KØBENHAVNS UNIVERSITET
DET JURIDISKE FAKULTET

Specialeafhandling:

Berigtigelse i en udbudsretlig kontekst med særligt fokus på referencer

Fagområde: udbudsret
Problemformulering: I hvilket omfang har ordregivere i et udbud mulighed for at anmode økonomiske aktører om at berigtige deres ansøgninger eller tilbud herunder mulighederne for at berigtige referencer? Afhandlingen har endvidere til formål at klarlægge, om og i hvilke situationer ordregivere har pligt til at berigtige en ansøgning eller et tilbud.

Navn	**KU-brugernavn**
Emilie Nørmølle Guldborg	Gtm275
Pauline Frederikke Rendemann	Pzh877

Vejleder: Carina Risvig Hamer	**Antal tegn:** 173.876

Må benyttes på Det Kongelige Bibliotek (sæt kryds).	
Må ikke benyttes på Det Kongelige Bibliotek (sæt kryds).	x

Studerende på Cand. soc i jura (sæt kryds)	

Abstract

At present, public procurement accounts for 14% of the EU's GDP. In Denmark, public procurement amounts to approximately DKK 450 billion annually. However, around 27% of the EU procurement procedures are annulled, resulting in wasted resources and economic inefficiency. This thesis examines the procurement regulations concerning requests for additional information, with a specific focus on the provisions of the Danish Public Procurement Act §§ 159(5) and 159(6), as well as the Directive on public procurement. Particular attention is paid to the correction of references and their impact on the procurement process. The analysis explores the extent to which contracting authorities can or must allow corrections, with a special emphasis on references and the balance between flexibility and equal treatment in procurement procedures.

Through an analysis of relevant provisions, as well as case law and practice from the Court of Justice of the European Union (CJEU) and Danish Complaints Board for Public Procurement, the authors have sought to clarify the legal framework governing correction. The thesis identifies three essential criteria, all of which must be met for a correction to be lawful: the objective presence of the information prior to the deadline; the tenderer must not gain an advantage in the competition; and there must be no risk of negotiation between the contracting authority and the tenderer. Collectively, these three criteria aim to ensure that the procurement procedure is not unfairly influenced.

The findings highlight significant differences between corrections in procedures with and without prequalification. In procedures with prequalification, references often serve as competitive parameters equivalent to fundamental elements, thereby excluding correction. Conversely, in public procurement procedures, references that solely serve as proof of suitability may be corrected without constituting a new tender in full respect of the principles of equal treatment and transparency.

In relation to whether contracting authorities are obliged to allow corrections, the thesis finds that, generally, there is no such obligation, given that the tenderers bear the risk of ambiguities in their tenders. However, there is a minor exception to this rule in theory, which will be elaborated further.

The thesis concludes that there remains ambiguity regarding requests for additional information, necessitating further clarification, particularly concerning references. The thesis emphasizes the need for the CJEU to provide guidance to ensure consistent interpretation of the rules and a harmonized application across Member States.

Indholdsfortegnelse

Abstract **3**

KAPITEL 1 Introduktion **7**

1. Indledning *7*

2. Problemformulering *8*

3. Afgrænsning *8*

4. Metode *9*

4.1. Den anvendte metode 10

5. De anvendte retskilder *11*

5.1. EU-retlige retskilder 11

5.1.1. EU-traktaterne og EU-retlige principper 11

5.1.2. Udbudsdirektivet og dets præambelbetragtninger 12

5.1.3. Retspraksis fra EU-Domstolen 13

5.1.4. Generaladvokatudtalelser 14

5.2. Danske retskilder 15

5.2.1. Udbudsloven og dens lovbemærkninger 15

5.2.2. Kendelser fra Klagenævnet for Udbud og danske domme 16

5.2.3. Juridisk litteratur 17

5.2.4. Andre retskilder og fortolkningsbidrag 17

KAPITEL 2 Udbudsrettens formål og principper **18**

1. Udbudsrettens primære EU-retlige formål *18*

2. Udbudsrettens sekundære nationale formål *19*

3. De udbudsretlige principper *20*

3.1. Ikke-diskriminationsprincippet 21

3.2. Ligebehandlingsprincippet 21

3.3. Princippet om forbud mod forhandling 22

3.4. Gennemsigtighedsprincippet 23

3.5. Proportionalitetsprincippet 24

3.6. Princippet om effektiv konkurrence 25

KAPITEL 3 Baggrunden for bestemmelsen **26**

1. EU-retspraksis *26*

2. Udbudsdirektivets Artikel 56 (3) *30*

3. Udbudslovens § 159, stk. 5 og stk. 6 ..... *31*

KAPITEL 4 Ordregivers berigtigelsesmulighed 33

1. Hvad skal der forstås ved dokumentation og oplysninger? 33

2. Hvad indebærer præcisering, supplering og fuldstændiggørelse af oplysninger og dokumentation? 34

3. Hvornår fører en ændring til fremsættelse af ny ansøgning eller nyt tilbud? 36

3.1. Hvilke elementer taler for nyt tilbud? 37

3.2. Hvilke elementer taler imod nyt tilbud? 41

3.3. Særligt vedrørende oplysninger i ansøgningen og i ESPDét 44

4. Formelle fejl 46

5. Delkonklusion 47

KAPITEL 5 Hvornår er ordregivere afskåret fra at gøre brug af berigtigelsesmuligheden? . 49

1. Ordregiveres rammer for berigtigelse 49

2. Særligt vedrørende mindstekrav i relation til § 159, stk. 6 52

2.1. Mindstekrav og minimumskrav som selvstændige begreber 54

2.1.1. Mindstekrav 54

2.1.2. Minimumskrav 55

2.2. Begreberne i sammenspil 56

3. Delkonklusion 58

KAPITEL 6 Ordregivers mulighed for at berigtige referencer 59

1. Sagens faktum og resultat i Eksponent 59

1.1. Klagenævnets kendelse af 29. april 2020 Eksponent ApS mod Gentofte Kommune 60

1.2. Retten på Frederiksbergs dom af 30. juni 2022 61

1.3. Østre Landsrets dom af 10. oktober 2023 61

2. Fører berigtigelse af referencer til fremsættelse af nyt tilbud ny eller ansøgning? 62

2.1. I hvilken grad har det indflydelse, at referencen skal indgå i en evaluering? 67

2.2. Oplysningens karakter 70

2.3. Delkonklusion 71

3. Er ordregiver afskåret fra at anmode om berigtigelse af referencer, når disse er angivet som mindstekrav? 72

3.1. Delkonklusion 77

4. Berigtigelse af referencer i et EU-retligt perspektiv 77

5. Delkonklusion 83

KAPITEL 7 Pligt til at berigtige 86

1. Den økonomiske aktørs risiko 86

2. Ordregivers pligt 87
3. Pligt som følge af ordregiver selv 91
4. Konsekvensen af en generel pligt 93
5. Delkonklusion 95

Kapitel 8 96

Konklusion 96

Perspektivering: behovet for en revidering af berigtigelsesadgangen i udbudsdirektivet 99

Litteraturliste 102

1. Bøger og artikler 102
2. Lovgivning og lovforslag 103
3. Afgørelser fra EU-Domstolen, Retten og generaladvokatudtalelser 103
4. Domme fra de danske domstole 104
5. Kendelser fra Klagenævnet fra Udbud 104
6. Rapporter og vejledninger 106
7. Hjemmesider og øvrige kilder 107

KAPITEL 1
Introduktion

1. Indledning

Hvert år indkøber det offentlige for omkring 450 milliarder kroner,[1] hvilket gør offentlige indkøb til en afgørende økonomisk aktivitet både nationalt og på EU-plan.[2] I dag bliver cirka 27% af EU-udbuddene annulleret, hvilket resulterer i spildte ressourcer og økonomisk ineffektivitet.[3]

Udbudsreglerne regulerer, hvordan det offentlige skal foretage anskaffelser med sigte på at skabe et indre marked for offentlige kontrakter og sikre en åben og fair konkurrence.

Kompleksiteten i udbudsmaterialet kan ofte føre til uklare eller ufuldstændige ansøgninger eller tilbud fra økonomiske aktører. Dette kan skabe et behov for adgang til at eftersende yderligere dokumentation eller oplysninger. Spørgsmålet er herefter, om ordregivere kan anmode økonomiske aktører om berigtigelse.

Adgangen til at berigtige har tidligere været begrænset, blandt andet fordi Klagenævnet for Udbud har opretholdt en restriktiv fortolkning af ligebehandlingsprincippet. Imidlertid har retsstillingen udviklet sig væsentligt som følge af, at EU-Domstolen har haft anledning til at tage stilling til spørgsmålet. Dette har resulteret i, at EU-praksis på området er kodificeret i udbudslovens § 159, stk. 5 og stk. 6. Der hersker dog fortsat usikkerhed om ordregiveres adgang til at berigtige, hvilket blandt andet fremhæves i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens evaluering af udbudsloven. Her påpeges det, at det er uklart, i hvilke situationer en berigtigelse er berettiget.[4] Desuden er der markant forskel på, hvordan bestemmelsen fortolkes, afhængigt af, hvem der fortolker reglen.

Adgangen til at berigtige en ansøgning eller et tilbud har betydning for konkurrencen om den offentlige kontrakt. Manglende fleksibilitet kan føre til, at ordregivere må afvise det, der ellers ville have

[1] Dansk Erhverv. (2023). *Det offentlige indkøb stiger til 448 milliarder kroner – og det skal vi udnytte positivt.*
[2] Det udgør desuden ca. 1/6 af Danmarks BNP. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2023). *Status for Offentligt Konkurrence 2022, s*. 5
[3] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2023). *Status for Offentligt Konkurrence 2022,* s. 6
[4] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2021). *Evaluering af Udbudsloven,* s. 198

været det mest økonomisk fordelagtige tilbud. Omvendt kan en tilgang, der tillader for stor fleksibilitet, resultere i, at en økonomisk aktør opnår en konkurrencemæssig fordel.[5]

Afhandlingens problemstilling søger at belyse balancegangen mellem den praktiske udfordring, som ordregiver ofte står overfor: på den ene side at sikre ligebehandling og på den anden side at sikre effektiv konkurrence og undgå værdispild. Berigtigelsesadgangen balancerer således mellem at give fleksibilitet for at undgå at afvise den bedste ansøgning eller tilbud på grund af mindre fejl, samtidig med at de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed opretholdes. Berigtigelsesadgangen tillægger dermed ordregiver en vis skønsmargin, som skal udøves inden for rammerne, der beskytter principperne.

2. Problemformulering

På baggrund af ovenstående vil der i afhandlingen blive undersøgt følgende:

I hvilket omfang har ordregivere i et udbud mulighed for at anmode økonomiske aktører om at berigtige deres ansøgninger eller tilbud herunder mulighederne for at berigtige referencer? Afhandlingen har endvidere til formål at klarlægge, om og i hvilke situationer ordregivere har pligt til at berigtige en ansøgning eller et tilbud.

3. Afgrænsning

Afhandlingen tager udgangspunkt i udbudsloven[6] og udbudsdirektivet[7] som det primære retsgrundlag. Retspraksis fra de øvrige direktiver[8] inddrages dog, når det er relevant for den konkrete

[5] Hamer, C. R. (2016). *Requesting additional information - increase of flexibility and competition?,* i Ølykke, G. S., og Sanchez-Graell, A. *Reformation or deformation of the EU Public Procurement Rules.* 1. udgave. Edward Elgar Publishing, s. 236

[6] Udbudsloven, Lovbekendtgørelse nr. 10 af 6. januar 2023

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

[8] Udbudsdirektiverne omfatter hovedsageligt fire udbudsdirektiver: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (i afhandlingen betegnet "udbudsdirektivet"), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/25/EU af 26. februar 2014 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF /(Forsyningsvirksomhedsdirektivet), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar

problemstilling, navnlig hvor afgørelserne er truffet på tilsvarende retsgrundlag, der er baseret på principper og regler, der ligeledes finder anvendelse i udbudsdirektivet.

Afhandlingen sondrer mellem udbud med og uden prækvalifikation, men problemstillingen behandles ikke særskilt i relation til de fleksible udbudsprocedurer. Berigtigelsesmuligheden i udbudslovens § 159, stk. 5, finder anvendelse på alle udbudsprocedurerne. Det kan generelt ikke antages, at der er en forskel i regelanvendelsen, i forhold til de fleksible udbudsformer, men om der i enkelttilfælde kunne være en forskel, adresseres ikke i afhandlingen.[9]

Bestemmelsen § 159, stk. 5 hjemler adgang til at anmode om at *supplere, præcisere eller fuldstændiggøre* en ansøgning eller et tilbud. Når sondringen ikke er relevant, anvendes betegnelsen *berigtige*.

Da den første del af besvarelsen af problemformuleringen tager udgangspunkt i udbudsretten, inddrages ikke forvaltningsretlige regler, som eventuelt kunne have relevans. I relation til anden del af problemformuleringen i forhold til pligtspørgsmålet inddrages den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning i begrænset omfang.

Afhandlingen behandler ikke de i udbudslovens bestemte forpligtelser, hvorefter ordregivere i tvivlstilfælde skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og af dokumentationen i en ansøgning eller i et tilbud, jf. § 159, stk. 3 og § 164, stk. 2. Ligeledes behandler afhandlingen ikke ordregiveres pligt til at anmode tilbudsgivere om en redegørelse for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet, såfremt tilbuddet forekommer unormalt lavt, jf. § 169, stk. 1.

4. Metode

I det følgende afsnit præsenteres de metodiske overvejelser, der er knyttet til udarbejdelsen af afhandlingen. Afsnittet indledes med en redegørelse for den anvendte metode, efterfulgt af en uddybning af de retskilder.

2014 om tildeling af koncessionskontrakter (Koncessionsdirektivet), Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF (Forsvars – og sikkerhedsdirektivet)

[9] Fabricius, J. (2024). *Offentlige indkøb i praksis*. 5. udgave, Karnov Group, s. 767-768

4.1. Den anvendte metode

Den juridiske metode, også benævnt den retsdogmatiske metode, anvendes til at finde det korrekte juridiske svar på et givent spørgsmål.[10] Den retsdogmatiske metode består primært i at identificere de relevante retskilder og anvende dem, så gældende ret kan fastlægges.[11]

Afhandlingen har til formål at klarlægge gældende ret i relation til den stillede problemformulering. For at besvare det i afhandlingen stillede spørgsmål er der identificeret og udvalgt de retskilder, der er relevante. Med afsæt i den juridiske metodes søges at opnå en vis klarhed om problemet, som kan udgøre et kvalificeret svar, og derfor er den retsdogmatiske metode grundlaget for besvarelsen.

Af særlig relevans for besvarelsen er udbudsrettens regler. Udbudsretten udspringer af EU-fællesskabsreglerne, som Danmark er underlagt, og derfor tager afhandlingen afsæt i både udbudsloven og udbudsdirektivet. Inddragelsen af EU-retskilder ændrer ikke på formålet med den juridiske metode, men kan påvirke den måde, hvorpå svaret findes, da retskildebilledet ændres.[12]

Det perspektiverende afsnit har til formål at reflektere over, om det kunne være hensigtsmæssigt at ændre i udbudsdirektivet. Afhandlingen bevæger sig fra at have til formål at klarlægge gældende ret, til mere frie overvejelser om, hvordan reglerne bør være. Derfor har det i dette afsnit været nødvendigt at ændre den metodiske tilgang til en retspolitisk tilgang, der har til formål at undersøge, hvordan retten bør være.[13]

Som en del af metoden har forfatterne fortolket retskilderne ud fra forskellige måder. Når det har været relevant, særligt i forbindelse med fortolkning af en konkret bestemmelse, har udgangspunktet været en ordlydsfortolkning. For at belyse problemstillingen fra flere perspektiver er bestemmelserne blandt andet også blevet fortolket ud fra en subjektiv fortolkningsstil, med henblik på at kunne afdække lovgivers intentioner bag bestemmelsen. I den kontekst er det særligt lovbemærkningerne, der har været relevante. Når problemstillingen skal sættes i kontekst, og det har været relevant at belyse

[10] Hamer, C. R., & Schaumburg-Müller, S. (2020). *Juraens Verden Metoder, Retskilder og Discipliner.* 1. udgave, DJØF Forlag, s. 19
[11] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 31
[12] Hamer, C. R., & Schaumburg-Müller, S. (2020). *Juraens Verden Metoder, Retskilder og Discipliner.* 1. udgave, DJØF Forlag, s. 137
[13] Hamer, C. R., & Schaumburg-Müller, S. (2020). *Juraens Verden Metoder, Retskilder og Discipliner.* 1. udgave, DJØF Forlag, s. 326

problemstillingen fra et overordnet perspektiv, har forfatterne lavet en formålsfortolkning af reglerne, der fremhæver formålet med udbudsreglerne og de relevante bestemmelser.[14]

5. De anvendte retskilder

De følgende afsnit indeholder en beskrivelse af de forskellige retskilder, som anvendes i afhandlingen, samt en forklaring på de overvejelser, der ligger til grund for deres inddragelse. Retskilder har forskellig retskildemæssig værdi, hvilket har betydning for anvendelsen af retskilden. Retskilderne anvendes som juridiske argumenter i forhold til klarlæggelsen af gældende ret. Når retskildeværdien varierer, har det derfor også betydning for argumentets styrke.[15]

5.1. EU-retlige retskilder

I det følgende introduceres de i afhandlingen anvendte EU-retlige retskilder. I forhold til samspillet mellem EU-retten og den nationale ret, når der anvendes retskilder i en kombination heraf, kan der opstå modstrid imellem dem. Spørgsmålet er herefter, hvilken retskilde der skal tillægges højest retskildemæssig værdi. Med udgangspunkt i sagen Costa-Enel[16] blev det fastslået, at EU-retten har forrang for national ret. Dette begrundedes særligt i behovet for en ensartet anvendelse af fællesskabsreglerne på tværs af medlemsstaterne.[17] Hvis der er modstrid mellem udbudslovens tekst og direktivet, herunder EU-Domstolens praksis, og en EU-konform fortolkning, der er i overensstemmelse med direktivet, ikke er mulig, vil EU-retten have forrang. Der vil herefter være pligt til at tilsidesætte den nationale bestemmelse og anvende udbudsdirektivet direkte.[18]

5.1.1. EU-traktaterne og EU-retlige principper

Lovgivningen er på et EU-retligt plan opdelt i en primær og i en sekundær regulering. Den primære regulering består af Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF) og Traktaten om Den Europæiske Union (herefter TEU). Hverken TEUF eller TEU indeholder specifikke bestemmelser for indgåelse af offentlige kontrakter, men har dog stadig relevans, da TEUF´s

[14] Hamer, C. R., & Schaumburg-Müller, S. (2020). *Juraens Verden Metoder, Retskilder og Discipliner.* 1. udgave, DJØF Forlag, s. 70-74
[15] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 33
[16] C-6/64. 1964. *Costa mod ENEL*.
[17] Hamer, C. R., & Schaumburg-Müller, S. (2020). *Juraens Verden Metoder, Retskilder og Discipliner.* 1. udgave, DJØF Forlag, s. 149
[18] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 46-47

bestemmelser om fri bevægelighed[19] samt det generelle forbud i art. 18 mod diskrimination på grund af nationalitet danner grundlag for reglerne om offentlige indkøb.[20] Adgangen til at byde på offentlige kontrakter er således tæt knyttet til reguleringen af EU´s indre marked.

De generelle EU-retlige principper, herunder ligebehandling, proportionalitet og gennemsigtighed, er afledt af bestemmelserne i TEUF. Disse principper udgør fundamentet for udbudsreglerne og udgør en væsentlig retskilde inden for udbudsretten, hvilket gør dem centrale for afhandlingens analyse.[21] I en udbudsretlig kontekst benævnes de som udbudsretlige principper. Af udbudsdirektivets præambelbetragtning (1) fremgår, at tildeling af kontrakter skal ske i overensstemmelse med blandt andet principperne og reglerne om fri bevægelighed.[22] Udbudsprincipperne kan endvidere udledes af udbudsdirektivets art. 18 "udbudsprincipper" og af udbudslovens § 2.

5.1.2. Udbudsdirektivet og dets præambelbetragtninger

Den sekundære regulering omfatter retsakter, der er udstedet med hjemmel i den primære regulering. Udbudsdirektiverne[23] udgør sekundær regulering og må derfor ikke være i strid med andre EU-retlige regler, der befinder sig højere i det retlige hierarki, herunder traktaterne.[24]

Udbudsdirektivet er udstedet med hjemmel i TEUF art. 53, stk. 1, art. 62 samt art. 114 og regulerer, hvordan ordregivere skal indgå offentlige kontrakter, såfremt værdien af kontrakten overstiger de tærskelværdier, der er fastsat i direktivet.[25] På denne baggrund er udbudsdirektivet grundlæggende for analysen af ordregiveres forpligtelser ved indgåelse af offentlige kontrakter og herunder ordregiveres mulighed for at berigtige fejl og mangler og dermed for besvarelsen af afhandlingens problemformulering.

Den indledende tekst i udbudsdirektivet indeholder en række præambelbetragtninger, hvor af baggrunden og formålet med direktivet fremgår. Præambelbetragtningerne er dog ikke selvstændige

[19] Her særligt art. 34 TEUF, art. 49 TEUF og art. 57 TEUF
[20] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 35-36, desuden Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 39-40
[21] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 36
[22] Udbudsdirektivet, s. 1
[23] Udbudsdirektivet, Forsyningsvirksomhedsdirektivet, Koncessionsdirektivet og Forsvars- og sikkerhedsdirektivet
[24] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 39
[25] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 43

retskilder, således at der kan støttes ret på dem, men de kan tjene som bidrag til fortolkning af direktivets bestemmelser. Præambelbetragtningerne er mange steder gengivet i udbudslovens lovbemærkninger, hvilket øger deres retskildemæssige værdi. Denne betydning forstærkes yderligere af, at Klagenævnet for Udbud (herefter Klagenævnet) ofte refererer til præambelbetragtningerne i sine afgørelser.[26]

5.1.3. Retspraksis fra EU-Domstolen

Der vil gennem afhandlingen ligeledes inddrages retspraksis fra EU-Domstolen særligt med fokus på udbudsdirektivets art. 56 (3). Dette er både afgørelser, der er truffet på baggrund af de nugældende udbudsdirektiver og tidligere udbudsdirektiver.[27] Dette skyldes, at retstilstanden vedrørende ordregiveres mulighed for at anmode om berigtigelse har udviklet sig gennem tiden. Den nuværende lovgivning bygger således på denne historiske udvikling. EU-retspraksis, der er truffet på grundlag af andre udbudsdirektiver, vil derudover også blive inddraget, hvis retsstillingen vurderes at være tilsvarende den, der gælder under udbudsdirektivet.

Domme fra EU-Domstolen er en central retskilde ved analysen af det udbudsretlige retsgrundlag. Dette skyldes, at Domstolens fortolkning af både udbudsdirektiverne og TEUF spiller en afgørende rolle i forhold til at forstå og fortolke disse regelsæt og dermed også den danske udbudslov. Derudover er domme fra Domstolen bindende og har virkning for EU´s medlemsstater, herunder alle offentlige ordregivere.[28]

Tvister angående udbudsret, der behandles af EU-Domstolen, opstår enten som præjudicielle spørgsmål fra en national ret eller som traktatbrudssøgsmål. Ved en præjudiciel forelæggelse træffer EU-Domstolen afgørelse om fortolkningen af traktaterne samt om gyldigheden og fortolkningen af retsakter udstedt af Unionen, jf. TEUF art. 267.[29] EU-Domstolens stillingtagen til præjudicielle spørgsmål udgør derfor et væsentligt bidrag til fortolkningen af afhandlingens problemstilling, og

[26] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 43-44 se desuden: R Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 40

[27] 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 (2004-udbudsdirektivet).

[28] Poulsen, S. T., og Steinicke, M., m.fl. (2022). *EU Udbudsretten.* 4. udgave, DJØF Forlag, s. 56

[29] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 51-52

præjudicielle afgørelser vil i vid udstrækning blive anvendt som retskilde i afhandlingen og tillagt høj retskildemæssig værdi.

I afhandlingen vil der desuden blive inddraget afgørelser fra Retten. Når EU-institutionerne foretager en anskaffelse, bliver kontrakterne indgået på baggrund af procedurerne i EU´s finansforordning,[30] der indholdsmæssigt svarer til reglerne i udbudsdirektiverne. Hvis der opstår en tvist om, hvorvidt reglerne for kontraktindgåelsen er overholdt, kan den pågældende leverandør anlægge sag ved Retten.[31] Retten inddrager i sin fortolkning af finansordningen ofte den tilsvarende regel fra udbudsdirektiverne, hvilket betyder, at afgørelser fra Retten kan bidrage til fortolkningen af udbudsdirektiverne, selvom EU-Domstolen ikke er forpligtet til at følge Rettens afgørelser.[32]

5.1.4. Generaladvokatudtalelser

Generaladvokater er tilknyttet EU-Domstolen, og deres opgave er offentligt at fremsætte et begrundet forslag til afgørelse i de sager, der forelægges EU-Domstolen.[33] Generaladvokaternes forslag til afgørelse er ikke bindende, men har imidlertid til formål at bidrage til forståelsen af afgørelser fra EU-Domstolen. Selv i tilfælde, hvor et forslag til afgørelse ikke tages til følge af EU-Domstolen, kan et sådanne forslag vise et alternativ til EU-Domstolens forståelse af problemstillingen. Herudover kan det også være et udtryk for en fortolkning, som EU-Domstolen har taget højde for ved sin vurdering.[34]

Eftersom et forslag til afgørelse ikke er bindende, og med blik for de udfordringer som udspringer heraf, kan der sættes spørgsmålstegn ved forslagets retskildemæssige værdi. Det skal således understreges, at generaladvokaternes udtalelser ikke har en retskildemæssig værdi, som kan sidestilles med hverken en dom eller lov- eller direktivtekst, men er af væsentlig ringere værdi. Generaladvokatudtalelserne bruges derfor som retskilde i afhandlingen til at belyse en række juridiske argumenter og som indgår til brug for en diskussion.

---

[30] Finansforordningen, Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2018/1046 af 18. juli 2018 2018/1046, artikel 33 (1), medfører at EU-institutionerne skal sikre forsvarlig økonomisk forvaltning, hvorfor Kommissionen derfor var underlagt principperne om sparsommelighed, efficient og effektivitet i sagen.
[31] Poulsen, S. T., og Steinicke, M., m.fl. (2022). *EU Udbudsretten.* 4. udgave, DJØF Forlag, s. 59
[32] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 46. Se desuden: Poulsen, S. T., og Steinicke, M., m.fl. (2022). *EU Udbudsretten.* 4. udgave, DJØF Forlag, s. 59
[33] Folketinget. 2024. *Hvad er en generaladvokat?*
[34] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 55

5.2. Danske retskilder

5.2.1. Udbudsloven og dens lovbemærkninger

Medlemsstaterne i EU har autonomi i forhold til form og midler ved implementeringen af direktiver i national ret. Medlemsstaterne er dog i medfør af TEUF art. 288 bundet af direktivets tilsigtede mål.[35] Afhandlingens retlige udgangspunkt vil tage sit afsæt i udbudsloven, som udgør Danmarks implementering af udbudsdirektivet. Udbudsloven trådte i kraft den 1. januar 2016 og indebar en omfattende omskrivning af udbudsdirektivet. Formålet var at tilpasse udbudsdirektivet til danske forhold og forenkle kontraktindgåelsen.[36] Desuden indeholder loven en række danske særregler, der ikke findes i udbudsdirektivet.[37]

Da udbudsloven trådte i kraft, blev der tilføjet et nyt fortolkningselement i form af lovbemærkningerne til loven. Lovbemærkninger til loven kan have en betydning ved fastlæggelsen af gældende ret. Det har dog været omdiskuteret, hvilken vægt lovbemærkningerne bør have i fortolkningen af et givent spørgsmål. Udbudslovens lovbemærkninger besidder en vis retskildemæssig værdi ved fortolkningen af loven, da de afspejler lovgivers intention og belyser formålet med de enkelte bestemmelser. Klagenævnet henviser undertiden til lovbemærkningerne, som støtte for sin fortolkning, hvilket indikerer en retskildemæssig værdi. Dog har Klagenævnet fortolket udbudsretten anderledes end, hvad der er angivet i lovbemærkningerne, jf. b.la. *Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland*,[38] hvor lovbemærkningerne indeholdt en bestemt fortolkning af EU-retten. Det kan derfor anføres, at lovbemærkningerne ikke skal tillægges for stor vægt, navnlig når det drejer sig om lovgivers fortolkning af EU-retlige principper. Imidlertid kan lovbemærkningerne have større betydning, hvis de afspejler præambelbetragtninger eller indeholder fortolkning af retspraksis fra EU-Domstolen.[39] Lovbemærkningerne har dermed ikke samme retskildemæssig værdi som udbudsloven eller præambelbetragtningerne, og vil i afhandlingen blive inddraget som et fortolkningsbidrag til udbudslovens regler.

---

[35] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 58
[36] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 58
[37] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 44
[38] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. december 2011, *Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland*
[39] Hamer, C. R., og Nielsen, R. H. (2020). *Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?* UfR*,* 2020(17), 114-123. [U.2020B. 114] U.2020B.114, s. 122.

5.2.2. Kendelser fra Klagenævnet for Udbud og danske domme

Størstedelen af tvister i sager om udbud bliver afgjort ved Klagenævnet. Kendelser fra Klagenævnet udgør dermed en vigtig retskilde for fastlæggelsen af gældende ret, da det er denne instans, der primært fortolker de danske såvel som EU-retlige retskilder.[40] Spørgsmålet er, om Klagenævnets afgørelser har samme retskildemæssige værdi som en dom. Risvig Hamer argumenterer for, at afgørelserne ikke i alle tilfælde har samme retskildemæssig værdi som domme, da de er tilpasset ud fra parternes påstande og i øvrigt alene behandles på skriftligt grundlag. Desuden kan kendelser udstedt af Klagenævnet indbringes for domstolene[41] I modsætningen hertil konkluderer Horskjær, at han ikke finder anledning til at behandle kendelser med en lavere retskildemæssig værdi end domme, fordi det alene er et fåtal, der indbringes for domstolene samt at resultatet sjældent adskiller sig fra Klagenævnets resultat.[42] I afhandlingen bruges der kendelser til at underbygge juridiske argumenter og som eksemplificering. Kendelser, der spiller en central rolle i afhandlingen, inddrages med både faktum og påstande. Dette skyldes, at Klagenævnet udelukkende baserer sin vurdering af den enkelte afgørelse på baggrund af de nedlagte påstande. Derfor har sagen størst retskildemæssige værdi for sager med et sammenligneligt faktum og hvor Klagenævnet udtaler sig generelt om gældende ret.

Af praksis inddrages i nogle tilfælde ældre sager, hvor det vurderes, at der kan udledes relevante argumenter, som følge af at retsgrundlaget ikke er væsentligt ændret.

