



Specialeafhandling: Ordregivers håndtering af tilbudsgivers tilbudsforbehold overfor udbudsmaterialet

Fagområde: Udbudsret
Problemformulering: I hvilket omfang tillader udbudsretten, at tilbudsgiver kan tage forbehold overfor den ordregivende myndigheds udbudsmateriale i udbudsprocessen, og i hvilken grad skal denne håndtere tilbudsforbehold?

Navn	KU-brugernavn
Julie Neergaard Sandhøj Olsen	Kpw806

Vejleder: Carina Risvig Hamer	Antal tegn: 138.015 tegn ekskl. mellemrum
--------------------------------------	--

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

Studerende på Cand. jur (sæt kryds)	X
-------------------------------------	---

Afleveringsdato: 22. december 2025	Karakter:
---	------------------

Deklaration for anvendelse af generative GAI-værktøjer (studerende)

☐ Jeg/vi har benyttet generativ GAI som hjælpemiddel/værktøj (sæt kryds)

☒ Jeg/vi har **IKKE** benyttet generativ GAI som hjælpemiddel/værktøj, ud over evt. brug af GAI til stavekontrol (sæt kryds)

Hvis dette er tilfældet, behøver du/I ikke at udfylde resten.

Oplist, hvilke GAI-værktøjer der er benyttet, inkl. link til platformen (hvis muligt):

Eksempel: [Copilot med enterprise-databeskyttelse (KU-licens),

<https://copilot.microsoft.com/>]

Beskriv hvordan generativ AI er anvendt i opgaven:

- 1) Formål (hvad har du/I brugt GAI til?)*
- 2) Arbejdsfase (hvornår i arbejdsprocessen har du/I brugt GAI?)*
- 3) Hvad gjorde du/I med outputtet? (herunder også, om du/I har redigeret outputtet og arbejdet videre med det)*

NB. GAI-genereret indhold brugt som kilde i opgaven kræver korrekt brug af citationstegn og kildehenvisning. Læs retningslinjer fra Københavns Universitetsbibliotek på KUnet [her](#).

ABSTRACT

The tenderers reservations regarding the contracting authorities' tender conditions and procurement documents are a common phenomenon in public procurement, notwithstanding the lack of regulation in the EU public procurement directives. The regulation of tenderers reservations regarding the procurement documents are developed throughout the case law of the European Court of Justice ("European Court"), that later had been expressed in the case law from the Danish Complaint Board for Public Procurement ("Complaint Board") and the Danish Courts. The regulation of reservations must be interpreted regarding of the principle of equal treatment of tenderers and principle of transparency, cf. the European Court held in case C-243/89, Commission v. Denmark, and the prohibition of negotiation.

Following the introductory sections of the purpose and principles of the EU public procurement directives and the Danish procurement law, this master thesis examines the regulation and identification of reservations regard of the case law by the European Court and the Complaint Board. Later will the thesis discuss the types of reservations that are expressed in case law and focus on the behaviour of both tenderer and contracting authorities regarding public procurement, and the delineation between fundamental and non-fundamental elements in the procurement conditions and the public contract.

The discussion will then examine the Complaint Board's interpretation of the European Court case law compared to the fulfilment of the principles of equal treatment and transparency by the contracting authorities when evaluating the tenders. Therefor the thesis argues the criteria and condition, which the contracting authorities must observe when supplying a public procurement under the open or restricted procedures. Secondly, the thesis focusses on the contracting authorities handling of reservations after the award decision and enter the contract, therefor the actions during the duration of the public contract.

Finally, the thesis discusses however the regulation of reservation in public procurement must be enrolled in the EU public procurement directives or the Danish procurement law, including the associated advantages and disadvantages.

1 Indholdsfortegnelse

2	INTRODUKTION.....	6
2.1	INDLEDNING	6
2.2	PROBLEMFORMULERING	8
2.3	AFGRÆNSNING	9
3	METODISKE OVERVEJELSER	10
3.1	DEN ANVENDTE METODE	10
3.2	DE ANVENDTE RETSKILDER	10
3.2.1	<i>EU-retten og dens principper</i>	<i>11</i>
3.2.2	<i>Udbudsdirektivet, samt dettes præambelbetragtninger</i>	<i>11</i>
3.2.3	<i>Udbudsloven, samt lovforarbejderne.....</i>	<i>12</i>
3.2.4	<i>Retspraksis, herunder Den Europæiske Domstol.....</i>	<i>13</i>
3.2.5	<i>Rets- og klagenævnspraksis, herunder de nationale domstole og Klagenævnet for Udbud.....</i>	<i>14</i>
3.2.6	<i>Juridisk teori og litteratur.....</i>	<i>16</i>
4	UDBUDSRETTENS FORMÅL OG PRINCIPPER	16
4.1	UDBUDSREGLERNES FORMÅL	16
4.2	PRINCIPPER.....	18
4.2.1	<i>Ligebehandlingsprincippet.....</i>	<i>18</i>
4.2.2	<i>Forhandlingsforbuddet</i>	<i>19</i>
4.2.3	<i>Gennemsigtighedsprincippet</i>	<i>20</i>
4.2.4	<i>Proportionalitetsprincippet.....</i>	<i>21</i>
5	DET UDBUDSRETLIGE UD GANGSPUNKT VED TILBUDSFORBEHOLD	22
5.1	HVAD ER ET FORBEHOLD?	23
5.1.1	<i>Afgrænsning.....</i>	<i>23</i>
5.1.2	<i>Alternative tilbud og forbehold.....</i>	<i>25</i>
5.2	DET UDBUDSRETLIGE UD GANGSPUNKT	27
5.2.1	<i>Den retlige regulering</i>	<i>28</i>
5.2.2	<i>Grundlæggende forbehold, ikke-grundlæggende forbehold og præciseringer</i>	<i>31</i>
5.3	IDENTIFIKATION AF FORBEHOLD	32
5.3.1	<i>Tilbudsgivers og ordregivers adfærd.....</i>	<i>32</i>
5.3.2	<i>Frafald eller tilbagekaldelse af forbehold</i>	<i>38</i>
5.4	AFVIGELSER FOR DE MATERIELLE UDBUDSBETINGELSER	40
5.4.1	<i>Verificerings- og undersøgelsespligt over for forbehold</i>	<i>40</i>
5.4.2	<i>Afvi gelser for formelle krav i udbuddet.....</i>	<i>43</i>

5.4.3	Afviigelser for materielle krav i udbuddet.....	46
6	ORDREGIVERS HÅNDTERING AF TILBUDSFORBEHOLD	51
6.1	ANTAGELIGE TILBUD	52
6.2	RET TIL FORKASTELSE	54
6.3	KASSATIONSFORPLIGTELSEN	57
6.3.1	Afviigelse for grundlæggende elementer.....	57
6.3.2	Afviigelser, der ikke kan prissættes.....	61
6.3.3	Afviigelser, der udtrykkeligt fraskrives.....	67
7	KONTRAKTUEL HÅNDTERING, SAMT SANKTIONER OG HÅNDHÆVELSE.....	68
8	KONKLUSION	77
9	REFLEKSION: ÆNDRING AF ÆNDRINGSREGLERNE OG REGULERING AF FORBEHOLD I UDBUDSDIREKTIVET ELLER UDBUDSLOVEN?	80
10	LITTERATURLISTE	83
10.1	LOVE OG FORARBEJDER	83
10.1.1	EU-lovgivning	83
10.1.2	National lovgivning	84
10.2	PRAKSIS	84
10.2.1	Den europæiske domstol.....	84
10.2.2	EU-Retten	84
10.2.3	De nationale domstole	84
10.2.4	Klagenævnet for Udbud	85
10.3	LITTERATUR	87
10.3.1	Bøger.....	87
10.3.2	Artikler.....	88
10.3.3	Vejledninger	88
10.3.4	Analyser.....	88
10.3.5	Oplæg fra Dansk Forening for Udbud.....	89

2 Introduktion

2.1 Indledning

Udbudsloven trådte i kraft den 1. januar 2016, og implementerer EU's udbudsdirektiv¹, således kan udbudsretten betragtes som en af de nyere juridiske discipliner, uagtet dets omfattende juridiske litteratur og rets- og klagenævnspraksis. Det væsentlige i udbudsreglerne er, at disse regulerer hvorledes det offentlige skal foretage anskaffelser, dog ikke hvad den konkrete anskaffelse er.

Det offentliges anskaffelser er af omfattende karakter, og EU-Kommissionen formoder, at de samlede anskaffelser af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder i EU's medlemsstater, værdimæssigt er 14 % af medlemsstaternes samlede bruttonationalprodukt². Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i en analyse af danske EU-udbuds annullationer sammenfattet, at hver femte EU-udbud i Danmark annulleres, og halvdelen af disse foretages efter tilbudsafgivelse³, hvilket ikke tilsikrer formålet med udbudsloven, netop at gennem en effektiv konkurrence opnås bedst mulig udnyttelse af offentlige midler.

Kompleksiteten af det offentliges anskaffelser og særligt dets udbudsmateriale fører ofte til uklare eller fejlagtige betingelser, hvilket afspejles i en af de hyppigste årsager til annullation af EU-udbud, netop fejl og uklarheder i udbudsmaterialet, der udgør godt 24 % af annullationerne⁴. Henset den store forekomst af annullationer grundet uklare eller fejlagtige udbudsbetingelser, således er det ikke usædvanligt, at det somme tider hænder, at udbud offentliggøres indeholdende uklarheder og fejl, der først bemærkes efter tilbudsafgivelse og under den ordregivende myndigheds evaluering af tilbuddene. Hvilket afspejles i den omfattende rets- og klagenævnspraksis om tilbudsforbehold, der også belyser kompleksiteten gennem de indleverede tilbud.

¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

² Fabricius, 2025, side 33.

³ "Annullationer af danske EU-udbud", side 21, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Januar 2019.

⁴ "Annullationer af danske EU-udbud", side 6-7, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Januar 2019

Den ordregivende myndighed pligtiges ikke til udtrykkeligt at angive i udbudsmaterialet, hvorledes tilbudsgiverne har adgang til at afvige fra udbudsmaterialet, der angiveligt afsætter i den manglende definition og regulering af tilbudsforbehold i udbudsdirektivet og udbudsloven⁵. Hvilket henleder problematikken, hvorledes ordregiver kan tillade afvigelser fra udbudsmaterialet, og i hvilket omfang tilbudsgiverne kan afvige fra udbudsmaterialet.

Uagtet dette afledes nogle principper herom af fast rets- og klagenævnspraksis om ligebehandlingsprincippet, ved den ordregivende myndigheds manglende stillingtagen til forbehold i udbudsmaterialet, er den ordregivende myndighed forpligtet til at forkaste tilbud med afvigelser angående grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, og berettiget til at acceptere eller forkaste tilbudsforbehold angående ikke-grundlæggende elementer, når disse kan prissættes.

Den ordregivende myndigheds manglende stillingtagen til forbehold og eventuel prissætning heraf, kan dog på den ene side anfægtes, når tilbudsforbehold ikke er reguleret i direktivet eller loven, men kun funderes i fast dansk praksis. Domstolen har i sag C-171/15, Connexxion⁶, fundet, at en hollandsk ordregiver ikke var berettiget til at anlægge proportionalitetsprincippet ved egnethedsvurdering, når dette ikke var beskrevet i udbudsmaterialet, trods den faste hollandske praksis og lovforarbejdernes bemærkninger herom⁷. Hvilket problematiserer den danske forbeholdslære og udgangspunktet ved den manglende beskrivelse heraf, dog er reguleringen af forbeholdslære direkte afledt af retspraksis om ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, hvorfor det nationale princip antageligt ikke vil underkendes af Domstolen, når den ordregivende myndighed ikke fastlægger disse i udbudsmaterialet.

Afhandlingens problemformulering vil belyse det udbudsretlige udgangspunkt ved tilbudsforbehold i udbudsprocedurens faser, herunder udarbejdelse af materialet til grund for den udbudte genstand og evaluering af tilbud, samt efter udbudsprocedurens afslutning i opfyldelse af kontrakten.

⁵ Fabricius, 2024, side 414.

⁶ EU-Domstolens dom af 14. december 2016, C-171/15, Connexxion Taxi Services BV mod Staat der Nederlanden – Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport m.fl.

⁷ Fabricius, 2024, side 415.

2.2 Problemformulering

Nærværende afhandling har til formål at belyse og besvare følgende problemformulering:

I hvilket omfang tillader udbudsretten, at tilbudsgiver kan tage forbehold overfor den ordregivende myndigheds udbudsmateriale i udbudsprocessen, og i hvilken grad skal denne håndtere tilbudsforbehold?

I belysning af problemformuleringen afdækkes indledningsvist udbudsrettens formål, og de for problemformuleringen relevante udbudsretlige principper, der vil understøtte besvarelsen af problemformuleringen, herunder punkt 4.

Den indledende belysning er af høj relevans henset afdækningen af det udbudsretlige udgangspunkt ved *tilbudsforbehold*. Således vil definitionen af tilbudsforbehold i punkt 5.1 være bærende for belysning af problemformuleringen, og hvorledes tilbudsforbehold kan indeholdes i den ordregivende myndigheds konkrete udbud. Afhandlingens punkt 5 belyser, således den ordregivende myndigheds overvejelser i den indledende del af udbudsproceduren, og ikke mindst den ordregivende myndigheds opmærksomhedspunkter under og efter udbudsproceduren.

I anledning heraf afdækker punkt 6 særligt ordregivers håndtering af forbehold indeholdt i afleverede tilbud, herunder med fokus på om tilbud indeholdende forbehold kan betragtes som antagelige tilbud, samt hvilke handlingsmuligheder den ordregivende myndighed præsenteres for inden for det udbudsretlige udgangspunkt. Afhandlingen vil også særligt fokusere på at belyse områderne mellem yderpunkterne, når der opstår uklarhed om et bud er antageligt, om et bud indeholder tilbudsforbehold, samt den ordregivende myndigheds valgfrihed og forpligtelser under udbudsproceduren.

Endeligt vil afhandlingen belyse den ordregivende myndigheds kontraktuelle håndtering af tilbudsforbehold i punkt 7, samt Klagenævnets håndhævelse og sanktioner herved.

2.3 Afgrænsning

Nærværende afhandling vil alene tage afsæt i reguleringen affødt af udbudsdirektivet⁸ og udbudsloven og de tilknyttede principper, samt principperne udledt af traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde ("TEUF") om ligebehandling, ikkeforskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed, og den dertilhørende rets- og klagenævnspraksis.

Afhandlingen vil således ikke uddybende belyse reguleringen af tilbudsforbehold, der følger af tilbudsloven⁹ og de øvrige tre udbudsdirektiv, herunder forsvars- og sikkerheds-¹⁰, forsynings-¹¹ og koncessionsdirektivet¹². Disse inddrages i begrænset omfang, når dette er relevant for problemstillingen, særligt hvor rets- og klagenævnspraksis er truffet på dette retsgrundlag, herunder baseret på principper, der finder anvendelse i udbudsdirektivet.

Endvidere vil afhandlingen i høj grad tage afsæt i det udbudsretlige udgangspunkt ved tilbudsforbehold i udbudsprocedurerne offentlig og begrænset udbud, jf. udbudslovens § 55. Dog vil de øvrige fleksible udbudsprocedurer indeholdes, hvor disse afviger og betragtes relevant i belysning af problemformuleringen. Uagtet vil det udbudsretlige udgangspunkt være enslydende under de fleksible udbudsprocedurer, dog varierende i et omfang.

⁸ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

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

¹⁰ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregivers indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF.

¹¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 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.

¹² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter.

3 Metodiske overvejelser

Under nærværende vil de metodiske overvejelser i afhandlingen fremstilles. Indledningsvist behandles den anvendte metode for afhandlingens fremkomst, dernæst vil anvendte retskilder skildres.

3.1 Den anvendte metode

I belysning af problemformuleringen er den juridiske metode, også kaldet den retsdogmatiske metode, anvendt til at belyse og besvare problemet ovenfor. Denne metode anvendes i almindelighed til at lokalisere og analysere retskilder, der har betydning for fastlæggelse af gældende ret (de lege lata), og metoden skal betragtes som et redskab, der afdækker den foreliggende retstilstand¹³.

Formålet med den retsdogmatiske metode er at opnå tilstrækkelig viden, således at gældende ret kan fastlægges, og centralt for metoden er fortolkning af de juridiske retskilder¹⁴. Væsentligt i anvendelse af den retsdogmatiske metode er retskilder, herunder gælder, at de anvendte og relevante retskilder afvejes og prioriteres indbyrdes. Midlerne hertil er dels fortolkning og udfyldning, dels henset den konkrete problemstilling, samt juridisk fornuft, der indeholder retssystemets tradition og værdier¹⁵.

Henset afvejning og vægtning af anvendte retskilder, vil disse i det følgende skildres dels hvilke retskilder, der anvendes til brug for belysning af problemformuleringen, dels hvorledes indbyrdes retskilderne vægtes.

3.2 De anvendte retskilder

Det bemærkes indledningsvist, at retskilderne fungerer og indgår som juridiske argumenter, der opbygges ved anvendelse af den retsdogmatiske metode¹⁶. Retskildeomfanget er omfangsrigt, og

¹³ Blume, 2016, side 171.

¹⁴ Ibid, side 175.

¹⁵ Ibid, side 174.

¹⁶ Ibid, side 172.

væsentligt herfor er at kategorisere retskildetyperne i henhold til deres tilblivelse og formalitet, hvilket har afledt et retskildehierarki. Det bemærkes desuagtet, at principielt er alle retskilder lige og kan indgå i den juridiske argumentation, dog prioriteres formaliserede retskilder over uformaliserede kilder, samt at retskildetyperne afvejes og vægtes i anvendelsen af disse¹⁷.

3.2.1 EU-retten og dens principper

EU-retten er inddelt i hhv. primær og sekundærret, hvor primær ret består af traktaterne om den Europæiske Union ("TEU") og TEUF, samt disses principper og EU's Charter om grundlæggende rettigheder, modsat består sekundær ret af forordninger, direktiver og beslutninger¹⁸. Den primære ret anvendes i fortolkning og udfyldning af sekundærret, således må den sekundære EU-ret ikke stride mod den primære ret og modsat¹⁹.

TEU og TEUF, regulerer ikke direkte hvorledes det offentlige skal indgå offentlige kontrakter, derimod afledes, at traktaternes bestemmelser om fri bevægelighed, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt de heraf afledte EU-retlige principper *ligebehandling*, *ikkeforskelsbehandling*, *gensidig anerkendelse*, *proportionalitet* og *gennemsigtighed*, skal iagttages ved udbud af offentlige kontrakter, jf. udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1²⁰.

EU-retten har forrang for nationale lovbestemmelser, således skal EU-retten lægges til grund og går forud for enhver national lovgivning²¹.

3.2.2 Udbudsdirektivet, samt dets præambelbetragtninger

Udbudsdirektiverne består af følgende udbudsdirektivet, forsyningsvirksomhedsdirektivet, koncessionsdirektivet og forsvars- og sikkerhedsdirektivet, der regulerer hvorledes den ordregivende myndighed skal foretage anskaffelser inden for de regulerede anvendelsesområder i direktiverne, når kontraktens værdi overstiger de i direktiverne anførte tærskelværdier. Direktiverne regulerer ikke konsekvenserne af tilsidesættelse af udbudsreglerne, hvilket dog nærmere er reguleret

¹⁷ Blume, 2016, side 194.

¹⁸ Risvig Hamer, 2025, side 39.

¹⁹ Blume, 2016, side 276.

²⁰ Risvig Hamer, 2025, side 40.

²¹ Blume, 2016, side 277.

i to kontroldirektiver²², der afdækker minimumskravene til medlemsstaternes klagesystemer og sanktioner for overtrædelse²³, der er implementeret i klagenævnsloven²⁴.

Udbudsdirektivet kategoriseres som sekundærret, og er udstedt med hjemmel i TEUF, særligt artikel 53, stk. 1, artikel 62 og 114. Artikel 288 TEUF tilskriver, at et direktiv henset dets mål, er bindende for enhver medlemsstat, men kræver implementering, hvilket er overladt til de nationale medlemsstater at bestemme form og midler²⁵. Udbudsdirektivet er implementeret i udbudsloven²⁶. Forinden udbudsdirektivets implementering i udbudsloven fandt direktivet direkte anvendelse ved det offentlige anskaffelser.

Præambelbetragtningerne til udbudsdirektivet vil i belysning af problemformuleringen anvendes i fortolkningen af direktivets bestemmelser, samt fastlæggelse af det udbudsretlige udgangspunkt ved forbehold. Præambelbetragtninger betragtes øjensynligt ikke som værende en egentlig formaliserede retskilde, der kan støttes ret på, derimod skal de 138 betragtninger betragtes som vejledende ved fortolkning af de indeholdende retsregler²⁷, og præambelen bidrager til forståelsen af retsakten og udtrykker Unionens hensigt med den pågældende retsakt. Uagtet, at præambelen ikke kan støttes ret på, adskiller de sig fra lovforarbejder og lovbemærkninger, idet præambelbetragtninger er vedtaget som værende en del af retsakten²⁸.

3.2.3 Udbudsloven, samt lovforarbejderne

Udbudsloven implementerer udbudsdirektivets bestemmelser, samt særegne nationale lovbestemmelser, der trådte i kraft den 1. januar 2016, og er en formaliseret retskilde. Implementering og introduktion af udbudsloven skete med henblik på at skabe større klarhed om

²² Direktiv nr. 89/665/EØF af 21. december 1989 og direktiv nr. 92/13/EØF af 25. februar 1992, ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv af 89/665/EØF og 92/13/EØF.

²³ Risvig Hamer, 2025, side 42.

²⁴ Lov nr. 492 af 1. juli lov om håndhævelse af udbudsreglerne mv., senest ændret ved lov nr. 448 af 8. maj 2025.

²⁵ Risvig Hamer, 2025, side 47.

²⁶ Lov nr. 1564 af 15. december 2015, senest ændret ved lovbekendtgørelse nr. 116 af 3. februar 2025.

²⁷ Risvig Hamer, 2025, side 43.

²⁸ Blume, 2016, side 279.

udbudsreglernes anvendelsesområde og omfang, samt at tydeliggøre lovforarbejdernes formål, netop at bidrage til at tydeliggøre forståelsen af reglerne²⁹.

Ved modstrid mellem lovens ordlyd og direktivets, er udgangspunktet, at EU-retten har forrang, jf. princippet om EU-konform fortolkning, hvilket medfører, at udbudsloven skal fortolkes i overensstemmelse med udbudsdirektivet, som dette fortolkes af Domstolen³⁰.

Udbudslovens lovforarbejder vil inddrages i afhandlingen i begrænset omfang til fortolkning af lovens regler. Den retskildemæssige værdi, der tillægges forarbejderne i denne sammenhæng, diskuteres, idet lovforarbejderne har medført flere uklarheder om retstilstanden, hvor Klagenævnet har tilsidesat lovforarbejdernes ordlyd, når disse ikke afspejler lovteksten³¹. Særlig også idet disse er et udtryk for lovgiveres intention, men næppe selvstændigt kan håndhæves eller forpligte parterne.

Til brug i besvarelsen af problemformuleringen, vil kendelser og domme afsagt ved udbud under tilbudsloven, der regulerer kontrakter inden for bygge- og anlægsområdet. Disse kendelser og domme kan netop anvendes i fastlæggelse af gældende ret under udbudsloven, idet tilbudsloven og udbudsloven baserer sig på de grundlæggende EU-retlige principper, herunder ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, der skal iagttages under hele udbudsproceduren. Dog præges bestemmelserne i udbudsloven, særligt afsnit II, ikke af samme betydelige valgfrihedsgrader, hvorfor det er væsentligt, at kendelser og domme afsagt ved udbud under tilbudsloven ikke skaber præcedens for EU-udbud under udbudsloven. Men disse kendelser og domme er særligt anvendelige, når de EU-retlige principper behandles, samt forståelsen og fortolkningen heraf.

3.2.4 Retspraksis, herunder Den Europæiske Domstol

Væsentligt i belysning og besvarelse af problemet, samt det udbudsretlige retsgrundlag er Domstolens domme, idet retsstillingen er udviklet under dennes retspraksis, herunder f.eks. reglerne

²⁹ Risvig Hamer, 2025, side 46.

³⁰ Ibid, side 47.

³¹ Ibid, side 48-49.

om in-house og ændringer af kontrakter³². Domstolen behandler præjudicielle spørgsmål indbragt af medlemsstaternes retsinstanser, herunder Klagenævnet for udbud, om fortolkning af traktaterne, herunder også udbudsdirektivet, eller traktatbrudssøgsmål, hvorfor disse domme særlig høj retskildemæssig værdi³³.

EU-Rettens ("Retten") afgørelser vil have betydning for fortolkningen af udbudsreglerne i udbudsdirektiverne, trods Retten anvender reglerne i finansforordningen, der dog indholdsmæssigt tilsvarende udbudsdirektivets regler, samt er underlagt samme EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet³⁴. Derfor har Rettens afgørelser værdi ved fortolkning og forståelse af udbudsreglerne i udbudsdirektivet.

3.2.5 Rets- og klagenævnspraksis, herunder de nationale domstole og Klagenævnet for Udbud

Generelt gælder en pligt om EU-konform fortolkning. Nationale domstole og myndigheder pligtiges til at fortolke nationale ret i henhold til EU-rettens ordlyd og formål. Denne fortolkningsmetode har til formål, at EU-rettens tilsigtede resultat opnås bredt i medlemsstaterne. Dog er det væsentligt for nationale domstole og myndigheder at iagttage, at EU-konform fortolkning ikke medfører en fortolkning *contra legem* af den nationale ret.

