisk benytter Klagenævnet som første instans⁸⁵. Dette kan skyldes, at 43 % af klagerne over afholdte udbudsprocedurer indgives i standstill-perioden⁸⁶, hvor klagen ikke kan indbringes for de ordinære domstole, førend Klagenævnet har afsagt kendelse, jf. Klagenævnetsloven § 5, stk. 1.

Hvor Klagenævnets kendelser bliver indbragt for de ordinære domstole, skal dette gøres senest 8 uger efter, at kendelsen er meddelt parterne, jf. § 8. I denne situation er Klagenævnet ikke rette sagsøgte, men derimod samme modpart som ved behandlingen af sagen i Klagenævnet⁸⁷.

Ved behandling af sagen ved de ordinære domstole gælder retsplejelovens regler⁸⁸. De ordinære domstole er dermed, modsat Klagenævnet, ikke begrænset til at behandle sager på baggrund af et indskrænket anvendelsesområde, men følger derimod retsplejelovens almindelige regler vedrørende sagens genstand.

⁸⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2018b; side 5

⁸⁵ Klagenævnet har siden 2009 afsagt mere end 100 kendelser årligt. Dette følger bl.a. af, at indbringelse af klager for Klagenævnet typisk er billigere og hurtigere end ved de ordinære domstole – den gennemsnitlige sagsbehandlingstid siden 2009 er på 6 måneder, dog for over 50 % af sagernes vedkommende under 2 måneder, jf. Klagenævnet for Udbud, 2017; side 47-53. Ydermere afgøres sagerne typisk af et udvalgsmedlem fra formandskabet – bestående af dommere fra de ordinære domstolsinstanser – sammen med et af de tyve sagkyndige medlemmer, der har konkret juridisk kendskab til udbudsretten, jf. *Ibid.*; side 7-9.

⁸⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2018b; side 16

⁸⁷ Fabricius, 2017; side 786

⁸⁸ Sagerne skal som det klare udgangspunkt behandles ved byretten som første instans medmindre andet er bestemt ved lov, jf. Retsplejeloven § 224, mens "[...] sager mod en ordregiver, der udnytter et geografisk område med henblik på efterforskning efter eller udvinding af olie, gas, kul eller andet fast brændsel, ikke kan indgives til Klagenævnet for Udbud, men skal anlægges ved Sø- og Handelsretten [...]”, jf. Klagenævnetsloven § 5, stk. 3, jf. § 15.

3. PROBLEMATIKKEN OG DENS GRUNDBEGREBER

Fra ordregiver beslutter sig for at igangsætte en udbudsprocedure og til udbudsproceduren faktisk igangsættes, kan ordregiver i stort omfang tilrettelægge de materielle krav til anskaffelsen – med eller uden forudgående dialog med markedet. Når ordregiver har indgået kontrakt efter en afsluttet udbudsprocedure, tillades ordregiver tillige en række materielle ændringer heraf, der fremgår af Udbudslovens afsnit om 'Ændring af kontrakter m.v.'⁸⁹. Mellem igangsættelsen og afslutningen af udbudsproceduren er det mere uklart, om ordregiver direkte kan ændre den i udbudsmaterialet forudsete anskaffelse, eller indirekte kan ændre udbudsmaterialet ved at lade de økonomiske aktører tage forbehold herfor, hvorfor dette er udgangspunktet for afhandlingen.

Det er udgangspunktet, at ordregiver ikke kan ændre grundlæggende elementer uden at gennemføre en fornyet udbudsprocedure, og tilbudsgiver kan tilsvarende ikke tage forbehold herfor uden at blive erklæret i uoverensstemmelse med udbudsmaterialet (herefter betegnet 'ukonditionsmæssig', modsætningsvis 'konditionsmæssig'). Samme konsekvens gælder ikke for ikke-grundlæggende elementer.

Udbudsloven sidestiller ofte grundlæggende elementer og de krav, der betegnes som 'mindstekrav', dvs. de "[...] centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse [...]"⁹⁰ (også betegnet 'tekniske specifikationer'). Om dette er tilfældet i praksis, er afhandlingens kerne. Særligt brugen af de fleksible procedurer, der giver mulighed for forhandling eller dialog mellem ordregiver og de økonomiske aktører, kan modificere ovenstående udgangspunkt omkring ændringer og forbehold.

Formålet med nedenstående afsnit er herefter at afklare og afgrænse de af problematikens grundbegreber, der er afgørende for forståelse heraf.

3.1. UDBUDSPROCEDURERNE

Ved iværksættelse af en udbudsprocedure efter Udbudsloven kan ordregiver vælge mellem én af de i § 55, stk. 1, nr. 1-7 nævnte procedurer, som ordregiver skal følge fra offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen og til indgåelse af kontrakten, evt. annullation af udbudsproceduren. Særligt interessant for nærværende afhandling

⁸⁹ Der kan ikke foretages ændringer af grundlæggende elementer, jf. § 178, men eksempelvis derimod hvor ændringerne er "[...] forudset i udbudsmaterialet i klare, præcise og entydige klausuler [...]", jf. § 179, hvor ændringerne er af bagatelagtig karakter, jf. § 180, hvor ændringerne vedrører supplerende anskaffelser er nødvendige for gennemførelsen af kontrakten, jf. § 181 eller hvor ændringen skyldes uforudsete behov, jf. § 183.

⁹⁰ Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015; side 57

er udbud med forhandling med forudgående bekendtgørelse⁹¹ (herefter betegnet 'udbud med forhandling'), der er reguleret i Udbudsloven §§ 61-66 og Udbudsdirektivet art. 29, samt konkurrencepræget dialog, der er reguleret i §§ 67-72 og art. 30. Disse udbudsprocedurer kan, modsat standardprocedurerne, kun anvendes i bestemte tilfælde, jf. § 61 og § 67, stk. 1, nr. 1-2⁹². Listen er udtømmende, og det er ordregiver, der har bevisbyrden for, at udbuddet opfylder betingelserne herfor⁹³.

De fleksible procedurer giver alle interesserede økonomiske aktører mulighed for at ansøge om deltagelse heri, jf. § 62 og § 68 stk. 1, 1. pkt., men hvor udelukkende de virksomheder, der bliver opfordret hertil (herefter betegnet 'prækvalificeret'), kan hhv. afgive indledende tilbud, jf. § 64, stk. 1, 1. pkt. eller deltage i dialogen, jf. § 69, stk. 1, 1. pkt. Hvor det indledende tilbud danner grundlag for det efterfølgende forhandlingsforløb med henblik på, at tilbudsgiverne forbedrer indholdet af tilbuddet, inden afgivelse af det endelige tilbud, jf. § 66, stk. 2, 1. pkt., giver dialogen ordregiver mulighed for sammen med de økonomiske aktører at fastlægge, hvorledes dennes behov bedst opfyldes, inden afgivelse af det endelige tilbud, jf. § 70, stk. 1.

Når forhandlings- og dialogfasen er overstået, opfordrer ordregiver de økonomiske aktører til at afgive de endelige tilbud, hvorefter ordregiver evaluerer disse i henhold til det valgte tildelingskriterium med henblik på at tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet 'det økonomisk mest fordelagtige tilbud', jf. § 161.

Inddragelse af betegnelsen 'forhandling' og 'dialog' i offentlige indkøb kan vække associationer til det udbudsretlige forhandlingsforbud. Hvor procedurerne tidligere har været betragtet "[...] som en undtagelse, og [...] derfor kun [bør] anvendes i et begrænset antal tilfælde", jf. direktiv 93/36/EØF præambelbetragtning 12, har behovet for forhandling og dialog været stigende som følge af ordregivers behov for fleksibilitet. I dag bliver de fleksible procedurer brugt "[...] i forskellige situationer, hvor det offentlige eller begrænsede udbud uden forhandling ikke med sandsynlighed vil føre til et tilfredsstillende resultat.", jf. Udbudsdirektivets præambelbetragtning 42 – dvs. som et alternativ til standardprocedurerne – og er dermed en undtagelse til forhandlingsforbuddet.

⁹¹ Udbud med forhandling med forudgående bekendtgørelse afskiller sig væsentligt fra udbud med forhandling uden forudgående bekendtgørelse (også betegnet 'direkte tildeling'), der er reguleret i Udbudsloven §§ 80-83, og ikke er medtaget i denne afhandling, da udbudsformen ikke stiller krav om konkurrenceudsættelse af anskaffelsen.

⁹² De fleksible procedurer kan udelukkende anvendes, hvis "Ordregiverens behov ikke kan imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger [...]", jf. § 61 og § 67, stk. 1, nr. 1, litra a, "[...] kontrakten omfatter design eller innovative løsninger [...]", jf. § 61 og § 67, stk. 1, nr. 1, litra b, "[...] kontrakten på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed ikke kan tildeles uden forudgående forhandling [...]", jf. § 61 og § 67, stk. 1, nr. 1, litra c, "[...] ordregiveren ikke kan fastlægge de tekniske specifikationer tilstrækkelig præcist med henvisning til en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference [...]", jf. § 61 og § 67, stk. 1, nr. 1, litra d, eller "Når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun afgives ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud.", jf. § 61 og § 67, stk. 1, nr. 2.

⁹³ Fabricius, 2017; side 185

3.2. GRUNDLÆGGENDE OG IKKE-GRUNDLÆGGENDE ELEMENTER

Udbudsloven sonderer mellem krav, der karakteriserer udbuddets grundlæggende elementer samt krav, der ikke er af grundlæggende karakter. Sondringen er ikke altid skarp og giver derfor anledning til overvejelser, da manglende overholdelse heraf har forskellig konsekvens.

3.2.1. GRUNDLÆGGENDE ELEMENTER

Udbudsdirektivet benytter sig ikke begrebet 'grundlæggende elementer', hvilket kan tale for, at der er tale om et ganske særligt dansk begreb, der følger af Udbudsloven⁹⁴. Dog findes begreber som 'grundlæggende kendetegn'⁹⁵, 'grundlæggende betingelser'⁹⁶ og 'grundlæggende elementer'⁹⁷ i Domstolens praksis bl.a. vedrørende et udbuds tekniske specifikationer⁹⁸ og kriterier for tildeling.

Udbudsloven definerer ikke begrebet 'grundlæggende elementer', men derimod 'ændring af grundlæggende elementer' som "En ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt.", jf. Udbudsloven § 24, nr. 37. Grundlæggende elementer må heraf være alt, der påvirker deltagelsen i en udbudsprocedure eller fordrejer konkurrencen heri, jf. princippet i § 24, nr. 37. Efter Udbudsloven sondres der mellem grundlæggende elementer, der udgør mindstekrav og kriterier for tildeling⁹⁹. Listen er dog ikke udtømmende, hvorfor det er op til en konkret vurdering, om et konkret element i udbudsmaterialet kan karakteriseres som et grundlæggende element.

I forhold til begrebet mindstekrav sondres der mellem 1) mindstekrav til anskaffelsen, 2) minimumskrav til udbudsproceduren (også betegnet 'formelle krav'), og 3) minimumskrav til de økonomiske aktørers virksomhed. Fælles for alle begreber er, at de statuerer et af ordregiver krævet minimumsniveau, dvs. at de økonomiske aktører ikke er afskåret fra meropfyldelse heraf. Kriterierne for tildeling er derimod de kriterier, som konkurrencen skal afgøres efter, og der sondres mellem tildelings-, under- og delkriterier.

⁹⁴ I Udbudsloven lader begrebet grundlæggende elementer sig bl.a. identificere i forhold til, at "Der kan ikke forhandles om de endelige tilbud og grundlæggende elementer, herunder mindstekrav [...]"; jf. Udbudsloven § 66, stk. 2 om udbud med forhandling, hvorimod det fremgår af Udbudsdirektivet art. 29, stk. 3, at "Minimumskravene og [...] er ikke genstand for forhandling".

⁹⁵ C-576/10, dom af 11. juli 2013, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene, præmis 47

⁹⁶ C-298/15, Generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse af 1. december 2016, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VI, pkt. 72

⁹⁷ C-223/16, dom af 14. september 2017, Casertana Costruzioni Srl mod Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise, Agenzia Regionale Campania per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S., præmis 37-38

⁹⁸ Tekniske specifikationer var i direktiv 2004/18 defineret i bilag VI, pkt. 1, litra a om offentlige bygge- og anlægskontrakter og litra b om offentlige vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter, som egenskaberne vedrørende selve produkterne, deres fremstilling og lign.

⁹⁹ Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015; side 57

I hvilket omfang ovenstående er omfattet af begrebet 'grundlæggende elementer' er uklart, hvorfor hensigten med de nedenstående afsnit er at afgrænse afhandlingens objekt, da afhandlingens fokus i de efterfølgende afsnit er mindstekrav til anskaffelsen.

3.2.1.1. MINDSTEKRAV TIL ANSKAFFELSEN

I forarbejderne til Udbudsloven er 'mindstekrav' defineret som de "[...] centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have."¹⁰⁰ – en lignende definition findes i Udbudsdirektivets præambelbetragtning 45, 2. afsnit i forhold til begrebet 'minimumskrav', hvor disse defineres som "[...] de betingelser og karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have [...]".

Mindstekrav kan dog ikke begrænses til kun at omfatte 'fysiske, funktionelle og juridiske' betingelser og karakteristika, men må forstås bredt, da ordregiver i høj grad har frihed til at konstruere mindstekravene¹⁰¹. Ordregivers ret til at vælge, hvilke krav der skal anses som et mindstekrav, er dog ikke betingelsesløst, da et krav, selvom ordregiver ikke har angivet dette som et mindstekrav, kan virke som et mindstekrav og dermed få karakter som dette.

Om det pågældende mindstekrav karakteriseres som et grundlæggende element er op til en konkret vurdering. Dog anser Udbudsloven 'som klart udgangspunkt', at de af ordregiver valgte mindstekrav til anskaffelsen skal anses som et grundlæggende element, hvorfor ændring af og forbehold for disse 'som klart udgangspunkt' har samme retsvirkning som ændringer af og forbehold for grundlæggende elementer¹⁰² – hhv. fornyet udbud og afvisning. Dette er dog ikke ens betydende med, at enhver ændring af et sådan mindstekrav altid påvirker potentielle økonomiske aktørers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejer konkurrencen mellem disse. Af Klagenævnets praksis kan bl.a. udledes, at mindstekrav kan ændres, såfremt ordregiver kan bevise, at ændringen af dette ikke var egnet til en sådan påvirkning¹⁰³. Mindstekrav er således ikke i sig selv et grundlæggende element¹⁰⁴. Det er dog uklart, om Den Europæiske Unions Domstol tilsvarende sondrer mellem grundlæggende elementer samt mindstekrav, eller om disse begreber er sammenfaldende.

Udbudsdirektivet art. 45, stk. 2 benytter begrebet 'mindstekrav' om de krav, som ordregiver i udbudsmaterialet skal angive, at et alternativt tilbud skal indeholde, og må kunne henføres til de tekniske specifikationer, som ordregiver skal angive i udbudsmaterialet, jf. Udbudsloven § 51, stk. 2, der er nødvendige for, at de ordinære og de alternative tilbud kan sammenlignes ved evalueringen forinden tildelingsbeslutningen.

¹⁰⁰ Ibid.; side 57

¹⁰¹ Poulsen et al., 2016; side 317

¹⁰² Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015; side 57

¹⁰³ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 12. januar 2018, j.nr. 17/01966, Mobilex A/S mod Aalborg Kommune

¹⁰⁴ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 1. februar 2018, j.nr. 18/00014, ABB A/S mod Trafikselskabet Movia

Denne uoverensstemmelse mellem de, i Udbudsdirektivet, brugte begreber 'mindstekrav' og 'minimumskrav', kan give anledning til at overveje, om begreberne dækker to forskellige krav til anskaffelsen. Dette er dog ikke tilfældet. Benytter man sig derimod af den engelske version af Udbudsdirektivet – selvom de forskellige oversættelser har samme retskildeværdi¹⁰⁵ – henviser både præambelbetragtning 45, 2. afsnit (der på dansk benytter begrebet 'minimumskrav') og art. 45, stk. 2 (der på dansk benytter begrebet 'mindstekrav') til samme begreb – 'minimum requirements'. Dette begreb er gennemgående, hvor Udbudsdirektivet henviser til udbuddets tekniske specifikationer.

Der er således overensstemmelse mellem det, af Udbudsloven, benyttede begreb 'mindstekrav', og det af Udbudsdirektivet benyttede begreb 'minimum requirements'.

Den tidligere sondring mellem ufravigelige mindstekrav¹⁰⁶, dvs. krav der skal opfyldes i alle tilbud, og foreløbige mindstekrav, dvs. krav der ikke nødvendigvis skal opfyldes i alle tilbud, kan hverken udledes af Udbudsdirektivet eller Udbudsloven, hvorfor en sådan praksis ikke anses for videreført¹⁰⁷.

3.2.1.2. MINIMUMSKRAV TIL UDBUDSPROCEDUREN

Udbudsmaterialets formelle krav bliver til tider betegnet som minimumskrav¹⁰⁸, og kan ifølge forarbejderne til Udbudsloven være "[...] manglende underskrift, forkert fremsendt antal eksemplarer, manglende sidetal, stempling eller lignende."¹⁰⁹

Formelle krav kan tillige angå tilbudsgivers mulighed for at indgive alternative og sideordnede tilbud, ansøgnings- og tilbudsfrister eller krav til det sprog, som ansøgninger og tilbud skal udformes på. Alt sammen oplysninger som ordregiver skal anføre inden igangsættelsen af udbudsproceduren med henblik på at fastsætte udbudsprocedurens 'spilleregler', jf. Udbudsdirektivet bilag V, del C, jf. Udbudsloven § 128, stk. 2.

Det har været overvejet i den juridiske litteratur, om et udbuds formelle krav anses som grundlæggende elementer, der ved afvigelse herfra automatisk fører til afvisning, eller om sådanne kan afhjælpes i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet¹¹⁰.

Klagenævnet har tidligere haft en restriktiv tilgang på dette område, hvorefter ordregiver i de fleste tilfælde var forpligtet til at afvise økonomiske aktører ved afvigelser. Eksempelvis kunne ordregiver afvise en tilbudsgiver,

¹⁰⁵ Blume, 2016; side 279

¹⁰⁶ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 9. juli 2013, j.nr. 2012-0032813, SWARCO Danmark A/S mod Rigspolitiet

¹⁰⁷ Det kan overvejes, om denne sondring er erstattet af den ovenstående sondring om, i hvilket omfang et mindstekrav har virkning som et grundlæggende element. Ufravigelige mindstekrav kan ud fra denne argumentation sammenlignes med mindstekrav, der har virkning som et grundlæggende element, mens foreløbige mindstekrav kan sammenlignes med mindstekrav, der ikke har virkning som et grundlæggende element.

¹⁰⁸ Poulsen et al., 2016; side 461

¹⁰⁹ Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015; side 102

¹¹⁰ Treumer, 2013a; side 60-62

hvis tilbud udgjorde 16 sider, hvor udbudsmaterialet påpegede, at tilbuddet kun måtte udgøre 15 sider¹¹¹, eller hvor en tilbudsgiver afleverede sit tilbud få minutter for sent, konstaterede Klagenævnet, i overensstemmelse med Domstolens praksis¹¹², at der ikke er "[...] hjemmel til at tage tilbud i betragtning, som er indleveret efter den [...] fastsatte frist for aflevering af tilbud."¹¹³

Dog har Klagenævnet lempet denne praksis i forhold til udbudsmaterialets sprogkrav, og slået fast, at "Kravet om, at tilbuddet skal affattes på dansk, indebærer ikke, at indklagede har været forpligtet til at afvise tilbuddet fra Lyngsoe Systems A/S, der i det væsentlige var affattet på dansk, men med visse bilag på engelsk."¹¹⁴, samt accepteret, at tilbudsgiver afveg fra antallet af eksemplarer et tilbud skulle indgives i¹¹⁵. Klagenævnet fastholder dog, at en angivelse af, at en besvarelse kun må fylde et bestemt antal sider ikke medfører at de overskridende antal sider ikke medtages i evalueringen, men at tilbuddet erklæres ukonditionsmæssigt¹¹⁶.

Ovenstående kendelser må ses som en opblødning af den tidligere praksis, hvorefter minimumskrav til udbudsproceduren 'som klart udgangspunkt' må betegnes som et grundlæggende element, men at der kan foreligge tilfælde, hvor det er op til en konkret vurdering.

3.2.1.3. MINIMUMSKRAV TIL VIRKSOMHEDEN

Minimumskrav er ikke nærmere defineret i Udbudsloven, men det kan udledes, at disse henviser til kravene til virksomhedernes egnethed. På trods af sammensmeltningen mellem 'mindstekrav' og 'minimumskrav' i forhold til anskaffelsen i Udbudsdirektivets forstand, benytter dette konsekvent begrebet 'minimumskrav' i forhold til de faste krav til virksomhedernes egnethed og eventuel udvælgelse blandt disse. Men da Udbudsdirektivet både benytter minimumskrav i forhold til kravene til anskaffelsen og til virksomhederne, kan der igen skeles til den engelske version, der benytter begrebet 'minimum levels of ability' i forhold til kravene til virksomhederne.

Der er således overensstemmelse mellem det af Udbudsloven benyttede begreb 'minimumskrav', og det af Udbudsdirektivet benyttede begreb 'minimum levels of ability'.

Hvor det er op til ordregiver, hvilke krav der anses som mindstekrav til anskaffelsen, er ordregiver anderledes forpligtet i forhold til kravene til virksomhederne, da disse i henhold til Udbudsloven altid udgør minimumskrav, jf. § 140, stk. 2, 1. pkt.

¹¹¹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 6. august, 2001, j.nr. 01-67.168, Oxford Research A/S mod Faaborg Kommune

¹¹² C-87/94, dom af 25. april 1996, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien, præmis 55

¹¹³ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 21. november 2003, j.nr. 03-134.362, Entreprenørfirmaet Harry Andersen & Søn A/S mod Vejle Amt

¹¹⁴ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 14. april 2011, j.nr. 2010-0022258, Axiell Bibliotek A/S mod Aalborg kommune, Aalborg Bibliotekerne

¹¹⁵ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 8. januar 2008, j.nr. 2007-0013668, WAP Wöhr Automatikparkssysteme GmbH & Co KG mod Ørestadsparkering A/S

¹¹⁶ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 6. april 2018, j.nr. 17/01659, Medicotrust A/S mod Region Sjælland

Det følger dog anderledes af Udbudsdirektivet, at egnetheds- og udvælgelseskriterierne ”[...] kan [min markering] være udtrykt som minimumskrav til formåen.”, jf. art. 58, stk. 5, 1. pkt. Denne forskel begrundede Udbudslovsudvalget med, at ”[...] det af hensyn til gennemsigtheden er hensigtsmæssigt at implementere bestemmelsen således, at krav til egnetheden skal [min markering] fastsættes som minimumskrav.”¹¹⁷. Der er således lagt op til, at minimumskravene er absolutte og dermed ’som klart udgangspunkt’ må betragtes som et grundlæggende element¹¹⁸.

3.2.1.4. KRITERIER FOR TILDELING

Til forskel fra mindste- og minimumskravene kan kriterierne for tildeling kun påvirkes af ordregiver¹¹⁹. Hertil følger det af forarbejderne til Udbudsloven § 2, at ”[...] kriterier for tildeling [der] tilføjes, fjernes eller rækkevidden heraf på andre måder ændres.”¹²⁰ kan udgøre en ændring af et grundlæggende element, hvorfor en ændring heraf således ikke er en ændring af et grundlæggende element i sig selv.

3.2.1.4.1. TILDELINGSKRITERIET

Det følger af Udbudsloven § 162, stk. 1, at ordregiver ved påbegyndt udbudsprocedure skal angive det tildelingskriterium, som denne vil identificere ’det økonomisk mest fordelagtige tilbud’ på grundlag af, jf. § 161. De tre tildelingskriterier er ’pris’, ’omkostninger’ samt ’bedste forhold mellem pris og kvalitet’, jf. § 162, stk. 1, nr. 1-3, og listen er udtømmende. Ved konkurrencepræget dialog kan ordregiver udelukkende vælge tildelingskriteriet ’bedste forhold mellem pris og kvalitet’, jf. § 72, stk. 1, hvorfor dette i sig selv ikke kan ændres efterfølgende. Dog følger det af Klagenævnets praksis, at et tildelingskriterium i almindelighed ikke kan ændres uden fornyet udbudsprocedure, da en sådan ændring i høj grad er egnet til at fordreje konkurrencen mellem de økonomiske aktører¹²¹.

3.2.1.4.2. UNDERKRITERIER

Det følger af Udbudsloven § 162, stk. 3, at ordregiver, ved brug af tildelingskriteriet ’bedste forhold mellem pris og kvalitet’, skal vurdere tilbuddene på baggrund af de hertil fastsatte underkriterier – økonomiske og kvalitative¹²² – hvis indbyrdes vægtning skal være angivet i udbudsmaterialet, jf. § 165. En sådan forpligtelse kan tilsvarende udledes af Udbudsdirektivet art. 67, stk. 2, litra a-c og Domstolens praksis¹²³.