Tvister om udbud kan som nævnt indbringes for domstolene. Som udgangspunkt er det ikke en forudsætning, at sagen har været indbragt for det administrative organ, men som oftest ville det være fremgangsmåden. Der vil i afhandlingen blive inddraget dansk retspraksis, der er afsagt på baggrund af udbudslovens § 159, stk. 5 og stk. 6, men der vil derudover blive inddraget praksis der er ældre, som er truffet før ikrafttrædelsen af det nugældende udbudsdirektiv, hvor retsstillingen var tilsvarende, men primært med hjemmelsgrundlag i C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S,* 10. oktober 2013 (herefter *Manova*). Domstolene fortolker, ligesom Klagenævnet, de udbudsretlige regler. Domstolens afgørelser har således høj retskildemæssig værdig.

[40] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 62
[41] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 55
[42] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 65

5.2.3. Juridisk litteratur

I afhandlingen er der inddraget juridisk litteratur, som kan bidrage til forståelsen af regler og afgørelser, og udgør derfor en del af den juridiske metode. Ifølge Sten Schaumburg-Müller udgør juridisk litteratur ikke i sig selv en retskilde, idet den ikke kan udgøre regler og afgørelser.[43] Den juridiske litteratur savner den autoritet, som lovgivningsmagten og domstolene har, og derfor opnår den juridiske litteratur formelt set kun en meget begrænset retskildeværdi.[44] Juridisk litteratur anvendes i afhandlingen som et bidrag til forståelsen af problemstillingen, herunder de relevante regler og praksis, samt til at belyse afhandlingen fra flere forskellige juridiske perspektiver.

5.2.4. Andre retskilder og fortolkningsbidrag

I afhandlingen inddrages *Udbudsloven Vejledning om Udbudsreglerne*, som er udstedt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Vejledningen bruges som et fortolkningsbidrag og som argumentation, hvilket Klagenævnet i flere sager også har gjort.[45] Vejledningen er dog ikke-bindende, hvilket gælder både for myndighederne og for virksomheder. Den kan derfor ikke danne grundlag for afgørelser eller støttes selvstændig ret på. Dens retskildemæssige værdi er således ikke af særlig høj betydning.

I forbindelse med udarbejdelsen af udbudsloven, blev der nedsat et udvalg om dansk udbudslovgivning, som havde til formål at implementere det nye udbudsdirektiv i et samlet og overskueligt dansk regelsæt med henblik på at skabe klarer rammer og forenkling.[46] Udvalgets rapport anvendes som et fortolkningsbidrag i afhandlingen til at belyse baggrunden og hensigten med reglernes tilblivelse, men den tillægges ikke en høj retskildemæssig værdi.

---

[43] Hamer, C. R., & Schaumburg-Müller, S. (2020). *Juraens Verden Metoder, Retskilder og Discipliner.* 1.udgave, DJØF Forlag, s. 24
[44] Hamer, C. R., & Schaumburg-Müller, S. (2020). *Juraens Verden Metoder, Retskilder og Discipliner.* 1.udgave, DJØF Forlag, s. 24
[45] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag s. 67
[46] *Rapport fra udvalg om Dansk Udbudslovgivning,* december 2014, s. 5-6

KAPITEL 2
Udbudsrettens formål og principper

Udbudsretten består til dels af en EU-retlig del og til dels en national del. Den EU-retlige del omfatter primært udbudsdirektiverne samt traktaterne, mens den nationale del hovedsageligt består af udbudsloven, der i vidt omfang implementerer EU-retlige regler tilpasset nationale forhold.[47] De forskelligartede retskilder, forfølger ikke nødvendigvis samme formål. Imidlertid er det de EU-retlige formål, som har højest retskildemæssig værdi som led i fortolkningen af reglerne.[48] Nedenfor behandles de EU-retlige og nationale formål. Formålene er relevante for afhandlingen, da problemstillingen skal ses i kontekst af de formål, som reglerne forfølger, og ligeledes er forståelsen af formålene en forudsætning for forståelsen af reglerne, som ordregivere skal påse.[49]

1. Udbudsrettens primære EU-retlige formål

For at identificere formålene er det nødvendigt at betragte udbudsdirektivet i en bredere sammenhæng. Danmark er som medlemsstat i EU forpligtet af TEUF, der har til formål at skabe et indre marked, baseret på et forbud om forskelsbehandling på baggrund af nationalitet.[50] Heraf udspringer reglerne om fri bevægelighed, som indeholder et forbud mod at hindre den fri bevægelighed af blandt andet varer og tjenesteydelser. Således er udbudsdirektivet udformet som et led i EU's bestræbelser på at sikre det indre markeds funktion.[51] Med andre ord er udbudsdirektivets primære formål at skabe et indre marked for offentlige kontrakter, hvor der reelt er fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser.[52] Udbudsdirektivet indeholder dermed regler for indgåelse af offentlige kontrakter med sigte på at fremme konkurrencen og skabe lige adgang for virksomheder på tværs af EU, herunder blandt andet ved, at reglerne stiller krav om gennemsigtighed og ligebehandling.[53] Desuden pålægger reglerne forpligtelser og begrænsninger for ordregivere og disse skal påses ved indgåelse af en offentlig kontrakt.[54]

---

[47] Poulsen, S. T., og Steinicke, M., m.fl. (2022). *EU Udbudsretten.* 4. udgave, DJØF Forlag, s. 30
[48] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 32
[49] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 75
[50] Poulsen, S. T., og Steinicke, M., m.fl. (2022). *EU Udbudsretten.* 4. udgave, DJØF Forlag, s. 32
[51] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 78
[52] Poulsen, S. T., og Steinicke, M., m.fl. (2022). *EU Udbudsretten.* 4. udgave, DJØF Forlag, s. 36
[53] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 33
[54] Poulsen, S. T., og Steinicke, M., m.fl. (2022). *EU Udbudsretten.* 4. udgave, DJØF Forlag, s. 30

Udbudsdirektivet angiver ikke i sig selv formålet, men det fremgår af den første præambelbetragtning, at "*offentlige indkøb åbnes for konkurrence.*"[55] EU-Domstolen har i flere sager, herunder *C-454/06, Presstext*[56] og C-336/12, *Manova,*[57] benævnt formålet med enslydende ordlyd, hvor kernen af det, som EU-Domstolen udtrykker er: i) fri bevægelighed, ii) adgangen til ufordrejet konkurrence, som i øvrigt er benævnt udbudsdirektivets dobbelte formål.[58]

2. Udbudsrettens sekundære nationale formål

Inden for udbudsdirektivets rammer, er der i dansk ret søgt at skabe et selvstændigt formål med udbudsreglerne, ved indførelse af udbudslovens § 1: *"Formålet med loven er at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler."* Udbudsreglerne har således til formål at skabe de bedst mulige rammer for konkurrencen om offentlige indkøb med henblik på at sikre, at disse kan foregå så effektivt som muligt og med lavest mulige transaktionsomkostninger for både ordregivere og leverandører.[59] Der kan ikke støttes selvstændigt ret på bestemmelsen, da den er at betragte som en hensigtserklæring. Baggrunden for implementeringen af formålsbestemmelsen er således at tydeliggøre formålet med reglerne.[60]

Om samme formål er anført i præambelbetragtning (2) til udbudsdirektivet: *Offentlige indkøb spiller en central rolle […] som et af de markedsbaserede instrumenter, der skal anvendes til at opnå intelligent, bæredygtig og inklusiv vækst og således sikre optimal udnyttelse af de offentlige midler.*[61] Desuden havde Kommissionen angivet følgende som supplerende formål i sit forslag til det nugældende udbudsdirektiv: *Mere effektiv udnyttelse af de offentlige midler for at sikre de bedst mulige resultater af indkøb med hensyn til penge. Dette vedrører især en forenkling og fleksibilisering af de gældende*

[55] Udbudsdirektivet, præambelbetragtning (1), s. 2
[56] C-454/06. (2008). *Presstext*, pr. 31 *"Det fremgår af retspraksis, at hovedformålet med fællesskabsbestemmelserne om offentlige aftaler er at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater"*
[57] C-336/12. (2013). *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova*, (herefter "*Manova*"), pr. 28: *"Blandt hovedformålene med de EU-retlige bestemmelser om offentlige kontrakter er målet om at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en ufordrejet konkurrence i samtlige medlemsstater."*
[58] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 78-79
[59] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 56
[60] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 56
[61] Udbudsdirektivet, præambelbetragtning (2), s. 1

regler om offentlige indkøb.[62] Derved anerkender Kommissionen også at andre hensyn tilgodeses. Heraf kan udledes en vis sammenhæng mellem det nationale formål og de EU-retlige formål.

3. De udbudsretlige principper

Forståelsen af principperne er primært udviklet af EU-Domstolen gennem retspraksis både i forhold til den generelle EU-ret, men også i en udbudsretlig sammenhæng.[63]

Som tidligere anført har udbudsreglerne til formål at sikre, at virksomheder har adgang til at byde på offentlige kontrakter. For at opnå et reelt indre marked med effektiv konkurrence om offentlige kontrakter er det imidlertid afgørende, at virksomhederne ikke kun har adgang til at byde, men også har lige muligheder for at opnå kontrakterne. Mulighederne for at opnå en offentlig kontrakt vil kun være reel, og konkurrencen kan kun betragtes som effektiv, såfremt aktørerne har lige vilkår.[64]

Det betyder, at en ordregiver til enhver tid skal efterleve principperne, medmindre kontraktens værdi er under tærskelværdierne, og hvor kontrakten ikke formodes at have interesse for tilbudsgivere i andre EU-lande.[65] Der kan opstå tvivlstilfælde, hvor udbudsreglerne ikke er tilstrækkelig klare. Ordregivere skal i disse tilfælde foretage en konkret vurdering alene på baggrund af principperne, da disse danner grundlag for alle dele af udbudsretten.[66] Det skal i denne forbindelse bemærkes, at principperne er et middel til at nå formålet med udbudsreglerne og udgør ikke i sig selv et formål.[67]

Principperne udgør centrale elementer i udbudsretten, og det følgende afsnit søger at belyse de relevante principper for afhandlingens problemstilling.

---

[62] Europa Kommissionen. (2011). *Forslag Til Europa-Parlamentets Og Rådets Direktiv Om Offentlige Indkøb.,* KOM(2011) 896 endelig, s. 2
[63] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 93
[64] Poulsen, S. T., og Steinicke, M., m.fl. (2022). *EU Udbudsretten.* 4. udgave, DJØF Forlag, s. 38-39
[65] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2024). *Udbudsloven Vejledning om Udbudsreglerne,* s. 14
[66] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 57
[67] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 92

3.1. Ikke-diskriminationsprincippet

Princippet om ikke-diskrimination indebærer et forbud mod diskrimination på baggrund af nationalitet, hvorefter det er forbudt at behandle udenlandske tilbudsgivere mindre gunstigt end nationale tilbudsgivere.[68] Princippet udspringer af art. 18 i TEUF og er endvidere kodificeret i udbudslovens § 3.

Diskrimination kan forekomme direkte og indirekte, hvoraf direkte diskrimination er konkret udformet som forhold, der kun gælder for udenlandske aktører og ikke for nationale aktører.[69] Indirekte diskrimination forekommer i mange tilfælde som et generelt krav i udbuddet, som alle virksomheder skal opfylde, men som nationale aktører vil have bedre forudsætninger for at opfylde frem for udenlandske. Imidlertid kan kravet være objektivt begrundet i et sagligt formål, hvis der eksempelvis er et krav om, at personalet kan tale dansk, men det skal altid vurderes i lyset af proportionalitetsprincippet, som behandles nedenfor.[70]

3.2. Ligebehandlingsprincippet

I udbudsretten henvises der ofte kun til ligebehandlingsprincippet, som bygger på ikke-diskriminationsprincippet og som er udviklet af praksis fra EU-Domstolen.[71]

I modsætningen til ikke-diskriminationsprincippet, er ligebehandlingsprincippet karakteriseret ved at indebære et forbud mod alle former for usaglig forskelsbehandling.[72] Ligebehandlingsprincippet indebærer, at ensartede forhold skal behandles ens, og forskelligartede forhold ikke må behandles ens, medmindre en forskellig behandling kan begrundes objektivt.[73]

---

[68] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2024). *Udbudsloven Vejledning om Udbudsreglerne, s.* 16.
[69] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2024). *Udbudsloven Vejledning om Udbudsreglerne,* s. 17
[70] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 58
[71] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 57
[72] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2024). *Udbudsloven Vejledning om Udbudsreglerne,* s. 15
[73] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 59. Se desuden *Manova* pr. 30: "*Ifølge fast retspraksis kræver dette princip, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan forskellig behandling er objektivt begrundet"*

Princippet finder anvendelse i alle udbuddets faser og er gældende frem til tidspunktet for opfyldelsen af den udbudte kontrakt. EU-Domstolen har præciseret indholdet af ligebehandlingsprincippet,[74] som forpligter ordregivere til at sikre lige behandling af alle aktører, hvilket både indebærer de aktuelle og de potentielle.[75]

Ligebehandlingsprincippet har betydelig indflydelse på ordregiveres mulighed for at foretage berigtigelse. Princippet indebærer, at en ansøger eller en tilbudsgiver ikke må opnå en fordel i viden eller i tid ved at få mulighed for at indsende relevante oplysninger efter udløbet af ansøgning- eller tilbudsfristen.[76] Endvidere skal en anmodning om relevante oplysninger fremsættes efter udløbet af ansøgnings- eller tilbudsfristen og rettes til alle økonomiske aktører i samme situationer inden for det pågældende udbud.[77]

I *Manova* konstaterede EU-Domstolen, at ligebehandling ikke er et mål i sig selv, men at princippet skal ses i lyset af de formål reglerne forfølger, navnlig at skabe et indre marked for offentlige kontrakter.[78]

3.3. Princippet om forbud mod forhandling

Forhandlingsforbuddet udspringer af ligebehandlingsprincippet og af gennemsigtighedsprincippet. Forbuddet er ikke et indskrevet princip i udbudsdirektivet, men er udviklet over tid gennem praksis fra EU-Domstolen og fra Klagenævnet.[79] Begrundelsen bag forbuddet er, at ordregivere gennem en eventuel dialog med tilbudsgiverne vil kunne udnytte dette til at favorisere en bestemt tilbudsgiver, således den af ordregiver fortrukne tilbudsgiver opnår tildelingen af kontrakten.[80]

Forhandlingsforbuddet har særlig relevans for ordregiveres adgang til at berigtige, hvilket i øvrigt er fastslået af EU-Domstolen i *C-599/10 SAG ELV Slovensko* (herefter *Slovensko*), [81] hvor det blev

[74] Se bl.a. sag C-87/94. (1996). *Kommissionen med Belgien*, pr. 54: *hvor det fremgår, at ordregiver skal overholde ligebehandlingsprincippet på alle stadier af udbuddet*
[75] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 95
[76] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 182
[77] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 182
[78] C-336/12, (2013). *Manova*, pr. 29
[79] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 60
[80] Fabricius, J. (2024). *Offentlige indkøb i praksis*. 5. udgave, Karnov Group, s. 62
[81] C-599/10. (2012). SAG ELV Slovensko m. fl., d. 29. marts 2012. (Herefter "*Slovensko*")

fastslået, at forhandlingsforbuddet begrænser en hver adgang til at forhandle mellem en ordregiver og en tilbudsgiver eller ansøger, når de begrænsede udbudsprocedurer anvendes, som følge af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen.[82] Dette betyder som udgangspunkt, at når en økonomisk aktør har afgivet en ansøgning eller et tilbud, kan dette ikke længere ændres. Dette skal ses i lyset af, at risikoen for forskelsbehandling blandt de bydende anses særlig høj i perioden mellem tilbuddenes afgivelse og ordregiveres beslutning om tildeling af kontrakten.[83] Domstolen har imidlertid præciseret, at forbuddet ikke er til hinder for, at der i enkelttilfælde kan berigtiges eller suppleres, når berigtigelsen vedrør fejl, der åbenlyst blot kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør, forudsat at berigtigelsen ikke medfører, at der i realiteten fremsættes en ny ansøgning eller et nyt tilbud.[84]

I øvrigt er forbuddet ikke til hinder for, at der under visse betingelser kan anvendes fleksible udbudsprocedurer, hvor forhandling tillades, men dette behandles ikke yderligere i afhandlingen.[85]

3.4. Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet er et selvstændigt princip i udbudsdirektivets art. 18 (1) samt i udbudslovens § 2. Princippet kan ligesom ligebehandlingsprincippet udledes af princippet om ikke-diskrimination på baggrund af nationalitet i art. 18 TEUF.[86]

Gennemsigtighedsprincippet har til formål at sikre klarhed og åbenhed omkring processen for tildeling af offentlige kontrakter, og skal efter EU-Domstolens praksis sikre effektiv kontrol af særligt ligebehandlingsprincippet.[87] Det følger af gennemsigtighedsprincippet, at ordregivere skal skabe åbenhed og offentlighed omkring selve udbuddet. Derudover indebærer princippet, at ordregivere på forhånd skaber klarhed over de regler og de rammer, der gælder i udbuddet, samt nøje handler i overensstemmelse hermed.[88]

---

[82] C-599/10. (2012). *Slovensko*, pr. 36
[83] Fabricius, J. (2024). *Offentlige indkøb i praksis*. 5. udgave, Karnov Group, s. 761
[84] C-599/10. (2012). *Slovensko*, pr. 40 og C-336/12. (2013). *Manova*, pr. 32
[85] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag s. 61
[86] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag s. 61
[87] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2024). *Udbudsloven Vejledning om Udbudsreglerne,* s. 15
[88] Fabricius, J. (2024). *Offentlige indkøb i praksis*. 5. udgave, Karnov Group, s. 48

Af særlig relevans for afhandlingens problemstilling og som fastslået af EU-Domstolen i *Manova*, følger det af gennemsigtighedsprincippet, at en ordregiver er forpligtet til at afvise en ansøgning eller et tilbud, hvis det på forhånd er angivet i udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil medføre afvisning. Ordregivere kan på denne måde begrænse, hvad der efterfølgende kan berigtiges, men er i henhold til gennemsigtighedsprincippet forpligtet til at overholde de rammer, de selv har fastsat. Denne forpligtelse er kodificeret i udbudslovens § 159, stk. 6, som vil blive nærmere behandlet i afhandlingens kapitel 5 og 6.

3.5. Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet fremgår af TEU art. 5 samt af udbudsdirektivets art. 18 (1), som er kodificeret i udbudslovens § 2. Proportionalitetsprincippet indebærer, at enhver foranstaltning skal være egnet, nødvendig og forholdsmæssig i forhold til det mål, som ønskes opnået med foranstaltningen. I udbudsretlig kontekst medfører dette, at ordregivere ikke må stille krav og betingelser, som går videre, end hvad der er nødvendigt og står i rimeligt forhold til det pågældende udbud.[89] Herigennem kan udledes at princippet finder anvendelse i forhold til vurderingen af, om et krav i udbudsmaterialet kunstigt indskrænker konkurrencen.[90]

Det bemærkes, at proportionalitetsprincippet har en mindre materiel betydning i relation til vurderingen af ordregiveres mulighed for at anmode om berigtigelse.

Proportionalitetsprincippet har dog særlig relevans i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt ordregivere har en pligt til at anmode om berigtigelse af oplysninger i de tilfælde, hvor tilbuddet indeholder en åbenlys fejl af bagatel-agtig karakter, og hvor fejlen umiddelbart kan rettes på baggrund af allerede kendte oplysninger, således der ikke indsendes et nyt tilbud. Betydningen af proportionalitetsprincippet for afhandlingens problemstilling vil blive gennemgået i kapitel 7.

[89] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2024). *Udbudsloven Vejledning om Udbudsreglerne,* s. 16
[90] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 58

3.6. Princippet om effektiv konkurrence

Udbudsdirektivets art. 18 (1) samt udbudslovens § 2, stk. 2 anfører, at udbuddet ikke udformes med det formål at udelukke dette fra direktivets anvendelsesområde eller *kunstigt indskrænke konkurrencen*. Det fremgår videre af udbudsdirektivets art. 42 (2) samt af udbudslovens § 40, stk. 4, at de tekniske specifikationer "[…] *ikke må bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for, at et udbud åbnes for konkurrencen"*. Formålsbestemmelsen i udbudslovens § 1 henviser tillige til hensynet til effektiv konkurrence. Der kunne derfor argumenteres for, at konkurrence er et selvstændigt udbudsretligt princip.

Princippet om effektiv konkurrence indeholder to elementer. For det første må ordregivere ikke tilrettelægge en anskaffelse på en sådan måde, at det omgår udbudsreglerne og for det andet, må ordregivere ikke tilrettelægge udbuddet, med henblik på uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller omvendt uretmæssigt at forringe deres muligheder for at vinde kontrakten.[91]

Ordregivers mulighed for at anmode om berigtigelse af er nært forbundet med princippet om effektiv konkurrence. Hvis en økonomisk aktør afvises fra deltagelse i udbuddet på grund af fejl eller mangler i det indsendte materiale, vil det reelt reducere konkurrencen. Dette kan føre til, at ordregivere modtager mindre fordelagtige tilbud, hvilket igen resulterer i, at de offentlige midler ikke udnyttes optimalt. Princippet er derfor særlig relevant for afhandlingens problemstilling, da det står i kontrast til ligebehandlingsprincippet i vurderingen af, om ordregiver kan anmode om berigtigelse.

[91] Fabricius, J. (2024). *Offentlige indkøb i praksis*. 5. udgave, Karnov Group, s. 56-57

KAPITEL 3
Baggrunden for bestemmelsen

Som tidligere nævnt i afhandlingens kapitel 2 er ordregiveres mulighed for at anmode økonomiske aktører om berigtigelse af oplysninger reguleret i udbudslovens § 159, stk. 5.[92] Bestemmelsen gennemfører udbudsdirektivets artikel 56 (3), og er til dels en kodificering af EU-Domstolens praksis. Det er derfor relevant at klarlægge den historiske udvikling og herunder baggrunden for bestemmelsen.

1. EU-retspraksis

Den første dom fra EU-Domstolen, der er relevant for at belyse udviklingen af ordregiveres mulighed for berigtigelse, er *Slovensko*.[93]

Sagen angik en offentlig kontrakt om levering af tjenester i forbindelse med opkrævning af vejafgifter. Under proceduren anmodede ordregiver om supplerende tilbudsoplysninger vedrørende nogle tekniske specifikationer samt om en redegørelse for de unormalt lave priser, der var tilbudt. Ordregiver valgte herefter at udelukke de to aktører. Sagen nåede til den slovakiske øverste retsinstans, som forelagde EU-Domstolen en række præjudicielle spørgsmål.

Det bemærkes, at der i sagen blev fremsat et præjudicielt spørgsmål, om hvorvidt en ordregiver, der anser et tilbud for værende unormalt lavt, *skal* anmode om relevante oplysninger om tilbuddets sammensætning.[94] Dette spørgsmål behandles ikke yderligere i afhandlingen.

Et andet spørgsmål i sagen omhandlede i hvilket omfang ordregiver kan eller skal anmode den økonomiske aktør om supplerende oplysninger, såfremt tilbuddet er upræcist eller ikke i overensstemmelse med de tekniske specifikationer. Det tidligere udbudsdirektiv af 2004 art. 51, indeholdt en bestemmelse om, at den ordregivende myndighed kan anmode de økonomiske aktører om at supplere eller uddybe dokumentation. Bestemmelsen vedrørte imidlertid alene dokumentation i relation til

[92] I afhandlingen anvendes betegnelsen "økonomiske aktører" som en samlet betegnelse for ansøgere og tilbudsgivere, når en sondring ikke findes nødvendig.
[93] C-599/10. (2012). *Slovensko*
[94] C-599/10. (2012). *Slovensko*, pr. 14

udvælgelsesfasen, hvorfor den var uden betydning for sagen, der angik oplysninger vedrørende selve tilbuddet.[95]

EU-Domstolen fastslog, at ordregivere ikke er forpligtet til at anmode om berigtigelse ved mangelfulde ansøgninger eller tilbud, da "*uklarheden med hensyn til buddet kun følger af en tilsidesættelse af ansøgernes pligt til at udvise omhu i affattelsen af buddet, som de i lighed med de øvrige ansøgere er underlagt*"[96]. Det er således den økonomiske aktør, der bærer risikoen for uklarheder i sin ansøgning eller i sit tilbud.

EU-Domstolen opsummerede indledningsvist forhandlingsforbuddet, hvorefter at et afgivet tilbud i princippet ikke kan ændres samt at enhver forhandling mellem ordregiver og den økonomiske aktør er udelukket i den begrænsede udbudsprocedure[97], hvilket følger af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.[98] Videre udtalte EU-Domstolen, at såfremt ordregiver får mulighed for at anmode om supplerende oplysninger om forhold i tilbuddet, som er upræcise eller ikke er i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne, forekommer der en risiko for, at henvendelsen fremstår som om, at der er sket forhandlinger.[99]

EU-Domstolen udtalte imidlertid, at forhandlingsforbuddet ikke er til hinder for, at oplysninger undtagelsesvis i enkelt tilfælde kan berigtiges eller suppleres, hvis der eksempelvis blot er tale om en nødvendig og åbenlys præcisering eller rettelse af åbenlyse fejl, så længe dette ikke i realiteten medfører et nyt tilbud.[100] Det blev herefter fastslået, at førend ordregivere kan anmode om berigtigelse, skal en række betingelser være opfyldt.

Det skal som nævnt være tale om noget, hvor i) det er klart, at der er tale om en præcisering eller en rettelse af åbenlyse fejl, og berigtigelsen må ikke føre til, at der fremsættes et nyt tilbud. EU-Domstolen fremfører videre, at ordregiver, når denne udøver sit skøn i forbindelse med berigtigelsen, er ii) forpligtet til at behandle aktørerne *ens og rimeligt*, således at anmodningen om berigtigelse ikke

[95] C-599/10. (2012). *Slovensko*, pr. 22
[96] C-599/10. (2012). *Slovensko*, pr. 38
[97] Det antages, at det samme gør sig gældende ved offentlige udbud, men sigter ikke til de procedurer, hvor forhandling og dialog er en integreret del af proceduren.
[98] C-599/10. (2012). *Slovensko,* pr. 36
[99] C-599/10. (2012). *Slovensko*, pr. 37
[100] C-599/10. (2012). *Slovensko,* pr. 40

fremstår som uberettiget at have begunstiget eller forskelsbehandlet visse aktører.[101] Det er tillige en betingelse at, iii) anmodningen om berigtigelse først må finde sted, når ordregiver har fået kendskab til alle buddene,[102] og iv) anmodningen skal rettes mod alle økonomiske aktører i samme situation, medmindre der foreligger objektive verificerbare omstændigheder, der kan begrunde forskelsbehandling.[103] Dette kan navnlig være tilfælde, hvor et tilbud under alle omstændigheder skulle afvises som ukonditionsmæssigt. Endelig er det en betingelse, at v) anmodningen skal omfatte alle de dele af et tilbud, der er upræcise eller ikke i overensstemmelse med de tekniske specifikationer i udbudsbetingelserne. Ordregiver kan derfor ikke afvise et bud på baggrund af uklarheder i en del af buddet, som ikke var omfattet af anmodningen.[104]

I *Manova*, som blev afgjort efter *Slovensko*, tog EU-Domstolen stilling til, om ligebehandlingsprincippet er til hinder for, at ordregivere anmoder om fremsendelse af dokumenter, såsom offentliggjorte balancer, der i udbudsmaterialet var krævet, men ikke fremgik i ansøgningen om prækvalifikation.

Sagen angik et begrænset udbud vedrørende en tjenesteydelse omhandlende varetagelse af driften af syv regionale studievejledningscentre. Efter ansøgningsfristens udløb, konstaterede ordregiver, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser, at to ansøgere, Københavns Universitet og Syddansk Universitet, ikke havde vedlagt deres seneste balance, som efter udbudsmaterialet var et krav. Herefter anmodede ordregiveren de to ansøgere om at fremsende deres balanceoplysninger.[105]

Sagen blev indbragt for Klagenævnet, som fandt, at ordregiver havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at have anmodet de to ansøgere om at indsende balanceoplysningerne efter ansøgningsfristen udløb, hvorefter tildelingsbeslutningen blev annulleret. Afgørelsen blev indbragt for Østre Landsret, som forelagde et præjudicielt spørgsmål for EU-Domstolen, om hvordan ligebehandlingsprincippet skal forstås i denne sammenhæng.

[101] C-599/10. (2012). *Slovensko*, pr. 41
[102] C-599/10. (2012). *Slovensko*, pr. 42
[103] C-599/10. (2012). *Slovensko*, pr. 43
[104] C-599/10. (2012). *Slovensko*, pr. 44
[105] C-336/12. (2013). *Manova*, pr. 16

EU-Domstolen henviste indledningsvist til *Slovensko*, og fremførte, at ligebehandlings – og gennemsigtighedsprincippet er med til at sikre hovedformålene om fri bevægelighed og ufordrejet konkurrence,[106] hvorefter principperne er til hinder for enhver forhandling mellem en ordregiver og en økonomisk aktør, hvilket tillige er kernen af forhandlingsforbuddet. Udgangspunktet er herefter, at en ansøgning eller et tilbud ikke kan ændres efter dets afgivelse.[107] Hertil fremførte EU-Domstolen, at ligebehandlingsprincippet ikke udgør et mål i sig selv, men skal bedømmes i sammenhæng med det formål, som det tjener.[108]

EU-Domstolen fandt, ligesom i *Slovensko*, at ligebehandlingsprincippet ikke er til hinder for, at *oplysninger i enkelttilfælde kan berigtiges eller suppleres, bl.a. fordi de åbenlyst blot kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør*[109] og gentog i det væsentligste betingelserne for berigtigelse, som fastlagt i *Slovensko,* og som er gennemgået ovenfor.[110] EU-Domstolen bemærkede i forlængelse heraf, at betingelserne kan anvendes analogt i andre typer udbudsprocedurer, herunder også ved prækvalifikation i et begrænset udbud.[111]

På denne baggrund fandt EU-Domstolen, at ligebehandlingsprincippet ikke er til hinder for, ordregiver i enkelttilfælde kan berigtige oplysninger, når disse *objektivt kan kontrolleres forelå forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud*.[112] EU-Domstolen fastslog dermed, at ordregiveres adgang til at anmode om supplerende oplysninger alene kan anvendes, hvis de pågældende oplysninger eksisterede inden udløbet af fristen. Anmodningen må ligeledes ikke medføre uretmæssig begunstigelse eller forskelsbehandling af de aktører, som anmodningen rettes til.[113]

Betingelserne for berigtigelse ansås for opfyldt i *Manova*, da balanceoplysningerne objektivt kunne konstateres, forelå forud for fristtidspunktet. Dermed kunne det ikke anses for en konkurrencemæssig fordel for aktørerne og derfor fandt EU-Domstolen, at konkurrencen ikke var uberettiget påvirket. At en oplysning objektivt skal kunne kontrolleres forud for fristens udløb, er ligeledes et udtryk for, at

[106] C-336/12. (2013). *Manova*, pr. 28
[107] C-336/12. (2013). *Manova*, pr. 31
[108] C-336/12. (2013). *Manova*, pr. 29
[109] C-336/12. (2013). *Manova*, pr. 32
[110] C-336/12. (2013). *Manova*, pr. 34-37
[111] C-336/12. (2013). *Manova*, pr. 38
[112] C-336/12. (2013). *Manova*, pr. 39
[113] C-336/12. (2013). *Manova*, pr. 42

det ikke må føre til fremsættelse af et nyt tilbud eller ny ansøgning eller en ændring heraf. Spørgsmålet om, hvornår en ansøgning eller et tilbud anses for at være nyt, gennemgås i kapitel 4 og 6 nedenfor.

