

Steen Treumer

Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2000

Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler
1. udgave, 1. oplag

© 2000 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse eller
mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf er
uden forlagets skriftlige samtykke ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Omslaget er tilrettelagt af Morten Højmark
Tryk: Gentofte Tryk
Indbinding: Damm's Bogbinderi, Randers

Printed in Denmark 2000
ISBN 87-574-0222-1

*Udgivet med støtte fra Jurist- og Økonomforbundets Forlags legat
til støtte af udgivelse af videnskabelig litteratur.*

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 133
Postboks 2126
1015 København K

Telefon: 33 95 97 00
Telefax: 33 95 99 97
e-mail: fl@djoeef.dk
Homepage: www.djoeef.dk/forlag

Forord

EU's udbudsregler har gennem de seneste år forvandlet sig fra at være et ubetydeligt og upåagtet retsområde til et område i rivende udvikling, der har væsentlig betydning for offentlige indkøbere, virksomheder og deres tekniske, økonomiske og juridiske rådgivere.

Det bærende retsprincip i udbudsdirektiverne, ligebehandlingsprincippet, er tidligere kun analyseret i begrænset omfang, til trods for at alle tilsyneladende er enige om princippet centrale betydning. Denne afhandling beskriver EU's udbudsregler med udgangspunkt i ligebehandlingsprincippet, netop fordi princippet har afgørende betydning for alle, der beskæftiger sig med EU's udbudsregler i teori eller praksis.

Afhandlingen blev indleveret i maj 1999 ved Aalborg Universitet med henblik på erhvervelse af den juridiske Ph.D.-grad og blev forsvaret i oktober 1999. Bedømmelsesudvalget bestod af adjungeret professor, dr. jur. h.c., og tidligere præsident for EF-domstolen, Ole Due, professor dr. jur. Ruth Nielsen og professor, dr. jur. Erik Werlauff. Dette værk er i alt væsentligt identisk med den forsvarede Ph.D.-afhandling, idet der efterfølgende er foretaget enkelte og mindre indholdsmæssige ændringer af det oprindelige manuskript.

Først og fremmest vil jeg gerne takke min vejleder Professor Claus Haagen Jensen, Aalborg Universitet, for indgående diskussioner af denne afhandlings problemstillinger, hvilket har været både udfordrende og udviklende. Dernæst vil jeg gerne takke mine kolleger på Aalborg Universitet og især professor, dr. jur. Erik Werlauff for inspirerende samtaler, Ph.D.-stipendiat Sten Bønsing for drøftelser af forvaltningsretlige problemstillinger samt økonom, Ph.D. Poul Thøis Madsen for interessante samtaler om EU's udbudsregler. Tak til Lene Sloth Nielsen for effektiv assistance ved redigering af afhandlingen og til bibliotekar Vibeke Brisson for hendes kompetente assistance.

Dernæst tak til formandskabet for Klagenævnet for udbud, dvs. landsdommer Carsten Haubek, retspræsident H.P. Rosenmeier, landsdommer A.F. Wehner, samt til nævnsmedlem, civilingeniør Viggo Olesen, for kommentarer og diskussioner. Jeg skylder ligeledes professor Sue Arrowsmith tak for drøftelser af udbudsretlige spørgsmål, bl.a. i forbindelse med et studieophold ved University of Wales i 1998.

Kommentarer til dette værk er særdeles velkomne. Undertegnede kan kontaktes på Erhvervsjurauddannelsen på Aalborg Universitet eller på adressen str@business.auc.dk.

