

Berigtigelse af referencer i relation til egnethedskrav

Correction of references in relation to requirements for suitability

Specialeafhandling, 2. januar 2023

Forfatter: Haroun Mani, cand.jur. (11.11.1994)

Vejleder: Rasmus Horskjær Nielsen

Antal anslag: 138.287

Indholdsfortegnelse

1. Introduktion 3

1.1. Indledning 3

1.2. Formål og problemfelt 4

1.3. Problemformulering 5

1.4. Afgrænsning 6

1.5. Metode 7

1.6. Relevante retskilder 7

1.6.1. EU-retlige retskilder 7

1.6.1.1. Primær regulering 8

1.6.1.2. De EU-retlige principper 8

1.6.1.3. Sekundær regulering - Udbudsdirektivet 8

1.6.1.3.1. Præambelbetragtninger 9

1.6.1.4. Retspraksis fra EU-Domstolen 9

1.6.2. Danske retskilder 10

1.6.2.1. Udbudsloven 10

1.6.2.2. Praksis fra Klagenævnet for Udbud og retspraksis fra domstolene 11

1.6.2.3. Andre kilder og fortolkningsbidrag 12

1.6.3. Fortolkningsmetode 13

1.7. Struktur 13

2. Ordregivers adgang til at anmode om berigtigelse 15

2.1. Slovensko-sagen 15

2.2. Manova-sagen 17

2.3. UD art. 56 (3) 20

2.4. UBL § 159, stk. 5 22

2.4.1. Overholdelse af principperne i § 2 23

2.4.1.1. Ligebehandlingsprincippet: 24

2.4.1.2. Gennemsigtighedsprincippet 25

2.4.1.3. Proportionalitetsprincippet 25

2.4.1.4. Forhandlingsforbuddet 26

2.4.2. Hvornår er der tale om et nyt tilbud? 26

2.5. Delkonklusion 29

3. Hvornår er ordregiver afskåret fra at gøre brug af berigtigelsesmuligheden? 31

3.1. Udbudslovens § 159, stk. 6. 31

3.1.1. Særligt vedrørende mindstekrav 33
3.1.2. Egnethedskrav 36
3.2. "Mindstekrav" og "Minimumskrav" *37*
3.2.1. Mindstekrav til anskaffelsen 37
3.2.2. Minimumskrav til egnethed 37
3.2.3. Sammensmeltning af begreberne 39
3.3. Delkonklusion *40*

4. Hvordan ser fremtiden ud for ordregivers mulighed for at berigtige referencer? 42
4.1. Eksponent-sagen *42*
4.1.1. Klagenævnets resultat i Eksponent-sagen 43
4.1.2. Retten på Frederiksbergs dom af 30. juni 2022 43
4.2. Fører berigtigelser af referencer til ny ansøgning eller nyt tilbud? *44*
4.2.1. Analyse af klagenævnets begrundelser og resultat i relation til UBL § 159, stk. 5 44
4.2.2. Analyse af rettens begrundelser og resultat i relation til UBL § 159, stk. 5 45
4.3. Er ordregiver afskåret fra at anmode om berigtigelse af egnethedskrav? *48*
4.3.1. Analyse af klagenævnets begrundelser og resultat i relation til UBL § 159, stk. 6 48
4.3.2. Analyse af rettens begrundelser og resultat i relation til UBL § 159, stk. 6 55
4.4. Skal ordregiver i lyset af Manova-sagen kunne berigtige referencer? *57*
4.4.1. Dokumentation for egnethed 58
4.4.2. Berigtigelse af minimumskrav eller dokumentation for opfyldelse af minimumskrav? 58
4.4.3. Fleksibilitet og ligebehandling 59
4.5. Delkonklusion *60*

5. Konklusion 62

6. Summary 64

7. Litteraturliste 65
7.1. Bøger *65*
7.2. Artikler *66*
7.3. Rapporter, vejledninger og analyser *66*
7.4. Praksis *66*
7.4.1. Klagenævnet for Udbud 66
7.4.2. Danske domstole 67
7.4.3. EU-Domstolen 67

1. Introduktion

1.1. Indledning

Den offentlige sektor køber hvert år ind for omkring 380 mia. kr.[1] Det er udbudsreglerne, der sætter rammerne, når det offentlige skal gennemføre konkrete anskaffelser. Formålet med disse regler er overordnet at sikre et velfungerende indre marked gennem bl.a. ligebehandling og gennemsigtighed og ved at modvirke nepotisme og korruption[2].

Fremgangsmåden ved gennemførelse af offentlige indkøb er, alt afhængig af indkøbets art og konkrete værdi, underlagt specifikke regler og principper i udbudsloven[3].

I forbindelse med gennemførelsen af offentlige indkøb vil der ofte opstå den situation, at ordregiver har modtaget ansøgninger eller tilbud, der er mangelfulde[4]. Spørgsmålet er herefter, om ordregiver kan foretage berigtigelse ved at efterindhente de manglende oplysninger hos ansøgeren eller tilbudsgiveren, og i givet fald hvilke oplysninger og hvordan.

Klagenævnet for Udbud har tidligere haft en forholdsvis streng tilgang til, hvornår ordregiver kunne anmode om manglende oplysninger. Med udbudsloven er der søgt en opblødning af praksis og indført en mere fleksibel tilgang til, at oplysninger kan efterindhentes i visse situationer[5]. Ordregivers mulighed for at berigtige ansøgninger eller tilbud er i dag hjemlet i UBL § 159, stk. 5.

Muligheden for at efterindhente manglende oplysninger er indført under hensyn til at sikre en effektiv konkurrence i forbindelse med offentlige indkøb, så ordregiveren har muligheden for at se bort fra bagatelagtige fejl i ansøgninger og tilbud og efterindhente manglende oplysninger[6].

---

[1] Konkurrence og Forbrugerstyrelsen *"Status for offentlig konkurrence"*, marts 2022, s. 5
[2] Ibid
[3] 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 (herefter UBL)
[4] Carina Risvig Hamer "*Udbudsret",* 2. udgave (DJØF Forlag, 2021), s. 607
[5] Ibid
[6] Carina Risvig Hamer *"Requesting additional information – increase of flexibility and competion?*" i Grith Skovgaaard Ølykke og Albert Sanchez-Graell, *"Reformation or deformation of the EU Public Procurement Rules*", 1. udgave (Edward Elgar Publishing, 2016), s. 252

Ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse skal dog ses i lyset af EU-Domstolens praksis[7] og UBL § 159, stk. 6[8], der sætter en række begrænsninger på muligheden for at efterindhente supplerende oplysninger med henvisning til særligt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

Det må imidlertid konstateres, at der fortsat hersker en vis tvivl omkring spørgsmålet om ordregivers berigtigelsesmulighed og særligt i forhold til spørgsmålet om, hvilke oplysninger som ordregiver kan berigtige. En påstand, der bl.a. understøttes af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse "Evaluering af udbudsloven", hvor der er blevet rejst den problemstilling, at det er uklart, i hvilke situationer en berigtigelse vil være berettiget[9].

Uklarheden i relation til berigtigelsesmuligheden er yderligere understøttet af den nylige og betydelige uoverensstemmelse i praksis vedrørende ordregivers mulighed for berigtigelse[10], der har skabt stor usikkerhed og tvivl blandt landets udbudspraktikere i forhold til, hvornår ordregivere er berettiget til at berigtige ansøgninger og tilbud.

1.2. Formål og problemfelt

Efter UBL § 159, stk. 5, har ordregiver mulighed for i situationer, hvor ordregiver modtager ansøgninger eller tilbud, der er ufuldstændige eller fejlebehæftede, eller hvis der mangler specifikke dokumenter, at anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet.

Formålet med indførelsen af bestemmelsen var at skabe en mere fleksibel tilgang til, hvornår ordregivere er berettiget til at foretage berigtigelser i forbindelse med konkrete anskaffelser. Dette for at undgå situationer, hvor ordregiver bliver forpligtet til at afvise et ellers konditionsmæssigt tilbud, som var vurderet til det økonomiske mest fordelagtige tilbud og for at sikre en mere effektiv

[7] Sag C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S (herefter Manova)
[8] Bestemmelsen er ifølge lovbemærkningerne en kodificering af Manova
[9] Konkurrence og Forbrugerstyrelsen *"Evaluering af udbudsloven"*, maj 2021, s. 198
[10] Der henvises til Retten på Frederiksbergs dom af 30. juni 2022 i sag BS-13384/2021-FRB, Gentofte Kommune mod Eksponent ApS, der ændrede Klagenævnet for Udbuds afgørelse i samme sag i kendelse af 29. april 2020, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune

konkurrence generelt[11]. Hensigten med bestemmelsen er med andre ord at finde den rette balance mellem hensynet til den effektive konkurrence og hensynet til ligebehandling af tilbudsgivere[12].

Der er imidlertid fortsat en stor usikkerhed og tvivl om rækkevidden af berigtigelsesmuligheden, bl.a. som følge af klagenævnets restriktive fortolkning af ordregivers mulighed for at berigtige referencer relateret til egnethedskrav[13]. En ny dom fra byretten har dog vist, at retten tilsyneladende har en anden fortolkning af berigtigelsesmuligheden heraf særligt under hvilke situationer, at ordregivere er afskåret fra at gøre brug af muligheden for at berigtige referencer[14].

På grund af den omfattende udvikling, som retstilstanden har været igennem de seneste år, er det derfor interessant at undersøge, hvor den er i dag, og hvordan fremtiden ser ud for anvendelsen af UBL § 159, stk. 5.

Problemstillingen er yderst relevant – både ud fra et teoretisk perspektiv men særligt også fra en praktisk vinkel, da ordregivere ofte er nødsaget til at tage stilling til spørgsmålet om berigtigelse ved gennemførelse af udbud.

1.3. Problemformulering

På baggrund af ovenstående vil afhandlingen herefter søge at besvare følgende spørgsmål:

> *"Afhandlingens sigte er at analysere i hvilket omfang, ordregiver efter udbudsloven har ret til at anmode ansøgere eller tilbudsgivere om at berigtige deres ansøgninger eller tilbud. Derudover skal afhandlingen analysere og vurdere, hvorvidt ordregiver har mulighed for at anmode om berigtigelse af referencer i relation til minimumskrav til egnethed."*

[11] Carina Risvig Hamer *"Requesting additional information – increase of flexibility and competion?"* i Grith Skovgaaard Ølykke og Albert Sanchez-Graell, *"Reformation or deformation of the EU Public Procurement Rules"*, 1. udgave (Edward Elgar Publishing, 2016), s. 252
[12] Ibid
[13] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. april 2020, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune
[14] Retten på Frederiksbergs dom af 30. juni 2022 i sag BS-13384/2021-FRB, Gentofte Kommune mod Eksponent ApS, der ændrede Klagenævnet for Udbuds afgørelse i samme sag i sin kendelse af 29. april 2020, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune

1.4. Afgrænsning

Emner og problemstillinger, der ikke er centrale i forhold til afhandlingens mål, bliver ikke inddraget af hensyn til at skabe en snæver besvarelse af problemstillingen og af hensyn til begrænsningerne i afhandlingens omfang.

I den forlængelse er afhandlingen afgrænset til at tage udgangspunkt i udbudsloven og udbudsdirektivet[15]. Som følge heraf vil en række øvrige udbudsdirektiver[16], der vedrører mere specialiserede anskaffelser eller indkøb fra særlige ordregivere, ikke blive inddraget nærmere. Retspraksis, der vedrører de øvrige udbudsdirektiver, vil dog blive anvendt, når de konkrete omstændigheder i sagerne giver anledning hertil, særligt når afgørelsen er truffet på baggrund af principper og regler, der tilsvarende finder anvendelse i udbudsdirektivet.

Afhandlingen vil ikke sondre mellem under hvilken udbudsprocedure, jf. UBL § 55, som berigtigelsen relaterer sig til, da berigtigelsesmuligheden efter UBL § 159, stk. 5, finder anvendelse på alle udbudsprocedurerne.

UBL § 159, stk. 5, omfatter berigtigelse af ansøgninger og tilbud, derfor finder bestemmelsen anvendelse både i forhold til udvælgelses- og tildelingsfasen. Bestemmelsen sondrer således ikke mellem under hvilken fase, ordregiver agter at berigtige. Afhandlingen vil tilsvarende ikke inddrage denne sondring.

Berigtigelsesbegrebet dækker navnlig over ordregivers mulighed for at anmode ansøger eller tilbudsgiver om at *supplere, præcisere* eller *fuldstændiggøre.* Afhandlingen vil ikke sondre mellem de forskellige måder at berigtige på og vil således alene anvende udtrykket "berigtige" som en samlebetegnelse for berigtigelsesmulighederne, der er hjemlet i UBL § 159, stk. 5.

---

[15] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (herefter UD).

[16] 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 (herefter betegnet Forsyningsvirksomhedsdirektivet), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter (herefter betegnet Koncessionsdirektivet) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF (herefter betegnet Forsvars- og Sikkerhedsdirektivet).

Afhandlingen vil derudover ikke inddrage de forvaltningsretlige principper[17], der måtte have betydning for ordregivers ret og eventuelle pligt til berigtigelse. Årsagen hertil er, at det ikke er fundet særlig relevant i forhold til afhandlingens problemstilling.

Afslutningsvis er afhandlingen afgrænset fra at analysere spørgsmålet om, hvorvidt ordregivere i visse tilfælde kan være forpligtet til at berigtige. Afhandlingen vil således alene anskue problemstillingen ud fra, at ordregiver i visse situationer alene har ret til at foretage berigtigelse. Den studerende er dog opmærksom på, at ordregiver i nogle tilfælde vil være forpligtet til at berigtige åbenlyse fejl, der er nemme at berigtige[18].

1.5. Metode

Afhandlingen tager udgangspunkt i den retsdogmatiske metode, der går ud på at finde de relevante retskilder, og gennem beskrivelse, afvejning, fortolkning og argumentation at tillægge disse den mening, der er i overensstemmelse med den retslære, der bliver betragtet som gældende ret (de lege lata)[19].

1.6. Relevante retskilder

Det skal bemærkes, at der ikke er nogen rangorden mellem retskilderne i dansk ret, som belyst nedenfor vil visse retskilder dog have en højere retskildemæssig værdi end andre. Retskilderne er præsenteret nedenfor efter deres retskildemæssige værdi inden for EU-retten hhv. national ret.

1.6.1. EU-retlige retskilder

Reguleringen er den væsentligste retskilde indenfor EU-retten, og den kan opdeles i en primær og sekundær regulering[20].

[17] Der henvises bl.a. til den forvaltningsretlige ligeretsgrundsætning og princippet om god forvaltningsskik, der kan have betydning for berigtigelsesmuligheden generelt
[18] Rettens dom af 10. december 2009 i sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen
[19] Peter Blume *"Retssystemet og juridisk metode"*, 2. udgave (Jurist- og økonomforbundets forlag, 2014), s. 40
[20] Rasmus Horskjær Nielsen *"Konkurrencen om den offentlige kontrakt"* (DJØF Forlag, 2022), s. 34

1.6.1.1. Primær regulering

Den primære regulering består af Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF) og Traktaten om Den Europæiske Union (herefter TEU), der som udgangspunkt ikke regulerer udbudsretten direkte. Grundlaget for udbudsdirektivet og udbudsretten generelt skal dog findes i en række bestemmelser i traktaterne. Det drejer sig særligt om følgende artikler i TEUF:

- artikel 18 om forbud mod forskelsbehandling, der udøves pga. nationalitet,
- artikel 34-36 om varerne frie bevægelighed,
- artikel 49 om friheden til at etablere sig og
- artikel 56-57 om tjenesteydelsernes frie bevægelighed.

1.6.1.2. De EU-retlige principper

EU-Domstolen har på baggrund af reglerne om den frie bevægelighed udviklet en række EU-retlige principper heraf principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet[21]. Principperne er i øvrigt alle kodificeret i både udbudsdirektivet og udbudsloven[22]. Udbudsreglerne er hovedsageligt baseret på disse principper, og de danner dermed også grundlag for en stor del af bestemmelserne i udbudsretten. Principperne vil derfor naturligt også indgå i afhandlingen. Det bemærkes i øvrigt, at bestemmelserne om ordregivers berigtigelsesmulighed direkte henviser til de udbudsretlige principper, hvorfor principperne er særligt relevante for afhandlingens emne. En nærmere gennemgang af principperne følger af afsnit 2.4.1.

1.6.1.3. Sekundær regulering - Udbudsdirektivet

Retsakter, der er udstedt i medfør af den primære regulering ovenfor, udgør sekundær regulering. Den sekundære regulering danner grundlag for afhandlingens analyse i kraft af udbudsdirektivet, da de generelle offentlige anskaffelser som udgangspunkt er direkte reguleret af netop denne retsakt.

Formålet med udbudsdirektivet er med afsæt i TEUF at skabe et frit indre marked, hvor økonomiske aktører i EU frit kan udveksle ydelser med medlemsstaternes myndigheder på tværs af EU's grænser, jf. præambelbetragtning 1.

[21] Præambelbetragtning 1 til udbudsdirektivet
[22] Principperne er kodificeret i UD art. 18 og UBL § 2

I relation til forholdet mellem EU-retten og national ret gælder princippet om EU-rettens forrang, hvilket bl.a. kan udledes af TEU art. 3, stk. 3. Princippet kan også direkte udledes af de generelle bemærkninger til udbudsloven, hvoraf det fremgår, at

> *"[...] hvis EU-Domstolen i fremtidige sager måtte fastslå en anden retstilstand, end den, der er angivet i lovforslaget, vil EU-Domstolens opfattelse skulle lægges til grund. Udbudsloven skal således fortolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivet, således som dette til enhver tid fortolkes af EU-Domstolen."*[23]

Herefter vil det ikke længere være muligt at støtte ret på bestemmelser, der er omfattet af det ovenstående, før medlemsstaten har gennemført de nødvendige foranstaltninger, således at der er overensstemmelse med EU-retten.

1.6.1.3.1. Præambelbetragtninger

Udbudsdirektivets præambel inddrages som et fortolkningsbidrag i afhandlingens analyse. Det er tvivlsomt, hvor stor betydning der kan tillægges præambelbetragtninger. Men selv hvis det antages, at præambler er rene programerklæringer, betyder det ikke, at de af den grund er uden retsvirkning, da EU-Domstolen også henviser til præambler til direktiver[24] og forordninger[25] i sine afgørelser.

1.6.1.4. Retspraksis fra EU-Domstolen

Berigtigelsesmuligheden i udbudsdirektivet er udtryk for en kodificering af EU-Domstolens praksis[26], derfor har retspraksis fra EU-Domstolen ligeledes en afgørende betydning for afhandlingens problemstilling og vil således blive inddraget i analysen som en væsentlig retskilde.