Kontroldirektiverne regulerer, at medlemsstaterne skal iagttage klager over en ordregivende myndigheds påståede tilsidesættelse af udbudsreglerne ved behandling hos domstolene eller et administrativt organ. I Danmark kan disse klager indgives til Klagenævnet for Udbud ("Klagenævnet") eller anlægges direkte ved domstolene, dog kræver reglerne om opsættende virkning i standstill-perioden i klagenævnslovens³⁵ § 12, at klagen indgives hos Klagenævnet, jf. lovens § 5, stk. 1³⁶.

³² Risvig Hamer, 2025, side 53.

³³ Ibid, side 53-54.

³⁴ Ibid, side 55.

³⁵ Lovbekendtgørelse nr. 448 af 8. maj 2025, bekendtgørelse af lov om Klagenævnet for Udbud, jf. lovbekendtgørelse nr. 593 af 2. juni 2016.

³⁶ Risvig Hamer, 2025, side 56.

Kendelser fra Klagenævnet vil i særlig grad indeholdes i belysning af problemformuleringen, idet kendelser fra Klagenævnet tillægges stor betydning af praktikere ved forståelsen af gældende ret. Dog betragtes alle kendelser i klagenævnspraksis ikke generelt at have lige høj retskildemæssig værdi, idet kendelserne ofte vedrører konkrete afgørelser ud fra parternes påstande og anbringender³⁷.

Domme fra de nationale domstole vil også anvendes i belysning og besvarelse af problemformuleringen, da afgørelser fra Klagenævnet kan indbringes til de nationale domstole og således vil behandles i retsinstanser, jf. klagenævnslovens § 8. De nationale domstoles domme fortolker og fastlægger gældende ret under hensyntagen til de foreliggende konkrete forhold og formaliserede retskilder, dog afhænger den juridiske betydning af afgørelserne af hvilken domstol træffer disse, værdien af den trufne afgørelse øges desto højere domstolen er placeret i domstolshierarkiet³⁸.

Hvor Domstolen og Retten er øverst i hierarkiet, herunder findes de nationale domstole og endeligt findes kendelser fra Klagenævnet. Retspraksis fra Domstolen må altså lægges til grund, ifald retstilstanden i udbudsloven er anderledes.

Desuagtet udbudsloven ikrafttrædelse den 1. januar 2016, vil afhandlingen indeholde hidtidig praksis. Henset hensigten og formålet med implementering af udbudsdirektiver, herunder klarhed om udbudsreglerne, samt bidrag til tydeliggørelse af forståelsen af reglerne, jf. udbudslovens lovbemærkninger³⁹, således er rets- og klagenævnspraksis før lovens implementering i lige så høj grad relevant i forståelsen og fortolkning af udbudsdirektivets bestemmelser og fastlæggelse af gældende ret. Når udbudslovens ikrafttrædelse betragtes som en kodificering af udbudsdirektivet, og forhenværende klagenævns- og retspraksis hidrører fra samme retstilstand og retsprincipper. Retstilstanden efter lovens ikrafttrædelse er, uagtet de nationale særregler, således den samme, og derfor kan rets- og klagenævnspraksis før 2016 anvendes i belysning af problemformuleringen.

³⁷ Risvig Hamer, 2025, side 56.

³⁸ Blume, 2016, side 186.

³⁹ Risvig Hamer, 2025, side 46.

3.2.6 Juridisk teori og litteratur

Til brug i belysning af problemformuleringen indeholdes juridisk teori og litteratur. Modsat retsforskrifter og afgørelser, karakteriseres juridisk teori og litteratur ikke som værende formaliserede retskildetyper, der autoritativt fastlægger de retlige regler. Dog medvirker den juridiske teori og litteratur til at forståelse og skildring af gældende ret, også til brug i den juridiske argumentation⁴⁰. I denne henseende er juridisk teori og litteratur relevant at inddrage i afhandlingen, når retsstillingen om emnet ikke umiddelbart kan udledes af de formaliserede retskilder.

Endeligt vil vejledninger og udtalelser fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anvendes til udfyldning i fortolkningen af retsforskrifterne og retspraksis. Det bemærkes, at disse vejledninger ikke er bindende, men bidrager til fortolkningen af udbudsreglerne⁴¹.

4 Udbudsrettens formål og principper

Indledningsvist vil det EU-retlige og nationale formål med udbudsreglerne afdækkes, samt de væsentligste principper uddybes nærmere til brug for belysning af afhandlingens problem.

4.1 Udbudsreglernes formål

Udbudsdirektivet udleder ikke en formålsbestemmelse, derimod udtrykkes det EU-retlige formål med udbudsreglerne af Domstolen, der indledningsvist har udtalt, at udbudsdirektivernes formål er at fjerne hindringerne for fri udveksling af tjenesteydelser og varer, samt beskytte interesserne for de erhvervsdrivende i medlemsstaterne, som ønsker at tilbyde leverancer til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat⁴², samt udtalt i sagen C-454/06 Priesetexte⁴³, præmis 31, at det EU-retlige hovedformål⁴⁴ er at sikre fri bevægelighed for tjenesteydelser og adgang til en

⁴⁰ Blume, 2016, side 188.

⁴¹ Risvig Hamer, 2025, side 57.

⁴² C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, pr. 41.

⁴³ EU-Domstolens dom af 19. juni 2008, C-454/06, pressetext Nachrichtenagentur GmbH mod Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung.

⁴⁴ Fællesskabsbestemmelserne om offentlige aftaler.

ufordrejet konkurrence i medlemsstaterne⁴⁵. Hertil bemærkes i Kommissionens forslag til udbudsdirektivet⁴⁶, yderligere to formål, herunder effektiv udnyttelse af offentlige midler, samt at anvende offentlige indkøb til støtte for fælles samfundsmæssige mål⁴⁷.

Sammenfattende er Domstolens fremlæggelse af formålet med udbudsreglerne medvirkende til skabelse af det indre marked, herunder åben og gennemsigtig konkurrence om offentlige kontrakter at tilsikre fri bevægelighed i EU⁴⁸.

Modsat det EU-retlige formål, har nationale lovgiver anført et nationalt formål i udbudslovens § 1, hvor udbudslovens formål er ”[...] at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler”, hvilket i øvrigt afspejles i Kommissionens formål. Lovforarbejderne til udbudslovens § 1, anfører, at loven har til formål at skabe bedst mulige konkurrencemæssige rammer for det offentliges anskaffelser, der tilsikrer effektivitet, med øje for transaktionsomkostningerne for parterne. Formålsbestemmelsen kan ikke støttes ret på, jf. lovforarbejderne, og Klagenævnet eller domstolene kan ikke tillægge bestemmelsen betydning ved den ordregivende myndigheds tilrettelæggelse af det offentlige indkøb, eller underlægges en selvstændig prøvelse af udbudslovens § 1⁴⁹.

Udbudslovens § 1 er ikke en implementering af udbudsdirektivets bestemmelser, og ej identisk med det EU-retlige formål om fri bevægelighed og åbning af markedet, nærmere ses formålsbestemmelse som et udtryk for nationale lovgivers hensigt og formål med udbudsreglerne, netop at udnytte offentlige midler effektivt⁵⁰.

⁴⁵ Risvig Hamer, 2025, side 33.

⁴⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

⁴⁷ Risvig Hamer, 2025, side 34.

⁴⁸ Ibid, side 33.

⁴⁹ Ibid, side 38.

⁵⁰ Ibid, side 33.

Desuagtet vil danske ordregivende myndigheder sikre overholdelse udbudsdirektivets formål, idet disse skal iagttage de udbudsretlige principper under udbudsproceduren, jf. udbudslovens §§ 2 og 3.

4.2 Principper

De ordregivende myndigheder pligtiges ved offentlige kontrakter at iagttage de udbudsretlige principper, der direkte udledes af TEUF, herunder navnlig fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser, samt principperne afledt heraf, om *ligebehandling*, *ikkeforskelsbehandling*, *gensidig anerkendelse*, *proportionalitet* og *gennemsigtighed*, jf. udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 1⁵¹.

De udbudsretlige principper reguleres i udbudslovens § 2, der implementerer udbudsdirektivets artikel 18, hvorefter ordregiver ved gennemførelse af offentlige anskaffelser under udbudsloven skal overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Disse principper er relevant i belysningen af afdækningen af det udbudsretlige udgangspunkt, sammenholdt med forhandlingsforbuddet, hvorfor disse uddybes i det følgende,

4.2.1 Ligebehandlingsprincippet

Princippet om ligebehandling er bærende i gennemførelsen af udbud, og princippet er udviklet i Domstolens praksis på baggrund af bestemmelserne i TEUF, jf. lovforarbejderne til § 2. Domstolen har i sagen, C-810/79 *Überschär*⁵², bemærket, at ligebehandlingsprincippet udledes af ikke-diskriminationsprincippet. Princippet om ligebehandling blev indført i udbudsdirektiverne efter Domstolens sag i C-243/90, *Kommissionen mod Danmark*⁵³ ("Storebæltssagen")⁵⁴. Princippet omfatter, modsat forbuddet mod diskrimination pba. nationalitet i artikel 18 TEUF og udbudslovens § 3, et forbud mod alle former for usaglig forskelsbehandling, samt at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt⁵⁵, medmindre ordregivers forskellig behandling objektivt og sagligt kan begrundes.

⁵¹ Berg, 2012, side 33.

⁵² EU-Domstolens dom af 8. oktober 1980, *Peter Überschär mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*.

⁵³ EU-Domstolens dom af 22. juni 1993, sag C-243/89, *Kommissionen mod Danmark*.

⁵⁴ Berg, 2012, side 60.

⁵⁵ Risvig Hamer, 2025, side 58-59.

Ligebehandlingsprincippet er relevant og væsentlig at iagttage i alle aspekter af udbudsprocessen, herunder bemærker Steen Treumer i sin afhandling, at ”[...] princippet, [sammen med gennemsigtighedsprincippet], udtrykker de bærende hensyn bag EU’s regulering af udbudsområdet [...]”.⁵⁶

4.2.2 Forhandlingsforbuddet

Forhandlingsforbuddet udspringer af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Princippet hovedformål er at sikre ligebehandling af de deltagende virksomheder i udbudsproceduren. Det udbudsretlige forbud mod forhandling kan antageligt funderes i begrænsning af ordregivers adgang til at udnytte tilbudsgivernes underlegne forhandlingsposition⁵⁷.

Forbuddet er undertiden ikke indskrevet som et princip i udbudsdirektivet, men hidrører fra rets- og klagenævnsspraksis om ligebehandlingsprincippet, samt fælleserklæringen⁵⁸, som hhv. Domstolen i C-87/94, Kommissionen mod Belgien⁵⁹, samt Klagenævnet i kendelse af 21. september 1996 Semco A/s mod Brønderslev Kommune, har tillagt denne retskildemæssig værdi under udbudsreglerne, selvstændigt er erklæringen dog af lav retskildemæssig værdi⁶⁰. Rådet og Kommissionen udtaler i fælleserklæringen, at udbudsprocedurene offentlig eller begrænset udbud udelukker enhver forhandling om grundlæggende elementer i kontrakten, idet ændring af disse medfører konkurrencefordrejning, dog tillades forhandling, ifald det tilsigtes med henblik på præcisering eller supplerung af buddets indhold, eller ordregivers krav, såfremt det ikke medfører forskelsbehandling, jf. C-87/94, pr. 8.

Steen Treumer⁶¹ udfordrer dette, og bemærker betænkelighederne ved at anvende fælleserklæringen som et udtryk for gældende ret, idet erklæringen har præg som værende et efterfølgende

⁵⁶ Treumer, 2000, side 15, 4. afsnit.

⁵⁷ Ibid, side 142-143.

⁵⁸ Rådets og Kommissionens fælleserklæring om forhandling i offentligt og begrænset udbud af daværende byge- og anlægsdirektiv fra 1993, OJ L111/114.

⁵⁹ EU-Domstolens dom af 25. april 1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien.

⁶⁰ Risvig Hamer, 2025, side 61,

⁶¹ Treumer, Steen. (2000). Ligebehandlingsprincippet i EU’s udbudsregler (1. udgave, 1. oplag). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

fortolkningsbidrag, samt har Europa-Parlamentet ikke medvirket i udarbejdelse af denne⁶². Hvortil Treumer fremhæver, at Europa-Parlamentet tenderer at anlægge en mindre restriktiv fortolkning af udbudsdirektiverne modsat Rådet og Kommissionen⁶³. Yderligere kritiserer Treumer erklæringens betragtning som fortolkningsbidrag, idet ordlyden heraf kan medføre afvigende sammenfatninger fra gældende ret, herunder hvad der forstås ved grundlæggende elementer i kontrakten og afvigelser fra udbudsmaterialet. Uagtet har Klagenævnet anvendt erklæringen i dennes behandling af ulovlig forhandling i Semco kendelsen, og fundet, at denne udelukker enhver form for forhandling, udover indhentning af supplerende, præciserende og fuldstændiggørende oplysninger i udbudsloven § 159, stk. 5.

Dog er det klare udgangspunkt i retspraksis under udbudsdirektivet for udbudsprocedurerne offentligt og begrænset udbud, at forhandling som udgangspunkt er udelukket mellem den ordregivende myndighed og deltagende virksomheder, modsat gælder dog for udbud med forhandling, hvor forhandling tillades, dog i afgrænset grad⁶⁴.

Forbuddet mod forhandling er særdeles relevant i perioden efter tilbudsafgivelse til inden tildelingsbeslutningen og kontraktindgåelse, idet forekomsten af forhandling i denne periode kan medføre ændring af det afleverede tilbud og værst, at kontrakten tildeles en tilbudsgiver, der oprindeligt ikke afleverede det økonomisk mest fordelagtige tilbud⁶⁵. Forhandlingsbegrebet i udbudsdirektiverne eller fælleserkæringen henviser til drøftelser mellem parterne, herunder beslutninger, uagtet vil også skriftlig kommunikation også rummes af definitionen af forhandling, idet dette også kan påvirke grundlaget for kontraktindgåelse⁶⁶.

4.2.3 Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2 udledes af ikkediskriminationsprincippet i art. 18 TEUF, og har til formål at skabe gennemsigtighed ved tildeling af offentlige kontrakter, og

⁶² Treumer, 2000, side 147.

⁶³ Ibid, side 147.

⁶⁴ Ibid, side 139.

⁶⁵ Ibid, side 165.

⁶⁶ Ibid, side 143.

indebærer, at den ordregivende myndigheds ageren og intention i udbuddet skal være gennemsigtig, således at ligebehandling sikres. Princippet sikrer tillige, at udbudsreglerne undervejs i udbuddet overholdes, og medfører dermed et kontrolleret, hvor den ordregivende myndighed skal dokumentere sine handlinger⁶⁷.

Særligt har Domstolens i sag C-599/10, Slovensko⁶⁸, i præmis 25, præciseret, at *”Gennemsigtighedskravet, der følger af det nævnte princip, har i det væsentlige til formål at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side.”*.

Domstolen har udtalt i sag C-561/12, Nordecon⁶⁹, præmis 37, at trods den ordregivende myndigheds rådighed over forhandlingsbeføjelsen inden for rammerne for udbud med forhandling, er denne fortsat forpligtet til at drage omsorg for de fastsatte bindende kontraktkrav, samt overholdelse heraf. Ifald dette svigter, tilsidesættes princippet om gennemsigtighed, og formålet med princippet anført i præmis 25 i Slovensko-sagen vil ej opfyldes.

4.2.4 Proportionalitetsprincippet

Princippet fremgår direkte i art. 5 TEU og udbudsdirektivets art. 18, og er implementeret i udbudslovens § 2. Proportionalitetsprincippet indebærer, at de ordregiverende myndigheder skal fastsætte nødvendige og passende krav for gennemførelsen af de tilsigtede formål, og dermed ikke være uforholdsmæssige henset disse tilsigtede mål, jf. Rettens udtalelse i T-195/08 Antwerpse, præmis 57⁷⁰, samt *”[...] at sikre, at de beslutninger, som træffes, [...] er forholdsmæssige sammenholdt med de mål, som ønskes opnået. [...]”*, jf. Klagenævnets kendelse af 2. august 2016, Dansk Byggeri mod Regions Hovedstaden⁷¹. Retten udtaler endvidere i Antwerpse-sagen, at princippet i øvrigt betyder, at den ordregivende myndighed skal iagttage et tvetydigt bud, og ved anmodning om supplerende oplysninger angående indholdet af et bud, garantere retssikkerheden på

⁶⁷ Risvig Hamer, 2025, side 62-63.

⁶⁸ EU-Domstolens dom af 29. marts 2012, sag C-599/10, SAG ELV Slovensko m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie.

⁶⁹ EU-Domstolens dom af 5. december 2013, sag C-561/12, Nordecon AS og Ramboll Esti AS mod Rahandusministeerium.

⁷⁰ Udtalt i EU-Domstolens dom af 5. maj 1998, sag C-157/96, National Farmers' Union m.fl., Sml., præmis 60.

⁷¹ Risvig Hamer, 2025, side 64.

samme vilkår som ved afvisning af budet, og anmode ansøgeren om præcisering i stedet for klar afvisning af budet, jf. præmis 56.

5 Det udbudsretlige udgangspunkt ved tilbudsforbehold

I praksis forekommer det ikke usædvanligt, at en tilbudsgiver i dennes afleverede tilbud afviger fra den ordregivende myndigheds udbudsbetingelser og udbudsmateriale. Udbudsreglerne, herunder udbudsdirektivet og udbudsloven, regulerer ikke hvad ordregiver må anskaffe sig, men nærmere hvorledes de ordregivende myndigheder skal foretage anskaffelser. Reglerne indeholder således særlige bestemmelser og principper som den ordregivende myndighed skal iagttage og overholde i hele udbudsprocessen. Det udlægges ikke direkte i udbudsreglerne, hvorledes afvigelser for den ordregivende myndigheds udbudsmateriale skal iagttages, dog er ligebehandlingsprincippet og særligt relevant, da dette afleder et princip om, at antagelige tilbud skal være i overensstemmelse med udbudsbetingelserne⁷².

Princippet om ligebehandling afføder, at der sker en reel ligebehandling af tilbudsgiverne, herunder at de afleverede tilbud er sammenlignelige ud for de samme principper og udarbejdet på baggrund af de samme forudsætninger. Ifald den ordregivende myndighed afviger fra de i udbudsmaterialets fastsatte betingelser vanskeliggør dette ensartede udarbejdelse, og medfører også, at tilbuddene ej sammenlignes på baggrund af de forelagte principper og forudsætninger. Ligebehandlingsprincippet udelukker uagtet ikke den ordregivende myndigheds adgang til at tillade afvigelser fra bestemmelserne i udbudsbetingelserne, trods manglende anførelse heraf, når ordregiver næppe har en pligt til udtrykkeligt at benævne denne tilladelse⁷³. Tillige er forhandlingsforbuddet væsentligt at iagttage ved tilbudsforbehold, idet dette netop har til formål at sikre ligebehandling af tilbudsgiverne, og afskærer uberettiget forhandling af udbudsmaterialets betingelser mellem tilbudsgiverne og den ordregivende myndighed, der kan bevirke tilbuddenes udformning, samt at tilbudsgiverne efter tilbudsfristen får adgang til at ændre, det afleverede tilbud eller fremsætte et nyt tilbud efter tilbudsfristen.

⁷² Treumer, 2000, side 166.

⁷³ Fabricius, 2024, side 414.

I den følgende fremstilling vil det udbudsretlige udgangspunkt ved tilbudsforbehold klarlægges, dog forinden vil det forsøges at begrebsfastlægge, hvad der forstås ved et *forbehold*. Efter begrebsfastlæggelsen af forbehold, vil fremstillingen indledes med det udbudsretlige udgangspunkt ved forbehold, efterfulgt af en identifikation af tilbudsforbehold, og afgrænsning af grundlæggende og ikke-grundlæggende forbehold, samt præciseringer.

5.1 Hvad er et forbehold?

5.1.1 Afgrænsning

Forbehold er velkendt i rets- og klagenævnsspraksis, det er dog hverken defineret særskilt i udbudsdirektivet eller udbudsloven, hvad der forstås ved et *forbehold*, eller underlagt en regulering af forbehold heri. Således er betingelserne for afvigelser fra bestemmelserne i udbudsbetingelserne, samt den ordregivende myndigheds håndtering af tilbudsforbehold udviklet gennem rets- og klagenævnsspraksis. Retsstillingen om forbehold og håndteringen heraf er udviklet gennem praksis om særligt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Den sædvanlige forståelse af tilbudsforbehold er væsentlige såvel som uvæsentlige afvigelser i et afleveret tilbud henset udbudsmaterialet, uden at dette har udtrykt at sådanne afvigelser tillades⁷⁴.

Morten Uhrskov Christensen har i sin artikel U.2009B.32⁷⁵ om tilbudsforbehold i EU-udbud, afgrænset tilbudsforbehold, funderet i klagenævnsspraksis, til: *"[...] et tilbud indeholdt afvigelse fra udbudsmaterialets krav til eller beskrivelser af de udbudte ydelser eller de til udførelsen af ydelserne stillede krav, herunder af tidsmæssig, juridisk eller økonomisk karakter, og som ikke i kraft af udbudsmaterialets konkrete udformning skal accepteres af ordregiveren som en præcisering eller konkretisering."*⁷⁶ Denne afgrænsning refereres til i Michael Lund Nørgaard og Morten Bordrups artikel U.2023B.354⁷⁷ om udbudsretlige krav og tilbudsforbehold, der supplerer, at

⁷⁴ Berg, 2012, side 495, og Fabricius, 2024, side 699 og 700.

⁷⁵ Uhrskov Christensen, Morten: artikel U.2009B.32, Evaluering af tilbudsforbehold i eu-udbud -prissætning eller inddragelse under andre dertil afpassede kriterier.

⁷⁶ Uhrskov Christensen, Morten: artikel U.2009B.32, side 33, 5. afsnit.

⁷⁷ Lund Nørgaard, Michael og Bordrup, Morten: artikel U.2023B.354, Udbudsretlige krav og tilbudsforbehold.

afvigelser sædvanligvis angår krav til anskaffelsen og øvrige kontraktvilkår, krav til tilbuddets formelle forhold, samt krav til tilbudsgivernes egnethed⁷⁸.

Afvigelser over for krav til anskaffelsen angår ofte de tekniske specifikationer, som den ordregivende myndighed skal anføre, jf. udbudslovens § 40, herunder de krævede egenskaber til den udbudte genstand, under overholdelse af principperne i lovens § 2, og særligt § 2, stk. 2, om at disse ikke kunstigt må begrænse konkurrencen. Afvigelse over for krav til anskaffelsen synes i udgangspunktet at anlægges en restriktiv fortolkning af Klagenævnet⁷⁹, dog medfører disse afvigelser ikke altid kassationspligt for den ordregivende myndighed. Hvilket dog modsat findes gældende ved afvigelser for krav til tilbuddets formalitet og afvigelser for krav til tilbudsgivernes egnethed, der betragtes som mindstekrav⁸⁰.

Claus Berg tilføjer endvidere, at klagenævnspraksis udleder, at tilbudsforbehold angår ”*tilbud som ukonditionsmæssige, både når de indeholder forbehold (rettet mod substansen i udbudsbetingelserne mv.) og når tilbuddet ikke opfylder formelle krav i henhold til udbudsbetingelserne*”⁸¹.

Hertil præciseres, at *tilbudsforbehold* sædvanligvis angår enhver uoverensstemmelse eller afvigelse indeholdt i et tilbud, uagtet om denne er tilsigtet eller ej, over for udbudsmaterialet, der ikke udtrykkeligt har givet adgang til en sådan uoverensstemmelse eller afvigelse⁸². Nærmere må afgørelsen af om en afvigelse er indeholdt, angå en selvstændig og konkret sammenholdelse af det konkrete udbudsmateriale og det herpå afleverede tilbud.

Somme tider fremgår det klart, at tilbudsgivere afgiver tilbud indeholdende tilbudsforbehold, f.eks. når tilbuddet direkte oplister forbehold eller eventuelle tilkendegivelser over for materialet, modsat kan det være vanskeligt at identificere om et bud er indeholdt forbehold, ifald dette er maskeret eller

⁷⁸ U.2023B.354, side 357.

⁷⁹ Treumer, 2000, side 171.

⁸⁰ U.2023B.354, side 357.

⁸¹ Berg, 2012, side 496.

⁸² Fabricius, 2024, side 699-700.

ikke udtrykkeligt oplistet. Det hænder også, at tilbudsgiver i sit tilbud har anført en utilsigtet afvigelse, som følge af fejl eller misfortolkning af de opstillede krav, hvorfor enhver afvigelse eller uklarhed i et tilbud må underlægges en konkret vurdering af den ordregivende myndigheds fastsatte og stillede krav over for tilbudsgiverens indleverede tilbud, herunder i væsentlighed om afvigelsen eller uklarheden angår et grundlæggende element i udbuddet⁸³.

5.1.2 Alternative tilbud og forbehold

I begrebsfastlæggelse af tilbudsforbehold bemærkes også alternative tilbud, herved tillader den ordregivende myndighed afvigelser for det fastsatte i udbudsmaterialet ved at opfordre til tilbudsgivers afgivelse af alternative tilbud, dvs. at tilbuddet skal indeholde alternative løsninger på den ordregivende myndigheds indkøbsbehov, jf. udbudslovens § 24, nr. 3. Hvilket i praksis kan nære tvivl, hvorledes et afvigende bud, udgør et alternativt tilbud eller et tilbudsforbehold.

Ifald den ordregivende myndigheds accept eller krav om alternative tilbud, skal disse forsat have tilknytning til kontraktens genstand og tildelingskriterierne skal anvendes for hhv. ordinære og alternative tilbud, jf. udbudslovens § 50, stk. 1. Den ordregivende myndighed skal angive i udbudsbekendtgørelsen hvorledes alternative tilbud accepteres eller kræves, jf. udbudslovens § 50, stk. 2, og desuden fastlægge mindstekrav gældende herfor, samt de specifikke krav for afgivelse af alternative tilbud, jf. § 51, nr. 1 og 2. Udbudslovens §§ 50-52 gælder i øvrigt kun i udbud efter udbudslovens afsnit II, hvor udbud efter afsnit III, IV og V har en noget mere betydelig frihed til selve fastlæggelse af det gældende for alternative tilbud forudsat, at de udbudsretlige principper iagttages⁸⁴.