Steen Treumer, januar 2000

Forord	5
Indholdsfortegnelse	7
1. Indledning	13
1.1 Problemstilling- og afgrænsning	13
1.2. Plan for fremstillingen	18
2. Kernebegreber	19
2.1. Udviklingen af EU's udbudsregler	19
2.2. Formålet med EU's udbudsdirektiver	22
2.2.1. Lav prioritering af den offentlige interesse	25
2.3. Udbudsdirektivernes grundindhold	29
2.3.1. Udbudsdirektivernes anvendelsesområde	31
2.3.1.1. Eksterne leverancer	31
2.3.1.2. Indkøbere omfattet af udbudsdirektiverne	31
2.3.1.3. Tærskelværdier	33
2.3.2. Ordregivernes forpligtelser ifølge udbudsdirektiverne	34
2.3.2.1. Udbudsbekendtgørelser i EF-tidende om udbudsproceduren	34
2.3.2.2. Udbudsformer og forhandlingsforbud	35
2.3.2.3. Kvalifikation af tilbudsgivere	38
2.3.2.4. Tildelingskriterier	41
2.3.2.5. Tidsfrister	44
2.4. National håndhævelse af udbudsreglerne	45
2.5. Det danske kontrolsystem	46
2.5.1. Klagenævnet for udbud	47
2.5.1.1. Opbygning og procedure	47
2.5.1.2. Beføjelser	51
A) Konstatering	51
B) Opsættende virkning	52
C) Annulation	55
D) Pålæg om lovliggørelse af udbudsproceduren	57
2.5.1.3. Præjudiciel forelæggelse	58
2.5.2. Konkurrencestyrelsen	59
2.5.3. De ordinære domstole	60
3. Ligebehandlingsprincippet i kontekst	63
3.1. Lighedsgrundsætninger og diskriminationsforbud	63
3.2. Ligebehandlingsprincippet i EU-retlig kontekst	64
3.2.1. Traktatens bestemmelser og ligebehandlingsprincippet	67
3.2.1.1. Ligebehandlingsprincippet er en lighedsgrundsætning sui generis	68
3.2.1.1.1. Pålæggelse af handlepligter	69
3.2.1.1.2. Beskyttelse mod forskelsbehandling af enhver art ..	70
3.2.1.1.3. Beskyttelse af nationale leverandører	71
3.2.1.1.4. "Offentlige" indkøb	74

3.2.2.	Ligebehandlingsprincippet uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde	75
3.3.	Ligebehandlingsprincippet og den almindelige lighedsgrundsætning i dansk ret	79
3.3.1.	Den almindelige lighedsgrundsætning i dansk statsret	80
3.3.2.	Den almindelige lighedsgrundsætning i dansk forvaltningsret	81
4.	Inhabilitet	85
4.1.	Introduktion	85
4.1.1.	“Inhabilitet” efter ligebehandlingsprincippet	88
4.1.2.	Retsgrundlaget	91
4.1.2.1.	Udbudsdirektivernes bestemmelser	91
4.1.2.2.	Betragtningen om teknisk dialog i præamblerne til udbudsdirektiverne	92
A)	Foreneligheden mellem betragtningen om teknisk dialog og GPA-aftalen	94
B)	Foreneligheden mellem betragtningen og teknisk dialog og ligebehandlingsprincippet	95
4.1.2.3.	Retspraksis og klagenævnspraksis	98
4.2.	Ligebehandling ved forskellige former for teknisk dialog	99
4.2.1.	Dialog med betalte rådgivere (konsulenter)	99
4.2.1.1.	Rådgiver anmoder om prækvalifikation og /eller afgiver bud	100
A)	Direkte samarbejde med ordregiveren om udformningen af udbudsmaterialet og tilrettelæggelsen af udbudsproceduren	100
B)	Indirekte bistand til udformningen af udbudsmaterialet (forundersøgelser m.v.)	102
4.2.1.2.	Rådgiver for både ordregiver og tilbudsgiver	107
4.2.2.	Dialog med en kendt leverandør	111
4.2.3.	Dialog med den hidtidige leverandør ved kontraktens udløb	115
4.2.4.	Dialog med en virksomhed der har foretaget udviklingsarbejde	122
4.3.	Faktorer af almindelig betydning for den konkrete vurdering af om ligebehandlingsprincippet er overtrådt	125
A)	Videreformidling af oplysninger til de konkurrerende tilbudsgivere	126
B)	Fordelen i tid	127
C)	Tilbudsgivernes tillid til ordregiverens fairness	127
D)	Ordregivers og rådgivers hensigt med den tekniske dialog	129
E)	Rådgivningens omfang	130
F)	Substitution af ordregivers sagsbehandling	131
G)	Substitution af medarbejdere hos den potentielle tilbudsgiver	131
H)	Inddragelse af andre rådgivere eller konkurrenter i dialogen	134
I)	Påvirkning af udbudsmaterialet til rådgivers fordel (skræddersyede udbudsspecifikationer)	134