Den generelle retskildemæssige værdi af domme afsagt af EU-Domstolen er høj, hvilket bl.a. skyldes, at domme fra EU-Domstolen ikke kan indbringes for andre retsinstanser. Herudover er der en formodning om, at EU-Domstolen følger tidligere afsagte afgørelser, derfor er det muligt at støtte ret på EU-Domstolens afgørelser i relation til lignende fremtidige problemstillinger[27].

---

[23] Lovforslag nr. 19 *"Forslag til Udbudsloven"* fremsat den 7. oktober 2015, s. 38
[24] Sag C-431/92, præmis 2
[25] Sag C-l77/95, præmis 3
[26] Manova-sagen
[27] Rasmus Horskjær Nielsen *"Konkurrencen om den offentlige kontrakt"* (DJØF Forlag, 2022), s. 44

I afhandlingen anvendes retspraksis, der er afsagt på baggrund af udbudsdirektivets artikel 56, stk. 3, men herudover vil afhandlingen også inddrage retspraksis, der er afsagt på baggrund af andet retsgrundlag. Afhandlingen vil eksempelvis inddrage retspraksis, der er afsagt på baggrund af historiske udbudsdirektiver[28]. Den primære årsag hertil er, at retspraksis vedrørende ordregivers berigtigelsesmulighed, som bygger på historiske udbudsdirektiver, er grundlaget for den nuværende regulering på området – i form af kodificeringen i UD art. 56, stk. 3. Der er således en direkte sammenhæng mellem den gældende regulering og retspraksis, der er afsagt på baggrund af historiske udbudsdirektiver, og derfor er det yderst relevant at inddrage og analysere denne praksis fra EU-Domstolen.

1.6.2. Danske retskilder

I henhold til TEUF art. 288 er et direktiv med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til. Medlemsstaterne har dog autonomi i forhold til at bestemme form og midler for implementeringen i national ret[29]. Implementeringen af udbudsdirektivet er i Danmark sket gennem udbudsloven, som er yderligere beskrevet nedenfor.

1.6.2.1. Udbudsloven

Udbudsdirektivet er i Danmark implementeret ved udbudsloven, som trådte i kraft den 1. januar 2016. Det er første gang i Danmark, at et udbudsdirektiv er implementeret via lov, til forskel fra tidligere, hvor det bagvedliggende EU-direktiv 2004/18/EF blev implementeret direkte som bilag til en implementeringsbekendtgørelse[30].

Udbudsloven bygger i det væsentlige på det forslag til lov, som det af regeringen nedsatte udvalg om dansk udbudslovgivning (herefter udbudslovsudvalget) fremlagde i december 2014[31]. Udbudslovsudvalget havde fokus på, at de danske regler skulle føre til større klarhed, forenkling og

[28] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (Herefter det tidligere udbudsdirektiv).
[29] Rasmus Horskjær Nielsen *"Konkurrencen om den offentlige kontrakt"* (DJØF Forlag, 2022), s. 58
[30] Bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (herefter betegnet 'Implementeringsbekendtgørelsen')
[31] Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014

fleksibilitet med lavest mulige transaktionsomkostninger for såvel ordregivere som økonomiske aktører, med andre ord at sætte "det gode købmandskab" i centrum[32].

En af fordelene ved implementeringen af udbudsdirektivet i form af udbudsloven var bl.a., at lovgiver fik mulighed for at udnytte de steder i udbudsdirektivet, hvor der er regulatorisk råderum for fortolkning[33]. Reguleringsfriheden er dog betinget af, at lovgiver både respekterer det overordnede formål med udbudsdirektivet og de konkrete formål med de enkelte bestemmelser.

Udbudsloven er hovedsageligt udtryk for en omskrivning af udbudsdirektivets bestemmelser til en dansk lovtekst. Men på enkelte punkter indeholder loven - navnlig på baggrund af forslag fra udbuds lovsudvalget - bestemmelser som ikke (eller ikke direkte) kan genfindes i udbudsdirektivet.[34] Dette er muligt, fordi udbudsdirektivet hovedsageligt er et minimumsdirektiv[35].

Der vil også løbende blive henvist til lovbemærkningerne til udbudsloven, da de udgør et fortolkningsbidrag ved fastlæggelsen af retstilstanden. Det er dog uklart, hvor stor betydning man kan tillægge lovbemærkningerne ved fortolkningen af udbudslovens bestemmelser, og der findes også eksempler, hvor Klagenævnet for Udbud ikke har fulgt angivelserne i lovbemærkningerne[36]. I forhold til ordregivers berigtigelsesmulighed er klagenævnet dog meget tilbøjelige til at henvise til lovbemærkningerne og træffe afgørelser i overensstemmelse med deres indhold[37]. Overordnet set vil lovbemærkningernes retskildemæssige værdi forøges, hvis lovbemærkningerne anvendes som et fortolkningsbidrag til rent nationale bestemmelser. Er der derimod tale om lovgivers fortolkning af EU-retten, skal man være varsom med at tillægge lovbemærkningerne for stor værdi[38].

1.6.2.2. Praksis fra Klagenævnet for Udbud og retspraksis fra domstolene

I Danmark er det Klagenævnet for Udbud, der som udgangspunkt håndterer indkomne klager over danske udbud. Klagenævnet for Udbud udgør ikke en domstol og er derfor heller ikke omfattet af

[32] Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014, s. 5
[33] Jesper Fabricius *"Udbudslovsudvalgets arbejde"* i Steen Treumer (red.):"Udbudsloven" 1. udgave (Ex Tuto Publishing A/S, 2016), s. 112
[34] Jesper Fabricius *"Offentlige indkøb i praksis"* 4. udgave (Karnov Group, 2017), s. 24
[35] Rasmus Horskjær Nielsen *"Konkurrencen om den offentlige kontrakt*" (DJØF Forlag, 2022), s. 59
[36] Se bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. juni 2017, LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland
[37] Se kapitel 4
[38] Carina Risvig Hammer og Rasmus Horskjær Nielsen *"Er lovbemærkningerne til at stole på?"* Ugeskrift for Retsvæsen, afdeling B 114-23 (2020), s. 122 - 123

retsplejelovens regler, men klagenævnet er en ret i art. 267 TEUF's forstand og har i de senere år stillet flere præjudicielle spørgsmål til EU-Domstolen, heraf særligt i forhold til afhandlingens emne bl.a. i Manova-sagen, som vil blive behandlet i afhandlingens kapitel 2. Klagenævnet for Udbud er etableret i henhold til lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016 om klagenævnet for udbud (herefter klagenævnsloven), hvoraf klagenævnets kompetencer og reglerne om klageadgang ligeledes fremgår.

Når retstilstanden skal klarlægges inden for udbudsretten, spiller Klagenævnet for Udbud en central rolle, idet langt størstedelen af de udbudsretlige tvister bliver afgjort af klagenævnet. Klagenævnet har kompetence til at afgøre den konkrete subsumtion i sagerne, og kendelserne har derfor karakter af konkret retsanvendelse. Ud fra et praktisk synspunkt udgør Klagenævnet for Udbud en vigtig kilde for forståelsen af, hvad der gælder i forskellige udbudssituationer[39].

Som følge heraf vil fortolkningen af de nationale og EU-retlige retskilder i forbindelse med tvister i danske udbud primært blive foretaget af Klagenævnet for Udbud[40].

De ordinære danske domstole har også kompetence til at behandle sager, der vedrører danske ordregivers overtrædelse af udbudsreglerne. Økonomiske aktører kan således også vælge at anlægge sag ved domstolene. I praksis er det klare udgangspunkt, at forbigåede ansøgere eller tilbudsgivere starter med at anlægge sag ved Klagenævnet for Udbud og herefter indbringer sagen for de ordinære domstole, hvis de ikke er tilfredse med klagenævnets afgørelse i sagen. Ordregiver kan tilsvarende indbringe sager for de ordinære domstole i sager, hvor klagenævnet tidligere har truffet afgørelse.

Praksis fra Klagenævnet for Udbud og domstolene har således stor betydning for dansk udbudsret, og særligt i forhold til afhandlingens problemstilling. Som følge heraf udgør analyse af kendelser og domme afsagt af Klagenævnet for Udbud hhv. domstolene en central del af afhandlingens analyse.

1.6.2.3. Andre kilder og fortolkningsbidrag

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udarbejder generelle vejledninger og vejledende udtalelser af generel karakter i relation til de danske udbudsregler[41], som der vil undervejs i afhandlingen blive henvist til. Vejledningerne og analyserne vil blive inddraget som fortolkningsbidrag med lav

[39] Grith Skovgaard Ølykke m.fl., *"EU's udbudsregler", 3. udgave* (Jurist- og Økonomforbundet, 2022), s. 77
[40] Rasmus Horskjær Nielsen, "*Konkurrencen om den offentlige kontrakt"* (DJØF Forlag, 2022), s. 62
[41] Jesper Fabricius *"Offentlige indkøb i praksis"*, 4. udgave (Karnov Group, 2017), s. 783

retskildeværdi, idet hverken vejledningerne eller analyserne er bindende for Klagenævnet for Udbud[42].

Regeringen nedsatte i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsloven et udbudslovsudvalg, der havde til formål at udarbejde et forslag til implementeringen af udbudsdirektivet i den nye danske udbudslov. Udvalget fremlagde i december 2014 en rapport med forslag til ny udbudslov og specielle bemærkninger til lovudkastet[43]. Rapporten vil i afhandlingen blive inddraget som et fortolkningsbidrag, idet den kaster lys over baggrunden og implementeringen af udbudslovens bestemmelser. Rapporten tillægges ikke særlig høj retskildemæssig værdi.

Derudover vil juridisk litteratur blive inddraget som et fortolkningsbidrag og særligt i relation til fortolkningen af Manova-sagen.

1.6.3. Fortolkningsmetode

Afhandlingen vil både gøre brug af den objektive og subjektive fortolkningsmetode. Ved den objektive fortolkningsmetode lægges der i højere grad vægt på den konkrete bestemmelses ordlyd[44], mens den subjektive fortolkningsmetode inddrager bestemmelsens forarbejder som fortolkningsbidrag[45].

1.7. Struktur

Afhandlingen er opdelt i seks kapitler. Kapitel 1 udgør benarbejdet for afhandlingen, afhandlingens emne og problem er præsenteret. Herefter præsenteres den juridiske metode, som danner grundlag for besvarelsen af problemformuleringen.

Kapitel 2 består af en overordnet redegørelse af berigtigelsesbegrebet og en indgående analyse af EU-Domstolens praksis, der danner grundlag for ordregivers adgang til at berigtige ansøgninger og tilbud. Kapitlet er udtryk for den kronologiske udvikling i berigtigelsesmuligheden og kaster lys over sammenhængen mellem EU-retten og national ret på området.

---

[42] Carina Risvig Hamer "*Udbudsret",* 2. udgave (DJØF Forlag, 2021), s. 56
[43] *Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning*, december 2014
[44] Mads Bryde Andersen *"Ret og metode"*, 1. udgave (Gjellerup, 2002), s. 172
[45] Mads Bryde Andersen *"Ret og metode"*, 1. udgave (Gjellerup, 2002), s. 175

Kapitel 3 består af en gennemgang udbudsrettens begrænsninger af ordregivers berigtigelsesmulighed og indeholder en analyse af ordregivers muligheder og begrænsninger for at berigtige mindstekrav og minimumskrav.

Kapitel 4 indeholder en analyse af Klagenævnet for Udbuds kendelse hhv. Retten på Frederiksbergs dom i Eksponent-sagen. Kapitlet indeholder ligeledes en vurdering af, hvorvidt referencer i lyset af Manova-sagen skal kunne berigtiges.

Afslutningsvist indeholder kapitel 5 en konklusion på afhandlingens problemformulering.

2. Ordregivers adgang til at anmode om berigtigelse

Ordregivers mulighed for at anmode økonomiske aktører om at berigtige ansøgninger og tilbud er reguleret af UBL § 159, stk. 5. Bestemmelsen er udtryk for en kodificering af EU-Domstolens praksis og implementering af UD art. 56 (3). For at forstå baggrunden for UBL § 159, stk. 5, er det således naturligt at inddrage og gennemgå regulering og praksis, som danner grundlag for bestemmelsen.

Regulering og praksis, der behandles i dette afsnit, har derfor en væsentlig betydning for forståelsen af ordregivers berigtigelsesmulighed.

2.1. Slovensko-sagen

Den første afgørelse fra EU-Domstolen, som har direkte betydning for ordregivers berigtigelsesmulighed, er Slovensko-sagen[46]. Sagen er en del af den centrale EU-praksis, som UBL § 159, stk. 5, er en kodificering af.

Afgørelsen vedrørte et præjudicielt spørgsmål, der var indgivet af den slovakiske højesteret. Sagen angik et EU-udbud om levering af tjenester vedrørende opkrævning af vejafgifter på motorveje og visse veje. Under udbudsprocessen anmodede ordregiver to tilbudsgivere om at berigtige oplysninger i de indsendte tilbud bl.a. vedrørende tekniske aspekter i tilbuddene.

Den præjudicielle forelæggelse for EU-Domstolen omfattede spørgsmål[47], der havde reference til nationale bestemmelser i Slovakiet og det historiske udbudsdirektivs art. 51, som gav udbyderen mulighed for at anmode om supplerende oplysninger om udelukkelsesgrunde og krav til egnethed.

Af særlig relevans for forståelsen af berigtigelsesmuligheden fastslår EU-Domstolen, at ordregiver ikke er forpligtet til at anmode om berigtigelse af mangelfulde ansøgninger eller tilbud med henvisning til, at uklarheder i ansøgningen eller tilbuddet kun følger af en tilsidesættelse af

[46] Sag C-599/10, SAG ELV Slovensko m.fl., af 29. marts 2012

[47] Anmodningen omfattede også spørgsmål, der relaterede sig til ordregivers pligt ved modtagelse af tilbud, der forekommer unormalt lave. EU-Domstolens udtalelser hertil er af mindre betydning for afhandlingens problemstilling og vil derfor ikke blive inddraget i nærværende gennemgang og analyse, i stedet henvises der til afgørelsens pr. 27-34 for yderligere indblik.

ansøgernes eller tilbudsgivernes pligt til at udvise omhu i affattelsen af ansøgningen eller tilbuddet, som de i lighed med de øvrige ansøgere eller tilbudsgivere er underlagt[48].

Ud fra EU-Domstolens udtalelse kan det således udledes, at hovedreglen er, at risikoen for usikkerheder vedrørende indholdet af en ansøgning eller et tilbud påhviler ansøgeren eller tilbudsgiveren, hvilket i øvrigt er slået fast i flere kendelser fra Klagenævnet for Udbud[49].

EU-Domstolen fastslog imidlertid, at principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling ikke er til hinder for, at oplysningerne i tilbuddet undtagelsesvis i enkelttilfælde kan berigtiges eller suppleres, bl.a. fordi de åbenlyst blot kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør, forudsat at ændringen ikke fører til, at der i virkeligheden fremsættes et nyt tilbud[50].

EU-Domstolen fastslog endvidere, at ordregivers ret til i enkelttilfælde at berigtige oplysninger er betinget af, at alle ansøgere og tilbudsgivere behandles ens og rimeligt, således at anmodningen om berigtigelse ikke uberettiget har begunstiget eller forskelsbehandlet den eller de ansøgere eller tilbudsgivere, som har været genstand for berigtigelse[51].

Konkret anførte EU-Domstolen, at en anmodning om berigtigelse skal være i overensstemmelse med følgende betingelser[52]:

- Anmodningen kan først ske, når ordregiver har fået kendskab til alle ansøgninger og/eller tilbud.
- Anmodningen skal rettes mod alle virksomheder i samme situation, når der ikke foreligger objektivt verificerbare omstændigheder, der kan begrunde en forskellig behandling.
- Anmodningen skal omfatte alle de punkter i buddet, der er upræcise eller mangelfulde.

[48] Slovensko, præmis 38
[49] Se bl.a. Kendelse af 13. december 2917, IP-Only Qbrick ApS mod Folketinget, kendelse af 31. oktober 2014, Akzo Nobel Industrial Chemicals B.v. mod Vejdirektoratet, og kendelse af 29. september 2017, Construcciones y Auxiliar de ferrocarriles, S.A. CAF mod Odense Letbane P/S
[50] Slovensko, præmis 40
[51] Slovensko, præmis 41
[52] Slovensko, præmis 42 - 44

2.2. Manova-sagen

En anden meget central afgørelse fra EU-Domstolen vedrørende spørgsmålet om ordregivers adgang til at anmode om berigtigelse af oplysninger eller dokumentation er Manova-sagen[53], da UBL § 159, stk. 5, i særlig grad er en kodificering heraf.

Afgørelsen vedrørte et præjudicielt spørgsmål, der var indgivet af Østre Landsret i forlængelse af en sag, der blev afgjort ved Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. marts 2010, Manova mod Undervisningsministeriet.

Sagen angik en tilbudsindhentning med forudgående prækvalifikation i medfør af tilbudslovens afsnit II vedrørende en tjenesteydelse efter light-regimet bestående i drift af nogle regionale studievejledningscentre. Ordregiver anmodede efter tilbudsfristen to vindende tilbudsgivere om at fremsende deres balanceoplysninger.

Manova, som var en af de forbigåede tilbudsgivere, indbragte sagen for Klagenævnet for Udbud, som ved kendelse af 10. marts 2010 fastslog, at ordregiver havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved ikke at afvise de to vindende tilbudsgiveres anmodninger om prækvalifikation med den begrundelse, at de ikke havde indleveret deres balancer på ansøgningstidspunktet.

Undervisningsministeriet, som gennemførte udbuddet, fandt efter regeringsintern koordination, at det var hensigtsmæssigt at indbringe sagen for domstolene med ønske om at få korrigeret klagenævnets strenge praksis vedrørende ordregivers muligheder for at anmode om berigtigelser[54].

Ministeriet indbragte derfor sagen for Østre Landsret, som anmodede om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen og forelagde følgende spørgsmål:

> *"Indebærer det EU-retlige ligebehandlingsprincip, at en ordregivende myndighed efter udløb af frist for anmodning om deltagelse i et udbud ikke er berettiget til at rekvirere en i udbudsannoncen krævet oplysning om en ansøgers seneste offentliggjorte balance, når*

[53] Sag C-336/12, Manova (herefter benævnt Manova-sagen), af 10. oktober 2013
[54] Rass Holdgaard og Anni Noes Westergaard "*EU-domstolen korrigerer Klagenævnet for Udbud*" (Advokaten, 1. januar 2014), s. 37

den pågældende ansøger ikke har medsendt en sådan balance i sin ansøgning om prækvalifikation?"[55]

EU-Domstolen indledte med at henvise til formålene bag EU-udbudsreglerne og udtalte i den forlængelse *"Blandt hovedformålene [...] er målet om at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater"*[56]. EU-Domstolen fastslog endvidere, at EU-retten anvender ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet for netop at forfølge hovedformålene, og at ligebehandlingsprincippet i sig selv ikke udgør et mål, men at det skal bedømmes i lyset af de formål, det forfølger[57].