¹¹⁷ Udbudslovsudvalget, 2014; side 727

¹¹⁸ Lovforslag nr. 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. oktober 2015; side 160

¹¹⁹ Det har således ikke nogen betydning for evalueringen, at en tilbudsgiver forbeholder sig ret til at blive vurderet efter andre kriterier.

¹²⁰ Lovforslag nr. 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. oktober 2015; side 57

¹²¹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 23. september 2004, j.nr. 04-111.497, Sammenslutningen af Glatførebekæmpende vognmænd mod Nordjyllands Amt

¹²² Det er en forudsætning for brug af tildelingskriteriet ’bedste forhold mellem pris og kvalitet’, at ordregiver lægger vægt på både pris- og kvalitetslementer, da evaluering på priselementer alene svarer til tildelingskriterierne ’pris’ og ’omkostninger’. Ønsker ordregiver derimod kun at evaluere på de kvalitative elementer, kan ordregiver vælge at udføre en omvendt licitation, jf. § 162, stk. 4.

¹²³ C-331/04, dom af 24. november 2005, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Sne mod ACTV Venezia SpA, præmis 21-24

Klagenævnet har hertil påpeget, at en meddelelse om, at et på forhånd angivet underkriterium ikke vil blive anvendt ved evalueringen var i strid med de udbudsretlige principper¹²⁴, og der må ligeledes ikke inddrages yderligere underkriterier end dem, der angivet i udbudsbekendtgørelsen¹²⁵ – tilsvarende følger af Domstolens praksis¹²⁶.

I forhold til vægtningen af ovenstående underkriterier følger det af art. 67, stk. 5, 1. afsnit, at ordregiver kan angive, hvordan denne præcist vægter underkriterierne eller angive vægtningen "[...] ved fastsættelse af en ramme med et passende maksimalt udsving.", jf. art. 67, stk. 5, 2. afsnit. Heraf må det udledes, at vægtningen ikke kan ændres efterfølgende uden for en af ovenstående rammer. Dog har Klagenævnet i en nylig kendelse påpeget, at de i udbudsmaterialet angivne vægtninger kan præciseres ved "åbenbare skrivefejl"¹²⁷. Ydermere kan ordregiver helt undlade anføre vægtningen, men angive underkriterierne i prioriteret rækkefølge, hvis vægtning af disse er umuligt af objektive grunde, jf. art. 67, stk. 5, 3. afsnit og § 165, stk. 1-3.

Det forhold, at hensigten med de fleksible procedurer er, at give ordregiver yderligere fleksibilitet end ved standardprocedurerne, bør dog give ordregiver mulighed for at præcisere underkriterierne under overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet¹²⁸.

3.2.1.4.3. DELKRITERIER

Om der af Udbudsdirektivet art. 67 eller af Udbudsloven § 162 kan udledes et krav om offentliggørelse af delkriterierne er usikkert. Derimod følger det af Domstolens praksis, at det er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, at "[...] den ordregivende myndighed inden for rammerne af en udbudsprocedure efterfølgende fastsætter [...] underkriterier for de kriterier for tildeling af ordren, der er anført i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen."¹²⁹ Det af Domstolen benyttede begreb 'underkriterier' (engelsk: '*sub-criteria*') svarer til det danske begreb 'delkriterier', da begge begreber henviser til de kriterier, som et kvalitativt underkriterium er opdelt i. Dog angik det konkrete udbud en standardprocedure, hvorfor delkriterierne under en fleksibel procedure – som følge af procedurens særlige karakter, men under overholdelse af de udbudsretlige principper – må kunne præciseres til en vis grad som anført ovenfor.

¹²⁴ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 27. juni 2008, j.nr. 2008-0016142, Danske Arkitektvirksomheder mod Handels- og Søfartsmuseet

¹²⁵ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 6. maj 2004, j.nr. 03-237.997, Sereno Nordic AB mod Vejle Amt

¹²⁶ C-448/01, dom af 4. december 2003, EVN AG, Wienstrom GmbH mod Republik Østerrike, præmis 93

¹²⁷ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 20. april 2018, j.nr. 17/00612, Lattanzio Advisory S.p.A, Fundación Educación Para el Empleo (EuropEFE), EFE Egypt, Jordan Career Education Foundation, EFE Maroc, EFE Tunisie, EFE US, Danish Forum for International Cooperation (FIC) mod Udenrigsministeriet

¹²⁸ Arrowsmith et al., 2012a; side 90-94

¹²⁹ C-532/06, dom af 24. januar 2008, 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, præmis 45

Hertil har Domstolen påpeget, at ordregiver kan undlade at oplyse vægtene til et delkriterium til efter modtagelse af tilbud, men inden åbning heraf, såfremt 1) der ikke sker en ændring af de underkriterier, der på forhånd er oplyst, 2) der ikke herved sker ændringer i forhold, som kunne have påvirket tilbuddenes udformning, hvis de havde været kendt på forhånd, og 3) der ikke sker diskrimination af tilbudsgiverne¹³⁰.

3.2.2. IKKE-GRUNDLÆGGENDE ELEMENTER

Et ikke-grundlæggende element må, modsat grundlæggende elementer, angå elementer, der ikke påvirker deltagelsen i udbudsproceduren eller fordrejer konkurrencen heri, jf. princippet i § 24, nr. 37. Det er hertil fast praksis, at ordregiver i udgangspunktet kan foretage ændringer af ikke-grundlæggende elementer uden at foretage fornyet udbud, og at en økonomisk aktør, der tilsvarende tager forbehold for opfyldelse af disse, ikke nødvendigvis fører til, at ordregiver er forpligtet til at se bort fra denne.

3.3. FORBEHOLD OG ÆNDRINGER I UDBUDSRET TEN

I nedenstående afsnit gives en kort introduktion til begreberne 'forbehold' og 'ændringer', herunder deres relation til andre udbudsretlige begreber, som vil blive brugt konsekvent i løbet af afhandlingen.

3.3.1. DET UDBUDSRETLIGE FORBEHOLD

Begrebet 'forbehold' er hverken defineret i Udbudsdirektivet eller Udbudsloven. Begrebet er derimod defineret i den juridiske litteratur, som "[...] en i et tilbud indeholdt afvigelse fra udbudsmaterialets krav til eller beskrivelser af de udbudte ydelser eller de til udførelsen af ydelserne stillede krav [...]"¹³¹. I forhold til den nærmere afgrænsning har forbehold i praksis bl.a. udformet sig som uoverensstemmelser i forhold til materialevalg¹³², mængdeangivelser¹³³, leveringstid¹³⁴, pris¹³⁵ eller indsættelse af forudsætninger¹³⁶. Listen er dog ikke udtømmende, hvorfor begrebet 'forbehold' skal forstås bredt. Det er endvidere ikke afgørende, hvordan forbeholdet er anført, men derimod om der konkret er tale om en afvigelse fra udbudsmaterialets krav – det er realiteten, ikke formaliteten, der er afgørende.

¹³⁰ C-331/04, dom af 24. november 2005, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Sne mod ACTV Venezia SpA, præmis 32

¹³¹ Christensen, 2009a; side 1

¹³² Klagenævnet for Udbud, kendelse af 19. august 1997, j.nr. 97-52.322, Poul Hansen Entreprenører A/S mod Vejdirektoratet (Forbehold for brug af neddelt asfalt i stedet for stabilt grus)

¹³³ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 18. maj 2015, j.nr. 2014-7709, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen (Ensidig ændring af mængdesætning i ordregivers tilbudsliste)

¹³⁴ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 26. november 2004, j.nr. 04-173.699, E. Pihl & Søn A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen (Forbehold for justering af tidsplan for så vidt angår mulig opstart af betonelementlevering samt aftalte ferier)

¹³⁵ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. december 2017, j.nr. 17/00329, Labflex A/S mod Bygningsstyrelsen (Forbehold for kursændringer på mere end 2 % fra en af tilbudsgiver fastsat valutakurs); Klagenævnet for Udbud, kendelse af 29. september 2017, j.nr. 17/00901, Skoda Transportation a.s. mod Odense Letbane P/S (Forbehold for eventuelle pristillæg ved bestemt brug af udbuddets genstand)

¹³⁶ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 30. juli 2012, j.nr. 2012-00323009, NCC Construction Danmark A/S mod Egedal Kommune

Herudover er det en forudsætning for ordregivers handlemuligheder i forbindelse med forbeholdet, at det pågældende krav ikke er uklart formuleret, da sådanne ikke kan håndhæves¹³⁷.

I forhold til begrebet 'forbehold' er det væsentligt for konsekvensen heraf, om ordregiver har tilladt alternative tilbud¹³⁸. Det er almindeligt antaget i praksis, at "[...] principielt enhver del af udbuddet kan være genstand for et alternativt bud."¹³⁹, men om dette medfører, at alle de af ordregiver autoriserede afvigelser kan antages af være omfattet af begrebet 'alternative tilbud'¹⁴⁰ eller at en sådan modsætningslutning ikke kan støttes i praksis, har været diskuteret i litteraturen¹⁴¹. I forhold til den konkrete sondring har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen løst dette ved at slå fast, at forbehold ikke i sig selv udgør et alternativt tilbud:

"[...] fremgår det af udbudsbekendtgørelsen, at alternative tilbud accepteres, vil et tilbuds afvigelser fra udbudsmaterialet være et alternativt tilbud, medmindre der er tale om afvigelser fra mindstekrav til de alternative tilbud. Indeholder et tilbud afvigelser fra mindstekrav til de alternative tilbud, vil dette være et tilbudsforbehold."¹⁴²

Da ordregiver skal anføre mindstekrav ved både ordinære og alternative tilbud, behandles ændringer af og forbehold for opfyldelse heraf samlet nedenfor med udgangspunkt i ovenstående citat – dvs. fravigelser fra det ordinære tilbuds mindstekrav vil således ikke være et forbehold, hvis alternative tilbud tillades, og fravigelsen ikke udgør et forbehold for det alternative tilbuds mindstekrav.

3.3.2. ÆNDRINGER AF UDBUDSMATERIALET

Selvom ordregiver skal fastlægge en række forhold i udbudsbekendtgørelsen, kan ordregiver få behov for at ændre i disse efter offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen. Dette kan ske ved at korrigere udbudsbekendtgørelsen og/eller udbudsmaterialet ved "[...] erstatning af oplysninger med nye oplysninger, tilføjelse af nye oplysninger eller at oplysninger udgår."¹⁴³

¹³⁷ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 2. marts 2018, j.nr. 17/00762, AV Form A/S mod Fællesindkøb Fyn, Fællesudbud Sjælland, Indkøbsfællesskab Nordsjælland og Vestegnens Indkøbsforum (undtagen Høje-Taastrup Kommune)

¹³⁸ Et alternativt tilbud er defineret som et tilbud, der på ordregiverens opfordring [dvs. at dette skal angives i udbudsbekendtgørelsen, jf. § 50, stk. 2] indeholder alternative løsninger på ordregiverens indkøbsbehov, og som afviger fra det, der er fastsat i udbudsmaterialet, jf. § 24, nr. 3. Tilbudsformen benyttes i de tilfælde, hvor ordregiver ikke har overblik over de muligheder, der findes på markedet for den konkrete anskaffelse eller, hvor ordregiveren generelt ønsker at trække på tilbudsgivernes kendskab til markedet. Ordregiver giver dermed tilbudsgiverne mulighed for at tilbyde alternative løsninger på det af ordregiver forudsete behov eller tilbyde den af ordregiver forudsete anskaffelse på en anden måde end forudset af ordregiver. Det er dog en forudsætning, at tilbuddet opfylder de af ordregiver bestemte mindstekrav til anskaffelsen, jf. § 51, stk. 2, nr. 1, jf. stk. 2, jf. Udbudsdirektivet art. 45, stk. 2.

¹³⁹ C-421/01, Generaladvokat Alberts forslag til afgørelse af 10 april 2003, Traunfellner GmbH mod sterreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag), pkt. 42

¹⁴⁰ Dethlefsen, 2009; side 1

¹⁴¹ Christensen, 2009b; side 1

¹⁴² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2016; side 139

¹⁴³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2018a; side 23

Ved ændring af udbudsmaterialet sondres der mellem: 1) ændringer af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden fornyet udbud, og 2) ændring af ikke-grundlæggende elementer, hvoraf der hertil sondres mellem uvæsentlige ændringer (også betegnet 'almindelige ændringer') og væsentlige ændringer – der er dog ikke en skarp afgrænsning mellem disse.

Uvæsentlige ændringer er mindre justeringer og tilpasninger af udbudsmaterialet, der ikke påvirker den tid, som en økonomisk aktør skal bruge for at udarbejde ansøgning eller tilbud. Dette gælder særligt, hvor der er tale om en "åbenbar fejl"¹⁴⁴. Derimod medfører de væsentlige ændringer, at de økonomiske aktører skal bruge yderligere tid til at forstå og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet, hvorfor de kræver forlængelse af ansøgnings- eller tilbudsfristen, jf. præambelbetragtning 81.

På baggrund af ovenstående kan der foretages ændringer af de ikke-grundlæggende elementer under den forudsætning ved væsentlige ændringer, at fristen for modtagelse af ansøgning eller tilbud forlænges, jf. Udbudsloven § 93, stk. 4, nr. 2. Dog sætter § 134 en tidsmæssig ramme på 6 dage før udløbet af enten ansøgnings- eller tilbudsfristen for ordregivers mulighed for at meddele supplerende og præciserende oplysninger til udbudsmaterialet¹⁴⁵.

Ændringer af udbudsmaterialet skal ske indenfor, hvad der kan rummes af den af udbudsbekendtgørelsen beskrevne anskaffelse¹⁴⁶. Se eksempelvis Klagenævnets kendelse, hvor ordregiver havde handlet i strid med gennemsigtighedsprincippet ved at have angivet divergerende oplysninger i henholdsvis udbudsbekendtgørelsen og -materialet. I udbudsbekendtgørelsen fremgik, at "Det samlede antal vil andrage ca. 6.000 beholdere.", mens det i udbudsmaterialet fremgik, at indkøbet angik 71.800 beholdere¹⁴⁷. I en anden sag kom Klagenævnet frem til et tilsvarende resultat, hvor det fremgik af udbudsbekendtgørelsen, at "Possible additional options related to both tender solutions will be defined in the course of negotiation process"¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 20. april 2018, j.nr. 17/00612, Lattanzio Advisory S.p.A, Fundación Educación Para el Empleo (EuropEFE), EFE Egypt, Jordan Career Education Foundation, EFE Maroc, EFE Tunisie, EFE US, Danish Forum for International Cooperation (FIC) mod Udenrigsministeriet

¹⁴⁵ Det følger af Domstolens praksis, at begrebet 'præcisering' er "[...] en meddelelse af detaljer, som mere klart beskriver den pågældende genstand, eller definerer den mere nøjagtigt." og 'supplering' "[...] en tilføjelse af oplysninger der ikke tidligere var disponible.", jf. C-87/94, Generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse af 12. september 1995, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien, pkt. 37. I litteraturen er sidstnævnte blevet præciseret med, at de oplysninger, der suppleres med kun "[...] ændrer kontraktgrundlaget i begrænset omfang.", jf. Treumer, 2000; side 145

¹⁴⁶ C-423/07, dom af 22 april 2010, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Spanien, præmis 60-61

¹⁴⁷ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 5. september 2006, j.nr. 05-97.232/2005-0002370, Joca Trading A/S mod Renosyd I/S

¹⁴⁸ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 20. juni 2013, j.nr. 2013-0033303, Bombardier Transportation Denmark A/S og Balfour Beatty Rail Danmark A/S mod Aarhus Letbane I/S

Angår den pågældende ændring dermed et element, der er angivet i udbudsbekendtgørelsen – dvs. at ændringen ikke kan rummes af det, der fremgår af denne – skal ordregiver indsende en 'Bekendtgørelse om ændringer eller supplerende oplysninger'¹⁴⁹.

3.3.3. BEGRÆNSNINGER I UDBUDSMATERIALET

Indledningsvist må der foretages en række grundlæggende sondringer i forhold til nedenstående analyse af betydningen af udbuddets mindstekrav. Der må sondres mellem 1) mindstekrav, hvor ordregiver i sit udbudsmateriale har fastslået, at disse ikke kan ændres og/eller tages forbehold for, 2) mindstekrav, hvor ordregiver i sit udbudsmateriale har fastslået, at disse kan ændres og/eller tages forbehold for samt 3) mindstekrav, hvor ordregiver ikke har forholdt sig hertil.

I forhold til pkt. 1) følger det af Udbudsloven § 159, stk. 6, at ordregiver er forpligtet til at afvise et tilbud, hvis ordregiver på forhånd har anført, at en bestemt fejl eller mangel vil føre til afvisning af tilbuddet. Klagenævnet har i en nylig kendelse slået fast, at praksis er særdeles restriktiv¹⁵⁰, hvor ordregiver utilsigtet havde formuleret en afvisningsklausul omfattet af § 159, stk. 6:

”Såfremt tilbudsgiver ikke afgiver nedenstående oplysninger, kan dette føre til afvisning af tilbuddet. Såfremt de afgivne oplysninger viser at tilbudsgiver ikke opfylder Ordregivers eventuelle mindstekrav [...] vil Ordregiver ikke kunne tage tilbuddet i betragtning.”¹⁵¹

Klagenævnet fastslog, at ordregiveren i sit udbudsmateriale ”[...] på forhånd udtrykkeligt har tilkendegivet [min markering], at manglende opfyldelse af kravet om dokumentationen vil føre til, at tilbuddet afvises.”¹⁵². Domstolen har tilsvarende fastslået, at ”Det påhviler således den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat [...]”¹⁵³, hvorfor en ordregiver, der har fastslået, at bestemte krav ikke kan ændres eller tages forbehold for, må overholde dette.

I relation til det i pkt. 2) angivne tilfælde er det klart, at ordregiver som i det i pkt. 1) angivne tilfælde, er strengt forpligtet til at overholde de betingelser som denne selv fastsætter. Har ordregiver tilladt en ændring af et krav, har ordregiver og tilbudsgiver i udgangspunktet mulighed for hhv. at ændre kravet og tage forbehold for dette. Dog har Klagenævnet for nyligt udtalt, at det er irrelevant for behandlingen af ændringer eller forbehold, at ordregiver har tilladt sådanne, hvis ændringen af eller forbeholdet for det pågældende krav i sig selv medfører, en påvirkning af potentielle økonomiske aktørers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejer konkurrencen mellem disse. På trods af, at ordregiver er forpligtet til ”[...] strengt at overholde de kriterier,

¹⁴⁹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2016; side 162

¹⁵⁰ Treumer, 2016; side 42

¹⁵¹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 6. december 2017, j.nr. 17/00123, Imatis A/S mod Region Hovedstaden

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ C-336/12, dom af 10. oktober 2013, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova, præmis 40

den selv har fastsat [...]”¹⁵⁴, kan ordregiver ikke fastsætte krav for udbudsproceduren, der er i strid Udbudsdirektivet eller Udbudsloven.

”De forhold, som en ordregiver på forhånd tydeligt har oplyst kan være genstand for forhandling, kan som udgangspunkt ikke anses for at være grundlæggende elementer, som der ikke kan forhandles om, medmindre der er tale om mindstekrav [...] Det påhviler Trafikselskabet Movia at bevise, at ændringen af finansieringskravet ikke var egnet til at påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet [...] og at det ikke har fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgiverne, således at der ikke var tale om ændring af et grundlæggende element [...]”¹⁵⁵

Hvis ordregiver ikke kan bevise, at ændringen af kravet ikke har haft betydning for konkurrencesituationen, må tilfældet falde ind under samme tilfælde som angivet i pkt. 3). Nedenstående analyse vil dermed tage udgangspunkt i de i pkt. 3) angivne, tilfælde, hvor ordregiver ikke på forhånd har forholdt sig til konsekvensen af ændringer af eller forbehold for opfyldelse af et bestemt mindstekrav og i forhold til pkt. 2) hvor ordregiver har forholdt sig til, at et bestemt mindstekrav kan ændres eller tages forbehold for, og dette viser sig at være forkert – f.eks. hvis kravet har karakter af et grundlæggende element.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 1. februar 2018, j.nr. 18/00014, ABB A/S mod Trafikselskabet Movia

DEL IV – ÆNDRINGER AF OG FORBEHOLD FOR MINDSTEKRAV

4. OFFENTLIGGØRELSE AF ANSKAFFELSEN

Det er fælles for både standardprocedurerne og de fleksible procedurer, at ordregiver i sin udbudsbekendtgørelse skal offentliggøre de oplysninger, der er anført i Udbudsdirektivet bilag V, del C, jf. art. 49. Dette skyldes, at det er en grundlæggende forudsætning for ligebehandling af tilbudsgiverne, at disse har adgang til væsentlige oplysninger omkring udbudsproceduren. Selvom der ikke fremgår en direkte henvisning til bilaget i art. 30 om konkurrencepræget dialog, modsat art. 29, stk. 1, 1. afsnit om udbud med forhandling, følger det af art. 49, at kravet om offentliggørelsen af en udbudsbekendtgørelse gælder for "[...] alle procedurer, med forbehold af artikel 26, stk. 5, andet afsnit, og artikel 32." – dvs. også for konkurrencepræget dialog. Dette fremgår tillige af Udbudsloven § 62 og § 68, stk. 1.

I forhold til anskaffelsen fremgår det af bilag V, del C, nr. 7, at ordregiver skal fastlægge en "Beskrivelse af kontrakten: arbejdets art og omfang, arten og mængden eller værdien af værdi af de varer, der skal leveres, tjenesteydelseernes art og omfang.". Der er således tale om en overordnet beskrivelse, der skal uddybes i udbudsmaterialet eller det beskrivende dokument. Beskrivelsen skal dog være så klar og konkret som muligt¹⁵⁶, med henblik på at sikre "[...] offentlighed og åbenhed omkring selve udbuddet, så de økonomiske aktører får mulighed for at tilkendegive deres interesse i at levere [...] til ordregiveren."¹⁵⁷

Ved udbud med forhandling følger det både af art. 29, stk. 1, 2. afsnit og § 62, stk. 3, at den ordregivende myndighed i det efterfølgende udbudsmateriale nærmere offentliggør udbuddets genstand, herunder mindstekrav. Derimod ved konkurrencepræget dialog følger det både af art. 30, stk. 2 og § 68, stk. 3, 1. pkt., at den ordregivende myndighed kan nøjes med at beskrive sine "behov og krav" i udbudsbekendtgørelsen, men at disse skal beskrives nærmere enten i udbudsbekendtgørelse eller det beskrivende dokument. Udbudsloven har herudover tilføjet, at ordregiver skal beskrive sine mindstekrav i enten udbudsbekendtgørelsen eller det beskrivende dokument, jf. § 68, stk. 3, 2. pkt.¹⁵⁸. Kravet om, at ordregiver skal fastsætte sine mindstekrav, følger ikke af art. 30, stk. 2, hvorfor Udbudsloven har skærpet kravene hertil. Dog kan det udledes af Udbudslovsudvalgets rapport, at der ikke er et krav til ordregiver om at skulle beskrive sine mindstekrav.

"Hvis [min markering] ordregiveren anvender mindstekrav, skal det fremgå hvilke dele af ordregiverens behov og krav, der definerer de mindstekrav, der skal opfyldes i alle tilbud."¹⁵⁹

¹⁵⁶ C-299/08, dom af 10. december 2009, Europa-Kommissionen mod Den Franske Republik, præmis 41

¹⁵⁷ Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015; side 58

¹⁵⁸ Det er dog vigtigt at påpege, at "[...] ordregiver skal give fri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsmaterialet fra datoen for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen [...]", jf. Udbudsloven § 132, stk. 1, medmindre udbudsmaterialet på grund af sin særlige karakter ikke kan offentliggøres, jf. § 132, stk. 2.

¹⁵⁹ Udbudslovsudvalget, 2014; side 145

Den præcise afgrænsning af, hvad ordregiver skal offentliggøre ved hhv. udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog er uklar – i forhold til sidstnævnte procedure er det afgørende, om ordregiver benytter sig af 'the consultative approach'¹⁶⁰ eller 'the investigative approach'¹⁶¹ – men kan antageligvis udledes af en formålsfortolkning. Hvor forhandlingsfasen ved udbud med forhandling omhandler tilbudsgivernes tilbud i forhold til de af ordregiver på forhånd opsatte krav til anskaffelsen, omhandler dialogfasen ved konkurrencepræget dialog, at ordregiver sammen med de økonomiske aktører fastsætter kravene til anskaffelsen. Der må dermed tilskrives ordregiver ved udbud med forhandling en større forpligtelse til at fastlægge anskaffelsen på forhånd end ved konkurrencepræget dialog.