J)	Forringelse af den tekniske dialog og af konkurrencen ved restriktiv fortolkning af ligebehandlingsprincippet	135
K)	Aftale mellem ordregiveren og rådgiver om rådgiverens udelukkelse	136
L)	Ordregiverens skøn	137
4.3.1	Forebyggelse og afhjælpning af inhabilitet	138
5.	Forhandlingsforbudet	139
5.1.	Forhandlingsforbudet i grundtræk	139
5.1.1.	Indledning	139
5.1.2.	Forhandlingsforbudets formål	142
5.1.3.	Forhandlingsbegrebet	143
5.1.4.	Præcisering og supplerings	145
5.1.5.	Fælleserklæringen og forhandlingsforbudet	146
5.1.6.	Forhandlingsforbudets tidsmæssige udstrækning	148
A)	Før udbudsbekendtgørelsen	148
B)	Efter udbudsbekendtgørelsen indtil tildelingen af kontrakten	149
C)	Efter tildelingen af kontrakten	150
5.2.	Dialog med potentielle tilbudsgivere efter udbudsbekendtgørelsen indtil tilbudsfristens udløb	153
5.2.1.	Dialog med potentielle tilbudsgivere vedrørende de fastlagte udbudsbetingelser	153
5.2.1.1.	Adgang til dialog med potentielle tilbudsgivere	153
5.2.1.2.	Ændringer i udbudsbetingelserne i forlængelse af dialogen med tilbudsgiverne	156
A)	Ændringer inden for rammerne af udbudsbetingelserne i udbudsbekendtgørelsen	157
B)	Ændringer der strider mod udbudsbetingelserne i udbudsbekendtgørelsen	158
5.2.2.	Dialog med potentielle tilbudsgivere før udarbejdelsen af det supplerende udbudsmateriale	161
5.2.2.1.	Dialog med enkeltstående tilbudsgivere	162
5.2.2.2.	Dialogen udstrækkes til samtlige ansøgere eller prækvalificerede	163
5.3.	Dialog efter budgivning før tildeling af kontrakt	165
5.3.1.	Afviigelser fra udbudsbetingelserne (forbehold m.v.)	166
5.3.1.1.	Grundlæggende afviigelser fra udbudsbetingelserne	168
5.3.1.1.1.	Afviigelser fra de materielle udbudsbetingelser	170
A)	Krav til Kerneydelsen	171
B)	Krav til leveringstidspunktet for ydelsen	174
C)	Prissætning af krav til ydelsen i bred forstand	176
5.3.1.1.2.	Fravigelser fra de formelle udbudsbetingelser	179
5.3.1.2.	Alternative bud	184
A)	Fakultative alternative bud	185
B)	Obligatoriske alternative bud	186

5.3.2.	Præcisering af fejl og uklarheder i tilbudene	187
5.3.2.1.	Priser	188
5.3.2.2.	Forbehold	193
5.3.2.3.	Tilbudets omfang	196
5.3.2.4.	Sammenfattende kommentar til adgangen til præcisering	198
5.3.3.	Ordregivers adgang til forhandling med bedste tilbudsgiver før tildeling af kontrakt	200
5.3.4.	Adgang til ensidigt at beskære det bedste tilbud	203
5.3.5.	Ordregivers adgang til at ændre udbudsbetingelserne med virkning for samtlige tilbudsgivere efter budgivningen	209
5.3.5.1.	Introduktion	209
5.3.5.1.1.	EF-domstolens tvetydige praksis	211
5.3.5.1.2.	Klagenævnets stillingtagen	212
5.3.5.1.3.	Den juridiske litteratur	214
5.3.5.2.	Ændring af udbudsbetingelserne i særlige tilfælde	216
5.3.5.2.1.	Ændring af vedståelsesfristen	216
5.3.5.2.2.	Ændring af tidsplanen	217
5.3.5.2.3.	Ændringer ved overgang til udbud efter forhandling	218
5.3.5.3.	Formelle krav til sikring af ligebehandling og gennemsigtighed	219
6.	Ordregivers annullation af udbudsproceduren	223
6.1.	Introduktion	223
6.2.	Det formelle begrundelseskrav ved annullation af udbudsprocedurer	226
A)	Begrundelseskravet efter de klassiske udbuds-direktiver	226
B)	Begrundelseskravet efter forsyningsvirksomheds-direktivet	227
6.3.	Det materielle krav om saglig grunde for annullation	228
6.4.	Det skærpede begrundelseskrav - kravet om korrekt begrundelse	230
6.5.	Ligebehandling ved forskellige typer af annullation	232
6.5.1.	Annullection uden efterfølgende indgåelse af aftale	234
6.5.1.1.	Annullection som følge af kontrolbud	235
6.5.2.	Annullection med henblik på omgørelse af udbudsproceduren	237
6.5.2.1.	Tilbudspriserne overstiger ordregiverens budgetramme	238
6.5.2.2.	En anden ydelse er mere fordelagtig	238
6.5.2.3.	En anden tilrettelæggelse af proceduren er mere fordelagtig	239
6.5.2.4.	Ordregiver har begået væsentlige fejl under proceduren	241
6.5.2.4.1.	Ulovlige tildelingskriterier og manglende bekendtgørelse af tildelingskriterier	241
A)	Berigtigelse ved bekendtgørelse af nye tildelings-kriterier	242
B)	Anvendelse af andre tildelingskriterier end de bekendtgjorte	243
1)	Substitution med kriteriet laveste pris	243
2)	Delvis anvendelse af bekendtgjorte tildelings-kriterier	245
6.5.2.4.2.	Overtrædelse af forhandlingsforbudet	247