EU-Domstolen fastslog herefter med direkte henvisning til Slovensko-sagen, at hovedreglen er, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet er til hinder for enhver forhandling mellem ordregiver og tilbudsgiver, hvilket betyder, at et tilbud ikke kan ændres efter ansøgnings- eller tilbudsfristen. EU-Domstolen fastslog imidlertid på samme måde som i Slovensko-sagen, at tilbud i enkelttilfælde efter tilbudsfristens udløb kan berigtiges eller suppleres, bl.a. fordi de åbenlyst blot kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør[58].

EU-Domstolen anførte en række betingelser, som er forbundet med ordregivers mulighed for at anmode om berigelse af tilbud. Betingelserne er de samme, som EU-Domstolen anførte i Slovensko-sagen (gennemgået ovenfor i afsnit 2.1).

I øvrigt anførte EU-Domstolen, at ovenstående berigtigelsesmulighed finder tilsvarende anvendelse på ansøgninger om prækvalifikation, hvilket betyder, at berigtigelsesmuligheden gælder for alle udbudsprocedurer, og at betingelserne herfor er tilsvarende ens[59].

Til forskel fra Slovensko-sagen eksemplificerede EU-Domstolen i Manova-sagen hvilke typer af oplysninger, der lovligt kan berigtiges eller suppleres. EU-Domstolen udtalte således, at

[55] Manova, præmis 25
[56] Manova, præmis 28
[57] Manova, præmis 29
[58] Manova, præmis 31 og 32
[59] Manova, præmis 38

" [...] for så vidt som en sådan anmodning vedrører forhold eller oplysninger, <u>såsom</u> offentliggjorte balanceoplysninger, som <u>det objektivt kan kontrolleres, forelå forud</u> min understregning) for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud"[60].

EU-Domstolens udtalelse ovenfor må forstås således, at ordregiver som udgangspunkt er berettiget til at anmode om berigtigelse under forudsætning af, at anmodningen ikke uberettiget påvirker konkurrencen. EU-Domstolens ordvalg "såsom" må betyde, at der er tale om et eksempel på oplysninger, som ordregiver lovligt kan berigtige. Det er derned ikke betinget, at berigtigelsen alene kan omfatte oplysninger, som det objektivt kan kontrolleres forelå forud for ansøgnings- eller tilbudsfristen.

Imidlertid skal det bemærkes, at EU-Domstolen i Ciclat-sagen[61] i relation til adgangen til berigtigelse anførte, at anmodningen om berigtigelse *"[...] <u>kun</u> [min understregning] [kan] vedrøre oplysninger, som det objektivt kan kontrolleres forelå forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud"*[62]. Denne udtalelse kan fortolkes således, at EU-Domstolen indskrænker berigtigelsesmuligheden til alene at omfatte oplysninger, som det objektivt kan kontrolleres forelå forud for ansøgnings- eller tilbudsfristen. EU-Domstollen bevæger sig således væk fra eksemplet, og ud fra ordlyden "kun" er der indikationer af, at det således alene er sådanne oplysninger, der kan berigtiges.

En sådan fortolkning vil dog udgøre en stor og utilsigtet indskrænkning i ordregivers berigtigelsesmulighed, og det bemærkes i øvrigt, at EU-Domstolen ikke har lagt til grund i sine øvrige afgørelser, at berigtigelse alene kan omfatte sådanne oplysninger[63]. Det må derfor formodes, at EU-Domstolen ikke har tiltænkt, at der skulle ske en ændring i betingelserne for adgangen til berigtigelse, og at ordregiver derfor som eksempel kan anmode om berigtigelse af oplysninger, der objektivt kan kontrolleres forelå forud for ansøgnings- eller tilbudsfristen, men at berigtigelse tillige kan omfatte andre oplysninger[64].

---

[60] Manova, præmis 39
[61] Sag C-199/15, Ciclat Soc. coop. mod Consip SpA, af 10. november 2016
[62] Ciclat-sagen, præmis 29
[63] Se bl.a. sag C-324/14, Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta, af d. 7. april 2016 og C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie, af d. 4. maj 2017
[64] Denne fortolkning af EU-Domstolens udtalelse er understøttet af, at lovgiver har haft en tilsvarende forståelse af EU-Domstolens praksis, idet det følgende fremgår af lovbemærkningerne til UBL § 159, stk. 5, *"Det vil <u>eksempelvis</u> ikke betragtes som en fremsættelse af et nyt tilbud, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren efter anmodning, indsender relevante*

Af særlig relevans for afhandlingens problemfelt anførte EU-Domstolen afslutningsvist, at ordregiver som følge af gennemsigtighedsprincippet er afskåret fra at anmode om berigtigelse af ansøgninger eller tilbud, hvis udbudsmaterialet krævede fremsendelse af det manglende dokument eller den manglende oplysning, idet ansøgeren eller tilbudsgiveren ellers ville blive udelukket fra udbuddet[65]. Betingelsen er kodificeret i UBL § 159, stk. 6, som behandles særskilt nedenfor i kapitel 3.

EU-Domstolen besvarede på baggrund af de ovenstående bemærkninger det forelagte spørgsmål på følgende måde:

"Ligebehandlingsprincippet skal fortolkes således, at det ikke er til hinder for, at en ordregivende myndighed efter udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i en udbudsforretning anmoder en ansøger om fremsendelse af dokumenter, som beskriver denne ansøgers situation, såsom offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres fandtes forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud, for så vidt som udbudsmaterialet ikke udtrykkeligt krævede fremsendelse af disse oplysninger, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet. En sådan anmodning må ikke uberettiget begunstige eller forskelsbehandle den eller de ansøgere, som den pågældende anmodning er rettet til."[66].

2.3. UD art. 56 (3)

Ordregivers mulighed for i enkelttilfælde at anmode om berigtigelse er reguleret i UD art. 56 (3). Bestemmelsen er ny i forhold til det historiske udbudsdirektiv fra 2004, men den afspejler i store træk indholdet i art. 51 i det historiske direktiv. Det skal dog bemærkes, at art. 51 i det historiske udbudsdirektiv alene omfattede ordregivers berigtigelsesmulighed i relation til prækvalifikationsfasen og altså ikke tilbudsfasen, som til forskel også er omfattet af UD art. 56 (3). For dansk rets vedkommende – blev der allerede i den dagældende implementeringsbekendtgørelse

oplysninger, hvis det objektivt kan konstateres, at de relevante oplysninger forelå på tidspunktet for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb". Der er således tale om et eksempel og ikke et krav.

[65] Manova, præmis 40

[66] Manova, præmis 42-43

indsat en bestemmelse med et lignende indhold, der gav mulighed for berigtigelse i både prækvalifikations- og tilbudsfasen[67].

Formålet med indførelsen af UD art. 56 (3) var at skabe klare og ensartede retningslinjer for ordregivers adgang til berigtigelse, heraf at skabe en større fleksibilitet for ordregiver[68].

UD art. 56 (3) har følgende ordlyd:

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

UD art. 56 (3) hjemler således ordregivers mulighed for at foretage berigtigelse ved at anmode ansøgere eller tilbudsgivere om at indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante oplysninger eller dokumentationen, hvor disse er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter.

Ordlyden "*medmindre andet er fastsat i den nationale lovgivning"* henviser til, at medlemsstaterne ikke er forpligtet til at gennemføre bestemmelsen. I Danmark har lovgiver imidlertid valgt at indføre bestemmelsen i dansk ret, hvilket bliver gennemgået yderligere nedenfor.

Det fremgår desuden af bestemmelsen, at anmodningen om berigtigelse skal ske under fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Til forskel fra EU-Domstolens udtalelser i Slovensko-sagen og Manova-sagen indeholder bestemmelsen ikke en eksplicit betingelse om, at anmodningen ikke må føre til, at der fremsendes en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Det kan

---

[67] BEK nr. 712 af 15/06/2011, § 12 - Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge og anlægskontrakter.

[68] Carina Risvig Hamer *"Requesting additional information – increase of flexibility and competion?*" i Grith Skovgaaard Ølykke og Albert Sanchez-Graells *"Reformation or deformation of the EU Public Procurement Rules*", 1. udgave (Edward Elgar Publishing, 2016), s. 236.

dog udledes af bestemmelsens henvisning til ligebehandlingsprincippet, at en sådan forudsætning ligger implicit i forståelsen af ligebehandlingsprincippet.

2.4. UBL § 159, stk. 5

Ordregivers berigtigelsesmulighed er i dansk ret reguleret i UBL § 159, stk. 5, der er udtryk for en kodificering af Slovensko-sagen og Manova-sagen samt implementering af UD art. 56 (3).

UBL § 159, stk. 5, har følgende ordlyd:

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

UBL § 159, stk. 5, blev efter forslag fra Udbudslovsudvalget implementeret så tekstnært som muligt, dog omformuleret i overensstemmelse med dansk lovtradition, idet bestemmelsen havde baggrund i en kodificering og præcisering af gældende EU-retspraksis[69].

Udbudslovsudvalget vurderede ligeledes – under hensyn til udvalgets formål om blandt andet at skabe klarhed, at det var hensigtsmæssigt i bemærkningerne til lovforslaget at anføre, hvornår ordregiver havde adgang til at anmode om berigtigelse[70].

Bestemmelsen i UBL § 159, stk. 5, gælder formelt kun for udbud efter udbudslovens afsnit II. Det må imidlertid antages, at der gælder en tilsvarende mulighed for udbud i henhold til udbudslovens afsnit III, IV og V eller tilbudsloven[71]. Denne påstand har også støtte i Manova-sagen, der angik et udbud efter light-regimet.

[69] Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning, december 2014, s. 708
[70] Rapport fra Udvalg om Dansk Udbudslovgivning, december 2014, s. 708
[71] Jesper Fabricius *"Offentlige indkøb i praksis"*, 4. udgave (Karnov Group, 2017) s. 356

Bestemmelsen finder desuden anvendelse på alle udbudsprocedurer, jf. udbudslovens § 55, idet det fremgår af bestemmelsen, at anmodningen kan omfatte både *ansøgeren* og *tilbudsgiveren* såvel som *ansøgningen* og *tilbuddet*, dvs. at bestemmelsen finder anvendelse både på de begrænsede udbudsprocedurer med prækvalifikation og offentlige udbud.

Som anført i UBL § 159, stk. 5, kan berigtigelsen ske i form af supplering, præcisering eller fuldstændiggørelse. Anmodningen skal dog ske i fuld overensstemmelse med principperne i UBL § 2, som omfatter ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet.

Indsendelse af relevante oplysninger eller dokumentation skal desuden ske indenfor en af ordregiver passende frist.

Det fremgår yderligere af bestemmelsen, at berigtigelse kan ske, når de indsendte oplysninger eller dokumenter er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter. Det skal hertil bemærkes, at EU-Domstolen i relation til berigtigelsesmuligheden fandt, at berigtigelse i enkelttilfælde kunne gennemføres, bl.a. fordi der var tale om åbenlyse indholdsmæssige fejl[72]. Efter UBL § 159, stk. 5, er det således ikke et krav, at fejlen er åbenlys men alene, at der er tale om ansøgninger eller tilbud, der er ufuldstændige eller fejlbehæftede.

Endeligt fastslår bestemmelsen på linje med EU-Domstolens udtalelse i Manova-sagen[73], at anmodningen ikke må føre til, at der fremsendes en ny ansøgning eller et nyt tilbud.

Nedenfor præciseres det, hvad der skal forstås ved henvisningen til, at anmodningen skal være i fuld overensstemmelse med principperne i § 2, ligesom det præciseres, hvornår der er tale om en ny ansøgning eller et nyt tilbud.

2.4.1. Overholdelse af principperne i § 2

Som anført ovenfor kan ordregiver, under overholdelse af principperne i UBL § 2, anmode ansøger eller tilbudsgiver om at berigtige ansøgningen eller tilbuddet.

[72] Slovensko, præmis 40 og Manova, præmis 31-32.
[73] Manova, præmis 39

Det er herefter af væsentlig betydning at gennemgå og analysere de udbudsretlige principper, der er hjemlet i UBL § 2, i relation til vurderingen af, hvornår ordregiver er berettiget til at anmode om berigtigelse.

2.4.1.1. Ligebehandlingsprincippet:

Ligebehandlingsprincippet spiller en væsentlig rolle i forhold til ordregivers berigtigelsesmulighed[74].

Af de specielle bemærkninger til UBL § 2 fremgår bl.a., at ordregiver som følge af ligebehandlingsprincippet skal sikre, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er sagligt begrundet[75].

Ligebehandlingsprincippet medfører desuden, at ordregiver har pligt til igennem hele udbudsproceduren at behandle alle ansøgere og tilbudsgivere lige, dvs. at ordregiver fra de forberedende faser til og med kontraktindgåelsen skal sikre, at alle ansøgere og tilbudsgivere konkurrerer på lige fod. Ligebehandlingsprincippet stiller dog ikke krav om, at ethvert vilkår i udbudsmaterialet skal være konkurrenceneutralt, såfremt kravene i øvrigt er saglige[76].

Af særlig relevans for ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse følger det af ligebehandlingsprincippet, at ansøgeren eller tilbudsgiveren, der har været genstand for berigtigelsen, ikke må opnå en fordel i viden eller tid ved at få mulighed for at indsende relevante oplysninger og dokumentation efter ansøgningens eller tilbudsfristens udløb[77].

Anmodningen om berigtigelse af relevante oplysninger og dokumentation skal i henhold til ligebehandlingsprincippet ligeledes rettes mod alle virksomheder i samme situation i samme udbud[78].

[74] Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015, s. 287
[75] Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015, s. 104
[76] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen *"Udbudsloven, Vejledning om udbudsreglerne"*, (2016), s. 17
[77] Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015, s. 287
[78] Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015, s. 287

EU-Domstolen anførte og understregede dog i Manova-sagen, at ligebehandlingsprincippet i sig selv ikke udgør et mål med reglerne, men at princippet skal ses i lyset af de formål, det forfølger, heraf særligt målet om at sikre et frit indre marked [79].

2.4.1.2. Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet er udviklet af EU-Domstolen på baggrund af ligebehandlingsprincippet[80] og skal efter EU-praksis gøre det muligt at fastslå, om ligebehandlingsprincippet er overholdt[81].

Det følger af gennemsigtighedsprincippet, at ordregiver skal sikre offentlighed og åbenhed omkring udbuddet, så de økonomiske aktører får mulighed for at tilkendegive deres interesse i at levere anskaffelsen. Derudover følger det af gennemsigtighedsprincippet, at ordregiveren på forhånd i udbudsmaterialet skal beskrive kontraktens genstand og processen for udbuddet. Herefter er ordregiveren forpligtet til at handle i overensstemmelse med og inden for rammerne af beskrivelsen i udbudsmaterialet[82].

Af særlig relevans for afhandlingens problemfelt og som udtalt af EU-Domstolen i Manova-sagen følger det af gennemsigtighedsprincippet, at ordregiver i visse situationer er afskåret fra at anmode om berigtigelse af ansøgninger eller tilbud, hvis udbudsmaterialet krævede fremsendelse af det manglende dokument eller den manglende oplysning, idet ansøgeren eller tilbudsgiveren ellers ville blive udelukket fra udbuddet[83]. Betingelsen er kodificeret i UBL § 159, stk. 6, og behandles yderligere nedenfor i kapitel 3.

2.4.1.3. Proportionalitetsprincippet

Endeligt fremgår det af UBL § 2, stk. 1, at offentlige indkøb skal overholde proportionalitetsprincippet. Det skal imidlertid bemærkes, at proportionalitetsprincippet har en mindre materiel betydning for vurderingen af ordregivers berigtigelsesmulighed set i forhold til ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

---

[79] Manova, præmis 29
[80] Jf. bl.a. EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 i sag C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH
[81] Jf. EU-Domstolens dom af 18. juni 2002 i sag C-92/00, Hospital Ingenieure
[82] Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015, s. 105
[83] Manova, præmis 40

Det følger af proportionalitetsprincippet, at ordregiver er forpligtet til at tilrettelægge og gennemføre udbudsprocessen på en proportional måde. Det betyder, at ordregiveren i sit udbudsmateriale og ved tilrettelæggelsen, samt gennemførelsen af udbudsprocessen, kun skal stille krav til ansøgere og tilbudsgivere, som står i et rimeligt forhold til det konkrete indkøb og ikke går videre end, hvad der er nødvendigt for at imødekomme ordregiverens konkrete saglige behov[84].

2.4.1.4. Forhandlingsforbuddet

Forhandlingsforbuddet[85] udspringer af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, men princippet kan ikke læses direkte af UBL § 2. Det har dog betydning i forhold til ordregivers berigtigelsesmulighed. EU-Domstolen henviser i Slovensko-sagen bl.a. til forhandlingsforbuddet i forlængelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsforpligtelsen, hvorefter det følger, at ordregiver ikke er berettiget til at forhandle med ansøgerne eller tilbudsgiverne, når der er tale om en udbudsprocedure uden forhandlingsadgang[86]. EU-Domstolen præciserede herefter, at forhandlingsforbuddet ikke er til hinder for, at tilbud i enkelttilfælde kan berigtiges eller suppleres, forudsat at berigtigelsen ikke føre til, at der fremsendes et nyt tilbud[87].

2.4.2. Hvornår er der tale om et nyt tilbud?

Ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse er foruden overholdelse af ovenstående principper ligeledes betinget af, at anmodningen ikke fører til, at der fremsendes en ny ansøgning eller nyt tilbud, jf. UBL § 159, stk. 5.

Det fremgår af de specielle bemærkninger til bestemmelsen, at der vil være tale om en konkret vurdering i forhold til, om nye oplysninger medfører, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har fremsat en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Hertil er det anført, at ordregiver kan anmode om efterindsendelse af oplysninger, som det objektivt kan konstateres forelå på tidspunktet for ansøgnings- eller

[84] Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015, s. 105
[85] Princippet skal fortolkes i overensstemmelse med Rådets og Kommissionens fælleserklæring EFT L111/114 af 30 april 1994 om forhandling i udbud
[86] Slovensko, præmis 37
[87] Slovensko, præmis 40

tilbudsfristens udløb, hvilket i øvrigt også stammer fra Manova-sagen[88]. Det fremgår yderligere, at det ikke er et krav, at selve dokumentet forelå, men at oplysningerne forelå på tidspunktet[89].