Den relativt brede adgang til at foretage berigtigelse, blev dog indskrænket af EU-Domstolen, som udtalte, at der ikke kan berigtiges i tilfælde, hvor det i udbudsmaterialet er krævet, at det manglende dokument eller den manglende oplysning fremgår, hvorefter den økonomiske aktør udelukkes fra udbuddet, hvis ikke kravet opfyldes. Det påhviler således ordregivere strengt at overholde de kriterier, de selv har fastsat.[114] Dette behandles nærmere i kapitel 5.

Sammenfattende kan det om bestemmelsens baggrund anføres, at *Slovensko* vedrørte evaluering af tilbud, mens *Manova* omhandlede forhold relateret til aktøren selv. Dette indebærer, at de fastsatte rammer for berigtigelsesadgangen finder anvendelse både i udvælgelsesfasen og i tildelingsfasen.

Manova viste dog en mere fleksibel tilgang end *Slovensko*, idet det blev fastslået, at ordregiver inden for sit skøn kunne modtage nye dokumenter efter fristtidspunktet, hvis oplysningerne kunne kontrolleres objektivt, forelå forud for fristens udløb. Dermed gav EU-Domstolen i Manova-sagen ordregiver en bredere skønsmargin.[115]

2. Udbudsdirektivets Artikel 56 (3)

Udbudsdirektivet hjemler en adgang for den ordregivende myndighed til at anmode økonomiske aktører om at indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante oplysninger eller dokumentation, når en oplysning eller et dokument, synes at være ufuldstændige, fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter.[116]

Bestemmelsen er fakultativ, hvilket indebærer, at ovennævnte gælder forudsat, at der ikke er andet fastsat i de respektive nationale lovgivninger, da medlemsstaterne ikke er forpligtet til at indføre

[114] C-336/12. (2013). *Manova*, pr. 40
[115] García-Andrade, X.C. (2015). *Why Manova is not Slovensko: a new balance between equal treatment of tenderers and competition?* Public Procurement Law Review
[116] Udbudsdirektivet, art. 56 (3)

bestemmelsen. Det er dog en forudsætning at der sker fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.[117]

Til forskel fra EU-retspraksis følger det ikke af ordlyden i art. 56 (3), at berigtigelse af et tilbud eller en ansøgning ikke må føre til fremsættelse af et nyt tilbud. Betingelsen er udviklet gennem retspraksis, hovedsageligt igennem *Manova*, men kan ligeledes udledes af bestemmelsens henvisning til ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Med gennemførelsen af art. 56 (3) i udbudsdirektivet, blev adgangen til at berigtige en ansøgning eller et tilbud gjort mere fleksibel i forhold til det forhenværende udbudsdirektiv af 2004, hvor bestemmelsen i sig selv var uklar, og hvor der i høj grad var tvivl om rækkevidden af bestemmelsens anvendelsesområde.[118]

Bestemmelsen tilsigter derfor at skabe en større fleksibilitet for ordregivere ved at finde den rette balance mellem på den ene side hensynet til konkurrencen og på den anden side hensynet til ligebehandling af de økonomiske aktører.[119]

3. Udbudslovens § 159, stk. 5 og stk. 6

Udbudslovens § 159, stk. 5, gennemfører udbudsdirektivets art. 56 (3), [120] og er ifølge bemærkningerne til lovforslaget blandet andet en kodificering af EU-Domstolens retspraksis, herunder *Manova*.[121] Det følger af bestemmelsen, at ordregivere under overholdelse af principperne i udbudslovens § 2 kan anmode en økonomisk aktør om at *supplere, præcisere eller fuldstændiggøre* ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist. Det fremgår ligeledes, at anmodningen ikke må føre til, at den økonomiske aktør fremsætter en ny ansøgning eller nyt tilbud. Udbudslovens § 159, stk. 5, udgør således hjemmel til, at ordregivere i visse situationer kan anmode økonomiske aktører om berigtigelse.

[117] Udbudsdirektivet, art. 56 (3)
[118] Hamer, C. R. (2016). *Requesting additional information - increase of flexibility and competition?* s. 235-236
[119] Hamer, C. R. (2016). *Requesting additional information - increase of flexibility and competition?*s. 252
[120] Før udbudsloven fandt udbudsdirektivet af 2004 direkte anvendelse i dansk ret (telle quelle).
[121] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 181

Bestemmelsen har til forskel fra, hvad der står i udbudsdirektivets art. 56 (3), anført direkte "*anmodningen må ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller tilbud*". Imidlertid har dette ingen praktisk betydning for retsstillingen, da dette implicit følger af ligebehandlingsprincippet, som der i art. 56 (3), henvises direkte til. Derfor må hensigten med denne del af bestemmelsens ordlyd være at tydeliggøre den retlige ramme under hensyn til, at Udbudslovsudvalgets formål blandt andet var at skabe klarhed med implementeringen af udbudsdirektivet.[122]

Af udbudslovens § 159, stk. 6, fremgår, at ordregivere skal afvise en ansøgning eller et tilbud, hvis det af udbudsmaterialet udtrykkeligt fremgår, at fejlen eller manglen vil føre til afvisning, og ansøgningen eller tilbuddet indeholder en sådan fejl eller mangel. Af lovbemærkningerne fremgår, at bestemmelsen er en kodificering af *Manova*[123]. Dette er navnlig præmis 40, som er gennemgået ovenfor, hvorefter en ordregiver strengt skal overholde de kriterier, som den selv har fastsat.

Som tidligere anført skal bestemmelsen ses i lyset af EU-Domstolens praksis, der er gennemgået ovenfor.

[122] *Rapport fra udvalg om Dansk Udbudslovgivning,* december 2014, s. 708.
[123] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 182

KAPITEL 4
Ordregivers berigtigelsesmulighed

Dette kapitel undersøger ordregiveres mulighed for at anmode økonomiske aktører om at berigtige fejl og mangler i ansøgninger eller i tilbud. De enkelte dele af udbudslovens § 159, stk. 5, belyses særskilt, og endvidere undersøges, hvilke elementer, der er afgørende i vurderingen af, hvornår og under hvilke betingelser ordregivere kan gøre brug af adgangen til berigtigelse.

1. Hvad skal der forstås ved dokumentation og oplysninger?

For at besvare afhandlingens problemstilling og afklare ordregiveres adgang til at anmode om berigtigelse, er det relevant at undersøge, hvad begreberne *oplysninger* og *dokumentation* indebærer.

Ifølge udbudslovens § 159, stk. 5, kan ordregivere under overholdelse af principperne i § 2 anmode en økonomisk aktør om berigtigelse, hvis de indsendte oplysninger eller den indsendte dokumentation, er *ufuldstændige* eller *fejlbehæftede*. Det er forfatternes opfattelse, at der ved "fejlbehæftede" oplysninger eller dokumentation skal forstås faktuelle fejl, misvisende oplysninger eller ukorrekt information. Ufuldstændige oplysninger eller dokumentation dækker over tilfælde, hvor dele af dokumentationen eller oplysningerne mangler eller ikke er beskrevet tilstrækkeligt.

Det fremgår videre af bestemmelsens ordlyd, at ordregivere kan anmode om berigtigelse, *når der mangler specifikke dokumenter*. Dette omfatter oplysninger eller dokumentation, der ikke er inkluderet i den oprindelige ansøgning eller i det oprindelige tilbud. Lovbemærkningerne til bestemmelsen præciserer yderligere, at "*ordregiveren kan fremsætte en anmodning om relevante oplysninger og dokumentation, selvom ansøgningen eller tilbuddet helt mangler de efterspurgte oplysninger eller dokumentation."*[124]. Dette harmonerer tillige med ordlyden i art. 56 (3) i udbudsdirektivet, hvor ordet "indsende" indikerer, at ordregivere kan anmode økonomiske aktører om at indsende relevante oplysninger eller dokumentation, der helt mangler i det oprindelige indsendte.[125]

[124] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 182
[125] *Rapport fra udvalg om Dansk Udbudslovgivning,* december 2014, s. 707

På denne baggrund kan ordregivere anmode om berigtigelse af både fejlbehæftede, ufuldstændige og helt manglende oplysninger eller dokumentation, forudsat at de øvrige betingelser for berigtigelse er opfyldt. Ifølge bestemmelsen kan ordregivere anmode om *supplering, præcisering eller fuldstændiggørelse* af ansøgningen eller tilbuddet. I det følgende vil det blive undersøgt, hvad disse begreber dækker over, samt hvordan de anvendes i praksis.

2. Hvad indebærer præcisering, supplering og fuldstændiggørelse af oplysninger og dokumentation?

Det er tidligere i afhandlingen anført, at betingelserne for at berigtige, herunder præcisere, supplere og fuldstændiggøre blev fastlagt i *Slovensko* og i *Manova*. Det bemærkes, at disse betingelser gælder, uanset om der er tale om præcisering, supplering eller fuldstændiggørelse for at sikre, at processen overholder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Præcisering kan være nødvendigt, når de indsendte oplysninger eller dokumentation er uklare og skaber tvivl om, hvorvidt tilbuddet eller ansøgningen lever op til de opstillede krav. Ved en præcisering er det forfatternes forståelse, at den økonomiske aktør afklarer tvivlen og tydeliggør, hvad der nærmere skal forstås ved de allerede indsendte oplysningerne eller dokumentationen. Det er afgørende, at præcisering ikke må ændre indholdet af den oprindelige ansøgning eller det oprindelige tilbud, men alene fjerne uklarheder.

Et eksempel på præcisering forelå i Klagenævnets kendelse af 15. maj 2019, *Salini Impregilo S.p.A. mod Metroselskabet I/S*. I sagen havde ordregiver rettet henvendelse til ansøgeren vedrørende allerede oplyste nøgletal. Klagenævnet udtalte, at der med denne præcisering ikke havde været mulighed for at forbedre den oprindelige ansøgning, og at præciseringen derfor havde været berettiget.

Supplering indebærer, at en økonomisk aktør eftersender yderligere oplysninger eller dokumentation, som ikke fremgik af den oprindelige ansøgning eller det oprindelige tilbud. Supplerende oplysninger eller dokumentation udgør materiale, der enten kan ikke udledes, eller som kan udledes, men ikke direkte fremgår af de allerede indleverede dokumenter, men som eksisterede på tidspunktet for fristens udløb. Det vil sige, at indhentelse af supplerende oplysninger, anvendes i en kontekst, hvor

oplysningerne skal fuldende den oprindelige ansøgning eller det oprindelige tilbud, uden at ændre dets indhold.

Typisk omfatter supplering historiske oplysninger, såsom årsrapporter eller regnskaber, der allerede var tilgængelige før fristen. Det er vigtigt at understrege, at selvom supplering indebærer fremsendelse af oplysninger, der ikke var medtaget i den oprindelige ansøgning eller tilbud, må dette ikke resultere i en ændring af ansøgningen eller tilbuddet.

Et eksempel på supplering forelå i Klagenævnets kendelse af 5. februar 2015, *Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark*. I sagen havde ordregiver indhentet supplerende oplysninger fra to tilbudsgivere vedrørende deres nettoomsætning på referencer. Klagenævnet udtalte, at det var klart hvilke kunder og kontakter, der skulle afgives supplerende omsætningsoplysninger om, samt at anmodningerne vedrørte historiske omsætningsdata, der vil være muligt at verificere. Anmodning om supplerende oplysninger angik derfor oplysninger, som det objektivt kunne kontrolleres, forelå forud for udløbet af fristen. Ordregiver var derfor berettiget til at indhente de supplerende oplysninger om nettoomsætningen. Klagenævnet udtalte videre, at den omstændighed, at tilbudsgiverne fik *en vis tidsmæssig fordel, er en følge af den af EU-Domstolen fastlagte adgang til inden for nærmere rammer at indhente supplerende oplysninger*.

På baggrund af dette kan adgangen til at berigtige oplysninger give en vis tidsmæssig fordel, men denne implicitte fordel er i sig selv ikke tilstrækkelig til at skabe konkurrenceforvridning, og dermed afskære ordregivere fra at anmode om berigtigelse. Det må imidlertid bemærkes, at den økonomiske aktør ikke må opnå en væsentlig tidsmæssig fordel, da dette kan give aktøren en konkurrencefordel ved at have fået ekstra tid til at forberede komplekst materiale.[126]

Ved fuldstændiggørelse gives den økonomiske aktør mulighed for at rettet mindre mangler eller udeladelser i den oprindelige ansøgning eller i det oprindelige tilbud. Dette omfatter typisk mindre formelle mangler, såsom manglende underskrifter eller bilag, som er nødvendige for at gøre ansøgningen eller tilbuddet fuldendt. Det er ligeledes forfatternes forståelse, at fuldstændiggørelse også kan anvendes bredere som en opsamlingsbestemmelse. Det gælder tillige for fuldstændiggørelse, at der ikke

[126] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 614-615

må ændres på selve indholdet i ansøgningen eller i tilbuddet, da dette ville stride imod ligebehandlingsprincippet.

Klagenævnet anvender ikke begreberne med samme systematik, som beskrevet ovenfor, men anvender dem i stedet på en mere fleksibel måde. En mere systematisk anvendelse kunne dog være fordelagtig, da det fra en ordregivers perspektiv vil skabe større klarhed om rammerne for berigtigelse.

En systematisk brug af begreberne ville skabe en større forudsigelighed og ensartethed i anvendelsen af reglerne, som fremmer gennemsigtigheden i udbudsprocessen. Sandsynligvis vil risikoen for fejl og dermed klager som følge heraf reduceres, da både de økonomiske aktører og ordregiverne vil have en mere ens forståelse for brugen af adgangen i udbudsloven § 159, stk. 5 og herunder ordregivers skønsmargin.

3. Hvornår fører en ændring til fremsættelse af ny ansøgning eller nyt tilbud?

Som det tidligere er anført, skal enhver anmodning om berigtigelse ske under iagttagelse af de udbudsretlige principper, særligt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. I forlængelse heraf er ordregivere forpligtet til at sikre, at den afgivne oplysning ikke fører til, at den oprindelige ansøgning eller det oprindelige tilbud ændres i sådan en grad, at der i virkeligheden fremsættes en ny ansøgning eller et nyt tilbud, jf. § 159, stk. 5.

Af lovbemærkningerne til § 159, stk. 5, fremgår det, at det ikke betragtes som fremsættelse af et nyt tilbud i de tilfælde, hvor den økonomiske aktør efter anmodning indsender relevante oplysninger, som objektivt kan konstateres, forelå på tidspunktet for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.[127]

Det er ikke en betingelse, at selve dokumentet, hvori oplysningen fremgår, foreligger forud for fristens udløb. Det er derimod en betingelse, at selve oplysningen skal kunne dokumenteres, forelå forud for fristens udløb på et objektivt grundlag.[128]

[127] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 182
[128] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 182

I vurderingen af, hvorvidt en fremsendelse udgør et nyt tilbud, skal ordregiveren sikre, at den økonomiske aktør ikke opnår en konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne efter fristens udløb. Det betyder, at såfremt en ordregiver anmoder en økonomisk aktør om at eftersende nye oplysninger, der kan give virksomheden en konkurrencemæssig fordel, vil dette være fremsættelse af et nyt tilbud.[129] Hvorvidt en økonomisk aktør har fremsat en ny ansøgning eller et nyt tilbud, beror på en konkret vurdering af karakteren af den fremsendte oplysning sammenholdt med sagens øvrige omstændigheder.

Det skal bemærkes, at ordregiveren ved evalueringen af tilbud vurderer, hvad de enkelte tilbudsgivere har tilbudt, hvilket vil sige, hvordan de påtænker at udføre den udbudte kontrakt.[130] Risikoen for forskelsbehandling blandt tilbudsgiverne anses for særlig høj i perioden fra tilbuddenes afgivelse til ordregiverens beslutning om kontrakttildeling. Dette skyldes, at ordregiveren kan være fristet til at lade den tilbudsgiver, der afgiver det laveste eller mest fordelagtige tilbud, korrigere sit tilbud, så det bliver det vindende tilbud.[131] Af denne grund er adgangen til at berigtige oplysninger og dokumentation mere begrænset, når det vedrører forhold relateret til kontraktens genstand.

I dette afsnit undersøges EU-Domstolens og Klagenævnets praksis med henblik på at udforske grænsen for anvendelsesområdet af § 159, stk. 5, herunder hvilke elementer der taler henholdsvis for og imod, at der er tale om fremsættelse af et nyt tilbud.

3.1. Hvilke elementer taler for nyt tilbud?

EU-Domstolens afgørelse af 7. april 2016, C-324/14, *Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta* angik et udbud med otte delaftaler, hvor tilbudsgiverne havde mulighed for at byde på enkelte dele alternativt give et samlet tilbud for alle delene. Partner havde givet et samlet tilbud for alle delaftalerne. Ordregiveren var imidlertid i tvivl om, hvorvidt Partner rådede over de nødvendige ressourcer til at udføre kontrakten, da denne baserede sig på en anden aktørs formåen. Ordregiveren anmodede derfor Partner om at præcisere omfanget af den støttende enheds deltagelse i udførelsen af kontrakten efter tilbudsfristens udløb.

[129] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 182. se desuden: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2024). *Udbudsloven Vejledning om Udbudsreglerne,* s. 240
[130] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 553
[131] Fabricius, J. (2024). *Offentlige indkøb i praksis*. 5. udgave, Karnov Group, s. 761

Som svar herpå anmodede Partner om, at såfremt ordregiveren fandt den fremlagte erfaring utilstrækkelig at medregne den formåen, som selskabet havde angivet for hver af de otte dele af den i hovedsagen omhandlede kontrakt, i prioriteret rækkefølge. Således ville en eventuel afvisning ikke gælde for hele kontrakten, men kun for de enkelte dele, med hensyn til hvilke Partner ikke opfyldte de nødvendige kriterier.[132]

EU-Domstolen fandt at dette *"langt fra blot udgør en specifik præcisering eller en berigtigelse af åbenlyse indholdsmæssige fejl"* som bestemmelsen tilsigter, *"... men i realiteten er en væsentlig ændring, som snarere udgør en afgivelse af et nyt tilbud."*[133]

Når Partner ændrer sammensætningen af sit tilbud, således at det oprindelige samlede tilbud for hele kontrakten, omstruktureres på en måde, der er målrettet den enkelte delkontrakt, indebærer dette en grundlæggende ændring i tilbuddet, da der i realiteten gives et nyt tilbud for hver af de enkelte delaftaler. Dette skyldes, at det oprindelige tilbud skulle vurderes samlet, hvori alle delaftalerne indgik, hvorimod de enkelte delaftaler i det ændrede tilbud vil skulle evalueres enkeltvist.

I EU-Domstolens afgørelse af 4. maj 2017, C-387/14, *Esaprojekt sp. z o.o. v Województwo Łódzkie*, var spørgsmålet, hvorvidt det var muligt at indhente nye referencer efter fristens udløb. Ordregiveren havde stillet krav om, at tilbudsgiverne skulle have erfaring med opfyldelse af to lignende kontrakter. Esaprojekt ønskede at eftersende nye referencer, hvor virksomheden baserede sig på tredjemands erfaringer, ledsaget af tilsagn om, at de nødvendige ressourcer ville blive stillet til rådighed for tilbudsgiveren.

EU-Domstolen udtalte, at "*Sådanne præciseringer udgør langt fra en præcisering i enkelttilfælde eller en berigtigelse af åbenlyse indholdsmæssige fejl […], men udgør i virkeligheden en indholdsmæssig og væsentlig ændring af det oprindelige bud, som snarere svarer til fremsættelsen af et nyt bud."*[134]

[132] C-324/14. (2016). *Partner Apelski*, pr. 67
[133] C-324/14. (2016). *Partner Apelski*, pr. 68
[134] C-387/14. (2017). *Esaprojekt,* pr. 42

En sådan supplering, som i *Esaprojekt*, vil påvirke grundlæggende forhold i udbudsproceduren, navnlig selve identiteten på den økonomiske aktør, hvilket i høj grad vil være en afvigelse fra det oprindelige tilbud. Tilbudsgiveren ville få en væsentlig fordel og berigtigelsen ville være egnet til at påvirke tildelingsbeslutningen.[135]

Af tidligere afgørelser kan nævnes EU-domstolens afgørelse af 25. april 1996, C-87/94, *Kommissionen mod Belgien "Wallonske Busser"* og Rettens afgørelse af 20. september 2011, T-461/08, *Evropaïki Dynamiki mod EIB*. I sagen *Wallonske Busser* vurderede EU-Domstolen, at en tilbudsgiver fik en konkurrencemæssig fordel, fordi denne efter tilbudsfristen fremsendte nye oplysninger om bussens brændstofforbrug, der indgik som tildelingskriterium. EU-Domstolen bemærkede, at ved at tage de eftersendte oplysninger i betragtning påvirkedes prioriteringen af tilbuddene og dermed kontraktens tildeling. I *Evropaïki Dynamiki* vurderede Retten, at der var fremsat nyt tilbud i forbindelse med, at en tilbudsgiver ændrede sammensætningen af et leder-team og derved reducerede kvaliteten, med henblik på at reducere prisen tilsvarende. En sådan ændring i pris kunne have indflydelse på ordregiverens tildelingsbeslutning. Ovenstående afgørelser illustrerer, at det er centralt for vurderingen, at de eftersendte oplysninger har haft en *effekt* på kontraktens tildeling. Det kan således anføres, at der skal kunne påvises en effekt på tildelingsbeslutningen ved eftersendelsen af oplysningerne.

Følgende tager afsæt i Klagenævnets stillingtagen til, hvorvidt der er tale om fremsættelse af nyt tilbud i strid med udbudslovens § 2 og § 159, stk. 5.

Klagenævnets kendelse af 24. maj 2024, *KPMG P/S mod Finansministeriet af 24. maj 2024,* vedrørte et udbud om konsulentydelser, hvor tilbudsgiverne skulle angive døgnpriser for medarbejderkategorier. KPMG oplyste dagspriser baseret på en 7,5 timers arbejdsdag fremfor at bruge de vedlagte vederlagsmodeller. Ordregiveren afviste KPMG's tilbud som ukonditionsmæssigt, da der var forbehold for vederlagsmodellen. Klagenævnet gav ordregiveren medhold og fandt, at KPMG's tilbud indeholdt et forbehold over for et grundlæggende element, nemlig prisen, og at der heri lå et forbehold for et krav om yderligere betaling for arbejdsdage, der måtte blive længere end 7,5 timer. Ordregiveren havde hverken ret eller pligt til at lade KPMG ændre tilbuddet.

[135] Se senest Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. november 2024, *Bruker Nordic AB mod Syddansk Universitet*, hvor ordregiveren i strid med § 2 og § 159, stk. 5 efter tilbudsfristen havde givet en tilbudsgiver mulighed for at basere sig på en anden virksomheds økonomiske formåen ved fremsendelse af støtteerklæring og ESPD for denne virksomhed. Der var i sagen tale om nyt tilbud.

Forbeholdet for prisen, er som det klare udgangspunkt et forbehold for et grundlæggende element, jf. fast klagenævnspraksis.[136] Et forbehold for et grundlæggende element kan ikke anses for en fejl som omhandlet i § 159, stk. 5. Det vil derfor være en konkurrencemæssig fordel, hvis KPMG på denne måde fik adgang til at definere sin vederlagsmodel efter tilbudsfristens udløb, særligt henset til at prisen er et konkurrenceparameter og har indflydelse på tildelingsbeslutningen. Det ville kunne stille en tilbudsgiver bedre i forhold til konkurrencen, hvis denne fik adgang til at ændre i sine priser. Det må derfor som udgangspunkt forstås som værende det samme som at fremsætte et nyt tilbud, hvis der tillades at ændre i pris.

Klagenævnets kendelse af 19. januar 2024, *BKI Foods A/S mod Region Syddanmark, Region Nordjylland, Region Midtjylland, Region Sjælland og Region Hovedstaden* vedrørte et offentligt udbud af en rammeaftale om levering af kaffe og relaterede produkter. Rammeaftalen havde været i udbud to gange tidligere, som efterfølgende var blevet annulleret. En konkret tilbudsgiver havde ved en fejl indleveret en tidbudsliste, der ikke angik det aktuelle udbud, men stammede fra et forudgående annulleret udbud. Da den tidligere version af tilbudslisten ikke var identisk med den aktuelle, blev tilbuddet afvist som ukonditionsmæssigt.

Klagenævnet udtalte, *at tilbudslisten udgør grundlaget for, hvad tilbudsgiveren kan kræve som betaling for arbejdet*, og er *et afgørende element i selve tildelingen af kontrakten*. Tilbudslisten havde derfor *en helt anden karakter end de dokumenter, som er eksemplificeret i lovbemærkningerne til udbudslovens § 159, stk. 5.* Klagenævnet fandt, at fremsendelsen af den korrekte tilbudsliste ville udgøre en væsentlig ændring af tilbuddet samt give tilbudsgiveren en konkurrencemæssig fordel i tid. Dette gjaldt uanset, om det med den fornødne objektive sikkerhed kunne dokumenteres, at den korrekte tilbudsliste, var udfyldt inden tilbudsfristens udløb og ikke efterfølgende ændret. En ny tilbudsliste, vil uanset medføre en risiko for at overtræde forhandlingsforbuddet, eftersom tilbudslisten udover prisen indeholdt oplysninger om produkter, doseringer mv., som har betydning for evalueringen af tilbuddet. Derfor var ordregiver hverken forpligtet eller berettiget til at anmode om den korrekte version af tilbudslisten, da dette reelt svarer til at afgive et nyt tilbud.

[136] Som eksempel herpå kan henvises til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 25. februar 2021, *SUEZ Water A/S mod Danish Oil Pipe A/S*

Af øvrig praksis kan nævnes Klagenævnets kendelse af 22. februar 2024, *Arcturus UAV, Inc. mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse,* hvor Klagenævnet fandt, at ordregiveren ikke var berettiget til at tilføje yderligere "reservedele" til en tilbudsgivers tilbud, da dette ville føre til fremsættelse af nyt tilbud. Sagen belyser, at tilføjelse af nye produkter, som eksempelvis reservedele, falder uden for rammerne af § 159, stk. 5 og ligebehandlingsprincippet, og udgør en væsentlig ændring af tilbuddet til fordel for den pågældende tilbudsgiver.

Hvis en tilbudsgiver indsender nye priser eller ændrer på sammensætningen af indholdet af tilbuddet efter tilbudsfristens udløb, medfører det en risiko for, at det oprindelige tilbud og selve processen påvirkes. Selvom disse typer af oplysninger var udarbejdet eller eksisterede inden fristens udløb, ændrer det ikke ved, at en efterfølgende fremsendelse potentielt kan skabe mulighed for indirekte forhandling. Det har således ingen betydning, om der på et objektivt grundlag kan konstateres og dokumenteres, at prisen foreligger forud for fristens udløb, da alene muligheden for, at der kan opstå indirekte forhandlinger, er tilstrækkeligt til at påvirke konkurrencen. Denne mulighed vil medføre, at den pågældende tilbudsgiver opnår en konkurrencemæssig fordel. Dette vil klart være i strid med de udbudsretlige principper, da enhver ændring eller tilføjelse, der indebærer risiko for forhandling af tilbuddet efter fristens udløb, er uforenelig med princippet om forbud mod forhandling, ligebehandling og gennemsigtighed.

3.2. Hvilke elementer taler imod nyt tilbud?

I Klagenævnets kendelse af 23. maj 2022, *Fugato A/S mod Bornholms Regionskommune*, drejede udbuddet sig om indsamling af affald og udvikling af en fremtidig affaldsordning. Fugato, der var den forbigåede tilbudsgiver, påstod, at ordregiveren havde handlet i strid med udbudslovens § 2 og § 159, stk. 5, ved at indgå i forhandlinger med den vindende tilbudsgiver (herefter "HCS") efter afgivelsen af det endelige tilbud, navnlig ved at bede den vindende tilbudsgiver om at bekræfte, at tilbuddet opfyldte specifikke krav.

HCS' tilbud afveg på enkelte punkter fra udbudsmaterialets kravspecifikation. Ordregiveren fandt, at afvigelserne udgjorde forbehold, men ikke forbehold for grundlæggende elementer eller mindstekrav. Ordregiveren kapitaliserede forbeholdene, og tilbuddet blev på trods heraf vurderet til at være det økonomisk mest fordelagtige. Først herefter blev HCS bedt om at bekræfte, at de opfyldte kravene

som fastlagt i udbudsmaterialet. HCS' svar på anmodningen blev således ikke inddraget i evalueringen.

Klagenævnet fandt ikke, at HCS havde fået mulighed for at forbedre eller ændre sit tilbud, da ordregiveren allerede forinden havde kapitaliseret forbeholdene, og inddraget dem i evalueringen, som var tilladt efter udbudsmaterialet. Klagenævnet fandt, at ordregiveren var berettiget til at give HCS mulighed for at bekræfte forholdene i medfør af § 159, stk. 5, og at dette ikke ville udgøre en forbedring af tilbuddet eller fremsættelse af et nyt tilbud.

Der var således alene tale om en "teknisk afklaring", da ordregiveren ville have præciseret om uklarhederne vedrørende opfyldelse af de tekniske krav, uden at ændre på de grundlæggende elementer eller tilbuddet i øvrigt, var i overensstemmelse med udbudsmaterialet.

Af øvrig praksis, som understøtter denne fortolkning, kan nævnes Klagenævnets kendelse af 3. oktober 2017, *Oluf Brønnum & Co. A/S mod Københavns Kommune*, hvor en tekniske afklaring efter tilbudsfristens udløb, indebar at den vindende tilbudsgiver havde fremsendt supplerende dokumentation om de tilbudte produkters tekniske specifikationer. Klagenævnet fandt, at denne tilbudsgiver ikke havde tilbudt andre produkter eller ændret tilbuddet eller på anden vis fremkommet med et nyt tilbud, i modsætning til sagen *Arcturus UAV*.

En anden situation forelå i Klagenævnets kendelse af 27. april 2022, *Dorte Mandrup A/S mod Aarhus Kommune*. Sagen vedrørte kommunens afvisning af et konkurrenceforslag, da det fulde materiale ikke var uploadet ved fristens udløb. En del af tilbuddet skulle indleveres i to versioner: en "print-ready" version og en "presentation mode" version. Klageren havde imidlertid kun indleveret én af de krævede versioner.[137] Desuden manglende klager at indlevere en ifc-fil.

Af kendelsen kan det udledes, at hvor der er tale om en formel mangel, er adgangen til at berigtige bredere, da en berigtigelse som udgangspunkt ikke ændrer tilbuddet indhold, og der forekommer således ikke en risiko for, at berigtigelsen udgør en risiko for påvirkningen af konkurrencen. I forhold til ifc-filen kunne indholdet heraf udledes af det øvrige materiale, hvorfor en berigtigelse ikke ville

[137] Efter at have afvist konkurrenceforslaget tilkendegav kommunen, at den var indstillet på at tage tilbudsgiverens konkurrenceforslag i betragtning, såfremt tilbudsgiveren indbragte afvisningen for Klagenævnet.