6.5.2.4.3.	Udbudsbetingelserne er uklare eller mangelfulde	248
6.6.	Faktorer af almindelig relevans ved vurdering af ordregivers annullation af udbudsproceduren	249
A)	Fuldstændig annullation eller annullation med henblik på omgørelse	249
B)	Tidspunktet for annullationen	249
C)	Ordregiveren tilsigter ulovlig forskelsbehandling	250
D)	Annullationen sikrer eller fremmer konkurrencen	251
F)	Begrundelsens gennemsigtighed	252
G)	Værdispildsbetragtninger	252
H)	Forbehold for annullation i udbudsbetingelserne	253
6.7.	Kontraheringspligt afledt af doktrinen om saglige grunde	254
6.8.	Forhandlingsforbudet som hindring for håndhævelsen af kravet om saglige grunde	259
7.	Konklusioner	265
7.1.	Ligebehandlingsprincippetets kerne	265
A)	Princippet er relevant ved interesseafvejningen	266
B)	Lav prioritering af det offentlige interesse	266
C)	En lighedsgrundsætning sui generis	267
7.2.	Analyse og perspektivering	269
7.2.1.	Udbudsdirektivernes lovtekniske kvalitet	269
7.2.1.1.	Uklarheder i udbudsdirektiverne	269
A)	Uklare formuleringer i udbudsdirektiverne	269
B)	Manglende indskrivning af grundlæggende principper og forudsætninger	270
7.2.1.2.	Prioritering af detailregler frem for principper	271
7.2.2.	Den oversete harmonisering af udbudsområdet	272
7.2.3.	Faldgruber for fortolkeren af EU's udbudsregler	273
7.2.3.1.	Modsætningsslutninger fra udbudsdirektiverne	273
7.2.3.2.	Analogier fra national ret	274
7.2.4.	Håndhævelsen ved Klagenævnet for Udbud	275
7.2.4.1.	Integrationsfremmende tendenser i Klagenævnets praksis	276
A)	Hyppige formålsfortolkninger og prioritering af ligebehandling og gennemsigtighed	276
B)	Hyppig anvendelse af obiter dicta og udførlige begrundelser m.v.	277
C)	Skærpet prøvelse af ordregiverens forklaringer	277
D)	Annullation af beslutninger om tildeling eller indgåelse af kontrakt	278
7.2.4.2.	Tendensen til en vis opprioritering af det offentlige interesse	278
7.2.4.2.1.	Sanktioneringen begrænses til konstatering af overtrædelsen	278
7.2.4.2.2.	Den konkrete væsentlighedsvurdering afsvækker effektiviteten	279
7.2.4.3.	Baggrunden for Klagenævnets pragmatiske fortolkningsstil	281

7.2.5.	Forestillingen om udbudsprocedurernes manglende fleksibilitet	282
7.2.6.	Er udbudsreglerne baseret på forkerte forudsætninger?	283
7.2.6.1.	Antagelsen om diskriminationshensigt hos ordregiverne	283
7.2.6.2.	Overdrevne forventninger til grænseoverskridende budgivning	286
7.2.7.	Egnethed til privat autonomi versus offentlig regulering	286
	A) Generel deregulering	287
	B) Inhabilitet og forhandlingsforbud	288
7.2.8.	Behovet for grundlæggende ændringer	289
	Summary in English	291
	Forkortelser	297
	Litteratur	299
	Domsregister (EF-domstolen og Retten i Første Instans)	305
	Register over kendelser fra Klagenævnet for Udbud	309
	Stikordsregister	315

KAPITEL 1

Indledning

1. Indledning

1.1. Problemstilling- og afgrænsning

Det er kun få år siden, at EF-domstolen i C-243/89, Kommissionen mod Danmark, fastslog,¹ at bygge- og anlægsgdirektivet skal fortolkes i lyset af en almindelig lighedsgrundsætning² støttet på en formålsfortolkning af det pågældende direktiv. Efterfølgende er lighedsgrundsætningen blevet indskrevet i samtlige udbudsdirektiver,³ hvor det foreskrives, at udbyderne skal påse, at tilbudsgiverne ikke forskelsbehandles.⁴

¹ Dette skete i 1993 med afgørelsen i C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Saml. I 1993 s. 3353 på Kommissionens foranledning. Se særligt præmis 33 i afgørelsen.