Betingelserne for accept af alternative tilbud ovenfor betragtes væsentlige i den ordregivende myndigheds vurdering af, hvorledes det afleverede tilbud indeholder et tilbudsforhold eller udgør et alternativt tilbud. Idet tilbuddets afvigelser for mindstekravene og betingelserne fastlagt konkret herfor, vil medføre, at dette i stedet udgør et tilbudsforbehold og ikke et alternativt tilbud. Hvor den

⁸³ Risvig Hamer, 2025, side 440.

⁸⁴ Fabricius, 2024, side 712.

ordregivende myndighed i udbudsmaterialet har præciseret øvrige forhold, der er relevante for alternative tilbud, vil afvigelser herfor tillige udgøre tilbudsforbehold⁸⁵.

Sondringen mellem alternativt tilbud og tilbudsforbehold er senest behandlet i Klagenævnets kendelse af 15. marts 2021, Horsens Kommune mod Brdr. Thybo A/S, der vedrørte en offentlig licitation efter tilbudsloven⁸⁶ angående en ombygning af en skole, hvor tildelingskriteriet var laveste pris. Indklagede antog et tilbud indeholdende et forbehold om merpris for overholdelse af den af tilbudsgiver tilbudte udbudstidsplan, som den indklagede ved tildeling betragtede som byderens afgivelse af et alternativt tilbud, jf. tilbudslovens § 9, stk. 1. Senere frafaldt den indklagede, dog dette synspunkt, og betragtede i stedet det antagende bud som værende det ordinære bud. Modsat dette synspunkt, betragtede Klagenævnet buddet som uantaligeligt, idet forbeholdet vedrørte et grundlæggende element, herunder forlængelse af den tilbudte tidsplan, hvilket begrundedes i følgende angivelse i indklagedes licitationsbetingelser, at *”Der ønskes tilbud i hovedentreprisen iht. fast tid og fast pris.”*. Endvidere havde tilbudsgiveren i sit bud anført, at enterprisesummen skulle tillægges 200.000 kr. ifald tidsplanen ikke kunne forlænges, hvorfor tilbudsgiveren selv prissatte forbeholdet, hvilket ikke kunne føre til berettiget antagelse af tilbuddet, idet tilbudsgivers egen prissætning af forbehold er stridende med udbudsretten, jf. Klagenævnets kendelse af 17. oktober 2007, Triolab A/S mod Region Hovedstaden. Væsentligt bemærkes herudover, at Klagenævnet ikke behandlede den indklagedes betragtning, om at buddet var et alternativt bud, idet buddet ikke opfyldte mindstekravene i licitationsbetingelserne, jf. tilbudslovens § 9, stk. 1.

Kendelsen blev indbragt for domstolene, hvor Byretten i Horsens⁸⁷ opretholdt Klagenævnets afgørelse. Den indklagede ankede dommen til Vestre Landsret⁸⁸, der modsat konstaterede, at indklagede ikke havde overtrådt tilbudsloven, som fundet af Klagenævnet og Byretten. Landsretten begrundede frifindelsen i, at tilbudsgiveren afgav to bud, herunder et bud på ca. 9,9 mio. kr., i overensstemmelse med licitationsbetingelserne, derfor et ordinært bud, og et bud på 9,7 mio. kr.

⁸⁵ KFST vejledning om udbudsloven, side 142.

⁸⁶ Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren med senere ændringer.

⁸⁷ Retten i Horsens dom af 5. oktober 2022, sag BS-17910/2023-HRS, Horsens Kommune mod Brdr. Thybo A/S.

⁸⁸ Vestre Landsret dom af 5. april 2023, sag BS-41149/2022-VLR, Horsens Kommune mod Brdr. Thybo A/S.

indeholdende forbehold for tidsplanen, derfor et alternativt bud. Landsrettens dom synes ikke i lighed med den udbudsretlige begrebsfastlæggelse af alternative tilbud. I henhold til sædvanlig udbudsretlig praksis ville udgangspunktet være, at tilbudsgiveren havde afgivet et tilbud med forbehold for et grundlæggende element, tidsplanen, og byderen indeholdt i buddet sin prissætning heraf, hvorfor buddet var uantageligt. H.P. Rosenmeier bemærker i sin kommentar af dommen, at Landsrettens udfald synes rimelig, idet forholdene betragtes ”*underligt formelle og uden realitetsbetydning*”, da der ikke forelå favorisering af byder, da buddets tilbudspris efter forhøjelsen fortsat var den laveste⁸⁹.

Med afsæt i Landsrettens underkendelse af Klagenævnet og Retten i Horsens, fremhæves, at udgangspunktet for antagelse af alternative bud i tilbudsloven, er lempeligere sammenholdt med udbudslovens §§ 50-52, hvorfor sagens udfald angiveligt vil være anderledes, ifald den ordregivende myndighed havde udbudt efter udbudsloven. Dog synes sagens udfald at være bemærkelsesværdig, henset forståelse af alternative tilbud, samt betingelserne herfor over for det udbudsretlige princip om ligebehandling og forhandlingsforbuddet, når dette ikke sikres som følge af fremgangsmåden i dommen. Om end synes udbudsloven dog utvetydigt at definere alternative tilbud og hvilke betingelser, der gælder herfor. Ifald betragtes den gældende undersøgelse af alternative tilbud og forbehold i udbud efter udbudsloven særligt klar, og manglende opfyldelse af udbudslovens betingelser for alternative bud, herunder opfyldelse af mindstekravene til de alternative bud medfører, at buddet indeholder tilbudsforbehold.

5.2 Det udbudsretlige udgangspunkt

I det følgende afdækkes det udbudsretlige udgangspunkt ved forbehold, herunder særlig den afledte retlige regulering i punkt 5.2.1, efterfulgt af en afklaring mellem grundlæggende forbehold, ikke-grundlæggende forbehold og tilbudsgiverens præcisering af udbudsmaterialets krav og betingelser i punkt 5.2.2.

⁸⁹ H.P. Rosenmeiers resumé med kommentar af Vestre Landsret dom af 5. april 2023, Horsens Kommune mod Brdr. Thybo A/S, side 1.

5.2.1 Den retlige regulering

Den retlige regulering af tilbudsforbehold er, som definitionen heraf, ej at finde i udbudsdirektiverne eller i udbudsloven, dog udledes regulering og håndtering af tilbudsforbehold i Domstolens og Klagenævnets fortolkning af principperne om gennemsigtighed og ligebehandling, herunder også forhandlingsforbuddet, afledt i rets- og klagenævnspraksis herom⁹⁰.

Henset den manglende regulering har Domstolen dog fastslået gennem ligebehandlingsprincippet et princip om, ” [...] *at samtlige tilbud skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i udbudsbetingelserne for at sikre muligheden for en objektiv sammenligning af de bud, der afgives af de enkelte tilbudsgivere*”, jf. Domstolens præmis 37 i Storebæltssagen⁹¹.

Domstolens udgangspunkt i præmis 37 understøttes af præmis 39, hvori Domstolen udtaler, at national lovgivning om accept af forbehold, kun kan håndhæves, når princippet om ligebehandling af deltagende tilbudsgivere iagttages, samt at accepten medfører buddenes overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Domstolen fastslår klart i disse præmisser, et gældende princip, at udbudsbetingelsernes bestemmelser og betingelser ikke kan afviges af tilbudsgiverne. Uagtet udelukker princippet dog ikke den ordregivende myndigheds tilladelse af afvigelser såvel også afvigelser for grundlæggende udbudsbetingelser, dog under hensyntagen til modifikationen til udgangspunktet i Domstolens præmis 37 og 39, hvor ”[krav om fuld overholdelse af ligebehandlingsprincippet og at buddene skal være i overensstemmelse med udbudsbetingelserne] *ville ikke blive opfyldt, såfremt tilbudsgiverne kunne fravige de grundlæggende udbudsbetingelser ved forbehold uden for de tilfælde, hvor disse betingelser udtrykkeligt giver dem mulighed herfor.*”, jf. præmis 40.

Domstolens tilsagn til tilbudsgivers afvigelse af grundlæggende udbudsbetingelser, når disse betingelser udtrykkeligt giver mulighed herfor, synes dog tilnærmelsesvist underkendt i Domstolens dom i Nordecon-sagen⁹², hvor modifikationen i Storebæltssagens præmis 40 skærpes i Nordecon-

⁹⁰ Berg, Claus, 2012, side 497.

⁹¹ Treumer, 2000, side 166.

⁹² EU-Domstolens dom af 5. december 2013, i sag C-561/12, Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium.

sagens præmis 38: ”Hvis det anerkendtes, at et bud, der ikke var i overensstemmelse med de bindende betingelser, kunne antages med henblik på en forhandling, ville fastsættelsen af bindende betingelser i udbuddet i øvrigt miste enhver virkning, og det ville ikke være muligt for den ordregivende myndighed at forhandle med tilbudsgiverne på et for disse fælles grundlag baseret på de nævnte betingelser og følgelig at behandle disse lige.” Hvorefter Domstolen finder, at 2004-udbudsdirektivets art. 30, stk. 1⁹³ om udbud med forhandling, er til hinder for at tillade den ordregivende myndighed at føre forhandling med tilbudsgiver hvis bud ikke opfylder de bindende krav fastsat i udbuddets tekniske specifikationer. Udtrykket *bindende krav* modsvarer i dansk praksis *mindstekrav*⁹⁴. H.P. Rosenmeier udtrykker i sin kommentar, at dommen anses som et udtryk for, at ”mindstekrav skal også være opfyldt ved udbud med forhandling.”⁹⁵

Dette afledes af en tidligere kendelse i Klagenævnet af 18. november 1996, European Metro Group mod Ørestadsselskabet, indeholdende en udtalelse, at i udbud med forhandling, modsat offentligt og begrænset udbud, tillades afvigelser for alle dele i udbudsbetingelserne⁹⁶. *Storebæltssagen* angår *grundlæggende udbudsbetingelser* og vedrører et begrænset udbud, hvor Nordecon-sagen modsat angår *bindende betingelser* i udbudsproceduren udbud med forhandling efter forudgående udbudsbekendtgørelse. Dette afføder uagtet ikke et andet udgangspunkt, netop at tilbudsforbehold for grundlæggende udbudsbetingelser betragtes som stridende mod ligebehandlingsprincippet og medfører kassationsforpligtelse, når afvigelse herfor ikke udtrykkeligt tillades.

Henset ovenstående forelæggelse af Domstolens udtalelse i *Storebæltssagen*, fremstår der tvivl om præmis 37 og 39 skal betragtes som et absolut krav, netop at buddene skal være i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, der ellers står i klar modsætning til sagens præmis 40, hvor afvigelser tillades, når betingelserne udtrykkeligt giver mulighed herfor⁹⁷. Fortolkning af præmisserne kan på

⁹³ 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.

⁹⁴ H.P. Rosenmeier, resumé og kommentar af EU-Domstolens dom af 5. december 2013, sag C-561, Nordecon AS og Ramboll Eesti AS mod Rahandusministeerium, side 1.

⁹⁵ Ibid, side 1.

⁹⁶ Ibid, side 1.

⁹⁷ Treumer, 2000, side 166-167.

den ene side aflede et princip om, at udbudsbetingelserne ikke kan afviges, medmindre dette udtrykkeligt tillades, mod på den anden side at anse præmis 37 og 39 som en hovedregel og præmis 40 som en undtagelse hertil⁹⁸. Desuagtet er den nærliggende fortolkning af retsstillingen, at præmisserne forstås i sammenhæng, altså udleder Storebæltssagen en hovedregel og dertilhørende modifikation hvor afvigelser kan tillades i begrænset omfang.

Sammenholdelse af Storebæltssagen og Nordecon-sagen afføder et antageligt udgangspunkt, om at grundlæggende betingelser, herunder mindstekrav ikke kan afviges under overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Domstolens udtalelse i Nordecon-sagen synes på den ene side at skærpe det udbudsretlige udgangspunkt for afvigelser angående kravene til anskaffelsens tekniske specifikationer, og påpeger særligt, at forhandling om disse ikke sikrer den fornødne ligebehandling, jf. præmis 38.

Dog synes det, at følge af Rettens dom, Antwerpse-sagen⁹⁹, at man inden for det udbudsretlige princip om proportionalitet kan undlade at afvise et tilbud, indeholdende et forbehold for krav til anskaffelsen, ifald *”den pågældende materielle undladelse kan forklares på en enkel måde, og den manglende pris på en nem og sikker måde kan udledes fra den tilbudte pris vedrørende en anden post i det sammenfattende overslag”*, jf. præmis 60. Retten konkluderede i præmis 74, at undladelsen af den tilbudte pris i det sammenfattende overslag, der dog kunne udledes af en anden post, *”udgør en simpel materiel fejl i dette bud eller i det mindste en tvetydighed, der kan forklares på en enkel måde og nemt kan fjernes”*, hvorfor Kommissionen med rette fastslog forhenværende og med rette anmodede tilbudsgiveren om yderligere oplysninger vedrørende indholdet¹⁰⁰.

Sammenholdende afledes et retligt udgangspunkt om, at tilbudsforbehold for grundlæggende elementer, uden udtrykkeligt tilladelse heraf i betingelserne, medfører kassationsforpligtelse for den ordregivende myndighed.

⁹⁸ Treumer, 2000, side 166-167.

⁹⁹ EU-Rettens dom af 10. december 2009, sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken mod Kommissionen.

¹⁰⁰ U.2023B.354, side 359.

5.2.2 Grundlæggende forbehold, ikke-grundlæggende forbehold og præciseringer

I forlængelse af den retlige regulering af tilbudsforbehold belyses, hvad der forstås ved hhv. grundlæggende forhold, ikke-grundlæggende forbehold, samt tilbudsgiverens præciseringer.

Grundlæggende forbehold accepteres ikke uden udtrykkelig benævnelse heraf i udbuddet. Domstolens udtalelse i Nordecon-sagen synes uforenelig med den danske forbeholdslære, der accepterer afvigelser af ikke-grundlæggende karakter, idet Domstolen ikke sonderer mellem karakteren af afvigelsen, men nærmere anlægger kravets karakter betydelig vægt¹⁰¹. Uagtet synes Domstolens henvisning til kravets betydning at medføre, at denne betragter kravet som ufravigeligt, hvilket i givet fald ikke vil medføre, at den danske forbeholdslære er uoverensstemmende med EU-retten.

Fælleserklæringen afleder sondringen mellem grundlæggende og ikke-grundlæggende forbehold, hvor enhver forhandling med tilbudsgiverne om grundlæggende elementer i kontrakten, som ikke vil kunne ændres uden risiko for konkurrencefordrejning, udelukkes¹⁰².

Det er vanskeligt at anlægge en egentlig og generel forståelse af hvad grundlæggende elementer omfatter, når dette særligt afhænger af det konkrete udbudsmateriale og tilbuddet, udover ovenstående om konkurrencefordrejning. Uagtet har Klagenævnet gentaget fælleserklærings forståelse, og udtaler ”*Et grundlæggende element skal i denne sammenhæng forstås som et forbehold af en sådan karakter, at konkurrencen væsentlig fordrejes mellem tilbudsgiverne, hvis forbeholdet tillades.*”¹⁰³ Konkurrencefordrejningen opstår, ifald en tilbudsgiver tillades at afvige for krav og betingelser, som øvrige har indrettet sig efter, således opstår en konkurrencemæssig fordel¹⁰⁴. Klagenævnet tilføjer herefter, at ifald et forbehold, der er underlagt en konkret vurdering, ikke karakteriseres som værende over for grundlæggende elementer, således skal dette kunne

¹⁰¹ Fabricius, 2024, side 703-704.

¹⁰² Ibid, side 704.

¹⁰³ Kendelse af 24. juni 2022, Krüger A/S mod Tønder Spildevand A/S, side 71.

¹⁰⁴ Fabricius, 2024, side 704.

prissættes med en sikkerhed eller en høj grad af sikkerhed, dækkende for byrden, der pålægges den ordregivende myndighed, og medfører, at den konkurrencemæssig fordel udlignes¹⁰⁵.

Afgørelsen af om afvigelser er over for grundlæggende elementer afhænger således af forbeholdets karakter, samt kravets karakter, og ikke mindst om forbeholdet kan prissættes, men også af den ordregivende myndigheds regulering af forbehold i udbudsmaterialet. Således vil udtrykkelig anførelse af, at elementer i udbuddet ikke må tages forbehold, vil disse elementer være grundlæggende¹⁰⁶. Ikke-grundlæggende forbehold rummes således ikke af ovenstående, dog kan flere sammenhold udgøre et grundlæggende forbehold.

En bemærkning eller angivelse i tilbudsgivers tilbud, der ikke betragtes som et forbehold, men nærmere en præcisering, har den ordregivende myndighed hverken ret eller pligt til forkastelse, og dette må betragtes som antageligt. Nærværende afdækkes nærmere nedenfor.

I det følgende vil afgrænsningen mellem grundlæggende forbehold, ikke-grundlæggende forbehold og præciseringer belyses og afdækkes henhold til rets- og klagenævnspraksis.

5.3 Identifikation af forbehold

Henset forhenværende om tilbudsforbehold, således er identifikation af tilbudsforbehold en krævende opgave, og sondringen mellem tilbudsforbehold og uantagelige tilbud, herunder ikkeforskriftsmæssige tilbud, er uskarp.

5.3.1 Tilbudsgivers og ordregivers adfærd

Indledningsvist er det relevant i den ordregivende myndigheds identifikation af tilbudsforbehold, at det påhviler, denne strengt at overholde krav og betingelser denne har fastsat i udbudsbetingelserne og det øvrige materiale, jf. Domstolens sag C-336/12, Manova¹⁰⁷, præmis 40, hvilket er i overensstemmelse med, at Klagenævnet ikke indrømmer den ordregivende myndighed en stor

¹⁰⁵ Kendelse af 24. juni 2022, Krüger A/S mod Tønder Spildevand A/S, side 71.

¹⁰⁶ Fabricius, 2024, side 705.

¹⁰⁷ EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013, sag C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S.

skønsmargen, i dennes identifikation af tilbudsforbehold under forudsætning af udbudsmaterialets og tilbuddets ordlyd¹⁰⁸. Hvilket afleder den interessante problemstilling henset, hvorledes et overset forbehold, alligevel kan påberåbes af den ordregivende myndighed efter kontraktindgåelse, der vil behandles senere. Uagtet afleder klagenævnspraksis, at den ordregivende myndigheds beslutning om indhentning af supplerende eller præciserende oplysninger er skønsmæssigt præget, og det følger af fast klagenævnspraksis, at Klagenævnet kun kan tilsidesætte den ordregivende myndigheds skøn, ifald denne åbenbart har overskredet den vide grænse, der gælder for dennes skøn, eller har handlet usagligt. Hvilket Klagenævnet også finder gældende i undersøgelsen af tilbudsgivernes opfyldelse af mindstekravene, jf. kendelse af 25. februar 2021, Suez Water mod Danish Oil Pipe. Klagenævnet fandt i kendelsen, at indklagede ikke havde overskredet den vide grænse for dennes skøn eller handlet usagligt ved vurdering af klagerens opfyldelse af mindstekrav, og fandt derfor ikke grundlag for at tilsidesætte indklagedes skøn ved vurdering af tilbuddene. Klagenævnet bemærket dog, at indklagede var berettiget til at afvise klagerens tilbud, grundet uklarhed om klagerens opfyldelse af mindstekravet.

Klagenævnet har i kendelsen af 29. september 2017, ŠKODA mod Odense Letbane, udtalt, at det er fast klagenævnspraksis, at det i vurderingen af om et bud indeholder tilbudsforbehold ikke er afgørende for vurderingen af, om en tilbudsgiver har taget forbehold, hvordan et forbehold betegner sig, samt hvor i tilbuddet dette er placeret, eller om tilbudsgiveren har angivet hvorledes, der er taget forbehold. Klagenævnet bemærker, at disse momenter er kun af relevans ved uklare forbehold. Klagenævnet har senest bekræftet den foreliggende praksis i kendelse af 3. juli 2020, Formpipe Software A/S mod Greve Kommune m.fl., og kendelse af 24. juni 2022, Krüger A/S mod Tønder Spildevand A/S.

Antageligt vil en tilbudsgiver, der afviger fra udbudsbetingelserne være bekendt med dette, samt risikoen herfor, og bemærke afvigelsen som et forbehold. Dog forekommer det ofte i praksis, at byderne maskerer afvigelserne, hvilket i øvrigt er irrelevant i den ordregivende myndigheds håndtering af identificerede forbehold, henset kendelserne ovenfor, samt dennes undersøgelsespligt ved tvivlstilfælde, jf. udbudslovens § 159, stk. 3.

¹⁰⁸ Berg, 2012, side 506.

Klagenævnet har i flere kendelser fastslået, at formulering og forståelse af tilbudsgivers forudsætning og forbehold i et tilbud på baggrund af den ordregivende myndigheds udbudsbetingelser påregnes alene tilbudsgivers risiko, jf. Klagenævnets kendelse af 8. marts 1995, Henning Larsen mod Kulturministeriet, angående formulering af sætning i tilbud var tilbudsgivers risiko, og kendelse af 26. april 1996, E. Pihl & Søn A/S mod I/S Avedøre Kloakværk angående tilbudsgivers ansvar og risiko for forståelse af forbeholdet¹⁰⁹. Dette udgangspunkt afspejles også i Klagenævnets kendelse af 26. januar 2018, Securitas mod Midttrafik, hvori en uklar bemærkning i det vindende tilbud kunne hhv. forstås som et forbehold og ikke som værende et forbehold, hvorfor Klagenævnet fandt, at bemærkningen skulle forstås som et forbehold. Den indklagede havde taget højde for forbeholdet ved prissætning heraf, dog angik forbeholdet metoden for prisfastsættelsen for en del af den udbudte ydelse, og Klagenævnet anså forbeholdet som værende over for et grundlæggende element med den konsekvens, at tilbuddet ikke måtte tages i betragtning, heller ikke efter dennes prissætning.

Sædvanligvis påregnes den ordregivende myndighed ansvaret for et overset forbehold eller ordregivers fejlagtige afvisning af tilbud, som desuagtet ikke indeholdt et forbehold. Dette belyses i Klagenævnets kendelse af 24. juni 2022, Krüger mod Tønder Spildevand, om et begrænset udbud med forhandling under udbudsloven, vedrørende en række angivelser i det vindende tilbud, som Klagenævnet betragtede som værende afvigelser for udbudsmaterialet, der også angik grundlæggende elementer samt afvigelser for krav, der ikke kunne kapitalisere ved den påkrævede forsigtige, saglige og objektive prissætning, hvorfor tilbuddet var uantageligt, og ikke måtte tages i betragtning. Ved den ordregivende myndigheds fejlagtige afvisning af konditionsmæssige tilbud fremhæves Klagenævnets kendelse af 19. november 2013, Gustav H. Christensen mod Morsø Spildevand, hvor denne betragtede tilbudsgivers manglende udfyldelse af poster i tilbudslisten som værende et tilbudsforbehold om ekstrabetaling for nærværende arbejder, og afviste derfor tilbuddet. Klagenævnet fandt afvisningen som værende uberettiget, da den manglende udfyldelse af priser for nærværende arbejder skyldtes, at disse var indeholdt i den samlede tilbudspris. Klagenævnets

¹⁰⁹ Berg, 2012, side 516.

afgørelse blev stadfæstet i Venstre Landsrets dom af 27. august 2015¹¹⁰. Under retssagen i Vestre Landsret blev det fremlagt, at indklagede på et møde med klager havde fået indtryk af, at den manglende udfyldelse af prisen var udtryk for, at klagerens betaling for det pågældende arbejde som ekstraarbejde, hvilket utvivlsomt ville berettiget klagerens tilbud¹¹¹. Landsretten fandt dog ikke dette forhold bevist, hvorfor stadfæstelsen.

Umiddelbart er kendelsens og dommens udfald bemærkelsesværdigt i henhold til Klagenævnets klare praksis, om at tilbudsgiver bærer risikoen for uklarheder i og formuleringen af dennes tilbud, samt princippet, om at tvetydig forståelse af angivelser i et tilbud medfører, at angivelsen betragtes som et forbehold. Klagerens manglende angivelse af pris, jf. praksis, bør betragtes som et forbehold, hvilket hverken Klagenævnet eller Landsretten fandt, at den manglende angivelse fulgte det almindelig princip, og dermed ikke kunne betragtes som et forbehold. Den ordregivende myndighed ville således være berettiget til at adspørge klageren, om en tilkendegivelse af hvorledes den manglende udfyldelse skulle forstås¹¹². Begrundelsen for Klagenævnets og Landsrettens afgørelse findes i, at prisen for det pågældende arbejde var indeholdt i den samlede pris, og dermed var den selvstændige angivelse af pris uden betydning.

Modsat følger det af rets- og klagenævnspraksis at udbudsmaterialets anførelse af krav og ønsker til den udbudte anskaffelse skal være så klar, nøjagtig og utvetydig, at der ikke kan opstå tvivl om det udbudte eller kravene og ønskerne hertil, jf. udbudslovens § 2, jf. § 40, stk. 4, jf. bl.a. Klagenævnets kendelse af 24. juni 2022 Krüger mod Tønder Spildevand. Rammerne for den ordregivende myndigheds skøn ved vurderingen af hvorledes denne beskriver det udbudte, følger af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, og betragtes bredt i praksis. De anførelser som den ordregivende myndighed fastlægger om krav og ønsker til den udbudte anskaffelse har afgørende betydning for den ordregivende myndigheds tilbudsevaluering, når denne i medfør af gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet er forpligtet til strengt at overholde disse anførelser, jf. Manova præmis 40. Således er følgerne af den ordregivende myndigheds

¹¹⁰ Ugeskrift for Retsvæsen 2016 s. 86 V, Vestre Landsrets dom af 27. august 2015, sag V.L. B-2093-14, Gustav H. Christensen A/S mod Morsø Spildevand A/S.