Vurderingen er ligeledes betinget af, om ansøgeren eller tilbudsgiveren har opnået nogen konkurrencemæssig fordel ved at efterindsende oplysningerne. Det klare udgangspunkt er, at der vil være tale om et nyt tilbud, hvis ordregiveren anmoder en ansøger eller tilbudsgiver om at sende nye oplysninger, der kan give ansøgeren eller tilbudsgiveren en konkurrencemæssig fordel[90].

Hvornår indsendelse af oplysninger, dokumentation eller manglende dokumenter udgør et nyt tilbud afhænger af sagens konkrete omstændigheder. EU-Domstolen og Klagenævnet for Udbud har dog i enkelte afgørelser behandlet spørgsmålet. Disse vil blive gennemgået nedenfor.

I Apelski-sagen[91] tog EU-Domstolen stilling til spørgsmålet om, hvornår berigtigelse fører til et nyt tilbud. Sagen angik et udbud med flere delaftaler, hvor tilbudsgiverne kunne vælge at byde på enkelte delaftaler eller indgive et samlet tilbud for alle delaftaler. En tilbudsgiver havde indgivet et samlet tilbud for alle delaftaler. Ordregiver anmodede efter tilbudsfristens udløb om, at tilbudsgiveren supplerede og præciserede visse aspekter i relation til den tekniske og faglige formåen i tilbuddet. Som svar herpå anmodede tilbudsgiveren om, at tilbuddet blev taget i betragtning for de enkelte delaftaler i en prioriteret rækkefølge i stedet for som et samlet tilbud på alle delaftaler. Baggrunden herfor var, at tilbudsgiveren således alene ville blive afvist på de delaftaler, hvor ordregiveren vurderede, at egnethedskravet ikke var opfyldt. EU-Domstolen fandt i denne situation, at en sådan berigtigelse *"langt fra blot udgør en specifik præcisering eller en berigtigelse af åbenlyse indholdsmæssige fejl [...] men i realiteten er en væsentlig ændring, som snarere udgør en afgivelse af et nyt tilbud"*[92].

[88] Manova, præmis 39.
[89] Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015, s. 287
[90] Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015, s. 287
[91] Sag C-324/14, Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta, af d. 7. april 2016
[92] Apelski, præmis 68.

I Esaprojekt-sagen[93] indsendte den vindende tilbudsgiver efter tilbudsfristens udløb dokumentation for opfyldelsen af kravene til teknisk og faglig formåen i form af en kontrakt, som var udført af tredjemand, og dennes tilsagn om at stille de nødvendige ressourcer til rådighed for den vindende tilbudsgiver med henblik på gennemførelsen af den i sagen omfattede anskaffelse. EU-Domstolen udtalte hertil, at den vindende tilbudsgiver efter tilbudsfristen havde indsendt dokumenter, *som ikke fremgik af virksomhedens oprindelige tilbud*[94]. EU-Domstolen fandt herefter med næsten samme formulering som i Apelski-sagen, at *"sådanne præciseringer [...] i virkeligheden udgør en indholdsmæssig og væsentlig ændring af det oprindelige bud, som snarere svarer til fremsættelsen af et nyt bud"*[95]. EU-Domstolen præciserede endvidere, at berigtigelsen direkte havde påvirket grundlæggende forhold i udbudsproceduren, heraf selve identiteten på den økonomiske aktør, der eventuelt ville vinde det pågældende udbud, samt kontrollen af denne aktørs formåen og således dennes egnethed til at gennemføre den pågældende kontrakt[96].

Klagenævnet for Udbud har ligeledes i en række kendelser taget stilling til spørgsmålet om, hvornår ordregiver ikke har adgang til at anmode om berigtigelser, fordi anmodningen ville føre til, at der blev fremsendt et nyt tilbud.

Hertil kan bl.a. nævnes Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. marts 2022, Iveco Danmark A/S mod Fælles Affaldsindsamling A/S, hvor en tilbudsgiver havde anført, at tilbudsgiveren opfyldte kravene til egnethed med en nærmere angivet reference, og at tilbudsgiveren ikke støttede sig på andre enheders tekniske og faglige formåen. Efter gennemgang og afklaring af tilbuddet viste det sig imidlertid, at den angivne reference ikke var udført af tilbudsgiveren selv, men af en koncernforbundet virksomhed, hvorefter ordregiveren afviste tilbudsgiverens tilbud. Klagenævnet udtalte hertil, at ordregiver ikke havde været berettiget til at anmode tilbudsgiveren om at fremkomme med yderligere oplysninger om den anførte reference og om en støttende enhed. Klagenævnet anførte, at indleveringen af sådanne supplerende oplysninger til tilbuddet ville føre til, at der var tale om afgivelse af et nyt tilbud fra tilbudsgiveren, jf. UBL § 159, stk. 5. Klagenævnet henviste i den forlængelse bl.a. direkte til EU-Domstolens udtalelser i Esaprojekt-sagens præmis 41-42.

[93] C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie, af d. 4. maj 2017
[94] Esaprojekt, præmis 41
[95] Esaprojekt, præmis 42
[96] Esaprojekt, præmis 43

I modsætning hertil fandt Klagenævnet for Udbud i kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet, hvor en forbigået tilbudsgiver anførte, at ordregiver havde været uberettiget til at lade den vindende tilbudsgiver berigtige sit tilbud ved at eftersende et forstørret tegningsmateriale. Klagenævnet udtalte hertil, at de efterindsendte tegninger alle var udarbejdet og dateret forud for tilbudsfristens udløb, hvorfor der ikke var grundlag for at anse den efterfølgende indsendelse af tegningerne i et større format for at være en ændring eller forbedring af det oprindelige tilbud i strid med de udbudsretlige regler. Tilsvarende udtalte Klagenævnet for Udbud i kendelse af 3. oktober 2017, Brønnum mod Københavns Kommune, at en teknisk afklaring vedrørende det vindende tilbud, der indebar efterindsendelse af supplerende dokumentation om de tilbudte produkters tekniske specifikationer, ikke medførte en ændring af tilbuddet eller på anden vis var udtryk for fremsendelse af et nyt tilbud.

Ud fra ovenstående kan det således konstateres, at der er en klar sammenhæng mellem praksis fra EU-Domstolen og praksis fra Klagenævnet for Udbud i relation til vurderingen af, hvornår en anmodning om berigtigelse medfører, at der fremsendes et nyt tilbud. Det kan konstateres, at der vil være tale om et nyt tilbud, hvis anmodningen om berigtigelse ændrer i tilbudsgiver-konstellationen heraf bl.a. de tilfælde, hvor berigtigelsen vedrører forhold om støttende enheder, jf. Esaprojekt-sagen samt Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. marts 2022, Iveco Danmark A/S mod Fælles Affaldsindsamling A/S.

Ovenstående praksis viser desuden, at der ikke vil være tale om en ny ansøgning eller et nyt tilbud, hvis det er objektivt konstaterbart, at de efterindsendte oplysninger forelå på tidspunktet for afgivelse af ansøgning eller tilbud, hvorefter ordregiver er berettiget til at gøre brug af adgangen til at berigtige i medfør af UBL § 159, stk. 5.

2.5. Delkonklusion

Ordregiver er efter UBL § 159, stk. 5, berettiget til at anmode ansøger eller tilbudsgiver om berigtigelse under overholdelse af principperne i UBL § 2 og under forudsætning af, at anmodningen ikke fører til, at der fremsendes en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Bestemmelsen er en kodificering

af EU-Domstolens praksis. Sammenfattende kan det på baggrund af EU-Domstolens praksis konkluderes, at en anmodning om berigtigelse kan ske i overensstemmelse med følgende betingelser:

- Anmodningen kan først fremsættes efter, at ordregiver har fået kendskab til alle ansøgninger eller tilbud.

- Anmodningen om berigtigelse skal rettes mod alle økonomiske aktører i samme situation.

- Anmodningen skal omfatte alle de punkter i ansøgningen eller tilbuddet, der skal berigtiges.

- Anmodningen må ikke føre til, at der fremsendes en ny ansøgning eller et nyt tilbud.

- De økonomiske aktører skal behandles ens og rimeligt, således at ordregiver ikke fremstår som uberettiget at have begunstiget eller forskelsbehandlet, den eller de aktører, der har været genstand for berigtigelsen.

Det beror på en konkret vurdering, hvornår en anmodning om berigtigelse er sket i overensstemmelse med ovenstående betingelser. For så vidt angår spørgsmålet om, hvornår anmodninger om berigtigelse fører til ny ansøgning eller nyt tilbud, har EU-Domstolen eksemplificeret, at oplysninger, som det objektivt kan kontrolleres forelå forud for ansøgnings- eller tilbudsfristen, kan berigtiges. Det kan dog på baggrund af EU-Domstolens og Klagenævnet for Udbuds praksis konkluderes, at anmodninger om berigtigelse, der ændrer i tilbudsgiver-konstellation, ikke kan gennemføres.

3. Hvornår er ordregiver afskåret fra at gøre brug af berigtigelsesmuligheden?

Som behandlet ovenfor i kapitel 2 er ordregiver, under visse forudsætninger og i visse situationer, berettiget til at anmode ansøger eller tilbudsgiver om at berigtige sin ansøgning eller sit tilbud, jf. UBL § 159, stk. 5.

Ordregiver kan dog i visse tilfælde være afskåret fra at gøre brug af berigtigelsesmuligheden efter stk. 5, hvis det udtrykkeligt fremgår af udbudsmaterialet, at en given fejl eller mangel vil føre til afvisning, jf. UBL § 159, stk. 6.

3.1. Udbudslovens § 159, stk. 6.

UBL § 159, stk. 6, har følgende ordlyd:

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

Det fremgår af de specielle bemærkninger til bestemmelsen, at stk. 6, er en kodificering af EU-Domstolens afgørelse i Manova-sagen[97], hvor EU-Domstolen udtalte, at ordregiveren ikke kunne anmode om berigtigelse, hvis *" [...] udbudsmaterialet krævede fremsendelse af det manglende dokument eller den manglende oplysning, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet"*[98].

EU-Domstolen fastslog ligeledes, at baggrunden herfor er, at det påhviler ordregiveren strengt at overholde de kriterier, som den selv har fastsat[99].

Det fremgår yderligere af de specielle bemærkninger til UBL § 159, stk. 6, at ordregiver ikke er udelukket fra at gøre brug af berigtigelsesmuligheden efter stk. 5, hvis ordregiveren alene har anført, *"at en oplysning eller et dokument skal afleveres, men uden at det fremgår, at overtrædelse vil medføre afvisning"*[100].

---

[97] Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015, s. 182
[98] Manova, præmis 40
[99] Manova, præmis 40 og C-42/13, Cartiera dell' Adda SpA, præmis 42
[100] Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015, s. 182

Ud fra bestemmelsens og lovbemærkningernes ordlyd må UBL § 159, stk. 6, forstås således, at ordregiver alene er afskåret fra at gøre brug af berigtigelsesmuligheden efter stk. 5, hvis ordregiver har angivet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til afvisning.

I relation til ovenstående udtalte EU-Domstolen bl.a. i Cartier-sagen, at ordregiver er forpligtet til at udelukke en økonomisk aktør, som ikke har fremsendt et dokument eller en oplysning, som var påkrævet, idet aktøren ellers ville blive udelukket fra udbuddet[101]. EU-Domstolen anførte videre, at den strenge forpligtelse følger af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet[102]. Af EU-Domstolens udtalelser kan det lægges til grund, at UBL § 159, stk. 6, har til formål at sikre ligebehandling af ansøgerne og tilbudsgiverne.

Det betyder, at de økonomiske aktører skal udforme deres ansøgning eller tilbud under de samme forudsætninger, således at de samme betingelser gælder for alle de bydende. Gennemsigtighedsprincippet skal desuden sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra ordregivers side ved eventuelle berigtigelser af fejl og mangler. Er det således anført i udbudsmaterialet, at berigtigelse af visse fejl og mangler er udelukket, vil ansøgerne og tilbudsgiverne afgive ansøgning eller tilbud under denne forudsætning. En efterfølgende berigtigelse af sådanne forhold, vil herefter fremstå som åbenbart urimelig og i uoverensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet[103].

I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. juli 2014, HHM A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen, havde ordregiver i udbudsmaterialet vedrørende fremsendelse af en tilsagnserklæring anført, at erklæringen *skulle* fremsendes i en bestemt formular, og at andre formularer *ikke blev accepteret*. Klagenævnet fandt bl.a. med henvisning til Manova-sagens præmis 40 og 42, at ordregiver ikke var berettiget til at antage et tilbud, som havde anvendt en anden formular til fremsendelsen af tilsagnserklæringen, da *"indklagede [var] forpligtet til at overholde de kriterier, […] som indklagede selv har fastlagt"*. Det afgørende var, at ordregiver selv havde udelukket berigtigelse, idet det fremgik af udbudsmaterialet, at *"Vedlagte bilag […] skal anvendes ved afgivelse af tilbud. Andre formularer accepteres ikke"*.

[101] C-42/13, Cartiera dell' Adda SpA, præmis 42
[102] C-42/13, Cartiera dell' Adda SpA, præmis 43
[103] C-42/13, Cartiera dell' Adda SpA, præmis 44

Ud fra ovenstående kan det konstateres, at ordregiver vil være afskåret fra at gøre brug af berigtigelsesmuligheden efter UBL § 159, stk. 5, i relation til oplysninger eller dokumenter, hvis manglende opfyldelse i medfør af udbudsmaterialet vil føre til afvisning.

3.1.1. Særligt vedrørende mindstekrav

Undertiden kan ordregiver også være afskåret fra at gøre brug af berigtigelsesmuligheden i stk. 5 som følge af anvendelsen af bestemte termer, uden at det eksplicit fremgår af udbudsmaterialet, at fejlen eller manglen vil føre til afvisning, og hvor ordregiver ikke har haft til hensigt at udelukke muligheden for berigtigelse efter stk. 5[104]. I relation hertil fremgår det således af de specielle bemærkninger til UBL § 159, stk. 6, at ordregiver er afskåret fra at berigtige dokumentation eller oplysninger, der i udbudsmaterialet er fastsat som et mindstekrav, og det fremgår eller i øvrigt kan udledes af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav vil medføre afvisning[105]. Det skal i øvrigt bemærkes, at det i relation til mindstekrav fremgår af de specielle bemærkninger til bestemmelsen, at ordregiver er afskåret fra at gøre brug af berigtigelsesmuligheden, såfremt det blot *kan udledes* af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekravet vil føre til afvisning.

Ordregiver vil således være afskåret fra anvendelsen af UBL § 159, stk. 5, uden at det udtrykkeligt fremgår af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekravet vil føre til afvisning. Praksis fra Klagenævnet for Udbud viser tilsvarende, at ordregiver i medfør af udbudslovens § 159, stk. 6, og Manova-sagen er afskåret fra at anmode om berigtigelse af fejl og mangler, der relaterer sig til mindstekrav[106].

EU-Domstolen udtalte imidlertid meget præcist i Manova-sagen, at afskæringen fra berigtigelsesmuligheden forudsætter, at *"udbudsmaterialet udtrykkeligt [min markering] krævede fremsendelse af disse oplysninger, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet"*[107]. Kravet om udtrykkelighed fremgår ligeledes af ordlyden i UBL § 159, stk. 6: *"såfremt det fremgår udtrykkeligt [min markering] af udbudsmaterialet"*.

---

[104] For eksempel se bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. april 2020, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune.
[105] Forslag til udbudsloven, s. 182
[106] Se kapitel 4 for uddybende gennemgang af Klagenævnet for Udbuds praksis i relation til spørgsmålet.
[107] Manova, præmis 42.

Modsat fremgår det hverken af bestemmelsen eller EU-Domstolens praksis, som bestemmelsen er en kodificering af, at ordregiver vil være afskåret fra at anmode om berigtige, hvis det blot *kan udledes* af udbudsmaterialet, at fejlen eller manglen vil føre til afvisning.

Klagenævnet baserer således alene sin afgørelse på lovbemærkningernes indhold, når klagenævnet finder, at mindstekrav i sig selv medfører, at ordregiver er udelukket fra at berigtige, uden at det yderligere fremgår af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekravet vil føre til afvisning. Det kan rejse tvivl om, hvorvidt klagenævnets praksis er i overensstemmelse med UBL § 159, stk. 6, og EU-Domstolens praksis.

Klagenævnets tilgang til den manglende mulighed for berigtigelser af mindstekrav, skal dog ses i sammenhæng med, at mindstekrav som følge af deres funktion og indhold udgør grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, og at manglende opfyldelse heraf medfører ukonditionsmæssighed. Hvorvidt det i sig selv er nok til at afskære ordregiver fra at anmode om berigtigelse er uklart, det fremgår imidlertid ikke direkte af hverken udbudslovens § 159, stk. 6, eller EU-Domstolens praksis.

Klagenævnet har imidlertid hertil tidligere udtalt, at *"ordregiveren [kan] præcisere i udbudsmaterialet, at afvigelser og forbehold i forhold til de ufravigelige krav (mindstekrav) uden videre vil føre til, at et tilbud vil blive afvist [min markering og tilføjelse]"*[108], hvilket ikke taler for, at manglende opfyldelse af et mindstekrav i sig selv medfører, at et tilbud vil blive afvist, men at ordregiver derimod har mulighed for at anføre, at det vil medføre afvisning.

Vedrørende spørgsmålet om udtrykkelighed udtalte EU-Domstolen i Lavorgna-sagen[109] - et mindstekrav, der *"udtrykkeligt er påkrævet i henhold til udbudsdokumenterne eller de gældende bestemmelser i national ret [min markering], og hvis tilsidesættelse medfører udelukkelse"*[110]. Ordregiver vil således ligeledes være afskåret fra berigtigelsesmuligheden, hvis det udtrykkeligt fremgår af en national bestemmelse, at manglende overholdelse af mindstekravet vil føre til afvisning. Sådanne bestemmelser findes ikke i dansk ret, men det følger dog af reglerne om udelukkelse, at

[108] Klagenævnets kendelse af 4. november 2003, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Lokalbanen A/S.
[109] C-309/18, Lavorgna Srl mod Comune di Montelanico m. fl., d. 2. maj 2019
[110] Lavorgna, præmis 21

manglende overholdelse heraf som udgangspunkt vil føre til afvisning af ansøgeren eller tilbudsgiveren[111].

Derimod udtalte EU-Domstolen i Pippo Pizzo-sagen[112], at *"ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en økonomisk aktør udelukkes fra en offentlig udbudsprocedure, såfremt den ikke overholder en forpligtelse, der ikke udtrykkeligt fremgår af udbudsdokumenterne eller af den gældende nationale lov, men af en fortolkning af denne lov samt af en udfyldning af mangler [min markering]"*[113].