² Se nærmere om den almindelige lighedsgrundsætning som begreb og betegnelse i afsnit 3.1.

³ Direktiv 93/37, EFT. 1993 L199/54 (bygge- og anlægsgdirektivet); direktiv 93/36, EFT. 1993 L199/1 (vareindkøbsdirektivet); direktiv 92/50, EFT. 1992 L209/1 (tjenesteydelsesdirektivet); direktiv 93/38, EFT. 1993 L199/84 (forsyningsvirksomhedsdirektivet). Direktiverne i de klassiske sektorer er blevet ændret med direktiv 97/52, EFT. 1997 L328/1 og forsyningsændringsdirektivet er blevet ændret med direktiv 98/04, EFT. 1998 L101/1.

⁴ Jf. tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4, stk. 2. Se endvidere vareindkøbsdirektivets artikel 5, stk. 7 og bygge- og anlægsgdirektivets artikel 6, stk. 6, der begge blev tilføjet med direktiv 97/52.

Denne lighedsgrundsætning benævnes sædvanligvis *ligebehandlingsprincippet* i dansk juridisk litteratur⁵ og i praksis fra Klagenævnet for Udbud, der er det primære kontrolorgan på udbudsområdet i Danmark. EF-domstolen omtaler i stedet lighedsgrundsætningen som *princippet om ligebehandling af tilbudsgivere*.⁶ EF-domstolens terminologi afleder opmærksomheden fra, at princippet ikke blot beskytter tilbudsgivere, men tillige beskytter virksomheder, der endnu ikke har afgivet tilbud, og i et vist omfang virksomheder, der end ikke har deltaget i den pågældende udbudsprocedure.⁷ Som følge heraf anvendes betegnelsen ligebehandlingsprincippet i denne fremstilling.

Ligebehandlingsprincippet umiddelbare adressat er, som det fremgår af udbudsdirektiverne, ordregiveren, der har pligt til at påse, at tilbudsgiverne ikke forskelsbehandles. Ligebehandlingsprincippet indebærer imidlertid, at tilbudsgiveren eller en potentiel tilbudsgiver, som en refleksvirkning af ordregiverens pligt til at sikre ligebehandling, skal forholde sig på en bestemt måde for ikke at blive udelukket fra deltagelse i udbudsproceduren eller for at komme i betragtning som tilbudsgiver. Eksempelvis skal en tilbudsgiver udforme sit tilbud klart og uden selvmodsigelser, for at ordregiveren kan tage tilbudet i betragtning, da efterfølgende præcisering af tilbudet ofte vil være udelukket p.g.a. ligebehandlingsprincippet, jf. herved nærmere i kapitel 5 om forhandlingsforbudet. Man kan udlægge dette forhold som en pligt for tilbudsgiveren til at være omhyggelig ved udarbejdelsen af tilbudet, jf. således Retten i Første Instans i T-19/95, *Adia Interim*.⁸

Ligebehandlingsprincippet har været det bærende retsprincip ved udformningen af EU's udbudsdirektiver, da hovedformålet med udbudsdirektiverne er at åbne markedet for offentlige kontrakter i Fællesskabet for effektiv konkurrence gennem et regelsæt, der sikrer ligebehandling og gennemsigtighed, jf. herved nærmere i afsnit 2.2.

⁵ Jf. Peter Wengler-Jørgensen og Katja Høegh, UfR 1994 B 311 ff.; Erik Hørlyck s. 49; Ruth Nielsen s. 71; Peter Lund Meyer f.eks. s. 401; Steen Treumer, UfR 1997 B 237 ff.; Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's udbudsdirektiver (Peter Dethlefsen) s. 15. Sune Troels Poulsen anvender dog betegnelsen lighedsprincippet i UfR 1998 B s. 61 ff.

⁶ Jf. C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Saml. 1993 I s. 3353 præmis 33; C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Saml. 1996 I s. 2043 præmis 54. Retten i Første Instans benyttede samme terminologi i T-203/96, *Embassy Limousines & Services*, dom af 17. december 1998, men benyttede dog betegnelsen ligebehandlingsprincippet i T-19/95, *Adia Interim*, Saml. 1996 II s. 321.