¹¹¹ H.P. Rosenmeier, resumé og kommentar, side 2.

¹¹² H.P. Rosenmeier, resumé og kommentar, side 3.

fejlbehæftede adfærd, at kontrakten tildeles til en tilbudsgiver, der ikke har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf. udbudslovens § 161, også henset Klagenævnets kendelse af 24. juni 2022, Krüger mod Tønder Spildevand¹¹³.

Udtrykkelig benævnelse af afvigelser eller maskering af afvigelser i tilbudsgivernes tilbud er uden betydning for om budet indeholder afvigelser, hvilket illustreres i ovenstående kendelser fra Klagenævnet. Sædvanligvis forventes det, at tilbudsgiverne er deres ansvar og risiko bevidst ved indeholdelse af tilbudsforbehold¹¹⁴. Uagtet forhenværende Landsrets dom, således er det afgørende i sammenholdelse af tilbuddet over for udbudsbetingelserne, om den ordregivende myndighed kan konstatere en foreliggende afvigelse eller ej. Forudsigeligt vil mere komplekse udbudsbetingelser, i højere grad forudsætte uvished om konstatering af forbehold¹¹⁵. I tvivlstilfælde afgør undersøgelsen af tilstedekomsten af afvigelser over for udbudsmaterialet en reel sammenholdelse af de fastsatte krav og betingelser i udbudsmaterialet over for det afgivne tilbud, ifald afklaring om der forekommer uklarheder i hhv. tilbuddet eller udbudsmaterialet¹¹⁶. Klagenævnets kendelse af 13. november 2006 Cowi mod Sønderjyllands Amt, fremhæves, idet kendelsen angår et tilbud indeholdt udtrykkelige angivelser, som øjensynligt ikke opfyldte indklagedes forventninger til det tilbudte, men dog var sagligt begrundet i udbudsbetingelsernes bestemmelser. Klagenævnet lagde til grund, at angivelserne i tilbuddet ikke kunne begrunde, at den indklagede undlod at tage tilbuddet i betragtning.

Endvidere kan kendelse af 11. oktober 2011, HHM A/S mod Københavns Kommune, fremhæves, der angik en formulering i tilbudsgivers tilbud om, at Dansk Byggeris standard forbehold for totalentreprise var gældende for det fremsendte tilbud, hvor dette ikke modstrid udbudsbetingelserne. Klagenævnet lagde til grund, at den anvendte formulering ikke ansås som et forbehold, henset tilbudsgivers formulering om at Dansk Byggeris standardforbehold gjaldt *”hvor det ikke er modstridende med udbudsmaterialet”*, sammenholdt med, at tilbuddet indeholdt fast pris

¹¹³ Berg, 2012, side 506.

¹¹⁴ Ibid, side 508.

¹¹⁵ Ibid, side 513.

¹¹⁶ Berg, 2012, side 514, og Fabricius, 2024, side 700.

på samtlige vinterforanstaltninger, samt vejrligsbestemte foranstaltninger, desuagtet en klausul i udbudsbetingelserne, der medgav indklagede pligt til at betragte bemærkningen som et forbehold¹¹⁷.

Klagenævnet synes dog i kendelse af 15. maj 2019, Salini Impreglio S.p.A mod Metroselskabet I/S, at tillægge tilbudsgivers udtrykkelige anførelse i tilbuddet om, at der ikke var taget forbehold for udbudsmaterialets krav, væsentlig betydning¹¹⁸, herunder med angivelsen ”[...] at det med angivelser i tilbuddet, der eventuelt måtte kunne tolkes som forbehold, ikke var hensigten at tage et sådant forbehold, og at det var TUNN3L JV's hensigt at opfylde alle de stillede krav.”¹¹⁹. Modsat dette tillagde Klagenævnet i kendelse af 31. oktober 2014, Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. mod Vejdirektoratet, til skade for klageren, at denne ikke udtrykkeligt i sit tilbud havde anført, at budet var foruden tilbudsforbehold, trods den indklagedes rubrik herfor¹²⁰. Klagenævnet bemærker desangående, at klagers risiko ved dennes udformning af budet ikke ændres ved det forhold, at udbudsbetingelserne ikke på alle punkter var tilstrækkeligt klare.

Af ovenstående kendelser, synes det dog svært at fastlægge et generelt udgangspunkt om, at det er tilstrækkeligt for bydere at angive, at denne har til hensigt at opfylde alle opstillede krav i udbudsbetingelserne og det øvrige materiale, trods indeholdelse af tilbudsforbehold¹²¹. Ifald sammenfattes det væsentlige til, at der ikke forekommer uklarhed om det gældende i hhv. udbudsbetingelserne og tilbuddet, samt at kendelserne i øvrigt beretter, at øvrige forhold og momenter har medført, at en sådan benævnelse ikke betragtes som et forbehold, jf. kendelse af 11. oktober 2011, HHM A/S mod Københavns Kommune ovenfor, hvor foranstaltninger var prissat¹²².

Klagenævnspraksis har dog modsat klart afledt et udgangspunkt om, at den ordregivende myndighed, hverken i udbudsbetingelserne kan åbne op for afvigelser for alle udbudsbetingelser, eller acceptere byders afvigelser over for alle udbudsbetingelser eller kontraktlige vilkår indeholdt i

¹¹⁷ Fabricius, 2024, side 700-701.

¹¹⁸ Ibid, side 701.

¹¹⁹ Klagenævnets kendelse af 15. maj 2019, Salini Impreglio S.p.A mod Metroselskabet I/S, side 71, 2. afsnit.

¹²⁰ Fabricius, 2024, side 701.

¹²¹ Ibid, side 701.

¹²² Ibid, side 701-702.

udbudsmaterialet¹²³. Et sådan tilsagn vil betragtes som stridende mod gennemsigtighedsprincippet, og i høj grad vanskeliggøre saglig og objektiv behandling af de afgivne bud, hvilket er stridende mod ligebehandlingsprincippet¹²⁴. Hertil fremhæves Klagenævnets kendelse af 14. juli 2009, Updata mod Lyngby-Taarbæk Kommune, der angik indklagedes overtrædelse af 2004-udbudsdirektivets artikel 2 om ligebehandling og gennemsigtighed ved at iagttage et bud indeholdt tilbudsforbehold over for grundlæggende elementer, samt indklagedes accept af forbehold uden sondring mellem hhv. forbehold for grundlæggende elementer og ikkegrundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Klagenævnspraksis om forhenværende afledte udgangspunkt, afspejles også Domstolens udtalelser i Slovensko-sagen¹²⁵ og Nordecon-sagen¹²⁶, hvor det blev fastlagt, at den ordregivende myndighed skal iagttage, at de fastsatte betingelser ikke medfører favorisering og vilkårlighed hos denne, samt drage omsorg om de fastsatte bindende krav og betingelser i udbudsmaterialet.

Udgangspunktet, om at uklare formuleringer i et bud er tilbudsgiverens risiko, modificeres ifald i klagenævnspraksis, når udbudsbetingelserne er uklare, sædvanligvis på det pågældende forhold som en angivelig afvigelse vedrører. Denne modifikation afspejles i Klagenævnets kendelse af 26. november 2004, Pihl & Søn mod Kriminalforsorgen, hvori Klagenævnet udtalte, at på baggrund af uklare bestemmelser i udbudsbetingelserne om vinterforanstaltninger anses forbeholdet vedrørende dette ikke at vedrøre grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Klagenævnet udtalte dog, at trods samme uklarheder i udbudsbetingelserne således udgjorde tilbudsgivers forhold i påstand 3, et forbehold.

5.3.2 Frafald eller tilbagekaldelse af forbehold

Interessant i den ordregivende myndigheds identifikation af afvigelser over for udbudsmaterialet, er hvorledes, der kan ske tilbagekaldelse eller bortforhandling af identificerede forbehold. Det altovervejende udgangspunkt dersom et tilbud indeholder forbehold er, at tilbudsforbeholdet er endegyldigt, således at tilbudsgiver ikke i umiddelbar forlængelse af dets aflevering af tilbud, kan

¹²³ Berg, 2012, side 499

¹²⁴ Ibid, side 499.

¹²⁵ EU-Domstolens dom af 29. marts 2012, sag C-599/10, Slovensko.

¹²⁶ EU-Domstolens dom af 5. december 2013, sag C-561/12, Nordecon og Ramboll Eesti

tilbagekalde eller frafalde forbehold indeholdt i tilbuddet¹²⁷. I Klagenævnets kendelse af 9. juni 2004, Per Aarsleff A/S mod Fyns Amt og Odense Kommune, fandt Klagenævnet, at i tvister om fortolkning af EU-reglerne, kunne en fast praksis i en branche, ikke tillægges betydelig vægt i afgørelsen. Således fastslog Klagenævnet, at et vilkår i byderens tilbud om, at Dansk Entreprenørers Standardforbehold skulle være gældende for kontrakten, ikke udgjorde en afvigelse, idet det var praksis i branchen, at forbeholdet frafaldt ved kontraktindgåelse, ikke kunne følges af denne. I en anden kendelse af 20. juli 2010, Otto P. Nedergaard A/S mod Boligforeningen Bispegaarden, om en licitation under tilbudslovens afsnit I, blev det antagende tilbud afgivet med alle Dansk Byggeris standardforbehold. Af licitationsbetingelserne blev der åbnet op herfor, dog fremgik det eksplicit, at forbeholdenes pkt. 3 og 8 ikke kunne accepteres, hvorfor Klagenævnet fastslog, at disse forbehold udgjorde en afvigelse for grundlæggende elementer i licitationen, og tilbuddet var uantageligt henset ligebehandlingsprincippet i tilbudslovens § 2, stk. 3. Således tillagde Klagenævnet det ingen betydning, at tilbudsgiver havde tilkendegivet, at det ikke var hensigten at indeholde alle standardforbeholdene i det afgivende tilbud, men blot de udtrykkeligt tilladte efter licitationsbetingelserne¹²⁸. Heraf kan tillige afledes et udgangspunkt om, at tilstedekomsten af forbehold eller ej, samt om disse var tilsigtede eller beror på tilbudsgivers fejlagtige udformning af tilbuddet, ikke tillægges betydning i bedømmelse af tilbudsforbeholdet¹²⁹.

I Klagenævnspraksis udledes, der således et princip om forbeholdets uigenkaldelighed, hvilket i øvrigt er en logisk slutning sammenholdt udgangspunktet om, at et tilbud ikke må ændres efter dets aflevering, jf. udbudslovens § 159, stk. 5, samt praksis om prissætning af tilbudsforbehold.

Retsstillingen kan dog ikke henføres direkte til behandling af forbehold ved udbud med forhandling, hvor der i Domstolens praksis gælder et princip om, at den ordregivende myndighed ikke må forhandle med bydere om tilbud, som ikke opfylder de bindende krav i udbuddet, jf. Nordecon-sagens præmis 37-39¹³⁰. Dette princip iagttages dog ikke i klagenævnspraksis, hvor Klagenævnet i adskillelige kendelser har fastslået følgende udgangspunkt om, at den ordregivende myndighed

¹²⁷ Berg, 2012, side 524.

¹²⁸ Ibid, 2012, side 524-525.

¹²⁹ Ibid, side 525.

¹³⁰ Ibid, 2012, side 525.

retteligt kan indlede forhandling med ansøgere, der har taget forbehold for mindstekrav, medmindre andet følger af udbudsmaterialet, jf. lovforarbejderne til § 61¹³¹. Forudsætningerne herfor er, at forbeholdet ikke medfører ændring i mindstekravene, og at tilbudsgiver i det endelige tilbud skal frafalde ethvert forbehold for mindstekrav, jf. udbudslovens § 66, stk. 2.

Det sluttet ifald, at ordregivers accept af forbehold ved saglig og objektiv prissætning af dette, således betragtes byderens forbehold som værende en del af dennes tilbud, og denne har en leveringspligt over for ordregiver, dog henset udbudsmaterialets bestemmelser herom.

5.4 Afvigelser for de materielle udbudsbetingelser

Udbudsbekendtgørelsen, udbudsbetingelserne og det øvrige udbudsmateriale fastlægger de væsentlige og grundlæggende rammer for tilbuddet, såvel har deltagende og ikke-deltagende tilbudsgivere en berettiget interesse i, at udbudsprocessen eksekveres herefter¹³². Nærværende er netop det gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincippet har til hensigt og formål at iagttage.

I det følgende belyses således den gældende verificerings- og undersøgelsespligt som den ordregivende myndighed underlægges i evaluering af tilbuddene og ved tvivlstilfælde om opfyldelse af udbudsmaterialets krav og betingelser. Dernæst belyses konkrete afvigelser for hhv. formelle og materielle krav i udbudsmaterialet.

5.4.1 Verificerings- og undersøgelsespligt over for forbehold

Til brug for den ordregivende myndigheds tildelingsbeslutning bestemmes det i udbudslovens § 159, stk. 2, 1. pkt., at ordregiver alene kan tildele kontrakten, når denne har verificeret, at tilbuddet opfylder kravene, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og det øvrige udbudsmateriale, herunder også overensstemmelse med kriterierne for tildeling, jf. §§ 161-165. Verificeringspligten angår hhv. indholdet af tilbuddet, den tilbudte løsning, samt tilbudsgivernes egnethed og udelukkelse, jf. lovforarbejderne¹³³, samt Klagenævnets kendelse af 29. august 2023, Scania Danmark A/S mod I/S

¹³¹ Risvig Hamer, 2025, side 470.

¹³² Fabricius, 2024, side 725.

¹³³ Lovforarbejderne til § 159, stk. 2, jf. særlige bemærkninger i lovforslag nr. 19 af 7. oktober 2015.

Refa, hvor verificering blev foretaget efter kontraktindgåelse, hvilket er stridigt mod bestemmelsen og dens forarbejder.

Der afledes et udgangspunkt om, at den ordregivende myndighed er berettiget og forpligtet til verificering af hvorledes det afleverede bud er i overensstemmelse med udbudsmaterialets krav, herunder minimumskrav til egnethed og udelukkelsesgrundene¹³⁴. Alene i tvivlstilfælde pligtiges den ordregivende myndighed at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet, jf. udbudslovens § 159, stk. 3, således opstår ikke en generel pligt.

Hidtidig rets- og klagenævnspraksis bemærkede dog en pligt ved åbenbart urigtige oplysninger, der er nuanceret efter Klagenævnets kendelse af 27. maj 2015, Annelise Küseler mod Morsø Kommune, hvor Klagenævnet fastslog, at indklagede burde have verificeret rigtigheden af det antagelige bud, efter klageren meddelte, at disse var urigtige efter tildelingsbeslutningen, med henvisning til UfR 2012.2952 H, Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet¹³⁵. Sagen i Højesteret angik indklagedes overtrædelse af udbudsreglerne ved at antage et tilbud indeholdende tilbudsforbehold angående et grundlæggende element, og at indklagede før kontraktindgåelse med den antaget byder, var bekendt med tilbudsforbeholdet. Den antagende byder fik af indklagede, en uberettiget fordel ved efter tildelingsbeslutning og inden kontraktindgåelse, at den udbudte opgave ændrede sig i en sådan grad, at opgaven kunne udføres for en lavere pris, end den påregnelige¹³⁶. Af Højesterets dom udledes, at tildelingsbeslutningen ikke medfører, at den ordregivende myndigheds pligt til kun at antage tilbud, der opfylder grundlæggende elementer og mindstekrav i udbudsmaterialet, jf. udbudslovens § 159, stk. 2. Udbyder skal, således efter tildelingsbeslutning og inden kontraktindgåelse, annullere tildelingsbeslutning og afvise buddet, ifald udbyder bliver opmærksom på, at det antagne bud ikke opfylder grundlæggende elementer eller mindstekrav i udbuddet, f.eks. ved, at buddet indeholder et forbehold for grundlæggende elementer. Dommen udleder også et klart udgangspunkt om, at udbyder ikke må indlede forhandlinger med den antagende tilbudsgiver for at sikre gennemførelse af den udbudte opgave og kontrakt.

¹³⁴ Fabricius, 2024, side 725.

¹³⁵ Højesterets dom af 15. juni 2012, Montaneisen GmbH.

¹³⁶ H.P. Rosenmeier, resumé og kommentar af UfR 2012.2952 H, Højesterets dom af 15. juni 2012 i sag 88/2012, Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet.

Under den ordregivende myndigheds evaluering af tilbud skal denne i overensstemmelse med udbudslovens §159 tildele den udbudte kontrakt, herunder undersøge hvorledes de afleverede tilbud opfylder kravene fastsat i udbudsbekendtgørelsen og det øvrige udbudsmateriale, samt om tilbuddet er afgivet af en tilbudsgiver, der ikke er udelukket i henhold til udelukkelsesgrundene i §§ 135-137, der opfylder egnedetskriterierne fastsat i henhold til §§ 140-43, og i begrænset udbud om det afgivne tilbud er udvalgt, jf. udbudslovens § 145.

Undersøgelsespligten vedrører hvorledes ordregiver pligtiges til at undersøge rigtigheden af oplysningerne i det afleverede tilbud, i udvælgelsesfasen henføres til udbudslovens § 159, stk. 3, og i tildelingsfasen henføres til § 164, stk. 2, der har sammenfaldende ordlyd. Udgangspunktet er, at ifald det afgivne tilbud indeholder den krævede dokumentation, og i øvrigt fremtræder sammenfaldende med udbudsmaterialets krav, opstår ingen generel pligt for ordregiver til at anlægge en indgående undersøgelse af, hvorledes tilbuddet er sammenfaldende med de fastsatte krav, jf. lovbemærkningerne til § 159, stk. 2 og 3. Hvorfor den ordregivende myndighed er berettiget til at forlade sig på det afgivne tilbuds indhold, samt tilbudsgivers tilsagn og erklæring om opfyldelse af de fastsatte krav i tilbuddet¹³⁷. Anderledes er udgangspunktet, ifald der opstår tvivl om det afleverede bud opfylder kravene i udbudsmaterialet, hvorefter den ordregivende myndighed pligtiges til at foretage en effektiv kontrol af oplysninger og dokumentation i tilbuddet, jf. §§ 159, stk. 3 og 164, stk. 2¹³⁸. Det betragtes åbenbart stridende mod ligebehandlingsprincippet, at den ordregivende myndighed indgår kontrakt med en tilbudsgiver, der ikke opfylder de i udbudsmaterialet fastsatte krav. Den ordregivende myndighed er i alle tilfælde underlagt en verificeringsforpligtelse af de afleverede tilbud opfylder kravene fastsat i udbudsmaterialet, jf. § 159, stk. 2, der indebærer undersøgelse af det påkrævede herefter. Følgelig nødsages den ordregivende myndighed at iagttage det udbudsretlige udgangspunkt ved forbehold, ifald det ligger hhv. uklart eller klart, at det afleverede tilbud ikke overholder de fastsatte krav i udbudsmaterialet¹³⁹.

¹³⁷ Fabricius, 2024, side 755.

¹³⁸ Ibid, side 756.

¹³⁹ Ibid, side 756.

Undersøgelsespligten gælder også, når den ordregivende myndighed har forpligtet sig til at foretage en særlig kontrol af den tilbudte genstand, jf. Klagenævnets kendelse af 11. maj 2023, Dustin A/S mod SKI. Modsat kan den ordregivende myndighed dog ikke i udbudsmaterialet begrænse sin ret eller pligt hertil, jf. Klagenævnets kendelse af 31. marts 2023, Ketner A/S mod Rigspolitiet¹⁴⁰.

Sammenfattende kan det afledes, at ordregivers undersøgelsespligt i udgangspunktet gælder til tildeling af kontrakten, jf. § 159, stk. 2, hvilket i øvrigt modificeres af fast klagenævnspraksis, hvor undersøgelsespligten i § 159, stk. 3 gælder frem til kontraktindgåelse også efter beslutning om tildeling. Dette fremhæves i Klagenævnets kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet, hvor Klagenævnet udtaler ”*Det er ved Højesterets dom af 15. juni 2012 Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet*¹⁴¹ slået fast, at en ordregiver er forpligtet til også at undersøge - og eventuelt reagere på - oplysninger, som ordregiveren først bliver bekendt med efter tildelingsbeslutningen, men før kontaktindgåelsen. Modtages oplysningerne først efter kontraktindgåelsen, er der tale om et kontraktretligt og ikke et udbudsretligt forhold.”¹⁴²

5.4.2 Afvigelser for formelle krav i udbuddet

Ved manglende overholdelse af de formelle krav til tilbuddene, gælder det særligt i den ordregivende myndigheds undersøgelse af tilbuddenes overholdelse af disse krav, at det påhviler denne strengt at overholde de kriterier, denne har fastsat, jf. Domstolens præmis 40 i Manova-sagen¹⁴³. Den ordregivende myndighed har ret og pligt til at forkaste et bud som uantageligt, når det ikke indeholder den krævede dokumentation eller ifald det ikke overholder de udtrykkelige krav, jf. § 159, stk. 2¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Fabricius, 2024, side 756.

¹⁴¹ UfR 2012.2952.HD.

¹⁴² Klagenævnets kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet, side 79.

¹⁴³ EU-Domstolens dom i sag C-336/12, Manova.

¹⁴⁴ Fabricius, 2024, side 727.

Domstolen udtaler i sag C-42/13, *Cartiera Dell 'Adda*¹⁴⁵, at det i nærværende sag afledes af udbudsmaterialet, at tilbuddet skulle vedlægges en krævet erstatningserklæring, ifald den ikke blev vedlagt, ville tilbudsgiveren udelukkes fra udbuddet. Undtaget for udelukkelse, var rent formelle uregelmæssigheder, der kunne berettiges, ifald det var uden betydning for tilbudsbedømmelsen. Domstolen påpegede, at udelukkelsesgrunden i 2004-udbudsdirektivets artikel 45, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ikke var til hinder for udelukkelse, når de supplerende oplysninger var fremkommet efter tilbudsfristens udløb¹⁴⁶. Domstolen begrundede nærværende i den ordregivende myndigheds pligt afledt af *Manova*-sagens præmis 40, om strengt at overholde dennes fastsatte betingelser, og Domstolen bemærkede endvidere, at ifald den ordregivende myndighed fandt, at undladelsen fra tilbudsgiveren ikke er en rent formel uregelmæssighed, således ville undladelsen ikke kunne afhjælpes i henhold til 2004-udbudsdirektivets artikel 51 om indhentning af supplerende oplysninger.

Klagenævnet har i kendelse af 15. juni 2021, *Brdr. Møller A/S mod Silkeborg Kommune*, og af 18. oktober 2018, *B. Braun Medical A/S mod Region Hovedstaden*, udtalt, at en ordregivende myndighed forpligtes til at forkaste tilbuddet, der i kendelserne ikke indeholdte det foreskrevne og krævede i udbudsmaterialet, herunder indeholdelse af krævet rettelsesblad, og manglende indeholdelse af krævet dokumentation¹⁴⁷.

Af ovenstående afledes således i rets- og klagenævnspraksis en kassationspligt ifald de formelle krav ikke overholdes, Klagenævnet har dog i kendelse af 27. april 2022, *Dorte Mandrup A/S mod Aarhus Kommune*, åbnet for, at den ordregivende myndighed er berettiget til at påse overholdelse af kravene, ifald opfyldelsen ikke kan antages at have reel betydning for den foreliggende konkurrence mellem byderne¹⁴⁸. Klagenævnet udtalte i kendelsen, at indklagede ikke var forpligtet til forkastelse af klagerens tilbud, idet det afleverede tilbud ikke var afleveret i det krævede format, samt at en model i et bestemt filformat blev afleveret kort efter tilbudsfristens udløb, da dette ikke udgjorde en

¹⁴⁵ EU-Domstolens dom af 6. november 2014, sag C-42/13, *Cartiera Dell 'Adda*.

¹⁴⁶ H.P.Rosenmeier, resumé og kommentar, EU-Domstolens dom af 6. november 2014, sag C-42/13, *Cartiera d'ellAdda* og *Cartiera di Cologno*.

¹⁴⁷ Fabricius, 2024, side 729.

¹⁴⁸ *Ibid*, side 729.

konkurrencefordel i tid eller viden. Klagenævnet fandt, at indklagede var berettiget til at indhente supplerende oplysninger, efter udløb af tilbudsfristen uden, at dette stred mod principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Udtalelsen begrundes i, at det ikke udtrykkeligt var foreskrevet i udbudsmaterialet, at manglende fremsendelse af dokumenterne vil føre til afvisning af konkurrenceforslaget, og indklagede havde forbeholdt sig ret til at afhjælpe mangler under overholdelse af gældende ret. Klagenævnet fandt derfor, at indklagede ikke var forpligtet til at forkaste tilbuddet, men derimod var berettiget hertil, da de pågældende dokumenter skulle indgå i konkurrenceforslaget, og manglende indsendelse efter omstændighederne ikke ansås som en åbenlys fejl, der pligter indklagede til at afhjælpe manglerne.

Af Antwerpse-sagen¹⁴⁹ udleder Retten et princip om, at omstændigheder, der kan medføre, at den ordregivende myndighed ikke er berettiget til at forkaste et tilbud, herunder mindre formelle fejl, jf. sagens præmis 54-56. Retten begrundes dette med, at det ville være stridende med princippet om god forvaltningsskik at afvise et bud uden at anmode om yderligere oplysninger, når tvetydigheden i et buds formulering kan forklares på en enkel måde og nemt kan fjernes herved. Retten bemærker yderligere, at det betragtes stridende med ligebehandlingsprincippet at tillægge den ordregivende myndighed et ubegrænset skøn i sådan tilfælde, jf. præmis 56.