Ud fra EU-Domstolens udtalelse, kan det lægges til grund, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ligeledes skal sikre, at ansøgere eller tilbudsgivere ikke uberettiget bliver afvist, når det ikke fremgår udtrykkeligt af hverken udbudsmaterialet eller den nationale lov, at manglende overholdelse af mindstekrav vil føre til afvisning. Særlig interessant er, at EU-Domstolen i øvrigt henviser til Manova-sagens præmis 40 med den tilføjelse, at ordregiver er forpligtet til strengt at overholde de kriterier, som den selv har fastsat – og særligt, *"når der er risiko for udelukkelse fra proceduren"*[114].

Der er således en formodning for, at der gælder en skærpelse i forhold til kravet om ordregivers overholdelse af egne fastsatte betingelser, når der er en risiko for udelukkelse, hvilket er særlig relevant i relation til spørgsmålet om, hvorvidt "mindstekrav" eller "minimumskrav" i sig selv kan medføre afvisning. En nærmere diskussion heraf følger af kapitel 4.

For så vidt angår spørgsmålet om berigtigelser af egnethedskrav har klagenævnet tillagt det særlig betydning, at kravene til egnethed er anført som mindstekrav eller minimumskrav, hvorefter klagenævnet har fundet, at ordregiver generelt er afskåret fra at gøre brug af berigtigelsesmuligheden med henvisning til, at det burde kunne udledes af udbudsmaterialet, at manglende opfyldelse af kravet ville medføre afvisning[115].

---

[111] Se UBL §§ 134a-136 og evt. § 137 - En ordregiver kan dog ikke udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, der har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er pålidelig, selv om den pågældende er omfattet af en eller flere af udelukkelsesgrundene i §§ 135-137

[112] C-27/15, Pippo Pizzo mod CRGT srl, d. 2. juni 2016

[113] C-27/15, Pippo Pizzo mod CRGT srl, d. 2. juni 2016, Præmis 51

[114] C-27/15, Pippo Pizzo mod CRGT srl, d. 2. juni 2016, Præmis 42

[115] Se kapitel 4 for uddybende gennemgang af klagenævnets praksis i relation hertil.

3.1.2. Egnethedskrav

Ordregiver kan ved gennemførelse af konkrete anskaffelser stille krav til ansøgers eller tilbudsgivers egnethed, jf. UBL § 140, stk. 1. Formålet med egnethedskrav er at sikre, at ansøgerne eller tilbudsgiverne har de overordnede kompetencer og den generelle kapacitet til at løfte den udbudte opgave[116]. Egnethedskrav omfatter således alene forhold, der vedrører den økonomiske aktørs egnethed.

Det følger yderligere af UBL § 140, stk. 1, at ordregiver kan vurdere egnetheden i forhold til disse tre udtømmende emner:

1) udøvelse af det pågældende erhverv, jf. § 141,
2) økonomisk og finansiel formåen, jf. § 142, eller
3) teknisk og faglig formåen, jf. § 143

I forlængelse heraf fremgår det af UBL § 140, stk. 2, at ordregiver skal fastsætte kravene til egnethed som "minimumskrav". Bestemmelsen implementerer UD art. 58 (5).

Det følger dog anderledes af art. 58 (5), 1. pkt., at egnetheds- og udvælgelseskriterierne *"[...] kan [min markering] være udtrykt som minimumskrav til formåen"*. Udbudslovsudvalget foreslog, at bestemmelsen blev implementeret således, at krav til egnethed altid skal fastsættes som minimumskrav *"af hensyn til gennemsigtigheden"*[117], idet en ansøger eller tilbudsgiver herved opnår et bedre grundlag for at vurdere, om den pågældende ønsker at bruge ressourcer på at deltage i udbuddet[118].

Det er af stor betydning for ordregivers mulighed for at berigtige egnethedskrav at fastslå, hvordan begrebet "minimumskrav" skal forstås og anvendes, idet det i specielle bemærkninger til UBL § 159, stk. 6, er nævnt, at ordregiver er afskåret fra at anmode om berigtigelse af mindstekrav, når det blot kan udledes af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekravet vil føre til afvisning[119].

---

[116] Rasmus Horskjær Nielsen, kapitel 8 *"Udelukkelse, egnethed og udvælgelse"* i Steen Treumer (red.): "Udbudsretten" (Ex Tuto Publishing A/S, 2019), s. 230
[117] Udbudslovsudvalget, 2014; side 727
[118] Karnov note 610 til § 140, stk. 2.
[119] Forslag til udbudsloven, s. 182

Derfor følger en nærmere analyse og behandling af termerne "mindstekrav" og "minimumskrav" nedenfor.

3.2. "Mindstekrav" og "Minimumskrav"

I relation til begrebet "mindstekrav" skal der sondres mellem i) mindstekrav til anskaffelsen og ii) minimumskrav til de økonomiske aktørers virksomhed (egnethedskrav). Begreberne har det til fælles, at de begge statuerer et af ordregiver fastsat minimumsniveau, som ansøgeren eller tilbudsgiveren ved deltagelse i udbuddet skal opfylde.

3.2.1. Mindstekrav til anskaffelsen

Mindstekrav er ikke defineret i UBL, men det fremgår af de specielle bemærkninger til UBL § 2, at *"mindstekrav er 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*"[120].

I UD art. 45 (2) henviser begrebet "mindstekrav" til de af ordregiver fastsatte krav, som de alternative tilbud skal opfylde. Bestemmelsen er implementeret i UBL § 51, stk. 2, og det må forstås således, at mindstekrav, som benævnt i art. 45 (2), kan henføres til de af ordregiver fastsatte tekniske specifikationer, som danner grundlag for sammenligningen af de ordinære og alternative tilbud i forbindelse med evalueringen.

Mindstekrav er dog ikke begrænset til alene at vedrører *fysiske, funktionelle og juridiske* karakteristika, da ordregiver ved fastsættelsen af mindstekrav, i modsætning til minimumskrav, har stor frihed til konstruktionen heraf[121]. Andre krav, der i øvrigt ikke direkte er fastsat som mindstekrav, kan imidlertid i konkrete situationer få virkning som mindstekrav på grund af kravets indhold.

3.2.2. Minimumskrav til egnethed

Minimumskrav er tilsvarende ikke yderligere defineret i UBL, men det kan bl.a. på baggrund af ordlyden i UBL § 140, stk. 2, udledes, at disse henviser til kravene til virksomhedernes egnethed. Dette kan ligeledes udledes af de specielle bemærkninger til UBL § 2, hvor lovgiver foretager en

[120]Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015, s. 57
[121] Sune Troels Poulsen m.fl.*"EU Udbudsretten"*, 4. udgave (Djøf Forlag, 2022), s. 317.

direkte sammenkobling mellem minimumskrav og egnethed – *"minimumskrav til egnethed vedrørende den økonomiske og finansielle formåen og tekniske og faglige formåen"*[122].

Udbudsdirektivet benytter ligeledes konsekvent begrebet "minimumskrav" i relation til de af ordregiver fastsatte krav for deltagelse, der er relevante for at sikre, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har juridisk og finansiel kapacitet samt teknisk og faglig formåen til at gennemføre den pågældende kontrakt, dvs. egnethedskrav.

I præambelbetragtning 45 henviser begrebet "minimumskrav" dog til forhold, der i almindelighed vil være omfattet af begrebet mindstekrav. Det fremgår således af præambelbetragtning 45, at *"minimumskrav […] er de betingelser og karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have".* Denne definition af minimumskrav er identisk med definitionen af mindstekrav, som nævnt ovenfor i afsnit 3.2.1. Udbudsdirektivet anvender således både begrebet minimumskrav i relation til krav til anskaffelsen og krav til virksomhedernes egnethed.

Ser man på den engelske version af udbudsdirektivet er begrebet minimumskrav i præambelbetragtning 45 udtrykt som "minimum requirements"[123]. Begrebet er konsekvent anvendt, hvor der henvises til betingelser og karakteristika i tilbuddene. Det kan herefter konstateres, at begrebet "mindstekrav" i udbudslovens forstand svarer til det i udbudsdirektivets anvendte begreb "minimum requirements".

Tilsvarende anvender den engelske version af udbudsdirektivet konsekvent begrebet "minimum levels of ability"[124] i relation til krav, der vedrører virksomhedernes egnethed. Udbudslovens anvendelse af begrebet kan således sammenstilles med udbudsdirektivets "minimum levels of ability".

På trods af udbudsdirektivets tvetydige anvendelse af begrebet "minimumskrav" må det ud fra en analyse af begreberne med udgangspunkt i en sammenligning af udbudslovens brug af termerne og

[122] Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015, s. 57.
[123] De forskellige oversættelser af udbudsdirektiverne har samme retskildeværdi. Inddragelse af den engelske version udgør således alene et fortolkningsbidrag til forståelsen af sammenhængen mellem begreberne "mindstekrav" og "minimumskrav" i udbudsdirektivets og udbudslovens forstand.
[124] Se bl.a. artikel 65 (2) og artikel 58 (5) i den engelske version af udbudsdirektivet.

den engelske version af udbudsdirektivet konstateres, at der er tale om to forskellige begreber, der materielt og indholdsmæssigt er forskellige.

3.2.3. Sammensmeltning af begreberne

Som angivet ovenfor vil der i den danske version af udbudsdirektivet ske en uhensigtsmæssig sammensmeltning af begreberne "mindstekrav" og "minimumskrav".

Det er imidlertid ikke kun i udbudsdirektivet, at der sker en sammensmeltning af to i teorien forskellige begreber. Mindstekrav og minimumskrav bliver i praksis ofte anvendt med samme betydning og særligt i relation til fastsættelsen af krav til virksomhedernes egnethed, således at krav til egnethed betegnes "mindstekrav" både i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne – dette på trods af, at UBL § 140, stk. 2, eksplicit anvender begrebet minimumskrav i relation til egnethedskravene[125].

For så vidt angår krav til egnethed fastsat i udbudsbekendtgørelsen er begrebet "mindstekrav" dog forhåndsindsat, hvilket ordregiver i øvrigt ikke har mulighed for at ændre. Dette har utvivlsomt medført en tendens til tilsvarende at videreføre betegnelsen af kravene til egnethed som mindstekrav i øvrigt. Dette var eksempelvis tilfældet i Eksponent-sagen[126], hvor ordregiver blot havde kopieret teksten om krav til egnethed fra udbudsbekendtgørelsen og indsat i udbudsbetingelserne, hvorefter kravene til egnethed blev anset som mindstekrav. Ser man på den engelske version af udbudsbekendtgørelsen anføres begrebet "*minimum levels*" vedrørende krav til egnethed, hvilket også stemmer overens med betegnelsen af minimumskrav, jf. afsnit 3.2.2 ovenfor.

Der tegner sig ligeledes et billede af, at klagenævnet ikke foretager en sondring mellem begreberne "mindstekrav" og "minimumskrav" i relation til berigtigelser af egnethedskrav. I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. juni 2022, Ecolog Deutschland GmbH mod Københavns Kommune, havde ordregiver fastsat konkrete krav til tilbudsgivernes økonomiske og finansielle samt tekniske og faglige formåen – kravene var fastsat som minimumskrav. Klagenævnet udtalte imidlertid, som et konkret eksempel på sammensmeltningen af begreberne "minimumskrav" og "mindstekrav", at *"[...]*

[125] Se bl.a. Region Hovedstaden af kontrakt om indkøb af samlede løsninger til patientkald og til kritiske alarmer (udbudsbekendtgørelse nr. 2015/S 247-449256 af 17. december 2015) og SK Varme A/S' udbud af kontrakt vedrørende el- og maskinleverance (udbudsbekendtgørelse nr. 2017/S 140-288359 af 21. juli 2017)
[126] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. april 2020, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune

ordregiveren i en situation som den foreliggende, hvor det krav, der ikke er opfyldt, er fastsat som et mindstekrav [min markering]". Klagenævnet fandt herefter, at ordregiver ikke var berettiget til at gøre brug af berigtigelsesmuligheden med henvisning til, at der var tale om et mindstekrav.

Sondringen mellem mindstekrav og andre krav er som anført ovenfor særlig væsentlig i relation til ordregivers berigtigelsesmulighed, da der som følge af de specielle bemærkninger til UBL § 159, stk. 6, og klagenævnets faste praksis sker en indskrænkning i ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse, når fejlen eller manglen vedrører mindstekrav. Efter inddragelse af den engelske version af udbudsdirektivet hhv. udbudsbekendtgørelsen må det imidlertid konkluderes, at begreberne "mindstekrav" og "minimumskrav" er to forskellige begreber, hvor førstnævnte relaterer sig til krav til anskaffelsen, mens sidstnævnte relaterer sig til krav til virksomheden (egnethedskrav). Ved vurderingen af om ordregiver er afskåret fra at gøre brug af berigtigelsesmuligheden efter stk. 5, bør det derfor tages i betragtning, at de specielle bemærkninger til UBL § 159, stk. 6, henviser til "mindstekrav" og altså ikke "minimumskrav". Klagenævnets praksis tegner imidlertid et billede af, at minimumskrav til egnethed tilsvarende er omfattet af den skærpede mulighed for berigtigelse efter udbudslovens § 159, stk. 6, og dennes specielle bemærkninger. En nærmere gennemgang af klagenævnets praksis vedrørende berigtigelser af minimumskrav til egnethed følger nedenfor i kapitel 4.

3.3. Delkonklusion

Ordregiver er efter UBL § 159, stk. 6, afskåret fra at gøre brug af adgangen til at anmode om berigtigelse af ansøgninger eller tilbud, hvis det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at ansøgningen eller tilbuddet afvises, og den pågældende ansøgning eller det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel. Det betyder, at ordregiver vil være afskåret fra at gøre brug af berigtigelsesmuligheden efter UBL § 159, stk. 5, i relation til oplysninger eller dokumenter, hvis manglende opfyldelse i medfør af udbudsmaterialet vil føre til afvisning. EU-Domstolen har hertil udtalt, at ordregiver ligeledes vil være afskåret fra berigtigelsesmuligheden, hvis det udtrykkeligt fremgår af en national bestemmelse, at manglende overholdelse af mindstekravet vil føre til afvisning.

Undertiden kan ordregiver også være afskåret fra at gøre brug af berigtigelsesmuligheden i stk. 5 som følge af anvendelsen af bestemte termer, uden at det eksplicit fremgår af udbudsmaterialet, at fejlen eller manglen vil føre til afvisning. Det fremgår således af de specielle bemærkninger til UBL § 159, stk. 6, at ordregiver er afskåret fra muligheden for berigtigelse, hvis det relaterer sig til dokumentation eller oplysninger, der i udbudsmaterialet er fastsat som et mindstekrav, og det i øvrigt kan udledes af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav vil medføre afvisning.

Ovenstående har vist sig at være særligt afgørende i forhold til muligheden for at anmode om berigtigelse referencer i relation til egnethedskrav, der efter UBL § 140, stk. 2, skal fastsættes som minimumskrav.

Det er uklart, om henvisningen til "mindstekrav" i de specielle bemærkninger til UBL § 159, stk. 6, også relaterer sig til minimumskrav til egnethed. En analyse af begreberne indikerer, at der er tale om to forskellige begreber, som derfor skal behandles forskelligt i forhold til spørgsmålet om muligheden for berigtigelse. Klagenævnets praksis tegner imidlertid et billede af, at minimumskrav til egnethed tilsvarende er omfattet af den skærpede mulighed for berigtigelse efter udbudslovens § 159, stk. 6, og dennes specielle bemærkninger.

4. Hvordan ser fremtiden ud for ordregivers mulighed for at berigtige referencer?

Ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse af referencer i relation til minimumskrav til egnethed vil være forbundet med to grundlæggende problemstillinger.

Den ene problemstilling er, om ordregiver overhovedet kan anvende UBL § 159, stk. 5, til at berigtige referencer. Som angivet i kapitel 2 skal der foretages en konkret vurdering af, om den konkrete anmodning om berigtigelse sker i fuld overensstemmelse med principperne i UBL § 2, samt at anmodningen ikke fører til, at der i virkeligheden fremsendes en ny ansøgning eller et nyt tilbud.

Den anden problemstilling er, om ordregiver i virkeligheden har afskåret sig selv fra at anvende UBL § 159, stk. 5, hvis ordregiver har brugt udtrykket "minimumskrav" vedrørende krav til egnethed, som efter UBL § 140, stk. 2, altid skal fastsættes som minimumskrav, eller når ordregiver har brugt udtrykket mindstekrav vedrørende krav til egnethed, som det i øvrigt altid er benævnt i udbudsbekendtgørelsens del III.

Ovenstående problemstillinger og særligt spørgsmålet om, hvorvidt ordregiver er afskåret fra at berigtige referencer har været genstand for og omdrejningspunktet i en række sager ved Klagenævnet for Udbud, som vil blive behandlet nedenfor.

4.1. Eksponent-sagen

En af de mest centrale sager vedrørende berigtigelser af referencer er Eksponent-sagen, der både har været behandlet ved Klagenævnet for Udbud[127] og Retten på Frederiksberg[128], og som i øvrigt danner grundlag for afhandlingens emnevalg og problemstilling.

Sagen angik et offentligt udbud vedrørende en kontrakt om levering af ny hjemmeside. Ordregiver havde i udbudsmaterialet stillet krav til tilbudsgivernes tekniske og faglige formåen i form af referencer, der skulle dokumentere, at tilbudsgiveren opfyldte det fastsatte krav til egnethed. Tvisten i sagen kan kort sammenfattes således, at den vindende tilbudsgiver ved tilbudstidspunktet havde indsendt referencer, der ikke opfyldte kravene til egnethed. Ordregiver anmodede herefter

[127] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. april 2020, Gentofte Kommune mod Eksponent ApS
[128] Retten på Frederiksbergs dom af 30. juni 2022, Gentofte Kommune mod Eksponent ApS

tilbudsgiveren om at efterindsende en forskriftsmæssig reference, jf. UBL § 159, stk. 5. Det fremgik af udbudsmaterialet, at referencekravene udgjorde mindstekrav, og at manglende overholdelse heraf ville føre til, at tilbuddet som udgangspunkt ikke blev medtaget i evalueringen. Ordregiver havde dog forbeholdt sig retten til at gøre brug af berigtigelsesmuligheden i UBL § 159, stk. 5.

4.1.1. Klagenævnets resultat i Eksponent-sagen

Klagenævnet fandt med henvisning til UBL § 159, stk. 6, at ordregiver ikke havde været berettiget til at anmode om berigtigelse af de indleverede referencer, idet kravene, som referencerne relaterede sig til, var fastsat som mindstekrav.

Det bemærkes i øvrigt, at klagenævnet efterfølgende tilkendte den forbigåede tilbudsgiver kr. 1,2 mio. i erstatning[129].

4.1.2. Retten på Frederiksbergs dom af 30. juni 2022[130]

Ordregiver valgte efter klagenævnslovens § 8 at indbringe klagenævnets kendelse for Retten på Frederiksberg.