ændre på indholdet af tilbuddet. Klagenævnet tillagde det endvidere betydning, at filen ikke havde direkte betydning for evalueringen af tilbuddet. I disse tilfælde må det anføres, at der ikke er en risiko for, at tilbuddets indhold ændres eller forbedres, hvorefter konkurrencen ikke påvirkes.[138]

Samlet set er de elementer, der taler for, hvornår en berigtigelse udgør et nyt tilbud, til dels om en efterfølgende berigtigelse ændrer tilbuddet indholdsmæssigt. Som eksempel herpå, kan nævnes en ændring af prisen eller en ændring af selve aktørens identitet, som henholdsvis Klagenævnet og EU-Domstolen, i sagerne *KPMG, BKI Foods* og *Esaprojekt*, konstaterede var en indholdsmæssig og væsentlig afvigelse af det oprindelige bud, som ikke kunne føre til andet end, at tilbudsgiver havde opnået en konkurrencemæssig fordel.

Sådanne væsentlige ændringer, som i *KPMG-*, *BKI Foods-, Esaprojekt- og Partner Apelski-sagerne*, anses som værende uforenelige med udbudsreglerne, og vurderingen kommer således til dels at afhænge af, om berigtigelsen vil påvirke udbudsproceduren og om der potentielt opstår mulighed for direkte såvel som indirekte forhandling efter fristens udløb. Afgørelserne *Wallonske Busser og Evropaïki Dynamiki* understøtter dette, eftersom EU-Domstolen og Retten fandt det afgørende, om berigtigelsen havde haft *effekt* på kontraktens tildeling.

Elementer, der taler imod, at en berigtigelse fører til fremsættelse af et nyt tilbud, omfatter til dels tilfælde, hvor ordregiveren foretager tekniske afklaringer, som kan bestå af præciseringer af uklarheder, så længe det ikke vedrører et grundlæggende element. Dette gælder også, som i *Oluf Brønnum*, hvor tilbudsgiver ikke tilbyder andre produkter eller en ændring af disse på anden vis. Havde der i *Oluf Brønnum* i stedet været tale om, at den tekniske afklaring efter fristen havde medført en forbedring af produktet, eller som i sagen *Arcturus UAV*, hvor der tilføjes nye produkter til tilbuddet, vil dette være i strid med ligebehandlingsprincippet og § 159, stk. 5. Der er ligeledes ikke tale om nyt tilbud i tilfælde som i sagen *Dorte Mandrup*, hvor fejl eller mangler er af formel karakter og ikke påvirker konkurrencen, eller hvor oplysningerne allerede kunne udledes af det indleverede materiale, således der ikke er nogen risiko for, at tilbudsgiveren kan forbedre sit tilbud.

[138] Det bemærkes, at Klagenævnet udtalte, at kommunen havde været berettiget til at afvise tilbuddet som følge af de pågældende mangler. Der var ikke tale om åbenlyse fejl, således at kommunen havde en pligt til at berigtige forholdene. Ordregiveres eventuelle pligt til at berigtige åbenlyse fejl behandles selvstændigt i afhandlingens kapitel 7.

Opsummerende kan siges, at den afgørende forskel ligger i karakteren af de manglende oplysninger og deres betydning for konkurrencen. Adgangen til at berigtige afhænger i høj grad af, om de manglende oplysninger eller dokumenter har indflydelse på evalueringen af tilbuddet. Det er desuden centralt, at den oplysning, der er genstand for berigtigelsen, såsom en årsrapport, skal kunne konstateres forelå forud for fristens udløb på et objektivt grundlag, således, at der ikke åbnes for muligheden for at bringe nye oplysninger i spil. Dette kan ligeledes udledes af præmisserne i *Manova*.

3.3. Særligt vedrørende oplysninger i ansøgningen og i ESPDét

Bestemmelsen i § 159, stk. 5 sondrer som nævnt ikke mellem udvælgelsesfasen og tilbudsfasen, og berigtigelsesadgangen kan således benyttes i begge faser. Dette blev ligeledes fastslået i EU-Domstolens afgørelse af 7. september 2021, C-927/19, *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*,[139] hvor EU-Domstolen udtalte, at adgangen til at berigtige ikke afhænger af, om det der berigtiges, angår tekniske specifikationer, egnethedskrav eller kontrakts krav.[140] De ovenstående betragtninger om, hvornår der er tale om en ny ansøgning eller et nyt tilbud, gør sig gældende uanset hvilken fase, der er tale om. Imidlertid kan adgangen til at berigtige være bredere afhængig af, hvad berigtigelsen relaterer sig til.

Egnethedsbedømmelsen vedrører virksomhedernes generelle egnethed til at udføre den pågældende opgave. I denne fase kan ordregivere stille krav, der skal sikre, at de deltagende virksomheder er kvalificerede til at udføre den givne opgave. Den nærmere gennemgang af minimumskravene til egnethed er beskrevet i kapitel 5. Såfremt en ordregiver har valgt at afholde udbud med prækvalifikation, hvor der indgår en udvælgelsesfase, skal ordregiver angive kriterier for, hvordan ordregiver vil udvælge de virksomheder, der er egnede til at udføre opgaven.[141]

Generelt må det antages, at adgangen til at berigtige oplysninger og dokumentation er bredere i relation til forhold, der vedrører virksomheders egnethed end ved forhold, der går på kontraktens genstand. Dette skyldes, at risikoen for, at en berigtigelse fører til fremsættelse af en ny ansøgning eller et nyt tilbud, er meget lille.[142] Dette skal ses i sammenhæng med, at vurderingen går på, om

[139] C-927/19. (2021). *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras,* pr. 94
[140] Ølykke, G. S., Ohm, M., m.fl. (2022). *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*. 3. udgave. DJØF Forlag, s. 729
[141] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 515
[142] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 615

virksomheden er egnet til at udføre opgaven og dermed være med i konkurrencen og ikke på selve konkurrencens genstand.

Ordregiverens vurdering af en økonomisk aktørs opfyldelse af egnethedskrav angår to dele. Først vurderes de oplysninger, der er angivet i ESPDét,[143] og herefter en vurdering af dokumentationen for de oplysninger, der er anført i ESPDét.[144] Ordregiver har ret til at afvise en ansøgning eller et tilbud, hvis ESPDét er ufuldstændigt eller fejlbehæftet. Ordregiveren har mulighed for at berigtige oplysninger i et ESPD, hvilket også fremgår af lovbemærkningerne til bestemmelsen. Ifølge lovbemærkningerne vil ordregiveren som udgangspunkt kunne anmode den økonomiske aktør om at berigtige oplysninger i ESPDét, uden at dette strider mod ligebehandlingsprincippet.[145] Det er dog vigtigt at bemærke, at de udbudsretlige principper gælder, og at en berigtigelse ikke må medføre, at der fremsættes en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Dette indebærer bl.a., at der ikke kan indsendes oplysninger vedrørende forhold, der er opstået efter fristens udløb.

Det fremgår videre af lovbemærkningerne til bestemmelsen, at ordregivere kan anmode en økonomisk aktør om at indsende ESPDét efter fristens udløb, hvis dokumentet ikke er fremsendt rettidigt. Denne mulighed begrundes med, at der som udgangspunkt ikke er *en væsentlig byrde for ansøgerne eller tilbudsgiverne forbundet med udarbejdelsen* heraf. [146] På trods af denne brede adgang til at berigtige forhold i et ESPD, må det imidlertid være udelukket, at der berigtiges oplysninger, der angår udvælgelseskriterierne i et udbud med prækvalifikation. I sådanne tilfælde vil der være en risiko for, at ansøgeren får mulighed for at forbedre sin ansøgning. Dette adskiller sig fra egnethedsbedømmelsen i et offentligt udbud, hvor det er tilstrækkeligt, at virksomhederne opfylder minimumskravene, uanset om de akkurat lever op til dem, eller om de overstiger dem. Dette vil blive behandlet yderligere i afhandlingens kapitel 6.

[143] ESPD (Det fælles europæiske udbudsdokument) er et foreløbigt bevis for den dokumentation med hensyn til udelukkelse, egnethed og udvælgelse, som ordregiver som minimum skal kræve fra den vindende tilbudsgiver i medfør af udbudslovens § 151. Heri anfører den økonomiske aktør, at denne kan fremsende bestemt dokumentation til ordregiver inden udløbet af en bestemt frist, som ordregiver har fastsat i henhold til § 151, stk. 1.
[144] Fabricius, J. (2024). *Offentlige indkøb i praksis*. 5. udgave, Karnov Group, s. 616
[145] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 182
[146] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 182

4. Formelle fejl

Ordlyden i § 159, stk. 5 præciserer ikke nærmere, hvorvidt ordregivere har adgang til at berigtige formelle fejl i ansøgninger eller i tilbud. Af lovbemærkningerne til bestemmelsen fremgår det dog, at det er muligt for ordregivere at anmode en økonomisk aktør om at udbedre sådanne fejl. Eksempler på formelle fejl kan være for få indsendte eksemplarer eller indsendelse i et forkert format.[147] Klagenævnet har i sin tidligere praksis været tilbageholdende i relation berigtigelse også vedrørende formalistiske fejl, hvilket bl.a. var tilfældet i Klagenævnets kendelse af 10. marts 2009, *Munkebjerg Hotel A/S mod Økonomistyrelsen*, hvor Klagenævnet fandt, at ordregiveren var forpligtet til at se bort fra en ansøgning, da den økonomiske aktør manglende at sætte et kryds i en tro- og love-erklæring.

Det må ud fra ovenstående lægges til grund, at en berigtigelse af formelle fejl som udgangspunkt ikke vil udgøre en ny ansøgning eller nyt tilbud. Dette skyldes, at en berigtigelse af en formel fejl hverken kan siges at påvirke konkurrencen eller indebære en risiko for forhandling. Dette var ligeledes tilfældet i den tidligere omtalte kendelse *Dorte Mandrup*. Ordregivere har efter Klagenævnets nuværende praksis mulighed for at berigtige disse forhold.[148]

Det skal bemærkes, at der er tale om en ret for ordregivere og ikke en pligt til at berigtige formalistiske fejl. Som også fremhævet af Brown: ”the *contracting authority will always retain the discretion to take a strict approach and to reject the bidder in question”.*[149] Ordregivere har derfor ret til at være meget formalistiske. Spørgsmålet om, hvorvidt visse fejl kan være så ubetydelige og enkelte at rette, at der kan indtræde en pligt for ordregivere til at berigtige forholdet, vil blive gennemgået i afhandlingens kapitel 7.

Et eksempel herpå forelå i Klagenævnets kendelse af 6. februar 2019, *Brande Buslinjer mod Midttrafik*. I sagen havde den senere valgte tilbudsgiver ved en fejl krydset ”nej” i sit ESPD i forhold til, om virksomheden opfyldte udvælgelseskriterierne. Dog havde tilbudsgiveren i øvrigt udfyldt ESPDét således, at udvælgelseskriterierne var opfyldt. Klagenævnet vurderede, at markeringen var en åbenbar fejl og fandt videre, at selvom ordregiveren ikke havde kontaktet tilbudsgiveren med henblik på

[147] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015 s. 182
[148] Fabricius, J. (2024). *Offentlige indkøb i praksis*. 5. udgave, Karnov Group, s. 729
[149] Brown, A. (2014). *The Court of Justice rules that a contracting authority may accept the late submission of a bidder's balance sheet, subject tocertain conditions: Case C-336/12 Danish Ministry of Science, Innovation and Higher Education v Manova A/S.* Public Procurement Law Review

berigtigelse af forholdet, var der ikke grundlag for at anse ansøgningen om prækvalifikation for ukonditionsmæssigt.[150] Det kan anføres, at kendelsen illustrerer, at der findes en kategori af fejl, der er så åbenlyse, at ordregiveren inden for sit skøn kan se bort fra fejlen, uden at anmode aktøren om berigtigelse heraf.

Selvom der generelt er bred adgang til at berigtige formelle fejl, skal det bemærkes, at ordregivere er forpligtet til at afvise en ansøgning eller et tilbud, hvis det udtrykkeligt fremgår af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af kravet vil føre til afvisning. Dette gælder uanset, om berigtigelsen har påvirket konkurrencen eller udgjort en risiko herfor. Ordregivere er strengt forpligtet til at efterleve de fastsatte kriterier i udbuddet, som er fastsat, hvilket nærmere vil blive behandlet i afhandlingens kapitel 5 og 6.

5. Delkonklusion

Vurderingen af, hvornår en berigtigelse af en ansøgning eller et tilbud efter fristtidspunktet udgør fremsættelse af en ny ansøgning eller et nyt tilbud, hviler på en individuel vurdering af oplysningens eller dokumentationens karakter samt de omstændigheder, der foreligger i den enkelte sag. Udbudslovens § 159, stk. 5, tillader fuldstændiggørelse, præcisering og supplering af oplysninger, forudsat at det ikke indebærer væsentlige ændringer af den oprindelige ansøgning eller det oprindelige tilbud og ikke giver den økonomiske aktør en konkurrencefordel, der derigennem fører til fremsættelse af ny ansøgning eller nyt tilbud. Denne regel opretholder ligebehandlingen og gennemsigtigheden i udbudsproceduren.

Det afgørende for vurderingen er, hvilken indflydelse på konkurrencen en oplysning har, idet adgangen til at berigtige afhænger af, om de manglende oplysninger eller dokumenter har indflydelse på evalueringen af tilbuddet. Elementer, der for udbuddet er grundlæggende, navnlig pris, tilbudte produkter mv., der afspejler det, som aktørerne skal konkurrere på, kan ikke berigtiges. Tilsvarende gør sig gældende, hvor der skal foretages en udvælgelse, og en berigtigelse vedrører udvælgelseskriterierne. Dette vil blive yderligere behandlet i relation til referencer i afhandlingens kapitel 6.

[150] Det bemærkes, at kendelsen blev indbragt for domstolene, men blev hævet pga. forlig

Forfatterne har forsøgt at opstille tre kriterier som systematiserer de afgørende elementer, der følger af de i analysen inddraget domme og kendelser. Kriterierne er alle et udslag af forhandlingsforbuddet og ligebehandling og udgør forskellige bidrag i vurderingen. Når en berigtigelse ikke må føre til fremsættelse af nyt tilbud, afhænger det især af følgende tre kriterier, der samlet set skal være opfyldte, 1) en anmodning må ikke indebære oplysninger, der ikke objektivt konstaterbart forelå før fristen, 2) en anmodning må ikke føre til, at en ansøger eller en tilbudsgiver opnår en konkurrencemæssig fordel, hverken i viden eller væsentligt i tid, og 3) en anmodning må ikke føre til, at der mellem ordregiver og den berigtigende aktør opstår en risiko for forhandling.

Ordregiverens adgangen for at berigtige formelle fejl er generelt bred, da en sådan berigtigelse ikke antages at påvirke konkurrencen blandt aktørerne. Det skal dog understreges, at ordregiveren i alle tilfælde ikke har adgang til at berigtige, hvis denne på forhånd har afskåret muligheden herfor, som fastsat i § 159, stk. 6. Dette behandles i afhandlingens følgende kapitel 5.

KAPITEL 5
Hvornår er ordregivere afskåret fra at gøre brug af berigtigelsesmuligheden?

1. Ordregiveres rammer for berigtigelse

Ordregivende myndigheders mulighed for at berigtige giver dem fleksibilitet til at anmode økonomiske aktører, der ikke har indsendt de krævede dokumenter eller oplysninger, om at udbedre disse mangler. Fleksibiliteten gavner konkurrencen, da økonomiske aktører, der ellers skulle have været afvist, fortsat har mulighed for at deltage i udbudsprocessen. Ordregivere kan i henhold til § 159, stk. 6, vælge at begrænse hvilke oplysninger og dokumentation, der kan berigtiges, og dermed indsnævre rammerne yderligere i forhold til de muligheder, der er fastlagt i § 159, stk. 5.

Det er tidligere beskrevet, hvordan EU-Domstolen i *Manova* fastslog, at den ordregivende myndighed er forpligtet til at efterkomme de kriterier, som den selv har fastsat.[151] Dette kommer til udtryk ved, at en ordregiver, der i sit udbudsmateriale har betinget sig fremsendelse af dokumentation eller oplysninger, og som har angivet at manglende opfyldelse heraf vil fører til, at den økonomiske aktør udelukkes fra udbuddet, efterfølgende vil være afskåret fra at anmode om berigtigelse.[152]

Af lovbemærkningerne til udbudslovens § 159, stk. 6, fremgår det, at bestemmelsen er en kodificering af EU-Domstolens afgørelse i *Manova*.[153] Bestemmelsen er central i behandlingen af afhandlingens problemstilling. I det følgende undersøges, hvornår og i hvilke situationer ordregivere har afskåret sig fra at benytte sig af adgangen til at anmode om berigtigelse.

I dommen af 6. november 2014, C-42/13, *Cartiera déll Adda* fastslog EU-Domstolen med henvisning til *Manova*, at ordregivende myndigheder strengt skal overholde de kriterier, som den selv har fastsat, hvorefter en økonomisk aktør skal udelukkes fra udbuddet, såfremt de krævede dokumenter eller

[151] C-336/12. (2013). *Manova*, pr. 40
[152] Ølykke, G. S., Ohm, M., m.fl. (2022). *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*. 3. udgave. DJØF Forlag, s. 630
[153] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 182

oplysninger ikke er blevet fremsendt.[154] Videre bemærkede EU-Domstolen, at denne forpligtelse er forankret i principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.[155]

For at sikre ligebehandling skal alle økonomiske aktører have lige muligheder for at udforme deres ansøgning eller tilbud, hvilket kræver ens betingelser og forudsætninger. Hvis en ordregiver i udbudsmaterialet klart har angivet, at manglende fremsendelse af et dokument eller en oplysning vil føre til udelukkelse, har alle økonomiske aktører mulighed for at forholde sig til denne betingelse ved udformningen af deres ansøgning eller tilbud. Hvis ordregiver efterfølgende tillader berigtigelse, vil det give den enkelte økonomiske aktør en fordel i forhold til de øvrige. Reglen er med til at sikre ligebehandling og gennemsigtighed og herigennem mindske risikoen for ordregivers favorisering og vilkårlighed. Ved at forpligte ordregiveren til at overholde sine egne klart formulerede krav, reduceres risikoen for, at ordregiveren utilsigtet eller bevidst favoriserer en specifik aktør. Gennemsigtighed er i udbudsproceduren afgørende for at sikre, at beslutninger træffes på objektive kriterier snarere end ordregivers subjektive præferencer.

Det er herefter relevant at undersøge, hvornår en ordregiver på forhånd har udelukket muligheden for efterfølgende at anmode om berigtigelse. Udbudslovens § 159, stk. 6, angiver, at en ordregiver skal afvise en ansøgning eller et tilbud, hvis det ***udtrykkeligt*** af udbudsmaterialet fremgår, at en konkret fejl eller mangel vil føre til afvisning. Det fremgår af lovbemærkningerne til bestemmelsen, at begrænsningerne i ordregivers adgang til at berigtige er betinget af, i) at ordregiveren har krævet fremsendelse af de manglende oplysninger eller det manglende dokument og, ii) at ordregiveren har angivet at manglende opfyldelse heraf vil føre til afvisning.[156]

I forlængelse heraf fremgår det desuden af lovbemærkningerne, at ”*brugen af stk. 5 vil ikke være udelukket, hvis ordregiveren alene har anført, at en oplysning eller et dokument* ***skal*** *[egen fremhævning] afleveres, men uden at det fremgår, at overtrædelse vil medføre afvisning”*.[157] Betingelsen om udtrykkelighed vedrørende afvisning, er således ikke tilstrækkelig godtgjort, ved alene at angive *skal.* Derimod vil det være tilstrækkelig udtrykkeligt, hvis der er angivet, at manglende overholdelse vil

[154] C-42/13. (2014). *Cartiera déll Adda*, Pr. 42
[155] C-42/13. (2014). *Cartiera déll Adda*, Pr. 43
[156] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 182
[157] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 182

føre til, at den økonomiske aktør udelukkes, eller at tilbuddet anses for ukonditionsmæssigt, eller at konsekvensen af manglende indsendelse på tilsvarende vis er angivet.

Af Klagenævnets kendelse af 25. september 2019, *e-Boks A/S mod Digitaliseringsstyrelsen* fremgik af udbudsmaterialet, at alle tilbud skulle overholde alle *k-krav,* og tilbud der ikke gjorde dette, ville føre til, at tilbuddet blev afvist som ukonditionsmæssigt. Efter udløbet af tilbudsfristen anmodede ordregiveren en tilbudsgiver om at præcisere og bekræfte, at et forhold i dennes tilbud ikke skulle opfattes som et forbehold for et af k-kravene. Da det udtrykkeligt fremgik af udbudsmaterialet, at en manglende overholdelse af k-kravene ville føre til afvisning, var ordregiveren derfor ikke var berettiget til at give tilbudsgiveren mulighed for at præcisere sit tilbud for at sikre, at det var i overensstemmelse med kravene i udbudsmaterialet.[158]

I Klagenævnets kendelse af 27. august 2018, *Saab Dynamics AB mod FMI* var det i udbudsbetingelserne angivet, at de endelige tilbud skulle være i fuld overensstemmelse med alle mindstekrav, og at afvigelse heraf ville medføre afvisning. Det vindende tilbud indeholdt imidlertid oplysninger, som gav ordregiveren grundlag for at antage, at tilbuddet ikke opfyldte et stillet mindstekrav. Da ordregiveren i udbudsbetingelserne havde angivet, at afvigelser fra mindstekravene ville føre til afvisning, kunne ordregiveren ikke give tilbudsgiveren mulighed for potentielt at berigtige forholdet. Dette skyldes også, at selve kravet om indlevering af dokumentation for kravets opfyldelse i sig selv var et mindstekrav. Uanset om ordregiven havde til hensigt at afskære muligheden for efterfølgende at anmode om berigtigelse, er denne afskåret fra det, da ordregiveren er forpligtet til at overholde de rammer, der er fastlagt i udbudsmaterialet af hensyn til gennemsigtigheden. [159]

En ordregiver er således afskåret fra efterfølgende at anmode om berigtigelse, når betingelsen om udtrykkelighed er opfyldt. Dette gør sig gældende uanset om en berigtigelse efter betingelserne i § 159, stk. 5 ville være tilladt.

Et nærliggende spørgsmål i forbindelse med udbudslovens § 159, stk. 6, er, om ordregivere kan anmode alle økonomiske aktører om berigtigelse, hvis de alle har undladt at indsende en oplysning eller dokumentation, som ifølge udbudsmaterialet ellers ville føre til udelukkelse. Da formålet med § 159,

[158] Det bemærkes, at Klagenævnet i sagen tillige vurderede forholdet efter § 159, stk. 5
[159] Se tidligere lignende kendelse af 3. juli 2014*, HHM A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen*

stk. 6, blandt andet er at sikre ligebehandling, kan det overvejes, om det i sådanne tilfælde vil være tilladt, at alle økonomiske aktører berigtiger deres ansøgning eller tilbud. Hertil må det bemærkes, at ligebehandlingsprincippet gælder i alle faser af udbudsprocessen,[160] og da ordregiverens betingelser for udbuddet potentielt vil have afskåret nogle fra at deltage, vil det stadig være i strid med ligebehandlingsprincippet at tillade berigtigelse for alle de deltagende økonomiske aktører.

2. Særligt vedrørende mindstekrav i relation til § 159, stk. 6

Udover de ovenfor anførte tilfælde, hvor ordregiveren udtrykkeligt har angivet, at manglende opfyldelse vil føre til afvisning, vil ordregivere ifølge lovbemærkningerne være afskåret fra at anmode om berigtigelse efter udbudslovens § 159, stk. 6, hvis kravet om indsendelse af en specifik dokumentation eller oplysning er fastsat som et mindstekrav, når det *fremgår* af udbudsmaterialet eller *i øvrigt kan udledes* af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav medfører afvisning.[161]

Der synes således at være en forskel i ordlyden mellem de to situationer ud fra det i lovbemærkningerne angivne. I det første tilfælde, hvor ordregiveren i udbudsmaterialet har krævet indsendelse af en specifik oplysning, der er fastsat som mindstekrav, skal det fremgå af udbudsmaterialet. Det må antages at være den situation, hvor en ordregiver har skrevet at manglende overholdelse af mindstekrav fører til afvisningen, ligesom var tilfældet i sagen *e-Boks A/S.*

I det andet tilfælde, hvor kravet om indsendelse af specifik dokumentation ligeledes er fastsat som et mindstekrav, er det tilstrækkeligt til at være afskåret, at det *i øvrigt kan udledes af udbudsmaterialet*, at manglende overholdelse heraf fører til afvisning.[162]

Forskellen på berigtigelsesadgangen i lovbemærkningerne kan anses som et udtryk for en kategorisering, hvor adgangen til at berigtige bliver indskrænket, når et krav er fastsat som mindstekrav, i forhold til krav der ikke er fastsat som mindstekrav, hvorefter der skal mere til for at afskære sig adgangen. Det kan anføres, at adgangen til at berigtige mindstekrav skal ses i sammenhæng med, at

[160] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 56
[161] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 182
[162] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 182

mindstekrav ofte udgør grundlæggende elementer, hvorefter ordregiver er forpligtet til at afvise et tilbud som ukonditionsmæssigt. Mindstekrav bliver behandlet yderligere i afhandlingens afsnit 2.1.1.

Klagenævnets praksis har hidtil vist en tendens til, at ordregivere anses for afskåret fra at berigtige fejl eller mangler, som relaterer sig til mindstekrav, selv når det ikke eksplicit fremgår af udbudsmaterialet, at manglende opfyldelse vil føre til afvisning.[163] Ifølge lovbemærkningerne til udbudslovens § 159, stk. 6, kan en berigtigelse ikke finde sted, hvis manglende overholdelse af mindstekrav indirekte kan udledes som afvisningsgrund. Med indirekte henvises der til, når der i bemærkningerne er angivet *"eller i øvrigt kan udledes",* som også anført ovenfor. Det må på denne baggrund forstås som om, at Klagenævnet har anvendt lovbemærkningerne som fortolkningsgrundlag, hvilket medfører en skærpet tilgang, hvor mindstekrav generelt ikke kan berigtiges, uanset om der er en udtrykkelig angivelse af afvisning i udbudsmaterialet.

I lyset af EU-Domstolens praksis, kan der sættes spørgsmålstegn ved denne skærpede tilgang, idet domstolen i *Manova* fastslog, at berigtigelsesmuligheden kun kan udelukkes, når udbudsmaterialet *udtrykkeligt* kræver, at en given oplysning fremsendes, og at tilbudsgiver ellers vil blive afvist.[164] Domstolens krav om udtrykkelighed er som nævnt kodificeret i udbudslovens § 159, stk. 6. Ordlyden i denne bestemmelse indikerer ligeledes, at det *udtrykkeligt af udbudsmaterialet*, skal fremgå, at en konkret fejl eller mangel fører til afvisning. Det fremgår dermed hverken af ordlyden af bestemmelsen eller af EU-Domstolens praksis, at det er et krav, at afvisning blot *skal kunne udledes* af udbudsmaterialet. Det kan således anføres, at EU-Domstolens praksis og ordlyden af bestemmelsen tilsigter, at det kræver en vis grad af udtrykkelighed, førend ordregivere har afskåret sig.

Klagenævnets hidtidige praksis, der som nævnt må basere sig på en fortolkning af lovbemærkningerne, kan således siges at være mere restriktiv, end hvad der egentlig er tilsigtet. Denne forskel giver anledning til en betydelig usikkerhed om, hvordan bestemmelserne skal fortolkes og anvendes i relation til mindstekrav.

[163] Se b.la., Klagenævnets for Udbuds kendelse af 3. juni 2022, *Ecolog Deutschland GmbH mod Københavns Kommune* og kendelse af 29. april 2020, *Eksponent ApS mod Gentofte Kommune*
[164] C-336/12. (2013). *Manova,* pr. 42

2.1. Mindstekrav og minimumskrav som selvstændige begreber

Følgende afsnit omhandler sondringen mellem begreberne ”mindstekrav” og ”minimumskrav”. Mindstekrav relaterer sig til selve anskaffelsen, mens minimumskrav vedrører krav til virksomhedens egnethed. Terminologisk anvendes begreberne ofte synonymt, idet begge definerer et niveau, som den økonomiske aktør skal opfylde. Imidlertid er en stringent skelnen mellem mindstekrav og minimumskrav afgørende for en behandling af afhandlingens problemstilling.

2.1.1. Mindstekrav

Mindstekrav er ikke defineret i udbudsloven, men det fremgår af lovbemærkningerne til udbudslovens § 2, at mindstekrav er centrale krav til egenskaber ved den udbudte ydelse, såsom fysiske, funktionelle og juridiske karakteristika, som alle tilbud skal leve op til.[165] Mindstekrav kan angives som en del af kravspecifikationen og vedrører altså krav til selve anskaffelsen. Når ordregivere opstiller mindstekrav, skal det fremgå tydeligt, hvad disse krav indebærer. Derudover skal det være tydeligt, hvordan de økonomiske aktører i tilbuddet skal dokumentere eller oplyse, at de opfylder mindstekravene.[166] Hvis et element i en ansøgning eller et tilbud ikke stemmer overens med de i materialet angivne krav, vil selve afvigelsen fra sådanne krav blive betegnet som et forbehold.

I praksis anvendes terminologien *'mindstekrav'* oftest om krav, der er indebærer et grundlæggende element. Terminologien er ikke lovbundet, og der er derfor principielt ikke noget til hinder for at afvige fra visse mindstekrav eller kapitalisere forbehold, hvis disse krav ikke kan betragtes som grundlæggende elementer. I sådanne tilfælde vil der som udgangspunkt ikke være tale om mindstekrav i den traditionelle forståelse af begrebet, hvor mindstekrav typisk er forbundet med ufravigelige krav, som ikke kan ændres eller fraviges. Det kan være vanskeligt at skelne mellem mindstekrav, der udgør grundlæggende krav og øvrige krav, der ikke for udbuddet ellers er at betragte som grundlæggende, men når de angivet som mindstekrav, alligevel i kraft heraf bliver betragtet som grundlæggende krav.[167]

Hvis et tilbud ikke opfylder et mindstekrav, der udgør et grundlæggende element, eller hvis der er taget forbehold herfor, vil tilbuddet være ukonditionsmæssigt, og ordregiver har pligt til at afvise det.

---

[165] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 57
[166] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2024). *Udbudsloven Vejledning om Udbudsreglerne,* s. 146
[167] Fabricius, J. (2024). *Offentlige indkøb i praksis*. 5. udgave, Karnov Group, s. 428

I en sådan situation vil det ikke være tilstrækkeligt blot at kapitalisere forbeholdet.[168] Ligeledes vil en ordregiver ikke kun spørge en tilbudsgiver om forståelsen af et grundlæggende element, uden at det vil være i strid med ligebehandlingsprincippet.[169] Dette var eksempelvis tilfældet i Klagenævnets kendelse af 31. januar 2024 *Avaleo ApS mod Vejle Kommune,* hvor ordregiveren efter tilbudsfristens udløb anmodede en tilbudsgiver om at præcisere og bekræfte, at en række mindstekrav var opfyldt. Klagenævnet fandt, at dette var i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet samt forhandlingsforbuddet.