"[...] it might be argued that the minimum degree of precision required for the specification issued at the start of an open procedure or at invitation to tender stage in a restricted procedure is greater than is required for the descriptive document issued at the start of the competitive dialogue procedure, since it is clear that the latter may be developed through dialogue with economic operators prior to the final tender stage."¹⁶²

5. FORBEHOLD OG ÆNDRINGER I DET OFFENTLIGGJORTE

Formålet med nedenstående afsnit er at analysere, i hvilket omfang ordregiver kan ændre de offentliggjorte mindstekrav uden at skulle igangsætte en ny udbudsprocedure, samt i hvilket omfang tilbudsgiver kan tage forbehold herfor uden at blive erklæret ukonditionsmæssig og afvist fra udbudsproceduren. Det må indledningsvist påpeges, at andelen af udbudsbekendtgørelser i Danmark i perioden 1. juni 2013 til 30. juni 2016 vedrørende konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling udgjorde hhv. 0,4 % og 10,5 %¹⁶³. Da der dermed er væsentlig færre afholdte udbudsprocedurer vedrørende konkurrencepræget dialog end udbud med forhandling, vil analysen vedrørende den konkurrenceprægede dialog i højere grad end ved udbud med forhandling tage udgangspunkt i Udbudsdirektivets og Udbudslovens ordlyd samt forarbejder hertil.

Afsnittet er først opdelt kronologisk i forhold til de fleksible procedurers faser, da den konkrete fase kan have væsentlig betydning for, om et mindstekrav kan ændres eller tages forbehold for. Det kan her være væsentligt, at sondre mellem de faser, hvor ordregiver kan ændre udbudsmaterialet, og de faser, hvor tilbudsgiver kan tage forbehold for samme, da det ikke kan udelukkes, at der er forskellig ændrings- og forbeholdsadgang. Herefter kan afsnittene eventuelt være underopdelt i udbud med forhandling og/eller konkurrencepræget dialog, hvor dette har vist sig at være nødvendigt for analysens resultat.

¹⁶⁰ 'The consultative approach' er defineret som, hvor "[...] the authority sets out a preferred solution at the start of the dialogue based on its own prior investigations [...] with competition being based on the detail of how those solutions will be implemented and on financial aspects.", jf. Arrowsmith et al., 2012a; side 61

¹⁶¹ 'The investigative approach' er defineret som, hvor "[...] the contracting authority sets out a very broad description of a project, and the solutions emerge through the dialogue itself.", jf. Ibid.; side 61

¹⁶² Arrowsmith, 2014; side 888-889

¹⁶³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2018b; side 18

5.1. ÆNDRING I UDBUDSMATERIALET INDEN TILBUDSFRISTEN

Behovet for smidighed ved de fleksible procedurer følger af Udbudsdirektivets præambelbetragtning 42, hvoraf det fremgår, at ”Der er et stort behov for at give de ordregivende myndigheder yderligere fleksibilitet til at vælge en udbudsprocedure, der giver mulighed for forhandlinger.”, men hvor går grænsen? Afsnittet fastlægger udgangspunktet for ændringer af mindstekrav i forhold til de følgende afsnits analyse.

Imidlertid fremgår afklaringen herpå hverken af Udbudsdirektivet eller Udbudsloven, hvorfor resultatet må afsøges i praksis. Af ældre praksis fra Domstolen fremgik det, at det er i strid med ligebehandlingsprincippet, hvis ordregiver tager en tilbudsgiver i betragtning, der ikke overholder grundlæggende bestemmelser i udbudsmaterialet¹⁶⁴. Den pågældende sag omhandlede dog tilbudsgivers forbehold for projekt- og mængderisiko¹⁶⁵, men Domstolen har videreført indholdet heraf til også at gælde ordregivers egne ændringer, hvorefter denne ”[...] end ikke ved rettelser, [kan] ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer, [...] 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.”¹⁶⁶.

Dette udgangspunkt er dog efterfølgende korrigeret, således at forbuddet mod ændringer af grundlæggende betingelser, herunder de tekniske specifikationer, udelukkende gælder som en hovedregel, hvorefter der må gælde undtagelser:

”Det fremgår ligeledes af Domstolens praksis, at den ordregivende enhed under udbudsproceduren i princippet ikke kan ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser [min markering] for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer [...] 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.”¹⁶⁷

Hvad der er omfattet af begrebet ’grundlæggende betingelser’ (engelsk: *’essential conditions’*) er uafklaret, herunder i hvilket omfang dette dækker det samme som mindstekrav. End ikke den engelske version giver svar på dette, da Domstolens oversættelse af *’essential conditions’* samt *’essential elements’* varierer¹⁶⁸. Denne manglende

¹⁶⁴ C-243/89, dom af 22. juni 1993, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Danmark, præmis 37-39

¹⁶⁵ Retsmøderapporten i sag C-243/89, Saml. 1993, I-3357, pkt. 54

¹⁶⁶ C-368/10, dom af 10. maj 2012, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene, præmis 55

¹⁶⁷ C-298/15, dom af 5. april 2017, »Bortā« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, præmis 70-71

¹⁶⁸ Eksempelvis oversættes begreberne som *’centrale elementer’*, jf. C-9/17, Generaladvokat Sánchez-Bordonas forslag til afgørelse af 13. december 2017, Maria Tirkkonen, pkt. 54, *’grundlæggende elementer’*, jf. C-223/16, Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse af 11. maj 2017, Casertana Costruzioni Srl mod Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Proveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise, Agenzia Regionale Campania per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S., pkt. 57-58, *’nødvendige betingelser’*, jf. C-567/15, dom af 5. oktober 2017, »LitSpecMet« UAB mod »Vilniaus lokomotyvų remonto depas« UAB, præmis 24, *’væsentlige elementer’*, jf. C-51/15, Generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse af 30. juni 2016, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord mod Region Hannover, pkt. 36 og *’afgørende kendetegn’*, jf. C-51/15, dom af 21. december 2016, Remondis GmbH & Co. KG

konsekvens i Domstolens oversættelse bidrager således ikke til afklaring af begrebets indhold, men dets henvisning til udbuddets tekniske specifikationer kan give associationer til definitionen af mindstekrav, hvorfor der kan være sammenfald ud fra en konkret vurdering af elementets karakteristika.

I den ovenfor anførte dom påpegede Generaladvokaten i sit forslag til afgørelse, at ”Det er muligt at forestille sig omstændigheder, hvor en sådan grundlæggende ændring kunne opstå [...]”¹⁶⁹, men kommer ikke nærmere ind på konkrete omstændigheder. Dette uddybede Domstolen, hvorefter ”[...] den ordregivende enhed [har] mulighed for undtagelsesvis at korrigere eller supplere oplysningerne i udbudsbetingelserne, hvis en simpel præcisering er fornøden, eller med det formål at korrigere åbenlyse indholdsmæssige fejl [...]”¹⁷⁰. Det væsentlige er, at ændringen ikke må kunne påvirke de elementer ”[...] 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 [...]”¹⁷¹.

Således sigter Domstolen mod at beskytte de interesserede økonomiske aktører, der har afstået fra at deltage i udbudsproceduren, men som potentielt kunne have afgivet tilbud, hvis det ændrede element havde været en del af det oprindelige udbudsmateriale. Fjernelse af mindstekrav kan således som udgangspunkt ikke accepteres, da disse udgør udbuddets centrale krav og karakteristika, der i høj grad kan påvirke potentielt interesserede økonomiske aktører, men kan dog ændres, hvor der bl.a. er tale om mindre præciseringer eller rettelse af skrivefejl¹⁷².

Der var dog ikke tale om et udbud omfattet af de tidligere udbudsdirektiver, da udbuddets værdi var lavere end tærskelværdierne, hvorfor Domstolen afsagde dom i henhold til de grundlæggende principper i TEUF om ligebehandling og gennemsigtighed. Principperne danner grundlag for fortolkningen af Udbudsdirektivet og Udbudsloven, hvor dette ikke indeholder bestemmelser om et konkret emne, hvorfor dommen antages at kunne henføres hertil.

Ovenstående praksis er endvidere gentaget i Klagenævnets praksis, hvoraf det fremgår, at mindstekrav ikke altid karakteriseres som grundlæggende elementer, da det afgørende har været, om ændringen af kravet har haft indvirkning på potentielle tilbudsgiveres beslutning om at deltage i udbuddet eller i øvrigt har fordrejet konkurrencen mellem disse, jf. princippet i Udbudsloven § 24, nr. 37. Ændringer af mindstekrav kan dog ’som klart

Region Nord mod Region Hannover, præmis 46. Særligt sidste oversættelse kan vække undren, da Domstolen henviser direkte til den næstsidste oversættelse.

¹⁶⁹ C-298/15, Generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse af 1. december 2016, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VI, pkt. 77

¹⁷⁰ C-298/15, dom af 5. april 2017, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VI, præmis 72

¹⁷¹ Ibid, præmis 70

¹⁷² C-298/15, Generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse af 1. december 2016, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VI, pkt. 75

udgangspunkt' ikke kan lades sig gøre¹⁷³, men kan alligevel ske under bestemte forudsætninger, f.eks. hvor ordregiver præciserede et mindstekrav i henhold til et andet mindstekrav, da førstnævnte gav anledning til tvivl¹⁷⁴. I sagen var det afgørende, at ændringen ikke havde indvirkning på potentielle tilbudsgivere og at konkurrence ikke blev fordrejet mellem aktuelle tilbudsgivere. Imidlertid fremgår betingelsen om konkurrencefordrejning ikke direkte af Domstolens praksis, men derimod af Fælleserklæringen¹⁷⁵. Dermed må de to ovenstående formuleringer – 'i princippet' og 'som klart udgangspunkt' – henset til ovenstående analyse antages at have et identisk indhold.

I forhold til den tidsmæssige afgrænsning påpegede Domstolen, at ordregiver under bestemte forudsætninger¹⁷⁶ kan foretage ikke-grundlæggende ændringer¹⁷⁷, herunder væsentlige ændringer af udbudsmaterialet, inden tilbudsgivernes afgivelse af tilbud¹⁷⁸. Herefter kan det udledes – ud fra et omvendt 'det mindre i det mere'-princip – at når ordregiver naturligvis ikke kan foretage væsentlige ændringer efter tilbudsfristen, så kan der heller ikke foretages ændringer af mindstekrav herefter, da disse er mere indgribende.

Den pågældende sag omhandlede dog et offentligt udbud, hvor der, til forskel fra eksempelvis udbud med forhandling, ikke er en forhandlingsfase efter førstkommande tilbudsfrist. Om nærværende tilbudsfrist angår

¹⁷³ Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015; side 57

¹⁷⁴ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. juli 2017, j.nr. 17/01077, Inventarland ApS mod Region Sjælland

¹⁷⁵ Heraf fremgår det, at "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 [min markering] [...]"

¹⁷⁶ Heraf fremgår det, at "Den ordregivende enhed er ligeledes berettiget til at foretage visse ændringer af udbudsbetingelserne [...]", hvis 1) "[...] 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.", 2) "[...] 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.", og 3) "[...] 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.", jf. C-298/15, dom af 5. april 2017, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VI, præmis 73-76

¹⁷⁷ Det antages, at de i C-298/15, dom af 5. april 2017, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VI, præmis 73-76 omtalte ændringer ikke er grundlæggende ændringer. Dette skyldes, at præmis 76 nævner, at den pågældende ændring tillades, hvis fristen for afgivelse af tilbud forlænges. Imidlertid kan ændringer af grundlæggende elementer ikke tillades, uagtet at tilbudsfristen forlænges. Endvidere fremgår det både af præmis 72, at "[...] alle tilbudsgiverne gives meddelelse [...]" vedrørende de omtalte ændringer i præmis 70-71, og præmis 75, at "[...] alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere kan få kendskab [...]" til de omtalte ændringer i præmis 73. Det vil ikke give mening, at gentage kravet om meddelelse til de økonomiske aktører, hvis præmis 72 og 75 henviser til samme ændringer.

¹⁷⁸ C-298/15, dom af 5. april 2017, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VI, præmis 76

førstkommende tilbudsfrist, hvor denne afviger fra den endelige tilbudsfrist, eller den endelige tilbudsfrist afklares nedenfor. Ordregiver tillades dermed i perioden mellem offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen og, som minimum, den førstkommende egentlige tilbudsfrist i et begrænset omfang at ændre mindstekravene.

5.1.1. UDBUD MED FORHANDLING

Formuleringen i forarbejderne til Udbudsloven, om at ”I proceduren udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse vil en ændring af mindstekrav altid udgøre en ændring af grundlæggende elementer [min markering].”¹⁷⁹ antages ikke at have betydning for ovenstående. Dette skyldes, at udbud med forhandling indtil forhandlingsforløbet er tilnærmelsesvis identisk med det begrænsede udbud¹⁸⁰, hvor ændringer af mindstekrav ikke altid udgør et grundlæggende element. Formuleringen må således skulle fortolkes i forhold forhandlingsfasen, jf. Udbudsloven § 66, stk. 2, 2. pkt. og stk. 5, hvoraf det fremgår, at ordregiver ikke kan forhandle om grundlæggende elementer, herunder mindstekrav, og at der som følge af forhandlingen må foretages ændringer i disse. Formuleringen fremgår endvidere ikke af Udbudsdirektivet, hvilket kan tale for samme resultat.

5.2. ÆNDRING VED OVERGANG TIL EN FLEKSIBEL PROCEDURE

De fleksible procedurer kan ikke udelukkende anvendes, såfremt ordregiver ønsker at udbyde en anskaffelse, hvis karakteristika er særegne eller komplekse, og dermed omfattet af Udbudsloven § 61 og § 67, stk. 1, nr. 1, litra a-d. Udbudsloven giver tillige ordregiver mulighed for at benytte disse i det omfang, at der i forbindelse med en standardprocedure¹⁸¹ kun afgives ikkeforskriftsmæssige¹⁸² eller uacceptable tilbud, jf. § 61 og § 67, stk. 1, nr. 2¹⁸³ – svarende til den tilsvarende betegnelse ’ikkeforskriftsmæssige eller uantagelige tilbud’, jf. Udbudsdirektivet art. 26, stk. 4, litra b. Ordregiver har dermed mulighed for ved en allerede igangsat standardprocedure at overgå til en fleksibel procedure, hvor betingelserne om anskaffelsens særegenhed og kompleksitet ikke er opfyldt, i det omfang alle de indkomne tilbud anses for ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable.

Selvom det fremgår af Udbudsdirektivets præambelbetragtning 44, at muligheden for at overgå til en fleksibel procedure kun gælder udbud med forhandling, følger det af selve Udbudsdirektivets ordlyd, at der gælder

¹⁷⁹ Lovforslag nr. 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. oktober 2015; side 57

¹⁸⁰ Udbudslovsudvalget, 2014; side 582

¹⁸¹ Reglen gælder kun for overgang fra en standardprocedure, dvs. ikke fra andre udbudsprocedurer, jf. Klagenævnet for Udbud, kendelse af 12. april 2018, j.nr. 17/01401, Lekolar Leika A/S mod Fællesudbud Sjælland ved Køge Kommune

¹⁸² I henhold til Dansk Sprognævns retskrivningsregler § 57, stk. 8, bør der sættes bindestreg mellem usædvanlige sammensætninger, f.eks. ikke-sammenlignelig og ikke-forskriftsmæssig (se: <https://dsn.dk/retskrivning/retskrivningsregler/a7-40-60/a7-57>). Imidlertid fremgår sidstnævnte ord i Udbudslovens uden bindestreg, hvorefter dette vil være stavemåden i afhandlingen

¹⁸³ Ved ikkeforskriftsmæssige tilbud forstås ”[...] tilbud, hvor 1) tilbuddet ikke lever op til kravene i udbudsmaterialet, 2) tilbuddet er modtaget for sent, 3) der foreligger bevis for ulovlig samordning eller bestikkelse eller 4) ordregiveren har konstateret, at tilbuddet er unormalt lavt.”, jf. Udbudsloven § 61, stk. 2, og ved uacceptable tilbud forstås ”[...] tilbud, som 1) er indgivet af tilbudsgivere, som ikke lever op til de fastsatte minimumskrav til egnethed, eller 2) overstiger det af ordregiveren på forhånd fastsatte budget.”, jf. Udbudsloven § 61, stk. 3

samme regler for begge udbudsprocedurer, jf. art. 26, stk. 4, litra b. Sådanne tilfælde, hvor præambelbetragtningerne er uoverensstemmende med de materielle bestemmelser, betegnes 'konstruktiv uklarhed', og er en variant af det juridiske fænomen 'lovgivning i forarbejderne/præambelen'¹⁸⁴. Disse uoverensstemmelser er typisk et resultat af kompromiser i lovgivningsprocessen med det resultat, at der opstår fortolkningstvivel om retstilstanden¹⁸⁵. Dog må Udbudsdirektivets ordlyd tillægges større retskildeværdi end præambelbetragtningerne, som følge af, at sidstnævnte i sig selv ikke kan være retsregel – kun et fortolkningsbidrag¹⁸⁶.

Indledningsvist fremgik det af direktiv 2004/18/EF, at "De ordregivende myndigheder kan indgå offentlige kontrakter ved udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde: a) når der i forbindelse med et offentligt eller et begrænset udbud eller en konkurrencepræget dialog er afgivet tilbud, som ikke er forskriftsmæssige, eller er afgivet tilbud, som er uantagelige [...] forudsat at de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt [min markering].", jf. art. 30, stk. 1, litra a. Bestemmelsen svarer i store træk til direktiv 93/36/EØF art. 6, stk. 2-4 angående offentlige indkøb og direktiv 93/37/EØF art. 7, stk. 3-4 angående indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Om en konkret ændring anses som væsentlig er op til en konkret vurdering, men Europa-Kommissionen har i sin vejledning til direktiv 93/36/EØF fremlagt, at væsentlige ændringer betragtes som "[...] ændringer i vilkårene for f.eks. finansieringen, leveringsfristen og navnlig de tekniske specifikationer, der angiver, hvilke varer der skal leveres."¹⁸⁷.

En lignende bestemmelse findes hverken i Udbudsdirektivet eller Udbudsloven. Af Udbudsdirektivets præambelbetragtning 44 fremgår det dog, at "Udbud med forhandling bør også være en mulighed i tilfælde, hvor et offentligt eller begrænset udbud kun har resulteret i ukorrekte eller uacceptable tilbud. I sådanne tilfælde bør de ordregivende myndigheder kunne forhandle med sigte på at indhente korrekte og acceptable tilbud.". Med formuleringen "[...] forhandle med sigte på at indhente korrekte og acceptable tilbud.", må det antages at være henvist til tilbuddenes konditionsmæssighed i forhold til det oprindelige materiale, da betegnelsen 'korrekte og acceptable tilbud' må ses i forhold til de tilbud, der oprindeligt var ukorrekte eller uacceptable. Således må udbudsmaterialet fortsat ikke ændres væsentligt.

Endvidere kan der argumenteres for, at i det omfang ordregiver kunne foretage væsentlige ændringer, ville det føre til en omgåelse af Udbudsdirektivet og Udbudsloven, da ordregiver, ved at stille for skærpede krav til tilbudsgiverne ved standardproceduren, kunne få mulighed for, ved at fjerne disse skærpede krav, at forhandle om simple anskaffelser, der ellers ikke er mulighed for ved brug af en fleksibel procedure, jf. § 61 og § 67, stk. 1, nr. 1, litra a-d. Dermed påvirker den gamle udbudsprocedure i høj grad den nye.

¹⁸⁴ Treumer, 2013b; side 348

¹⁸⁵ Ibid.; side 365

¹⁸⁶ C-215/88, dom af 13. juli 1989, Casa Fleischhandels-GmbH mod Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, præmis 31

¹⁸⁷ Europa-Kommissionens 'Vejledning om EU-reglerne om offentlige indkøb af varer, Direktiv 93/36/EØF'; side 23

Imidlertid må det antages, at de ændringer, der blev accepteret efter direktiv 2004/18/EF, tillige må accepteres i praksis efter Udbudsdirektivet og Udbudsloven¹⁸⁸. Dette har Klagenævnet videreført ved at fastholde, at der ikke kan foretages ”[...] ændring i evalueringsmetoden, i tildelingskriteriet¹⁸⁹, i underkriterierne eller i mindstekravene.”¹⁹⁰. Særligt ændring af sidstnævnte har givet anledning til yderligere overvejelser, da Klagenævnet i en nylig kendelse har påpeget, at ordregiver kan ændre mindstekrav under forudsætning af, at dette ikke kan karakteriseres som en ændring af et grundlæggende element.

Sagen angik et offentligt udbud af landsdækkende levering af fødevarer til offentlige køkkener. Ordregiver havde i sit udbudsmateriale fastslået, at ”Hvis der er fejl i én eller flere kritiske varelinjer, er tilbuddet ukonditionsmæssigt, og tilbuddet vil i sin helhed forkastes.”. Ved fristen for modtagelse af tilbud havde alle tilbudsgiverne afgivet tilbud med fejl i en eller flere af de kritiske varelinjer, hvorfor ordregiver valgte at overgå til udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, jf. § 61, stk. 1, nr. 2. I det nye udbudsmateriale havde ordregiver ændret kravet til, at det blev accepteret, at tilbuddet indeholdt maksimalt 20 kritiske varelinjer med fejl. Dette klagede en forbigået tilbudsgiver over, hvorefter Klagenævnet kom frem til, at ændringer af mindstekrav som følge af overgang fra en standardprocedure til udbud med forhandling følger Klagenævnets praksis for ændringer af mindstekrav under verserende udbudsprocedurer, dvs. at der kan ske ændringer af mindstekrav, når disse ikke kan betegnes som grundlæggende elementer.

”Lempelsen var egnet til at undgå, at tilbud på grund af en enkeltstående fejl skulle erklæres ukonditionsmæssige, og ændringen var dermed egnet til at øge den faktiske konkurrence. Det er på den baggrund og henset til udbuddets karakter og omfang godtgjort, at der konkret ikke var tale om en ændring, som var egnet til at påvirke potentielle tilbudsgiveres beslutning om at deltage eller egnet til at fordreje konkurrencen mellem de faktiske tilbudsgivere [...] ændringen af det pågældende mindstekrav [var] således ikke en ændring af et grundlæggende element, og [...] herefter ikke i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet [...]”¹⁹¹

Tages antallet af varelinjer i udbuddet i betragtning (ca. 4.500), kan der argumenteres for, at der ikke er tale om en væsentlig ændring af det oprindelige udbudsmateriale, men mere en nødvendig korrektion af et element. At varelinjerne blev betegnet som ’kritiske’ taler modsat for, at der er tale om en væsentlig ændring. Dog fremgår det af SKIs foretagne markedsanalyse, der skulle identificere det potentielle leverandørmarked, at ”Leverandørfeltet til storkøkkener er begrænset til de tre store grossister¹⁹². Laget af mellem- og små virksomheder har

¹⁸⁸ Fabricius, 2016a; side 194

¹⁸⁹ Det kan overvejes, om ordregiver ved brug af tildelingskriteriet laveste ’pris’ eller ’omkostninger’ i det oprindelige udbud kan ændre tildelingskriteriet, og overgå til konkurrencepræget dialog, hvor tildelingskriteriet ’bedste forhold mellem pris og kvalitet’ skal benyttes, jf. § 72, stk. 1. Dette antages ikke at kunne lade sig gøre, jf. Rytter, 2018; side 8

¹⁹⁰ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 6. december 2017, j.nr. 17/00123, Imatis A/S mod Region Hovedstaden

¹⁹¹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 9. februar 2018, j.nr. 17/00127, Dansk Cater A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S

¹⁹² Alle disse tre grossister, Dansk Cater A/S, Foodservice Danmark A/S (Catering Engros A/S) og Hørkram A/S, bød på både det oprindelige offentlige udbud og det efterfølgende udbud med forhandling.

ikke størrelse og logistik til at levere til en landsdækkende aftale.”¹⁹³. Eftersom ingen af de i markedsundersøgelsen nævnte grossister kunne opfylde kravet om ingen fejl i kritiske varelinjer, kan ændringen ikke være egnet til at påvirke andre potentielt interesserede økonomiske aktører, og kan dermed ikke anses som en væsentlig ændring. Således tillades ordregiver ændringer, der er mere indgribende end dem, som tillades inden tilbudsfristen¹⁹⁴, så længe ændringen ikke er så væsentlig, at den er egnet til at påvirke andre potentielt interesserede økonomiske aktører.

Ordregiver kan hertil tillades en endnu mere lempet væsentlighedsvurdering, hvis ordregiver offentliggør en udbudsbekendtgørelse i EU-tidende, selvom denne i udgangspunktet ikke er forpligtet hertil jf. art. 26, stk. 4, litra b, 1. afsnit og § 61 og § 67, stk. 4¹⁹⁵. Dette skyldes, at der, i dette tilfælde, er tale om en form for nyt udbud ved offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, hvorimod overgang til en fleksibel procedure uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse anses som en forlængelse af det oprindelige udbud¹⁹⁶.

Denne lempede væsentlighedsvurdering kan endvidere følge af, at der gælder en standstill-periode, hvor en kontrakt tildeles ved udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse, modsat hvor denne tildeles uden forudgående udbudsbekendtgørelse, jf. Klagenævnets loven § 3, stk. 3, nr. 1. Ved udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse har en forbigået tilbudsgiver mulighed for at klage over den afholdte udbudsprocedure i løbet af standstill-perioden, og deri få tillagt klagen opsættende virkning, jf. § 12, stk. 2.