Retten fandt indledningsvist, at anmodningen om berigtigelse af den vindende tilbudsgivers referencer var indenfor rækkevidden af UBL § 159, stk. 5, idet den vindende tilbudsgiver i øvrigt ikke havde opnået en konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne efter fristens udløb.

Vedrørende vurderingen efter UBL § 159, stk. 6, henviste retten til, at det fremgik af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav alene som udgangspunkt ville medføre, at tilbuddet ikke ville blive medtaget i evalueringen, og at det således ikke udtrykkeligt fremgik, at manglende overholdelse ville medføre afvisning. Retten anførte yderligere, at kommunen i øvrigt udtrykkeligt havde forbeholdt sig retten til at anvende UBL § 159, stk. 5. Retten fandt herefter, at ordregiver var berettiget til at indhente nye referencer fra den vindende tilbudsgiver.

[129] Klagenævnets afgørelse om erstatningsspørgsmålet i sagen blev truffet ved kendelse af 10. februar 2021, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune.
[130] Retten på Frederiksbergs dom af 30. juni 2022, Gentofte Kommune mod Eksponent ApS

Nedenstående afsnit vil forsøge at identificere de forhold, der ligger til grund for den markante forskel på klagenævnets hhv. rettens resultat i Eksponent-sagen.

4.2. Fører berigtigelser af referencer til ny ansøgning eller nyt tilbud?

4.2.1. Analyse af klagenævnets begrundelser og resultat i relation til UBL § 159, stk. 5

Det bemærkes indledningsvist, at klagenævnet i Eksponent-sagen ikke foretog en konkret vurdering af, om ordregiver var berettiget til at gennemføre berigtigelsen af referencerne i den konkrete sag.

Klagenævnet valgte imidlertid blot at henvise til UBL § 159, stk. 5, efterfulgt af en udførlig beskrivelse af de specielle bemærkninger til bestemmelsen. Klagenævnet har formentlig ikke fundet det nødvendigt at foretage den konkrete vurdering af, hvorvidt berigtigelsen var sket i overensstemmelsen med UBL § 159, stk. 5, idet ordregiver efter klagenævnets opfattelse allerede var afskåret fra at foretage berigtigelsen efter UBL § 159, stk. 6.

Ovenstående er i øvrigt på linje med og udtryk for klagenævnets faste praksis vedrørende berigtigelser af forhold, som ordregiver var afskåret fra at berigtige i henhold til UBL § 159, stk. 6[131].

Klagenævnets fremgangsmåde og deraf den manglende prøvelse af berigtigelsens lovlighed efter UBL § 159, stk. 5, er dog interessant at bemærke, fordi den er udtryk for, at vurderingen af anmodningens lovlighed efter UBL § 159, stk. 5, er uafhængig af vurdering af, hvorvidt ordregiver er afskåret fra at gennemføre berigtigelsen efter UBL § 159, stk. 6. Med andre ord vil ordregiver ikke have mulighed for at gøre brug af berigtigelsesadgangen, uanset at denne stemmer overens med betingelserne i UBL § 159, stk. 5, hvis anmodningen i øvrigt vedrører en fejl eller mangel, som ordregiver er afskåret fra at berigtige efter UBL § 159, stk. 6.

Efter min vurdering er klagenævnets fremgangsmåde også i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis, hvoraf det følger, at ordregiver i enkelttilfælde kan anmode om berigtigelse, når anmodningen vedrører *"forhold eller oplysninger, [...], som det objektivt kan kontrolleres forelå*

[131] Se praksis fra klagenævnet under afsnit 4.3.1.

forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud"[132], men at det ikke ville være tilfældet, *hvis udbudsmaterialet krævede fremsendelse af det manglende dokument eller den manglende oplysning, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet*[133].

4.2.2. Analyse af rettens begrundelser og resultat i relation til UBL § 159, stk. 5

Retten foretog i modsætning til klagenævnet en konkret vurdering af, om anmodningen om berigtigelsen af referencerne førte til fremsendelse af et nyt tilbud. Retten fandt herefter, at berigtigelsen ikke havde ført til et nyt tilbud, idet det efter rettens vurdering objektivt kunne konstateres, at referencerne forelå forud for tilbudsfristen, og at tilbudsgiveren, som var genstand for berigtigelsen, ikke havde opnået en konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne efter fristens udløb. I forhold til bevisførelsen lagde retten konkret til grund, at de nye referencer stammede fra tilbudsgiverens casebibliotek, og at det derfor objektivt kunne konstateres, at oplysningerne forelå forud for tilbudsfristen.

Selvom rettens afgørelse er begrundet i sagens konkrete omstændigheder, rejser den imidlertid nogle centrale spørgsmål vedrørende ordregivers adgang til at berigtige referencer. For det første giver afgørelsen anledning til at undersøge, hvorvidt det objektivt skal kunne konstateres, at selve referencen (dvs. det faktum at tilbudsgiver har udført en given opgave) forelå forud for tilbudsfristen, eller om det er beskrivelsen af referencen. Sondringen er vigtigt, fordi den har stor betydning for rækkevidden af ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse af referencer.

Såfremt det er beskrivelsen af referencen, der objektivt konstaterbart skal foreligge før tilbudsfristen, vil det alt andet lige begrænse ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse af referencer, idet det vil stille krav om, at tilbudsgiveren har udarbejdet beskrivelsen for den enkelte reference, der er genstand for berigtigelse, inden tilbudsfristen, ligesom det skal kunne bevises, at oplysningerne forelå forud for tilbudsfristen.

Angår kravet om objektiv konstaterbarhed i stedet det faktum, at referencen blot er udført af tilbudsgiveren inden tilbudsfristen, vil ordregiver have en betydelig større mulighed for at løfte bevisbyrden for, at oplysningerne forelå forud for tilbudsfristen.

---

[132] Manova pr. 39
[133] Manova pr. 40

Det fremgår af de specielle bemærkninger til UBL § 159, stk. 5, at det ikke er et krav, at selve dokumentet forelå på tidspunktet forud for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb, men at det objektivt skal kunne konstateres og dokumenteres, at oplysningerne forelå[134]. Det er uklart, hvordan ovenstående skal fortolkes i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt det er beskrivelsen af referencen eller selve udførelsen af referencen, der skal foreligge før tilbudsfristen, idet spørgsmålet endnu ikke er blevet præciseret i praksis. I rettens afgørelse blev det blot anført, at *"de nye referencer forelå",* inden tilbudsfristen, dvs. uden yderligere angivelse af, om det var beskrivelsen af referencen eller selve referencen, der stammede fra casebiblioteket.

Ud fra ovenstående kan det konstateres, at det i forbindelse med berigtigelse af referencer kan være vanskeligt at dokumentere, at oplysningen forelå forud for tilbudsfristen, uanset at ydelsen, som referencen omfatter, allerede er udført inden ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb. På den ene side kan der argumenteres for, at efterindsendelse af referencer, hvor beskrivelsen af referencen ikke forelå før tilbudsfristen, vil give tilbudsgiveren, der er genstand for berigtigelsen, en fordel i tid, fordi tilbudsgiveren får mere tid til at udarbejde beskrivelsen af referencerne. På den anden side vil referencer i mange tilfælde allerede objektivt set bestå af oplysninger, der eksisterede før fristens udløb, og spørgsmålet synes derfor mere at være, om tilbudsgiveren kan påvise, at oplysningerne allerede forelå før tilbudsfristens udløb.

Arrowsmith ser ud til at have en mere fleksibel tilgang til spørgsmålet, idet han anfører, at *"correction is allowed <u>whenever there is no significant advantage to be gained by late submission</u> [min markering]"*[135]. Ud fra denne tilgang, vil ordregivers mulighed for at berigtige referencer efter udbudslovens § 159, stk. 5, alene afhænge af, om tilbudsgiveren har opnået en konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne efter fristens udløb. Denne betragtning synes i øvrigt at være på linje med EU-Domstolens udtalelser i Manova-sagen[136], som kan fortolkes således, at en anmodning om berigtigelse ikke må føre til, at tilbudsgiveren, der er genstand for berigtigelsen, opnår en uberettiget konkurrencefordel, og at det bl.a. kan omfatte oplysninger, der objektivt kan konstateres, forelå forud for fristens udløb.

---

[134] Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015, s. 287
[135] Sue Arrowsmith *"The Law of Public und Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK"*, volume 1(Sweet & Maxwell, 2014), s. 695.
[136] Manova, præmis 36-39

Det centrale vil herefter være, at anmodningen om berigtigelse ikke omfatter oplysninger, der kan påvirke konkurrencen, mens EU-Domstolens henvisning til, at oplysningerne objektivt skal kunne konstateres at foreligge forud for ansøgnings- eller tilbudsfristen, alene skal ses som et eksempel på oplysninger, der kan berigtiges. Det betyder også, at ordregiver alt andet lige vil have bedre forudsætninger for at gennemføre berigtigelsen, hvis det objektivt kan kontrolleres, at oplysningerne forelå forud for fristens udløb.

I forhold til spørgsmålet om hvorvidt tilbudsgiveren, der var genstand for berigtigelse i Eksponent-sagen, havde opnået en konkurrencemæssig fordel ved at fremsende referencerne efter fristens udløb, fandt retten, at tilbudsgiveren ikke havde opnået en konkurrencemæssig fordel. Det bemærkes imidlertid, at retten ikke yderligere anfører, hvad der ligger til grund for denne vurdering, udover at det objektivt kunne konstateres, at referencerne forelå forud for tilbudsfristen. Det er derfor relevant at belyse konkrete forhold, der yderligere kan begrunde rettens afgørelse.

Efter min vurdering vil efterindsendelse af referencer, der som i Eksponent-sagen alene tjener det formål at dokumentere, at tilbudsgiveren er i besiddelse af den for kontraktens påkrævede tekniske og faglige kapacitet, ikke medføre, at tilbudsgiveren, der er genstand for berigtigelsen, får en konkurrencefordel. Den primære årsag hertil er, at referencerne i den givne situation ikke udgør et konkurrenceparameter men derimod dokumentation for egnethed. Tilbudsgivers referencer vil i den givne situation ikke have en indflydelse på konkurrencen, da de alene skal dokumentere, at tilbudsgiver har den krævede tekniske og faglige formåen[137].

Tilbudsgiveren, der er genstand for berigtigelsen, vil ubestridt opnå en fordel i tid, da tilbudsgiveren qua efterindsendelsen af referencerne efter tilbudsfristens udløb opnår mere tid til at fremsende sit tilbud. Det skal imidlertid bemærkes, at berigtigelser som følge af deres karakter, altid vil medføre en tidsmæssig fordel for den part, der er genstand for berigtigelsen, idet berigtigelse først kan ske, når ordregiver har fået adgang til tilbuddene og dermed efter tilbudsfristens udløb. Derfor vil den tidsmæssige fordel dermed ikke i sig selv udgøre en overtrædelse af udbudsreglerne[138].

[137] Sue Arrowsmith *"The Law of Public und Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK"*, volume 1(Sweet & Maxwell, 2014), s. 694-695
[138] KLFU af 5. februar 2015, Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark

Ovenstående bemærkninger indikerer således, at efterindsendelsen af de nye referencer i Eksponent-sagen ikke medførte en konkurrencefordel for tilbudsgiveren, der var genstand for berigtigelsen, og at anmodningen om berigtigelse også af denne grund[139] var omfattet af adgangen i UBL § 159, stk. 5.

Det skal imidlertid understreges, at den tidsmæssige fordel ved efterindsendelse af referencer formentlig vil udgøre en konkurrencemæssig fordel i de tilfælde, hvor referencerne i begrænsede udbudsprocedurer udgør udvælgelseskriterier. Årsagen hertil er, at tilbudsgiver, der har været genstand for berigtigelsen af referencerne, vil få mere tid til at forbedre sit grundlag for udvælgelse, som direkte har betydning for konkurrencen, fordi ordregiver i en sådan situation vil se på "hvor gode referencerne er" og ikke længere blot "hvorvidt referencerne opfylder egnethedskravet"[140].

4.3. Er ordregiver afskåret fra at anmode om berigtigelse af egnethedskrav?

I forhold til spørgsmålet om, hvorvidt ordregiver var afskåret fra at anmode om berigtigelse af referencerne efter UBL § 159, stk. 6, fandt klagenævnet i Eksponent-sagen, at ordregiver ikke var berettiget til at gennemføre berigtigelsen, mens Retten på Frederiksberg kom frem til det stik modsatte resultat. Det skal imidlertid bemærkes, at afgørelserne blev truffet på samme grundlag. Det kan i den forlængelse lægges til grund, at den markante forskel i klagenævnets og byrettens anskuelse af problemstillingen skal ses i lyset af, hvordan UBL § 159, stk. 6, og Manova-sagens præmis 40 er blevet fortolket. Det vil nedenfor blive analyseret, hvordan klagenævnet hhv. retten har fortolket og anvendt disse retskilder.

4.3.1. Analyse af klagenævnets begrundelser og resultat i relation til UBL § 159, stk. 6

Det følger af UBL § 159, stk. 6, at ordregiver er afskåret fra at gøre brug af berigtigelsesmuligheden i UBL § 159, stk. 5, hvis det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at ansøgningen eller tilbuddet afvises, og den pågældende ansøgning eller det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel. Bestemmelsen er ifølge forarbejderne til bestemmelsen

[139] Konkluderes det, at referencerne udgør oplysninger, som det objektivt kan kontrolleres, forelå forud for ansøgnings- eller tilbudsfristen, vil berigtigelsen allerede af denne grund være omfattet af adgangen i UBL § 159, stk. 5.
[140] Sue Arrowsmith *"The Law of Public und Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK"*, volume 1 (Sweet & Maxwell, 2014), s. 695

en kodificering af Manova-sagen[141], som derfor udgør et centralt fortolkningsbidrag, når det skal vurderes, om ordregiver er afskåret fra at gøre brug af berigtigelsesmuligheden.

Klagenævnet fandt herefter med henvisning til UBL § 159, stk. 6, at ordregiver ikke havde været berettiget til at anmode om berigtigelse af de indleverede referencer, idet kravene til referencerne var fastsat som mindstekrav. Det skal imidlertid bemærkes, at det ikke fremgik yderligere af udbudsmaterialet, at manglende opfyldelse af kravet til referencer ville føre til afvisning, og at ordregiver havde forbeholdt sig retten at anmode om berigtigelse af referencerne, hvis de måtte være mangelfulde.

Ser man på klagenævnets praksis før Eksponent-sagen, har klagenævnet i en række sager[142] afvist adgangen til at berigtige referencer i relation til egnethedskrav, når kravene hertil har været anført som minimumskrav eller mindstekrav. Det bør imidlertid bemærkes, at ordregiverne udtrykkeligt i disse sager havde anført, at manglende overholdelse af mindstekrav ville føre til afvisning. Et interessant og relevant spørgsmål er herefter, om klagenævnet var nået til det samme resultat, hvis det ikke fremgik af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse ville føre til afvisning, dvs. om minimumskravet eller mindstekravet i sig ville føre til afskæring efter UBL § 159, stk. 6.

Nedenstående kendelser, der ligeledes er afsagt før Eksponent-sagen, kunne imidlertid indikere, at klagenævnet før Eksponent-sagen havde den tilgang, at ordregiver alene var afskåret fra at anmode om berigtigelse af referencer vedrørende mindstekrav eller minimumskrav til egnethed, hvor det konkret fremgik, at manglende overholdelse heraf ville føre til afvisning. Det skal imidlertid præciseres, at denne påstand er skrøbelig[143].

Klagenævnet fandt bl.a. i kendelse af 5. februar 2015, Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark, at ordregiveren var berettiget til at indhente supplerende oplysninger vedrørende omsætningstal på nogle anførte referencer, der var fastsat som mindstekrav til egnethed. Klagenævnet lagde vægt på, at ordregiveren i udbudsbetingelserne udtrykkeligt havde forbeholdt sig retten til at indhente

[141] Manova, præmis 40

[142] Se bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. november 2015, Albrecht Bender GmbH u. Co mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, kendelse af 6. december 2017, Imatis A/S mod Region Hovedstaden, kendelse af 27. august 2018, Saab Dynamics AB mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse

[143] Klagenævnet har i de nævnte kendelser truffet afgørelse ud fra sagens konkrete omstændigheder, og det er derfor vanskeligt at udlede, hvad klagenævnet ville være kommet frem til under andre omstændigheder, heraf hvis det ikke havde fremgået, at manglende overholdelse af mindstekrav ville føre til afvisning.

supplerende oplysninger om egnethed. Anmodningen om supplerende oplysninger angik endvidere oplysninger, *"som objektivt kontrollerbart forelå før tilbudsfristens udløb"*.

Tilsvarende anførte klagenævnet i kendelse af 13. november 2018, Justsen Energiteknik A/S mod SK Varme A/S, at ordregiver kunne have benyttet sig af adgangen til at berigtige et mindstekrav til egnethed i form af referencer[144]. Kendelsen angik dog fremgangsmåden i forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 76 (4)[145].

I en række kendelser[146] afsagt efter Eksponent-sagen har klagenævnet på linje med afgørelsen i Eksponent-sagen fundet, at ordregiver var afskåret fra at anmode om berigtigelse af referencer efter henvisning til, at referencerne angik krav til egnethed, som var fastsat som mindstekrav eller minimumskrav, selvom det i udbudsmaterialet ikke udtrykkeligt fremgik, at manglende overholdelse af mindstekrav ville føre til afvisning.

Ovenstående indikerer, at det ud fra klagenævnets udtalelser i Eksponent-sagen og klagenævnets praksis i øvrigt, at ordregiver generelt er afskåret fra berigtigelsesmuligheden i UBL § 159, stk. 5, hvis berigtigelsen omfatter krav til egnethed, der i henhold til UBL § 140, stk. 2, skal fastsættes som minimumskrav. Der er således en formodning om, at klagenævnets tilgang er, at mangelfuld dokumentation for "mindstekrav" eller "minimumskrav" til egnethed i sig selv vil medføre afvisning, og at det derfor ikke er muligt i henhold til UBL § 159, stk. 6, at berigtige referencer i relation til egnethedskrav. Denne tilgang fra klagenævnet, må anses som et udtryk for fast praksis. Spørgsmålet er herefter om denne praksis er i overensstemmelse med EU-Domstolens udtalelser i Manova-sagen.

I medfør af klagenævnets begrundelse i Eksponent-sagen er der indikationer på, at klagenævnet anskuer problemstillingen ud fra en subjektiv formålsfortolkning af Manova-sagens præmis 40, UBL § 159, stk. 6, og UBL § 140, stk. 2.