Princippet afledt i Rettens praksis, er også anerkendt i klagenævnspraksis, herunder kendelse af 31. oktober 2014, Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. mod Vejdirektoratet. Klagenævnet udtaler ”I tilfælde af tvivl om forståelsen af et tilbud kan ordregivere i visse tilfælde være berettiget til at søge denne tvivl afklaret ved henvendelse til tilbudsgiveren, men en ordregiver er som udgangspunkt ikke forpligtet hertil, medmindre en manglende henvendelse vil være i strid med ligebehandlingsprincippet, propornalitetsprincippet eller god forvaltningsskik.”¹⁵⁰ Klagenævnet fastslog dog ikke i nærværende en pligt for indklagede til at acceptere eller afhjælpe mindre formelle fejl.

¹⁴⁹ EU-Rettens dom af 10. december 2009, sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken mod Kommissionen.

¹⁵⁰ Klagenævnets kendelse af 31. oktober 2014, Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. mod Vejdirektoratet, side 24, sidste afsnit.

Om end synes klagenævnsspraksis dog at anlægge en skærpet retstilstand, angående klarheden i den ordregivende myndigheds udbudsmateriale og kravene heri, henset tilbudsgivernes bud indeholdende formelle fejl, ifald den ordregivende myndighed afviser et bud som uantageligt¹⁵¹. Hertil fremhæves kendelse af 16. april 2021 Biometric Solutions A/S mod Udenrigsministeriet m.fl., idet Klagenævnet udtaler, at den indklagede ikke var berettiget til at betragte buddet som uantageligt, idet mindstekravet om buddets manglende oplysninger i et punkt, ikke skulle forstås som et ufravigeligt mindstekrav, når oplysninger i øvrigt fremgik tilstrækkeligt klar og utvetydigt i buddet.

Sammenfattende kan afledes følgende principper om afvigelser af formelle krav i udbuddet, herunder, at det påhviler den ordregivende myndighed strengt at efterleve de i udbudsmaterialet fastsatte betingelser og krav, jf. principperne i udbudslovens § 2. Hvilket afleder, at disse betingelser bestemmer hvorledes den ordregivende myndighed skal håndtere afvigelser for formelle krav, herunder hvorledes den ordregiver myndighed er berettiget eller forpligtet til at forkaste tilbuddet som uantageligt¹⁵². Altså skal der i udbudsmaterialet fremgå klart, ifald den ordregivende myndighed påtænker at forkaste tilbud som uantagelige som følge af afvigelser for formelle krav heri¹⁵³. Disse principper findes også at være gældende for udbud efter udbudslovens afsnit III, IV og egentlige udbud efter afsnit V, samt efter tilbudslovens, jf. Domstolens udtalelse i Cartiera-sagen¹⁵⁴ præmis 47, hvor Domstolen udtaler, at udgangspunkt om, at det påhviler, ordregiver strengt at overholde de fastsatte betingelser sædvanligvis gælder ved anskaffelser med klar grænseoverskridende interesse.

5.4.3 Afvigelser for materielle krav i udbuddet

Afvigelser for de materielle udbudsbetingelser forstås som afvigelser for krav til kontraktens genstand, herunder krav til genstanden eller ydelsens specifikationer, eller i stedet krav til genstanden eller ydelsens funktioner, som funktionskrav¹⁵⁵. Udbudslovens afsnit II, kapitel 6, §§

¹⁵¹ Fabricius, 2024, side 732.

¹⁵² Ibid, side 734.

¹⁵³ Ibid, side 734.

¹⁵⁴ EU-Domstolens dom af 6. november 2014, sag C-42/13, Cartiera Dell 'Adda.

¹⁵⁵ Treumer, 2000, side 170.

40-45¹⁵⁶ vedrører den ordregivende myndigheds krav til de tekniske specifikationer gældende for kontraktens genstand. I dennes udarbejdelse af de tekniske specifikationer er det væsentligt, at ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet overholdes ved, at kravene skal være fastsat klart og utvetydigt, herunder, at disse ikke kunstigt indskrænker konkurrencen, eller der ikke ved rimelighed kunne opstå tvivl om det udbudte eller kravene hertil. I det følgende udlægges en række afvigelser for ordregivers materielle udbudsbetingelser.

Angående afvigelser for de materielle krav i udbudsbetingelserne og det øvrige udbudsmateriale således gælder verificeringsforpligtelsen fortsat for den ordregivende myndighed, hvilket fordrer objektiv sammenholdelse af udbudsmaterialets krav og betingelser mod tilbuddenes indhold. Klagenævnets kendelse af 29. august 2023, Scania Danmark A/S mod I/S REFA, angik et offentligt udbud efter udbudsloven om levering af 7 renovationsbiler, samt servicering og reparation af disse. Det antagne tilbud indeholdt en afvigelse for mindstekravet i kravspecifikationen om, at alt lys skulle være LED lys, og ikke halogenlys, som var tilbudt. Det antagne tilbud var derfor uantageligt og skulle ikke være taget i betragtning, og den indklagede handlede således i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at antage tilbuddet.

Den ordregivende myndighed har hhv. en ret og pligt til at foretage grundig sammenholdelse af udbuddets betingelser og krav over for tilbuddets indhold, og dermed særligt må afklare hvorledes angivelser i et bud i realiteten er afvigelser.

Der anlægges i klagenævnspraksis en restriktiv fortolkning af overensstemmelsen mellem udbuddet og tilbuddet, og særligt for kravene til den udbudte genstand, samt for afvigelser for bredere krav til den udbudte genstand, f.eks. leveringstidspunkt¹⁵⁷. Hvilket øjensynligt ikke blev anlagt i Vestre Landsret dom af 5. april 2023, Horsens Kommune mod Brdr. Thybo A/S, hvor Landsretten fandt, at tilbudsgiveren afgav to tilbud et hvor der var afvigelse for tidspunktet for levering indeholdt en kapitalisering heraf, og et andet tilbud uden afvigelsen og kapitaliseringen. Dog angik nærværende sag tilbudsloven, og anlæg af en sådan praksis synes ikke at gælde generelt for udbud under udbudsloven, når bedømmelsen afgøres ved om afvigelsen angår grundlæggende elementer eller

¹⁵⁶ Implementering af udbudsdirektivets artikel 42 om tekniske specifikationer.

¹⁵⁷ Treumer, 2000, side 171.

mindstekrav, samt at udbud efter udbudslovens ikke underlægges samme frihedsgrader såsom tilbudsloven.

Ofte forekommer det nemt at konstatere om det afleverede tilbud indeholder en afvigelse fra kravene og betingelserne til den udbudte genstand, desuden kan det vanskelige være at afklare hvorledes afvigelsen angår et grundlæggende element eller mindstekrav hertil, samt hvorledes en sådan afvigelse kan prissættes. Klagenævnet har anført i en række kendelser, at til brug for vurdering af uoverensstemmelse mellem tilbud og udbudsmaterialet, således skal *"[a]lle oplysninger, der er modtaget, herunder bl.a. rapporter, produktblade osv., som er vedlagt som en del af tilbudsgivers tilbud, skal efter omstændighederne inddrages i vurderingen af, om mindstekrav er opfyldt eller ej, jf. klagenævnets kendelser af 5. januar 2016, MultiLine A/S mod Aarhus Universitet, og af 31. januar 2014, Avaleo ApS mod Vejle Kommune."*¹⁵⁸ Klagenævnet præciserer i Avaleo-kendelsen, at også afleverede beskrivelser til brug for om tilbudsgiveren opfyldte de stillede mindstekrav, uagtet om der var krav herom, skulle indeholdes i vurdering af om tilbuddet var antageligt. Denne løsningsbeskrivelse udtrykte dog ikke klart, at denne indeholdt den krævede snitflade, tilbudsgiveren havde dog anført, at alle mindstekrav var overholdt, og derved ikke tog forbehold heroverfor. Det klare udgangspunkt er, at risikoen for uklarhed om tilbuddet er overstemmende med udbuddet, påhviler tilbudsgiveren. En sådan usikkerhed var til stede, og Klagenævnet bemærker, at en sikker, hurtig og effektiv afklaring af tilbuddets oprindelige indhold, under disse omstændigheder, hvor der ikke foreligger en klar skrive-, slå- eller regnefejl eller lignende, ikke kan afklares ved at anmode om supplerende oplysninger eller bekræftelse af tilbuddets indhold. Klagenævnet begrundet denne udtalelse med, at tilbudsgiveren vil kunne have en stærk interesse i at søge at forbedre sit oprindelige tilbud, der ville medføre antagelighed. Indklagede anmodede dog herom, og tilbudsgiver frafaldt de afleverede beskrivelser, og indklagede antog tilbuddet efter tilbudsgiverens bekræftelse af tilbuddet antagelighed. Klagenævnet fandt derfor, at indklagede havde tilsidesat og overtrådt forhandlingsforbuddet.

¹⁵⁸ Klagenævnets kendelse af 15. april 2021, Dansk Uniform/Chriswear v/Iver Sørensen mod Region Hovedstaden og Regions Midtjylland, side 23-24.

Modsat ellers fast klagenævnspraksis kan kendelse af 1. juni 2023, MAN Truck & Bus Danmark A/S mod Region Sjælland m.fl.¹⁵⁹ fremhæves, hvor Klagenævnet fandt, at indeholdende oplysninger i form af tegninger i det antagne tilbud ikke kunne betragtes som afvigelser for mindstekrav¹⁶⁰. Dette begrundedes af Klagenævnet, således at tegningerne alene indgik i tilbuddet for at udlede, hvorledes og i hvilken grad tilbuddet opfylder evalueringskravet, herunder de kvalitative kriterier, og kravene var efter Klagenævnets opfattelse ikke et formkrav til tilbuddene, således at manglende opfyldelse medførte uantagelighed. Altså skelner Klagenævnet i nærværende kendelse af mellem dokumentation for opfyldelse af mindstekrav og opfyldelse af evalueringskrav. Kendelsen betragtes dog meget konkret og ikke af yderlig udbudsretlig interesse, udover at denne tydeligt påpeger, at det er væsentligt at sammenholde ordlyden af de konkrete krav med tilbuddets opfyldelse heraf¹⁶¹.

Den ordregivende myndighed kan i nogen tilfælde være forpligtet til at foretage nærmere undersøgelse af de i tilbuddet vedlagte beregninger til brug for dokumentation af det antagne tilbuds opfyldelse af mindstekravet¹⁶². Dette afledes i kendelse af 27. august 2018, Saab Dynamics AB mod FMI, hvori Klagenævnet fandt, at indklagede var forpligtet til dette, idet disse ville påvise, at det antagne tilbud ikke opfyldte mindstekravene. Klagenævnet fandt således, at indklagede var forpligtet til at forkaste tilbuddet som uantageligt, og tildelingsbeslutningen blev annulleret. Modsat udleder kendelse af 16. april 2021, Biometric Solutions AS mod Udenrigsministeriet m.fl., at den indklagede kan være uberettiget til at forkaste tilbud som uantageligt, grundet manglende oplysninger et specifikt sted, ifald disse ellers fremgår tilstrækkeligt klart og utvetydig af tilbuddet¹⁶³.

¹⁵⁹ Indbragt for domstolene. Ugeskrift for Retsvæsen 2024 s. 4271Ø, Østre Landsrets kendelse af 12. juni 2024 i sag 13. afd. BS-9324/2024-OLR, Man Truck & Bus Danmark A/S mod Region Sjælland m.fl., dog behandles kun spørgsmål om retsafgift.

¹⁶⁰ Fabricius, 2024, side 736.

¹⁶¹ Ibid, side 737.

¹⁶² Ibid, side 737.

¹⁶³ Ibid, side 737.

Det kan dog sammenfattes, at den ordregivende myndighed berettiges til at verificere opfyldelse af kravene ved dokumentation heraf, indeholdt i tilbuddet, uagtet udbudsmaterialets krav herom. Hvilket også synes udledt af Dansk Uniform-kendelsen og Avaleo-kendelsen omtalt ovenfor, men er også udtrykt i kendelse af 28. september 2017, Automobilfirmaet Stiholt A/S mod Vejdirektoratet, hvor Klagenævnet ikke tilsidesatte indklagedes skøn om at indeholde dokumentation, der ikke var krævet i udbuddet til brug for evaluering af tilbuddet¹⁶⁴.

Benævnt tidligere således påhviler risikoen tilbudsgiver, ifald tilbuddets indhold giver anledning til usikkerhed om dette opfylder udbuddets betingelser og krav, omvendt foreligger kassationsforpligtelsen ikke, når et tilbuds afvigelser for udbudsmaterialets krav skyldes, at disse krav er beskrevet uklart, eller ifald disse betragtes uegnede til grundlæggende krav eller mindstekrav¹⁶⁵. Dette afledes af Klagenævnets kendelse af 22. september 2023, EG Danmark A/S mod Frederikshavn Kommune, hvor Klagenævnet dog ikke fandt, at de af klageren påberåbte mindstekrav, ikke ansås for at være så uklare eller af så skønsmæssig karakter, at de stred mod principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Klagenævnet bemærkede dog også, at et uklart mindstekrav ikke automatisk bevirker, at udbudsmaterialet er uegnet til at understøtte tilbud og tildeling af kontrakten, uagtet dette kunne uklarheden under særlige omstændigheder medføre, at mindstekravet ikke kunne håndhæves fuldt.

Afvigelser for udbudstidsplaner, herunder leveringstidspunktet, anlægges tillige en restriktiv fortolkning ved tilbudsgivernes afvigelser heroverfor i klagenævnspraksis. Dette blev behandlet i kendelse af 18. maj 1995, Henning Larsens Tegnastue mod Kulturministeriet. Sagen angik et tilbud på en totalrådgivningsopgave, hvor udbudsbetingelserne bestemte, at arbejdet påregnes, igangsat snarest og skulle færdiggøres inden udløb af en kort frist¹⁶⁶. Den forbigåede tilbudsgiver indgav klage til Klagenævnet, uagtet dennes indeholdelse af tilbudsforbehold for tidsfristen, hvorfor indklagede ikke antog det forelagte tilbud. Klagenævnet fandt, at ligebehandlingsprincippet ikke var tilsidesat ved indklagedes manglende antagelse af tilbuddet, idet der forelå berettiget tvivl om

¹⁶⁴ Fabricius, 2024, side 737.

¹⁶⁵ Ibid, side 738.

¹⁶⁶ Treumer, 2000, side 174.

indholdet af tilbuddet, hvorefter Klagenævnet fremhævede, at dette var den forbigåede tilbudsgivers risiko.

I nyere klagenævnspraksis kan kendelse af 18. oktober 2011, Jytas mod Universitets- og Bygningsstyrelsen, fremhæves, idet denne angik en angivelse om en upræcis afleveringsdato i et tilbud, var et forbehold for tidsplanen. Klagenævnet fandt, at afleveringsdatoen var et grundlæggende element, hvorfor tilbuddet ikke måtte tages i betragtning. Dette begrundes i den ordregivende myndigheds udtrykkelige anførelse i licitationsbetingelserne, at tidsplanens afleveringsdato ikke stod til forhandling.

Spørgsmålet er således om denne restriktive fortolkning også anlægges, når afvigelserne angår tidligere opstart eller aflevering af den udbudte genstand. Hertil bemærkes Klagenævnets kendelse af 13. maj 2004, Bravida Danmark A/S mod Rødovre almennyttig Boligselskab, hvor et af de afleverede tilbud indeholdt afvigelse for tidspunktet for udførelse af projektet sammenholdt med licitationsbetingelserne, altså hurtigere udførelse end foreskrevet. Indklagede foretog i den anledning en nedsættelse af den antagne tilbudsgivers pris for at belønne fordelene om hurtigere udførelse af arbejdet, dog var tildelingskriteriet for udbuddet efter tilbudsloven laveste pris. Hvilket er stridende med udbudsreglerne, idet denne fordel således burde have været forudset i licitationsbetingelsernes tildelingskriterium, der i den anledning havde givet anledning til konkurrence herom¹⁶⁷. Klagenævnet fandt dog, at afvigelse for udførelsestidspunktet ikke var et grundlæggende element, og indklagede skulle vurdere afvigelsen i henhold til principperne for prissætning af forbehold for ikke-grundlæggende elementer¹⁶⁸.

6 Ordregivers håndtering af tilbudsforbehold

Fremlagt ovenfor er det udbudsretlige udgangspunkt ved tilbudsforbehold og den retlige regulering heraf, der er væsentligt at iagttage i den ordregivende myndigheds udarbejdelse af udbudsmaterialet, der lægger til grund for udbuddet, og senere evaluering og tildeling af kontrakt eller rammeaftale. I det følgende vil den ordregivende myndigheds håndtering af tilbudsforbehold

¹⁶⁷ Berg, 2012, side 537.

¹⁶⁸ Ibid, side 538.

behandles, når udbudsproceduren overgår til næste fase efter dennes offentliggørelse af udbuddet og dets materiale, herunder evaluering og tildeling.

6.1 Antagelige tilbud

I den ordregivende myndigheds evaluering af de afleverede bud, er der ikke nogen generel pligt for denne til at foranstalte yderligere undersøgelse af om den tilbudte ydelser er overstemmende med udbudsmaterialet, ifald tilbuddet indeholder den krævede dokumentation og i øvrig fremstår overstemmende med krav og betingelser i udbuddet¹⁶⁹. Den ordregivende myndighed kan ifald forlade sig på tilbuddets indhold, særligt tilbudsgiverens tilsagn om, at krav og betingelser i udbuddet overholdes af det tilbudte. Kun i tvivlstilfælde kan den ordregivende myndighed ikke forlade sig på førnævnte tilsagn, jf. udbudslovens §§ 159, stk. 3 og § 164, stk. 2, idet en undersøgelsespligt indtræder for den ordregivende myndighed, og denne således skal undersøge om det afleverede bud sammenholdt med øvrige relevante oplysninger medfører overholdelse af udbudsmaterialet¹⁷⁰. Denne undersøgelsespligt kan hverken af den ordregivende myndighed, fraskrives eller begrænses, jf. Klagenævnets kendelse af 31. marts 2023, Ketner A/S mod Rigspolitiet. Modsat pligtiges den ordregivende myndighed tillige til at foretage særlig kontrol af de tilbudte produkter, ifald denne i udbudsmaterialet har forpligtet sig hertil¹⁷¹, jf. Klagenævnets kendelse af 11. maj 2023, Dustin A/S mod SKI. Klagenævnspraksis udleder desuagtet, at undersøgelsespligten gælder frem til kontraktindgåelse, dog strækker den sig ikke til herefter.

Undersøgelsespligten lemper dog ikke forhandlingsforbuddets betydning for dialogen med tilbudsgiverne efter tilbudsafgivelse. Således er forhandlingsforbuddet en hindring i den ordregivende myndigheds undersøgelse af, hvorledes afleverede tilbud er overensstemmende med udbudsmaterialets krav, ifald henvendelsen angår frafald af en afvigelse for et grundlæggende element eller afsøgning af, hvorledes en afvigelse forstås som et grundlæggende forbehold¹⁷². Forhandlingsforbuddet udelukker dog ikke den ordregivende myndigheds adgang til indhentning af supplerende oplysning efter udbudslovens § 159, stk. 5 og 6. Dog kræver dette særlig iagttagelse,

¹⁶⁹ Fabricius, 2024, side 755.

¹⁷⁰ Ibid, side 756.

¹⁷¹ Ibid, side 756.

¹⁷² Ibid, side 762.

ifald henvendelsen kan medføre uberettiget begunstiggelse af en tilbudsgiver, og ifald henvendelsen kan medføre forhandling om grundlæggende elementer.

Den ordregivende myndighed må således ikke i dennes afklaring om de afleverede tilbuds antagelighed, henvende sig med henblik på afklaring af om tvetydige angivelser og formuleringer udgør et forbehold, idet et afleveret tilbud ikke må ændres herefter, samt må tilbudsgiveren ikke fremsætte et nyt tilbud¹⁷³.

Den altovervejende hovedregel er, at den ordregivende myndighed skal forkaste et tilbud, der er i uoverensstemmelse med krav, opstillet i udbudsmaterialet, der medfører uantagelighed. Altså foreligger en kassationsforpligtelse hos ordregiver, der pligter denne til at forkaste et tilbud indeholdende tilbudsforbehold for grundlæggende elementer og mindstekrav. Såfremt den ordregivende myndighed i udbudsmaterialet har anført, at forbehold ikke accepteres, er ordregiver tillige forpligtet til at forkaste tilbuddet.

En modifikation hertil er tilbudsforbehold, der ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, som kan prissættes, der bevirker en ret for ordregiver, ikke pligt, til at forkaste tilbuddet som uantageligt, eller vælge at tage tilbuddet i betragtning som antageligt, når forbeholdet prissættes¹⁷⁴. Antager den ordregivende myndighed et tilbud, og dermed tager dette i betragtning, er den ordregivende myndighed, alligevel forpligtet til at forkaste tilbuddet, når forbeholdet ikke kan kapitaliseres, jf. nedenfor om prissætning.

Klagenævnet har gennem fast rets- og klagenævnspraksis, herunder Storebæltssagen, afledt en række principper desangående tilbudsgivers berettigelse til at foretage afvigelser over for udbudsbetingelserne og det øvrige materiale, herunder indledningsvist, at den ordregivende myndighed har ret til at forkaste et tilbud, der indeholder forbehold, hvis udbudsmaterialet ikke tillader dette, medmindre disse angår bagatelagtige forhold. Herudover pligtiges den ordregivende myndighed til at forkaste tilbud indeholdende afvigelser over for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, samtidig pligtiges den ordregivende myndighed desuden til forkastelse af tilbud

¹⁷³ Fabricius, 2024, side 766.

¹⁷⁴ Berg, 2012, side 498.

indeholdt forbehold, hvis forbeholdet ikke kan prissættes eller tilsvarende kan vurderes i tilbudskriteriet, sagligt og korrekt. Endeligt pligtiges den ordregivende myndighed til forkastelse af tilbud indeholdt forbehold, når udbudsbetingelserne fraskriver accept af forbehold¹⁷⁵.

Disse principper belyses i det følgende.

6.2 Ret til forkastelse

Det indledende princip om den ordregivende myndigheds ret til forkastelse, behandles i kendelse af 26. november 2004 E. Pihl & Søn A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen, hvor Klagenævnet udtalte en generel udlægning af principperne for udbyders adgang til at acceptere afvigelser over for udbudsmaterialet. Sagen vedrørte indklagedes udbud af et begrænset udbud efter Bygge- og anlægsdirektivet¹⁷⁶ om 8 af 11 delentrepriser ved tildelingskriteriet ”laveste pris”. Den prækvalificerede klager afgav tilbud vedrørende entreprise 3 og 4, og fik tildelt kontrakt for entreprise 4. Klagens påstande vedrørte hhv. herunder klagers tilsagn om, at Danske Entreprenørens Standardforbehold var gældende for tilbuddet. Klagenævnets generelle udlægning i kendelsen om forbehold fastlægger de belyste principper ovenfor. Desuden bemærker Klagenævnet, at afvigelser angående ikke-grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne afleder en ret, dog ikke en pligt, for den ordregivende myndighed til at tage tilbuddet i betragtning. Dette kan også udledes af Klagenævnets kendelse af 13. april 2023, Toft Entreprise A/S mod Kerteminde Kommune, om et udbud efter tilbudsloven, hvor indklagede var berettiget, men ikke forpligtet til at tage et tilbud i betragtning, idet forbeholdet ikke angik et grundlæggende element, dersom forbeholdet kunne prissættes således, at fordelene forbeholdet måtte have medført, var udlignet.

Klagenævnet uddyber nærmere i E. Pihl & Søn kendelsen, at afvigelser som betragtes bagatelagtige, kunne medføre, at den ordregivende myndighed pligtiges til desuagtet at tage tilbuddet i betragtning. Dette afspejles tillige i Rettens dom i Antwerpse-sagen, hvor Retten fandt, at den ordregivende myndighed vil tilsidesætte princippet om god forvaltningskik og ligebehandling, ifald denne afviser et bud indeholdende tvetydig formulering, hvis dette kan *”forklares på en enkel måde*

¹⁷⁵ Fabricius, 2024, side 702 og Berg, 2012, side 498, samt U.2009B.32, side 35.

¹⁷⁶ Direktiv 93/37 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, ændret ved direktiv 97/52.

og nemt kan fjernes”¹⁷⁷. Der kan således afledes en *de minimis* retsgrundsætning, grænsen herfor betragtes dog utvivlsomt ganske lav, når udfaldet af afgørelsen bestemmes af den konkrete ordlyd i udbudsmaterialet sammenholdt med buddets afvigelse¹⁷⁸. I kendelse af 17. juni 2022, Grandt Defense ApS mod Rigspolitiet, fandt Klagenævnet, at affattelse af ESPD til brug for ansøgning om prækvalifikation og tilbud på engelsk, når dansk var påkrævet, berettigede den ordregivende myndighed til ikke at antage klagerens ansøgning. Hvilket øjensynligt synes at være af bagatelagtig karakter, uagtet fremgik det klart af udbudsbekendtgørelsen, der senere blev bekræftet under spørgsmål/svar i udbudsprocessen, at alene dansk måtte benyttes ved afvigelse af ansøgning og tilbud. Accept af en sådan afvigelse vil overvejende være stridende med princippet om, at den ordregivende myndighed strengt skal efterleve egne fastsatte betingelser, og ligebehandlingsprincippet, ifald det var anført, at afvigelse herfor medførte udelukkelse. Klagenævnet udtaler, at indklagede var berettiget til at se bort fra ansøgningen, og derfor ikke forpligtet, og denne afvigelse kunne afhjælpes efter § 159, stk. 5, om indhentning af supplerende oplysninger.