⁷ Jf. nærmere om beskyttelsen af de såkaldte hypotetiske tilbudsgivere i afsnit 3.2.1.1.3.

⁸ Jf. T-19/95, *Adia Interim*, Saml. 1996 II s. 321 og Rettens formulering i præmis 47. Denne afgørelse behandles indgående under afsnit 5.3.2.1.

Princippet er blevet konkretiseret i form af et betydeligt antal af detailregler i udbudsdirektiverne, men en nærmere analyse af udbudsdirektiverne afdækker imidlertid, at retstilstanden er uklar på flere områder af grundlæggende betydning for ligebehandlingsproblematikken, hvilket er bemærkelsesværdigt, når regelsættets kompleksitet og til tider belastende høje detajeringsgrad tages i betragtning.

EF-domstolens praksis har kun bidraget til en yderst begrænset afklaring af det nærmere indhold af ligebehandlingsprincippet, da Domstolen kun har haft mulighed for at fortolke ligebehandlingsprincippet i et fåtal af afgørelser.⁹ Dette skal ses i sammenhæng med, at EF-domstolens praksis på udbudsområdet i stedet navnlig har vedrørt spørgsmålet om medlemsstaternes mangelfulde eller manglende gennemførelse af udbudsdirektiverne, i nogen grad spørgsmålet om hvilke retssubjekter der er omfattet af udbudspligten¹⁰ samt tilfælde af uberettiget anvendelse af udbudsformen udbud efter forhandling.¹¹

Tilsvarende har den juridiske litteratur kun i begrænset omfang medvirket til at klarlægge indholdet af ligebehandlingsprincippet, da litteraturen i vidt omfang undgår at foretage en grundigere analyse af ligebehandlingsprincippet. Det er den absolutte hovedregel, at ligebehandlingsprincippet udelukkende behandles sporadisk i teoretiske fremstillinger af EU's udbudsregler, skønt alle synes enige om princippets centrale placering.

Denne afhandling tager sit udgangspunkt i ligebehandlingsprincippet, netop fordi princippet, sammen med gennemsigtighedsprincippet,¹² udtrykker de bærende hensyn bag EU's regulering af udbudsområdet, og afhandlingen er tilsyneladende den eneste større fremstilling af udbudsreglerne i både dansk og international litteratur med dette udgangspunkt.

Formålet med afhandlingen er særligt at analysere, systematisere og konkretisere de forpligtelser, der følger af ligebehandlingsprincippet, med udgangspunkt i en række udvalgte kerneområder og om muligt at fremsætte retsdogmatiske udsagn om det nærmere indhold af ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler.

⁹ Se C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Saml. I 1993 s. 3353, C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Saml. 1996 I s. 2043 samt afgørelsen fra Retten i Første Instans T-19/95, Adia Interim, Saml. 1996 II s. 321 og T-203/96, Embassy Limousines & Services, dom af 17. december 1998.

¹⁰ Se hertil afsnit 2.3.2.1 med henvisninger til retspraksis.

¹¹ Se udbud efter forhandling i afsnit 2.3.2.2 med henvisninger til retspraksis.

¹² Se nærmere om gennemsigtighedsprincippet i afsnit 2.2.

De udvalgte kerneområder er inhabilitet, forhandlingsforbudet og ordregiverens annullation af udbudsproceduren, der gøres til genstand for udførlig behandling i kapitlerne 4-6.

Inhabilitetsproblematikken relaterer sig typisk til overtrædelse af ligebehandlingsprincippet ved, at ordregiveren tillader, at en virksomhed deltager i udbudsproceduren, til trods for at den pågældende virksomhed burde have været udelukket fra at deltage i konkurrencen om den offentlige kontrakt, fordi virksomheden har indgået i teknisk *dialog* med ordregiveren om udbudsproceduren *før* udbudsbekendtgørelsen.

Det mest markante udslag af ligebehandlingsprincippet er forhandlingsforbudet, hvorefter forhandling mellem ordregiver og de virksomheder, der deltager i udbudsproceduren, som udgangspunkt er udelukket ved anvendelsen af udbudsformerne offentligt og begrænset udbud. Overtrædelser af forhandlingsforbudet vedrører normalt *dialog* mellem ordregiver og den pågældende virksomhed *efter* udbudsbekendtgørelsen og ofte efter tilbuden indlevering.