2.1.2. Minimumskrav

Ordregivere kan opstille krav til virksomhedernes egnethed for at sikre, at de økonomiske aktører har de nødvendige kompetencer og ressourcer til at udføre den udbudte kontrakt. Udbudslovens § 140, stk. 1 regulerer de kriterier, som ordregivere kan anvende til at vurdere, hvorvidt den økonomiske aktør er egnet til at udføre den pågældende opgave.[170] Kravene skal enten vedrøre udøvelsen af det pågældende erhverv, virksomhedens økonomiske og finansielle formåen eller virksomhedens tekniske og faglige formåen. De stillede egnethedskrav skal være relevante for udførelsen af den pågældende kontrakt, og dermed hænge sammen med kontraktens genstand og værdi. Det er kun de tilbudsgivere, der opfylder de stillede krav til egnethed, der kan tildeles kontrakten, jf. udbudslovens § 159, stk. 2. Det bemærkes, at der er tale om en udtømmende oplistning i § 140, stk. 1, og således kan ordregivere ikke kræve, at den økonomiske aktør opfylder andre egnethedskrav.[171]

Minimumskrav, er ligesom mindstekrav, ikke defineret i udbudsloven. Det fremgår af lovbemærkningerne til udbudslovens § 2: ”[…] *minimumskrav til egnethed vedrørende den økonomiske og finansielle formåen og tekniske og faglige formåen […]”.* Tilsvarende fremgår det af § 140, stk. 2, 1. pkt., at kravene til den økonomiske aktørs egnethed i § 140, stk. 1 skal fastsættes som *minimumskrav*. Bestemmelsen gennemfører udbudsdirektivets art. 58 (5) men med den forskel, at direktivet angiver, at kravene *kan* være udtrykt som minimumskrav, mens udbudsloven fastslår, at kravene *skal* være udtrykt som minimumskrav. Denne forskel blev indført på baggrund af et forslag fra

[168] Fabricius, J. (2024). *Offentlige indkøb i praksis*. 5. udgave, Karnov Group, s. 427
[169] Poulsen, S. T., og Steinicke, M., m.fl. (2022). *EU Udbudsretten.* 4. udgave, DJØF Forlag, s. 603
[170] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2024). *Udbudsloven Vejledning om Udbudsreglerne,* s. 202
[171] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 160

Udbudslovsudvalget for at øge gennemsigtigheden,[172] hvorefter økonomiske aktører får et bedre grundlag for at vurdere, hvorvidt de ønsker at bruge ressourcer på at deltage i udbuddet.[173]

2.2. Begreberne i sammenspil

I praksis anvendes betegnelserne "*mindstekrav*" og "*minimumskrav*" ofte synonymt, på trods af deres forskellige betydninger. En væsentlig årsag til denne forveksling kan skyldes, at begge begreber indikerer et "bundniveau" – altså et minimumsniveau, der skal opfyldes. Hertil kommer, at de to termer har en tæt sproglig lighed, hvilket yderligere kan bidrage til en forveksling i anvendelsen.

Mindstekrav anvendes, som nævnt, til at fastsætte de krav til de nødvendige egenskaber ved anskaffelsen, hvorimod minimumskrav anvendes til at fastsætte krav til den økonomiske aktørs egnethed. Problemstillingen, der ofte udspiller sig i praksis, skyldes blandt andet, at ordregivere ikke altid er opmærksomme på at adskille kravene korrekt. Dette fører til, at minimumskrav fejlagtigt bliver betegnet som mindstekrav i udbudsmaterialet. Et eksempel herpå er Klagenævnets kendelse af 29. april 2020, *Eksponent ApS mod Gentofte Kommune* (Herefter *"Eksponent*-sagen"), hvor ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen og i udbudsbetingelserne havde angivet, at det var et mindstekrav, at tilbudsgiver havde minimum tre referencer. Hermed blev egnethedskravene betegnet som mindstekrav. Dette sker på trods af, udbudslovens § 140, stk. 2, udtrykkeligt anvender terminologien "minimumskrav" i relation til egnethedskrav.

Klagenævnet anvender ikke begreberne konsekvent i sin praksis og foretager dermed ikke en klar sondring mellem "mindstekrav" og "minimumskrav". Et eksempel på denne forveksling findes i kendelsen af 3. juni 2022, *Ecolog Deutschland GmbH mod Københavns Kommune*[174], hvor Klagenævnet omtalte kravene til tilbudsgivernes økonomiske, finansielle og faglige formåen, som var fastsat som minimumskrav i udbudsmaterialet, under betegnelsen "mindstekrav". Da Klagenævnet betragtede kravene som mindstekrav, konkluderede nævnet, at ordregiveren ikke kunne gøre brug af berigtigelsesmuligheden.

[172] *Rapport fra udvalg om Dansk Udbudslovgivning,* december 2014, s. 727
[173] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 160
[174] Klagenævnets for Udbuds kendelse af 3. juni 2022, *Ecolog Deutschland GmbH mod Københavns Kommune*

Selvom begreberne "mindstekrav" og "minimumskrav" teoretisk har forskellige betydninger, viser Klagenævnets praksis, at minimumskrav til egnethed i praksis behandles lige så restriktivt som mindstekrav. Denne fortolkning indebærer en begrænset adgang til berigtigelse og øger risikoen for afvisning ved manglende opfyldelse. Denne praksis indikerer et bredere fortolkningsproblem, der kan skabe uklarhed omkring kravenes indholdsmæssige betydning, idet den manglende sondring risikerer at sløre de forskellige kravs retsvirkninger i udbudsproceduren.

Den danske version af udbudsdirektivet sondrer ikke mellem mindstekrav og minimumskrav. Det er angivet i art. 58 (5), at *"[...] de krav for deltagelse, som kræves opfyldt, som kan være udtrykt som minimumskrav til formåen"*. Her anvendes betegnelsen "minimumskrav" om kravene til egnethed. Omvendt fremgår det eksempelvis af præambelbetragtning 45, at*"[...] minimumskrav, [...], er de betingelser og karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have, [...]"*. Denne angivelse er svarende til, hvad der som tidligere nævnt forstås ved mindstekrav, men er i præambelbetragtningen betegnet som minimumskrav.

I modsætning til den danske version af udbudsdirektivet, der som nævnt ikke skelner klart mellem "*mindstekrav*" og "*minimumskrav*", viser den engelske version en forskel i begrebsanvendelsen. I den engelske version af udbudsdirektivet anvendes udtrykket "*minimum requirements*" om mindstekrav, hvilket blandt andet fremgår i præambelbetragtning 45 og ligeledes anvendes denne betegnelse i direktivet, når der henvises til betingelser og karakteristika ved tilbud, svarende til hvad der forstås ved mindstekrav.[175] Når der derimod er tale om krav til de økonomiske aktørers egnethed anvender den engelske version formuleringen "*minimum levels of ability*", svarende til hvad der ovenfor er karakteriseret som minimumskrav.

Det er tidligere i afhandlingen beskrevet, at udbudsloven skelner mellem begreberne mindstekrav og minimumskrav. Omvendt er det vist, at den danske version af udbudsdirektivet ikke foretager denne sondring.

[175] Det bemærkes, at de forskellige sproglige versioner har samme retskildeværdi. Inddragelsen af den engelske version fungerer som et fortolkningsbidrag for at tydeliggøre sammenhængen og forskellen mellem "mindstekrav" og "minimumskrav"

Til sammenligning kan det konstateres, at den engelske version af udbudsdirektivet understøtter synspunktet om, at der er en forskel i begrebsanvendelsen i forhold til krav, der vedrører anskaffelsen og krav til virksomhedernes egnethed. Netop på denne baggrund er det forfatternes opfattelse, at der er en væsentlig forskel på mindstekrav og minimumskrav og retsvirkningerne, der følger heraf.

3. Delkonklusion

Analysen viser, at både EU-Domstolens og Klagenævnets praksis understreger ordregiveres forpligtelse til at overholde de kriterier, der er fastsat i udbudsmaterialet. Dette er væsentligt for at sikre ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsprocessen. Forpligtelsen, der er afledt af sager som M*anova* og *Cartiera dell'Adda* er kodificeret i udbudslovens § 159, stk. 6.

For at ordregivere på forhånd har afskåret muligheden for efterfølgende berigtigelse, er det et krav, at dette udtrykkeligt fremgår af udbudsmaterialet. Vurderingen af, om betingelsen om udtrykkelighed er opfyldt, afhænger derfor af den betydning, som mindstekrav tillægges.

Klagenævnet tillægger lovbemærkningerne betydelig vægt, hvor det antages, at adgangen til at berigtige mindstekrav er indskrænket, idet mindstekravene som udgangspunkt opfattes som ufravigelige.

På denne baggrund er det forfatternes vurdering, at sondringen mellem mindstekrav og minimumskrav har stor betydning, da den skærpede tilgang til mindstekrav indebærer en risiko for, ordregivere er afskåret fra at benytte berigtigelsesadgangen i § 159, stk. 5, hvis et krav fejlagtigt kategoriseres som mindstekrav.

Spørgsmålet om, hvorvidt Klagenævnets tilgang til opfyldelsen af betingelsen om udtrykkelighed er opfyldt ved angivelse af "mindstekrav", vil blive behandlet nærmere i afhandlingens følgende kapitel.

KAPITEL 6
Ordregivers mulighed for at berigtige referencer

Ordregiveres adgang til at berigtige referencer i forbindelse med minimumskrav til egnethed rejser to centrale spørgsmål, som behandles nedenfor.

Det første spørgsmål er, om udbudslovens § 159, stk. 5, kan anvendes til at berigtige referencer, forudsat at dette sker i overensstemmelse med principperne i udbudslovens § 2, og at det ikke medfører fremsættelse af ny ansøgning eller nyt tilbud.

Hvis dette spørgsmål besvares bekræftende, fører det til næste spørgsmål: om adgangen til at berigtige er afskåret i henhold til § 159, stk. 6, når egnethedskravene er angivet som mindstekrav i udbudsmaterialet.

Følgende analyse har til formål at undersøge den nyeste og mest centrale praksis for området samt at klarlægge gældende dansk ret (de lege lata). Begge spørgsmål søges besvaret særligt med udgangspunkt i sagen *Eksponent* samt de udbudsretlige principper om ligebehandling og gennemsigtighed samt forbuddet mod forhandling.

Afslutningsvist vil analysen undersøge, hvordan adgangen til at berigtige referencer skal ses i et EU-retligt perspektiv.

1. Sagens faktum og resultat i Eksponent

Det følgende afsnit har til formål at besvare de ovenstående spørgsmål med udgangspunkt i en analyse af *Eksponent*-sagen. Sagen har først været behandlet af Klagenævnet for Udbud[176] og senere af både Retten på Frederiksberg[177] og slutteligt Østre Landsret[178].

[176] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. april 2020, *Eksponent ApS mod Gentofte Kommune*
[177] Retten på Frederiksberg dom af 30. juni 2022, BS-13384/2021-FRB
[178] Østre Landsret dom af 10. oktober 2023, BS-27079/2022-OLR

Eksponent-sagen angik et offentligt udbud om levering af en ny hjemmeside til Gentofte Kommune. Udbudsbekendtgørelse og udbudsbetingelserne indeholdt begge en angivelse af, at det var et mindstekrav, at tilbudsgiverne skulle oplyse mindst tre referencer for tilsvarende arbejder. Ordregiveren havde angivet, at ukonditionsmæssige tilbud som udgangspunkt ikke ville medtages i evalueringen, og havde forbeholdt sig retten til at anmode om supplerende oplysninger i overensstemmelse med § 159, stk. 5.

Der indkom tilbud fra tre tilbudsgivere, hvorefter ordregiveren tildelte kontrakten til Kruso. Kruso havde angivet tre referencer for udførelse af tilsvarende opgaver, men Gentofte Kommune afviste én af referencerne, da denne ikke opfyldte kravet om at være en hovedhjemmeside. Afvisningen skete på baggrund af en indsigelse fra Eksponent ApS, der var forbigået tilbudsgiver. Som følge heraf anmodede Gentofte Kommune Kruso om at indsende nye referencer.

Tvisten omhandlede herefter, om Gentofte Kommune havde handlet i strid med principperne i § 2 ved at tildele kontrakten til Kruso og desuden handlet i strid med både § 2 og § 159, stk. 5, ved at anmode Kruso om fremsendelse af nye referencer.

1.1. Klagenævnets kendelse af 29. april 2020 Eksponent ApS mod Gentofte Kommune

Klagenævnet gav Eksponent medhold og fandt, at Gentofte Kommune havde handlet i strid med principperne i § 2 ved at tildele kontrakten til Kruso, som følge af at tilbuddet ikke opfyldte mindstekravene til teknisk og faglig formåen, der var angivet i udbudsbetingelserne.

Derudover konkluderede Klagenævnet, at Gentofte Kommune handlede i strid med både § 2 og § 159, stk. 5, ved at anmode Kruso om at indsende en ny reference for at sikre, at tilbuddet opfyldte udbudsbetingelsernes mindstekrav.

Klagenævnet fandt, at ordregiveren var afskåret fra at berigtige af referencer, da kravene hertil var fastsat som mindstekrav i henhold til § 159, stk. 6. Eftersom Klagenævnet allerede havde afgjort sagen på baggrund af § 159, stk. 6, foretog Klagenævnet ikke en vurdering af om betingelserne i § 159, stk. 5, var opfyldt.

1.2. Retten på Frederiksbergs dom af 30. juni 2022

Sagen blev efterfølgende indbragt for Retten på Frederiksberg (herefter Byretten). Det bemærkes, at afhandlingen ikke behandler spørgsmålet om erstatningen, der ligeledes blev behandlet ved Byretten.

Byretten tiltrådte Gentofte Kommunes påstand og vurderede, at en anmodning om berigtigelse af referencer kunne foretages i overensstemmelse med § 159, stk. 5. Byretten konstaterede, at den vindende tilbudsgiver ikke havde opnået en fordel i konkurrencen ved at indsende de omhandlede oplysninger efter tilbudsfristens udløb.

Herefter foretog Byretten en vurdering af, hvorvidt Gentofte Kommune alligevel var afskåret fra at berigtige i medfør af § 159, stk. 6.

Byretten fandt, at Gentofte Kommune var berettiget til at indhente nye referencer fra Kruso, under hensyn til, at det ikke fremgik udtrykkeligt af udbudsbetingelserne, at manglende overholdelse af mindstekrav ville medføre, at tilbuddet ikke ville blive medtaget i evalueringen. Byretten bemærkede desuden, at Gentofte Kommune udtrykkeligt havde forbeholdt sig retten til at anvende udbudslovens § 159, stk. 5.

1.3. Østre Landsrets dom af 10. oktober 2023

Eksponent ankede sagen til Østre Landsret (herefter Landsretten). Landsretten vurderede, ligesom Byretten, at det ikke udtrykkeligt fremgik eller i øvrigt kunne udledes af udbudsbetingelserne, at manglende opfyldelse af mindstekrav ville medføre afvisning. Heraf fandt Landsretten, at Gentofte Kommune ikke havde afskåret sig fra at anvende berigtigelsesmuligheden i § 159, stk. 5 jævnfør § 159, stk. 6.

Med hensyn til § 159, stk. 5, fandt Landsretten, ligesom Byretten at Kruso ikke opnåede en konkurrencemæssig fordel ved at indgive de supplerende referencer efter tilbudsfristen. I forlængelse heraf anførte Landsretten, til forskel fra Byretten, at: *"… herefter og under hensyn til formålet med udbudslovens § 159, stk. 5, [egen fremhævning] at kommunen var berettiget til at anmode Kruso A/S om at indgive supplerende referencer og anvende disse ved indgåelse af kontrakten med Kruso A/S."*

2. Fører berigtigelse af referencer til fremsættelse af nyt tilbud ny eller ansøgning?

Det er tidligere i afhandlingens kapitel 4 konkluderet, at en berigtigelse ikke må føre til, at der fremsættes en ny ansøgning eller et nyt tilbud. I det følgende vil det undersøges, hvorvidt berigtigelsen af referencer, som foretaget i *Eksponent*-sagen, fører til fremsættelse af nyt tilbud. Selvom Eksponent sagen omhandlede nyt tilbud, vil der i det følgende også tages stilling til berigtigelse af referencer i et udbud med en prækvalifikation.

Byretten og Landsretten foretog til forskel fra Klagenævnet en vurdering af, om betingelserne for brugen i medfør af § 159, stk. 5 var opfyldt. Byretten vurderede, at *"indsendelse af nye referencer ikke indebar en sådan indholdsmæssig og væsentlig ændring af det oprindelige tilbud, at der forelå et nyt tilbud."* Byretten lagde i sin vurdering vægt på, at de nye referencer forelå før tidspunktet for tilbudsafgivelsen, da de var en del af Krusos case-bibliotek, og at Kruso på denne baggrund ikke havde opnået en konkurrencemæssig fordel, da det var objektivt konstaterbart, at de nye reference forelå inden Kruso indleverede sit tilbud.

Landsretten kom, ligesom Byretten, frem til, at Kruso ikke opnåede en konkurrencemæssig fordel, og lægger i sin begrundelse blandt andet vægt på, at de supplerende referencer forelå, før Gentofte Kommune indgik kontrakten med Kruso. Landsretten tillagde det, i modsætning til Byretten, ikke vægt, at selve dokumentet eksisterede på tidspunktet for tilbudsfristen. Med andre ord havde det ikke betydning, at selve beskrivelsen af det udførte arbejde forelå i et case-bibliotek. Det relevante var derimod, at det objektivt kunne konstateres, at referencerne relaterede sig til opgaver udført før tidspunktet for tilbudsfristen udløb. Hvis det alene er selve oplysningen, der skal foreligge på tidspunktet for tilbudsfristens udløb, vil adgangen til at berigtige en reference være bredere end, hvis der tillige var krav om, at beskrivelsen skal forelægge forud for tilbudsfristen.

Lovbemærkningerne til udbudslovens § 159, stk. 5, understøtter desuden Landsretten tilgang, idet de fastslår, at det ikke er et krav, at selve dokumentet forelå på tidspunktet forud for tilbudsfristens udløb, men at det objektivt skal kunne konstateres, og dokumenteres, at oplysningerne forelå. Imidlertid er det ikke i forhold til referencer entydigt med afsæt i lovbemærkningerne, om det er beskrivelsen af referencen eller selve udførelsen af arbejdet, der skal foreligge før tilbudsfristen.

I relation til spørgsmålet om, hvorvidt Kruso havde opnået en konkurrencemæssig fordel ved at fremsende referencerne efter fristens udløb, fandt både Byretten og Landsretten, at Kruso ikke havde opnået en konkurrencemæssig fordel på trods af en forskellig tilgang til spørgsmålet. Landsrettens dom sammenholdt med lovbemærkningerne taler for, at det efter gældende ret i dansk praksis kræver, at alene arbejdet – og ikke selve arbejdsbeskrivelsen – skal foreligge før fristen.

Byrettens og Landsrettens vurdering af spørgsmålet om berigtigelse af referencer afspejler en vis forskel i deres forståelse af, hvad der skal være til stede ved tilbudsfristens udløb. Denne forskel rejser under alle omstændigheder spørgsmålet, hvorvidt begge ovennævnte tilgange kan være forenelige med udbudsretten? For at besvare spørgsmålet, belyses problemstillingen med udgangspunkt i ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

Navnlig hvad angår ligebehandling er det afgørende, om en økonomisk aktør har opnået en konkurrencemæssig fordel. Det som undersøges, er, om der kan påvises en konkurrencemæssig fordel, og om der er forskel på udfaldet heraf afhængigt af, om det alene er arbejdets udførsel, eller om det er beskrivelsen af arbejderne som skal foreligge før fristen. Med hensyn til vurderingen af den konkurrencemæssige fordel er det særligt spørgsmålet, om en økonomisk aktør opnår en fordel i tid eller i viden eller en kombination heraf, der har betydning.

I forhold til om der opnås en tidsmæssig fordel, er det nødvendigt at fastslå, at berigtigelsesadgangen i medfør af § 159, stk. 5, i sig selv indebærer en vis tidsmæssig fordel, da berigtigelsen først kan finde sted, når ordregiveren har fået adgang til tilbuddene efter tilbudsfristens udløb., jf. *Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark*, og som i kraft heraf er uundgåelig. Denne implicitte fordel har således en "bagatelagtig karakter", der derfor ikke i sig selv udgør en overtrædelse af udbudsreglerne, men som må afhænge af en væsentlighedsvurdering. En fordel i tid ville indebære, at en økonomisk aktør har længere tid til udarbejdelsen af sit materiale, som kan være gunstig i forhold til konkurrencen.

Med hensyn til om der opnås en fordel i viden, handler det om, hvorvidt en økonomisk aktør har fået adgang til information, som kan tages i betragtning ved udarbejdelsen af tilbuddet, så aktøren kan forbedre sin ansøgning eller sit tilbud eller på en måde, som de øvrige aktører ikke har mulighed for. Derved skabes der ulige konkurrencevilkår blandt de økonomiske aktører. Princippet om

ligebehandling indebærer, at alle økonomiske aktører skal have den samme viden og ikke må forskelsbehandles i adgangen til informationen.

For det første anskues problemstilling ud fra, at beskrivelsen af arbejdet, altså selve referencen, foreligger før fristens udløb. Hvad angår det tidsmæssige aspekt, kan det anføres, at hvis referencen er udfærdiget, og en økonomisk aktør allerede er i besiddelse af en sådan oplysning i endelig form, vil det være vanskeligt at argumentere for, at berigtigelsen indebærer en fordel i tid. At tillade en berigtigelse efter tilbudsfristen vil i et sådant tilfælde ikke give aktøren mere tid til at udfærdige referencen, da denne allerede eksisterer i endelig form. Dette vil derfor også betyde, at en aktør vil kunne fremsende referencerne med et kort varsel. Hvad angår en fordel i viden, må det i høj grad afhænge af, om den økonomiske aktør får en fordel i form af at opnå kendskab til de andre bydende, og derigennem får mulighed for at bruge denne information i forhold til udarbejdelsen af referencerne. Når en reference på forhånd er udarbejdet og eksisterer i en portefølje, som aktøren til hver en tid kan finde frem, så vil det derigennem ikke have indflydelse på udarbejdelsen af referencen, at aktøren er i besiddelse af en information, som de øvrige aktører ikke er. Derved vil indholdet af referencen påvirkes af den viden, og deraf følger der ikke en fordel. Der kan dog modsat argumenteres for, at hvor der skal være en udvælgelse i et udbud med en prækvalifikation, vil der måske alligevel være en fordel i viden, fordi der blandt de på forhånd udarbejdede referencer skal foretages en udvælgelse af, hvilke referencer aktøren ønsker at konkurrere på. Denne diskussion behandles i det følgende afsnit.

Hvis det derimod alene er tilstrækkeligt, som fundet af Landsretten, at arbejderne er udført forud for tilbudsfristen, ville det være på baggrund af, at referencer består af oplysninger, der objektivt eksisterede før tilbudsfristens udløb. Ud fra denne tilgang, afhænger adgangen til at berigtige af, at den økonomiske aktør kan dokumentere, at oplysningerne allerede var tilgængelige forud for tilbudsfristens udløb. En udfordring ved dette er, at der kan opstå en fordel i tid, fordi aktørerne får ekstra tid til at udarbejde beskrivelsen af referencerne, som kan strække sig udover, hvad der er kan karakteriseres som en bagatelagtig fordel, i forhold til øvrige økonomiske aktører. Der er dog ingen steder, hvor det med sikkerhed er fastslået, hvor meget der skal til, før det udgør en fordel i tid, hvorfor det isoleret set kan være uklart, hvad der er omfattet af den implicitte fordel der udledes af § 159, stk. 5.

Med hensyn til fordel i viden, kan det ligeledes anføres, at den økonomiske aktør risikerer at opnå en fordel i viden, eftersom denne, efter tilbudsfristen udløb, vil være bekendt med konkurrencefeltet, og

dermed have en mulighed for at udforme indholdet af en reference, så referencen i højere grad er tilpasset det konkrete udbud. Det kan dog anføres, at det ikke vil være i strid med ligebehandlingsprincippet og herunder forbuddet mod forhandling, da der i princippet ikke foreligger en risiko for forhandling, når spørgsmålet alene vedrører, om noget eksisterer eller ej – med andre ord, om det pågældende arbejde faktisk er udført. Indhentelse af referencer i forhold til egnethedsvurderingen indebærer således ikke en risiko for forhandling, eftersom de eftersendte referencer omhandlede arbejder, som kunne dokumenteres, var udført før tilbudsfristens udløb.

Spørgsmålet om, hvorvidt det har indflydelse, at en aktør har mulighed for at tilpasse sit indhold, kan dog bedst besvares ud af en analyse af: "*I hvilken grad har det indflydelse, at genstanden for berigtigelse skal indgå i en evaluering?*", som følger af nedenstående afsnit 2.1 og derfor forsættes denne del af diskussionen der.

Ultimativt kan det anføres, at hvor ingen berigtigelse tillades, opstår der ingen risiko for forskelsbehandling. Derved sikrer en ordregiver sig, at der ikke uberettiget gives en konkurrencemæssig fordel til en økonomisk aktør i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet. Det er derfor det sikre valg, som ordregiver, ikke at tillade berigtigelse, hvilket står ordregiveren frit for, eftersom berigtigelse er en ret og ikke pligt for ordregiveren.[179] Berigtigelsesadgangen i § 159, stk. 5, ville dog savne mening, hvis en ordregiver af hensyn til at sikre ligebehandling blandt aktørerne, ville fravælge helt at benytte adgangen. I forlængelse heraf skal det bemærkes, at det blev fastslået i *Manova*, at ligebehandlingsprincippet ikke er et mål i sig selv, hvorfor en fast praksis om at fravælge berigtigelse vil bevirke, at ligebehandlingsprincippet ville få utilsigtede følger i forhold til formålet bag berigtigelsesadgangen. Dette afspejler, at adgangen til at berigtige, kan være en svær opgave at balancere.

Som citeret ovenfor i afsnit 1.3, fandt Landsretten, under hensyn til *formålet med udbudslovens § 159, stk. 5*, at Gentofte Kommune var berettiget til at anmode om referencer. Det undersøges derfor, om formålet med bestemmelsen kan give en indikation af, hvilke elementer der skal tillægges vægt i vurderingen af, om der er opnået en konkurrencemæssig fordel.

Bestemmelsen har til formål at give ordregivere fleksibilitet til at anmode om berigtigelse af mangelfulde ansøgninger eller tilbud. Dette skal sikre, at det potentielt mest økonomisk fordelagtige tilbud

[179] Pligtspørgsmålet diskuteres i kapitel 7, men udgangspunktet er, at der ingen pligt til berigtigelse er.

ikke afvises på grund af mindre mangler. På den anden side kan en anmodning potentielt give en specifik aktør en fordel. Dette bør undgås, da det ikke skal være muligt for tilbudsgivere at afgive et nyt tilbud efter tilbudsfristen. Der er ikke noget konkret at lægge vægt på i forhold til formålet med bestemmelsen, udover at det ikke må føre til fremsættelse af nyt tilbud, hvilket taler for, at hvor der ikke er en væsentlig fordel eller risiko for forhandling bør berigtigelse kunne tillades.

Denne mere fleksibel fortolkning af berigtigelsesadgangen i relation til formålet med bestemmelsen, er ligeledes understøttet i den juridiske litteratur, navnlig Arrowsmith argumenterer for at *"correction is allowed whenever there is no significant advantage to be gained by late submission"*.[180] Ligebehandlingsprincippet ville ud fra denne tilgang som udgangspunkt medføre, at berigtigelse vil være i overensstemmelse hermed under forudsætning af, at der ikke opnås en væsentlig fordel. Ordregiveres berigtigelsesmulighed efter udbudslovens § 159, stk. 5, vil i lyset heraf alene afhænge af, om den økonomiske aktør har opnået en væsentlig konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne efter fristens udløb, hvilket harmonerer med det ovenfor anførte i forhold til formålet med bestemmelsen.

Sættes ovenstående fleksible tilgang i kontekst til berigtigelse af referencer, bør berigtigelse være tilladt, når en eftersendelse ikke indebærer en fordel i viden eller en væsentlig fordel i tid. Med hensyn til, om en anmodning om berigtigelse vil give en fordel i tid eller viden, kan det ud fra analysen af formålet med bestemmelsen og Arrowsmiths teori argumenteres for, at det ikke giver den berigtigende tilbudsgiver en væsentlig fordel, når det alene handler om, hvorvidt denne er opfylder egnethedskravene i et offentligt udbud. Dette skyldes, at en berigtigelse heraf ikke påvirker de øvrige aktørers mulighed for deltagelse i konkurrencen og en ændring heraf, vil således ikke påvirke selve konkurrencen om kontrakten. Omvendt kan der være tale om en væsentlig konkurrencemæssig fordel, hvis referencerne skal indgå i en evaluering, hvilket uddybes nærmere i afsnit 2.1. Ud fra dette perspektiv er det således nødvendigt, at arbejderne som minimum objektivt kan konstateres udført før tilbudsfristens udløb. Men i øvrigt er der ikke noget, som tyder på, at det tillige er nødvendigt at beskrivelsen af referencen foreligger, eftersom referencerne ikke har betydning for de øvrige aktørers deltagelse, når det udelukkende indgår til brug for en egnethedsvurdering.

[180] Arrowsmith, S. (2014). *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK.* 3. udgave. Sweet and Maxwell, s. 695

2.1. I hvilken grad har det indflydelse, at referencen skal indgå i en evaluering?

Det er relevant at undersøge, hvordan det påvirker adgangen til at berigtige, når referencerne skal indgå i en evaluering. Dette skyldes blandt andet, at Landsrettens begrundede sit resultat med, at Kruso ikke havde opnået en konkurrencemæssig fordel, fordi referencerne i øvrigt ikke skulle evalueres. Det er desuden relevant at bemærke, at det tidligere i afhandlingens kapitel 4 er blevet fremhævet, at adgangen til at anmode om berigtigelse af oplysninger, der vedrører virksomhedens egnethed, kan variere afhængigt af, om udbuddet indeholder en udvælgelsesfase. På baggrund af dette undersøges, om udfaldet i *Eksponent*-sagen potentielt kunne have været anderledes, hvis sagen havde omhandlet et udbud med prækvalifikation – altså et udbud, hvor der skal foretages en udvælgelse blandt aktørerne. Spørgsmålet er, om en anmodning om berigtigelse i denne kontekst ville kunne medføre, at ansøgeren reelt fremsætter en ny ansøgning. Ved en udbudsprocedure med prækvalifikation skal ordregiveren foretage en udvælgelse på baggrund af objektive og ikkediskriminerende kriterier, der på forhånd er fastsat, for at identificere de mest egnede virksomheder, jf. udbudsloven § 145, stk. 2. Ordregiveren skal således evaluere referencerne, såfremt ordregiveren vil udvælge de bedst egnede ansøgere på baggrund af de mest relevante referencer.

I denne afhandlings kapitel 4, der analyserer spørgsmålet om, hvornår der kan være tale om en ny ansøgning eller et nyt tilbud, identificerede forfatterne de mest centrale faktorer: for det første, hvis en berigtigelse medfører, at en aktør opnår en konkurrencemæssig fordel, og for det andet, hvis der skabes risiko for forhandling efter fristens udløb. I begge tilfælde vurderes det, at en berigtigelse kan få afgørende indflydelse på tildelingsbeslutningen.