En tilbudsgiver berettiges ikke til at indeholde afvigelser i sit tilbud for elementer i udbudsmaterialet, eller generelt afvige fra krav og betingelser i udbudsmaterialet i den tilbudte løsning, under forudsætning, at dette ikke tillades i udbudsmaterialet¹⁷⁹. Tilbudsgivers manglende berettigelse afhænger ikke kun af, hvorledes dette er udtrykkeligt anført i udbudsmaterialet, men særligt af ordlyden af de fastsatte krav og betingelser, eller manglen heraf. Klagenævnets kendelse af 13. november 2006, COWI mod Sønderjyllands Amt, angående et offentligt udbud efter 2004-direktivet af tjenesteydelse af projektering, samt udbud af og tilsyn med tre naturgenopretningsprojekter, afspejler forholdet hvor udbudsbetingelserne ikke indeholdte udtrykkeligt krav om, at givne oplysninger, dog væsentligt for udførelsen, skulle indeholdes i tilbuddet¹⁸⁰. Henset udbudsbetingelserne mangelfulde krav om, at tilbuddene skulle beskrive geotekniske undersøgelser, samt at udbudsbetingelserne ikke udtrykkeligt anførte, at et tilbud, der ikke indeholdte opgavebeskrivelser, ikke ville tages i betragtning, fandt Klagenævnet, at indklagede

¹⁷⁷ EU-Rettens dom af 10. december 2009, sag T-195/08, Antwerpse Bouwwerken mod Kommissionen, præmis 56.

¹⁷⁸ Berg, 2012, side 561.

¹⁷⁹ Fabricius, 2024, side 702-703.

¹⁸⁰ Berg, 2012, side 497.

ikke var berettiget til at undlade at tage klagerens tilbud i betragtning. Dette begrundes således i, at den ordregivende myndigheds forventning ikke udtrykkeligt fremgik af udbudsbetingelserne, og derfor kunne forventningen ikke medføre forkastelse af tilbuddet.

Klagenævnets generelle udlægning af udgangspunktet for ordregivende myndigheders antagelse af bud indeholdt tilbudsforbehold er gentaget i senere kendelser, dog i varierende udformning, herunder f.eks. kendelse af 24. juni 2022, Krüger A/S mod Tønder Spildevand A/S, hvori Klagenævnet bemærker, at det afgørende i vurdering af om et tilbudsforbehold er over for grundlæggende elementer i materialet afhænger af om forbeholdet væsentligt fordrejer konkurrencen, ved accept heraf. Herunder med tilføjelse af, at den ordregivende myndighed iagttager ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

Om end er det klart i klagenævnspraksis, at ansvaret og risikoen for formuleringer i et tilbud påhviler tilbudsgiveren der afviger dette, og afvigelser i et tilbud eller uklare angivelser i et tilbud bevirker, at tilbudsgiveren eksponerer sig for udelukkelse, eller at stille sig ringere i konkurrencen¹⁸¹. Klagenævnets kendelse af 11. december 2017, Labflex mod Bygningsstyrelsen, vedrørte en klage over, at den indklagede antog et tilbud indeholdende forbehold for kursændringer vedrørende den samlede tilbudspris. Indklagede foretog prissætning af forbeholdet, og Klagenævnet fandt, at denne prissætning var sket med en så høj sikkerhed, at denne udlignede den konkurrencemæssige fordel ved at indeholde forbeholdet i det antagne bud. Kendelsen eksemplificerer omstændighederne, hvor tilbudsgivers bud indeholder et forbehold for tilbudsprisen på betalingstidspunktet, der øjensynligt ville være forbehold for et grundlæggende element, hvor klagenævnet dog fandt, at den konkurrencemæssige fordel ville kunne udlignes ved prissætning.

Hvorfor det i det følgende er nærliggende at undersøge hhv. grundlæggende afvigelser fra ordregivers udbudsbetingelser og det øvrige materialet, samt hvornår ordregiver kan acceptere tilbudsforbehold.

¹⁸¹ Fabricius, 2024, side 703.

6.3 Kassationsforpligtelsen

Denne forpligtelse udledes af omfattende rets- og klagenævnspraksis herom, og pligten opstår ved følgende omstændigheder, herunder afvigelser for grundlæggende elementer og mindstekrav, afvigelser som ikke kan prissættes med den fornødne sikkerhed, samt afvigelser over for udbudsbetingelser, som udtrykkeligt fraskriver accept heraf.

6.3.1 Afvigelse for grundlæggende elementer

Afledt af det udbudsretlige udgangspunktet ved accept af tilbudsforbehold omtalt i Storebæltssagen, samt skitseringen ovenfor, er det væsentlig, hvorledes ligebehandlingsprincippet fortolkes ved grundlæggende afvigelser, hvilket afgør grænsen herfor.

Hvor den ordregivende myndighed henlægger en lempelig fortolkning af ligebehandlingsprincippet, vil tilbudsgivernes beskyttelse således svækkes særdeles¹⁸². Idet lempeligheden ikke vil sikre den nødvendige ligebehandling af tilbudsgiverne i form af en objektiv sammenligning af de forelagte tilbud, når disse indeholder afvigelser af grundlæggende bestemmelser i udbudsmaterialet¹⁸³. Hertil fremhæves Klagenævnets kendelse af 24. juni 2022, Krüger mod Tønder Spildevand, hvor indklagede utvetydigt og uklart havde fastlagt hvilke krav, der betragtes som hhv. bindende krav og evalueringskrav, hvilket blev afspejlet i ordregivers evaluering af buddene. Hvor en række angivelser indeholdt i det antagne bud, angik forbehold, som Klagenævnet vurderede, var af en sådan karakter, at konkurrencen væsentligt fordrejes mellem tilbudsgiverne, og således betragtes disse som værende over for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Indklagede forholdt sig ikke til hvorledes afvigelserne kunne prissættes.

Kendelsen afspejler hvorledes den ordregivende myndighed undlod at anlægge den nødvendige fortolkning af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, der således medførte tilsidesættelse heraf, og annullation af tildelingsbeslutningen. Klageren nedlagde senere påstand om erstatning i kendelse af 29. november 2023, hvorefter Klagenævnet tilpligtede den ordregivende myndighed at betale 4 mio. kr. i erstatning til klageren.

¹⁸² Treumer, 2000, side 168.

¹⁸³ Ibid, side 168.

Afledt af Domstolens udtalelse i Storebæltssagens præmis 37 og 39, således skal ligebehandlingsprincippet, herunder kravet om overensstemmelse mellem buddet og udbudsmaterialet, fortolkes særligt strengt. Retten bemærker i Antwerpse-sagen¹⁸⁴, at det er væsentligt under hensyntagen til retssikkerhedsprincippet, for Kommissionen at fastslå, hvorledes et bud er i overensstemmelse med kravene fastsat i udbudsmaterialet. Ifald det ikke er muligt hurtigt og effektivt at fastslå buddets egentlige indhold, har den ordregivende myndighed pligt til at afvise buddet, jf. præmis 58. Den ordregivende myndighed forpligtes til at forkaste tilbud, der afviger fra grundlæggende betingelser, foruden de tilfælde hvor denne udtrykkeligt tillader dette, jf. præmis 40.

Påpeget af Morten Uhrskov Christensen i UfR 2009B.32¹⁸⁵ har Retten den 25. februar 2003 afsagt to domme i hhv. T-183/00, Strabag Benelux mod Rådet, og T-4/01, Renco mod Rådet, der angiveligt tyder en strengere fortolkning af det udbudsretlige udgangspunkt ved tilbudsforbehold, henset Storebæltssagens præmis 39¹⁸⁶. Claus Berg bemærker, at dommene angiveligt kan forstås som et nyt udgangspunkt, ”at tilbudsforbehold under alle omstændigheder skal føre til afvisning af tilbuddet, uanset om de vedrører grundlæggende elementer af udbudsmaterialet eller ej.”¹⁸⁷ Denne udtalte forpligtelse og absolutthed afspejles tillige i Storebæltssagens præmis 37, dog uden konkret henvisning hertil i dommene, hvorfor Christensen påpeger, at udgangspunktet for forbehold ikke synes ændret som følge af dommene afgivet af Retten¹⁸⁸. Hvilket Berg tillige tiltræder, herunder når den ordregivende myndighed forkaster bud indeholdende afvigelser for grundlæggende elementer, samt forbehold der ikke kan prissættes, hvilket sikrer fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed¹⁸⁹.

Pligten til at forkaste et tilbud stadfæstes i øvrigt i Domstolens, Nordecon-sagen¹⁹⁰, om et præjudicielt spørgsmål om adgangen i udbud med forhandling at forhandle med tilbudsgiver, hvis

¹⁸⁴ EU-Rettens dom af 10. oktober 2009, T-195/08 Antwerpse Bouwwerken mod Kommissionen.

¹⁸⁵ Evaluering af tilbudsforbehold i EU-udbud – prissætning eller inddragelse under andre dertil afpassede kriterier.

¹⁸⁶ Berg, 2012, side 532.

¹⁸⁷ Ibid, side 532.

¹⁸⁸ UfR 2009B.32, side 34.

¹⁸⁹ Berg, 2012, side 533.

¹⁹⁰ EU-Domstolens dom af 5. december 2013, sag C-561/12, Nordecon A/S og Ramboll Eesti mod Rahandusministeerium.

indledende bud var uforskriftsmæssigt henset kravene til tekniske specifikationer udledt af udbudsbetingelserne, jf. præmis 33¹⁹¹. Alle tilbudsgivere blev opfordret til afgivelse af bud, trods Nordecons afvigelse vedrørende midterrabattens bredde. Domstolen har i Solvensko-sagen¹⁹² præmis 25, præciseret, at gennemsigtighedsprincippet væsentligste formål er at sikre, at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra udbyders side, jf. præmis 36 i Nordeconsagen. Ifald udtaler Domstolen, at desuagtet den ordregivende myndigheds rådighed over forhandlingsbeføjelserne inden for rammerne, at et udbud med forhandling, pligtiges denne fortsat til at drage omsorg for overholdelse af de i kontrakten indeholdte krav, der betragtes bindende. Såfremt den ordregivende myndighed ikke drager denne omsorg, betragtes dennes adfærd som tilsidesættelse af princippet om gennemsigtighed og dets formål, jf. præmis 37. Domstolen fremhæver i øvrigt, at ifald den ordregivende myndighed antager forhandling med tilbudsgiver, hvis tilbud var uforskriftsmæssig, ville fastsættelsen af bindende betingelser i udbuddet miste enhver virkning, og den ordregivende myndighed vil ikke kunne sikre, at forhandling foretages på fælles grundlag, samt sikre ligebehandling af tilbudsgiverne, jf. præmis 38. Hvorfor Domstolen i nærværende sag utvetydigt fastlægger, at den ordregivende myndighed ikke kan indlede forhandling med tilbudsgiverne om bud, der ikke opfylder bindende krav, fastsat i udbuddets tekniske specifikationer, jf. 2004-udbudsdirektivets artikel 30, stk. 2¹⁹³.

Domstolens utvetydige udlægning udtrykkes næppe i klagenævnspraksis, der netop tillader den ordregivende myndighed at antage bud indeholdende afvigelser, som ikke udelukkes af udbuddet eller er grundlæggende, herunder fremhæves f.eks. kendelse af 24. juni 2022, Krüger A/S mod Tønder Spildevand A/S, hvori Klagenævnet bemærker, at afgørende i vurdering af om et tilbudsforbehold er over for grundlæggende elementer i materialet er om ”[...] *et forbehold af en sådan karakter, at konkurrencen væsentlig fordrejes mellem tilbudsgiverne, hvis forbeholdet tillades*”. Hvor Klagenævnet praktiserer med sondring mellem grundlæggende forbehold og ikke-grundlæggende forbehold, modsætter dommen ovenfor sig denne sondring og udlægger, at det afgørende er overholdelse af bindende krav i kontrakten. Uagtet dette antages det ikke, at

¹⁹¹ Fabricius, 2024, side 703.

¹⁹² Dom af 29. marts 2012, sag C-599/10, SAG ELV Slovensko m.fl.

¹⁹³ Direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelsesktrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

Klagenævnet efter en konkret vurdering af afvigelsen ville være kommet frem til en anden vurdering, henset Klagenævnets bemærkningen i kendelsen ovenfor om konkurrencefordrejning.

Forholdet om væsentlig konkurrencefordrejning mellem tilbudsgiverne opstår særligt, når den ordregivende myndighed tillader afvigelser, som øvrige tilbudsgiverne har indrettet sig efter, og den ordregivende myndighed derved ikke med rette iagttager uberettiget favorisering og vilkårlighed, ifald opnår tilbudsgiveren en væsentlig og uberettiget konkurrencemæssig fordel. Som fremhævet ovenfor i Nordecon-sagen, er udbudsbetingelserne, de bindende betingelser, og væsentlige for konkurrencen under den pågældende udbudsprocedure og evaluering af de forelagte bud, således må den konkrete afvigelse for udbudsmaterialet underlægges en konkret vurdering af den ordregivende myndighed. Iagttagelse af hvorledes, der sker en konkurrencefordrejning er også væsentlig, ifald tilbudsgiver prissætter egne indeholdende tilbudsforbehold, således sikres ikke forsigtig, saglig og objektiv prissætning, samt bevares den fornødne sikkerhed ved prissætning heraf ikke, der følger af U.2011.1955 H¹⁹⁴, jf. Klagenævnets kendelse af 19. maj 2017, LM Gruppen mod DSB.

I klagenævnspraksis er grænsen herfor ikke just klar, idet tilladelse af en afvigelse må bero på en konkret vurdering af de aflagte bud og materialets krav og betingelser, dog betragtes afvigelserne ofte som forbehold for grundlæggende elementer¹⁹⁵. Dog er grænsen klar for en række forhold, herunder forbehold for tilbuddets gyldighed, henset princippet om vedståelse, forbehold for udbudstidsplaner, jf. f.eks. U.2011.1955 H Amager Strandpark¹⁹⁶, samt forbehold for tilbudte priser, der ikke kan prissættes, er i det væsentligste altid afvigelser for grundlæggende elementer, der pligter den ordregivende myndighed til at forkaste det forelagte tilbud¹⁹⁷. Øvrige afvigelser, herunder om den udbudte genstand og kontraktvilkår, skal henlægges til en konkret vurdering, foruden tilfælde hvor udbudsmaterialet udtrykkeligt tillader afvigelser hertil. Hertil bemærkes, at

¹⁹⁴ Højesterets dom af 5. april 2011, sag 67/2008, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S.

¹⁹⁵ Fabricius, 2024, 704.

¹⁹⁶ Højesterets dom af 5. april 2011 i sag 67/2008, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S.

¹⁹⁷ Berg, 2012, side 534-535 og 541.

en kravspecifikation i udbudsbetingelserne vedrørende mindstekrav, typisk anses som grundlæggende, jf. UfR 2011.1955 H, Amager Strandpark¹⁹⁸.

6.3.2 Afvigelser, der ikke kan prissættes

Fremgangsmåden ved prissætning af tilbudsforbehold afstedkommer ikke af udtrykkelig regulering i fællesskabsretten, udbudsloven, udbudsdirektivet eller tilbudsloven, og er i øvrigt ikke behandlet i Domstolens domme om tilbudsforbehold. Den ordregivende myndigheds berettigelse til prissætning, er udviklet gennem national rets- og klagenævnspraksis, og er indarbejdet i en sådan grad i national udbuds- og licitationsretlig praksis, at den ordregivende myndighed antageligt berettiges at foretage prissætning af forbehold, uagtet udtrykkelig beskrivelse heraf i udbudsmaterialet, forudsat at udbudsmaterialet ikke afskriver accept af forbehold¹⁹⁹. Hvilket var forudsat i kendelse af 13. april 2023, Toft Entreprise A/S mod Kerteminde Kommune, hvor den ordregivende myndighed, prissatte et forbehold med den fornødne sikkerhed, at fordelingen som forbeholdet måtte have medført ved dets indeholdelse, var udlignet, og dette var ikke forudset i udbudsmaterialet. I Højesterets dom U.2011.1955 H Amager Strandpark, fandt Højesteret, i lighed med Klagenævnet, at den ordregivende myndighed var forpligtet til at forkaste det antagne tilbud, idet dette indeholdt forbehold for grundlæggende element i udbudsbetingelserne. Den ordregivende myndighed havde prissat forbeholdet i henhold til det foreskrevne i udbudsbetingelserne, dog fandt Højesteret, at prissætningen var for lav.

Antagelsen om, at prissætning kan foretages uagtet om dettes udtrykkelige anførelse i udbudsbetingelserne, anfægtes dog af Domstolens udtalelse i sag C-171/15, Connexxion²⁰⁰, hvor Domstolen afslog en fast praksis i Holland om at anlægge proportionalitetsprincippet i evalueringsbedømmelsen uagtet dettes udtrykkelige anførelse i udbudsmaterialet²⁰¹.

¹⁹⁸ H.P. Rosenmeier, kommentar og resume af Ugeskrift for Retsvæsen 2011 s. 1955 H, Højesterets dom af 5. april 2011 i sag 67/2008, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S, side 1.

¹⁹⁹ Fabricius, 2024, side 745.

²⁰⁰ EU-Domstolens dom af 14. december 2016, sag C-171/15, Connexxion Taxi Services BV.

²⁰¹ Fabricius 2024, side 745-746.

Hovedprincipperne for prissætning afledes af princippet om ligebehandling, hvorfor prissætning under hhv. udbudsdirektiverne og tilbudsloven skal håndteres ensartet²⁰². Disse principper og fremgangsmåden ved prissætning af forbehold, vil således belyses i det følgende.

Afledt ovenfor er den ordregivende myndighed berettiget til at forkaste bud indeholdende tilbudsforbehold, uagtet om forbeholdet er stridende mod grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, og uagtet om forbeholdet kan prissættes sagligt og korrekt²⁰³. I udbudsmaterialet kan den ordregivende myndighed fravælge denne valgfrihed, herunder ved udtrykkeligt at beskrive at forbehold vil prissættes. Under forudsætning af, at den ordregivende myndigheds tilsagn om prissætning af forbehold overholder klagenævnspraksis herom. I øvrigt bemærkes, at trods den ordregivende myndigheds tilsagn om prissætning af forbehold, således vil pligten til forkastelse af tilbuddet fortsat opstår ifald prissætningen savner tilstrækkelig saglighed og sikkerhed²⁰⁴. Hertil bemærkes, at den ordregivende myndighed efter klagenævnspraksis ikke lovligt kan bede byderne prissætte et tilbudsforbehold, hvorfor ordregiver skal foretage prissætning, jf. f.eks. kendelse af 17. oktober 2007, Triolab A/S mod Region Hovedstaden²⁰⁵, hvor indklagede i udbudsbetingelserne havde anført, at forbehold skal kapitaliseres ”i videst muligt omfang”²⁰⁶.

Der er fastslået i Østre Landsrets dom af 7. december 2004, Lindpro A/S mod Jørgen Mortensen & Sønner²⁰⁷, et princip om den ordregivende myndigheds valgfrihed om at forkaste et bud indeholdt forbehold eller prissætning heraf, herunder, at denne altid har ret til at se bort fra tilbud, der indeholder afvigelser fra det udbudte. Tilbudsgiveren kan dersom ikke kræve, at den ordregivende myndighed foretager prissætning mod forkastelse²⁰⁸. Denne valgfrihed anfægtes dog af EU-Domstolens betragtning om gennemsigtighedsprincippet, der netop forhindrer, at den ordregivende myndigheds uvilkårlige valgfrihed og favorisering heraf. Et sådan princip om valgfrihed vil dog

²⁰² Berg, 2012, side 565.

²⁰³ Ibid, side 498.

²⁰⁴ Ibid, side 499.

²⁰⁵ Ibid, side 500.

²⁰⁶ Klagenævnets udtalelse i påstand 5.

²⁰⁷ Østre Landsrets dom af 7. december 2004, B-1568-03, Lindpro A/S mod Jørgen Mortensen & Sønner ApS.

²⁰⁸ Fabricius, 2024, side 746.

imidlertid funderes i, at den ordregivende myndighed konsekvent sikrer ensartet behandling i udbudsmaterialet således, at tilbudsgivernes eventuelle forbehold ikke behandles forskelligt, og nogen således får en fordel som øvrige ikke ville få ved en anderledes behandling, i så fald vil princippet om god forvaltningskik ej opfyldes.

Grundlæggende betragtes følgende som værende betingelser for ordregivers prissætning af forbehold afledt af klagenævnspraksis, herunder at den ordregivende myndighed har ret til at foretage prissætning af det foreliggende forbehold, ifald dettes karakter kan prissættes modsat, foreligger den ret ikke hvis forbeholdet er af en sådan vidtrækkende karakter, at det ikke kan prissættes lovligt²⁰⁹.

Henset udgangspunktet for prissætning af forbehold således fremhæves Højesterets afgørelse i U.2011.1955 H Amager Strandpark, hvorefter Højesteret fastslår, at prissætning skal foretages med en sikkerhed der dækker forbeholdet, således at tilbudsgiveren ikke stilles bedre end øvrige tilbudsgivere uden forbeholdet. Undersøgelse af hvad der skal foreligge for, at prissætning sikrer, at tilbudsgiver ikke får en sådan fordel, beror på en konkret vurdering, dog er forholdet som forbeholdet vedrører væsentlig ifald dette vedrører forhold, der ikke kan forudses, såsom vinterforanstaltninger i U.2011.1955 H, kan en sikker prissætning for normalitet ikke foretages.

Væsentlig for prissætning af tilbudsforbehold sammenfattes til, at tilbudsgiveren ved prissætning af forbeholdet ikke opnår en fordel, som øvrige ikke opnår, samt krav om en forsigtig, saglig og objektiv prissætning. Hvilket også er gentaget som værende de udbudsretlige betingelser for prissætning i kendelse af 17. maj 2017, LM Gruppen mod DSB.

Herudover pligtiges den ordregivende myndighed til at forkaste buddet indeholdende forbehold, som værende uantageligt, når prissætningen ikke kan foretages på baggrund af oplysningerne i udbudsmaterialet. Altså gælder et princip, at prissætning foretages i overensstemmelse med oplysningerne i udbudsmaterialet, herunder at grundlaget for prissætning ikke må forrykkes ifald dette bero på efterfølgende oplysninger ændre udgangspunktet som tilbuddene blev afgivet på²¹⁰.

²⁰⁹ Treumer, 2000, side 176.

²¹⁰ Berg, 2012, side 566.

Altså må den ordregivende myndighed ikke lægge forhold til grund, der strider mod oplysningerne i udbudsmaterialet²¹¹.

Ifald den ordregivende myndighed har foretaget prissætning på et sagligt og objektivt grundlag, anerkender Klagenævnet i øvrigt en vis skønsmargen med hensyn til selve prissætningsbeløbet²¹². Hvilet udtrykkes i kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl & Søn mod Hadsund Kommune om et begrænset udbud efter Bygge- og anlægsdirektivet af en totalentreprise: *"Indklagede måtte ved kapitaliseringen af forbehold foretage et skøn over, hvordan prissætningen af hvert enkelt forbehold på sagligt grundlag skulle ske. Klagenævnet har efter de oplysninger, der er forelagt Klagenævnet, ikke grundlag for at tilsidesætte det skøn, indklagede har udøvet ved prissætningen."*²¹³ Modsat underkendte Klagenævnet den ordregivende myndigheds skøn ved prissætning af forbehold om vinterforanstaltninger i kendelse af 26. august 2004, Per Aarsleff mod Fyns Amt mfl., hvori Klagenævnet fastslår, at den indklagede ikke havde foretaget prissætning af forbeholdet med den fornødne sikkerhed, idet denne kun blev foretaget ud fra normale forhold. Højesteret opretholdt dette synspunkt om konservativ prissætning af forbehold i U.2011.1955 H²¹⁴. Højesteret bemærker to væsentlige forhold gældende for sikkerhedsmargen ved prissætning, herunder den økonomiske risiko for indklagede ved at antage forbeholdet, og iagttagelse om tilbudsgiveren med prissætning af forbeholdet får en fordel henset de øvrige tilbudsgivere²¹⁵.

Endeligt bemærkes, at tilbudsgiver bærer ansvaret og risikoen for indlevering af tilbud indeholdende forbehold, herunder også forståelsen af forbeholdet, og ved tvivl herved kan forbeholdet ikke prissættes med den fornødne sikkerhed, jf. Klagenævnets udtalelse i kendelse af 26. november 2004, E. Pihl & Søn A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen.

²¹¹ Berg, 2012, side 567.

²¹² Ibid, side 567.

²¹³ Klagenævnets kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl & Søn mod Hadsund Kommune, side 40.

²¹⁴ Berg, 2012, side 572.

²¹⁵ Ibid, side 573.

Herudover er prissætning af afvigelser for udbudsmaterialet ikke nødvendig, ifald den ordregivende myndighed har iagttaget dette i evalueringen af de valgte underkriterier²¹⁶. Denne praksis er anerkendt i Klagenævnet i håndtering af forbehold, hvor tildelingskriteriet er *det økonomisk mest fordelagtige tilbud*²¹⁷. Der henvises indledningsvist til Klagenævnets kendelse af 13. september 2005, Navigent A/S mod Arbejdsmarkedsstyrelsen, om et udbud efter tjenesteydelsesdirektivet med tildelingskriteriet *det økonomisk mest fordelagtige bud* på grundlag af fem underkriterier og delkriterier hertil, hvor eventuelle forbehold ville indgå. Udbudsbetingelserne var i udgangspunktet ufravigeligt, dog havde indklagede accepteret forhold for visse bestemmelser i udbudsbetingelserne. Afvigelser for bestemmelserne ville altså indeholdes i tilbudsevalueringen i henhold til visse delkriterier, og dermed ville disse ikke prissættes. Klagerens påstand angik, at delkriterierne om, at forbehold ville indgå i evalueringen, ikke var foreneligt med tjenstedirektivets artikel 36, samt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, idet der ikke sondres mellem tilbudsgiverne der har taget forbehold. Klagenævnet underkendte ikke udformning af hhv. underkriterierne og delkriterierne, men fandt, ”[a]t vurderingen af et delkriterium kan falde ens ud for flere af tilbudsgiverne ikke er ensbetydende med, at det ikke er egnet til at indgå i et underkriterium til fastsættelse af ”det økonomisk mest fordelagtige bud”²¹⁸, således havde indklagede ikke handlet i strid med direktivet og principperne heri.