EU's udbudsdirektiver åbner mulighed for, at en ordregiver kan annullere udbudsproceduren, dvs. undlade at indgå en aftale, der har været udbudt eller beslutte at gøre udbudsproceduren om. Det er umiddelbart uklart, hvilke omstændigheder der sagligt kan begrunde ordregivers beslutning om annullation af udbudsproceduren, fordi spørgsmålet overhovedet ikke er berørt nærmere i udbudsdirektiverne, og spørgsmålet er ikke blevet præciseret i EF-domstolens praksis.

De udvalgte kerneområder har flere fællestræk, der berettiger, at opmærksomheden koncentrerer sig om konsekvenserne af ligebehandlingsprincippet på disse områder. Kerneområderne er bl.a. kendetegnet ved, at der stilles *betydelige* krav til ordregiveren og virksomhederne, der er involveret i udbudsproceduren, både før, under og efter udbudsprocedurens afslutning.¹³

Et andet forhold er, at det er *særlig kompliceret at fastlægge retstilstanden* på netop disse områder, fordi udbudsdirektiverne, de øvrige retskilder og den juridiske litteratur i høj grad lader relevante problemstillinger henstå uafklarede. Dette får afgørende betydning, fordi de berørte problemstillinger har *relevans for enhver, der regelmæssigt foretager EU-udbud*.

Det er derfor ikke overraskende, at kerneområderne desuden er karakteriseret ved hyppigt at give anledning til tvister i udbudspraksis i Danmark, hvor spørgsmål i tilknytning hertil ofte er blevet behandlet ved Klagenævnet for Udbud.

I analysen af kerneområderne vil praksis fra Klagenævnet for Udbud blive inddraget i vidt omfang. Dette skyldes for det første, at Nævnets praksis har afgørende betydning for udviklingen af udbudspraksis i Danmark, da EF-domstolens fortolkningsbidrag vedrørende ligebehandlingsprincippet er yderst begrænset, og fordi realiteten er, at Klagenævnets praksis grundlæggende normerer fortolkningen af ligebehandlingsprin-

¹³ Se afsnit 5.1.6 om forhandlingsforbudets tidsmæssige udstrækning.

cippet. Sidstnævnte forhold er en konsekvens af, at Klagenævnets kendelser sædvanligvis ikke indbringes for de ordinære domstole og af, at de ordinære domstole i realiteten ikke benyttes som selvstændigt alternativ til Klagenævnet, jf. herved nærmere afsnit 2.5.3.

For det andet kan Nævnets praksis have særlig betydning som inspirationskilde ved fortolkning og udvikling af praksis i de øvrige medlemsstater, da EF-domstolen og flertallet af domstole og kontrolorganer i de øvrige medlemsstater kun i yderst begrænset omfang har haft lejlighed til at tage stilling til sager om ligebehandlingsprincippet overholdelse. Dette forhold følger allerede af, at domstolspraksis og klagenævnpraksis på udbudsområdet er begrænset i flertallet af de øvrige medlemsstater jf. herved afsnit 2.4.¹⁴ Klagenævnet for Udbud har derimod fortolket ligebehandlingsprincippet i et betydeligt antal sager vedrørende inhabilitet, forhandling og usaglig annullation af udbudsproceduren.

Den danske lovgivers valg af metode til gennemførelse af de materielle udbudsdirektiver er med til at højne værdien af Nævnets praksis for den udenlandske fortolker. Lovgiver har afstået fra at omskrive direktiverne, men har i stedet valgt at optage direktiverne som bilag til gennemførelseslovgivningen, der kun indeholder få indledende bestemmelser, der ikke ændrer direktivernes indhold væsentligt, jf. afsnit 2.3.

Ved denne form for gennemførelse af direktiverne sikres det i så høj grad som muligt, at der er overensstemmelse mellem direktiverne i deres oprindelige form og den danske gennemførelseslovgivning. Dette indebærer, at fortolkningsspørgsmål, der forelægges Klagenævnet for Udbud, ligger så tæt op ad udbudsdirektivernes ordlyd, som det næsten er muligt. Klagenævnet er derfor privilegeret ved at kunne fortolke direktiverne uden at skulle tage hensyn til ændringer og fortolkninger af direktivteksten foretaget af den danske lovgiver.

Endelig skærper det interessen, at Klagenævnet for Udbud har en høj standard, både set i forhold til Nævnets sammensætning og i forhold til Nævnets procesregler, jf. herved afsnit 2.5.1.1. Nævnets formand og to næstformænd er udnævnte dommere, mens de øvrige 16 medlemmer er sagkyndige, og Nævnets procesregler har flere lighedstræk med procesreglerne ved de danske domstole. Det danske håndhævelsessystem, med Klagenævnet for Udbud som central kontrolinstans, gør det desuden muligt at udvikle en *ensartet praksis* på området. Det skal i tilknytning hertil bemærkes, at det er sjældent, at der afgives dissens i Nævnets praksis.