Man skal fortsat ikke dvæle ved bemærkningen i forarbejderne til Udbudsloven om, at ”I proceduren udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse vil en ændring af mindstekrav altid udgøre en ændring af

¹⁹³ Forinden offentliggørelse og igangsættelse af det offentlige udbud, havde SKI igangsat et begrænset udbud, der var tilsvarende det efterfølgende offentlige udbud – et udbud der blev annulleret som følge af en væsentlig tilpasning af sortimentet således, at ”[...] det frivillige sortiment blevet indholdsløst og udgår som konkurrenceparameter.”, jf. Klagenævnet for Udbud, kendelse af 9. februar 2018, j.nr. 17/00127, Dansk Cater A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S. I forbindelse med det begrænsede udbud blev grossisten ThomBerg ApS/iPosen.dk – foruden Dansk Cater og Foodservice Danmark A/S (Catering Engros A/S) – prækvalificeret, men afgav ikke tilbud, fordi ”[...] ThomBerg ville have svært ved at imødekomme de kommunale køkkeneres behov for store forpackninger, fx hvedemel i Salgsenheder á 15-25 kg og rosiner i salgsenheder á 11-13 kg, idet iPosen’s primære målgruppe er den private husstand.”, jf. Ibid.

¹⁹⁴ Dvs. en mulighed for ”[...] undtagelsesvis at korrigere eller supplere oplysningerne i udbudsbetingelserne, hvis en simpel præcisering er fornøden, eller med det formål at korrigere åbenlyse indholdsmæssige fejl [...]”, jf. C-298/15, dom af 5. april 2017, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūru uosto direkcija VĮ, præmis 72

¹⁹⁵ Heraf fremgår det, at ”[...] ordregiveren ikke [er] forpligtet til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, når alle tilbudsgiverne under det forudgående offentlige eller begrænsede udbud har afgivet tilbud i overensstemmelse med udbudsprocedurens formelle krav, og hvis de alle opfylder kravene i § 159, stk. 2, 2. pkt., nr. 1-3.”. Sidstnævnte krav angår, at tilbuddet 1) ikke er udelukket i henhold til §§ 135-137, 2) opfylder de af ordregiveren fastsatte minimumskrav, jf. § 140-143, og 3) hvis dette er relevant, er udvalgt til at afgive tilbud, jf. Udbudsloven § 145.

¹⁹⁶ Lovforslag nr. 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. oktober 2015; side 213

grundlæggende elementer.”¹⁹⁷. Bemærkningen angår ikke overgangen til udbud med forhandling, da udbudsproceduren på tidspunktet for ændringen af det pågældende mindstekrav ikke er igangsat¹⁹⁸.

5.3. FORBEHOLD I DET INDLEDENDE TILBUD OG DIALOGOPLÆG

Det er antaget i dansk praksis, at tilbudsgiver kan tage forbehold for opfyldelse af mindstekrav under forhandlings-¹⁹⁹ og dialogfasen²⁰⁰ uden at blive erklæret ukonditionsmæssig, hvis forbeholdet er frafaldet i det endelige tilbud. I hvilken udstrækning dette er i overensstemmelse med EU-retten er uafklaret, eftersom Domstolen ikke har afklaret dette i forhold til Udbudsdirektivet, men kun i forhold til udbud med forhandling efter direktiv 2004/18/EF.

5.3.1. UDBUD MED FORHANDLING

Det følger af den juridiske litteratur, at det er uafklaret og omdiskuteret, hvordan forbehold for opfyldelse af mindstekrav i det indledende tilbud skal behandles²⁰¹. Det er i denne anledning væsentligt at sondre mellem det indledende og det endelige tilbud, da det endelige tilbud danner grundlag for evalueringen og tildelingen af kontrakten, mens det indledende tilbud som udgangspunkt kun danner grundlag for en forhandling mellem ordregiver og tilbudsgiver. Det indledende tilbud er således ikke afgørende i tildelingsmæssigt henseende, medmindre ordregiver har forbeholdt sig muligheden herfor, hvorefter det indledende tilbud må sidestilles med det endelige tilbud.

Hverken Udbudsdirektivet eller Udbudsloven forholder sig direkte til, om en tilbudsgiver kan tage forbehold for opfyldelse af mindstekrav i det indledende tilbud. Dog fremgår det af forarbejderne til Udbudsloven § 66, at ”Ordregiveren kan indlede forhandlinger med tilbudsgivere, der har afgivet tilbud med forbehold over for mindstekrav medmindre andet fremgår af udbudsmaterialet.”²⁰².

Af Udbudsdirektivet art. 29, stk. 1, 2. afsnit, 2. pkt. omkring udbud med forhandling fremgår det derimod, at ”De ordregivende myndigheder anfører [...] hvilke af beskrivelsens elementer der definerer de minimumskrav, som skal opfyldes i alle tilbud [min markering]”. Da art. 29, stk. 1, 2. afsnit kan læses som, at bestemmelsen kun angår de krav, som ordregiver har angivet som ”[...] minimumskrav, som skal opfyldes i alle tilbud.”, kan det give anledning til tvivl, om ordregiver kan anføre at nogle mindstekrav udelukkende skal opfyldes i det

¹⁹⁷ Ibid.; side 105

¹⁹⁸ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 9. februar 2018, j.nr. 17/00127, Dansk Cater A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S

¹⁹⁹ Lovforslag nr. 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. oktober 2015; side 105

²⁰⁰ Ibid.; side 110

²⁰¹ Treumer, 2016; side 29

²⁰² Lovforslag nr. 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. oktober 2015; side 105

endelige tilbud. Dette antages ikke at være en mulighed. Det fremgår nemlig af Udbudsdirektivets præambelbetragtning 45, 2. afsnit omhandlende definitionen af mindstekrav, at disse er "[...] de betingelser og karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have [min markering] [...]".

At de af ordregiver formulerede mindstekrav "skal opfyldes i alle tilbud" fremgår endvidere i forhold til udbudsproceduren innovationspartnerskaber, jf. art. 31, stk. 1, 2. afsnit, samt i forarbejderne til § 74, stk. 3:

Udbudsdirektivet art. 31, stk. 1, 2. afsnit: Den ordregivende myndighed anfører, hvilke af denne beskrivelses elementer der definerer de minimumskrav, som skal opfyldes i alle tilbud [min markering].

"Endvidere fastsætter bestemmelsen, at ordregiveren skal fastsætte [...] hvilke dele af beskrivelsens elementer, der definerer de mindstekrav, der skal opfyldes i alle tilbud [min markering]."²⁰³

Det kan hertil vække undren, at formuleringen om, at mindstekrav "skal opfyldes i alle tilbud" i udbud med forhandling, jf. art. 29, stk. 1, 2. afsnit, ikke tilsvarende er overført til Udbudsloven selvom bestemmelsen er tilnærmelsesvis identiske med art. 31, stk. 1, 2. afsnit omhandlende innovationspartnerskaber:

Udbudsdirektivet art. 29, stk. 1, 2. afsnit: De ordregivende myndigheder anfører også, hvilke af beskrivelsens elementer der definerer de minimumskrav, som skal opfyldes i alle tilbud [min markering].

"Endvidere fastsætter bestemmelsen, at ordregiveren skal fastsætte [...] hvilke dele af beskrivelsens elementer, der definerer de mindstekrav, som skal opfyldes af tilbudsgiverne i deres endelige tilbud [min markering]."²⁰⁴

Ser man nærmere på 'Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning', påpeger Udbudslovsudvalget, at mindstekravene for begge udbudsprocedurer "skal opfyldes i alle tilbud"²⁰⁵, og på trods af, at Udbudslovsudvalget i begrænset omfang har valgt at omformulere ordlyden af bestemmelse i art. 29 af hensyn til dansk lovtradition, har udvalget ikke haft til hensigt at ændre indholdet af bestemmelsen.

"Formålet med udvalgets arbejde, var blandt andet hensynet til at skabe klarhed. Derfor har udvalget vurderet det hensigtsmæssigt at omformulere indholdet af bestemmelsen i artikel 29, så den bedre stemmer overens med dansk lovtradition uden at ændre i bestemmelsens indhold [min markering]."²⁰⁶

Lovgiver har desuagtet indført i forarbejderne, at mindstekrav ved udbud med forhandling udelukkende skal opfyldes i det endelige tilbud, og at det ikke vil være i uoverensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, hvis en tilbudsgiver ikke overholder de fastsatte mindstekrav i det indledende tilbud. Det

²⁰³ Ibid.; side 113

²⁰⁴ Ibid.; side 103

²⁰⁵ Udbudslovsudvalget, 2014; side 139 og 149

²⁰⁶ Ibid.; side 588

kan dermed overvejes, om lovgiver med sin implementering af Udbudsloven på baggrund af Udbudslovsudvalgets bemærkninger har presset grænserne og bevæget sig ind i en gråzone i forhold til, hvad Udbudsdirektivet tillader, eller direkte fejlimplementeret dette²⁰⁷.

I henhold til ovenstående er mindstekrav således krav, der i sig selv skal overholdes i alle tilbud. Dette kan dermed tale for, at mindstekrav også skal opfyldes i det indledende tilbud, uagtet om ordregiver angiver, at mindstekravet kun skal opfyldes i det endelige tilbud – i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning til Udbudsloven fremgår en lignende definition:

”Et mindstekrav er et krav til egenskaber ved den udbudte ydelse, der fastsætter karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal overholde [min markering].”²⁰⁸

Udbudsdirektivet sonderer mellem tre tilbudsformer; ”[...] indledende og alle efterfølgende tilbud, som tilbudsgiverne har afgivet, med undtagelse af de endelige tilbud [mine markeringer] [...]”, jf. art. 29, stk. 3, 1. afsnit. At lovgiver har anført, at mindstekrav skal opfyldes i alle tilbud, må dermed føre til, at mindstekrav ikke kun skal opfyldes i det endelige tilbud, men også i det indledende og alle efterfølgende tilbud. Det kan dog overvejes, om det indledende tilbud har en så væsentlig anden karakter end det endelige tilbud, at dette ikke omfattes af begrebet ’tilbud’. Dette vil dog virke ulogisk, da ordregiver kan tildele kontrakten på baggrund af det indledende tilbud, hvorfor dette må anses som et bindende tilbud i aftaleretligt henseende.

På den anden side følger det af art. 29, stk. 7, at ”De ordregivende myndigheder kontrollerer, at de endelige tilbud opfylder minimumskravene [min markering] [...]”, dvs. at ordregiver ikke er forpligtet til at undersøge, om det indledede tilbud opfylder disse. Hvis ordregiver således ikke har en kontrolforpligtelse i henhold til opfyldelse af mindstekrav i det indledende tilbud, kan der argumenteres for, at tilbudsgiverne ikke er forpligtet til at overholde disse heri. Bestemmelsen må dog holdes op mod kravet i art. 29, stk. 1, 2. afsnit om, at mindstekravene ”[...] skal opfyldes i alle tilbud.”.

I almindelighed må det antages, at ordregiver af hensyn til tilbudsgiverne har gennemlæst det indledende tilbud grundigt, da dette tilbud danner grundlag for den efterfølgende forhandling, jf. art. 29, stk. 3 og § 66, stk. 2, 1. pkt. Hertil bør ordregiver kende udbudsmaterialets grundlæggende elementer, herunder mindstekrav, hvorfor denne ikke ’kan vende det blinde øje til’ afvigelser herfra. Følger det omvendt af art. 29, stk. 7, at ordregiver kun er forpligtet til at undersøge indholdet af det endelige tilbud, ville hensigten med forhandlingen miste sin betydning, da ordregiver principielt ville kunne forhandle med tilbudsgivere, der tilbyder et andet produkt end den ønskede anskaffelse. Bestemmelsen må således blot angå, at ordregiver skal sikre sig, at den vindende tilbudsgiver faktisk overholder udbudsmaterialets krav.

²⁰⁷ Treumer, 2016; side 46

²⁰⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2016; side 141

En lignende kontrolforpligtelse følger endvidere af art. 67, stk. 4 og § 164, stk. 2, hvorefter ordregiver i tvivlstilfælde – dvs. hvor der er konkret og åbenbar tvivl, eller hvis der i øvrigt foreligger særlige omstændigheder, der begrundet denne undersøgelsespligt²⁰⁹ – skal kontrollere oplysningerne i tilbuddet. Bestemmelsen omhandler tildelingskriterierne og er dermed ”[...] knyttet til tilbudsvurderingen, således [at] ordregiveren i forbindelse med tilbudsvurderingen har en pligt til at foretage en effektiv kontrol af oplysninger og dokumentation i tilbuddet i tvivlstilfælde.”²¹⁰ Da der er knyttet en tilbudsvurdering til både muligheden for at begrænse antallet af tilbudsgivere (herefter betegnet ’shortlisting’) og hvor ordregiver har taget forbehold for at tildele kontrakten på baggrund af det indledende tilbud, må det antages, at der tillige følger en kontrolforpligtelse i tvivlstilfælde under disse omstændigheder ved det indledende tilbud.

Imidlertid følger den af Udbudsloven fastsatte retstilstand af Klagenævnets langvarige praksis, der kan spores tilbage til direktiv 93/38/EØF, hvor det fastslog, at ordregiver ved modtagelsen af det indledende tilbud, hverken er forpligtet eller berettiget til at afvise en tilbudsgiver, der tager forbehold for grundlæggende elementer, herunder mindstekrav.

”Ved udbud med forhandling skal tilbudsgivernes tilbud ikke danne grundlag for en beslutning om, hvem der skal indgås kontrakt med, men derimod alene danne grundlag for de forhandlinger med tilbudsgiverne, som skal gennemføres under et sådant udbud. Udbyderen er derfor ikke [...] forpligtet til at afvise tilbud, som ikke opfylder grundlæggende udbudsbetingelser og heller ikke berettiget hertil [...]”²¹¹

Selvom det indledende tilbud efter Udbudsdirektivet, modsætningsvis direktiv 93/38/EØF, kan ”[...] danne grundlag for en beslutning om, hvem der skal indgås kontrakt med [...]”²¹² har Klagenævnet gentaget sin praksis i en nyere kendelse – dog i henhold til direktiv 2004/17/EF – og konstateret, at ordregiver ikke har en udførlig undersøgelsespligt i forbindelse med det indledende tilbud ved udbud med forhandling. Derfor fortaber ordregiver ikke retten til at afvise et tilbud med forbehold for et grundlæggende element, der allerede var gjort gældende i det indledende tilbud, hvis det pågældende tilbudsforbehold stadig eksisterer ved indlevering af det endelige tilbud. Sagen angik et udbud med forhandling om levering af rullende materiel til Odense Letbane samt efterfølgende vedligeholdelse heraf. En tilbudsgiver havde i sit indledende og endelige tilbud taget forbehold for, at i det omfang hvert togsæt kørte længere end det af ordregiver estimerede, skulle parterne genforhandle en ny pris for vedligeholdelsen. Tilbuddet blev afvist som ukonditionsmæssigt af ordregiver, hvorefter tilbudsgiver klagede til Klagenævnet og påpegede, at ordregiver havde fortabt retten til at påberåbe ukonditionsmæssigheden, da dette ikke var påpeget under forhandlingsfasen, hvilket blev afvist af Klagenævnet:

²⁰⁹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 23. juni 2017, j.nr. 17/00982, MultiLine A/S Furesø Kommune

²¹⁰ Lovforslag nr. 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. oktober 2015; side 181

²¹¹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 4. november 2003, j.nr. 03-181.088, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Lokalbanen A/S

²¹² Ibid.

”[...] det [er] klagenævnets vurdering, at Skoda med den anførte formulering har taget et klart forbehold overfor et grundlæggende element i udbuddet [...] Der er endelig ikke under henvisning til forhandlingsforløbet, grundlag for at anse Odense Letbane for at have fortabt retten til at påberåbe sig ukonditionsmæssigheder i et tilbud.”²¹³

I og med, at ordregiver ikke har ’fortabt retten til at påberåbe sig ukonditionsmæssigheder’ i det endelige tilbud, vil ukonditionsmæssigheder i det indledende tilbud heller ikke i sig selv medføre, at tilbuddet skal afvises. Af de ovenstående kendelser må det kunne udledes, at et forbehold for grundlæggende elementer, herunder mindstekrav, i det indledende tilbud efter dansk praksis ikke i sig selv medfører, at den pågældende tilbudsgiver skal afvises.

Ordregiver burde dog have været forpligtet til at skulle overholde sit eget udbudsmateriale, da det fremgik heraf, at ”For each of the following offers - First Offer [...] and Best And Final Offer (BAFO) - the Tenderers shall submit complete sets of Tender Deliverables [...] Prior to reviewing the tender responses, Odense Letbane P/S will carry out an initial review of each submission to confirm completeness and compliance with the Instructions to Tenderers [min markering] [...]”²¹⁴, hvorfor kendelsen i dette perspektiv må have begrænset retskildeværdi.

Dog afviger Klagenævnets praksis væsentligt fra Domstolens. Imidlertid har denne siden Udbudsdirektivet trådte i kraft ikke taget konkret stilling til, om tilbudsgiver kan tage forbehold for mindstekrav i det indledende tilbud. I en efterhånden ældre præjudiciel forelæggelse fra den estiske højesteret om fortolkning af direktiv 2004/18/EF art. 30, har Domstolen taget stilling til hvorvidt ”[...] en ordregivende myndighed kan føre forhandlinger med tilbudsgiverne om tilbud, som ikke svarer til de bindende krav, der er fastsat i kontraktens tekniske specifikationer?”²¹⁵.

Sagen angik et udbud med forhandling igangsat af den estiske vejstyrelse omkring planlægning og anlæggelse af vejstrækningen Aruvalla-Kose på E263. I det oprindelige udbudsmateriale fremgik det, at midterrabbatten på vejstrækningen skulle have en bredde på 13,5 meter fra kilometer 26,6 til kilometer 32, og en bredde på 6 meter fra kilometer 32 til kilometer 40. Dog havde en enkelt tilbudsgiver tilbudt en midterrabat på 6 meter på hele strækningen, hvilket medførte, at ordregiver efter forhandlingsfasen ændrede udbudsmaterialet til at være tilpasset denne tilbudsgiver. Ved det endelige tilbud havde alle tilbudsgivere afgivet fornyet tilbud, der var tilpasset det nye udbudsmateriale²¹⁶. Domstolen fastslog herefter, at art. 30 skulle fortolkes således:

”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 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

²¹³ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 29. september 2017, j.nr. 17/00901, Skoda Transportation a.s. mod Odense Letbane P/S

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ C-561/12, dom af 5. december 2013, Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium, præmis 26

²¹⁶ Ibid., præmis 12-15

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. Henset til ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 30, stk. 2, i direktiv 2004/18 ikke tillader en ordregivende myndighed at føre forhandlinger med tilbudsgiverne om tilbud, som ikke opfylder de bindende krav²¹⁷ [min markering], der er fastsat i udbuddets tekniske specifikationer.”²¹⁸

Selvom Den Europæiske Unions Domstol ultimativt foretager den endelige fortolkning af udbudsretlige spørgsmål, kan det overvejes, om ovennævnte dom kun gælder i forhold til direktiv 2004/18/EF eller om denne kan henføres til Udbudsdirektivet. Til denne analyse må svaret søges i de udbudsretlige principper.

I forhold til ligebehandlingsprincippet følger det, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskelligartede forhold derfor ikke må behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet og proportional²¹⁹. Ved udbud med forhandling handler tilbudsgiverne på ensartede vilkår, da de alle ved, hvad de skal give tilbud på, hvis de har gennemlæst udbudsmaterialet, herunder hvilke krav de som minimum skal opfylde. Heraf må det således kunne udledes, at tilbudsgiver, der opfylder mindstekravene og tilbudsgivere, der ikke opfylder mindstekravene, ikke bør behandles ens.

Ligebehandlingsprincippet kan dog fraviges, hvis det er objektivt nødvendigt for at fremme det saglige formål og udformet på en måde, der fremkalder mindst mulig forskelsbehandling²²⁰. Det kan i denne forbindelse overvejes, om hensynet til effektivitet og opnåelse af øget konkurrence i henhold til proportionalitetsprincippet kan udgøre en saglig begrundet fravigelse af ligebehandlingsprincippet. Hertil fremgår det af 'Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb'²²¹ og 'Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb'²²², at EU skal arbejde for bæredygtig vækst, herunder fremme af en mere ressourceeffektiv og konkurrencedygtig økonomi. Dog har sådanne kommissionsdokumenter sædvanligvis begrænset eller ingen retskildeværdi²²³, men som følge af, at disse hensyn ligeledes fremgår af Udbudsdirektivets præambelbetragtning 2, må disse tillægges samme retskildeværdi som præambelbetragtningerne.

I den juridiske litteratur har diskussionen gået på forholdet mellem den nødvendige lovmæssighed i forhold til EU-retten over for, hvad der er mest ressourceeffektivt i forhold til proportionalitetsprincippet. Der argumenteres bl.a. for at fordelene ved at tage virksomheder, der tager forbehold, med i forhandlingerne er, at "[...] konkurrencen bliver større, hvilket i sidste ende skaber de bedste forhold for ordregiveren [...]"²²⁴, mens en

²¹⁷ Begrebet 'bindende krav' er i den engelske version oversat til 'mandatory requirements', hvilket må antages at have samme betydning som mindstekrav, herunder begrebet 'minimum requirements'

²¹⁸ C-561/12, dom af 5. december 2013, Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium, præmis 37-39

²¹⁹ Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015; side 57

²²⁰ Fenger, 2013; side 51

²²¹ Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb af 20. December 2011, KOM(2011) 896 endelige

²²² Europa-Kommissionen, 2011a; side 1-2

²²³ Blume, 2016; side 279

²²⁴ Hamer, 2016; side 432

anden forfatter påpeger, at et forbehold for opfyldelse af et mindstekrav ofte kan skyldes, at tilbudsgiver ikke har forstået rækkevidden af mindstekravet og dermed utilsigtet har taget forbehold for dette. Forhandlingen giver dermed ordregiver mulighed for at fjerne misforståelser og forklare en tilbudsgiver, der har taget forbehold for opfyldelse af et mindstekrav, hvordan mindstekravet skal forstås²²⁵. Alt sammen argumenter, der kan rummes af Udbudsdirektivets formål i præambelbetragtning 1-2²²⁶.

I forhold til gennemsigtighedsprincippet må det imidlertid påpeges, at når Udbudsdirektivet anfører, at de af ordregiver fastsatte mindstekrav skal opfyldes i alle tilbud i forbindelse med udbud med forhandling, må formålet være at sikre, at afvigelser i de indkomne indledende tilbud ikke kommer til at påvirke forhandlingen. At det fremgår af § 66, stk. 2, 2. pkt., at ordregiver ikke må forhandle om grundlæggende elementer, herunder mindstekrav, medfører antageligvis ikke, at ordregiver ikke må påpege disse over for tilbudsgiverne med henblik på at sikre, at disse fortsat ikke tager forbehold for de grundlæggende elementer i deres endelige tilbud²²⁷.

Det kan hertil påpeges, at i det omfang en tilbudsgiver, der i sit indledende tilbud har taget forbehold for et mindstekrav, efterfølgende har frafaldet forbeholdet i det endelige tilbud, kan skabe en formodning for, at dette er forhandlet væk i strid med § 66, stk. 2, 2. pkt. Dette beskyttelseshensyn kan tale for, at tilbudsgivere, der har taget forbehold for mindstekrav i det indledende tilbud, skal afvises. Dette synes imidlertid kun oplagt, hvor tilbudsgiver klart har taget forbehold for opfyldelsen af et mindstekrav. Mindstekrav er dog så centrale elementer i udbudsmaterialet, at selv en påpasselig tilbudsgiver, der har gennemlæst udbudsmaterialet inden tilbudsafgivning, bør have forstået indholdet af disse eller bedt om en afklaring.

I de situationer, hvor tilbudsgiver har misforstået omfanget af et mindstekrav, fordi ordregiver har beskrevet dette uklart, og at denne uklarhed kan skabe tvivl hos tilbudsgiverne, bærer ordregiver ansvaret for uklarhederne²²⁸.

Hensynet til udbuddets gennemsigtighed må således veje tungest, hvorfor der ikke kan forhandles med tilbudsgivere, der har taget forbehold for mindstekrav, da mindstekravene er så centrale elementer i udbudsmaterialet

²²⁵ Hartlev et al., 2016; side 144-145

²²⁶ Heraf fremgår det, at ”Tildeling af offentlige kontrakter af eller på vegne af medlemsstaternes myndigheder skal ske i overensstemmelse med principperne i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), og navnlig fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de principper, der er afledt heraf, såsom ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed [...] Offentlige indkøb spiller en central rolle i Europa 2020- strategien [...] I denne forbindelse bør reglerne om offentlige indkøb, der er vedtaget ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF (4) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF (5), revideres og moderniseres for at gøre anvendelsen af de offentlige midler mere effektiv [min markering] [...] og for at gøre det muligt for indkøbere at udnytte offentlige udbud bedre til støtte for fælles samfundsmål. [min markering]”

²²⁷ Bødtcher-Hansen et al., 2016; side 225

²²⁸ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 2. marts 2018, j.nr. 17/00762, AV Form A/S mod Fællesindkøb Fyn, Fællesudbud Sjælland, Indkøbsfællesskab Nordsjælland og Vestegnens Indkøbsforum (undtagen Høje-Taastrup Kommune)

– og dette må tilsvarende gælde for de efterfølgende tilbud, der ikke udgør endelige tilbud. Man burde derfor overveje at ændre den danske retstilstand heraf af de ovenfor anførte grunde.