Herudover fremhæves Klagenævnets kendelse af 29. august 2007, Sectra A/S mod Region Syddanmark, vedrørende et offentligt udbud efter 2004-udbudsdirektivet om en it-leverance, hvor tildelingskriteriet var *det økonomisk mest fordelagtige tilbud* med fem underkriterier. Indklagede fandt, at klagerens tilbud indeholdt et forbehold for flydende licenser, og tillagde klagerens tilbudspris et beløb, og fandt herefter klagerens tilbud antageligt, men tildelte kontrakten til en anden tilbudsgiver. Klagenævnet udtalte i denne sammenhæng, at indklagede havde valget mellem at indeholde forbeholdet i vurderingen af klagerens hensyn i henhold til underkriteriet *funktionalitet*, eller prissætte tilbudsforbeholdet. Klagenævnet behandler dog ikke afvigelsen udtrykkeligt som et forbehold, dog vil omfattede afvigelse betragtes som et forbehold, hvilket også bemærkes i Klagenævnets udtalelse og konstatering om prissætning. Kendelsen blev stadfæstet ved

²¹⁶ Fabricius, 2024, side 746.

²¹⁷ U.2009B.32, side 35-36.

²¹⁸ Klagenævnets kendelse af 13. september 2005, Navigent A/S mod Arbejdsmarkedsstyrelsen, side 20-21.

Østre Landsret²¹⁹, uden at denne påtalte den indklagedes valgfrihed, som Klagenævnet tilkendegiver denne i kendelsen²²⁰.

Den foreskrevne valgfrihed i kendelsen synes uagtet ikke at betragte som gældende ret, hvor den ordregivende myndighed i alle tilfælde kan håndhæve dette. En sådan retsstilling er stridende mod gennemsigtighedsprincippet, og vil ikke sikre risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side. Særligt ville en sådan retsstilling ikke sikre den fornødne ligebehandling af tilbudsgiverne, ifald den ordregivende myndighed frit kunne vurdere om afvigelsen skulle underlægges prissætning, eller indeholdes i et underkriterium under evalueringen²²¹. Denne valgfrihed opstår efter tilbudsgivernes aflevering af tilbud, og vilkårligheden kan dermed stærkt påvirke tilbudsevaluering, og i sidste ende tildelingsbeslutningen. Modsat må Klagenævnets udtalelse i kendelsen betragtes som dennes accept, at den ordregivende myndighed, kan foreskrive en adgang hvor forbehold indgår i tilbudsevalueringen, og ikke følger det almindelige udgangspunkt. Dette fordrer dog, at denne adgang er gennemsigtig og udtrykkeligt foreskrevet i udbudsmaterialet, så der skelnes mellem forbehold indeholdt i evalueringen og forbehold, der følger det udbudsretlige udgangspunkt herfor.

Dette kan afspejles i Klagenævnets kendelse af 13. april 2011, Assemble A/S mod Økonomistyrelsen, hvor Klagenævnet fandt, at den indklagede ikke var forpligtet til at prissætte et forbehold, der ikke ansås som et mindstekrav, samt at udbudsbetingelserne anførte, at disse forbehold blev indeholdt under tilbudsevalueringen²²².

Den i Morten Uhrskov Christensen artikel anførte alternative metode til at indeholde tilbudsforbehold i evalueringen, desuagtet prissætning heraf, anfægtes af selv samme, men også i Peter Dethlefsen artikel²²³, der nærmere anser, at diskussionen skal angå adskilte begreber,

²¹⁹ Østre Landsrets dom af 30. marts 2009 i sag 7. afd. B-2541-07, Region Syddanmark mod Sectra A/S.

²²⁰ Fabricius, 2024, side 746.

²²¹ U 2009B.32, side 36-37.

²²² Fabricius, 2024, side 746.

²²³ U.2009B.104, Tilbudsforbehold i EU-udbud – en replik.

forbehold, alternative tilbud og andre former for afvigelser, end konstatering af en ny retsstilling om håndtering af forbehold.

Af det forelagte klagenævnspraksis synes, der ikke at gælde en fast praksis om, at håndtering af forbehold kan indeholdes i tildelingskriterierne, idet en sådan håndtering skal være foreskrevet udtrykkeligt, klart og præcist. Ifald vil denne alternative metode ikke kunne hævdes lig den gængse håndtering af forbehold ved prissætning heraf.

6.3.3 Afvigelser, der udtrykkeligt fraskrives

Endeligt foreligger forholdet hvor den ordregivende myndigheds antagelighed af et tilbud indeholdende forbehold er fraskrevet i udbudsbetingelserne. Således indtræder kassationspligten af tilbuddet indeholdt forbehold, idet udbudsbetingelserne og det øvrige materiale udtrykkeligt fraskriver accepten heraf.

Det udbudsretlige udgangspunkt herfor er klart, og den ordregivende myndighed kan ikke under overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, samt udgangspunktet om strengt at overholde de fastsatte betingelser, jf. Manova-sagens præmis 40, antage et tilbud indeholdende forbehold når adgangen hertil er fraskrevet. I klagenævnspraksis er det dog fastslået, at et forhold kan være af en sådan bagatelagtig karakter, at ordregiver kunne pligtiges til at tage tilbuddet i betragtning, herunder de minimis-retsgrundsætning²²⁴, jf. kendelse af 26. november 2004, E. Pihl & Søn A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen. Ifald den ordregivende myndighed har antaget et tilbud indeholdende et bagatelagtigt forbehold, således pligtiges denne til sagligt og korrekt at prissætte forbeholdet. Klagenævnet fremhæver herved den ordregivende myndighed valgfrihed om at tage tilbud i betragtning, der afviger fra ikke-grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Klagenævnet bemærker endvidere, at denne valgfrihed kan modificeres i udbudsbetingelserne, hvor en ordregivende myndighed vil kunne forpligte sig til at afvise alle tilbud indeholdende tilbudsforbehold, desuagtet at disse vedrører ikke-grundlæggende elementer. Den omvendte omstændighed kan også foreligge, således at den ordregivende myndighed pligter sig at antage alle tilbud med forbehold, der ikke vedrører grundlæggende elementer, ifald disse forbehold sagligt og korrekt kan prissættes. I E. Pihl & Søn kendelsen fandt Klagenævnet, at den ordregivende

²²⁴ Berg, 2012, side 561.

myndighed havde forpligtet sig at antage alle tilbud indeholdende afvigelser for ikke-grundlæggende elementer som kunne prissættes.

I Klagenævnets kendelse af 26. september 2023, Konsortiet Abena m.fl. mod Esbjerg Kommune m.fl., fandtes de ordregivende myndigheder at handle i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved at kapitalisere mangler i tilbudslisten, der stred mod udbudsmaterialets fremgangsmåde ved mangler i tilbudslisten, netop at disse skulle udgå²²⁵.

7 Kontraktuel håndtering, samt sanktioner og håndhævelse

Klagenævnspraksis afleder et generelt udgangspunkt, at eventuelle uoverensstemmelser mellem et antaget tilbud og udbudsmaterialet, der er identificeret efter kontraktindgåelse, betragtes som et kontraktuelt anliggende²²⁶, og Klagenævnet har konstateret, at disse ikke medfører en udbudsretlig undersøgelsespligt, jf. kendelse af 10. januar 2020, LM Gruppen ApS mod Banedanmark. Tilsagnet om, at fund efter kontrakt indgåelse er kontraktretlige anliggender, er øjensynligt ikke retvisende henset udbudsreglerne om ændringer i §§ 178-183.

Den ordregivende myndigheds manglende håndhævelse af kravene og betingelserne i udbudsmaterialet betragtes som en ændring stridende mod ændringsreglerne i udbudsloven²²⁷, jf. Klagenævnets kendelse af 8. februar 2022, Atea A/S mod Udenrigsministeriet.

Klagenævnspraksis afleder også dettes manglende kompetence til behandling af klagesager angående overholdelse eller fortolkning af indgåede kontrakter, og anlægges typisk en vid fortolkning af forhold der iagttages som værende kontraktuelle anliggender modsat udbudsretlige²²⁸. Dog er det fastslået i Domstolens dom i sag C-549/14, Finn Frogne, præmis 28, at udbudsreglerne finder anvendelse gennem kontraktens varighed, altså er ligebehandlings- og

²²⁵ Fabricius, 2024, side 745.

²²⁶ Ibid, side 887.

²²⁷ Ibid, side 757.

²²⁸ Ibid, side 887.

gennemsigtighedsprincippet til hinder for ændringer i kontraktbestemmelserne, ifald disse medfører, at kontakten er forskellig fra den oprindelige.

Antageligt vil identifikation af afvigelser over for udbudsmaterialet ske i den ordregivende myndigheds evaluering af de afleverede tilbud, dog opstår tilfælde hvor eventuelle afvigelser først identificeres efter kontraktindgåelsen. Under disse omstændighed kan dette betragtes som den ordregivende myndigheds accept af indeholdende forbehold. I det følgende vil den ordregivende myndigheds kontraktuelle håndtering af forbehold identificeret efter kontraktindgåelse belyses.

Sammenfattet ovenfor angående den ordregivende myndigheds undersøgelsespligt, således gælder denne frem til kontraktindgåelse, jf. U 2012.2952 H²²⁹, samt gælder udbudsreglerne indtil kontraktens ophør.

Det udbudsretlige udgangspunkt omfatter herefter tilfælde, hvor den ordregivende myndighed efter kontraktindgåelse gøres opmærksom på forhold af f.eks. en forbigået tilbudsgiver, pligtiges denne fortsat, hvis oplysningerne i tilbuddet rejser begrundet tvivl om disse er åbenbart forkerte, til at reagere herpå²³⁰. Manglende reaktion på den ordregivende myndigheds handlepligt afledes af U 2012.2952 H, Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet, hvor den indklagede blev gjort bevidst om et forbehold i det antaget tilbud, og forbeholdet udgjorde en risiko for tilbuddets anvendelighed. Højesteret betragtede dette som stridigt med grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, og indklagede var forpligtet til at forkaste det antagne tilbud, idet kontraktindgåelse med et uantageligt tilbud er i strid med ligebehandlingsprincippet²³¹.

På den anden side kan den ordregivende myndigheds afklaring af rigtigheden af oplysningerne i det antagne tilbud efter tildelingsbeslutningen være stridende med forhandlingsforbuddet, når afklaringen kan medføre ændring af budet eller fremsættelse af et nyt²³². Hvilket særligt skal iagttages ifald forholdet, der savner afklaring, har karakter af et forbehold, og afklaringen i stedet

²²⁹ Højesterets dom af 15. juni 2012 Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet.

²³⁰ Risvig Hamer, 2025, side 676.

²³¹ Ibid, side 676.

²³² Fabricius, 2024, side 762.

kan betragtes som forhandling. Relevant hertil er Klagenævnets kendelse af 31. januar 2014, Avaleo mod Vejle Kommune. Kendelsen omhandlede et offentligt udbud efter 2004-udbudsdirektivet om levering og drift af et it-fagsystem, hvor indklagede i tilbudsevaluering henvendte sig til den vindende tilbudsgiver, med henblik på at undersøge om tilbuddets oplysninger var sammenfaldende med udbudsmaterialets mindstekrav om kompatibilitet med øvrige systemer. Løsningsbeskrivelsen i tilbuddet angav, at systemet ”*kan ... leveres med*” snitflade til en række systemer mv., herunder det krævede, og den indklagede påpegede regulering af forbehold i udbudsmaterialet til den vindende tilbudsgiver, herunder, at forbehold for grundlæggende elementer medfører forkastelse af tilbuddet. Klagenævnet fandt, at den vindende tilbudsgivers tilbud var uklart, og førnævnte måtte betragtes som et forbehold for mindstekravet. Herudover fandt Klagenævnet, at den indklagede på baggrund af karakteren af henvendelsen, herunder tilbudsgiverens bekræftelse af tilbuddets antagelighed, havde forhandlet med tilbudsgiver ved at lade denne ændre tilbuddet efter dets afgivelse. Klagenævnet fandt derfor, at indklagede havde overtrådt forhandlingsforbuddet indeholdt i 2004-udbudsdirektivets artikel 2²³³.

Nærværende kendelse synes sammenfaldende med den ordregivende myndigheds berettigelse til at indhente supplerende oplysninger hos ansøger eller tilbudsgiver i udbudslovens § 159, stk. 5, og ordregiver kan afvise tilbud, der omfattes heraf. Undersøgelsespligten angår i øvrigt, at kontraktindgåelse ikke kan finde sted, ifald den ordregivende myndighed ikke verificerer, at tilbuddet indeholder de i § 159, stk. 2 indeholdte elementer.

Sammenfattende fremhæves, at nytilkomne oplysninger, der kunne give anledning til tvivl om rigtigheden af det antagelige tilbud, i øvrigt ikke vil ændre på forholdet, at den opståede tvivl skal foreligge før kontraktindgåelse²³⁴, eftersom ordregivers kontraktindgåelse med viden om

²³³ 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.

²³⁴ Fabricius, 2024, side 765.

uantagelighed er stridende mod ligebehandlingsprincippet, jf. U 2012.2952 H og kendelse af 7. august 2017²³⁵.

Det er benævnt, at udgangspunktet efter kontraktindgåelse er, at udbudsreglernes anvendelse forgår, således at håndtering af forbehold alene betragtes som et kontraktretligt anliggende²³⁶. Uagtet regulerer udbudslovens §§ 178-183, om adgangen til at foretage ændringer i kontraktens varighed. Reglerne er en kodificering af Domstolens praksis, herunder særligt C-454/06, Pressetexte²³⁷, der har til formål at skabe retssikkerhed om kontraktændringer. Domstolen udtalte i nærværende dom, at ændringer af kontrakter og rammeaftaler udgør indgåelse af ny kontrakt, særligt når disse er afgørende forskellig fra bestemmelserne i den oprindelige kontrakt, og udgør genforhandling af grundlæggende elementer, der kunne have indflydelse på udfaldet af udbudsproceduren, jf. lovforarbejderne til § 178. Rets- og klagenævnspraksis afsætter i de udbudsretlige principper, særligt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, der er af relevans i kontraktforholdet og agerer som begrænsning for ændringer.

Udledt af udbudslovens lovforarbejder til § 2, sondres mellem ændring af udbudsmateriale under udbudsprocessen mellem uvæsentlige og væsentlige ændringer, samt ændringer af grundlæggende elementer. Hvilket henføres til ændringer foretaget under kontraktens varighed, jf. principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Lovforarbejderne til § 2 udlægger *uvæsentlige ændringer* af udbudsmaterialet som værende mindre justeringer og tilpasninger, der ikke præger de økonomiske aktørers forståelse af udbudsmateriale og udarbejdelse af tilbud.

I relation til *væsentlige ændringer*, således betragtes disse som ændringer, der præger det tidsmæssige aspekt, ændringen medfører, at de økonomiske aktører skal afsætte yderligere tid til forståelse af udbudsmaterialet og udarbejdelse af tilbud, jf. lovforarbejderne til § 2. Særligt ved den

²³⁵ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet.

²³⁶ Risvig Hamer, 2025, side 743.

²³⁷ EU-Domstolens dom af 19. juni 2008, sag C-454/06, Pressetexte Nachrichtenagentur mod Republik Österreich.

ordregivende myndigheds foretagelse af væsentlige ændringer i udbudsmaterialet, er ordregiver forpligtet til at forlænge fristen for modtagelse af tilbud, jf. udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2. Modsat forpligtelsen til forlængelse af fristen i § 93, stk. 4, nr. 1 om meddelelse af supplerende oplysninger eller dokumenter, indeholdes ingen tidsmæssig krav til hvornår ændringen foretages for at bevirke en fristforlængelse. Hvorfor det afgørende for fristforlængelsen er, at ændringen er væsentlig, desuagtet hvornår ændringen foreligger i udbudsproceduren, jf. lovforarbejderne til § 93, stk. 4, nr. 2.

Ændring af grundlæggende elementer defineres som værende ”*En ændring, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakt.*”, jf. udbudslovens § 24, nr. 37, eksempelvis ændring af tildelingskriterier og ændring af mindstekrav. Ændring af mindstekrav under kontraktens varighed betragtes i øvrigt som ændring af grundlæggende elementer, der kræver fornyet udbudsprocedure, jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1. Desuagtet udelukker ligebehandlingsprincippet ikke ændring af mindstekrav, ifald ændringen ikke omfattes af definitionen i udbudslovens § 24, nr. 37, jf. lovforarbejderne til § 2. Ændring af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, fordrer modsat væsentlige ændringer, ikke en pligt til fristforlængelse, men krav om annulation af udbuddet, og ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten, jf. 178, stk. 2, fordrer fornyet udbudsprocedure.

Henset udbudsreglerne ophør efter kontraktindgåelse, således kan følgende klagenævnspraksis fremhæves, herunder Klagenævnets kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen mod Fynbus m.fl.²³⁸, hvor indklagede havde stillet krav om plads til mindst to kørestole, samt mindst fem siddepladser til øvrige passagerer, og den ordregivende myndighed senere frafaldt dette pladskrav. Klagenævnet fandt, at mindstekravet ”*anses for egnet til at afholde potentielle tilbudsgivere fra at afgive tilbud, og der er ikke grundlag for at fastslå, at dette på trods heraf ikke var tilfældet. Der er således tale om en væsentlig ændring, der dels ”indfører betingelser, der, hvis de havde været en del af den oprindelige udbudsprocedure, ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de*

²³⁸ Klagenævnets kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik.

oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren”,[...] dels ”ændrer kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance til entreprenørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for”, [...].”²³⁹ Hvorefter Klagenævnet fandt, at sådanne ændringer ikke kan finde sted uden nyt udbud under overholdelse af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 5.

I forlængelse heraf fandt Klagenævnet i kendelse af 27. oktober 2020, Øens Taxa mod FynBus m.fl.²⁴⁰, at *”Som anført i kendelsen af 19. maj 2020 har tildelingerne, efter at kravet var frafaldet, haft karakter af direkte tildeling.”* Dette forhold ændres ikke, idet de indklagede opsagde en række kontrakter og senere iværksatte nyt udbud, hvori mindstekravene ikke blev gentaget.

Af kendelserne kan afledes et udgangspunkt om, at accept af forbehold efter kontraktindgåelse kan udgøre en væsentlig ændring, der kræver fornyet udbudsprocedure, når ændringen betragtes som indgåelse af en ny kontrakt ved direkte tildeling uden afholdelse af et udbud²⁴¹.

I en tidligere kendelse af 20. august 2015, Jensen & Nørgaard A/S m.fl. mod Billund Kommune²⁴² udtalte Klagenævnet, at det kan være muligt at ændre mindstekrav under kontraktens varighed, ifald ændringen ikke foretages generelt. Kendelsen omhandlede en rammeaftale for køb af biler, hvor den indklagede accepterede levering af ni biler i en anden metalfarve end den krævede som følge af leverandørens fejlbestilling. Klagenævnet udtalte, at den indklagede ikke accepterede en generel afvigelse af mindstekravet om farven, idet det resterende flertal af de 25 biler ville leveres i den krævede farve, således var der ikke foretaget en væsentlig ændring²⁴³.

²³⁹ Klagenævnets kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik, side 27-28.

²⁴⁰ Klagenævnets kendelse af 27. oktober 2020, Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen, Ærøskøbing mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik.

²⁴¹ ”Kontraktuel håndtering af udbudsretlig forbehold” af Tina Braad, side 7.

²⁴² Klagenævnets kendelse af 20. august 2015, Jensen & Nørgaard A/S, Ejvind Larsen ApS og René Schröter A/S mod Billund Kommune

²⁴³ Risvig Hamer, 2025, side 757-758.

Altså må det afgørende om den ordregivende myndigheds accept af tilbudsforbehold være dels, at der efter kontraktindgåelse foretages en væsentlig ændring, der fordrer fornyet udbud, og ikke følger af undtagelserne i §§ 179-183, eller ikke betragtes som værende en generel afvigelse.

De indklagede i kendelserne af 19. maj 2020²⁴⁴ og af 27. oktober 2020²⁴⁵ blev pålagt en økonomisk sanktion på hhv. 3 mio. kr. og 7 mio. kr., samtidig blev kontrakterne erklæret uden virkning, jf. Klagensævnslovens § 18. Kendelserne afleder hvorledes den ordregivende myndighed økonomisk kan kompensere tilbudsgiverne for at frafalde forbeholdet, hvilket udtrykkes i Klagensævnets kendelse af 13. december 2022, Øens Taxa²⁴⁶, hvor Klagensævnet bestemte, at trafikelskaberne in solidum til Øens Taxa skal betale 600.000 kr., jf. Klagensævnslovens § 14, idet erstatningsbetingelserne var opfyldt.

På baggrund af kendelserne underlægges den ordregivende myndighed således en risiko for at ifalde erstatningsansvar over for forbigåede tilbudsgiver, når denne accepterer tilbudsforbeholdet, eller ved betaling af tilbudsgiver for at frafalde tilbudsforbeholdet²⁴⁷. Hvilket kan betragtes betænkeligt med Rettens principper og de forvaltningsretlige principper om økonomisk forsvarlighed, proportionalitet, og særligt udbudslovens formål, at procedurerne for offentlige indkøb, gennem effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler. Samt udgangspunktet om forbeholdet uigenkaldelighed, hvorefter frafald af et forbehold betragtes som fremsættelse af et nyt tilbud.

I udgangspunktet lægger hverken rets- eller klagensævnspraksis og udbudsreglerne op til en konkret løsning for den ordregivende myndigheds håndtering af tilbudsforbehold ved dennes accept af forbehold, dog er det særligt klart i Klagensævnsloven, at den ordregivende myndigheds usaglige og

²⁴⁴ Klagensævnets kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik.

²⁴⁵ Klagensævnets kendelse af 27. oktober 2020, Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen, Ærøskøbing mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik.

²⁴⁶ Klagensævnets kendelse af 13. december 2022, Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik

²⁴⁷ ”Kontraktuel håndtering af udbudsretlige forbehold” af Tina Braad, side 9.

stridende ageren sanktioneres betydeligt. Ændringsreglerne i udbudsloven og udbudsdirektiverne²⁴⁸ regulerer på den ene side i undtagelsesbestemmelserne § 183, at ændringer ikke betragtes som ændring af grundlæggende elementer, når behovet for ændringen ikke kunne forudses af en påpasselig ordregivende myndighed, kontraktens overordnede karakter ikke ændres, og værdien af ændringen ikke overstiger 50 procent af den oprindelige kontrakts værdi²⁴⁹. Udbudsdirektivets præambelbetragtning 109 betragtes som et fortolkningsbidrag til hvordan uforudsigelige omstændigheder skal forstås, herunder som værende ”[...] omstændigheder, der ikke kunne forudsiges trods rimeligt omhyggelige forberedelser ved den ordregivende myndigheds oprindelige tildeling under hensyntagen til de tilgængelige midler [...]”. Altså kan undtagelsens bestemmelse iagttages, når der indtræder omstændigheder som en påpasselig ordregivende myndighed ikke kunne forudse trods rimelig omhyggelige forberedelser herom.

Det er tidligere fastlagt, at den ordregivende myndighed ikke har en pligtig generel undersøgelsespligt om tilbudsforbehold, jf. udbudslovens § 159, stk. 3, betragtes dette i øvrigt således, at et tilbudsforbehold vil omfattes af undtagelsesbestemmelsen om uforudsete ændringer. Det kan på den ene side afledes, at et uforudset tilbudsforbehold, kan rummes af udbudsdirektivets præambelbetragtning 109, herunder indtræden af omstændigheder en påpasselig ordregivende myndighed ikke har kunne forudse, særligt når den ordregivende myndighed har ageret under overholdelse af udbudsreglerne og praksis om tilbudsforbehold. Modsat har undtagelsesbestemmelsen næppe til hensigt at rumme omstændigheder som tilbudsforbehold, når den ordregivende myndighed kun kan tildele kontrakten til tilbudsgiver, hvis tilbud er i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. I tillæg hertil underkender Klagenævnet i kendelsen af 19. maj 2020, Alsvognen, trafikelskabernes udgangspunkt om, at ændringen i pladskrav, herunder ordregivers accept af et forbehold, denne ikke havde identificeret, ville kunne rummes af netop denne undtagelsesbestemmelse²⁵⁰. Dette udlæg synes at være i overensstemmelse med hensigten og formålet med den konkrete undtagelsesbestemmelse, når denne sigter at rumme, at ”De

²⁴⁸ Udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra c (direktiv 2014/24/EU),

²⁴⁹ ”Kontraktuel håndtering af udbudsretlig forbehold” af Tina Braad, side 10-11.

²⁵⁰ Ændringen vedrørte konkret ændring af pladskrav, herunder mindstekrav. Undtagelsesbestemmelse der behandles i Klagenævnets kendelse er forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1, litra c, der tilsvarende udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra c og udbudslovens § 183.

ordregivende myndigheder kan komme ud for eksterne omstændigheder, som de ikke kunne forudse ved tildelingen af kontrakten, navnlig når gennemførelsen af kontrakten dækker en længere periode. I dette tilfælde er det nødvendigt med en vis grad af fleksibilitet, så kontrakten kan tilpasses disse omstændigheder uden en ny udbudsprocedure.”²⁵¹.

Den ordregivende myndigheds manglende håndhævelse af mindstekrav eller grundlæggende krav under kontraktens varighed betragtes som en ændring af et grundlæggende element, jf. udbudslovens § 178, og dermed indgåelse af en ny kontrakt, og Klagenævnet kan erklære en sådan kontrakt for uden virkning, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1.