Vurderingen af, om en berigtigelse af en reference kan påvirke tildelingsbeslutningen, afhænger af, om der i forbindelse med berigtigelsen opstår en risiko for, at ansøgeren efter ansøgningsfristens udløb, har afgivet nye oplysninger, der kan danne grundlag for en forhandling, direkte såvel som indirekte. Dette er et udslag af forhandlingsforbuddet. Når der er tale om risiko for forhandling, må det undersøges, om den berigtigende aktør stilles bedre i udbudsproceduren, og på denne baggrund opnår en konkurrencemæssig fordel. Dette undersøges i konteksten af berigtigelse af referencer i en prækvalifikation.

I en prækvalifikation skal der, som nævnt, foretages en udvælgelse blandt de mest egnede virksomheder. Det kan således anføres, at når referencerne indgår i denne vurdering, opstår der en mulighed

for, at en berigtigelse vil kunne medføre, at aktøren får en fordel i tid eller i viden, som kan stille de øvrige ansøgere ringere. En berigtigelse vil herigennem påvirke konkurrencen. Dette skyldes, at indsendelse af supplerende referencer giver ansøgeren en konkurrencemæssig fordel, idet det muliggøres, at ansøgeren ville kunne foretage forbedringer af ansøgningen efter ansøgningsfristens udløb. Der vil således foreligge en risiko for, at ordregiveren vil kunne favorisere den pågældende ansøger og ydermere give indsigt i indholdet af de andre ansøgninger, hvilket muliggør en målretning af ansøgningen, som kan sidestilles med en forhandling.

Omvendt, hvor en reference ikke skal evalueres, synes denne ikke at være egnet til at påvirke i tildelingsbeslutningen og derfor ikke fører til fremsættelse af nyt tilbud, i overensstemmelse med forhandlingsforbuddet og ligebehandlingsprincippet. Dette skyldes, at det udelukkende ved en egnethedsvurdering skal kunne dokumenteres, hvorvidt aktøren opfylder kravene, med henblik på at konstatere om virksomheden er konditionsmæssig. Ved en egnethedsvurdering har det ingen betydning, om aktøren kan præstere bedre end de fastsatte krav eller akkurat opfylder dem. Det bør dog overvejes, at selvom der er tale om et udbud uden prækvalifikation, om en eftersendelse af nye referencer alligevel kan være i strid med ligebehandlingsprincippet. Dette kan eventuelt begrundes med, at den økonomiske aktør kan få en væsentlig tidsmæssig fordel, såfremt det vurderes, at arbejdet i forbindelse med udfyldelsen af ESPD'et angående referencer anses for omfattende, og dermed giver en væsentlig fordel i tid. Hvis en reference ikke skal evalueres, kan man dog diskutere, om mere tid til udarbejdelse af referencen egentligt kan være gunstig i forhold til konkurrencen, eftersom det ikke kan stille den berigtigende aktør bedre og derved ikke kan bevirke en konkurrencemæssig fordel. Derfor kan det overvejes, om det egentligt kan lade sig gøre at opnå en væsentligt tidsmæssig fordel i forbindelse med et udbud uden prækvalifikation. Det taler ligeledes ind i den teori, som Arrowsmith fremfører, om at aktøren skal op nå en væsentlig fordel ved at eftersende referencerne, når fristen er udløbet.

I en nyere afgørelse, Klagenævnet kendelse af den 7. november 2024, *Northrop Grumman mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse,* som omhandlende berigtigelse af nye referencer, fandt Klagenævnet, at *"hvor de oplyste referencer indgår i udvælgelsen af ansøgere til at afgive tilbud,"* kan disse ikke berigtiges. Der følger ikke en yderligere begrundelse, men det må antages, at Klagenævnets opfattelse af gældende ret er, at der ikke kan indsendes nye referencer, når der skal foretages en udvælgelse på baggrund af referencerne. Dette understøtter argumenterne ovenfor, hvor der

navnlig lægges vægt på, at der i en udvælgelse opstår en konkurrencesituation, hvor der kan opstå en risiko for forhandling, hvis en berigtigelse tillades.

Sagen angik, ligesom *Eksponent*-sagen, berigtigelse af nye referencer. Spørgsmålet er herefter, om retstillingen er den samme for berigtigelse af referencer, der når de fremgår af det oprindelige tilbud, men er mangelfulde i et udbud med en prækvalifikation. I sagen *Northrop* gik klagerens påstand alene på, at ordregiveren havde pligt til at berigtige klagerens ansøgning i medfør af ligebehandlingsprincippet, fordi ordregiveren havde berigtiget to andre ansøgeres ansøgninger i forbindelse med nogle opklarende spørgsmål til de i ansøgningerne eksisterende referencer. Klagenævnet tog stilling til klagerens påstande, men forholdt sig ikke til lovligheden af berigtigelsen af de to andre ansøgeres referencer, da der ikke var nedlagt påstand herom. Kendelsen kan på denne baggrund ikke siges at blåstemple adgangen til at berigtige eksisterende referencer, når der er tale om et udbud med en prækvalifikation, hvorfor der kan være tvivl herom.

På den ene side kan det anføres, at når der berigtiges en eksisterende reference i forbindelse med et udbud med prækvalifikation, hvor ordregiveren eksempelvis, som i *Northrop,* skulle have bekræftet, at det var det rigtige CVR-nummer, som ordregiveren havde lagt til grund,[181] havde aktøren ikke mulighed for at forbedre sin ansøgning. Det samme ville formentligt gøre sig gældende, hvis der skal indhentes en nølgetalsrapport om en angivet reference. Berigtigelse af en reference kan have bred betydning, og derfor kan det forekomme mere tvivlsomt, om der kan berigtiges en eksisterende reference, hvis det der ønskes berigtiget eksempelvis drejer sig om udskiftning af en angivet underleverance, da dette muligvis kan medføre en forbedring af ansøgningen. Spørgsmålet er således, om berigtigelse af eksisterende referencer i et udbud med prækvalifikation afhænger af oplysningen, der ønskes berigtiget. På den anden side kan det anføres, at det ikke var et forhold, som Klagenævnet forholdt sig til *Northrop*, hvorfor det også er muligt af anskue problemstillingen fra et andet perspektiv. Som tidligere nævnt fungerer referencer i en prækvalifikation som et konkurrenceparameter. Præmissen om, at dette kan sidestilles med et grundlæggende element – på samme måde som en prisændring i forbindelse med berigtigelse af et tilbud – kan føre til den konklusion, at berigtigelse af en eksisterende reference, ikke bør være tilladt. I forlængelse heraf kan det argumenteres, at der opstår en risiko for forhandling. Med forbehold for at retsstillingen ikke er afklaret, er det forfatternes

[181] Der var angivet to forskellige CVR-nr. i den ene aktørs referencer, men ordregiveren var overbevist om, hvem aktøren var, hvorfor ordregiveren anmodede aktøren om bekræftelse herom.

umiddelbare vurdering, at henset til at referencen er kvalitativ, samt at denne indgår som et element i konkurrencen, vil forhandlingsforbuddet og ligebehandlingsprincippet være til hinder for, at selv eksisterende referencer kan berigtiges i et udbud med prækvalifikation, når berigtigelsen angår udvælgelseskriterierne, da dette ville udgøre fremsættelse af ny ansøgning.

I *Eksponent*-sagen var der, som nævnt, alene tale om en objektiv vurdering af, hvorvidt referencerne opfyldte minimumskravene til egnethed i et udbud uden prækvalifikation, således Kruso kunne deltage i konkurrencen om kontrakten. Da der var tale om minimumskrav, betyder det altså, at så længe den økonomiske aktør opfylder disse, forbliver vedkommende kvalificeret til at deltage i konkurrencen om kontrakten. Der er ikke noget i ovenstående analyse, der indikerer, at ordregiveren i *Eksponent*-sagen skulle være forhindret i at anmode om supplerende oplysninger. Imidlertid er det forfatternes vurdering, at *Eksponent*-sagen havde resulteret i det modsatte, hvis udbuddet havde været udformet som et udbud med en prækvalifikation. Derfor kan det konstateres, at det har stor indflydelse på adgangen til at berigtige referencer, når referencerne skal indgå i en evaluering.

Det bemærkes, at hvor der er tale om et udbud med prækvalifikation, hvor referencer ikke indgår som et udvælgelseskriterie, men eksempelvis virksomhedens omsætning, vil referencerne ikke indgå som et konkurrenceparameter. Derfor vil risikoen for, at der fremsættes en ny ansøgning være minimal, hvorefter en berigtigelse heraf alligevel ikke ville være i strid med principperne i § 2.

2.2. Oplysningens karakter

Det kan anføres, at det for vurderingen ligeledes har en betydning, hvilken karakter oplysningen har. Det blev i *Manova* fremhævet, at der kan berigtiges vedrørende *forhold eller oplysninger, <u>såsom</u> [egen fremhævning] offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres forelå forud for udløbet af tilbudsbudsfristen.*[182] I *Manova* var der tale om balanceoplysninger, der er historiske oplysninger, der har en objektiv karakter og eksisterer uafhængigt af aktørens deltagelse i udbudsprocessen. Der er således en væsentlig forskel på karakteren af de oplysninger, der er genstand for berigtigelse, i henholdsvis *Manova* og i *Eksponent*-sagen. *Eksponent*-sagen omhandlede som nævnt referencer, hvilke er dokumenter, der skabt af aktøren selv, og hvor aktøren aktivt selv vælger, hvilke der skal vedlægges. EU-Domstolen anvender i det ovenstående citat ordet "*såsom"*, hvilket indikerer,

[182] C-336/12. (2013). *Manova*, pr. 39

at offentliggørelsen af oplysningerne er et eksempel på en situation, hvor det objektivt kan kontrolleres, at oplysningerne forelå forud for tilbudsfristen. Hensynet er således, at den økonomiske aktør ikke afgiver en ny ansøgning eller et nyt tilbud.

På denne baggrund kan det anføres, at når referencerne blot er udtryk for, hvad virksomhederne kan, og denne oplysning allerede foreligger, vil oplysningen være i overensstemmelse med det hensyn, som EU-Domstolen adresserer i præmis 39 i *Manova*. Som tidligere nævnt tillagde Byretten det vægt, at referencerne eksisterede i Krusos case-bibliotek, hvorimod Landsretten ikke nævner dette som et element.

Eftersom, referencer er kvalitative oplysninger, kan det kan diskuteres, hvilken objektivitet disse har. I tillæg hertil kan det anføres, at direktøren i Kruso i Landsretten forklarede, at beskrivelserne af tidligere arbejder fra case-biblioteket normalt tilpasses til det konkrete udbud. Dette taler således for, at referencer ikke har den samme bestandighed, som eksempelvis et regnskab eller lignende historiske oplysninger, når de således tilpasses det enkelte udbud. Argumentet om, at referencerne på forhånd eksisterede i case-biblioteket, mister sin karakter af objektivitet, hvis referencerne tilpasses det enkelte udbud, og at referencen dermed ikke vil være identisk med det indhold, som foreligger på forhånd i case-biblioteket.

Manova-doktrinen udgør ikke en hindring for berigtigelse, hvis formålet er at kontrollere, om et oplyst arbejde objektivt kan kontrolleres som tidligere udført. Dette indebærer, at der ikke kan stilles krav om, at oplysningerne på forhånd skal være organiseret i et case-bibliotek eller systematiseret på anden vis. På baggrund af argumentationen i de ovenstående afsnit, hvor det blev vurderet, at der ikke opnås en konkurrencemæssig fordel ved efterfølgende at indsende en reference i et udbud uden prækvalifikation, ændrer karakteren af oplysningen ikke denne vurdering, så længe det kan konstateres, at arbejdet var udført før fristtidspunktet.

2.3. Delkonklusion

Spørgsmålet om, hvorvidt berigtigelse af referencer udgør en ny ansøgning eller et nyt tilbud, afhænger primært af, om berigtigelsen indebærer væsentlige ændringer, der påvirker udbudsproceduren eller udvælgelses- eller tildelingsbeslutningen. Det er forfatternes vurdering, at besvarelsen afhænger af, om der er tale om et udbud med eller uden prækvalifikation. Derfor besvares spørgsmålet i to dele.

Hvis der er tale om en udbud med prækvalifikation, er det forfatternes vurdering, at en anmodning om berigtigelse af en reference udgør ny ansøgning, og derfor er en berigtigelse i strid med principperne i udbudslovens § 2, når referencer udgør et udvælgelseskriterie. Begrundelsen herfor er, at en reference, uanset om det er en ny eller eksisterende, i en prækvalifikation kommer til at få funktion som et konkurrenceparameter, som kan sidestilles med et grundlæggende element, ligesom hvis en pris korrigeres i forbindelse med berigtigelse af et tilbud. Som konstateret tidligere, kan grundlæggende elementer i et udbud ikke berigtiges, eftersom dette i alle tilfælde ville føre til fremsættelse af et nyt tilbud, som ville kræve, at den pågældende aktør må udelukkes. Dette gælder uanset om referencen objektivt kan konstateres forelå forud for fristens udløb. Med andre ord, vil en berigtigelse af referencer i dette tilfælde under alle omstændigheder være fremsættelse af ny ansøgning, og derfor er det ikke alene tilstrækkeligt, at referencen forelå ved ansøgningsfristens udløb.

Hvis der derimod er tale om en anmodning om berigtigelse i forbindelse med et udbud uden prækvalifikation, er det forfatternes vurdering, at en anmodning om berigtigelse af en reference ikke udgør et nyt tilbud. Aktøren får hverken en fordel i viden eller en væsentlig fordel i tid, hvorfor der ikke er tale om en konkurrencemæssig fordel. Derudover har det betydning, at referencerne ikke skal indgå som en del af konkurrencen, men skal bruges i led som opfyldelse af egnethedskravene for at kunne medvirke i den følgende konkurrence. Derfor er en berigtigelse i overensstemmelse med principperne i udbudslovens § 2.

3. Er ordregiver afskåret fra at anmode om berigtigelse af referencer, når disse er angivet som mindstekrav?

Berigtigelsesmuligheden i § 159, stk. 5 kan imidlertid ikke anvendes i medfør af § 159, stk. 6, hvis det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en specifik fejl eller mangel vil resultere i afvisning af ansøgningen eller af tilbuddet. Bestemmelsen i § 159, stk. 6 er baseret på præmis 40 i EU-Domstolens afgørelse i *Manova*, og afspejler som tidligere gennemgået et generelt princip vedrørende ligebehandling og navnlig gennemsigtighed, inden for udbudsretten. Fortolkningen af præmis 40 har stor betydning for besvarelsen af spørgsmålet og udforskes nærmere i det følgende.

Spørgsmålet er herefter, hvad der er gældende ret i forhold til, om udtrykkelighedsbetingelsen er opfyldt, hvilket vil sige, at ordregiveren på forhånd har afskåret muligheden for efterfølgende at

berigtige. I forlængelse heraf undersøges det, hvordan mindstekrav skal forstås i sammenhæng med udtrykkelighedsbetingelsen. For at belyse dette analyseres, hvordan henholdsvis Klagenævnet, Byretten og Landsretten fortolker begrebet udtrykkelighed og mindstekrav og derigennem brugen af § 159, stk. 6.

Klagenævnet henviste i sin begrundelse til *Manova*, og understregede, at en anmodning om præcisering ikke kunne afhjælpe fraværet af et dokument eller en oplysning, der ifølge udbudsmaterialet skulle have været indleveret sammen med tilbuddet. Klagenævnet henviste til præmis 40 i *Manova* og anførte videre, at det i medfør heraf påhviler, ordregiveren strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat. Klagenævnet undlod imidlertid en væsentlig del af præmis 40, hvori det fremgår, at ordregiver ikke kan anmode om berigtigelse, hvis udbudsmaterialet krævede fremsendelse af det manglende dokument eller den manglende oplysning, idet den økonomiske aktør ellers ville blive udelukket fra udbuddet.

Med henblik på at undersøge ovenstående kriterie i præmis 40 udforskes den engelske oversættelse heraf, eftersom det i den engelske version fremstår endnu tydeligere, hvad udtrykkelighed indebærer: *"However, it should be explained that this would not be the case if the contract documents required provision of the missing particulars or information, on pain of exclusion."*. Denne del understreger, at ordregiveren ikke kan anmode om berigtigelse, hvis udbudsmaterialet kræver, at det manglende dokument eller den manglende oplysning skal fremsendes "on pain of exclusion", hvilket vil sige med den konsekvens, at den økonomiske aktør vil blive udelukket, hvis dokumentet eller oplysningen ikke indsendes.

Det kan på denne baggrund anføres, at Klagenævnet i sin vurdering alene tager udgangspunkt i den del af præmis 40, som vedrører ordregivers forpligtelse til strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat. Klagenævnet lagde vægt på, at betingelsen om udtrykkelighed allerede var opfyldt i kraft af, at kravet om referencerne var angivet som et mindstekrav, hvilket førte til, at afvisning i øvrigt kunne udledes af udbudsmaterialet.

Som beskrevet i afhandlingens kapitel 5 skal kravene til egnethed i medfør af § 140, stk. 2, 1. pkt., altid fastsættes som minimumskrav, hvilket er en national regel, da det i medfør af udbudsdirektivets art. 58 (5), ikke er obligatorisk at fastsætte kravene som minimumskrav. Eftersom en reference er

dokumentation for teknisk og faglig formåen, skal referencerne fastsættes som et minimumskrav. I udbudsbekendtgørelserne, hvor krav til egnethed skal oplyses, er betegnelsen herfor på forhånd angivet som "mindstekrav", hvilket som tidligere anført kan skyldes den manglende sondring mellem begreberne. Når Klagenævnet således anser betingelsen om udtrykkelighed for opfyldt, når kravene er angivet som mindstekrav, vil det betyde, at referencer ikke vil kunne berigtiges. Dette giver anledning til en praktisk udfordring for ordregivere, da de som oftest benytter sig af ovennævnte skabelon til udfærdigelse af udbudsbekendtgørelsen. Den manglende sondring mellem mindstekrav og minimumskrav får derfor en utilsigtet virkning og binder ordregivere.

I denne forbindelse skal det bemærkes, at bestemmelsen om, at krav til egnethed skal fastsættes som minimumskrav, blev indført af hensyn til gennemsigtighed.[183] På denne baggrund kan de økonomiske aktører på forhånd vurdere, om de opfylder kravene til egnethed, og dermed undgår at bruge ressourcer på et udbud, de ikke er kvalificerede til. Hensigten var dermed at gøre rammen for at deltage mere gennemsigtig. Hvis adgangen til at berigtige som følge heraf skulle afskæres, vil bestemmelsen få en anden betydning, end det der oprindeligt var hensigten.

Byretten og Landsretten nåede frem til et modsat resultat i forhold til Klagenævnet, hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt betingelsen om udtrykkelighed var opfyldt. Eftersom Byretten og Landsretten nåede til samme resultat, samles analysen i det følgende.

Det blev i vurderingen om udtrykkelighed tillagt vægt, at det af udbudsbetingelserne fremgik, at manglende overholdelse af mindstekrav alene *som udgangspunkt* vil medføre, at tilbuddet ikke ville blive medtaget i evalueringen. Byretten og Landsretten vurderede, at det anførte "*alene som udgangspunkt*", ikke er tilstrækkeligt udtrykkeligt til at opfylde betingelsen herom. Både Byretten og Landsretten fandt herefter, at det hverken fremgår eller i øvrigt kan udledes af udbudsbetingelserne, at manglende opfyldelse af mindstekrav ville medføre afvisning.

Herudover fandt Byretten og Landsretten, at det forhold, at Gentofte Kommune udtrykkeligt havde forbeholdt sig retten til at indhente supplerende oplysninger jf. § 159, stk. 5, ikke kunne føre til andet end, at udtrykkelighedsbetingelsen ikke var opfyldt.

[183] *Rapport fra udvalg om Dansk Udbudslovgivning,* december 2014, s. 727.

Gentofte Kommunes forbehold om at kunne benytte retten til at berigtige i medfør af § 159, stk. 5, er en henvisning til gældende ret, hvorfor der reelt set er tale om en gengivelse af bestemmelsens indhold.

Det er herefter relevant at overveje, hvorvidt forbeholdet har afgørende indflydelse på sagens udfald. På den ene side kan det anføres, at når et krav er angivet som et mindstekrav, må en ordregiver, der ønsker at besvare fleksibiliteten til at berigtige, være nødt til at skabe tydelig gennemsigtighed herom. Hvis dette er den afgørende præmis, får henvisningen betydning for vurderingen af, om ordregiver har afskåret sig fra muligheden til at berigtige.

På denne baggrund kan det anføres, at hvis Gentofte Kommune alene havde angivet kravet som et mindstekrav, ville markedets forståelse være, at manglende opfyldelse af kravet, ville føre til udelukkelse. Ved at indsætte en henvisning til retten til at berigtige i medfør af § 159, stk. 5., har Gentofte Kommune skabt gennemsigtighed om muligheden for fleksibilitet. Det kan dermed argumenteres, at sagens udfald havde været anderledes, hvis kommunen ikke eksplicit havde nævnt muligheden for berigtigelse i udbudsmaterialet.

På den anden side er det ikke en betingelse for at kunne benytte adgangen i § 159, stk. 5, at ordregiveren udtrykkeligt har forbeholdt sig retten til at benytte bestemmelsen i udbudsmaterialet. Derimod kræves det, for at ordregiver kan anses for at være afskåret fra denne mulighed i henhold til § 159, stk. 6, at det udtrykkeligt fremgår af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel føre til afvisning. Byretten og Landsretten konstaterede i sammenhæng hermed, at dette ikke var udtrykkeligt specificeret eller i øvrigt kunne udledes af udbudsbetingelserne, at manglende opfyldelse af mindstekrav ville medføre afvisning, hvilket vil sige, at betingelsen om *udtrykkelighed* i § 159, stk. 6 ikke automatisk er opfyldt, når et egnethedskrav er angivet som mindstekrav, medmindre udbudsmaterialet specifikt angiver det modsatte. Med andre ord er § 159, stk. 6, ikke til hinder for, at ordregivere indhenter yderligere oplysninger eller dokumentation i henhold til udbudslovens § 159, stk. 5, selvom det vedrører minimumskrav angivet som mindstekrav.

Byrettens og Landsrettens vurdering adskiller sig fra den tilgang, som Klagenævnet anlagde i sagen. Forskellen illustrerer en uoverensstemmelse i deres fortolkningen af, hvor klar ordregiveren skal være i udbudsmaterialet for at kravet om udtrykkelighed er opfyldt. Hvor Klagenævnet anser betegnelsen

"*mindstekrav*", som en tilstrækkelig præcis indikation af konsekvenserne ved manglende opfyldelse, statuerede Byretten og Landsretten, at det eksplicit skal fremgå, at manglende indsendelse fører til afvisning. Dermed trækker Byrettens og Landsrettens vurdering i retning af en mere stringent fortolkning af kravet om udtrykkelighed og skaber dermed mere fleksibilitet for ordregivere.

Det følger af princippet om gennemsigtighed, at alle aktører skal kunne forstå de krav og betingelser, der gælder for deltagelse i udbuddet. Kernen i problemstilling er således, om det direkte skal fremgå, at manglende indsendelse fører til udelukkelse, eller om det er tilstrækkeligt, at udbudsmaterialet har krævet fremsendelse heraf.

Det kan forekomme uigennemsigtigt at angive noget som mindstekrav, hvis det efterfølgende er muligt at berigtige forholdet. I forlængelse heraf kan mindstekrav som tidligere anført tillige angå grundlæggende krav, hvorefter en ordregiver har pligt til at afvise. Når der således er flere 'typer' af mindstekrav, hvor nogle kan berigtiges og andre ikke kan, virker det således uigennemsigtigt, hvornår ordregivere har adgang til at berigtige. Når Byretten og Landsretten fastslår, at betingelsen om udtrykkelighed også gælder ved mindstekrav, skabes der en ensartet anvendelse af reglen på tværs af de forskellige krav, som bidrager til mere gennemsigtighed. Det skal dog bemærkes, at såfremt et mindstekrav udgør et grundlæggende krav, skal tilbuddet fortsat afvises.

Formålet med berigtigelsesadgangen er at give ordregivere en vis fleksibilitet til at korrigere tilbud, der ellers skulle have været afvist. Hvis Klagenævnets fortolkning af bestemmelsen i § 159, stk. 6, skal ses i sammenhæng hermed, kan det anføres, at adgangen til at berigtige bliver illusorisk. Hvis berigtigelsesadgangen ikke omfatter fejl og mangler, der vedrører oplysninger eller dokumenter, der ifølge udbudsmaterialet skulle have været indleveret sammen med tilbuddet, bliver det uklart, hvornår det faktisk vil være relevant at anvende berigtigelsesadgangen.

Dette vil kunne føre til en situation, hvor ordregivere og tilbudsgivere står tilbage med en betydeligt indskrænket mulighed for at rette ufuldstændige tilbud. En sådan restriktiv fortolkning underminerer formålet med berigtigelsesbestemmelsen i § 159, stk. 5, som netop har til hensigt at sikre en vis fleksibilitet og forhindre unødige afvisninger af tilbud, der ellers ville kunne kvalificere sig.

Dermed kan berigtigelsesmuligheden miste sin praktiske betydning og blot blive en teoretisk adgang uden reelt anvendelsesområde i udbudsprocessen.

3.1. Delkonklusion

Det blev i kapitel 5 konkluderet, at det er afgørende at sondre mellem mindstekrav og minimumskrav, da mindstekrav relaterer sig til ydelsen, mens minimumskrav vedrører virksomhedens egnethed, hvorfor kravene er indholdsmæssigt forskellige. Det er på baggrund af ovenstående analyse forfatternes vurdering, at en ordregiver ikke er afskåret fra at berigtige referencer i medfør af § 159, stk. 6, når disse er angivet som mindstekrav. Med andre ord, kan et krav til egnethed således ikke afvises, alene fordi kravet er angivet som mindstekrav, medmindre udbudsbetingelserne specifikt angiver det modsatte. Forfatterne mener, at Klagenævnets fortolkning af *Eksponent*-sagen synes at have indskrænket ordregiveres adgang til at berigtige oplysninger og dokumentation mere, end hvad der kan udledes af udbudslovens § 159, stk. 6 samt EU-Domstolens praksis, herunder særligt præmis 40 i *Manova*.

Spørgsmålet ovenfor er besvaret med udgangspunkt i egnethedskrav, der angivet som mindstekrav. Om, hvorvidt Landsrettens afgørelse strækker sig så vidt, at den tillige omfatter øvrige krav fastsat som mindstekrav, vil i afhandlingen ikke blive uddybet yderligere.

4. Berigtigelse af referencer i et EU-retligt perspektiv

Landsretten har med sin afgørelse i *Eksponent*-sagen ændret dansk praksis, hvorefter ordregiveres adgang til at berigtige uklare og mangelfulde forhold er blevet mere fleksibel. Klagenævnet skal herefter følge Landsrettens praksis i sin afgørelsesvirksomhed. Hvis Klagenævnet ønsker at få efterprøvet et spørgsmålet i fremtiden, har Klagenævnet mulighed for at forelægge EU-Domstolen et præjudicielt spørgsmål i forbindelse med, at Klagenævnet behandler en ny sag med en tilsvarende problemstilling. Det skal dog fremhæves, at spørgsmålet om ordregiveres adgang til at anmode om berigtigelse, navnlig hvad angår referencer, stadig er under udvikling i EU-retligt henseende, hvilket senest sås i EU-domstolens dom af 22. oktober 2024, C-652/22, *Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret*.

Sagen angik et kroatisk udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvor en forbigået tilbudsgiver, Kolin, klagede over, at den vindende tilbudsgiver, Strabag, ikke opfyldte minimumskravet med hensyn til teknisk og faglig formåen. Det kroatiske klagenævn gav Kolin medhold i klagen og annullerede

ordregiverens beslutning om tildeling. Herefter tilbagekaldte ordregiveren tildelingsbeslutningen og anmodede Strabag om berigtigelse, som på denne opfordring fremsendte en ny reference. Ordregiveren tildelte kontrakten på ny til Strabag, hvorefter Kolin klagede til den kroatiske appeldomstol, som forelagde spørgsmålet for EU-Domstolen.

Spørgsmålet gik i hovedsagen på, hvorvidt ordregiveren kan tillade indsendelse af nye referencer i medfør af forsyningsvirksomhedsdirektivet art. 76 (4). Sagens faktum har væsentlige ligheder med *Eksponent*-sagen, hvorfor behandlingen heraf har relevans for forståelsen og fortolkningen af ordregiveres berigtigelsesadgang i et EU-retligt perspektiv.

Indledningsvist bemærkes det, at EU-Domstolen afviste at behandle forlæggelsen, som følge af formaliteten vedrørende den præjudicielle anmodning med hensyn til, at klager var en økonomisk aktør fra et tredjeland, og derved blev forelæggelsen ikke realitetsbehandlet.[184]

Imidlertid udarbejdede generaladvokaten sit forslag til afgørelse i sagen.[185] Det bemærkes, at generaladvokatens udtalelse ikke er en retskilde på niveau med en dom, og derfor ikke kan træde i stedet herfor, hvorfor det endnu er Landsrettens afgørelse vedrørende retsstillingen, der skal følges i Danmark. Generaladvokatudtalelsen udgør dog et interessant fortolkningsbidrag.

Generaladvokaten redegør i sin vurdering for, hvordan ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbuddet regulerer muligheden for, at en ordregiver kan anmode en tilbudsgiver om berigtigelse efter udløbet af fristen. Generaladvokaten påpeger, at forhandlingsforbuddet udelukker berigtigelse i tilfælde, hvor et tilbud ifølge ordregiveren er upræcist eller ikke i overensstemmelse med en teknisk specifikation. Dette skyldes, at en sådan præcisering eller uddybning kan risikere, at få den ordregivende myndighed til at fremstå, som om den har forhandlet tilbuddet fortroligt, hvilket ville være i strid med principperne.[186]

---

[184] EU-Domstolen kom frem til, at eftersom klager, Kolin, var en økonomisk aktør fra et tredjeland, Tyrkiet, og ikke var part i GPA-aftalen eller tilsvarende aftaler, kunne de ikke påberåbe sig forsyningsvirksomhedsdirektivet og få efterprøvet lovligheden af udbudsprocessen, idet Unionens enekompetence på dette område ville tilsidesættes.
[185] Forslag Til Afgørelse Fra Generaladvokat A.M. Collins fremsat den 7. marts 2024, Sag C-652/22, Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret
[186] Sag C-652/22. (2024*).* Generaladvokatudtalelse, *Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret*, pr. 67

Imidlertid præciserede generaladvokaten, at principperne er ikke til hinder for, at tilbuddet kan berigtiges, når det er indlysende, at dette er nødvendigt for at bringe åbenbare indholdsmæssige fejl til ophør. Han opstiller to klare betingelser for, hvornår en anmodning om berigtigelse kan finde sted, og hvornår berigtigelse er udelukket.

For det første må en anmodning om præcisering ikke føre til en så væsentlig ændring af tilbuddet, at det i virkeligheden kan betragtes som et nyt tilbud. For det andet skal en sådan anmodning rettes mod alle tilbudsgivere, der befinder sig i en tilsvarende situation.[187] Sidstnævnte betingelse er en direkte følge af ligebehandlingsprincippet, som ikke behandles yderligere.