Klagenævnet lægger således til grund, at kravet om "udtrykkelighed" i UBL § 159, stk. 6, er opfyldt, hvis det i relation til manglende opfyldelse af mindstekrav blot kan udledes, at den manglende

[144] Det centrale i sagen var imidlertid, at klagenævnet fastslog, at ordregiver ved vurderingen af, om et mindstekrav til egnethed i form af referencer er opfyldt, ikke må lægge vægt på oplysninger, som ordregiveren måtte være i besiddelse af fra anden side end tilbuddet. Dette følger ligeledes af de grundlæggende principper heraf særligt ligebehandlingsprincippet.
[145] Bestemmelsen svarer til UD art. 56 (3), som er implementeret i UBL § 159, stk. 5.
[146] Se bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. november 2021, Holbøll A/S mod Næstved Fjernvarme a.m.b.a,, kendelse af 23. marts 2022, Iveco Danmarks A/S mod Fælles Affaldsindsamling A/S og kendelse af 3. juni 2022, Ecolog Deutschland GmbH mod Københavns Kommune

opfyldelse vil føre til afvisning. Når klagenævnet således anfører, at ordregiver ikke er berettiget til at berigtige minimumskrav til egnethed, uden at det udtrykkeligt er anført, at manglende opfyldelse vil føre til afvisning, så er det fordi, at det lægges til grund, at det af udbudsmaterialet kan udledes, at manglende opfyldelse af minimumskrav vil føre til afvisning. Denne tilgang følger ligeledes af forarbejderne til UBL § 140, stk. 2, hvor det fremgår, at *"[...] en ansøger eller tilbudsgiver [skal] afvises som værende uegnet, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke opfylder de fastsatte minimumskrav"*[147].

Det er uklart, om klagenævnet i medfør af denne fortolkning begrænser ordregivers adgang til at berigtige referencer mere end, hvad der følger af UBL § 159, stk. 6, samt EU-Domstolens udtalelser i Manova-sagens præmis 40.

UBL § 159, stk. 6, og Manova-sagen anvender "udtrykkeligt", dvs. at det udtrykkeligt skal fremgå af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til afvisning[148]. Imidlertid kan klagenævnets praksis forstås således, at det blot skal kunne udledes af udbudsmaterialet, dvs. at det ikke nødvendigvis skal fremgå "udtrykkeligt". Ud fra denne tilgang vil ordregiver således aldrig kunne berigtige referencer vedrørende krav til egnethed, da disse i medfør af UBL § 140, stk. 2, altid skal fastsættes som minimumskrav, hvorefter det kan udledes, at manglende opfyldelse vil medføre til afvisning.

Det bør imidlertid præciseres, at lovgivers hensigt med indførelsen af UBL § 140, stk. 2, ikke var at udelukke ordregiver fra adgangen til at berigtige egnethedskrav, men derimod at styrke gennemsigtigheden i udbudsproceduren[149].

Begrænsningen af ordregivers berigtigelsesmulighed efter UBL § 159, stk. 6, skal i lyset af EU-Domstolens udtalelser i Manova-sagen ses som et hensyn til ligebehandling af aktørerne, idet EU-

[147] Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015, s. 160
[148] Manova, præmis 40
[149] Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014, s. 727.

Domstolen anfører, at *"det påhviler således den ordregivende myndighed strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat"*[150].

Udover at præcisere ordregivers pligt til at handle i overensstemmelse med udbudsmaterialet, er ovenstående ligeledes et udtryk for, at der er et element af fleksibilitet eller frihed hos ordregiver til at fastsætte kriterierne for udbuddet. Med andre ord har ordregiver frihed til at stille konkrete krav/kriterier, som ansøgeren eller tilbudsgiveren enten kan opfylde, skal opfylde, eller hvis manglende opfyldelse vil medføre afvisning. Når EU-Domstolen henviser til, at ordregiver ikke er berettiget til at berigtige *"hvis udbudsmaterialet krævede fremsendelse af det manglende dokument eller den manglende oplysning, idet ansøgeren ellers ville blive udelukket fra udbuddet"*[151], er det efter min vurdering en henvisning til, at ordregiver ikke kan berigtige manglende opfyldelse mindstekrav.

Dette er i øvrigt understøttet af, at det i forarbejderne til UBL § 159, stk. 6, er anført, at ordregiver ikke kan gøre brug af berigtigelsesmuligheden i relation til mindstekrav. Der er imidlertid stor forskel på mindstekrav og minimumskrav[152], selvom begreberne i praksis ofte bliver brugt uden at tillægge forskellen særlig betydning.

Ud fra ordlyden af de specielle bemærkninger til UBL § 159, stk. 6, må det imidlertid lægges til grund, at afskæringen fra berigtigelsesmuligheden skal ses i forhold til "mindstekrav" og altså ikke "minimumskrav". Dette kan ligeledes udledes af, at ordregiver i praksis ikke har nogen særlig frihed eller fleksibilitet til at fastsætte niveauet til krav til egnethed, da disse altid skal fastsættes som minimumskrav. Det ville herefter betyde, at ordregiver aldrig er berettiget til at berigtige forhold, der relaterer sig til egnethedskrav.

En sådan tilgang ville imidlertid være direkte i uoverensstemmelse med Manova-sagen, idet sagen netop omhandlede berigtigelse af egnethedskrav. I Manova-sagen var de oplysninger, som blev

[150] Manova, præmis 40, 2. pkt.
[151] Manova, præmis 40, 1. pkt.
[152] Se afsnit 3.1

berigtiget, i øvrigt fastsat som mindstekrav, som efter min vurdering bør læses som et udtryk for minimumskrav til egnethed[153]. Der er således indikationer for, at Manova-sagen ud fra klagenævnets tilgang og praksis ville have det resultat i dag, at ordregiver var afskåret fra at berigtige oplysningerne med henvisning til, at kravet, som blev berigtiget, var fastsat som et mindstekrav.

Efter min vurdering er klagenævnets fortolkning af UBL § 159, stk. 6, således ikke i overensstemmelse med EU-Domstolens udtalelser i Manova-sagen, når klagenævnet udelukker berigtigelser af referencer alene med henvisning til, at disse er fastsat som mindstekrav. Det skal hertil bemærkes, at det efter min vurdering ikke spiller nogen rolle, at Manova-sagen angik berigtigelser af nøgletal, mens det i Eksponent-sagen angik berigtigelser af referencer, idet begge berigtigelser relaterede sig til dokumentation for opfyldelse af egnethedskrav, som i øvrigt i begge tilfælde var fastsat som mindstekrav[154].

Et andet vigtigt spørgsmål, der opstår i relation til analysen af ordregivers afskæring fra berigtigelsesmuligheden pga. udtrykket "minimumskrav" eller "mindstekrav", er, hvorvidt forpligtelsen efter UBL § 140, stk. 2, vedrører, at det er selve niveauet til egnethed, der skal være et minimumkrav, eller om det er dokumentationen for opfyldelsen af egnethed, der skal være anført som minimumskrav. Sondringen er væsentlig, fordi den har stor betydning for, hvordan man anskuer klagenævnets praksis, og heraf hvor stor fleksibilitet ordregiver har for at berigtige egnethedskrav. Klagenævnet har endnu ikke haft mulighed for at præcisere spørgsmålet ovenfor, og det er derfor usikkert, hvad der gør sig gældende.

Det er hertil interessant at bemærke, at det af UBL § 148, stk. 1, fremgår, at ordregiver alene skal kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere benytter ESPD'et som foreløbig bevis for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de minimumskrav til egnethed, der er fastsat i henhold til § 140. Når ordregiver således anmoder om, at der i forbindelse med tilbudsafgivelsen indsendes referencer, er

[153] Det historiske udbudsdirektiv, som fandt anvendelse på Manova-sagen, bestemte, at ordregivere i forbindelse med egnethedsvurderingen, kunne kræve minimumskriterier for egnethed, som ansøgere og tilbudsgivere skal opfylde. Da kravet i Manova-sagen vedrørte egnetheden i form af økonomisk og finansiel formåen, kan det udledes, at mindstekravet skal læses som et minimumskriterie/minimumskrav til egnethed

[154] Sue Arrowsmith *"The Law of Public und Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK"*, volume 1 (Sweet & Maxwell, 2014), s. 695

der reelt tale om en anmodning om fremsendelse af endelig dokumentation for den tekniske og faglige formåen, jf. UBL § 155, nr. 1 og 2.

Vælger ordregiver at stille krav om, at ansøger eller tilbudsgiver i forbindelse med tilbudsafgivelsen alene skal fremsende et udfyldt ESPD som foreløbig dokumentation for opfyldelsen af minimumskravene til egnethed er opfyldt, vil det efter min vurdering betyde, at ordregiver får en større fleksibilitet til at berigtige eventuelle fejl og mangler vedrørende dokumentationen for opfyldelsen af egnethedskravene. Årsagen hertil er, at ansøger eller tilbudsgiver i forbindelse med tilbudsafgivelsen i ESPD'et alene skal erklære, at de opfylder minimumskriterierne til egnethed, for så vidt angår minimumskravene til den tekniske og faglige formåen vil det betyde, at ansøger eller tilbudsgiver ikke skal anføre referencerne i forbindelse med tilbudsafgivelsen[155]. Dermed vil en eventuel berigtigelse af den endelig dokumentation for opfyldelsen af minimumskravene formentlig ikke være omfattet af afskæringen i UBL § 159, stk. 6.

Et argument, der kan begrunde klagenævnets restriktive tilgang til berigtigelsen af referencer, kan imidlertid være, at ordregiver i bl.a. Eksponent-sagen havde udformet kravene til dokumentationen for egnethed på en sådan måde, at ordregiver blev afskåret fra at gøre brug af adgangen til at berigtige efter UBL § 159, stk. 5. I Eksponent-sagen var udbudsmaterialet udformet således, at mindstekravet til egnethed skulle være dokumenteret og ikke bare opfyldt ved tidspunktet for tilbudsafgivelsen. Det havde den betydning, at det alene var de referencer, der var vedlagt tilbuddet, som efter klagenævnets vurdering kunne indgå i opfyldelsen af mindstekravet, hvorfor der ikke kunne foretages berigtigelser af referencerne.

Ud fra klagenævnets vurdering førte det ovenstående i Eksponent-sagen til, at den vindende tilbudsgiver var ukonditionsmæssig, idet tilbudsgiver på tilbudstidspunktet ikke kunne dokumentere, at minimumskravene til egnethed var opfyldt. Ordregiver har som altovervejende hovedregel både ret og pligt til at afvise et tilbud som ukonditionsmæssigt, hvis det ikke indeholder dokumentation,

[155] Ordregiver skal beslutte, hvordan ansøgerne eller tilbudsgiverne skal angive, at de opfylder minimumskravene til egnethed. Dette kan bl.a. ske ved, at der skal ske en beskrivelse af opfyldelsen f.eks. via referencebeskrivelser, eller at ansøger eller tilbudsgiver blot erklærer, at de opfylder minimumskravene til egnethed (Alfa-modellen).

som er udtrykkeligt krævet i henhold til udbudsmaterialet, eller hvis det ikke overholder minimumskravene til egnethed[156].

I Eksponent-sagen viste det sig imidlertid, at den vindende tilbudsgiver levede op til minimumskravet, men at tilbudsgiverens indsendte referencer på tilbudstidspunktet ikke kunne dokumentere opfyldelsen. Et tungtvejende hensyn bag berigtigelsesmuligheden er dog, at berigtigelse i særlig grad har til formål at skærpe konkurrencen om de offentlige indkøb bl.a. ved at gøre det muligt at berigtige ukonditionsmæssige ansøgninger eller tilbud og dermed bringe dem til konditionsmæssighed, dog under forudsætning af at berigtigelsen ikke fører til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren opnår en konkurrencefordel[157]. Dette understøttes særligt af EU-Domstolens udtalelser i Manova-sagen, som netop omhandlede berigtigelse af forhold, der bragte de vindende tilbudsgivere til konditionsmæssighed[158].

4.3.2. Analyse af rettens begrundelser og resultat i relation til UBL § 159, stk. 6

Retten fandt i modsætning til klagenævnet, at ordregiver i Eksponent-sagen ikke var afskåret fra adgangen til at berigtige minimumskravet til egnethed i form af referencer. Ud fra rettens begrundelse hertil kan det udledes, at retten kommer frem til ovenstående resultat ud fra en objektiv fortolkning af Manova-sagen hhv. UBL § 159, stk. 6. Retten fokuserer således alene på ordlyden "udtrykkeligt" i relation til, om det udtrykkeligt fremgik af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav ville medføre afvisning.

Denne fortolkning er som udgangspunkt i fuld overensstemmelse med både Manova-sagen og ordlyden i UBL § 159, stk.6. Imidlertid fremgik det udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav som udgangspunkt ville medføre, at tilbud ikke ville blive medtaget i evalueringen. Manova-sagen og UBL § 159, stk. 6, kan dog også fortolkes således, at det afgørende for ordregivers afskæring fra berigtigelsesmuligheden ikke nødvendigvis er, hvorvidt

[156] Jesper Fabricius *"Offentlige indkøb i praksis"* 4. udgave (Karnov Group, 2017), s. 619
[157] Sue Arrowsmith *"The Law of Public und Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK"*, volume 1(Sweet & Maxwell, 2014), s. 828 - 829
[158] Manova, præmis 42

udtrykket "afvisning" bliver anvendt, men at det ud fra udbudsmaterialet udtrykkeligt kan udledes, at manglende overholde vil føre til afvisning.

Ud fra min vurdering vil udtrykket "ikke blive medtaget i evalueringen", som var anført i Eksponent-sagen, i praksis have den samme betydning i forhold til om udtrykket "afvisning" var blevet anvendt. Resultatet af formuleringerne er den samme – tilbudsgivere, der ikke kan dokumentere opfyldelse af mindstekravet, vil ikke være antagelige eller konditionsmæssige, og ordregiver kan herefter ikke tildele en udbudt kontrakt til en tilbudsgiver, der ikke dokumenterer opfyldelse af minimumskravene til egnethed[159]. Det skal hertil bemærkes, at det af udbudsmaterialet fremgik, at tilbudsgiver ved tilbudstidspunktet skulle dokumentere opfyldelsen af minimumskravene til den tekniske og faglige formåen. Tilbudsgivere, der ikke ved tilbudstidspunktet kunne dokumentere ovenstående, ville ikke indgå i evalueringen.

Ordregiver er strengt forpligtet til at overholde de kriterier, den selv har fastsat[160], og som konsekvens heraf kan ovenstående tale for, at ordregiver i Eksponent-sagen potentielt blev afskåret fra berigtigelse, idet tilbudsgiverne ved tilbudstidspunktet skulle dokumentere opfyldelse af kravet til teknisk og faglig formåen, og at manglende opfyldelse vil føre til en situation, der svarer til afvisning. Ovenstående indikerer således, at retten muligvis har fortolket reglerne så tekstnært, at reglernes formål ikke forfølges.

Det skal imidlertid også bemærkes, at retten tillægger det særlig betydning, at ordregiver i Eksponent-sagen havde forbeholdt sig retten til at gøre brug af UBL § 159, stk. 6, uanset at mangelfulde referencer som udgangspunkt ville føre til, at tilbud ikke blev taget i betragtning. Et sådan forbehold i udbudsmaterialet, vil efter min vurdering ikke berettige ordregiver til at berigtige forhold, som denne efter Manova-sagen og UBL § 159, stk. 6, er afskåret fra at berigtige. Denne påstand er understøttet af klagenævnets praksis, hvorefter det kan udledes, at det ikke har betydning for berigtigelsens lovlighed, at ordregiver har forbeholdt sig retten til at berigtige[161].

[159] Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015, s. 181
[160] Manova, præmis 40
[161] Se bl.a. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. april 2020, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune

Afsluttende bør det bemærkes, at berigtigelsen i Eksponent-sagen omfattede efterindsendelse af nye referencer, og altså ikke blot en præcisering eller supplering af allerede indsendte referencer. Efter min vurdering har det ingen betydning for berigtigelsens lovlighed, at der var tale om fremsendelse af nye referencer, da ordregiver i henhold til UBL § 159, stk. 5, kan anmode tilbudsgiver om at fuldstændiggøre sit tilbud, bl.a. når der mangler specifikke dokumenter. Det fremgår desuden af de specielle bemærkninger til UBL § 159, stk. 5, at ordregiver kan anmode om berigtigelse, "*selvom disse oplysninger og dokumentation ikke fremgik af ansøgningen og tilbuddet [min markering]*"[162].

4.4. Skal ordregiver i lyset af Manova-sagen kunne berigtige referencer?

Retten på Frederiksberg kom frem til det modsatte resultat end Klagenævnet for Udbud i samme sag og ud fra samme faktuelle omstændigheder i forhold til, om ordregiver var berettiget til at berigtige referencer. Den markante forskel i resultatet i Eksponent-sagen er formentlig udtryk for, at klagenævnet og retten har en forskellig fortolkning af UBL § 159, stk. 6, og Manova-sagen i forhold til de anførte krav/kriterier i udbudsmaterialet. Byrettens dom er imidlertid anket til landsretten.

Den markante og principielle forskel i forståelsen af, hvornår ordregiver er berettiget til at berigtige referencer, har betydet, at der i skrivende stund er en stor usikkerhed forbundet med ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse af fejl og mangler, der vedrører referencer.

Klagenævnets praksis er dog efterhånden ret konsistent i relation til adgangen til berigtigelse af referencer. Praksis tegner et billede af, at ordregiver har få eller ingen mulighed for at berigtige referencer. Derfor kan landsrettens afgørelse få stor betydning for ordregivers fremadrettede mulighed for at berigtige referencer, hvis landsretten tager stilling til og anfører nogle generelle begrundelser særligt i relation til forholdet mellem UBL § 159, stk. 6, og berigtigelse af referencer.

Imidlertid vil det nedenfor blive belyst, om ordregiver i lyset af Manova-sagen bør kunne berigtige referencer. Nedenstående gør sig alene gældende under forudsætning af, at betingelserne i UBL § 159, stk. 5 og stk. 6, er opfyldt.