Klagenævnet har behandlet den ordregivende myndigheds manglende håndhævelse af grundlæggende krav i kontrakten i kendelse af 8. februar 2022, Atea A/S mod Udenrigsministeriet. Kendelsen angik et begrænset udbud af en rammeaftale efter udbudsloven, hvor klagerens påstand angik, at indklagede havde handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, ved at frafalde et mindstekrav om certificering. Indklagede havde haft en anden forståelse af mindstekravet og fandt dette uhensigtsmæssigt, hvilket Klagenævnet fandt ikke ændrede ved, at kravet gjaldt, jf. Manova-sagens præmis 40. På den baggrund fandt Klagenævnet, at den indklagede havde handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at tildele kontakten til den antaget tilbudsgiver, der afveg fra mindstekravet. Yderligere bemærkes det af Klagenævnet, at på det forelæggende tidspunkt kunne det ikke lægges til grund, at indklagede havde frafaldet mindstekravet og derved ændret udbudsbetingelserne. Dog udtalte Klagenævnet udtrykkeligt, ifald den indklagede herefter ikke håndhævede mindstekravets efterlevelse, ansås dette som frafaldt, og dermed ændring omfattet af § 178.

Det gælder, at Klagenævnet ikke kan tilkende en part mere end denne har påstået, og kan således ikke tage hensyn til forhold, som ikke er gjort gældende af denne, jf. klagenævnslovens § 10, stk. 1, 2. pkt. Klageren havde i kendelsen ikke nedlagt påstand om annullation af tildelingsbeslutningen, hvorfor Klagenævnet ikke kunne træffe bestemmelse herom med virkning, at kontrakten blev bragt til ophør, jf. udbudslovens § 185, stk. 2. Klagenævnet fandt derfor, at indklagede havde handlet i

²⁵¹ Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 109, 1. og 2. pkt.

strid med principperne i § 2 ved ikke at afvise det antagende tilbud, og bestemte, at indklagede skulle betale sagsomkostninger.

Klageren indgav på ny en klage til Klagenævnet i kendelse af 20 juni 2022, indeholdende påstandene om, at indklagede handlede i strid med principperne i § 2 ved ikke at håndhæve mindstekravets efterlevelse, samt med påstand om at erklære rammeaftalen for uden virkning, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 1, nr. 1, og pålægge indklagede en alternativ sanktion, jf. klagenævnslovens § 18, stk. 2, sammenholdt med § 19. Subsidiær til påstand 2, nedlagde klageren påstand 3 om annullation af tildelingsbeslutningen. Klagenævnet fandt dog, at efter første kendelse af 8. februar 2022, at indklagede håndhævede mindstekravet, og tog ikke påstand 1 og 2 til følge, samt blev påstand 3 afvist, idet påstand om annullation af tildelingsbeslutningen først blev indbragt mere end 6 måneder efter meddelelse om tildeling, jf. klagenævnslovens § 7, stk. 2, nr. 3.

Sammenfattende afdækkes det, at den ordregivende myndigheds kontraktuelle håndtering af tilbudsforbehold efter kontraktindgåelse, ikke alene er et kontraktretligt anliggende, og i høj grad fortsat underlægges en udbudsretlig regulering. Der gælder i udgangspunktet ingen generel undersøgelsespligt, dog vil forbehold identificeret efter kontraktindgåelse underlægges udbudslovens ændringsregler og således ved et accept heraf kunne betragtes som ændring af grundlæggende elementer. Sammenfaldende vil frafald eller manglende håndhævelse af mindstekrav eller grundlæggende elementer betragtes som direkte tildeling, derfor ændring omfattet af § 178.

8 Konklusion

Afhandlingen har belyst og afdækket det udbudsretlige udgangspunkt ved forbehold, herunder i hvilket omfang en tilbudsgiver kan tage forbehold, samt hvorledes den ordregivende myndighed kan antage afleverede tilbud indeholdende forbehold, og endeligt hvorledes den ordregivende myndighed i en udbudsretlig kontekst skal håndtere tilbudsforbehold under hhv. tilbudsevaluering og senere efter kontraktindgåelse.

Afhandlingen har indledningsvist fastslået, at det udbudsretlige udgangspunkt ved tilbudsforbehold hverken reguleres af udbudsdirektiverne eller udbudsloven, men følger af rets- og klagenævnspraksis, herunder særligt Storebæltssagens. Af Storebæltssagen fastslås en hovedregel

om tilbuddenes overensstemmelse med den ordregivende myndigheds udbudsmateriale, samt en dertilhørende modifikation om, at afvigelser for grundlæggende betingelser tillades ved udtrykkelig, anførelse heraf i udbudsmaterialet. Ligebehandlingsprincippet afleder et princip om, at antagelige tilbud skal være i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, og manglende efterlevelse heraf er i strid med princippet.

Forbehold omfatter enhver uoverensstemmelse eller afvigelse i et tilbud, uagtet om udbudsmaterialet har lagt op til en sådan afvigelse og uagtet om denne er tilsigtet eller ej, er et forbehold, der berettiger eller pligter den ordregivende myndighed til kassation af tilbuddet. Storebæltssagen fastlægger særligt en kassationsforpligtelse af et tilbud indeholdende forbehold angående grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, foruden elementer, der udtrykkeligt tillades. Nordecon-sagen skærper den afledte hovedregel i Storebæltssagen, således at bindende krav, herunder mindstekrav ikke kan afviges i udbud med forhandling, hvilket næppe afspejles i klagenævnspraksis.

Som belyst og afdækket i afhandlingens fremhævede rets- og klagenævnspraksis, er det vanskeligt at opstille generelle principper for afvigelser for hvilke elementer i et udbud, der medfører uantagelighed, når den endelige afklaring afgøres af det foreliggende udbudsmateriale og det herpå afleverede tilbud. Uagtet fastlås det i afhandlingen, at forbehold for grundlæggende elementer og mindstekrav, samt hvor udbudsmaterialet fraskriver dette, medfører kassationspligt. Hvorfor det er væsentligt at sondre mellem grundlæggende forbehold, ikke-grundlæggende forbehold og præciseringer henset betingelserne og kravene i udbudsmaterialet sammenholdt med tilbudsgivernes tilbud.

Endvidere er det i afhandlingen fastslået, at det strengt påhviler den ordregivende myndighed at overholde egne fastsatte betingelser, jf. Manova, præmis 40. Den ordregivende myndighed pligtiges til at iagttage de fastsatte krav og betingelser i udbudsmaterialet ved identifikation og undersøgelse af afleverede tilbud indeholdende forbehold. Tilbudsgiverens ageren er af særlig relevans i undersøgelsen heraf, når et overset tilbudsforbehold værst kan medføre, at kontrakten ikke tildeles tilbudsgiveren med det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Klagenævnspraksis fastslår, at risikoen for uklarhed og generelt indeholdelse af tilbudsforbehold tilfalder tilbudsgiveren, dog afledes et

princip om, at den ordregivende myndigheds uklarhed i udbudsmaterialet også af betydning for afgørelsen af afvigelser.

Afhandlingen afdækker tillige den ordregivende myndigheds håndtering af forbehold under tilbudsevalueringen. Principperne herfor afledes af national rets- og klagenævnspraksis, der afleder følgende, herunder at den ordregivende myndighed har ret til kassation af et tilbud indeholdende forbehold, ifald dette ikke udtrykkelig berettiges i udbudsmaterialet, at der kan tages forbehold herfor, modifikationen hertil er bagatelagtige forhold. Antwerpse-sagen afleder et princip om, at omstændigheder, der medfører, at den ordregivende myndighed ikke er berettiget til at forkaste et tilbud, herunder er mindre formelle fejl og utvetydige formuleringer, der forklares på en enkel måde og nemt fjernes, jf. præmis 56. Den ordregivende myndighed underlægges en kassationsforpligtelse, når et tilbud indeholder forbehold for grundlæggende elementer og mindstekrav i udbudsmaterialet, samt opstår denne pligt, ifald et forbehold ikke kan prissættes med den fornødne sikkerhed, der udligner den konkurrencemæssige fordel indeholdelse af forbeholdet medfører, eller tilsvarende kan indeholdes i tildelingskriterierne. Endeligt underlægges den ordregivende myndighed kassationsforpligtelsen af tilbud indeholdende forbehold, ifald udbudsmaterialet afskriver accept af forbehold.

Endeligt afdækker afhandlingen den kontraktuelle håndtering af udbudsretlig forbehold, der navnlig fastslår, at den udbudsretlige undersøgelsespligt foreligger ved tvivlstilfælde, og denne fordrer ikke en generel undersøgelse af om et tilbud indeholder forbehold, dog gælder en verificeringsforpligtelse, netop at de afleverede tilbud skal være overensstemmende med udbudsmaterialets krav og betingelser. Afdækningen heraf fastslår endvidere, at udbudsreglernes anvendelse ikke forgår efter kontraktindgåelse, hvorfor den ordregivende myndighed særligt skal iagttage uoverensstemmelser, der kan medføre, at grundlæggende elementer eller mindstekrav i udbudsmaterialet betragtes som frafaldet eller manglende håndhævelse heraf, idet ansvaret herfor påhviler den ordregivende myndighed i henhold til udbudslovens ændringsregler. Udbudsdirektivernes eller udbudslovens lægger ikke op til en konkret løsning heraf, og undtagelsesbestemmelserne i ændringsreglerne synes ikke i udgangspunktet at rumme den kontraktuelle håndtering af tilbudsforbehold.

9 Refleksion: ændring af ændringsreglerne og regulering af forbehold i udbudsdirektivet eller udbudsloven?

Formålet med afhandlingen er at belyse og afdække det udbudsretlige udgangspunkt ved afvigelser for udbudsmaterialet, samt den ordregivende myndigheds håndtering af afvigelser hhv. under tilbudsevalueringen, og ikke mindst efter kontraktindgåelse.

Afhandlingens belysning og afdækning af det udbudsretlige udgangspunkt ved tilbudsforbehold aktualiseres yderligere for nuværende, idet Europa-Kommissionen igangsat en offentlig høring af udbudsdirektiverne, og forventer et forslag til revision af udbudsdirektiverne til fremsættelse Q2 i 2026. Formålet med revisionen er at muliggøre fortrinsstilling af europæiske produkter under EU-udbud, der vil bidrage til at sikre EU-merværdi og forsyningssikkerhed for væsentlige teknologier, produkter og tjenester, samt modernisere og forenkle udbudsreglerne, under iagttagelse af offentlige anskaffelser vil betragtes som et redskab for strategiske investeringer²⁵².

I høringsperioden har medlemsstaterne adgang til at give sit besyv og ændringsforslag til udbudsdirektiverne. Herunder har Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S ("SKI"), der er en indkøbscentral, som foretager centraliserede indkøbsaktiviteter ved at forestå udbudsproceduren for de ordregivende myndigheder, fremsendt en række forslag til brug i revisionen. Et af SKIs fremsendte ønsker til udbudsdirektivet var at øge mulighederne for at ændre i udbudsmaterialet, idet disse betragtes unødigt restriktive af SKI.

Brancheorganisationen Dansk Erhverv fremlægger tillige en opfordring til Kommissionen om at anlægge en *"pragmatisk, strategisk og holistisk tilgang til revisionen af udbudsdirektiverne, hvor europæisk konkurrenceevne er i centrum."*²⁵³ Der forudsættes i et ønske om at mindske de

²⁵² https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/15492-EU-public-procurement-rules-revision_en. Lokaliseret den 22. december 2025.

²⁵³ <https://www.danskerhverv.dk/politik-og-analyser/offentlig-privat-samarbejde/udbudsdirektiverne-skal-fremme-europaisk-konkurrenceevne/>. Lokaliseret den 22. december 2025.

regulatoriske kompleksiteter og reducere de administrative byrder, der afledes af det gældende udbudsdirektiv.

En forøgelse af ændringsreglerne vil på den ene side medføre en undertrykkelse af de udbudsretlige principper, når ændringsreglerne særligt er med til at forhindre kunstig konkurrencefordrejning og usaglig behandling af tilbudsgiverne ved de ordregivende myndigheders vilkårlighed. Modsat vil en forøgelse af ændringsreglerne lempe den tunge administrative byrde, herunder reducere antallet af annullationer, hvor fejl og mangler, under EU-udbud i Danmark typisk udgør 24 % af annullationerne²⁵⁴.

Forøgelse af ændringsadgangen i udbudslovens §§ 134 og 178, ville tillige påvirke det udbudsretlige udgangspunkt ved afvigelser, under tilbudsevalueringen, ifald uklarheder i udbudsmaterialet identificeres efter dets offentliggørelse. Hvilket antageligt ville kunne reducere antallet af annullationer i EU-udbud, samt mindske de administrative, økonomiske og tidsmæssige byrder for de involverede parter. Særligt vil en sådan ændring påvirke den ordregivende myndigheds kontraktuelle håndtering af forbehold, hvor nogle afvigelser i højere grad ville tillades, hvilket dog synes at være uhensigtsmæssigt, henset overholdelse af de udbudsretlige principper, og synes i strid med det grundlæggende princip i de nuværende ændringsregler, hvor ændringer ikke må medføre, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den oprindelige.

Revisionen af udbudsdirektiverne afleder spørgsmålet, hvorledes forbehold og håndteringen heraf bør indskrives i udbudsdirektiverne.

Der kan med fordel inkorporeres en regulering i udbudsdirektivet af, under hvilke omstændigheder tilbud indeholdende forbehold kan tages i betragtning af den ordregivende myndighed, samt hvornår disse ikke kan tage i betragtning. En sådan regulering vil sikre en ensartet regulering og deraf praksis om tilbudsforbehold på tværs af medlemsstaterne, herunder sker en forøgelse af gennemsigtigheden generelt, når det ikke blot er den enkelte ordregivende myndigheds anførelse af regulering af forbehold, funderet i rets- og klagenævnspraksis herom. Princippet om EU-konform

²⁵⁴ ”Annullationer af danske EU-udbud”, side 6-7, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Januar 2019.

fortolkning vil også iagttages nærmere, ifald der anføres en retlig regulering af forbehold i EU-retlig kontekst, således mindskes risikoen for *contra legem* af den nationale ret. Endvidere vil det EU-retlige formål og formålet med EU iagttages, og understøtte konkurrencen i det indre marked. Modsat vil en sådan regulering afføde mindre fleksibilitet for den ordregivende myndighed, ifald denne ikke ønsker at antage bud med forbehold. Samtidig vil en regulering i direktivet indskrænke margen for den ordregivende myndigheds skøn, der i givet fald kan medføre unødige og uproportionale afvisninger, der ikke vil understøtte f.eks. nationale hensyn, såsom udbudslovens § 1 om effektiv udnyttelse af de offentlige midler.

Herudover vil dette også medføre en øget retssikkerhed for tilbudsgivere på tværs af medlemsstaterne, idet dette bevirker en klarhed om forbehold, og at disse ikke behandles forskelligt, når disse afleverer bud indeholdende forbehold. Hvorfor ligebehandlingsprincippet i højere grad vil styrkes. Modsat vil en sådan regulering af forbehold i udbudsdirektivet kunne bevirke en overregulering, der kunne udgøre unødigt kompleksitet, når afvigelser afhænger af det konkrete udbud og tilbud herpå. Samt fordrer en sådan regulering et behov for yderlig fortolkning fra Domstolen.

Ifald danske lovgivere ønsker at indføre en retlig regulering af forbehold i udbudsloven, altså national særregel, kan dette tillades, uagtet skal lovgivere være opmærksom på princippet om EU-konform fortolkning. Den danske rets- og klagenævnsspraksis afviger i enkelte tilfælde, herunder prissætning af tilbudsforbehold, som endnu ikke er afdækket i Domstolens praksis.

Om end må det dog anlægges, at regulering af tilbudsforbehold i udbudsdirektivet i høj grad vil være overensstemmende med unionens mål i artikel 3 TEU, samt styrke retssikkerheden på tværs af medlemsstaterne, og højne gennemsigtighed og ensartet regulering af forbehold, der vil sikre ligebehandlingsprincippet. Uagtet vil en regulering kunne medføre overregulering og indskrænkning af den ordregivende myndigheds skøn, herunder princippet om god forvaltningskik.

Sammenfattende kunne det i høj grad overvejes at indeholde en regulering af tilbudsforbehold, der afspejler den foreliggende retspraksis fra Domstolen, og fortsat vægte den ordregivende myndigheds skønsmæssige vurdering højt, men dog forudsætte retningslinjer herfor, der er overensstemmende med de udbudsretlige principper.

10 Litteraturliste

10.1 Love og forarbejder

10.1.1 EU-lovgivning

Traktaten om Den Europæiske Union ("TEU").

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde ("TEUF").

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").

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

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

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 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 af 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter ("koncessionsdirektivet").

Direktiv nr. 89/665/EØF af 21. december 1989 og direktiv nr. 92/13/EØF af 25. februar 1992, ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv af 89/665/EØF og 92/13/EØF ("kontroldirektiverne").

10.1.2 National lovgivning

Lovbekendtgørelse nr. 116 af 3. februar 2025 ("udbudsloven")

Lovbekendtgørelse nr. 448 af 8. maj 2025 ("klagenævnsloven")

Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 ("tilbudsloven")

10.2 Praksis

10.2.1 Den europæiske domstol

C-810/79, Peter Überschar mod Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, EU:C:1980:228.

C-243/89, Kommissionen mod Danmark, EU:C:1993:257.

C-87/94, Kommissionen mod Belgien, EU:C: 1996:161.

C-454/06, Pressetexte Nachrichtenagentur mod Republik Österreich m.fl., EU:C:2008:351.

C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s. m.fl. mod Úrad pre verejné obstarávanie, EU:C:2012:191.

C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, EU:C:2013:647.

C-561/12, Nordecon A/S og Ramboll Eesti mod Rahandusministeerium, EU:C:2013:793.

C-549/14, Finn Frogne, EU:C:2016:634.

C-171/15, Connexxion Taxi Services BV mod De Staat der Nederlanden - Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport m.fl., EU:C:2016:948.

C-367/19, Tax-Fin-Lex d.o.o., EU:C:2020:685.

10.2.2 EU-Retten

T-183/00, Strabag Benelux NV mod Rådet for den Europæisk Union, EU:T:2003:36.

T-4/01, Renco SpA mod Rådet for den Europæisk Union, EU:T:2003:37.

T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen, EU:T:2009:491.

10.2.3 De nationale domstole

Byretten

Retten i Horsens dom af 5. oktober 2022, sag BS-17910/2023-HRS, Horsens Kommune mod Brdr. Thybo A/S.

Landsretten

Østre Landsrets dom af 30. marts 2009 i sag 7. afd. B-2541-07, Region Syddanmark mod Sectra A/S.

Vestre Landsrets dom af 27. august 2015, sag V.L. B-2093-14, Gustav H. Christensen A/S mod Morsø Spildevand A/S.

Vestre Landsret dom af 5. april 2023, sag BS-41149/2022-VLR, Horsens Kommune mod Brdr. Thybo A/S.

Højesteret

U 2011.1955 H, Amager Standpark.

U 2012.2952 H, European Land Solution, Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet.

10.2.4 Klagenævnet for Udbud

Kendelse af 8. marts 1995, Henning Larsen mod Kulturministeriet.

Kendelse af 26. april 1996, E. Pihl & Søn A/S mod I/S Avedøre Kloakværk.

Kendelse af 18. november 1996, European Metro Group mod Ørestadsselskabet.

Kendelse af 13. januar 2004, E. Pihl & Søn mod Hadsund Kommune.

Kendelse af 13. maj 2004, Bravida Danmark A/S mod Rødovre almennyttig Boligselskab.

Kendelse af 26. august 2004, Per Aarsleff mod Fyns Amt mfl.

Kendelse af 26. november 2004 E. Pihl & Søn A/S mod Direktoratet for Kriminalforsorgen.

Kendelse af 13. september 2005, Navigent A/S mod Arbejdsmarkedsstyrelsen.

Kendelse af 13. november 2006 Cowi mod Sønderjyllands Amt.

Kendelse af 29. august 2007, Sectra A/S mod Region Syddanmark.

Kendelse af 17. oktober 2007, Triolab A/S mod Region Hovedstaden.

Kendelse af 14. juli 2009, Updata mod Lyngby-Taarbæk Kommune.

Kendelse af 20. juli 2010, Otto P. Nedergaard A/S mod Boligforeningen Bispegaarden.

Kendelse af 11. oktober 2011, HHM A/S mod Københavns Kommune.

Kendelse af 18. oktober 2011, Jytas mod Universitets- og Bygningsstyrelsen.

Kendelse af 19. november 2013, Gustav H. Christensen mod Morsø Spildevand.

Kendelse af 31. januar 2014, Avaleo mod Vejle Kommune.

Kendelse af 31. oktober 2014, Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. mod Vejdirektoratet.

Kendelse af 27. maj 2015, Annelise Küseler mod Morsø Kommune.

Kendelse af 20. august 2015, Jensen & Nørgaard A/S, Ejvind Larsen ApS og René Schröter A/S mod Billund Kommune.

Kendelse af 5. januar 2016, MultiLine A/S mod Aarhus Universitet.

Kendelse af 2. august 2016, Dansk Byggeri mod Regions Hovedstaden.

Kendelse af 19. maj 2017, LM Gruppen mod DSB.

Kendelse af 7. august 2017, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet.

Kendelse af 28. september 2017, Automobilfirmaet Stiholt A/S mod Vejdirektoratet.

Kendelse af 29. september 2017, ŠKODA mod Odense Letbane.

Kendelse af 11. december 2017, Labflex mod Bygningsstyrelsen.

Kendelse af 26. januar 2018, Securitas mod Midttrafik.

Kendelse af 27. august 2018, Saab Dynamics AB mod FMI.

Kendelse af 18. oktober 2018, B. Braun Medical A/S mod Region Hovedstaden.

Kendelse af 15. maj 2019, Salini Impreglio S.p.A mod Metroselskabet I/S.

Kendelse af 19. maj 2020, Alsvognen mod Fynbus, Sydtrafik og Midttrafik.

Kendelse af 3. juli 2020, Formpipe Software A/S mod Greve Kommune.

Kendelse af 27. oktober 2020, Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen, Ærøskøbing mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik.

Kendelse af 25. februar 2021, Suez Water mod Danish Oil Pipe.

Kendelse af 15. marts 2021, Horsens Kommune mod Brdr. Thybo A/S.

Kendelse af 15. april 2021, Dansk Uniform/Chriswear v/Iver Sørensen mod Region Hovedstaden og Regions Midtjylland.

Kendelse af 16. april 2021 Biometric Solutions A/S mod Udenrigsministeriet m.fl.

Kendelse af 15. juni 2021, Brdr. Møller A/S mod Silkeborg Kommune.

Kendelse af 8. februar 2022, Atea A/S mod Udenrigsministeriet.

Kendelse af 27. april 2022, Dorte Mandrup A/S mod Aarhus Kommune.

Kendelse af 17. juni 2022, Grandt Defense ApS mod Rigspolitiet.

Kendelse af 20 juni 2022 Atea A/S mod Udenrigsministeriet.

Kendelse af 24. juni 2022, Krüger A/S mod Tønder Spildevand A/S.

Kendelse af 31. marts 2023, Ketner A/S mod Rigspolitiet.

Kendelse af 13. april 2023, Toft Entreprise A/S mod Kerteminde Kommune.

Kendelse af 11. maj 2023, Dustin A/S mod SKI.

Kendelse af 1. juni 2023, MAN Truck & Bus Danmark A/S mod Region Sjælland m.fl.

Kendelse af 29. august 2023, Scania Danmark A/S mod I/S Refa.

Kendelse af 22. september 2023, EG Danmark A/S mod Frederikshavn Kommune.

Kendelse af 26. september 2023, Konsortiet Abena m.fl. mod Esbjerg Kommune m.fl.

10.3 Litteratur

10.3.1 Bøger

Berg, Claus. (2012). Udbudsret i byggeri (1. udgave). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Blume, Peter. (2016). Retssystemet og juridisk metode (3. udgave). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Fabricius, Jesper. (2024). Offentlige indkøb i praksis (5. udgave). København: Karnov Group.

Hamer, Carina Risvig. (2025). Udbudsret bind 1-2 (3. udgave). København: Djøf Forlag.

Treumer, Steen. (2000). Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler (1. udgave, 1. oplag). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

10.3.2 Artikler

Status for offentlig konkurrence 2022, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Marts 2022.

Lokaliseret den 22. december 2025, på:

<https://kfst.dk/media/1c3nkqx0/20251218-status-for-offentlig-konkurrence-2025.pdf>

Udbudsdirektiverne skal fremme europæisk konkurrenceevne, af Dansk Erhverv.

Lokaliseret den 22. december 2025, på:

<https://www.danskerhverv.dk/politik-og-analyser/offentlig-privat-samarbejde/udbudsdirektiverne-skal-fremme-europaisk-konkurrenceevne/>.

SKI's ønsker til nyt udbudsdirektiv: Forenkling, fleksibilitet og grønne ambitioner, af 21. oktober 2024, af Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S.

Lokaliseret den 22. december 2025, på:

<https://www.ski.dk/nyheder/ski-s-onsker-til-nyt-udbudsdirektiv/>

10.3.3 Vejledninger

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens, Version 2 - December 2024, Udbudsloven, Vejledning om udbudsreglerne.

Lokaliseret den 22. december 2025, på:

<https://kfst.dk/media/ua3fm12r/udbudsloven-vejledning-om-udbudsreglerne-a.pdf>

10.3.4 Analyser

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, Januar 2019, Analyse: Annullationer af danske EU-udbud.

Lokaliseret den 22. december 2025, på:

<https://kfst.dk/media/53660/annullationer-af-danske-eu-udbud.pdf>

10.3.5 Oplæg fra Dansk Forening for Udbud

Medlemsmøde af DFFU af 26. marts 2025: Kontraktuel håndtering af udbudsretlig forbehold, af Tina Braad.

Lokaliseret den 22. december 2025, på:

<https://dffudk.dk/wp-content/uploads/2025/03/Kontraktuel-haandtering-af-udbudsretlige-forbehold-v.-Tina-Braad.pdf>