5.3.2. KONKURRENCEPRÆGET DIALOG

Modsat udbud med forhandling er der ved konkurrencepræget dialog ikke noget der betegnes 'indledende eller efterfølgende tilbud'. Derimod afgiver de økonomiske aktører et ikke bindende dialogoplæg, der skal danne grundlag for, hvordan ordregiver nærmere skal fastsætte udbudsmaterialet, inden de økonomiske aktører skal afgive deres endelige tilbud²²⁹. Ordregiver har således ikke mulighed for at tildele kontrakten på baggrund af andet end det endelige tilbud, da der først bliver afgivet et egentligt tilbud efter afslutning af dialogfasen.

Identisk med udbud med forhandling forholder hverken Udbudsdirektivet eller Udbudsloven sig til, om en økonomisk aktør kan tage forbehold for opfyldelse af mindstekrav i dennes dialogoplæg. Dog fremgår det af forarbejderne til Udbudsloven § 70, at "Der kan afholdes dialog med tilbudsgivere, som har forbehold over for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet."²³⁰. Det er dog, tilsvarende med forarbejderne til Udbudsloven § 66, forudsat ordregiver kun kan tildele kontrakten til den pågældende økonomiske aktør, hvis denne i sit endelige tilbud har frafaldet forbeholdet.

I forhold til udbud med forhandling fremgår det af Udbudsdirektivet art. 29, stk. 1, 2. afsnit, at ordregiver skal fremføre "[...] hvilke af beskrivelsens elementer der definerer de minimumskrav, som skal opfyldes i alle tilbud.". En lignende bestemmelse findes ikke i art. 30. Hertil blev det fremført ovenfor, at Udbudsdirektivets præambelbetragtning 45, 2. afsnit definerede mindstekrav, som "[...] de betingelser og karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have [...]". Denne præambelbetragtning angår udelukkende udbud med forhandling, jf. præambelbetragtning 45, 1. afsnit, hvorfor denne ikke nødvendigvis finder anvendelse ved fortolkning af konkurrencepræget dialog. Dog finder Udbudsdirektivets præambelbetragtning 44 om overgang fra en standardprocedure til en fleksibel procedure også kun anvendelse for udbud med forhandling, selvom det fremgår af Udbudsdirektivet art. 26, stk. 4, litra b, at reglen gælder for både udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Derfor kan det overvejes, om præambelbetragtning 45 kan anvendes analogt ved konkurrencepræget dialog, hvilket må antages.

Dog følger det af proceduren, at de økonomiske aktørers dialogoplæg ikke kan sidestilles med et tilbud i aftaleretligt henseende, da dialogoplægget ikke på samme måde som det indledende tilbud har bindende karakter. Dermed er der kun ét tilbud – det endelige tilbud – ved konkurrencepræget dialog, hvor de økonomiske aktører skal opfylde mindstekravene i overensstemmelse med præambelbetragtning 45, 2. afsnit. Det følger endvidere af art. 30, stk. 6, 2. pkt., at det endelige tilbud "[...] skal indeholde alle de elementer, der er nødvendige [min markering] for projektets udførelse.", hvilket må omfatte mindstekrav, da disse udgør et centralt og nødvendigt element ved det pågældende projekt. Da den økonomiske aktør således ikke har afgivet et tilbud i forbindelse

²²⁹ Hartlev et al., 2016; side 150

²³⁰ Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015; side 110

med dialogoplæggene, og ordregiver herefter fortsat har mulighed for at foretage ændringer i de oprindeligt betegnede mindstekrav indtil tilbudsfristen, vil det ikke give mening, hvis ordregiver ikke kunne gå i dialog med en økonomisk aktør, fordi denne har taget forbehold for opfyldelse af mindstekrav.

Det kan overvejes, om ordregivers adgang til shortlisting i henhold til de valgte kriterier for tildeling kan afklare, om denne kan gå i dialog med en økonomisk aktør, der har taget forbehold for mindstekrav. Hvis ordregiver ikke kan afvise denne som følge af shortlistingen, må ordregiver heller ikke kunne afvise at gå i dialog med en økonomiske aktør, der har taget forbehold for mindstekrav i et dialogoplæg. Og modsat, hvis ordregiver kan shortliste en økonomisk aktør, der i mindre grad end andre overholder udbudsmaterialet, kan ordregiver muligvis afvise at gå i dialog med en økonomisk aktør, der har taget forbehold for mindstekrav i et dialogoplæg²³¹.

Det følger af art. 30, stk. 4, at ”En konkurrencepræget dialog kan finde sted i flere successive faser for at begrænse antallet af løsninger [min markering] [...]”. Det har været diskuteret i litteraturen, om den pågældende formulering medfører, at ordregiver kun kan afvise det pågældende oplæg til løsning²³² eller om ordregiver, som ved udbud med forhandling, kan afvise den pågældende økonomiske aktør²³³.

I teorien sondres der mellem tre projektudviklingsmodeller i dialogfasen; 1) ’the own-solution model’, der fokuserer på den økonomiske aktørs løsning, hvorfor udbudsmaterialet ikke revideres med henblik på at ensrette disse, 2) ’the designated solution model’, hvor ordregiver specificerer udbudsmaterialet på baggrund af dele af eller hele indkomne dialogoplæg, men ikke tager forbehold for at shortliste undervejs og 3) ’the hybrid model’, hvor ordregiver tager forbehold for at kunne shortliste, og til en vis grad tilpasse udbudsmaterialet²³⁴. Modellerne er udarbejdet i forhold til direktiv 2004/18/EF art. 29, stk. 4, men anses for videreført i Udbudsdirektivet art. 30, stk. 4²³⁵, og bør dermed tillige kunne udledes af Udbudsloven § 68, stk. 2, nr. 1, jf. § 70, stk. 3.

Model 1) og 3) er de mest interessante i denne sammenhæng, da ordregiver i disse modeller tager forbehold for shortlisting i løbet af dialogen, men ikke direkte søger at udelukke de økonomiske aktører undervejs, f.eks. ved større ændringer i udbudsmaterialet²³⁶. Hertil følger det af Europa-Kommissionens Explanatory Note om konkurrencepræget dialog efter direktiv 2004/18/EF (herefter betegnet ’Kommissionens Explanatory Note’), at

²³¹ Arrowsmith, 2014; side 911

²³² Bødtecher-Hansen et al., 2016; side 240

²³³ Fabricius, 2017; side 211-212

²³⁴ Arrowsmith et al., 2012a; side 72-78

²³⁵ Udbudslovsudvalget, 2014; side 594

²³⁶ Ved brug af model 2) angiver ordregiver fra start, at denne vil benytte dele af eller hele indkomne dialogoplæg til at revidere udbudsmaterialet. Ordregiver forbeholder sig dog ikke ret til at shortliste de økonomiske aktører undervejs. Selvom ordregiver ikke forbeholder sig retten hertil, sker der alligevel en indirekte udskillelse af de økonomiske aktører, hvis ikke disse kan opfylde de krav, som ordregiver supplerer sit udbudsmateriale med, jf. Arrowsmith et al., 2012a; side 76. Ved en sådan tilgang skal ordregiver være opmærksom på sin forpligtelse til at holde oplysninger, som er ”[...] betegnet som fortrolige, herunder men ikke begrænset til tekniske hemmeligheder, forretningshemmeligheder og fortrolige aspekter af tilbud.”, jf. Udbudsdirektivet art. 21, stk. 1. Omvendt bør ordregiver have mulighed for at kunne benytte dialogoplæg til at finde frem til den løsning, der tilgodeser ordregivers behov uden at krænke de økonomiske

”[...] the elimination of the solution [...] entails the elimination of the economic operator concerned.”²³⁷. Dette må tilsvarende kunne udledes af en formålsfortolkning af art. 30, stk. 4, hvorefter begrebet ’løsninger’ må fortolkes som økonomiske aktører, ligesom begrebet ’tilbud’ i art. 29, stk. 6 skal fortolkes som tilbudsgivere. Den økonomiske aktør skal således være påpasselig med at tage forbehold for mindstekrav i de faser af dialogen, hvor ordregiver har forbeholdt sig adgang til at shortliste de løsninger, der i mindre grad opfylder ordregivers behov, jf. § 70, stk. 3.

Hertil følger det dog, at ”[...] there is nothing in the Directive to prevent the contracting authorities from allowing the participants to develop several solutions.”²³⁸. Dette kan endvidere udledes af en ordlydsfortolkning af art. 29, stk. 2, hvorefter ”[...] kun de økonomiske aktører, der af de ordregivende myndigheder modtager opfordring dertil [...] kan afgive et indledende tilbud [min markering] [...]”, hvorimod det følger af art. 30, stk. 1, 3. afsnit, at ”[...] kun de økonomiske aktører, der af de ordregivende myndigheder modtager opfordring dertil, som kan deltage i dialogen [min markering] [...]”. Hermed vil den økonomiske aktør kunne indlevere to eller flere oplæg med den konsekvens, at ordregiver kan shortliste et eller flere af disse oplæg, men ikke nødvendigvis alle.

Shortlistes det eneste løsningsforslag, som den pågældende økonomiske aktør kan tilbyde, vil den økonomiske aktør også være shortlistet. Kan den økonomiske aktør derimod tilbyde flere forskellige løsningsforslag, og bliver alle disse ikke shortlistet, vil den økonomiske aktør fortsat være med i konkurrencen. Hvor ordregiver derimod i sit udbudsmateriale påpeger, at hver økonomisk aktør kun må indgive ét dialogoplæg og ordregiver har taget forbehold for muligheden for shortlisting, er der klar hjemmel for ordregiver til at udelukke den økonomiske aktør, hvis dennes dialogoplæg shortlistes – men ikke en pligt her til²³⁹. Dette må endvidere gøre sig gældende med omvendt fortegn, hvor ordregiver har tilladt tilbudsgiver at indgive mere end et tilbud ved udbud med forhandling.

Modsat følger det klart af forarbejderne til Udbudsloven, at ”Det er kun muligt at begrænse antallet af løsninger, og ikke antallet af deltagere, blandt de der er blevet opfordret til at deltage [...]”²⁴⁰. Såfremt en økonomisk aktørs dialogoplæg bliver shortlistet, vil ordregiver heraf, modsat udbud med forhandling, ikke være berettiget til at afvise den pågældende økonomiske aktør. Ordregiver vil kun være berettiget til at afvise det pågældende oplæg til løsning, jf. art. 30, stk. 4, 1. pkt. Dette anses ikke fuldstændig i overensstemmelse med Udbudsdirektivet, henset til analysen af Kommissionens Explanatory Note, og man burde derfor overveje at ændre den danske retstilstand heraf af de ovenfor anførte grunde.

aktørers ret til fortrolighed i forbindelse med de afgivne dialogoplæg. Sådanne ændringer, der tilgodeser en bestemt tilbudsgiver, skal dog være saglig begrundet, jf. Lovforslag nr. 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. oktober 2015; side 110

²³⁷ Europa-Kommissionen, 2005; side 8

²³⁸ Ibid.

²³⁹ Arrowsmith et al., 2012a; side 83

²⁴⁰ Lovforslag nr. 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. oktober 2015; side 109

Om der er en sammenhæng mellem ordregivers adgang til at shortliste de økonomiske aktører og ordregivers mulighed for at indgå dialog med de økonomiske aktører er dog begrænset, da muligheden for shortlisting er et tilvalg for ordregiver ved opstart af udbudsproceduren, jf. § 68, stk. 2, nr. 1.

Selvom ovenstående ikke giver anledning til uddybende overvejelser, kan det alligevel overvejes, hvad lovgivers hensigt med dialogforløbet har været og de muligheder denne giver. Det er almindeligt antaget, at ordregiver i henhold til ligebehandlingsprincippet er forpligtet af, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskelligartede forhold derfor ikke må behandles ens. Det kan hertil overvejes, hvor ensartede forhold de økonomiske aktører ved konkurrencepræget dialog befinder sig i, da det udbudsmateriale, de arbejder ud fra, er beskedent beskrevet. Dvs. jo mindre detaljeret et udbudsmateriale er, jo mere forskelligartede tilbud kan dette give anledning til. Herfor kan det argumenteres, at ordregiver i udgangspunktet ikke kan afvise tilbudsgivere, hvis disse indgiver dialogoplæg, der afviger fra mindstekravene i udbudsmaterialet.

”[...] equal treatment only prohibits different treatment of those in a comparable position and clearly bidders may be considered to be in a different position when their need for meetings differs [...] for example, it may be unnecessary to hold the same kind or length of with a bidder whose outline bid no raise no problems as with one whose bid gives rise to many difficulties.”²⁴¹

En fortolkning i forhold til proportionalitetsprincippet giver endvidere samme resultat, da de økonomiske aktører utilsigtet kan tage forbehold for opfyldelse af mindstekrav grundet det ukonkrete udbudsmateriale. Dette skyldes, at ukonkrete krav ikke kan håndhæves.

Denne forskel i forhold til udbud med forhandling må endvidere følge af, at ordregiver og tilbudsgiver ved udbud med forhandling forhandler om indholdet af tilbuddet, hvorimod ordregiver og de økonomiske aktører under dialogen ved konkurrencepræget dialog diskuterer indholdet af udbudsmaterialet.

Den økonomiske aktør skal dog være påpasselig med at tage forbehold for mindstekrav under de dele af dialogen, hvor ordregiver har offentliggjort at ville benytte sig af muligheden for shortlisting, jf. § 68, stk. 2, nr. 1.

5.4. ÆNDRING UNDER FORHANDLINGS- OG DIALOGFASEN

På den ene side følger det af praksis, at ordregiver som klar hovedregel ikke må foretage ændringer af udbudsmaterialet efter tilbudsgivningen, men på den anden side er meningen med de fleksible procedurer at give ordregiver mulighed for at tilpasse udbudsmaterialet, jf. Udbudsdirektivet art. 26, stk. 4 – særligt i forhold til den konkurrenceprægede dialog, hvor ordregiver ikke har fastlagt store dele af sit udbudsmateriale endnu.

Imidlertid er ordregiver underlagt de almindelige udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed, der sætter begrænsninger for, hvad der kan ændres i løbet af forhandlings- og dialogfasen.

²⁴¹ Arrowsmith, 2014; side 914

5.4.1. UDBUD MED FORHANDLING

Der er hverken i Udbudsdirektivet eller Udbudsloven fastsat en positiv afgrænsning af, hvad der kan forhandles om, hvorfor der i udgangspunktet kan forhandles om alle kontraktens elementer²⁴². Dog følger der en negativ afgrænsning af Udbudsdirektivet art. 29, stk. 3, 2. afsnit, hvorefter ”Minimumskravene [...] ikke [er] genstand for forhandling.”, hvilket medfører, at de i udbudsbekendtgørelsen anførte mindstekrav ikke kan ændres som følge af forhandlingerne – dette følger tillige af gennemsigtighedsprincippet.

”[...] the negotiations are aimed at improving, in a transparent and objective manner, the elements of this offer by reference to the [...] minimum requirements that are pre-determined and cannot be changed.”²⁴³

Ordregiver skal derfor finde en balance mellem kravet om at fastsætte mindstekrav til anskaffelsen, samt undgå at fastsætte for mange mindstekrav for at opretholde fleksibiliteten i udbuddet²⁴⁴.

Begrebet ’genstand for forhandling’ antages at angå en drøftelse mellem ordregiver og tilbudsgivere med henblik på at skabe en fælles forståelse eller aftale om den af ordregiver ønskede anskaffelse over for de af tilbudsgiver tilbudte ydelser. Det er således kontakten og drøftelsen mellem parterne, der er det væsentlige i forhandlingsbegrebet²⁴⁵. Hertil følger det dog af Udbudsdirektivet og Udbudsloven, at ordregiver ikke må ændre sine mindstekrav i udbudsmaterialet på baggrund af et indkommet tilbud²⁴⁶. Derimod kan det overvejes, om ordregiver kan ændre mindstekravene, hvis denne ændring skyldes andre forhold end påvirkning fra tilbudsgiverne.

”[...] the minimum requirements laid down at the start of the procedure in accordance with Art.29(1) shall not be subject to negotiation [...] it is arguable that this wording does not preclude changes to the requirements when these result not from the bargaining process but from [...] unforeseeable changes in circumstances [...]”²⁴⁷

Indledningsvist kan der argumenteres for, at bestemmelsen ikke skal ses som en hjemmel til, at ordregiver ikke kan forhandle med tilbudsgiverne om hvilke krav, der fremadrettet skal udgøre mindstekrav under overholdelse af de udbudsretlige principper, men derimod kun som hjemmel til, at de af ordregiver i udbudsbekendtgørelsen anførte grundlæggende elementer, herunder mindstekrav, ikke kan ændres som følge af forhandlingen.

Alt andet lige må der stilles store krav til, at ordregiver dokumenterer og efterfølgende kan bevise, at ændringen af mindstekravet ikke er sket som følge af forhandlingen med tilbudsgiverne, at ændringen ikke har haft indvirkning på potentielle tilbudsgivere, og at ændringen ikke påvirker konkurrencen mellem aktuelle tilbudsgivere. Og ser man nærmere på princippet i Udbudsdirektivets præambelbetragtning 109 anerkendes det, at ordregiver

²⁴² Poulsen et al., 2016; side 385

²⁴³ Rådet for Den Europæiske Union, 2012; side 10

²⁴⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2018a; side 38-39

²⁴⁵ Treumer, 2000; side 143

²⁴⁶ C-561/12, dom af 5. december 2013, Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium

²⁴⁷ Arrowsmith, 2014; side 1024

kan komme ud for eksterne omstændigheder, der kan give anledning til at foretage ændringer af udbudsmaterialet:

”De ordregivende myndigheder kan komme ud for eksterne omstændigheder, som de ikke kunne forudse ved tildelingen af kontrakten, navnlig når gennemførelsen af kontrakten dækker en længere periode. I dette tilfælde er det nødvendigt med en vis grad af fleksibilitet, så kontrakten kan tilpasses disse omstændigheder uden en ny udbudsprocedure.”

Præambelbetragtningen angår dog ændringer af indgåede kontrakter og kan dermed ikke nødvendigvis benyttes direkte på ændring af udbudsmaterialet under forhandlingen. Særligt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er imod en sådan sammenkobling, da beskyttelsesinteressen ved ændringer under en udbudsprocedure forfølger andre formål end en ændring efter endt udbudsprocedure²⁴⁸. Om der alligevel er en sammenkobling, kan overvejes.

Klagenævnet har – i overensstemmelse sin restriktive praksis i forhold til ændring af de økonomiske aktører²⁴⁹ – i en delkendelse om opsættende virkning påpeget, at ”Det forhold, at en ordregiver har prækvalificeret et interessentskab, indebærer ikke, at de enkelte interessenter i interessentskabet hver for sig er blevet prækvalificerede [...]”, samt at klager på det foreløbige foreliggende grundlag ville få medhold i, at det er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet at lade den ene part i et prækvalificeret interessentskab træde i stedet for interessentskabet ved den anden parts konkurs i den resterende del af udbudsproceduren²⁵⁰.

Ved den præjudicielle forelæggelse for Domstolen påpegede denne, at der i en udbudsprocedure forudsættes ”[...] juridisk og materiel identitet mellem de prækvalificerede økonomiske aktører og de økonomiske aktører, der afgiver tilbuddene.”²⁵¹, men – som en undtagelse til hovedreglen i relation til udbud med forhandling²⁵² – at den ene deltager i en joint venture kunne træde i stedet herfor, hvis Klagenævnet konkret kunne konstatere, ”[...] dels at denne økonomiske aktør selvstændigt opfylder de af vedkommende ordregiver fastsatte krav, dels

²⁴⁸ ”Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at der er tale om forskellige hensyn og dermed forskellige bedømmelser, alt efter om der er tale om ændring af et grundlæggende element under en udbudsproces, hvor ændringen kan påvirke konkurrencen mellem tilbudsgiverne, eller om ændringen sker lige før eller efter kontraktens indgåelse, hvor ændringerne mere har fokus på, at kontrakter ikke undgår udbud.”, jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2018a; side 33

²⁴⁹ Treumer, 2018; side 1

²⁵⁰ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 28. januar 2014, j.nr. 2014-0036277, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark

²⁵¹ C-396/14, dom af 24. maj 2016, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark, præmis 40

²⁵² Dette fastslår Domstolen ved at konkludere, at ”[...] ordregiver ikke tilsidesætter dette princip, når denne tillader den ene af de to økonomiske aktører, som indgik i en sammenslutning af virksomheder, der som sådan var blevet anmodet om at afgive tilbud af denne ordregiver, at træde i stedet for denne sammenslutning efter dennes opløsning og at deltage i sit eget navn i et udbud med forhandling [min markering] [...]”, jf. C-396/14, dom af 24. maj 2016, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark, præmis 48. Dette kan understreges af, at Retten tidligere er kommet frem til, at ændring af et af de forsikringselskaber, der tilsluttede sig indholdet af tilbudsgivers tilbud, ved et offentligt udbud ”[...] reelt medførte en væsentlig ændring af indholdet af Marshs oprindelige bud, hvilket var i strid med de gældende regler for offentlige kontrakter og navnlig med princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne.”, jf. T-199/14, dom af 29. oktober 2015, Vanbreda Risk & Benefits mod Europa-Kommissionen, præmis 157

at denne økonomiske aktørs fortsatte deltagelse i den pågældende udbudsprocedure ikke medfører en forringelse af de øvrige tilbudsgiveres konkurrencemæssige stilling.”²⁵³, hvilket blev bekræftet af Klagenævnet i sin efterfølgende kendelse²⁵⁴.

Domstolen forholdt sig imidlertid ikke til Klagenævnets bemærkning om, at ændringer ”[...] inden ordregiveren har truffet tildelingsbeslutning og indgået kontrakt, adskiller sig væsentligt fra tilfælde, hvor der, efter at der er indgået kontrakt med en tilbudsgiver, indtræder en situation, hvor tilbudsgiveren tages under insolvensbehandling.”²⁵⁵, hvilket har givet anledning til overvejelser i den juridiske litteratur.

”It is interesting that the European legislator took into account the special need for flexibility after bankruptcy with regard to contract changes and that the Court did not consider this aspect in its ruling in the current case on changes prior to the award.”²⁵⁶

Imidlertid kan reglerne vedrørende ændring af udvalgte ansøgere og tilbudsgivere udledes af Udbudsloven § 147, der blev vedtaget mellem Klagenævnets første og seneste kendelse i sagen²⁵⁷. § 147 benyttes, påfaldende i forhold til Domstolens konklusion²⁵⁸, ikke kun ved udbud med forhandling, men umiddelbart fortsat i forbindelse med alle udbudsprocedurerne, eftersom Klagenævnet ikke har taget stilling hertil endnu.

I forhold til ændring af anskaffelsen, har Klagenævnet derimod været mere tilbøjelig til at benytte reglerne om ændring af indgåede kontrakter som fortolkningsmoment både mellem tidspunktet for tilbudsafgivelse og kontraktindgåelse²⁵⁹, samt inden tilbudsafgivelsen. I sidstnævnte sag påpegede Klagenævnet, at ”De ændringer i angivelsen af kontraktperioden, som er foretaget undervejs [...] har – som påpeges af Femern A/S – i hvert fald lovligt kunnet foretages, hvis ændringerne lovligt ville kunne være foretaget efter kontraktindgåelse. De krav, der er opstillet i EU-domstolens retningsgivende dom af 19. juni 2008, Presstext, sag C-454/06 [...] er klart opfyldt.”²⁶⁰. Dette kan endvidere udledes af Udbudslovsudvalgets rapport.

²⁵³ C-396/14, dom af 24. maj 2016, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark, præmis 48

²⁵⁴ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 20. juni 2017, j.nr. 17/00156, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark

²⁵⁵ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 28. januar 2014, j.nr. 2014-0036277, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark

²⁵⁶ Treumer, 2018; side 6

²⁵⁷ Bestemmelsen implementerer ikke en bestemmelse i Udbudsdirektivet, men er indført på anbefaling fra Udbudslovsudvalget. Bestemmelsen er således indført før Domstolens dom – C-396/14 – og tager dermed forskud på det ”[...] fortolkningsspørgsmål, der er forelagt for EU-Domstolen af Klagenævnet for Udbud, jf. sag C-396/14, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark.”, jf. Lovforslag nr. 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. oktober 2015; side 168. Lovgiver accepteret derfor den risiko, at ”[...] hvis EU-Domstolen måtte fastslå en anden retstilstand, end den, der er angivet i lovforslaget, vil EU-Domstolens opfattelse skulle lægges til grund.”, jf. Ibid.