I relation til den første betingelse har generaladvokaten fortolket ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbuddet således, at fremlæggelsen af nye dokumenter vedrørende en tilbudsgivers tekniske og faglige formåen, som henviser til arbejder, der ikke var nævnt i det oprindelige tilbud – navnlig en ny reference – ikke kan betragtes som en berigtigelse eller en præcisering. I stedet udgør det en væsentlig ændring af tilbuddet, eftersom tilbuddet uden denne ændring reelt ville være blevet forkastet fra begyndelsen.[188] Generaladvokaten vurderede herefter, at ligebehandlingsprincippet ikke giver mulighed for undtagelser i tilfælde, hvor de fremlagte dokumenter ikke fremgår af det oprindelige tilbud, da sådanne dokumenter ikke kan anses for at være en indlysende og åbenbar fejl. Denne opfattelse afspejles i generaladvokatens bemærkning om, at *"en anmodning om præcisering kan ikke kompensere for, at der mangler et dokument eller en oplysning, som kræves i udbudsmaterialet."*[189]

Generaladvokaten fremhævede, at EU-Domstolen i *Manova* tog forbehold for, at berigtigelse i enkelttilfælde kan være tilladt, hvis ikke udbudsmaterialet kræver fremsendelse af det manglende dokument eller den manglende oplysning, idet tilbudsgiveren ellers vil blive udelukket fra udbudsproceduren. Dette fører samlet set til en forståelse af, at generaladvokaten anser fastsatte krav til egnethed, hvor det eksempelvis er angivet, at referencer for tilsvarende arbejder skal indsendes, som værende "krævet" i udbudsmaterialet. En sådan opfattelse indebærer, at en tilbudsgiver skal udelukkes, hvis disse krav ud fra den indleverede referenceliste ikke er opfyldt. Derved opnås en retstilling, hvor den økonomiske aktør ikke efterfølgende kan dokumentere sin konditionsmæssighed, hvis dette ikke kunne udledes af det oprindelige tilbud. Dermed synliggøres den skarpe grænse, som

[187] Sag C-652/22. (2024*)*. Generaladvokatudtalelse, *Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret* pr. 68
[188] Sag C-652/22. (2024*)*. Generaladvokatudtalelse, *Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret* pr. 70
[189] Sag C-652/22. (2024*)*. Generaladvokatudtalelse, *Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret* pr. 68

generaladvokaten trækker mellem berigtigelse af åbenbare fejl og væsentlige ændringer, der omfatter nye eller tidligere ikke-fremlagte oplysninger.

På baggrund af det af generaladvokaten fremførte, kan det konkluderes, at ordregivere ikke kan anmode en tilbudsgiver om at dokumentere sin egnethed og opfyldelse af betingelserne herfor, når der er tale nye dokumenter, der henviser til arbejder, som ikke var nævnt i det oprindelige tilbud. Undtagelsen omfatter oplysninger, der på forhånd er offentliggjorte, og som indebærer samme grad af objektivitet som eksempelvis nøgletalsoplysninger, hvilket behandles nedenfor.

I tråd med denne opfattelse er afgørelsen i *Esaprojekt*, hvor det kan argumenteres for, at EU-Domstolen allerede på baggrund af, at referencerne ikke fremgik af det oprindelige tilbud, konkluderede, at disse ikke kan berigtiges med henblik på at godtgøre, at tilbudsgiveren opfylder alle betingelserne for at deltage. Dette synspunkt harmonerer med generaladvokatens vurdering i *Kolin*-sagen.

Det fremgår nærmere bestemt af EU-Domstolens afgørelse i præmis 45 i *Esaprojekt*, at det er udelukket, *"[…] at en økonomisk aktør efter fristen for at afgive bud i et offentligt udbud med henblik på at godtgøre, at han opfylder alle betingelserne for at deltage i en offentlig udbudsprocedure, kan forelægge den ordregivende myndighed dokumenter, der ikke fremgik af hans oprindelige bud, <u>såsom</u> [egen fremhævning] en kontrakt gennemført af tredjemand samt dennes tilsagn om at stille sin formåen og de ressourcer, der er nødvendige for at gennemføre den pågældende kontrakt, til rådighed for denne aktør."*[190] Selvom faktum i *Esaprojekt*-sagen angik støttende enheder og dermed adskiller sig fra det generelle spørgsmål om referencer vedrørende opgaver udført af aktøren selv, kan der argumenteres for, at citatet har en mere generel betydning. Dette skyldes, at EU-Domstolen alene bruger støttende enheder som eksempel, hvilket fremgår af anvendelsen af ordet "*såsom*", som en sproglig eksemplificering. Det kan derfor betvivles, hvorvidt ovenstående alene finder anvendelse, når identiteten af aktøren ændres ved inddragelse af en anden virksomhed, eller om det også gælder i situationer, hvor aktøren efter fristen ændrer elementer i tilbuddet, ud fra hvilke tilbudsgiveren har erklæret, at vedkommende opfylder de fastsatte krav til egnethed, navnlig ved indhentelse af nye referencer.

[190] C-387/14. (2017). *Esaprojekt,* pr. 45

Imidlertid anvender generaladvokaten i *Esaprojekt*-sagen en metafor til at illustrere, hvordan spørgsmålet om berigtigelse bør anskues. Generaladvokaten konkluderede, at berigtigelse er tilladt, når en reference befinder sig inden for et såkaldt "øjebliksbillede", mens oplysninger uden for dette billede ikke kan berigtiges. "Øjebliksbilledet" symboliserer det samlede sæt af oplysninger, der indgår i det oprindelige tilbud, som ordregiver har modtaget inden udløbet af tilbudsfristen. Berigtigelsesadgangen beskrives som muligheden for at zoome ind på dette billede for at opnå en bedre opløsning, så detaljerne fremgår klarer, hvor dette er nødvendigt. Metaforen illustrerer således, at ordregiver udelukkende må arbejde med de oplysninger, der allerede findes i "øjebliksbilledet", eksempelvis ved at anmode om en uddybelse af uklare eller tvetydige elementer.

Spørgsmålet ud fra denne metafor bliver, om referencerne kan anses for at befinde sig i "øjebliksbilledet". Med hensyn til nye referencer, der ikke fremgår af det oprindelige tilbud, er det væsentligt at undersøge, om de kan betragtes som en del af selve aktøren på det tidspunkt, hvor tilbuddet blev afgivet. Hvis aktøren som helhed anses for at være en del af øjebliksbilledet, kan det føre til, at referencerne også antages at være inkluderet i billedet. Men hvis det, der definerer aktøren i øjebliksbilledet, alene er de oplysninger, som aktøren oprindeligt har indsendt, vil referencerne falde uden for billedet.

Generaladvokaten i *Kolin*-sagen bemærkede, at *Manova*-doktrinen tillod anvendelse af offentligt tilgængelige oplysninger, der er objektivt konstaterbare. Derfor kan det argumenteres, at offentligt tilgængelige oplysninger også udgør en del af øjebliksbilledet, da de kan tilgås af ordregiveren på samme vilkår, som det oprindelige tidspunkt kan tilgås. Blot ved at "zoome" ind på virksomheden kan sådanne oplysninger potentielt udledes. Dette står imidlertid i kontrast til referencer, der selvom de repræsenterer et objektivt konstaterbart arbejde, som oftest ikke er offentligt tilgængeligt. Derudover rejser det spørgsmålet, om referencer, selv når de fremgår af et case-bibliotek eller lignende, kan anses for at være objektive på samme måde som nøgletal eller andre verificerbare historiske data. Spørgsmålet er dermed, om tvivlen vedrørende referencer er begrundet i en forskel i oplysningernes karakter og indhold, og i hvilket omfang dette påvirker placeringen i forhold til øjebliksbilledet.

Generaladvokatens forslag til afgørelse i *Kolin*-sagen kan siges at være i tråd med Klagenævnets restriktive tilgang, som set i *Eksponent*-sagen. Dog kan det anføres, at generaladvokaten indtager en endnu mere vidtgående position, end Klagenævnet gjorde. Generaladvokaten udtaler som nævnt, at

ligebehandlingsprincippet ikke er til hinder for, at der kan berigtiges, *når det er indlysende, at dette er nødvendigt for at bringe åbenbare indholdsmæssige fejl ophør*.[191] Med henvisning til *Manova* udtalte EU-Domstolen, at oplysninger kan berigtiges, *bl.a. [egen fremhævning] fordi de åbenlyst blot kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssig fejl til ophør*.[192] I *Manova* anføres således, at en berigtigelse kan ske eksempelvis, når noget er *åbenlyst*, hvor generaladvokatens udtalelse må forstås således, at for at en fejl kan berigtiges, er det et krav, at fejlen fremstår med en vis tydelighed og klarhed.

Generaladvokaten fortolker EU-Domstolens præmisser i *Manova* således, at muligheden for berigtigelse er begrænset til tilfælde, hvor det, der ønskes berigtiget, allerede er fremsendt til ordregiver inden fristens udløb. Hvis dette ikke er tilfældet, vil der være tale om en væsentlig ændring, medmindre der eksempelvis er tale om allerede offentliggjort oplysninger. Generaladvokaten henviste til, EU-Domstolen i *Manova* fastslog, at berigtigelse kan ske eksempelvis ved at anmode om en balance, *der er offentliggjort forud for udløbet af fristen for afgivelse af bud.*[193] På denne baggrund kan det anføres, at generaladvokaten tillægger karakteren af oplysningerne betydning for vurderingen af, hvorvidt der kan foretages en berigtigelse. Et allerede offentliggjort dokument har en højere grad af objektivitet, hvor referencer er kvalitative oplysninger, der kan og ofte bliver tilpasset. På denne baggrund kan det synes at have betydning, at referencerne på baggrund af deres karakter tilpasses det enkelte udbud, hvorefter den nødvendige objektivitet mistes, der efter *Manova*-doktrinen kræves.

Hvis problemstillingen vurderes i lyset af generaladvokatens udtalelse i *Esaprojekt*-sagen, kan det anføres, at tidligere arbejder, som en aktør har oplyst, vil være en del af øjebliksbilledet, eftersom de i så fald vil fremgå i det oprindelige indleverede bud. Generaladvokaten i *Kolin*-sagen fastslog tilsvarende, at der ikke kan berigtiges forhold, når det der berigtiges, ikke indgår i det oprindelige tilbud. Hvis referencerne således er nævnt i det oprindelige indleverede, vil det ud fra ovenstående betyde, at referencerne vil kunne berigtiges, såfremt de er mangelfulde, forudsat at de øvrige betingelser for berigtigelse er opfyldt. En sådan retsstilling kan medføre en lavere kvalitet af de bud, som bliver indleveret, da aktørerne i så fald vil forsøge at helgardere sig og tilføje unødvendige oplysninger.

[191] Sag C-652/22. (2024*).* Generaladvokatudtalelse, *Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret* pr. 68
[192] C-336/12. (2013). *Manova*, pr. 32
[193] Sag C-652/22. (2024*).* Generaladvokatudtalelse, *Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret* pr. 76

Hvis praksis udvikler sig, som beskrevet ovenfor, hvor bestemmelsen ikke giver adgang til at gøre et tilbud konditionsmæssigt, hvis det i sin oprindelige form ikke opfylder betingelserne herfor, vil bestemmelsens anvendelsesområde blive væsentligt indskrænket. Spørgsmålet vil herefter være, om bestemmelsen primært får funktion af at kunne berigtige formalistiske fejl og fejl, som er tydelige åbenbare og som allerede har været en del af det oprindelige tilbud om end i en ringere kvalitet.

I forslaget til afgørelse i *Esaprojekt*-sagen påpegede generaladvokaten, at reglerne ikke bør føre til overdreven formalisme, idet berigtigelsesadgangen navnlig skal medvirke til at sikre, at udbudsprocedurerne forbliver åbne og konkurrencedygtige.[194] Dette er direkte forbundet med formålene med udbudsreglerne set fra et EU-retligt perspektiv. Det kan imidlertid argumenteres, at en sådan indskrænkning som generaladvokaten i *Kolin*-sagen fremførte, kan gøre det vanskeligt at holde konkurrencen åben i en sådan grad, som formålene tilsigter. I forlængelse heraf kan bestemmelsen i § 159, stk. 5, synes at savne mening, hvis den ikke giver adgang til at gøre et tilbud konditionsmæssigt. Netop ved at kunne gøre flere tilbud konditionsmæssige, opnår ordregivere et bredere konkurrencefelt, som kan føre til bedre priser og løsninger, og derved åbner konkurrencen for flere aktører. Dette gavner nationale såvel som udenlandske tilbudsgivere, hvilket styrker det indre marked for offentlige kontrakter.

På den anden side, ville en sådan begrænsning formentligt i højere grad sikre hensynet ligebehandlingsprincippet end ved at tillade en mere fleksibel adgang, da begrænsningen kan forebygge, at ordregivere ved brug af berigtigelsesadgangen favoriserer udvalgte aktører. En strengere praksis kan skabe større klarhed for tilbudsgivere, hvordan reglen anvendes, hvilket kan øge gennemsigtigheden.

Dette understreger, at berigtigelse udgør en svær balance mellem hensynet ligebehandling af økonomiske aktører og behovet for at sikre, at udbudsprocedurerne forbliver åbne og konkurrencedygtige.

5. Delkonklusion

Analysen viser, at generaladvokaten i *Kolin*-sagen har en indskrænkende fortolkningsstil af berigtigelsesadgangen, som adskiller sig væsentligt fra seneste danske retspraksis. Selvom analysen ikke er

[194] C-387/14. (2017). Generaladvokatudtalelse, *Esaprojekt,* pr. 26

et udtryk for gældende EU-ret, kan den bidrage til at belyse de overvejelser, der potentielt kan indgå i EU-Domstolens afgørelse af spørgsmålet.

Hvis EU-Domstolen tiltræder samme synspunkt som generaladvokaten, både hvad angår *Kolin*-sagen såvel som *Esaprojekt*-sagen, betyder det, at nye referencer i fremtiden ikke kan fremlægges i forbindelse med en anmodning om berigtigelse. Begrundelsen herfor er, at det for det første ikke skal være tilladt af berigtige elementer, der ikke fremgår at det oprindelige tilbud, fordi det ikke i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, kan karakteriseres som tilstrækkelige åbenlyse fejl, eftersom referencerne ikke var til stede af ved afgivelsen af det oprindelige tilbud. Da en reference i lyset af generaladvokatens udtalelse i *Kolin*-sagen ikke kan tilskrives at have samme objektive karakter, som eksempelvis balanceoplysning, henhører en ny reference ikke under undtagelsen, som kan udledes af *Manova*. Derfor vil en berigtigelse af referencer ikke være i overensstemmelse med forhandlingsforbuddet og ligebehandlingsprincippet.

Det er imidlertid ikke forfatternes vurdering, at EU-Domstolen kommer til at følge ovennævnte tilgang til fulde. Forfatterne baserer dette synspunkt på, at EU-Domstolen i flere tilfælde har fastslået, at ligebehandlingsprincippet ikke er et mål i sig selv, men et middel til at opfylde formålene. Derfor er det forfatternes vurdering, at formålene kommer til at veje tungere, hvor ligebehandling ikke forringes i en sådan grad, at der opstår væsentligt forskelsbehandling blandt aktørerne. Det er forfatternes vurdering, at inddragelse af nye referencer efter fristens udløb bliver vurderet i overensstemmelse med de udbudsretlige principper, når referencerne alene skal dokumentere egnethed og referencerne ikke skal indgå i en udvælgelse. Det er forfatternes opfattelse, at denne tilgang vil fremme konkurrencen uden at tilsidesætte ligebehandlingsprincippet, eftersom dét at dokumentere virksomhedens egnethed efter fristen ikke er forbundet med en konkurrencemæssig fordel.

Forfatterne er for så vidt enige i, at der ikke ville kunne inddrages nye referencer, uanset om disse foreligger systematiseret hos ansøgeren i et udbud med en prækvalifikation, eftersom ansøgeren i en sådan situation vil opnå en væsentlig konkurrencemæssig fordel, da denne får adgang til at forbedre sin ansøgning.

Vedrørende generaladvokatens bemærkning om, at en ordregiver har afskåret sig selv fra at anmode om berigtigelse ved at kræve et dokument, er forfatterne uenige i dette standpunkt. Det forfatternes

synspunkt, at EU-Domstolen kommer til at kræve, at en ordregiver skal angive konsekvensen af manglende indsendelse, førend det vil føre til udelukkelse. Dette skal ses i sammenhæng med, at det af hensyn til gennemsigtigheden vil medføre en mere ensartet anvendelse og forståelse for, hvornår en ordregiver har afskåret sig muligheden.

KAPITEL 7
Pligt til at berigtige

Det er i afhandlings forrige kapitler undersøgt, hvornår ordregivere er berettiget til at anmode om berigtigelse af en ansøgning eller et tilbud, som er mangelfuld. Spørgsmålet er herefter, om ordregivere kan have en pligt til at anmode om berigtigelse. Dette spørgsmål undersøges med udgangspunkt i relevante lovbestemmelser og praksis. Først undersøges, om der kan siges at eksistere en generel pligt for ordregivere, og derefter vurderes, om der kan forekomme en pligt i det enkelte udbud.

1. Den økonomiske aktørs risiko

I forbindelse med besvarelse af spørgsmålet er det for det første nærliggende at klarlægge, hvem der bærer risikoen for fejl og mangler i en ansøgning eller i et tilbud.

I *Slovensko* anførte EU-Domstolen, at *uklarheden med hensyn til buddet kun følger af en tilsidesættelse af ansøgernes pligt til at udvise omhu i affattelsen af buddet.*[195] Med andre ord fremhævede EU-Domstolen, at ansvaret for eventuelle uklarheder i en ansøgning eller i et tilbud ikke kan tilskrives ordregiveren, men derimod den økonomiske aktør selv. Dermed bærer aktørerne risikoen for, at en ansøgning eller et tilbud er affattet korrekt i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Desuden bemærkede EU-Domstolen, at der hverken af ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsforpligtelsen kan udledes, at ordregiveren i en sådan situation var forpligtet til at kontakte de berørte aktører.[196] Dette understreger, at der eksisterer en klar forventning om, at de økonomiske aktører sikrer, at deres ansøgning eller tilbud er udarbejdet med den nødvendige nøjagtighed og i overensstemmelse med de krav og specifikationer, der fremgår af udbudsmaterialet.

At den økonomiske aktør som det klare udgangspunkt selv bærer risikoen for mangelfulde ansøgninger eller tilbud er ligeledes bekræftet i Klagenævnets praksis. Som eksempel udtalte Klagenævnet i kendelsen af 17. juni 2022, *Grandt Defense ApS mod Rigspolitiet*, at "*ansøgeren bærer risikoen for, at ordregiveren vælger ikke at forsøge at udnytte den fakultative bestemmelse i udbudslovens § 159, stk. 5"*. Ligeledes fandt Klagenævnet i kendelsen af 20 oktober 2020, *Rohde & Schwarz Danmark*

[195] C-599/10. (2012). *Slovensko*, pr. 38
[196] C-599/10. (2012). *Slovensko*, pr. 38

A/S mod FMI, at ordregiveren var berettiget til at afvise ansøgningen på baggrund af, at en støtteerklæring først blev eftersendt efter ansøgningsfristens udløb. Dog udtalte Klagenævnet, at "*der ikke var tale om sådanne tvetydige oplysninger, som det undtagelsesvist kan påhvile en ordregiver at søge afklaret"* med henvisning til Rettens afgørelse af 10. december 2009, *Antwerpse Bouwwerken mod Kommissionen,* (herefter *Antwerpse).* Klagenævnet anerkender således, at der i visse tilfælde kan påhvile ordregivere en pligt til at foretage en berigtigelse. Dette behandles i det følgende afsnit.

2. Ordregivers pligt

Hjemmelsgrundlaget til berigtigelse er udbudslovens § 159, stk. 5, hvoraf det fremgår, at *"ordregiveren kan"* anmode om berigtigelse. Selve lovteksten fastlægger således ingen pligt, da ordet "kan" indikerer, at ordregiveren har en valgfrihed med hensyn til, om en berigtigelse ønskes foretaget. Havde lovteksten derimod anvendt udtrykket *"skal",* kunne dette indikere en pligt, men da dette ikke er tilfældet, uddybes dette ikke nærmere.

Den tilsvarende bestemmelse i udbudsdirektivet art. 56 (3), indeholder en enslydende ordlyd sammenholdt med den danske lovtekst. Der er derfor ikke noget nyt perspektiv at udlede ved alene at se på direktivteksten.

Af lovbemærkningerne til bestemmelsen i udbudsloven fremstår berigtigelsesmuligheden ligeledes som en ret og ikke en pligt, under hensyn til anførte: *"Såfremt en ansøgning eller et tilbud indeholder fejl eller mangler, er ordregiveren ikke forpligtet til at anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet [egen fremhævning].*[197] Lovbemærkninger angiver direkte, at der ikke kan udledes en pligt, men alene en ret, og følger dermed afgørelsen i *Slovensko*, som behandles nedenfor.

Det fremgår imidlertid videre af lovbemærkningerne "*Dog kan det efter omstændighederne være hensigtsmæssigt, at ordregiveren fremsætter en anmodning, hvis der er tale om fejl eller mangler".*[198] På denne baggrund er det interessant, når det anføres, at en anmodning efter omstændighederne kan være hensigtsmæssig.

[197] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 182
[198] Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015, s. 182

Ordregivers pligt til at berigtige skal ses i sammenhæng med proportionalitetsprincippet, hvorefter ordregiver skal træffe nødvendige og forholdsmæssige beslutninger. Således kan det anføres, at det ikke ville være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet at afvise et tilbud, der ellers ville have været det økonomiske mest fordelagtige, på baggrund af mindre fejl, der ikke har betydning for konkurrencen eller på anden vise kan give en fordel.

I sagen *Antwerpse* konstaterede Retten, at ordregiveren i visse tilfælde kan have en pligt til berigtige åbenbar fejl, frem for at afvise tilbuddet, når det *kan forklares på en enkel måde og nemt kan fjernes*.[199] Det skal dog bemærkes, at dette kun gør sig gældende, når berigtigelsen ikke medføre fremsættelse af nyt tilbud, og ordregiveren i øvrigt ikke har afskåret adgangen hertil, som tidligere er behandlet i afhandlingens kapitel 4 og 5.

I sin begrundelse henviste Retten til princippet om god forvaltningskik samt princippet om sparsommelighed. [200] Endvidere henviste Retten til proportionalitetsprincippet og udtalte, at princippet indebærer, "*at den ordregivende myndighed, når den skal tage stilling til et tvetydigt bud, og når en anmodning om yderligere oplysninger vedrørende indholdet af det pågældende bud kan garantere retssikkerheden på samme måde som en direkte afvisning af det pågældende bud, skal anmode den pågældende ansøger om præciseringer frem for at vælge en klar afvisning af dennes bud*." [201] Pligten til i visse situationer at anmode om berigtigelse er dog begrænset af retssikkerhedsprincippet, hvorefter at såfremt ordregiveren *"ikke har mulighed for hurtigt og effektivt at fastslå, hvad buddets virkelige indhold er, har den således ikke andet valg end at afvise buddet"*.[202]

EU-Domstolen har imidlertid ikke fulgt den samme tilgang, som fastlagt i *Antwerpse*. I *Slovensko* understregede EU-Domstolen, at ordregiver kan vælge at berigtige fejl, men ikke har en egentlig forpligtelse hertil.[203] Denne tilgang synes at stå i modsætning til Rettens afgørelse i *Antwerpse*, hvor det blev fastslået, at der i visse tilfælde kan være en pligt til at berigtige. Forskellen mellem de to afgørelser kan forklares ved forskellene i det retlige grundlag, da *Antwerpse* blev vurderet under

[199] T-195/08. (2009). *Antwerpse Bouwwerken*, pr. 56 og pr. 65
[200] T-195/08. (2009). *Antwerpse Bouwwerken*, pr. 56 og pr. 65
[201] T-195/08. (2009). *Antwerpse Bouwwerken*, pr. 57
[202] T-195/08. (2009). *Antwerpse Bouwwerken*, pr. 58
[203] C-599/10. (2012). *Slovensko*, pr. 38

Finansforordningen,[204] mens *Slovensko* og lignende afgørelser fra EU-Domstolen følger udbudsdirektivet. Finansforordningen forpligter EU-institutionerne til forsvarlig økonomisk forvaltning og lægger vægt på sparsommelighed, effektivitet og økonomisk ansvarlighed, hvilket snarere er forvaltningsretlige end udbudsretlige principper.

Som nævnt lagde Retten i *Antwerpse* i sin vurdering tillige vægt på proportionalitetsprincippet, hvilket er et udbudsretligt princip. Det kan ikke af *Slovensko* udledes, om EU-Domstolen vurderede pligten i forhold til proportionalitetsprincippet eller om EU-Domstolen på trods heraf mente, at der ikke var en pligt til at berigtige. Men eftersom det er et udbudsretligt princip, kan det anføres, at der i særlige tilfælde opstår en udbudsretlig pligt til at berigtige, baseret på proportionalitetsprincippet.

Der er imidlertid ikke noget til hinder for, at en ren national regel pålægger ordregiveren en forpligtelse til at berigtige. I afgørelse af 11. maj 2017, C-131/16, *Archus og Gama* fandt EU-Domstolen, at en national regel, der forpligtede ordregivere til at anmode om visse specifikke oplysninger, kunne anses for værende i overensstemmelse med EU-udbudsreglerne, forudsat at reglen ikke krævede, at ordregiveren rettede oplysninger eller dokumenter på en måde, der går ud over de beføjelser, som er fastlagt i medfør af udbudsdirektivet, og den praksis der følger heraf.

Klagenævnet har som nævnt anerkendt, at der kan være en forpligtelse til at berigtige, men har endnu ikke fundet, at en ordregiver i en given sag har været forpligtet til at berigtige. Et eksempel på en kendelse, hvor Klagenævnet vurderede, at ordregiveren ikke var forpligtet til at berigtige, er kendelsen af 13. januar 2023, *ConvaTec Danmark A/S mod Region Midtjylland, Region Syddanmark, m.v.* På nogle af de delaftaler, hvor ConvaTec havde afgivet tilbud, lå tilbudsprisen henholdsvis 9.570-9.580%, 960-970% og 365-375% højere end laveste tilbud. Årsagen hertil skyldtes, at ConvaTec havde angivet prisen på baggrund af en forkert enhed. Klagenævnet fastslog, at en tilbudsgiver selv bærer risikoen for fejl i tilbuddet. Klagenævnet anerkendte, at ConvaTecs priser var markant højere end andre tilbud, men afviste, at det for ordregiveren var åbenbart, at priserne var baseret på fejl.

Klagenævnet foretog alligevel en vurdering af, om fejlen kunne betragtes som "*åbenbar*" for ordregiveren. I vurderingen blev der lagt vægt på markedets særlige forhold, herunder store prisudsving

[204] Finansforordningen, Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2018/1046 af 18. juli 2018 2018/1046, artikel 33 (1), medfører at EU-institutionerne skal sikre forsvarlig økonomisk forvaltning, hvorfor Kommissionen derfor var underlagt principperne om sparsommelighed, efficient og effektivitet i sagen.

og usikker prisdannelse, betydelige forskelle i de afgivne priser blandt andre bydende samt at det ikke kunne udelukkes, at prisfastsættelsen havde været præget af strategiske overvejelser.

Det kan anføres, at selv hvis Klagenævnet havde fundet, at fejlen havde været åbenbar, ville det i sagen ikke nødvendigvis være en fejl, der kunne rettes på en enkel måde. For at kunne opfylde dette kriterie, ville det kræve, at det af tilbuddet kunne udledes, hvordan prisen skulle være afgivet og herunder tydeligt, hvilken enhed tilbudsgiver havde afgivet sin pris efter. I andre situationer, hvor der eksempelvis er tale om en åbenlys slåfejl eller hvor prisen med sikkerhed kan udledes af tilbuddet, ligesom i *Antwerpse*, vil ordregiver med større sandsynlighed skulle overveje kontakte tilbudsgiver for at få bekræftet, om den angivne pris er korrekt.

I Klagenævnets kendelse af 6. februar 2019, *Brande Buslinjer ApS mod Midttrafik,* havde virksomheden i sit ESPD krydset "nej" til at opfylde udvælgelseskriterierne, som tidligere beskrevet.[205] Klagenævnet vurderede, at der var tale om en åbenbar fejl, og at ordregiveren havde mulighed for at anmode om berigtigelse. På trods af, at dette ikke blev gjort, fastslog Klagenævnet, at ansøgningen ikke kunne betragtes som ukonditionsmæssig, idet ordregiveren med rimelighed kunne antage, at markeringen var en åbenbar fejl uden reel indholdsmæssig betydning.

Det er bemærkelsesværdigt, at en fejl kan være fremstå så åbenlys, at en ordregiver med rette kan antage, at der er tale om en fejl, og derfor være berettiget til at se bort herfra uden at skulle anmode om berigtigelse. Det kan anføres, at når Klagenævnet i *Brande Buslinjer,* vurderede, at ordregiveren kunne antage, at der var tale om en fejl, fordi fejlen var så åbenlys, bliver det vanskeligt at identificere de situationer, hvor der reelt indtræder en pligt til at berigtige.

Den økonomiske aktør bærer som nævnt risikoen for fejl eller mangler ved ansøgningen eller tilbuddet, og ordregiveren bærer omvendt risikoen for uklarheder i udbudsmaterialet. Såfremt ordregiveren i sit udbudsmateriale har fastsat krav, der er formuleret uklart eller tvetydigt, kan det medføre, at udbudsmaterialet ikke kan danne grundlag for en lovlig tildelingsbeslutning, eller at ordregiveren ikke vil kunne afvise et tilbud grundet manglende overholdelse af kravet.[206] En sådan afvisning ville være i strid med de grundlæggende udbudsretlige principper, herunder ligebehandling og

[205] Se afhandlingens kapitel 4, afsnit 4
[206] Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag, s. 229

gennemsigtighed. Som eksempel kan nævnet Klagenævnets kendelse af 2. marts 2018, *AV Form A/S mod Fællesindkøb Fyn mv.*. I sagen fastslog Klagenævnet, at ordregiveren bærer risikoen for uklarheder i udbudsmaterialet, hvorfor ordregiveren havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved ikke at tage klagers tilbud i betragtning.

I tilfælde hvor fejl skyldes uklarheder i udbudsmaterialet, kan det argumenteres, at ordregiveren har en pligt til at berigtige fejlen. EU-Domstolens afgørelse i *Slovensko* fastslog, som nævnt, at ordregiveren ikke havde pligt til at berigtige, da uklarheden var en følge af aktørens pligt til at udvise omhu i buddet.[207] Hvis præmissen forstås modsætningsvist, kan det udledes, at når fejlen skyldes uklarheder eller tvetydige formuleringer i udbudsmaterialet, som kan tilskrives ordregiveren, kan dette medføre en forpligtelse for ordregiveren til at berigtige.