[162] Lovforslag nr. 19 "Forslag til Udbudsloven" fremsat den 7. oktober 2015, s. 182

4.4.1. Dokumentation for egnethed

I medfør af EU-Domstolens afgørelse i Manova-sagen må hovedreglen være, at ordregivere er berettiget til at anmode om berigtigelse af referencer, hvor disse alene relaterer sig til dokumentation af egnethed, og hvor anmodningen i øvrigt opfylder betingelserne i UBL § 159, stk. 5. At ordregiver er berettiget til at berigtige forhold, der relaterer sig til egnethedsvurderingen, kan direkte udledes af Manova-sagen, idet EU-Domstolen udtalte, at ordregiver var berettiget til at anmode om berigtigelse af oplysningerne om den vindende tilbudsgivers finansielle nøgletal, dvs. dokumentation vedrørende økonomisk og finansiel formåen. Referencer udgør på samme måde dokumentation i relation til den tekniske og faglige formåen, jf. UBL § 155, nr. 1 og 2. Ovenstående understøtter således, at ordregiver i medfør af Manova-sagen bør kunne berigtige referencer. Dette vil imidlertid ikke gøre sig gældende, i de tilfælde hvor referencerne udgør udvælgelseskriterier[163]. I Manova-sagen skete udvælgelsen af ansøgerne bl.a. på baggrund af de "bedste og mest relevante" referencer, og det indikerer, at ordregiver i Manova-sagen formentlig ikke havde været berettiget til at berigtige referencerne. Det ændrer imidlertid ikke på den generelle adgang til berigtigelse af dokumentation vedrørende opfyldelse af egnethedskrav, som Manova-sagen bl.a. er udtryk for.

4.4.2. Berigtigelse af minimumskrav eller dokumentation for opfyldelse af minimumskrav?

Som anført ovenfor udgør referencer efter UBL § 155, nr. 1 og 2, dokumentation for opfyldelse af det fastsatte niveau til den tekniske og faglige formåen. Niveauet til egnethed skal i medfør af UBL § 140, stk. 2, altid fastsættes som et minimumskrav. Det er imidlertid vigtigt for ordregivers berigtigelsesmulighed at sondre mellem opfyldelse af minimumskravet til egnethed og dokumentation for opfyldelse af minimumskravet. Manglende overholdelse af det førstnævnte vil ubestridt føre til afvisning, jf. UBL § 159, stk. 2, nr. 2, og det vil ikke være omfattet af berigtigelsesmuligheden[164]. Sidstnævnte vil alene føre til afvisning, hvor det udtrykkeligt fremgår af udbudsmaterialet, at manglende dokumentation for opfyldelse vil føre til afvisning. I flere af klagenævnet sager vedrørende spørgsmålet om berigtigelse af referencer har ordregiver krævet, at

[163] Sue Arrowsmith *"The Law of Public und Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK"*, volume 1(Sweet & Maxwell, 2014), s. 695

[164] Se bl.a. C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie, af d. 4. maj 2017 og Sag C-324/14, Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta, af d. 7. april 2016, hvor EU-Domstolen fandt, at berigtigelse, der vedrører opfyldelse af krav til egnethed, ikke var omfattet af adgangen til berigtigelse.

ansøger eller tilbudsgiver allerede på ansøgnings- eller tilbudstidspunktet både opfyldte og dokumenterede opfyldelsen af kravene til egnethed[165].

Efter min vurdering har det spillet en væsentlig rolle for ordregivers manglende adgang til berigtigelse, idet det i praksis bliver vanskeligt at sondre mellem opfyldelsen, jf. UBL § 140, stk. 1, og dokumentationen for opfyldelse, jf. UBL § 155. Ordregiver kan således undgå at afskære sig fra adgangen til berigtigelse af referencer, hvis det alene er påkrævet, at ansøger eller tilbudsgiver ved ansøgnings- eller tilbudstidspunktet opfylder kravene til egnethed, dvs. at det i ESPD'et som foreløbig dokumentation alene skal erklæres, at kravene til egnethed er opfyldt, jf. UBL § 148, stk. 1, nr. 2. Referencerne kan herefter indhentes på et senere tidspunkt dog inden beslutning om tildeling, jf. UBL § 151, stk. 1. Såfremt ordregiver imidlertid bliver opmærksom på, at referencerne er mangelfulde, vil denne kunne gøre brug af UBL § 151, stk. 4[166], og anmode om supplering eller præcisering af dokumentationen.

4.4.3. Fleksibilitet og ligebehandling

Et af hovedformålene bag adgangen til at berigtige er at skabe en større fleksibilitet for ordregiver og give mulighed for, at denne i enkelttilfælde kan anmode om berigtigelse af mangelfulde ansøgninger eller tilbud. Et andet hensyn er, at berigtigelsesadgangen skulle medføre en bedre konkurrence om de udbudte kontrakter, ved at ordregiver fik mulighed for at berigtige mangler og fejl, i stedet for at udelukke ansøgninger og tilbud, der indeholdt sådanne fejl og mangler. Et afledt hensyn er ligeledes, at ordregiver gennem berigtigelsesmuligheden får mulighed for at antage det økonomisk mest fordelagtige tilbud, i stedet for at tilbuddet skulle forkastes pga. simple og ubetydelige fejl og mangler[167].

Ordregiver skal imidlertid ikke have mulighed for i alle tilfælde at berigtige alle typer af fejl og mangler, da det vil stride med de udbudsretlige principper. Adgangen til berigtigelse skal således ses

[165] Se bl.a. Eksponent-sagen og yderligere praksis under afsnit 4.2.
[166] Bestemmelsen giver samme mulighed som efter UBL § 159, stk. 5.
[167] Carina Risvig Hamer *"Requesting additional information – increase of flexibility and competion?"* i Grith Skovgaaard Ølykke og Albert Sanchez-Graells, *"Reformation or deformation of the EU Public Procurement Rules"*, 1. udgave, 1. oplag, Edward Elgar Publishing, 2016, s 252.

i lyset af den rette balance mellem fleksibilitet, konkurrence og ligebehandling. Kravet om ligebehandling er implementeret i UBL § 159, stk. 5, og stk. 6.

Det klare udgangspunkt er efter min vurdering, at berigtigelse af referencer, der alene relaterer til sig dokumentationen for opfyldelse af egnethed, ikke vil fordreje konkurrencen, da referencerne i disse tilfælde alene anvendes til at dokumentere, at egnethedskravet er opfyldt. Referencerne udgør således ikke et konkurrenceparameter og eventuelle berigtigelser heraf vil derfor som udgangspunkt ikke resultere i, at ordregiver uberettiget begunstiger ansøgeren eller tilbudsgiveren, der er genstand for berigtigelsen, m.m. denne opnår en reel tidsmæssig fordel i den konkrete sag[168].

Udgør referencerne derimod udvælgelseskriterier, jf. UBL § 145, vil en berigtigelse af referencerne i disse situationer formentlig ikke kunne gennemføres, fordi referencerne her vil indgå i en konkurrencemæssig sammenhæng. Berigtigelse af referencer, der alene vedrører dokumentation for egnethed, kan imidlertid i enkelttilfælde også stride imod ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, hvis det af udbudsmaterialet udtrykkeligt fremgår, at berigtigelse ikke kan gennemføres bl.a., hvis det er anført, at manglende opfyldelse vil føre til afvisning, jf. UBL § 159, stk. 6. I sådanne tilfælde vil ansøgeren eller tilbudsgiveren, der er genstand for berigtigelsen, fortsat ikke opnå en konkurrencemæssig fordel, men på grund af gennemsigtighedsprincippet vil ordregiver være forpligtet til ikke at berigtige referencerne[169].

4.5. Delkonklusion

Retten på Frederiksberg går med sin dom i Eksponent-sagen imod, hvad der må anses som Klagenævnet for Udbuds faste praksis vedrørende ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse af referencer, selvom retten ikke ses at have lagt vægt på andre faktuelle omstændigheder i sagen. En nærmere analyse af retten hhv. klagenævnets begrundelser og resultat tegner imidlertid et billede af, at den markante ændring i forhold berigtigelsesmuligheden vedrørende referencer skal ses i lyset af, at retten og klagenævnet har fortolket reglerne og Manova-sagen på forskellige måder.

[168] Arrowsmith, s. 694 og Carina Risvig Hamer *"Requesting additional information – increase of flexibility and competion?"* i Grith Skovgaaard Ølykke og Albert Sanchez-Graells, *"Reformation or deformation of the EU Public Procurement Rules"*, 1. udgave, 1. oplag, Edward Elgar Publishing, 2016, s 249
[169] C-42/13, Cartiera dell' Adda SpA, præmis 44

Efter klagenævnets vurdering, var ordregiver i Eksponent-sagen afskåret fra at berigtige den vindende tilbudsgivers referencer, idet kravet til referencer i udbudsmaterialet var anført som et mindstekrav. Klagenævnet er formentlig nået til denne konklusion ud fra en subjektiv formålsfortolkning af Manova-sagens præmis 40, UBL § 159, stk. 6, og UBL § 140, stk. 2. Retten fandt modsætningsvist, at ordregiver var berettiget til at berigtige referencerne med henvisning til, at oplysningerne, der blev efterindsendt, objektivt kunne konstateres forelå forud for tilbudsfristen, og at det ikke udtrykkeligt fremgik af udbudsmaterialet, at manglende opfyldelse af kravene til referencer ville føre til afvisning. Retten kom formentlig frem til dette resultat ud fra en objektiv fortolkning af Manova-sagen hhv. UBL § 159, stk. 6.

Eksponent-sagen er i skrivende stund anket til landsretten. Sagen har imidlertid betydet, at der er stor usikkerhed og tvivl forbundet med spørgsmålet om, hvorvidt ordregiver er berettiget til at berigtige referencer, der relaterer sig til opfyldelsen af minimumskrav til egnethed.

Det kan af nærværende kapitel 5 konkluderes, at der både kan argumenteres for, at ordregiver i Eksponent-sagen var berettiget til at anmode om berigtigelse af referencerne og tilsvarende, at ordregiver var afskåret fra berigtigelsesmuligheden. Det bliver derfor interessant, hvad landsretten finder, og resultatet kan få stor betydning for ordregivers fremadrettede mulighed for at berigtige referencer, hvis landsretten tager stilling til og anfører nogle generelle begrundelser særligt i relation til forholdet mellem UBL § 159, stk. 6, og berigtigelse af referencer.

Ud fra nogle generelle betragtninger i relation til berigtigelsesmuligheden kan det dog konkluderes, at referencer i lyset af Manova-sagen som hovedregel bør kunne berigtiges, såfremt ordregiver ikke ved udformningen af udbudsmaterialet afskærer sig fra denne mulighed.

5. Konklusion

Ordregiver er efter UBL § 159, stk. 5, berettiget til at anmode ansøger eller tilbudsgiver om berigtigelse under overholdelse af principperne i UBL § 2 og under forudsætning af, at anmodningen ikke fører til, at der fremsendes en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Bestemmelsen er en kodificering af EU-Domstolens praksis i Slovensko-sagen og Manova-sagen. Det beror på en konkret vurdering, hvornår en anmodning om berigtigelse er sket i overensstemmelse med ovenstående betingelser. For så vidt angår spørgsmålet om, hvornår anmodninger om berigtigelse fører til ny ansøgning eller nyt tilbud, har EU-Domstolen eksemplificeret, at oplysninger, som det objektivt kan kontrolleres forelå forud for ansøgnings- eller tilbudsfristen, kan berigtiges. Hovedreglen er dog, at ordregivers adgang til berigtigelse efter UBL § 159, stk. 5, afhænger af om tilbudsgiveren har opnået en konkurrencemæssig fordel som følge af berigtigelsen.

Ordregiver er imidlertid afskåret fra ovenstående adgang til berigtigelse, hvis det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at ansøgningen eller tilbuddet afvises, og den pågældende ansøgning eller det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel, jf. UBL § 159, stk. 6. Klagenævnet for Udbuds praksis tegner et billede af, at ordregiver også kan blive afskåret fra berigtigelsesmuligheden, hvis det i relation til mindstekrav eller minimumskrav kan udledes af udbudsmaterialet, at fejlen eller manglen vil føre til afvisning. Dette forhold har vist sig at være særligt afgørende for berigtigelsesmuligheden i relation til referencer, der relaterede sig til minimumskrav til egnethed.

Klagenævnet for Udbud fandt bl.a. i Eksponent-sagen, at ordregiver ikke havde ret til at anmode om berigtigelse af referencer, der i den konkrete sag havde til formål at dokumentere den vindende tilbudsgivers tekniske og faglige formåen. Retten på Frederiksberg fandt modsætningsvist i samme sag, at ordregiver var berettiget til at anmode om berigtigelsen. Rettens dom går dermed imod, hvad der må anses som Klagenævnet for Udbuds faste praksis vedrørende ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse af referencer, selvom retten ikke ses at have lagt vægt på andre faktuelle omstændigheder i sagen. En nærmere analyse af retten hhv. klagenævnets begrundelser og resultat tegner imidlertid et billede af, at den markante ændring i forhold til berigtigelsesmuligheden vedrørende referencer skal ses i lyset af, at retten og klagenævnet har fortolket reglerne og Manova-sagen på forskellige måder.

Eksponent-sagen er i skrivende stund anket til landsretten. Det bliver interessant at se, hvad landsretten finder i sagen, da resultatet kan få stor betydning for ordregivers fremadrettede mulighed for at berigtige referencer, hvis landsretten anfører nogle generelle begrundelser, der har generel betydning for ordregivers adgang til berigtigelse af berigtigelse af referencer.

Det kan imidlertid konkluderes, at referencer, der relaterer sig til egnethedskrav, i lyset af Manova-sagen som hovedregel bør kunne berigtiges, såfremt ordregiver ikke ved udformningen af udbudsmaterialet har afskåret sig fra denne mulighed.

6. Summary

The purpose of the Thesis “Correction of references in relation to requirements for suitability” is to examine the scope of the contracting authority’s possibility under the public procurement rules to request an economic operator to supplement, specify or complete information or documents in requests for participation or tenders.

Under Section § 159 (5) of the Danish Public Procurement act, contracting authorities are entitled to request the applicant or tenderer for correction in compliance with the principles in Section 2 and on the condition that the request does not lead to a new application or a new tender being submitted.

The provision is a codification of the CJEU 's practice in the Slovensko case and the Manova case. It depends on a specific assessment when a request for correction has been made in accordance with the above conditions. In relation to the assessment on correction leading to a new application or a new tender, the CJEU has exemplified that information which can be objectively verified to have been available before the application or tender deadline can be corrected. The main rule is, however, that the contracting authority's access to correction under Section 159 (5) however, depends on whether the tenderer has obtained a competitive advantage as a result of the correction.

However, the contracting authority request correction, if it is expressly stated in the tender materials that a specific or deficiency will lead to the application or tender being rejected, and the application or tender in question contains such an error or deficiency, cf. Section 159 (6).

7. Litteraturliste

7.1. Bøger

- Carina Risvig Hamer ”*Udbudsret”,* 2. udgave (DJØF Forlag, 2021)

- Carina Risvig Hamer *”Requesting additional information – increase of flexibility and competion?*” i Grith Skovgaaard Ølykke og Albert Sanchez-Graells *”Reformation or deformation of the EU Public Procurement Rules*”, 1. udgave (Edward Elgar Publishing, 2016)

- Grith Skovgaard Ølykke m.fl., *”EU's udbudsregler”, 3. udgave* (Jurist- og Økonomforbundet, 2022)

- Jesper Fabricius ”Udbudslovsudvalgets arbejde” i Steen Treumer (red.):”Udbudsloven” 1. udgave (Ex Tuto Publishing A/S, 2016)

- Jesper Fabricius ”Offentlige indkøb i praksis” 4. udgave (Karnov Group, 2017)

- Mads Bryde Andersen *”Ret og metode”*, 1. udgave (Gjellerup, 2002)

- Peter Blume ”Retssystemet og juridisk metode”, 2. udgave (Jurist- og økonomforbundets forlag, 2014)

- Rasmus Horskjær Nielsen, kapitel 8 ”Udelukkelse, egnethed og udvælgelse” i Steen Treumer (red.): ”Udbudsretten” (Ex Tuto Publishing A/S, 2019)

- Rasmus Horskjær Nielsen ”Konkurrencen om den offentlige kontrakt” (DJØF Forlag, 2022), s. 34

- Sue Arrowsmith *”The Law of Public und Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK”*, volume 1(Sweet & Maxwell, 2014)

- Sune Troels Poulsen m.fl. *”EU Udbudsretten”,* 4. udgave (Djøf Forlag, 2022)

7.2. Artikler

- Carina Risvig Hammer og Rasmus Horskjær Nielsen *"Er lovbemærkningerne til at stole på?"* Ugeskrift for Retsvæsen, afdeling B 114-23 (2020)

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

7.3. Rapporter, vejledninger og analyser

- Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen *"Udbudsloven, Vejledning om udbudsreglerne"*, 2016

- Konkurrence og Forbrugerstyrelsen *"Evaluering af udbudsloven",* maj 2021

- Konkurrence og Forbrugerstyrelsen *"Status for offentlig konkurrence"*, marts 2022

- Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014

7.4. Praksis

7.4.1. Klagenævnet for Udbud

- Kendelse af 29. april 2020, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune
- Kendelse af 19. juni 2017, LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland
- Kendelse af 13. december 2017, IP-Only Qbrick ApS mod Folketinget
- Kendelse af 31. oktober 2014, Akzo Nobel Industrial Chemicals B.v. mod Vejdirektoratet
- Kendelse af 29. september 2017, Construcciones y Auxiliar de ferrocarriles, S.A. CAF mod Odense Letbane P/S
- Kendelse af 4. november 2003, Bombardier Transportation Denmark A/S mod Lokalbanen A/S
- Kendelse af 10. februar 2021, Eksponent ApS mod Gentofte Kommune
- Kendelse af 2. november 2015, Albrecht Bender GmbH u. Co mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse

- Kendelse af 6. december 2017, Imatis A/S mod Region Hovedstaden
- Kendelse af 27. august 2018, Saab Dynamics AB mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse
- Kendelse af 30. november 2021, Holbøll A/S mod Næstved Fjernvarme a.m.b.a,
- Kendelse af 23. marts 2022, Iveco Danmarks A/S mod Fælles Affaldsindsamling A/S
- Kendelse af 3. juni 2022, Ecolog Deutschland GmbH mod Københavns Kommune
- Kendelse af 10. marts 2010, Manova mod Undervisningsministeriet
- Kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet
- Kendelse af 3. oktober 2017, Brønnum mod Københavns Kommune
- Kendelse af 3. juli 2014, HHM A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen
- Kendelse af 5. februar 2015, Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark
- Kendelse af 13. november 2018, Justsen Energiteknik A/S mod SK Varme A/S

7.4.2. Danske domstole

- Retten på Frederiksbergs dom af 30. juni 2022, Gentofte Kommune mod Eksponent ApS

7.4.3. EU-Domstolen

- C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S
- C-599/10, SAG ELV Slovensko m.fl.,
- C-199/15, Ciclat Soc. coop. mod Consip SpA,
- C-324/14, Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta,
- C-387/14, Esaprojekt sp. z o.o. mod Województwo Łódzkie,
- C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH
- C-92/00, Hospital Ingenieure
- C-42/13, Cartiera dell' Adda SpA
- C-309/18, Lavorgna Srl mod Comune di Montelanico m.fl.
- C-27/15, Pippo Pizzo mod CRGT srl.