²⁵⁸ Treumer, 2018; side 6

²⁵⁹ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 9. december 2016, j.nr. 2016-1412, TL Byg A/S mod Region Midtjylland

²⁶⁰ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 12. april 2016, j.nr. 2016-2237, Joint Venture Salini-Impregilo-Samsung-Bunte mod Femern A/S

”Grænserne for ændringer må skulle fastlægges efter de retningslinjer, som er fastlagt i Pressetext-sagen og den heraf afledte praksis.”²⁶¹

Det er klart, at reglerne om ændring af indgåede kontrakter formelt ikke kan benyttes direkte ved ændring af igangværende udbudsprocedurer. Derimod må disse regler kunne benyttes som fortolkningsmoment, da fælleshensynet bag ændringer både under og efter udbudsproceduren er, at en økonomisk aktør skal kunne tilkendegive sin interesse og deltage i konkurrencen om offentlige kontrakter. På baggrund af ovenstående gennemgang gælder dette særligt ved ændringer af anskaffelsen, da en ændringer heraf ikke altid påvirker ligebehandlingen af de økonomiske aktører og gennemsigtigheden i udbuddet. Ændringer af de økonomiske aktører er derimod reguleret af § 147, hvorfor dette må være hjemlen frem for at følge principperne i §§ 178-184. Muligheden for brug af disse principper som fortolkningsmoment gælder således særligt, hvor hverken Udbudsdirektivet eller Udbudsloven forholder sig til en bestemt ændring.

Ovenstående præambelbetragtning ved ændring af mindstekrav som følge af eksterne omstændigheder under forhandlingen kan dog ikke benyttes, da det følger af art. 29, stk. 5, 1. afsnit, 3. pkt., at ordregiver skal underrette tilbudsgiverne ”[...] skriftligt om alle andre ændringer [...] end dem, der vedrører minimumskravene.”. Bestemmelsen er implementeret i § 66, stk. 5, 2. pkt., hvorefter ”Ordregiveren må ikke foretage ændringer i de grundlæggende elementer i det oprindelig udsendte udbudsmateriale.”. Henset til at der sættes lighedstegn mellem grundlæggende elementer og mindstekrav i § 66, stk. 2, 2. pkt.²⁶², må § 66, stk. 5, 2. pkt. ligeledes omfatte mindstekrav.

Ud fra en ordlydsfortolkning kan art. 29, stk. 5, 1. afsnit, 3. pkt. læses som, at ordregiver kun skal informere tilbudsgiverne om de ændringer, der ikke vedrører mindstekrav. En sådan fortolkning vil dog stride imod gennemsigtighedsprincippet, hvorfor man i stedet bør læse bestemmelsen ud fra en formålsfortolkning.

”[...] de enkelte EF-regler vurderes i deres rette sammenhæng og fortolkes i lyset af EF-rettens bestemmelser som helhed, den bagved liggende målsætning [...]”²⁶³

Herefter er ordregiver tilladt at ændre de dele af udbudsmaterialet, der ikke vedrører mindstekrav, så længe ordregiver orienterer tilbudsgiverne herom. Dette udgangspunkt må antages at gælde både for de mindstekrav, der er angivet i det oprindelige udbudsmateriale, samt de mindstekrav, der eventuelt opstår under forhandlingen med de økonomiske aktører. Dermed må ordregiver hverken ændre mindstekravene som følge af forhandlingen eller andre eksterne omstændigheder.

²⁶¹ Udbudslovsudvalget, 2014; side 571

²⁶² Heraf fremgår det, at ”Der kan ikke forhandles om de endelig tilbud og grundlæggende elementer, herunder [min markering] mindstekrav og kriterier for tildeling.”

²⁶³ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 7. oktober 2015, j.nr. 2015-6181, Stadsing A/S mod Herning på vegne tillige af Sønderborg, Randers, Middelfart, Lemvig, Svendborg, Ikast-Brande, Kolding, Holstebro, Fredericia, Silkeborg og Esbjerg kommuner

Ordregiver må dog antageligvis tillades at præcisere mindstekravene i henhold til proportionalitetsprincippet. Dette må følge af udbudsprocedurens særlige karakter, muligheden for at benytte forhandlingen til at tilpasse primært tilbuddene, men også udbudsmaterialet, samt at ordregiver ikke kan håndhæve uklare mindstekrav²⁶⁴. Det er dog vigtigt at påpege, at en sådan ændring kun må ske med henblik på at meddele "[...] detaljer, som mere klart beskriver den pågældende genstand, eller definerer den mere nøjagtigt."²⁶⁵ eller lign., hvilket svarer til den praksis, der blev omtalt i afsnittet om ændring af udbudsmaterialet inden tilbudsfristen²⁶⁶. Den i dette afsnit omtalte tilbudsfrist angår således den endelige tilbudsfrist ved udbud med forhandling, da ordregiver fortsat i begrænset omfang tillades ændringer mellem førstkomende og den endelige tilbudsfrist.

5.4.2. KONKURRENCEPRÆGET DIALOG

I forhold til den konkurrenceprægede dialog følger det af Udbudsdirektivet, at ordregiver fortsætter dialogen med de økonomiske aktører "[...] indtil den har indkredset den eller de løsninger, der kan opfylde dens behov.", jf. Udbudsdirektivet art. 30, stk. 5. Der er således, modsat udbud med forhandling, ikke noget krav om, hvad der hhv. kan og ikke kan være genstand for dialogen i Udbudsdirektivet, da ordregiver og de økonomiske aktører kan "[...] drøfte alle aspekter ved udbuddet [...]", jf. art. 30, stk. 3, 2. pkt. Dermed fraviges udgangspunktet om, at der kun må ske præciserende ændringer af mindstekrav inden tilbudsfristen som følge af, at der ikke er tale om en standardprocedure, og at der tillades dialog om anskaffelsen inden tilbudsfristen.

Ændringerne må dog ud fra de udbudsretlige principper ikke være så grundlæggende, at de "[...] kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere [...]", jf. princippet i § 24, nr. 37.

Dette er dog væsentlig indskrænket af Udbudsloven § 70, stk. 2. Selvom det fremgår i første del af § 70, stk. 2, at "Dialogen kan vedrøre alle aspekter af udbuddet [...]", fremgår det af sidste del af § 70, stk. 2 – i overensstemmelse med § 66, stk. 5, 2. pkt. om udbud med forhandling – at "Dialogen [...] må ikke medføre ændringer i grundlæggende elementer, herunder mindstekrav [...]". Ændring af mindstekrav ved konkurrencepræget dialog minder således væsentligt om ændringsadgangen ved udbud med forhandling, og afviger derfor fra Udbudsdirektivet. Der antages dermed at være større forhandlingsfrihed ved konkurrencepræget dialog end ved udbud med forhandling efter Udbudsdirektivet, der indrømmer rum for deciderede ændringer, end efter Udbudsloven, der modsat hertil ikke tillader "[...] ændringer i grundlæggende elementer, herunder mindstekrav

²⁶⁴ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 2. marts 2018, j.nr. 17/00762, AV Form A/S mod Fællesindkøb Fyn, Fællesudbud Sjælland, Indkøbsfællesskab Nordsjælland og Vestegnens Indkøbsforum (undtagen Høje-Taastrup Kommune)

²⁶⁵ C-87/94, Generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse af 12. september 1995, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien, pkt. 37

²⁶⁶ Dvs. mulighed for at "[...] korrigerer eller supplerer oplysningerne i udbudsbetingelserne, hvis en simpel præcisering er fornøden, eller med det formål at korrigerer åbenlyse indholdsmæssige fejl [...]", jf. C-298/15, dom af 5. april 2017, »Borta« UAB mod Klaipėdos vals tybinio jūrų uosto direkcija V], præmis 72

[...]”, jf. § 70, stk. 2. Man burde derfor overveje at ændre den danske retstilstand heraf af de ovenfor anførte grunde.

Hvad der nærmere forstås ved begrebet ’dialogen [...] må ikke’ giver anledning til samme overvejelser som ovenstående analyse af begrebet ’genstand for forhandling’, og det kan igen overvejes om ordregiver kan komme ud for eksterne omstændigheder, der kan give anledning til at foretage ændringer af udbudsmaterialet.

Som følge af den brede ændringsadgang efter Udbudsdirektivet, må en ændring som følge af eksterne omstændigheder også være omfattet heraf. Dette følger særligt af, at bestemmelsen i art. 29, stk. 5, 1. afsnit, 3. pkt. om gennemsigtigheden ved ændringer ved under udbud med forhandling ikke gentaget ved konkurrencepræget dialog. Dette kan tilsvarende overvejes i forhold til Udbudsloven, da denne udelukker, at ”Dialogen [min markering] [...] ikke [må] medføre ændringer i grundlæggende elementer, herunder mindstekrav [...]”, jf. § 70, stk. 2. Dermed kan det overvejes om mindstekrav kan ændres som følge af andre forhold. Dette må dog afvises som følge af, at § 70, stk. 5, 2. pkt., påpeger, at ”Ordregiveren må ikke foretage ændringer i de grundlæggende elementer [...]”, hvilket, som anført ovenfor, tilsvarende må angå mindstekrav. Imidlertid må ordregiver efter Udbudsloven, ligesom ved udbud med forhandling, tillades at præcisere mindstekravene som anført ovenfor, da konkurrencepræget dialog kun har en tilbudsfrist – den endelige tilbudsfrist.

5.5. FORBEHOLD I DET ENDELIGE TILBUD

Det kan ske, at en økonomisk aktør, på trods af forhandling eller dialog med ordregiver, enten tilsigtet eller utilsigtet tager forbehold for udbudsmaterialets krav i det endelige tilbud. Det kan i denne forbindelse overvejes, om og i hvilket omfang de udbudsretlige principper tillader, at et sådant tilbud bliver taget i betragtning i forhold til tildelingen af kontrakten.

Ordregiver har ved modtagelse af endelige tilbud med forbehold som udgangspunkt en række forskellige handlemuligheder²⁶⁷. For det første kan ordregiver aflyse udbudsproceduren med henblik på at igangsætte en ny udbudsprocedure med et revideret udbudsmateriale, så dette passer til, hvad der kan tilbydes på markedet. Dette er ikke altid værd at foretrække, særligt ikke ved mindre afvigelser, da en udbudsprocedure er krævende for ordregiver både økonomisk og personelt. Ydermere kan en aflysning af en udbudsprocedure virke som indirekte forskelsbehandling, hvorfor en aflysning kun kan ske på sagligt grundlag.

For det andet kan ordregiver lade den pågældende tilbudsgiver præcisere og supplere sit ukonditionsmæssige tilbud. Muligheden herfor følger af Fælleserklæringen, der i overensstemmelse med praksis giver ordregiver

²⁶⁷ Arrowsmith, 2014; side 925-926

mulighed for at anmode tilbudsgiverne om at præcisere og supplere indholdet af deres tilbud uden at handle i strid med forhandlingsforbuddet²⁶⁸.

Efter Domstolens praksis er det fastlagt, at såfremt et tilbud indeholder fejl, der ønskes præciseret af en ordregiver, skal anmodningen overholde følgende krav: 1) den skal "[...] rettes mod alle virksomheder i samme situation [...]"²⁶⁹, 2) den skal "[...] omfatte alle de punkter i budet, der skal suppleres [...]"²⁷⁰, 3) den må "[...] ikke føre til, at tilbudsgiver i virkeligheden fremsætter et nyt tilbud [...]"²⁷¹, herunder væsentligt ændret tilbud, og 4) ordregiver skal under udøvelsen af sit skøn behandle tilbudsgiverne "[...] 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 [...] som har været genstand for denne anmodning [...]"²⁷². Det må hertil påpeges, at muligheden for at præcisere og supplere sit udbudsmateriale ikke kan angå tilsigtede forbehold, men derimod kun utilsigtede afvigelser, da det er "[...] uacceptabelt, at lade tilbudsgiver frafalde sig forbehold, idet dette svarer til efterfølgende prisforhandlinger."²⁷³

Ordregiver er dog ikke, i henhold til ligebehandlingsprincippet, forpligtet til at tage en sådan kontakt til en afvigende tilbudsgiver – medmindre der er tale om et tilbud, der fremstår unormalt lavt²⁷⁴ – da "[...] uklarheden med hensyn til budet kun følger af en tilsidesættelse af ansøgerens pligt til at udvise omhu i affattelsen af budet, som de i lighed med de øvrige ansøgere er underlagt."²⁷⁵ – dette princip bør tilsvarende gælde for tilbudsgivere.

For det tredje kan ordregiver afvise tilbuddet som ukonditionsmæssigt. Denne handlemulighed giver ikke anledning til yderligere juridiske overvejelser, da ordregiver ikke er forpligtet til at medtage ukonditionsmæssige tilbud i evalueringen. Det kan dog virke uproportionelt, at ordregiver skal afvise tilbud, der i mindre grad afviger fra udbudsmaterialet. Dette kan give anledning til overvejelser om, hvorvidt ordregiver for det fjerde kan acceptere ukonditionsmæssige tilbud.

²⁶⁸ Heraf fremgår det, at "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 [min markering] eller de ordregivende myndigheders krav, og i det omfang, dette ikke giver anledning til forskelsbehandling.", jf. Rådets og Kommissionens Fælleserklæring EFT L111/114 af 30 april 1994 om forhandling i udbud

²⁶⁹ C-336/12, dom af 10. oktober 2013, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova, præmis 34

²⁷⁰ Ibid., præmis 35

²⁷¹ Ibid., præmis 36

²⁷² Ibid., præmis 37

²⁷³ Poulsen, 1998; side 3

²⁷⁴ C-599/10, dom af 29. marts 2012, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie, præmis 35

²⁷⁵ Ibid., præmis 38

Efter dansk praksis følger det, at ordregiver ved forbehold for ikke-grundlæggende elementer har mulighed for at medtage ukonditionsmæssige tilbudsgivere i evalueringen ved at prissætte tilbudsforbeholdet, dvs. tillægge de ukonditionsmæssige tilbud en kalkuleret tillægsbetaling for værdien af tilbuddets forbehold og dermed side- stille dette med de konditionsmæssige tilbud. Dermed nyder de ukonditionsmæssige tilbud ikke en fordel ved at være ukonditionsmæssige, men handlemuligheden har tidligere givet anledning til overvejelser²⁷⁶.

Har ordregiver valgt tildelingskriteriet 'bedste forhold mellem pris og kvalitet', jf. Udbudsloven § 162, stk. 1, nr. 3 – som er obligatorisk ved konkurrencepræget dialog, jf. § 71, stk. 1 – har ordregiver tillige mulighed for at vurdere forbeholdene negativt kvalitativt – den såkaldte 'kvalitative metode'. Om metoden er blevet generelt godkendt i praksis, har været tvivlsomt²⁷⁷, da metoden kun er blevet brugt et fåtal af gange²⁷⁸.

5.5.1. UDBUD MED FORHANDLING

Nedenstående afsnit fokuserer på behandling af tilbudsforbehold, herunder prissætning og præciseringer, da det er en forudsætning for brug af den 'kvalitative metode', at ordregiver i sit offentliggjorte udbudsmateriale har valgt nogle underkriterier, der kan rumme forbeholdene. Det antages i denne forbindelse, at prissætning benyttes, hvor det er klart, at tilbudsgiver har taget et forbehold, hvorimod muligheden for præcisering benyttes, hvor det er uklart, om tilbudsgiver har taget et forbehold.

Analysen i nærværende afsnit gælder imidlertid ikke kun for behandling af forbehold for mindstekrav i det endelige tilbud ved udbud med forhandling, men derimod efter Udbudsloven generelt – dog med undtagelse af konkurrencepræget dialog i forhold til tilbudsgivernes præciseringsmuligheder, da disse ved denne procedure kan 'optimere' sit endelige tilbud på ordregivers initiativ, hvilket kan påvirke ordregivers mulighed for at behandle tilbudsforbehold ved denne procedure.

Indledningsvist følger det hverken af Udbudsdirektivet eller Udbudsloven, at ordregiver hhv. har mulighed for eller er afskåret fra at prissætte forbehold for opfyldelse af de i udbudsmaterialets anførte krav. Dog følger det af Udbudsdirektivet art. 29, stk. 1, 2. afsnit., at mindstekrav "[...] skal opfyldes i alle tilbud.", hvilket kan medføre, at det endelige tilbud ikke fravige mindstekravene, og at disse dermed ikke kan prissættes. Om bestemmelsen medfører, at ordregiver i henhold til proportionalitetsprincippet alligevel kan prissætte mindstekrav, der

²⁷⁶ Christensen, 2009a; side 2-3

²⁷⁷ Ibid.; side 4

²⁷⁸ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 29. august 2007, j.nr. 2007-0011471, Sectra A/S mod Region Syddanmark; Klagenævnet for Udbud, kendelse af 13. april 2010, j.nr. 2009-0020673, KMD A/S mod Frederiksberg Kommune; Klagenævnet for Udbud, kendelse af 7. december 2015, j.nr. 2015-6679, IBM Danmark ApS mod Aarhus Kommune; Klagenævnet for Udbud, kendelse af 14. juli 2017, j.nr. 17/01160, Weiss A/S mod SK Varme A/S

ikke udgør et grundlæggende element er uafklaret, da det følger af forarbejderne til Udbudsloven, at ”Proportionalitetsprincippet betyder også, at ordregiveren ikke bør forkaste et tilbud som uantageligt på grund af tilbudsgivers forbehold, hvis forbeholdet er helt bagatelagtigt og i øvrigt nemt kan prissættes.”²⁷⁹.

Hertil er det antaget i den juridiske litteratur, at art. 56, stk. 3 kan bidrage til afklaringen af, om ordregiver kan prissætte forbehold²⁸⁰. Det fremgår heraf, at hvor de indkomne tilbud ”[...] synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede [...] kan de ordregivende myndigheder [...] anmode de pågældende økonomiske aktører om at indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante oplysninger [min markering] [...]”. Bestemmelsen må dog fortolkes i overensstemmelse med ovenstående praksis vedrørende tilbudsgivers mulighed for at supplere og præcisere sit tilbud²⁸¹. Bestemmelsen angår dermed ikke prissætning, da prissætning ikke kan ske på baggrund af informationer fra tilbudsgiver, der afgives efter tilbudsfristen. Bestemmelsen giver derimod ordregiver mulighed for at få fuldstændiggjort tilbud, hvor der er tvivl om et bestemt forhold skal forstås som et forbehold.

Dette afklarer imidlertid ikke problemstillingen, hvorfor svaret må søges i praksis. Her følger det strengt af Domstolens praksis, at accept af et tilbud, der afviger fra udbudsmaterialets grundlæggende betingelser (engelsk: *'basic terms of the tender conditions'*), er i strid med ligebehandlingsprincippet.

”[...] det følger af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, at samtliget tilbud skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i udbudsbetingelserne [min markering] for at sikre muligheden for en objektiv sammenligning af de bud, der afgives af de enkelte tilbudsgivere [...] [om] den danske lovgivning om offentlige bygge- og anlægskontrakter giver mulighed for at acceptere forbehold, bemærkes, at denne lovgivning kun kan finde anvendelse, såfremt det sker under fuld overholdelse af princippet om ligebehandling [...] Dette krav vil ikke blive opfyldt, såfremt tilbudsgiverne kunne fravige de grundlæggende udbudsbetingelser [min markering] ved forbehold uden for de tilfælde, hvor disse betingelser udtrykkeligt giver dem mulighed herfor.”²⁸²

Dog har indholdet af ovenstående dom givet anledning til fortolkninger i den juridiske litteratur, herunder om mindstekrav er omfattet af udbuddets ’grundlæggende betingelser’. Hvis dette er tilfældet, kan mindstekrav ikke prissættes. Indledningsvist vil analysen omhandle i hvilket omfang, ordregiver kan prissætte ikke-grundlæggende elementer ud fra tesen om, at hvis ordregiver ikke kan prissætte ikke-grundlæggende elementer, kan ordregiver heller ikke prissætte mindstekrav, da en sådan prissætning ’som klart udgangspunkt’ er mere indgribende end prissætning af ikke-grundlæggende elementer som følge af mindstekravets karakteristika, og mindstekravets sammenhæng med udbuddets grundlæggende elementer.

På den ene side har Klagenævnet anlagt en efterhånden langvarig og fleksibel praksis om prissætning af tilbudsforbehold – udviklet under den tidligere licitationslov, der efterfølgende er blevet fast praksis ved behandling

²⁷⁹ Lovforslag nr. 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. oktober 2015; side 59

²⁸⁰ Arrowsmith, 2014; side 732-733

²⁸¹ Udbudslovsudvalget, 2014; side 707

²⁸² C-243/89, dom af 22. juni 1993, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Danmark, præmis 37 og 39-40

af tilbudsforbehold efter Udbudsloven²⁸³ – hvorefter forbehold over for ikke-grundlæggende elementer kan prissættes af ordregiver, hvis dette kan ske med en høj grad af sikkerhed²⁸⁴, dvs. på en tilstrækkelig saglig og objektiv vis²⁸⁵. Hvis dette ikke kan lade sig gøre, må tilbuddet afvises²⁸⁶.

En sådan analogislutning mellem Tilbudsloven og Udbudsloven må dog anvendes med forsigtighed²⁸⁷, da Tilbudsloven, modsætningsvis Udbudsloven, udspringer nationalt af Licitations-kommissionens betænkning²⁸⁸, der grundlagde den tidligere gældende licitationslov²⁸⁹, som i 2001 blev erstattet af Tilbudsloven²⁹⁰. Tilbudsloven er således ikke underlagt samme fællesskabsretlige forpligtelser som Udbudsloven – f.eks. rummer Tilbudsloven ikke et forhandlingsforbud, hvilket kan ligge til grund for Klagenævnets praksis i forhold til prissætning af afvigelser. Hvis Udbudsdirektivet således ikke indeholder en hjemmel til prissætning af tilbudsforbehold, vil denne praksis ikke kunne fastholdes ved udbud efter Udbudsloven. Muligheden for prissætning vil dermed kun gælde for udbud under tærskelværdierne, jf. Udbudsloven §§ 191-193, da disse bestemmelser ikke gennemfører en bestemmelse i Udbudsdirektivet. Ordregiver skal dog være opmærksom på, at hvis udbuddet har klar grænseoverskridende interesse, gælder de almindelige EU-retlige principper²⁹¹.

I forhold til ovenstående dom er der argumenteret for, at prissætning godt kan lade sig gøre, da ordregiver havde prissat forbeholdene, men hverken Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber eller Domstolen valgte at påtale dette, da sagen blev skåret til²⁹². Imidlertid har Domstolen, på baggrund af en præjudiciel forelæggelse fra den irske Supreme Court, afsagt en nyere dom om, at det ikke var i strid med udbudsretten, hvor ”[...] en ordregivende myndighed, der har valgt at tildele en kontrakt på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, tildeler kontrakten til den bydende, der har afgivet det bud, hvor de endelige omkostninger ifølge en sagkyndig rapport udarbejdet af en ekspert sandsynligvis vil blive de laveste [...]”²⁹³. Udbuddet omhandlede en bygge- og anlægskontrakt vedrørende bl.a. nedlæggelse af kloakker og vandledninger, og af udbudsmaterialet fremgik det, at en rådgivende ingeniør ville undersøge de indsendte tilbud med henblik på, at korrigere disse,

²⁸³ Lovforslag nr. 19 ”Forslag til Udbudsloven” fremsat den 7. oktober 2015; side 59

²⁸⁴ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. december 2017, j.nr. 17/00329, Labflex A/S mod Bygningsstyrelsen

²⁸⁵ UfR.2011.1955.H, dom af 5. april 2011, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S

²⁸⁶ UfR.2014.975.V, dom af 11. december 2013, Aalborg Kommune mod Dansk Halbyggeri A/S

²⁸⁷ ”[...] hensynet til den effektive konkurrence, udtrykt gennem parametrene ligebehandling og gennemsigtighed, [er] gennemgående langt mere tungtvejende i EU’s udbudsregler end i national udbudsret [...] Der er specielt grund til at være tilbageholdende med at drage paralleller mellem den danske licitationslov og udbudsreglerne [min markering] i forhold til fortolkningsspørgsmål vedrørende forhandlingsforbuddet.”, jf. Treumer, 2000; side 275

²⁸⁸ Hörlyck, 2013; side 20-21

²⁸⁹ LOV nr. 216 om licitationer m.v. af 8. juni 1966

²⁹⁰ Christensen, 2009a; side 3

²⁹¹ Udbudslovsudvalget, 2014; side 259-260

²⁹² Retsmøderapporten i sag C-243/89, Saml. 1993, I-3357, pkt. 14-15

²⁹³ C-19/00, dom af 18. oktober 2001, SIAC Construction Ltd mod County Civil of the County of Mayo, præmis 45

hvor ”[...] prisen i budet viste sig at være sat for lavt.”²⁹⁴ – hvilket i høj grad minder om prissætning. Der kan selvfølgelig argumenteres for, at sagsøger ikke blev fravalgt som følge af den rådgivende ingeniørs korrektion, men som følge af tilbuddets ukonditionsmæssighed²⁹⁵.