3. Pligt som følge af ordregiver selv

Som tidligere beskrevet blev betingelserne for at anmode om berigtigelse fastslået i *Manova*, herunder at ligebehandlingsprincippet indebærer en forpligtigelse for ordregiveren til at anmode om berigtigelse af alle de ansøgere eller tilbudsgivere, der befinder sig i en sammenlignelig situation i samme udbud, såfremt der anmodes om berigtigelse hos én af de økonomiske aktører i udbudsprocessen.[208] Det bemærkes, at såfremt der foreligger objektive grunde til forskelsbehandling, er ordregiver ikke forpligtet hertil. Dette kan eksempelvis være tilfælde, hvor et tilbud alligevel vil skulle afvises som følge af, at det er ukonditionsmæssigt af andre årsager.[209]

En forpligtigelse forudsætter imidlertid, at de fejl eller mangler, der gør sig gældende i ansøgningen eller i tilbuddet er ens eller kan anses for sammenlignelige. Dette følger af ligebehandlingsprincippet, som kræver, at ens forhold ikke må behandles forskelligt, og forskellige forhold ikke må behandles ensartet.[210] Modsætningsvist kan det udledes, at en anmodning om berigtigelse ikke skal rettes mod virksomheder i forskellige situationer. Det beror på en konkret vurdering, hvorvidt der er tale om sammenlignelige forhold.

[207] C-599/10. (2012). *Slovensko*, pr. 38
[208] C-336/12. (2013). *Manova*, pr. 34 og Slovensko pr. 43
[209] Fabricius, J. (2024). *Offentlige indkøb i praksis*. 5. udgave, Karnov Group, s. 765
[210] Se bl.a. C-599/10. (2012). *Slovensko* pr. 43

Som eksempel kan nævnes Klagenævnets kendelse af 30. oktober 2013, *European Dynamics Luxembourg SA mod SKAT*. I sagen havde en ansøger indsendt sin ansøgning både i en DVD-version og i en papirversion. Senere viste det sig, at DVD-versionen var tom, hvorefter ordregiveren anmodede om fremsendelse af en ny DVD. En anden ansøger havde indlevet sin ansøgning i begge formater, men der manglende imidlertid nogle oplysninger i henhold til udbudsbekendtgørelsen. Klagenævnet udtalte, at da der var tale om forskellige situationer, havde ordregiver ikke tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved ikke at anmode klager om berigtigelse.

I Klagenævnets kendelse af 7. november 2024, *Northrop Grumman International Trading, Inc. mod FMI* var klagers ansøgning blev afvist som ukonditionsmæssig, da de oplyste referencer i ansøgningen, ikke opfyldte mindstekravene. Klagen vedrørte blandt andet, om ordregiveren var forpligtet til at anmode klager om berigtigelse, da ordregiveren havde anmodet to andre ansøgere om at berigtige fejl i deres ansøgninger, herunder afklaring af uklarheder og præcisering af et CVR-nummer. Klagenævnet fandt, at de ansøgninger, som ordregiveren havde berigtiget, var af en *væsentlig anden karakter* end de forhold, som gjorde, at klager ikke blev prækvalificeret.

Begge kendelser viser, at der skal tages stilling til, hvorvidt situationerne er sammenlignelige, før det fastslås, om ligebehandlingsprincippet kræver, at berigtigelse skal foretages. I begge kendelser finder Klagenævnet i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, at kun fejl og mangler af samme art skal behandles ens, mens forskellige forhold kan retfærdiggøre forskellige behandling.

Ordregivere skal udover at handle i overensstemmelse med de udbudsretlige principper, ligeledes følge de nationale forvaltningsretlige principper, såfremt ordregiveren er omfattet af offentlighedsloven.[211] Det forvaltningsretlige ligebehandlingsprincip sikrer, at væsentlige og sammenlignelige forhold behandles ens i retlig henseende. Dette indebærer et krav om ensartethed og konsekvens i offentlige myndigheders afgørelser. Når de faktiske omstændigheder i flere sager er ensartede, skal samme hensyn vægtes på samme måde, hvilket forhindrer vilkårlig forskelsbehandling. Offentlige myndigheder er således forpligtet til at følge deres egen praksis for at sikre forudsigelighed og retssikkerhed.[212]

[211] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 67
[212] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 618

På denne baggrund er offentlige myndigheder forpligtet til at følge deres egen praksis vedrørende berigtigelse. Hvis en ordregiver i ét udbud har anmodet om berigtigelse af specifikke oplysninger, skal ordregiveren på tilsvarende måde anmode om berigtigelse af samme type oplysninger i et efterfølgende udbud med lignende omstændigheder. Dette sikrer overholdelse af ligebehandlingsprincippet og skaber konsistens og forudsigelighed i forvaltningspraksis. Dette gælder dog ikke, såfremt der er forskellige omstændigheder ved de to udbud. Forskellige omstændigheder kan eksempelvis være, at ordregiveren i det pågældende udbud er underlagt et tidspres, hvorefter der ikke kan afventes at oplysninger skal berigtiges.[213]

Der er tale som nævnt tale om en ret, der tilkommer ordregiver, hvilket vil sige, at ordregiver kan vælge at berigtige i ét udbud, og vælger ikke at gøre det i ét andet, såfremt der ikke er tale om ens forhold. Der er kun pligt til at berigtige i alle sammenlignelige situationer. Det kan anføres, at det fra virksomhedernes side skaber en vis usikkerhed i form af den vilkårlighed, der tilkommer ordregiver i valget om, hvorvidt denne ønsker at berigtige eller ej.

4. Konsekvensen af en generel pligt

I lyset af ovenstående er det interessant at overveje, hvad det ville have af indflydelse såvel positiv som negativ, hvis ordregivere havde en generel pligt til at anmode om berigtigelse og risikoen for fejl og mangler i ansøgninger eller tilbud derved i nogle tilfælde overgik til ordregivere.

På den ene side kan det anføres, at en generel pligt vil styrke konkurrencen i udbudsproceduren, hvorefter antallet af afviste tilbud og ansøgninger potentielt ville reduceres, da flere af disse ville skulle berigtiges til at være i overensstemmelse med udbudsmaterialet. Dette vil fremme konkurrencen, da færre afvisninger på baggrund af mindre og formalistiske fejl ville føre til et større antal kvalificerede tilbud, og dermed forhindre at et ellers konkurrencedygtigt tilbud bliver afvist eller overset. Dette vil potentielt resultere i bedre priser og kvalitetsløsninger.

En pligt til at berigtige kan siges at reducere ordregivers mulighed for at misbruge sin skønsbeføjelse, hvor skønnet kunne bruges til at favorisere bestemte aktører. Pligten ville således bidrage til en mere

[213] Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag, s. 618

objektiv og ensartet brug af bestemmelsen og lige behandling af alle aktører, hvilket styrker principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

På den anden side kan det anføres, at hvis aktørerne ved, at de altid vil få mulighed for at berigtige visse fejl, vil det indebære en risiko for, at aktørerne vil spekulere heri. Aktører kan dermed bevidst indsende ufuldstændige eller fejlbehæftede ansøgninger eller tilbud med henblik på efterfølgende berigtigelse. En sådan retsstilling ville give disse aktører en tidsmæssig fordel og medføre ulige behandling blandt de økonomiske aktører i strid med ligebehandlingsprincippet. Med andre ord, så længe risikoen for fejl og mangler i ansøgningerne eller tilbuddene er placeret hos aktørerne, og berigtigelse forbliver en ret for ordregivere, er der større sandsynlighed for at aktørerne vil bestræbe sig på at sikre, at deres tilbud imødekommer kravene i udbudsmaterialet.

En mere praktisk udfordring ved en generel er, at den administrative byrde samt tidsforbruget ville øges væsentligt for ordregivere, som dermed potentielt skulle bruge uforholdsmæssige mange ressourcer på evaluering og berigtigelse. Hver berigtigelse kræver tid og ressourcer til vurdering og opfølgning, hvilket kan fordyre og forlænge udbudsprocessen og føre til forsinkelser i kontraktindgåelsen.

Selve formålet med bestemmelsen var at skabe mere fleksibilitet i udbudsproceduren. Denne fleksibilitet forsvinder, hvis ordregivere bliver pålagt en pligt, da ordregivers valgfrihed angående berigtigelse i så fald ikke længere vil eksistere.

Desuden ville en pligt til at anmode om berigtigelse ikke ændre på, at ordregivere er forpligtet til i hver enkel ansøgning eller tilbud at foretage sit eget skøn af om genstanden for berigtigelse er i overensstemmelse med § 159, stk. 5. Dette skyldes, at pligten ikke ville medføre en udvidelse af anvendelsesområdet for § 159, stk. 5. Det betyder, at der således alligevel skal foretages en vurdering af eksempelvis risikoen for forhandling. Med indførelsen af en pligt til at anmode om berigtigelse, gøres omfanget af, hvad der skal vurderes ikke mindre eller nemmere. Dette vil derfor ikke medvirke til at sikre effektivitet i udbudsprocedurer, hvilket taler imod indførelse af en generel pligt.

5. Delkonklusion

Det er fastslået, at ordregivere som udgangspunkt ikke har en generel pligt til at anmode om berigtigelse af fejl eller mangler i ansøgninger eller tilbud. Dette følger af både af lovtekstens ordlyd og understøttes yderligere af lovbemærkningerne. Derudover er dette bekræftet gennem afgørelser fra henholdsvis EU-Domstolen og Klagenævnet. Det er derfor den økonomiske aktør, der som det klare udgangspunkt, bærer risikoen for fejl eller mangler i sin ansøgning eller sit tilbud.

En pligt for ordregivere til at berigtige kan dog opstå i enkelte tilfælde, hvor særligt proportionalitetsprincippet tilsiger det. Rettens afgørelse i sagen *Antwerpse* viser, at en sådan pligt kan eksistere i situationer, hvor en fejl er åbenbar og kan afhjælpes på en enkel måde. Denne pligt er imidlertid ikke overført til udbudsdirektivernes anvendelsesområde. Klagenævnet har i flere kendelser anerkendt, at der kan være en pligt for ordregiver til at berigtige, men der er endnu ikke set eksempler på, at Klagenævnet har statueret en sådan pligt.

I henhold til ligebehandlingsprincippet er ordregivere forpligtet til at sikre en ensartet behandling af alle aktører i det konkrete udbud. Hvis en fejl berigtiges for én aktør, skal der således også foretages en berigtigelse for de andre aktører, såfremt der er tale om sammenlignelige situationer.

Kapitel 8

Konklusion

I henhold til udbudslovens § 159, stk. 5, kan ordregivere anmode en økonomisk aktør om at berigtige en ansøgning eller et tilbud, forudsat at dette sker i overensstemmelse med principperne i udbudslovens § 2, og at dette ikke medfører fremsættelse af en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Hvorvidt en anmodning om berigtigelse opfylder disse betingelser, afhænger af de faktiske omstændigheder og kommer an på en konkret vurdering. Når en berigtigelse ikke må føre til fremsættelse af nyt tilbud, er dette især betinget af, at følgende tre kriterier samlet set er opfyldt, 1) en anmodning må ikke indebære oplysninger, der ikke objektivt konstaterbart forelå før fristen, 2) en anmodning må ikke føre til, at en økonomisk aktør opnår en konkurrencemæssig fordel, hverken i viden eller væsentligt i tid, og 3) en anmodning må ikke føre til, at der mellem ordregiveren og den berigtigende aktør opstår en risiko for forhandling. Fælles for kriterierne er, at berigtigelsen ikke må påvirke tildelingsbeslutningen eller udbudsproceduren i øvrigt. Eftersom adgangen til at anmode om berigtigelse som udgangspunkt er en ret for ordregivere, tillægges disse et bredt skøn i forhold til, hvilke fejl der kan berigtiges. Det betyder, at ordregivere inden for deres skøn har ret til at afvise en ansøgning eller et tilbud, selv når fejlen eller manglen udgør et rent formalistisk forhold, der ikke kan siges at påvirke konkurrencen.

Imidlertid kan ordregivere afskære sig fra at berigtige i medfør § 159, stk. 5, hvis en ansøgning eller et tilbud indeholder en konkret fejl eller mangel, som ordregiveren i sit udbudsmateriale udtrykkeligt har angivet vil medføre udelukkelse fra udbuddet, jævnfør § 159, stk. 6. Ordregiveren er i medfør af bestemmelsen forpligtet til at følge de regler, som ordregiveren selv har fastsat, af hensyn til gennemsigtighed.

Det er i afhandlingen undersøgt, hvordan mindstekrav skal forstås i sammenhæng med udtrykkelighedsbetingelsen. For at besvare problemformuleringen er det vigtigt at konkludere, at der i praksis ikke sondres mellem betegnelsen mindstekrav og minimumskrav. Dette har ført til, at Landsretten i *Eksponent*-sagen, har afgjort spørgsmålet således, at kravene til egnethed, når de er angivet som mindstekrav, ikke fører til automatisk udelukkelse, medmindre udbudsmaterialet specifikt angiver det modsatte.

I forbindelse med berigtigelse af referencer er det første, som ordregivere skal tage stilling til, om det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at manglende indsendelse heraf, vil føre til afvisning i medfør af § 159, stk. 6. Hvis dette ikke er tilfældet, er det afgørende for, om referencerne kan berigtiges, at de tre kriterier angivet ovenfor, er opfyldt. Det er imidlertid nødvendigt at sondre mellem et udbud med og uden prækvalifikation, da dette kan have betydning for adgangen til at berigtige. Det skal dog bemærkes, at det er en forudsætning, at referencerne, der ønskes berigtiget, er udført af aktøren selv. Inddragelse af støttende enheder efter fristen vil altid udgøre nyt tilbud.

Hvis der er tale om en udbud med prækvalifikation, er det forfatternes vurdering, at en anmodning om berigtigelse af en reference udgør nyt tilbud og derfor er en berigtigelse i strid med § 159, stk. 5 og § 2, når referencen skal evalueres. Begrundelsen herfor er, at referencerne, uanset om det er en ny eller en eksisterende reference, i en prækvalifikation får funktion som et konkurrenceparameter, der kan sidestilles med et grundlæggende element – på samme måde som hvis pris korrigeres i forbindelse med berigtigelse af tilbud. Dette gælder, uanset om det kan konstateres objektivt, at referencen forelå forud for fristens udløb.

Omvendt har referencerne i et offentligt udbud ikke samme betydning, idet der ikke skal foretages en udvælgelse blandt aktørerne. Derfor kan alle, der lever op til egnethedskravene, deltage i konkurrencen. Det er forfatternes vurderingen, at uanset om der er tale om en ny reference eller en eksisterende reference, så længe referencerne alene skal dokumentere aktørens egnethed og ikke skal evalueres, vil alle tre kriterier for at kunne benytte berigtigelsesadgangen være opfyldt. I forhold til kriteriet om, at en anmodning ikke må indebære oplysninger, der ikke objektivt konstaterbart forelå før fristen, er det forfatternes vurderingen, at det afgørende er, at arbejdet er udført før fristen. Det er ligeledes forfatternes vurdering i forhold til kriterie 2, at der ikke foreligger nogen konkurrencemæssig fordel ved at give en tilbudsgiver mulighed for at indsende en ny reference, eftersom minimumskravene til egnethed blot skal opfyldes. Det er herefter underordnet, om kravene kun akkurat opfyldes, eller om de væsentligt overstiger kravet, da dette alene vedrører adgangen til at deltage i konkurrencen.

I forhold til forhandlingsforbuddet og herunder risikoen for forhandling i kriterie 3 er det forfatterens vurdering, at der ikke opstår risiko herfor, da der i sagens natur ikke kan forhandles om, hvorvidt et givent stykke arbejde er udført eller ej. Det kan derfor endeligt konkluderes, at forhandlingsforbuddet

ikke er til hinder for at tillade berigtigelse af referencer, og at dette ikke fører til fremsættelse af nyt tilbud, jf. § 159, stk. 5.

Det sidste led i afhandlingens problemformulering, om hvorvidt ordregiver har en pligt til at berigtige fejl og mangler i en ansøgning eller i et tilbud, kan besvares således, at der i udgangspunktet ikke er en pligt, som følge af at den økonomiske aktør bærer risikoen for fejl og mangler i sin ansøgning eller sit tilbud. Ikke desto mindre kan der i særlige tilfælde, i hvert fald teoretisk, opstå en pligt til berigtigelse. Dette er med henvisning til Rettens sag *Antwerpse*, hvor der på baggrund af blandet andet proportionalitetsprincippet blev statueret en pligt til berigtigelse, såfremt der er tale om en åbenbar fejl, som kan rettens på en enkelt måde. Dette er dog endnu ikke blevet fastslået i sager bedømt på baggrund af udbudsdirektivet, hvorfor der fortsat foreligger tvivl herom.

Det kan endvidere konkluderes, at ordregiver i medfør af ligebehandlingsprincippet kan have en forpligtelse i det enkelte udbud til at berigtige. Hvis der anmodes om berigtigelse hos én aktør, skal der tillige anmodes om berigtigelse hos de andre aktører, såfremt der er tale om forhold, der er sammenlignelige.

Besvarelsen af afhandlingen er baseret på seneste relevante retspraksis, men retstilstanden vedrørende berigtigelse, og særligt i forhold til berigtigelse af referencer, forbliver uafklaret, eftersom EU-Domstolen endnu ikke har haft taget stilling til problemstillingen. Derfor afventes EU-Domstolens stillingtagen for en endelig afklaring, da det er denne, der har afgørende indflydelse for besvarelsen af problemstillingen.

Perspektivering: behovet for en revidering af berigtigelsesadgangen i udbudsdirektivet

Eftersom afhandlingen påpeger, at reglerne for berigtigelse fortsat er uklare, er det nærliggende at overveje, om der er behov for en revidering af reglerne om berigtigelsesadgangen i udbudsdirektivet. Berigtigelsesadgangen i Udbudsdirektivet af 2014 blev udformet med henblik på at skabe større fleksibilitet og gøre udbudsreglerne mere effektive for både ordregivere og tilbudsgivere.[214]

Udbudsdirektivet af 2014 var en del af EU-Kommissionens strategi *"Europe 2020"* og havde blandt andet til formål at sikre, at offentlige udbud bidrager til en effektiv anvendelse af offentlige midler samt opretholdelsen af åbne markeder i hele Unionen. Dette udgør ligeledes en del af de primære formål med EU-udbudsreglerne. Udbudsreglerne er derfor en central del af de markedsbaserede instrumenter, der skal bruges til at opnå målene.[215]

Adgangen til at berigtige har, udover at skabe fleksibilitet, til formål at sikre, at ordregivere ikke er nødsaget til at afvise det økonomisk mest fordelagtige tilbud, som mangelfuldt.[216] Dette ville ikke alene styrke konkurrencen, hvilket bevirker bedre tilbud med hensyn til pris og kvalitet, men også sikre, at offentlige midler anvendes mest effektivt i overensstemmelse med EU's overordnede strategier.

Afhandlingen har imidlertid bidraget til at belyse, hvordan reglerne for berigtigelse i praksis har vist sig at være komplicerede for ordregivere at anvende. Klagenævnet har i mange sager behandlet spørgsmålet om berigtigelse i forskellige kontekster, og EU-Domstolen har været forelagt flere sager om fortolkningen af bestemmelsens anvendelse. Senest har sagen *Eksponent*[217] været for domstolene i Danmark, hvor spørgsmålet om berigtigelse af referencer – netop det, som afhandlingen har haft særligt fokus på – blev behandlet. Klagenævnets og Domstolenes afgørelser viser en væsentlig forskel i fortolkningen af reglerne. Senest er sagen *Kolin*[218] blevet forelagt EU-Domstolen, hvor sagens omdrejningspunkt ligeledes var berigtigelse af referencer. Eftersom sagen ikke blev realitetsbehandlet,

[214] Hamer, C. R. (2016). *Requesting additional information - increase of flexibility and competition?* S. 236-237
[215] Europa-Kommissionen. (2014). *Revision of Public procurement Directives - Frequently Asked Questions.*
[216] Hamer, C. R. (2016). *Requesting additional information - increase of flexibility and competition?* S. 236-237
[217] Østre Landsret dom af 10. oktober 2023, BS-27079/2022-OLR
[218] C-652/22. (2024). *Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret*

er der fortsat ikke klarhed om reglerne. Generaladvokatens forslag til afgørelse viste tillige, at der var stor uenighed om fortolkningen af reglen, idet generaladvokaten fandt frem til ét resultat, mens de andre lande, der havde afgivet indlæg i sagen, havde en anden fortolkning af reglen.[219] Det omfattende antal af sager sammenholdt med den meget forskellige forståelse af reglerne bidrager til et billede af, at der kunne være et behov for at revidere bestemmelsen, så lovteksten fremstår klarer.

Desuden har Statens og Kommunernes Indkøbscentral (herefter "SKI"), der årligt gennemfører mange udbud, udtalt, at *"det fortsat er forbundet med store administrative byrder at gennemføre udbud, og der er brug for forenklinger, hvis ambitionen om effektiv konkurrence, lave priser, høj kvalitet […] skal realiseres."*[220]

Europa-Kommissionsformand Ursula Von Der Leyen har i sin rapport *Political Guidelines For The Next European Commission 2024−2029*, foreslået en revision af Udbudsdirektivet, der blandt andet har til hensigt at modernisere og simplificere udbudsreglerne. Endvidere gør hun en central pointe i, at reglerne om offentlige indkøb skal udnyttes bedre. På nuværende tidspunkt udgør offentlige indkøb 14 % af EU's BNP. Med en effektivitetsforbedring på 1 % i offentlige indkøb kan EU spare 20 milliarder euro om året. [221] I Von Der Leyens mission brev skrev hun til Kommissær for Velstand og Industriel Strategi: *"You will revise the Public Procurement Directives to help ensure security of supply for certain vital technologies, products and services, <u>while simplifying the rules and reducing administrative burden</u> [egen fremhævning]."*[222]

Samlet set tegner der sig et tydeligt billede af, at der er behov for en gennemgående revidering af udbudsdirektivet, herunder også bestemmelsen om berigtigelse. Det bør i den forbindelse overvejes, hvilken indflydelse en revidering af bestemmelsen vil have i praksis.
Berigtigelsesreglen har netop haft til formål at styrke konkurrencen og sikre ordregiveres adgang til det mest økonomisk fordelagtige tilbud, navnlig i overensstemmelse med de mål, Von Der Leyen har sat for udbudsdirektivets fremtidige revidering. En mere effektiv udnyttelse af berigtigelsesadgangen, ved at skabe større klarhed og simplificere anvendelsen af reglen, kunne derfor være med til at sikre

[219] C-652/22. (2024). Generaladvokatudtalelse, *Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret*, pr. 60
[220] Statens og Kommunernes Indkøbscentral. (2024). *SKI's ønsker til nyt udbudsdirektiv: Forenkling, fleksibilitet og grønne ambitioner*
[221] Von Der Leyen, U. (2024). "*Political Guidelines For The Next European Commission 2024−2029"*
[222] Von Der Leyen, U. (2024) "*Mission Letter*"

store besparelser og mindske administrative byrder, som både SKI fremhævede i deres forslag til en forbedring af udbudsreglerne, og som fremgår af Von Der Leyens mission brev. I Danmark bliver cirka 27 % af EU-udbud annulleret svarende til hvert fjerde udbud,[223] hvilket illustrerer, at der er behov for regler, der kan bidrage til nedbringe antallet af udbud, der går om, hvilket i øvrigt er meget omkostningstungt. Hvis reglerne bliver mere enkelt at anvende, er der også større sandsynlighed for, at flere ordregivere ville benytte berigtigelsesadgangen, og der bør kunne ses et fald i antallet af sager om berigtigelse for klageinstanserne. Lovgiver skal dog være opmærksom på, at de i udformningen af reglen ikke fratager ordregivere deres skøn. Det er vigtigt, at ordregivere kan benytte deres skønsbeføjelse til at foretage en konkret vurderingen i hver enkelt situation for at sikre, at risikoen forbliver aktørens, således en simplificering af reglen ikke fører til en forringelse af de tilbud, der afgives.

[223] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2023*). Status for Offentligt Konkurrence 2022*, s. 6

Litteraturliste

1. Bøger og artikler

Arrowsmith, S. (2014). *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK.* 3. udgave. Sweet and Maxwell

Brown, A. (2014). *The Court of Justice rules that a contracting authority may accept the late submission of a bidder's balance sheet, subject tocertain conditions: Case C-336/12 Danish Ministry of Science, Innovation and Higher Education v Manova A/S.* Public Procurement Law Review

Fabricius, J. (2024). *Offentlige indkøb i praksis*. 5. udgave, Karnov Group

García-Andrade, X.C. (2015). *Why Manova is not Slovensko: a new balance between equal treatment of tenderers and competition?* Public Procurement Law Review

Hamer, C. R. (2016). *Requesting additional information - increase of flexibility and competition?,* I Ølykke, G. S., og Sanchez-Graell, A. *Reformation or deformation of the EU Public Procurement Rules.* 1. udgave. Edward Elgar Publishing

Hamer, C. R., og Nielsen, R. H. (2020). *Er lovbemærkningerne til udbudsloven til at stole på?*. UfR, 2020(17), 114-123. [U.2020B. 114] U.2020B.114

Hamer, C. R., & Schaumburg-Müller, S. (2020). Juraens Verden Metoder, Retskilder og Discipliner. 1.udgave, DJØF Forlag

Hamer, C. R. (2021). *Udbudsret.* 2. udgave. DJØF Forlag

Nielsen, R. H. (2022). *Konkurrencen om den offentlige kontrakt*. 1. udgave. DJØF Forlag

Poulsen, S. T., og Steinicke, M., m.fl. (2022). *EU Udbudsretten.* 4. udgave, DJØF Forlag

Ølykke, G. S., Ohm, M., m.fl. (2022). *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*. 3. udgave. DJØF Forlag

2. Lovgivning og lovforslag

Europa Kommissionen. (2011). Forslag Til Europa-Parlamentets Og Rådets Direktiv Om Offentlige Indkøb., KOM(2011) 896 endelig

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

Finansforordningen, Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2018/1046 af 18. juli 2018 2018/1046, artikel 33 (1)

Lovforslag L 19. *Forslag til udbudsloven,* fremsat i Folketinget 7. oktober 2015

Udbudsloven, Lovbekendtgørelse nr. 10 af 6. januar 2023

3. Afgørelser fra EU-Domstolen, Retten og generaladvokatudtalelser

EU-domstolen

C-6/64. (1964). *Costa mod ENEL*.

C-87/94. (1996). *Kommissionen mod Belgien Wallonske Busser*

C-454/06. (2008). *Presstext* Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich (Bund) and Others

C-599/10. (2012). SAG ELV Slovensko m. fl.

C-336/12. (2013). *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova*

C-42/13. (2014). *Cartiera dell'Adda SpA v CEM Ambiente SpA*

C-324/14. (2016). Partner Apelski Dariusz mod Zarząd Oczyszczania Miasta,

C-387/14. (2017). *Esaprojekt sp. z o.o. v Województwo Łódzkie*

C-131/16. (2017). *Archus sp. z o.o og Gama Jacek Lipik mod Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A*

C-927/19. (2021). *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*

C-652/22. (2024). Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret

Retten

T-195/08. (2009). *Antwerpse Bouwwerken mod Kommissionen*

T-461/08. (2011). *Evropaïki Dynamiki mod EIB*

Generaladvokatudtalelser

C-387/14. (2016). Generaladvokatudtalelse. *Esaprojekt sp. z o.o. v Województwo Łódzkie*

C-652/22. (2024). Generaladvokatudtalelse. Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret

4. Domme fra de danske domstole

Retten på Frederiksberg dom af 30. juni 2022, BS-13384/2021-FRB

Østre Landsret dom af 10. oktober 2023, BS-27079/2022-OLR

5. Kendelser fra Klagenævnet fra Udbud

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. marts 2009, *Munkebjerg Hotel A/S mod Økonomistyrelsen*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. december 2011, *Konica Minolta Business Solutions Denmark A/S mod Erhvervsskolen Nordsjælland*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. oktober 2013 *European Dynamics Luxembourg SA mod SKAT*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. juli 2014*, HHM A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. februar 2015, *Falck Danmark A/S mod Region Syddanmark*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. oktober 2017, *Oluf Brønnum & Co. A/S mod Københavns Kommune*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. marts 2018, *AV Form A/S mod Fællesindkøb Fyn mv.*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. august 2018, *Saab Dynamics AB mod Forsvarsministeriets Materiel. og Indkøbsstyrelse*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 15. maj 2019, *Salini Impregilo S.p.A. mod Metroselskabet I/S*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. februar 2019, Brande Buslinjer ApS mod Midttrafik

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 25. september 2019, *e-Boks A/S mod Digitaliseringsstyrelsen*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. april 2020, *Eksponent ApS mod Gentofte Kommune*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 25. februar 2021, *SUEZ Water A/S mod Danish Oil Pipe A/S*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. april 2022, *Dorte Mandrup A/S mod Aarhus Kommune*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. maj 2022, *Fugato A/S mod Bornholms Regionskommune*

Klagenævnets for Udbuds kendelse af 3. juni 2022, *Ecolog Deutschland GmbH mod Københavns Kommune*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. januar 2023, *ConvaTec Danmark A/S mod Region Midtjylland, Region Syddanmark, m.v.*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. januar 2024, *BKI Foods A/S mod Region Syddanmark, Region Nordjylland, Region Midtjylland, Region Sjælland og Region Hovedstaden*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22.februar 2024, *Arcturus UAV, Inc. mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse*

Klagenævnets for Udbuds kendelse af 24. maj 2024, *KPMG P/S mod Finansministeriet af 24. maj 2024*

Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 7. november 2024, *Northrop Grumman mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse*

6. Rapporter og vejledninger

Rapport fra udvalg om Dansk Udbudslovgivning, december 2014 shttps://kfst.dk/media/2278/rapport-fra-udvalg-om-dansk-udbudslovgivning-december-2014.pdf

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2021). *Evaluering af Udbudsloven* https://kfst.dk/media/2j1jv1o1/20210507-evaluering-af-udbudsloven.pdf

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2023). *Status for Offentligt Konkurrence 2022* https://kfst.dk/media/jtvdhxbu/status-for-offentlig-konkurrence-2022.pdf

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2024). *Udbudsloven Vejledning om Udbudsreglerne* *https://kfst.dk/media/ua3fml2r/udbudsloven-vejledning-om-udbudsreglerne.pdf*

7. Hjemmesider og øvrige kilder

Dansk Erhverv. (2023). ”*Det offentlige indkøb stiger til 448 milliarder kroner – og det skal vi udnytte positivt,”* https://www.danskerhverv.dk/presse-og-nyheder/nyheder/2023/december/det-offentlige-indkob-stiger-til-448-milliarder-kroner--og-det-skal-vi-udnytte-positivt/

Europa-Kommissionen. (2014). *Revision of Public procurement Directives - Frequently Asked Questions.* https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/memo_14_20

Folketinget. 2024. *Hvad er en generaladvokat?* https://www.eu.dk/da/faq/alle-faqs/hvad-er-en-generaladvokat

Statens og Kommunernes Indkøbscentral. (2024). *SKI's ønsker til nyt udbudsdirektiv: Forenkling, fleksibilitet og grønne ambitioner* https://www.ski.dk/nyheder/ski-s-onsker-til-nyt-udbudsdirektiv/

Von Der Leyen, U. (2024). “*Political Guidelines For The Next European Commission 2024−2029”* https://commission.europa.eu/document/download/e6cd4328-673c-4e7a-8683-f63ffb2cf648_en?filename=Political%20Guidelines%202024-2029_EN.pdf

Von Der Leyen, U. (2024) ”*Mission Letter*” https://commission.europa.eu/document/download/6ef52679-19b9-4a8d-b7b2-cb99eb384eca_en?filename=Mission%20letter%20-%20SÉJOURNÉ.pdf