På den anden side er der argumenteret for, at ordregiver generelt er forpligtet til at afvise tilbud, der afviger fra udbudsmaterialet. Dette følger af, at Retten i en række efterfølgende domme kom frem til, at ”Kriteriet om udbuddets konditionsmæssighed er af absolut karakter [min markering]. Såfremt budet ikke er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, skal det således forkastes.”²⁹⁶ samt, at ”Da kriteriet om overensstemmelse er absolut, skal bud, der ikke er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, udelukkes [min markering].”²⁹⁷. Sagerne omhandlede, modsat førstnævnte dom, ikke kun forbehold for grundlæggende elementer, men forbehold generelt. Dog havde ordregiver fastlagt, at tilbudsgiver forpligtede sig til ”[...] at udføre bygge- og anlægsarbejderne i overensstemmelse med udbudsbetingelserne [...]”²⁹⁸, hvilket kan fortolkes som en udtrykkelig betingelse, hvorefter en afvigelse ville medføre afvisning²⁹⁹, eller blot som ”[...] en opfordring til at afgive et bindende tilbud, der er i overensstemmelse med udbudsmaterialets indhold.”³⁰⁰. Det kan vække undren, at Retten henviste til den ovenstående præjudicielle afgørelse – dvs. resultatet af forelæggelsen fra den irske Supreme Court – i sine præmisser³⁰¹, men, trods resultatet i denne, fastholdt sin konklusion vedrørende vigtigheden af udbuddets konditionsmæssighed, da disse domme kan virke modstridende.

Imidlertid er ingen af de i de to fortolkninger omtalte præmisser gentaget i efterfølgende praksis.

Mellem ovenstående fortolkninger er der således en væsentlig forskel i forhold til ordregivers handlemuligheder, i forhold til hvorvidt et bestemt forbehold kan accepteres. Fælles for begge fortolkninger er, at forbehold for grundlæggende elementer skal afvises.

”This appears to be intended as a statement of the principle articulated in Storebaelt that it is not permitted to accept a tender that does not comply with fundamental requirements.”³⁰²

I forhold til forbehold for ikke-grundlæggende elementer har Retten i en nyere dom overvejet, hvorvidt en manglende pris i et tilbud medførte, ”[...] at dette bud nødvendigvis skal afvises [...] eller om budet ikke kan afvises, når den pågældende materielle undladelse kan forklares på en enkel måde, og den manglende pris på en

²⁹⁴ C-19/00, Generaladvokat Jacobs’ forslag til afgørelse af 10 maj 2001, SIAC Contruction Ltd mod County Civil of the County of Mayo, pkt. 9

²⁹⁵ Ibid., pkt. 12

²⁹⁶ T-183/00, dom af 25. februar 2003, Strabag Benelux NV mod Rådet for Den Europæiske Union, præmis 78

²⁹⁷ T-04/01, dom af 25. februar 2003, Renco SpA mod Rådet for Den Europæiske Union, præmis 69

²⁹⁸ T-183/00, dom af 25. februar 2003, Strabag Benelux NV mod Rådet for Den Europæiske Union, præmis 42

²⁹⁹ C-336/12, dom af 10. oktober 2013, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova, præmis 42

³⁰⁰ Christensen, 2009a; side 2

³⁰¹ T-183/00, dom af 25. februar 2003, Strabag Benelux NV mod Rådet for Den Europæiske Union, præmis 74

³⁰² Arrowsmith, 2014; side 731

nem og sikker måde kan udledes fra den tilbudte pris vedrørende en anden post i det sammenfattende overslag [...]”³⁰³. Dommen omhandler ikke prissætning direkte, men derimod ordregivers adgang til at anmode tilbudsgiverne om præciserende oplysninger. Der burde dog kunne trækkes paralleller mellem dommens resultat og uklarheden om ordregivers mulighed for at prissætte forbehold.

I den foreliggende sag havde en tilbudsgiver ved et begrænset udbud vedrørende opførelse af en produktionshal for referencematerialer ikke medtaget en enkelt enhedspris (post E 9.26) i det sammenfattende overslag. Tilbudsgiver påpegede dog, at den manglende enhedspris kunne udledes af en anden enhedspris (post E 9.13), da disse to poster var identisk formuleret. Retten konkluderede dermed, at såfremt den manglende pris kunne udledes andre steder i det konkrete tilbud, ville det være mod ’princippet om sparsommelighed’³⁰⁴ at afvise dette³⁰⁵.

Denne afgørelse må således så tvivl om de ovenstående fortolkninger. Dette skyldes på den ene side, at ordregiver ikke uden videre kunne prissætte den omtalte afvigelse, samt på den anden side, at hvis manglerne i tilbuddet i sig selv medfører, at dette skal afvises, vil den af Retten angivne mulighed for at prissætte disse mangler ikke give mening. Da praksis fra Den Europæiske Unions Domstol ikke afklarer ordregivers mulighed for prissætning, men nærmere skaber forvirring herom som følge af uoverensstemmelsen mellem Domstolens og Rettens domme, må muligheden herfor undersøges ud fra de udbudsretlige principper.

Indledningsvist kan der argumenteres for, at ordregivers valgfrihed mellem afvisning – herunder eventuelt supplerings og præcisering i overensstemmelse med praksis – og prissætning af tilbud, der tager forbehold for ikke-grundlæggende elementer, kan være i strid med gennemsigtighedsprincippet³⁰⁶, da tilbudsgiver ikke kan udlede konsekvensen af manglende overholdelse af indholdet i udbudsmaterialet.

Hertil er et væsentligt aspekt af ligebehandlingsprincippet, at sikre ligebehandling mellem aktuelle og potentielle tilbudsgivere. Ordregiver må således ikke acceptere fravigelser, der, hvis denne mulighed havde været kendt på tidspunktet for offentliggørelse af udbudsmaterialet, havde givet mulighed for et større felt af økonomiske aktører i konkurrencen om anskaffelsen. Eftersom ”[...] rækkevidden af udbudsbetingelser skal fastlægges ud fra potentielle tilbudsgiveres synsvinkel [...]”³⁰⁷, kan der argumenteres for, at muligheden for at prissætte udbudsmaterialets krav giver en fordel til de tilbudsgivere, der har afgivet tilbud, selvom dette ikke lever op til

³⁰³ T-195/08, dom af 10. december 2009, Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen, præmis 60

³⁰⁴ ’Princippet om sparsommelighed’ fremgik af Finansforordningen (som ændret ved Rådets forordning nr. 1995/2006 af 13. december 2006) art. 27, stk. 1, hvoraf det fremgår, at ”Budgetbevillingerne skal anvendes i overensstemmelse med princippet om forsvarlig økonomisk forvaltning, dvs. i overensstemmelse med principperne om sparsommelighed, produktivitet og effektivitet.” Princippet fremgår ikke direkte af Udbudsdirektivet, men kan udledes af formålet i ’Europa 2020’-strategien, der er nævnt i Udbudsdirektivet præambelbetragtning 2.

³⁰⁵ T-195/08, dom af 10. december 2009, Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen, præmis 65

³⁰⁶ Christensen, 2009a; side 6

³⁰⁷ C-368/10, dom af 10. maj 2012, Europa-Kommissionen med Kongeriget Nederlandene, præmis 52

udbudsmaterialets krav, i forhold til de tilbudsgivere, der ikke har afgivet tilbud af netop samme grund. Denne fordel må særligt gælde i forhold til mindstekrav, da disse udgør anskaffelsens centrale krav og egenskaber, hvorfor afvigelser herfra i udbudsmaterialet kunne have givet andre potentielt interesserede økonomiske aktører muligheder for at deltage i konkurrencen.

Et andet aspekt af ligebehandlingsprincippet er den konkrete konkurrencesituation mellem de aktuelle tilbudsgivere. Her kan der argumenteres for, at hvis ordregiver begynder at rette indholdet af tilbuddene, er der en risiko for forskelsbehandling, der både kan være til fordel eller ulempe for den pågældende tilbudsgiver. Risikoen er, som anført ovenfor, forsøgt afhjulpet af, at prissætning kun må ske, hvor dette kan ske på tilstrækkelig saglig og objektiv vis³⁰⁸. Denne risiko for forskelsbehandling må dermed i udgangspunktet føre til, at en ukonditionsmæssig tilbudsgiver skal afvises, da udgangspunktet for evalueringen af indkomne tilbud er, at disse skal forstås ud fra sin ordlyd, hvorefter tilbudsgiver bærer risikoen for uklarheder³⁰⁹. Heri må det kræves, at en eventuel prissætning er så objektiv korrekt, at tilbudsgiver hverken stilles bedre eller ringere i forhold til tilbudsvurderingen – imidlertid kan selv prissætning på baggrund af udefrakommende overvejelser afspejle en usikkerhed omkring prissætning af tilbuddet, der både kan stille tilbudsgiver bedre og ringere i forhold til virkeligheden³¹⁰. Risikoen for, at afvigelsen ikke kan prissættes objektivt korrekt, må alt andet lige bæres af den tilbudsgiver, hvis tilbud må afvises, fordi denne har udfyldt sit tilbud, så dette afviger fra kravene i udbudsmaterialet.

Selvom hovedreglen i henhold til ligebehandlingsprincippet er, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskelligartede forhold derfor ikke må behandles ens – hvorfor det må udledes, at konditionsmæssige og ukonditionsmæssige tilbud skal behandles forskelligt – må det dog bemærkes, at en ens behandling af forskelligartede forhold kan retfærdiggøres, hvis behandlingen er objektivt begrundet og proportional. Og der kan i denne forbindelse argumenteres for, at det vil stride mod Udbudsdirektivets formål om optimal udnyttelse af offentlige midler, jf. præambelbetragtning 2, hvis ordregiver skal afvise tilbudsgivere, hvis tilbud indeholder mindre afvigelser fra udbudsmaterialet, og hvor en sådan afvigelse er utilsigtet. Og med udgangspunkt i ovenstående praksis vil noget kunne tyde på, at prissætning som minimum kan finde sted, hvor den "[...] materielle undladelse kan forklares på en enkel måde, og den manglende pris på en nem og sikker måde kan udledes fra den tilbudte pris vedrørende en anden post i det sammenfattende overslag [...]"³¹¹ eller lignende tilfælde. Det kan dog være svært at se argumentet for at give ordregiver væsentligt mere råderum end ovenstående i forhold

³⁰⁸ UfR.2011.1955.H, dom af 5. april 2011, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S

³⁰⁹ C-599/10, dom af 29. marts 2012, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie, præmis 37-38

³¹⁰ Se eksempelvis Klagenævnets praksis, hvor en sagkyndig banks beregning af pris på kurssikring blev anset som tilstrækkelig saglig og objektiv, jf. Klagenævnet for Udbud, kendelse af 11. december 2017, j.nr. 17/00329, Labflex A/S mod Bygningsstyrelsen, mens en sagkyndig byggerådgivers beregning ikke blev anset som tilstrækkelig saglig og objektiv, jf. Klagenævnet for Udbud, kendelse af 19. maj 2017, j.nr. 17/00063, LM Gruppen ApS mod DSB.

³¹¹ T-195/08, dom af 10. december 2009, Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen, præmis 60

til prissætning, da denne mulighed kun følger af tilbudsgivers manglende overholdelse af sin "[...] pligt til at udvise omhu i affattelsen af budet [...]"³¹².

Retstilstanden omkring anvendelsesområdet for prissætning af afvigelser fra ikke-grundlæggende elementer i udbudsmaterialet er dermed usikker, og en dybdegående undersøgelse heraf falder uden for nærværende afhandling. Imidlertid må det på baggrund af ovenstående analyse afvises, at mindstekrav kan prissættes som følge af dets centrale status i udbudsmaterialet.

Alternativet til prissætning er, at ordregiver anmoder tilbudsgiverne om at præcisere og supplere sit tilbud, og dermed afklarer, om der er taget forbehold for indholdet af udbudsmaterialet. Men selvom ordregiver råder over en beføjelse til at anmode tilbudsgiverne om at supplere og præcisere afvigelser i det endelige tilbud må tilbudsgiver ikke kunne supplere og præcisere mere end, hvad der kan betegnes som 'almindelige afklaringer og præciseringer' i henhold til afvejningen i proportionalitetsprincippet. Disse afklaringer og præciseringer må dermed ikke angå elementer i tilbuddet, der ved en ændring medfører, at dette fremstår som et væsentlig ændret eller nyt tilbud³¹³, hvorfor ordregiver ikke må anmode tilbudsgiver om at supplere og præcisere afvigelser fra mindstekrav som følge af samme argumentation som ovenfor.

5.5.2. KONKURRENCEPRÆGET DIALOG

Der gælder en række af de samme regler for konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling. Det følger af Udbudsdirektivet art. 30, stk. 6, 1. afsnit, at ordregiver ved konkurrencepræget dialog skal kontrollere, at det endelige "[...] tilbud skal indeholde alle de elementer, der er nødvendige for projektets udførelse.", hvilket må fortolkes i overensstemmelse med ordregivers forpligtelse til at kontrollere, at de endelige tilbud opfylder mindstekravene, jf. art. 29, stk. 7, 2. pkt. ved udbud med forhandling. Der er således mindre usikkerhed omkring indholdet af udbudsmaterialet i forhold til mindstekravene ved det endelige tilbud, end under dialogen. Dermed må ovenstående praksis og overvejelser i forhold til prissætning af mindstekrav også gælde for konkurrencepræget dialog.

Dog gælder der en afgørende forskel mellem disse to procedurer, da det følger af art. 30, stk. 6, 2. afsnit, at "På den ordregivende myndigheds anmodning kan disse [endelige] tilbud afklares, præciseres og optimeres.". Dermed følger der en afgørende forskel mellem konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling, da "[...] the latter requires a complete final offer, whereas the former does not."³¹⁴. Betydningen af art. 30, stk. 6, 2. afsnit om, at tilbudsgiver på ordregivers anmodning kan 'afklare, præcisere og optimere' sit endelige tilbud kan dermed overvejes. Betyder begreberne, at tilbudsgiver har en særlig korrektionsret ved konkurrencepræget dialog, der afviger fra de almindelige regler om tilbudsgivers mulighed for at supplere og præcisere sit endelige tilbud,

³¹² C-599/10, dom af 29. marts 2012, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie, præmis 38

³¹³ C-336/12, dom af 10. oktober 2013, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova, præmis 36

³¹⁴ Arrowsmith, 2014; side 1019

eller har tilbudsgiver den samme korrektionsret ved konkurrencepræget dialog, som ved de andre udbudsprocedurer?

Ved Udbudsdirektivet ændrede man den tidligere formulering fra, at det endelige tilbud kan "[...] afklares, præciseres og tilpasses.", jf. direktiv 2004/18/EF, art. 29, stk. 6, 2. afsnit, til at disse kan "[...] afklares, præciseres og optimeres.", jf. art. 30, stk. 3, 2. afsnit. Anvendelsesområdet kan således antages at være blevet udvidet henset til begrebet 'optimeres'. Hertil slog Udbudslovsudvalget fast, at "I modsætning til bestemmelsen i artikel 29, stk. 6, 2. afsnit i det gældende direktiv, der omtaler ordregives ret til "tilpasninger" af tilbuddene, omtaler den nye bestemmelse "optimeringer" af tilbuddene. Det er dog vanskeligt at se, at dette skulle indebære en reel ændring af bestemmelsens indhold."³¹⁵ Der gælder heraf således noget, der minder om den samme præciserings- og afklaringsadgang, som der følger af de tidligere regler.

I forhold til den oprindelige formulering er der dog fastslået en sammenhæng med Rådets og Kommissionens erklæring (herefter betegnet 'Erklæringen') om forhandling ved standardprocedurerne, der påpegede, at "[...] the room for manoeuvre that contracting authorities have after the submission of the final tenders is fairly limited."³¹⁶ Det er dog værd at påpege, at Erklæringen kun angik standardprocedurerne, hvorfor denne ikke nødvendigvis kan benyttes til fortolkning af tilbudsgivers mulighed for præcisering og supplerings ved konkurrencepræget dialog. Endvidere er Erklæringen udarbejdet væsentlig før tilblivelsen af udbudsproceduren konkurrencepræget dialog, som vi kender dem i dag.

Der må dog anerkendes tilbudsgiverne visse præciseringmuligheder, henset til at tilbudsgiverne ikke skal afgive et fuldstændigt tilbud, men derimod blot et tilbud, der indeholder "[...] alle de elementer, der er nødvendige for projektets udførelse.", jf. art. 30, stk. 6, 1. afsnit. Da tilbuddene således ikke er fuldstændige, må der således indrømmes tilbudsgiverne en mulighed for yderligere præciseringer end de almindelige regler giver.

Det kan ydermere vække undren, at art. 30, stk. 6, 2. afsnit, hvis den bare bekræfter de almindelige regler for præcisering og supplerings, ikke fremgår af bestemmelserne om de resterende udbudsprocedurer, men kun fremgår af bestemmelsen om konkurrencepræget dialog. Dette bekræftes af Klagenævnet, der i en ældre kendelse vedrørende direktiv 2004/18/EF har slået fast, at der er en videre adgang til at præcisere og supplere det endelige tilbud ved konkurrencepræget dialog, men at ordregiver, trods denne adgang, ikke kan se bort fra ufravigelige krav i udbudsmaterialet – hvilket er i overensstemmelse med Rettens praksis³¹⁷.

"Det følger af Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 6, andet afsnit, at der ved konkurrencepræget dialog i videre omfang end ved offentligt og begrænset udbud kan ske præciseringer, afklaringer og tilpasninger eller supplerings

³¹⁵ Udbudslovsudvalget, 2014; side 595

³¹⁶ Europa-Kommissionen, 2005; side 9

³¹⁷ T-195/08, dom af 10. december 2009, Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen, præmis 58

[min markering] af afgivne tilbud [...] 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 [min markering] til tilbuddene.”³¹⁸

Taget ovenstående overvejelser og praksis samt formålet med de fleksible procedurer i betragtning, kan Erklæringen ikke tillægges væsentlig betydning ved tilbudsgivers mulighed for at afgive præciserende og supplerende oplysninger.

Selvom tilbudsgiverne i videre omfang end ved standardprocedurerne er tilladt at præcisere og supplere sit endelige tilbud ved den konkurrenceprægede dialog, må ligebehandlingsprincippet dog sætte en grænse for, hvilke ændringer der kan accepteres. Tilbudsgivers beføjelse til at optimere tilbuddet må således føre til, at grænsen for, hvornår et tilbud anses som væsentlig ændret, er videre end den lignende præciserings- og suppleringsmulighed ved udbud med forhandling – det optimerede tilbud må fortsat ikke give tilbudsgiver mulighed for at indgive et nyt tilbud. Beføjelsen må derfor antageligvis ikke angå grundlæggende elementer og mindstekrav, og den generelle mulighed for at afklare, præcisere og optimere endelige tilbud er således ikke ubegrænset, eller væsentlig forskellig fra de resterende procedurer.

³¹⁸ Klagenævnet for Udbud, kendelse af 10. april 2010, j.nr. 2010-0021423, Triona AB mod Vejdirektoratet

6. KONKLUSION

Mindstekrav er de "[...] centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have."³¹⁹, hvorfor offentliggørelse og beskrivelse heraf forinden igangsættelse af udbudsproceduren er en grundlæggende forudsætning for ligebehandling og gennemsigtighed. Denne beskrivelse kan ordregiver i høj grad egenhændigt konstruere, herunder hvorvidt disse kan ændres eller tages forbehold for – samt undlade at angive dette. Særligt relevant for afhandlingen er de tilfælde, hvor ordregiver har forholdt sig til, at et bestemt krav kan ændres eller tages forbehold, og dette viser sig at være forkert – f.eks. hvis kravet har karakter som et grundlæggende element – og hvor ordregiver ikke på forhånd har forholdt sig til konsekvensen af ændringer af eller forbehold for opfyldelse af et mindstekrav.

Særligt forholdet mellem mindstekrav og grundlæggende elementer er interessant, da mindstekrav 'som klart udgangspunkt' anses som et grundlæggende element, og dermed 'som klart udgangspunkt' har samme retsvirkning som ændringer heraf og forbehold herfor – hhv. at ordregiver skal foretage fornyet udbud og tilbudsgiver skal erklæres ukonditionsmæssig. Men ud fra en konkret vurdering kan der være undtagelser. En sådan vurdering er ikke relevant inden igangsættelsen af udbudsproceduren, og efter indgåelsen af kontrakten er ordregivers ændringsmuligheder reguleret af Udbudsloven afsnit om 'Ændring af kontrakter m.v.'. Den konkrete vurdering er således aktuel mellem igangsættelsen og afslutningen af udbudsproceduren.

Det er et grundlæggende udgangspunkt for ordregivers ændringsmulighed, at denne som følge af sammenhængen mellem mindstekrav og grundlæggende elementer 'som klart udgangspunkt' ikke kan ændre mindstekravene under en igangværende udbudsprocedure. Dette udgangspunkt medfører dog ikke, at ordregiver skal afholde genudbud, hvor ordregiver har behov for, at "[...] korrigere eller supplere oplysningerne i udbudsbetingelserne, hvis en simpel præcisering er fornøden, eller med det formål at korrigere åbenlyse indholdsmæssige fejl [...]"³²⁰. En sådan undtagelse er afgrænset til at kunne ske inden tilbudsfristen for standardprocedurerne, men må af hensyn til de fleksible procedurers særlige karakter kunne ske indtil det endelige tilbud. Ved udbud med forhandling må ordregiver således efter det indledende tilbud, dvs. under forhandlingen, forsat meddele "[...] detaljer, som mere klart beskriver den pågældende genstand, eller definerer den mere nøjagtigt."³²¹, mens en mere lempelig undtagelse gælder for konkurrencepræget dialog, da de økonomiske aktører på tidspunktet for dialogen ikke har afgivet et egentligt tilbud. Selvom Udbudsloven ikke tillader, at dialogen medfører ændringer

³¹⁹ Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015; side 57

³²⁰ C-298/15, dom af 5. april 2017, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VI, præmis 72

³²¹ C-87/94, Generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse af 12. september 1995, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien, pkt. 37

af mindstekrav, må dette kunne ske i henhold til Udbudsdirektivet – dog under overholdelse af de udbudsretlige principper. Denne forskel mellem udbud med forhandling og konkurrencepræget i henhold til Udbudsdirektivet følger af, at parterne ved udbud med forhandling forhandler om afgivne tilbud, mens parterne ved konkurrencepræget dialog går i dialog om indholdet af udbudsmaterialet.

Sondringen i forhold til ændringer før og efter igangsættelsen kan være svær at opretholde, særligt da ordregiver kan overgå til en fleksibel procedure, hvor der ved en standardprocedure kun er afgivet 'ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud'. Dermed opstår der en ny udbudsprocedure efter modtagelsen af tilbud ved den oprindelige standardprocedure. Mellem disse procedurer kan der dermed opstå behov for at ændre udbudsmaterialet, eftersom det oprindelige materiale kun førte til 'ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud'. Og selv mindstekravene kan ændres, så længe ændringen ikke er så væsentlig, at den er egnet til at påvirke andre potentielt interesserede økonomiske aktører, hvorfor den nye udbudsprocedure påvirkes og rammesættes af den tidligere procedure. En sådan væsentlighedsvurdering lempes, hvor ordregiver indgiver en ny udbudsbekendtgørelse, modsat hvor ordregiver ikke gør dette.

Modsat er tilbudsgivers mulighed for at tage forbehold for mindstekrav uden at blive erklæret ukonditionsmæssig mere begrænset som følge af at mindstekrav er krav "[...] som alle tilbud skal opfylde eller have."³²² Dette gælder både ved det indledende, alle efterfølgende og endelige tilbud, da mindstekravet ellers ville "[...] miste enhver virkning [...]"³²³. Hverken den danske mulighed for at prissætte tilbudsforbehold, eller ordregivers mulighed for at få endelige tilbud 'afklaret, præciseret og optimeret' ved konkurrencepræget dialog ændrer på dette. Mindstekravet er således en kravtype, hvor ordregiver, uden at pålægge sig selv andre krav end dem, der følger af de almindelige regler om ændringer af grundlæggende og ikke-grundlæggende elementer, pålægger økonomiske aktører at overholde disse i deres tilbud, som om de var grundlæggende elementer, uagtet om dette ud fra en konkret vurdering er tilfældet. Det er væsentligt at påpege, at de økonomiske aktører ved konkurrencepræget dialog under dialogen ikke indgiver tilbud, men derimod diaoplæg, der ikke kan sidestilles med tilbud i aftaleretlig henseende. I dette tilfælde kan de økonomiske aktører tage forbehold for mindstekrav som følge af, at disse både kan ændres og præciseres under dialogen – særligt i henhold til Udbudsdirektivet – men skal være opmærksom på risikoen for at blive shortlistet som følge af den manglende overholdelse heraf.

6.1. PERSPEKTIVERING

Et forbehold, der har været taget gentagne gange i løbet af afhandlingen, er, at Den Europæiske Unions Domstol endnu ikke har afsagt domme efter Udbudsdirektivet, men udelukkende efter de tidligere udbudsdirektiver. Afhandlingens EU-retlige vinkel er dermed baseret på afgørelser fra direktiv 2004/18/EF, hvilket medfører en

³²² Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015; side 57

³²³ C-561/12, dom af 5. december 2013, Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium, præmis 38

væsentlig usikkerhed til resultatet af afhandlingen – nedenstående udvalgte emner antages dog ikke at have ændret karakter mellem direktiv 2004/18/EF og Udbudsdirektivet.

I mangel på nyere retskilder kan det være oplagt at rette blikket mod udvalgte EU-landes³²⁴ regulering med det formål, at på overordnet plan at undersøge afhandlingens konklusioner på de områder, hvor Udbudsloven afviger fra Udbudsdirektivet. En mere dybdegående undersøgelse heraf falder uden for nærværende afhandling.

6.1.1. UDBUD MED FORHANDLING I UDVALGTE EU-LANDE

Indledningsvist har forhandlingsforbuddet givet anledning til overvejelser, hvor særligt mindstekravets betydning har givet anledning til tvivl. I Storbritannien er hensigten med forhandlingen bl.a. ”[...] to adapt tenders to the basic requirements – which could mean ensuring that they meet these basic requirements (for example, to correct tenders that are non-compliant because of errors or other problems [...])”³²⁵, mens det modsat må antages, at de estiske udbudsregler ikke tillader ordregiver at forhandle med tilbudsgivere, der tager forbehold for mindstekrav, da det estiske finansministerium var genstand for en præjudiciel afgørelse om dette emne.

Eftersom Storbritannien antageligvis ikke udelukker forhandling med tilbudsgivere, der tager forbehold for mindstekrav, må forhandlingen tilsvarende kunne angå grundene til denne ukonditionsmæssighed – f.eks. forbehold for mindstekrav, så længe mindstekravet i udbudsmaterialet ikke ændres. Anderledes følger det af svensk udbudsret, hvor ”[...] både annonsen om upphandling och ett förfrågningsunderlag innehålla krav eller kravnivåer, som formulerats så att de blivit obligatoriska. Sådana krav kan knappast bli föremål för en förhandling.”³²⁶. Mindstekravets status er således vidt forskelle på tværs af europæisk udbudsret.

Ydermere har Storbritannien en anden praksis end Danmark i forhold til behandlingen af ukonditionsmæssige endelige tilbud, hvor ”[...] it violates equal treatment to give one bidder the opportunity to submit an offer that does not meet the conditions stated without allowing that same opportunity to others.”³²⁷ – særligt skal ordregiver være opmærksom på, at “[...] the “final tenders” are in conformity with the minimum requirements [...]”³²⁸. Noget kunne dermed tale for, at prissætning af tilbudsforbehold – dog ikke i forhold til mindstekrav

³²⁴ Under Udbudslovsudvalgets arbejde blev Landeundersøgelse II igangsæt med henblik på at inddrage erfaringer fra øvrige medlemslande i EU i forbindelse med det lovforberedende arbejde i Danmark. Den selvstændige rapport – *‘Transposition of EU Regulation on public procurement’* – fokuserede bl.a. på Sveriges og Storbritanniens erfaringer med de fleksible procedurer, jf. Udbudslovsudvalget, 2014; 823-824. Dog benyttes konkurrencepræget dialog meget forskelligt på tværs af medlemslandene i EU, og for at give et helhedsbillede af reguleringen heraf, sondres der mellem lande, som ikke, eller kun i begrænset omfang, benytter denne udbudsform, f.eks. Portugal og Spanien, lande der regelmæssigt benytter sig heraf, f.eks. Tyskland og Holland, og lande der i høj grad benytter sig heraf, f.eks. Storbritannien og Frankrig, jf. De Mars et al., 2012a; side 152-153

³²⁵ Arrowsmith, 2014; side 1008

³²⁶ Falk, 2014; side 167

³²⁷ Arrowsmith, 2014; side 1029-1030

³²⁸ Ibid.; side 1018

– er en eksklusiv mulighed, som udelukkende tillades i Danmark. Det kunne dermed overvejes, om denne mulighed generelt er i strid med EU-retten.

6.1.2. KONKURRENCEPRÆGET DIALOG I UDVALGTE EU-LANDE

Igen er det forhandlingsforbuddet i forhold til anskaffelsen, der giver anledning til overvejelser. I grove træk har flere EU-lande opretholdt Udbudsdirektivets manglende regulering af udbudsproceduren, og dermed dialogens fleksibilitet. I Tyskland kan dialogen eksempelvis omhandle alt så længe "[...] the equality of treatment of all tenderers needs to be ensured so that no one tenderer is given an advantage over its competitors.³²⁹ – dermed antageligvis også mindstekrav. En sådan fleksibilitet gælder også efter tilbudsfristen, men, ligesom i Danmark, med begrænsninger. I Storbritannien er de efterfølgende præciseringer afgrænset til, at "Bidders cannot reopen discussion with the contracting authority at this stage and non-compliant bids will not be acceptable."³³⁰, mens man i Tyskland fastholder "[...] a very strict view concerning the interpretation of the rules on clarification [...] as the Directive clearly states that all kinds of changes should be banned if they are likely to distort competition or have a discriminatory effect."³³¹. Dermed kan det ikke udelukkes, at der kan udledes en generel tværeuropæisk fleksibel tilgang til ordregivers ændringsmuligheder ved konkurrencepræget dialog – både inden og efter tilbudsfristen.

Et andet område, der gav anledning til usikkerhed, var, om der var mulighed for shortlisting af de økonomisk aktører eller blot de konkrete løsninger – og som i Danmark er der tilsvarende tvivl i resten af EU. I Storbritannien kan de økonomiske aktører shortlistes "[...] based on all aspects of their solutions, both technical and financial [...]"³³², hvilket tilsvarende gør sig gældende i Holland³³³. Hertil er retstilstanden i Tyskland og Sverige identisk under forudsætning af, at tilbudsgiver kun indgiver ét tilbud³³⁴ – dvs. at "[...] en leverantör som föreslagit flera lösningar är med i dialogen så länge inte alla lösningar har uteslutits."³³⁵. Diametralt modsat følger af Portugals lovgivning, at de økonomiske aktører kun kan indgive et tilbud, samt at ordregiver hverken kan shortliste økonomiske aktører eller løsninger³³⁶. Imidlertid er det kun muligt at shortliste løsninger, men ikke økonomiske aktører, i Frankrig³³⁷, mens der ikke er lovgivet nærmere herom i Spanien³³⁸. Tvivlen om shortlisting gælder således ikke kun Danmark, men er aktuel på europæisk plan.

³²⁹ Burgi, 2012; side 326

³³⁰ Arrowsmith et al., 2012b; side 242

³³¹ Burgi, 2012; side 330

³³² Arrowsmith et al., 2012b; side 230

³³³ Nagelkerke et al., 2012; side 510

³³⁴ Burgi, 2012; side 326-328

³³⁵ Falk, 2014; side 199

³³⁶ Telles, 2012a; side 387-389

³³⁷ De Mars et al., 2012b; side 298

³³⁸ Telles, 2012b; side 411

7. ABSTRACT

The purpose of the thesis 'Modifications of procurement documents, including reservations, in flexible tender procedures' has been to examine the contracting authority's possibility to change the minimum requirements and the economic operator's possibility to make reservations to these during a tender procedure to the extent that it is legal according to the Public Procurement rules.

Minimum requirements are “[...] those conditions and characteristics (particularly physical, functional and legal) that any tender should meet or possess [...]”, cf. The Public Sector Directive 2014/24/EU, recital 45 – i.e. the acquisitions technical specifications. According to the principles of procurement the tenderers must be treated equally and in a transparent manner when they formulate their tenders, which is why the minimum requirements must be distinctly determined from the beginning of the tender procedure. Furthermore, these principles require equality between tenderers when they are evaluated by the contracting authority, which is why the parties cannot negotiate about the determined minimum requirements. But how do the flexible tender procedures modify this starting point?

As a rule “[...] the contracting authority cannot, in principle, during an award procedure, amend the scope of the essential conditions of the contract, which include the technical specifications [...]”³³⁹. This does not prevent the contracting authority “[...] on an exceptional basis, to correct [...] the information in the tender specifications which requires mere clarification, or to correct obvious material errors [...]”³⁴⁰ until delivery of the final tenders. This is the fundamental basis of the competitive procedure with negotiation, but because of the distinguishing marks of the competitive dialogue the minimum requirements can be changed during the dialogue.

The Public Procurement rules give the contracting authorities the possibility to negotiate with the tenderers, where only irregular or unacceptable tenders are submitted in a standard procedure in common. Between the standard and the new flexible tender procedure, the contracting authority can change the procurement conditions of the original procedure insofar they are not substantially altered in the new procedure.

On the other hand, the economic operators are not allowed to make reservations to the minimum requirements in any tenders – which does not include proposed solutions of the competitive dialogue. Furthermore, the contracting authority can not allow the economic operators to correct details due to the reservations of the minimum requirements in their final tender, as the requirements have a central function of the procurement.

³³⁹ C-298/15, dom af 5. april 2017, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, prēm̃is 70

³⁴⁰ Ibid., prēm̃is 72

8. LITTERATURLISTE

8.1. BØGER

Arrowsmith, Sue; Steen Treumer (2012a): "*Chapter 1: Competitive dialogue in EU law: a critical review*" i Sue Arrowsmith & Steen Treumer (red.): "*Competitive Dialogue in EU Procurement*" (1. udgave, 1. oplag), Cambridge University Press, Cambridge

Arrowsmith, Sue; Richard Craven (2012b): "*Chapter 3: Competitive dialogue in the United Kingdom*" i Sue Arrowsmith & Steen Treumer (red.): "*Competitive Dialogue in EU Procurement*" (1. udgave, 1. oplag), Cambridge University Press, Cambridge

Arrowsmith, Sue (2014): "*The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*" (1. udgave, 1. oplag), Sweet & Maxwell; London

Blume, Peter (2016): "*Retsystemet og juridisk metode*" (3. udgave, 1. oplag) Jurist- og Økonomforbundets Forlag; København

Burgi, Martin (2012): "*Chapter 5: Competitive dialogue in Germany*" i Sue Arrowsmith & Steen Treumer (red.): "*Competitive Dialogue in EU Procurement*" (1. udgave, 1. oplag), Cambridge University Press, Cambridge

Bødtker-Hansen, Jens; Rasmus Holm Hansen (2016): "*Kapitel 8: Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog*" i Steen Treumer (red.): "*Udbudsloven*" (1. udgave, 1. oplag) Ex Tuto Publishing A/S, København

Comba, Mario (2014): "*Chapter 2: Variations in the scope of the new EU public procurement Directive of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws*" i Francoi Lichère, Roberto Caranta & Steen Treumer (red.): "*Modernising Public Procurement: The New Directive*" (1. udgave, 1. oplag) DJØF Publishing; København

De Mars, Sylvia; Richard Craven (2012a): "*Chapter 2: An analysis of use of competitive dialogue in the EU*" i Sue Arrowsmith & Steen Treumer (red.): "*Competitive Dialogue in EU Procurement*" (1. udgave, 1. oplag), Cambridge University Press, Cambridge

De Mars, Sylvia; Frédérique Olivier (2012b): "*Chapter 4: Competitive dialogue in France*" i Sue Arrowsmith & Steen Treumer (red.): "*Competitive Dialogue in EU Procurement*" (1. udgave, 1. oplag), Cambridge University Press, Cambridge

Fabricius, Jesper (2016a): "*Kapitel 3: Udbudslovsudvalgets arbejde*" i Steen Treumer (red.): "*Udbudsloven*" (1. udgave, 1. oplag) Ex Tuto Publishing A/S, København

Fabricius, Jesper (2017): "*Offentlige indkøb i praksis*" (4. udgave, 1. oplag) Karnov Group; København

Falk, Jan-Erik (2014): "*Lag om offentlig uopphandling – en kommentar*" (3. udgave, 1. oplag) Jure Förlag AB; Stockholm

- Fenger, Niels** (2013): *"EU-rettens påvirkning af dansk forvaltningsret"* (2. udgave, 1. oplag) Jurist- og Økonomforbundets Forlag; København
- Hamer, Carina Risvig** (2016): *"Grundlæggende udbudsret"* (1. udgave, 1. oplag) Jurist- og Økonomforbundets Forlag; København
- Hartlev, Kristian; David Klæsøe-Lund; Christian Clausen** (2016): *"Kapitel 4: Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog"* i Karsten Hagel-Sørensen (red.): *"Aktuel udbudsret II"* (1. udgave, 2. oplag) Jurist- og Økonomforbundets Forlag; København
- Hørlyck, Erik** (2013): *"Tilbudsloven – Lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter med kommentarer"* (3. udgave, 1. oplag) Jurist- og Økonomforbundets Forlag; København
- Nagelkerke, Marijke; Jacobien Muntz-Beekhuis** (2012): *"Chapter 12: Competitive dialogue in the Netherlands"* i Sue Arrowsmith & Steen Treumer (red.): *"Competitive Dialogue in EU Procurement"* (1. udgave, 1. oplag), Cambridge University Press, Cambridge
- Neergaard, Ulla; Ruth Nielsen** (2016): *"EU-ret"* (7. udgave, 1. oplag) Karnov Group; København
- Poulsen, Sune Troels; Peter Stig Jakobsen; Simon Evers Kalsmose-Hjelmborg** (2016): *"EU Udbudsretten"* (3. udgave, 1. oplag) Jurist- og Økonomforbundets Forlag; København
- Priess, Hans-Joachim** (2014): *"Chapter 16: Award Procedures for EU Institutions"* i Martin Trybus, Roberto Caranta & Gunilla Edelstam (red.): *"EU Public Contract Law – Public Procurement and Beyond"* (1. udgave, 1. oplag) Éditions Bruylant, Bruxelles
- Telles, Pedro** (2012a): *"Chapter 7: Competitive dialogue in Portugal"* i Sue Arrowsmith & Steen Treumer (red.): *"Competitive Dialogue in EU Procurement"* (1. udgave, 1. oplag), Cambridge University Press, Cambridge
- Telles, Pedro** (2012b): *"Chapter 8: Competitive dialogue in Spain"* i Sue Arrowsmith & Steen Treumer (red.): *"Competitive Dialogue in EU Procurement"* (1. udgave, 1. oplag), Cambridge University Press, Cambridge
- Treumer, Steen** (2000): *"Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler"* (1. udgave, 1. oplag) Jurist- og Økonomforbundets Forlag; København
- Treumer, Steen** (2013a): *"Chapter 2: Award of contracts covered by the EU Public Procurement rules in Denmark"* i Mario Comba & Steen Treumer (red.): *"Award of contracts in EU procurements"* (1. udgave, 1. oplag) DJØF Publishing; København
- Treumer, Steen** (2013b): *"Konstruktiv uklarhed - om tilsigtet uklar EU-lovgivning og dens negative konsekvenser"* i Jens Hartvig Danielsen (red.): *"Max Sørensen 100 år"* (1. udgave, 1. oplag) Jurist- og Økonomforbundets Forlag; København

Treumer, Steen (2014): "*Chapter 1: Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive*" i Francoi Lichère, Roberto Caranta & Steen Treumer (red.): "*Modernising Public Procurement: The New Directive*" (1. udgave, 1. oplag) DJØF Publishing; København

Treumer, Steen (2016): "*Kapitel 1: Udbudsloven – ud af boksen og ind i gråzonen?*" i Steen Treumer (red.): "*Udbudsloven*" (1. udgave, 1. oplag) Ex Tuto Publishing A/S, København

8.2. ARTIKLER

Christensen, Morten Uhrskov (2009a): "*UfR.2009B.32, Evaluering af tilbudsforbehold i EU-udbud – prissætning eller inddragelse under andre dertil afpassede kriterier*", Ugeskrift for Retsvæsen

Christensen, Morten Uhrskov (2009b): "*UfR.2009B.157, Evaluering af tilbudsforbehold i EU-udbud – lidt om alternative tilbud*", Ugeskrift for Retsvæsen

Dethlefsen, Peter (2009): "*UfR.2009B.104, Tilbudsforbehold i EU-udbud – en replik*", Ugeskrift for Retsvæsen

Fabricius, Jesper (2016b): "*ET.2015.57, Den nye udbudslov*", Erhvervsjuridisk Tidsskrift

Poulsen, Sune Troels (1998): "*UfR.1998B.61, Offentlige udbud – lighed som grundlag for konkurrence*", Ugeskrift for Retsvæsen

Rytter, Niels Karl Heilskov (2018): "*UfR.2018B.147, Muligheden for at overgå til udbud med forhandling i strandede udbud*", Ugeskrift for Retsvæsen

Treumer, Steen (2018): "*P.P.L.R. 2018, 1, NA25-NA30, Consortium changes: the Danish follow-up to Case C-396/14, MT Hojgaard and Zublin v Banedanmark*", Public Procurement Law Review

8.3. RAPPORTER, VEJLEDNINGER OG ANALYSER

Europa-Kommissionen (2005): "*Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive*", udgivet oktober 2005

Europa-Kommissionen (2011a): "*GRØNBOG om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb – Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb*", udgivet januar 2011

Europa-Kommissionen (2011b): "*Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb*", udgivet december 2011

Europa-Kommissionen (2011c): "*Pressemeddelelse: Modernisering af det europæiske marked for offentlige indkøb for at fremme vækst og beskæftigelse*" udgiver december 2011

Klagenævnet for Udbud (2017): "*Årsberetning 2016*", udgivet september 2017

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2016): "*Udbudsloven, Vejledning om udbudsreglerne*", udgivet januar 2016

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2018a): *"Dialog før og under udbudsprocessen"*, udgivet januar 2018

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2018b): *"Danske klagesager om udbud"*, udgivet februar 2018

Rådet for Den Europæiske Union (2012): *"Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement - Cluster 1: Flexibilisation of procedures"*, udgivet januar 2012

Udbudslovsudvalget (2014): *"Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning"*, udgivet december 2014

8.4. LOVFORARBEJDER

Lovforslag nr. 19, saml. 2015-16 "Forslag til Udbudsloven", fremsat af Erhvervs- og vækstminister, Troels Lund Poulsen (V) den 7. oktober 2015. Efter 3. behandlingen i Folketinget den. 19. november 2015: Lov nr. 1564 af 15. december 2015, der gennemfører Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (betegnet: Udbudsloven)

8.5. PRAKSIS

8.5.1. KLAGENÆVNET FOR UDBUD

Kendelse af 19. august 1997, j.nr. 97-52.322, Poul Hansen Entreprenører A/S mod Vejdirektoratet

Kendelse af 6. august, 2001, j.nr. 01-67.168, Oxford Research A/S mod Faaborg Kommune

Kendelse af 4. november 2003, j.nr. 03-181.088, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Lokalbansen A/S

Kendelse af 21. november 2003, j.nr. 03-134.362, Entreprenørfirmaet Harry Andersen & Søn A/S mod Vejle Amt

Kendelse af 6. maj 2004, j.nr. 03-237.997, Sereno Nordic AB mod Vejle Amt

Kendelse af 23. september 2004, j.nr. 04-111.497, Sammenslutningen af Glatførebekæmpende vognmænd mod Nordjyllands Amt

Kendelse af 26. november 2004, j.nr. 04-173.699, E. Pihl & Søn A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen

Kendelse af 5. september 2006, j.nr. 05-97.232/2005-0002370, Joca Trading A/S mod Renosyd I/S

Kendelse af 12. februar 2007, j.nr. 2006-0007516, Dansk Høreteknik A/S mod Københavns Kommune

Kendelse af 29. august 2007, j.nr. 2007-0011471, Sectra A/S mod Region Syddanmark

Kendelse af 8. januar 2008, j.nr. 2007-0013668, WAP Wöhr Automatikparkssysteme GmbH & Co KG mod Ørestadsparkering A/S

Kendelse af 27. juni 2008, j.nr. 2008-0016142, Danske Arkitektvirksomheder mod Handels- og Søfartsmuseet

Kendelse af 10. april 2010, j.nr. 2010-0021423, Triona AB mod Vejdirektoratet

Kendelse af 13. april 2010, j.nr. 2009-0020673, KMD A/S mod Frederiksberg Kommune

Kendelse af 14. april 2011, j.nr. 2010-0022258, Axiell Bibliotek A/S mod Aalborg kommune, Aalborg Bibliotekerne

Kendelse af 30. juli 2012, j.nr. 2012-00323009, NCC Construction Danmark A/S mod Egedal Kommune

Kendelse af 20. juni 2013, j.nr. 2013-0033303, Bombardier Transportation Denmark A/S og Balfour Beatty Rail Danmark A/S mod Aarhus Letbane I/S

Kendelse af 9. juli 2013, j.nr. 2012-0032813, SWARCO Danmark A/S mod Rigspolitiet

Kendelse af 28. januar 2014, j.nr. 2014-0036277, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark

Kendelse af 18. maj 2015, j.nr. 2014-7709, Kai Andersen A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen

Kendelse af 7. oktober 2015, j.nr. 2015-6181, Stadsing A/S mod Herning på vegne tillige af Sønderborg, Randers, Middelfart, Lemvig, Svendborg, Ikast-Brande, Kolding, Holstebro, Fredericia, Silkeborg og Esbjerg kommuner

Kendelse af 7. december 2015, j.nr. 2015-6679, IBM Danmark ApS mod Aarhus Kommune

Kendelse af 12. april 2016, j.nr. 2016-2237, Joint Venture Salini-Impregilo-Samsung-Bunte mod Femern A/S

Kendelse af 9. december 2016, j.nr. 2016-1412, TL Byg A/S mod Region Midtjylland

Kendelse af 19. maj 2017, j.nr. 17/00063, LM Gruppen ApS mod DSB

Kendelse af 20. juni 2017, j.nr. 17/00156, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark

Kendelse af 23. juni 2017, j.nr. 17/00982, MultilLine A/S Furesø Kommune

Kendelse af 11. juli 2017, j.nr. 17/01077, Inventarland ApS mod Region Sjælland

Kendelse af 14. juli 2017, j.nr. 17/01160, Weiss A/S mod SK Varme A/S

Kendelse af 29. september 2017, j.nr. 17/00901, Skoda Transportation a.s. mod Odense Letbane P/S

Kendelse af 6. december 2017, j.nr. 17/00123, Imatis A/S mod Region Hovedstaden

Kendelse af 11. december 2017, j.nr. 17/00329, Labflex A/S mod Bygningsstyrelsen

Kendelse af 12. januar 2018, j.nr. 17/01966, Mobilex A/S mod Aalborg Kommune

Kendelse af 1. februar 2018, j.nr. 18/00014, ABB A/S mod Trafikselskabet Movia

Kendelse af 9. februar 2018, j.nr. 17/00127, Dansk Cater A/S mod Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S

Kendelse af 2. marts 2018, j.nr. 17/00762, AV Form A/S mod Fællesindkøb Fyn, Fællesudbud Sjælland, Indkøbsfællesskab Nordsjælland og Vestegnens Indkøbsforum (undtagen Høje-Taastrup Kommune)

Kendelse af 6. april 2018, j.nr. 17/01659, Medicotrust A/S mod Region Sjælland

Kendelse af 12. april 2018, j.nr. 17/01401, Lekolar Leika A/S mod Fællesudbud Sjælland ved Køge Kommune

Kendelse af 20. april 2018, j.nr. 17/00612, Lattanzio Advisory S.p.A, Fundación Educación Para el Empleo (EuropEFE), EFE Egypt, Jordan Career Education Foundation, EFE Maroc, EFE Tunisie, EFE US, Danish Forum for International Cooperation (FIC) mod Udenrigsministeriet

8.5.2. DANSKE DOMSTOLE

UfR.2011.1955.H, dom af 5. april 2011, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S

UfR.2014.975.V, dom af 11. december 2013, Aalborg Kommune mod Dansk Halbyggeri A/S

8.5.3. DEN EUROPÆISKE UNIONS DOMSTOL

C-31/87, dom af 20. september 1988, Gebroeders Beentjes BV mod Den Nederlandske Stat

C-215/88, dom af 13. juli 1989, Casa Fleischhandels-GmbH mod Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung

C-243/89, dom af 22. juni 1993, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Danmark

C-87/94, dom af 25. april 1996, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien

C-76/97, dom af 24. september 1998, Walter Tögel mod Niederösterreichische Gebietskrankenkasse

C-225/98, dom af 26. september 2000, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik

C-16/98, dom af 5. oktober 2000, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik

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

T-183/00, dom af 25. februar 2003, Strabag Benelux NV mod Rådet for Den Europæiske Union

T-04/01, dom af 25. februar 2003, Renco SpA mod Rådet for Den Europæiske Union

C-421/01, dom af 16. oktober 2003, Traunfellner GmbH mod österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag)

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

C-331/04, dom af 24. november 2005, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Sne mod ACTV Venezia SpA

C-532/06, dom af 24. januar 2008, 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

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

T-195/08, dom af 10. december 2009, Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen

C-423/07, dom af 22 april 2010, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Spanien

C-599/10, dom af 29. marts 2012, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie

C-368/10, dom af 10. maj 2012, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene

C-576/10, dom af 11. juli 2013, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene

C-336/12, dom af 10. oktober 2013, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova

C-561/12, dom af 5. december 2013, Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium

T-199/14, dom af 29. oktober 2015, Vanbreda Risk & Benefits mod Europa-Kommissionen

C-396/14, dom af 24. maj 2016, MT Højgaard A/S og Züblin A/S mod Banedanmark

C-51/15, dom af 21. december 2016, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord mod Region Hannover

C-298/15, dom af 5. april 2017, »Borta« UAB mod Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ

C-223/16, dom af 14. september 2017, Casertana Costruzioni Srl mod Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise, Agenzia Regionale Campania per la Difesa del Suolo – A.R.Ca.Di.S.

C-567/15, dom af 5. oktober 2017, »LitSpecMet« UAB mod »Vilniaus lokomotyvų remonto depas« UAB

C-9/17, dom af 1. marts 2018, Maria Tirkkonen