Flertallet af medlemsstaterne i EU har ikke oprettet et klagenævn med henblik på at behandle klager over overtrædelser af udbudsreglerne jf. afsnit 2.4. men denne opgave

¹⁴ Jf. henvisningen i afsnit 2.4 til Kommissionens komparative undersøgelse fra 1996 af kontrolreglerne i samtlige 15 medlemsstater, der tillige omfattede rets- og klagenævnpraksis i medlemsstaterne.

påhviler i stedet udelukkende domstolene, hvilket gennemgående synes at resultere i, at antallet af søgsmål begrænses. I Sverige, hvor udbudstvister henhører under de ordinære domstole, er der undtagelsesvis en omfattende retspraksis vedrørende EU's udbudsregler, men praksis er tilsyneladende uensartet og af meget svingende kvalitet.¹⁵

1.2. Plan for fremstillingen

I kapitel 2 analyseres udbudsreglernes udvikling, formål, grundindhold samt det danske kontrolsystem. Behandlingen af kernebegreberne er en forudsætning for den efterfølgende analyse, og afsnit 2.2. om udbudsdirektivernes formål skal særligt fremhæves, fordi afsnittet har afgørende betydning for den efterfølgende analyse af kerneområderne i kapitel 4-6.

I kapitel 3 sættes ligebehandlingsprincippet i kontekst, og kapitlet indledes med en introduktion af lighedsgrundsætninger og diskriminationsforbud. Herefter sættes ligebehandlingsprincippet ind i en EU-retlig kontekst, og der tages stilling til, om ligebehandlingsprincippet er en lighedsgrundsætning *sui generis*. I tilknytning hertil analyseres, hvilke krav og begrænsninger der kan opstilles til den offentlige indkøber på grundlag af den almindelige lighedsgrundsætning i EU-retten, når indkøbet er uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde. Afslutningsvis sammenholdes ligebehandlingsprincippet med den almindelige lighedsgrundsætning i dansk stats- og forvaltningsret.

Kapitel 4-6 indeholder en analyse af de nærmere konsekvenser af ligebehandlingsprincippet i forhold til kerneområderne introduceret i afsnit 1.1. Inhabilitet behandles i kapitel 4, forhandlingsforbudet i kapitel 5 og ordregivers annullation af udbudsproceduren i kapitel 6.

Kapitel 7 er afhandlingens konklusioner. Formålet med konklusionerne er dels at give et grundrids af afhandlingens hovedresultater, dels at hæve niveauet for analysen yderligere gennem en perspektivering af en række overordnede problemstillinger, der er blevet afdækket ved den nuancerede fastlæggelse af ligebehandlingsprincippets konsekvenser i de foregående kapitler.

¹⁵ Jf. Nämnden för offentlig upphandling (NOU), Sverige, der har påpeget, at identiske fortolkningsspørgsmål i en række tilfælde er faldet vidt forskelligt ud ved de svenske domstole. Dette tolkes af NOU som et udslag af, at der er mangel på ekspertise ved de ordinære domstole, og det fremføres, at det bør overvejes at indføre et system, der modsvarer Danmark og Finlands kontrolsystem. Se kommentaren af 16. februar 1998 vedrørende rapporten fra Riksdagens revisorer 1997/98,3 om offentlige indkøb, der kan findes på NOU's hjemmeside under "remissvar".

KAPITEL 2

Kernebegreber

2. Kernebegreber

2.1. Udviklingen af EU's udbudsregler¹⁶

Det europæiske marked for offentlige kontrakter har været karakteriseret ved, at det offentlige i den enkelte medlemsstat koncentrerede sine indkøb hos nationale leverandører, og nationale leverandører er i vidt omfang blev foretrukket og beskyttet i forhold til udenlandske leverandører.¹⁷

Det er bemærkelsesværdigt, at spørgsmålet om forskelsbehandling i forbindelse med offentlige indkøb til trods herfor kun blev ofret ringe opmærksomhed i de første mange år af EF's historie fra 1958 indtil midten af 1980'erne, hvor reguleringen af fremgangs-

¹⁶ Kapitel 1 hos J.M. Fernández Martín indeholder en omfattende og dybtgående analyse vedrørende udviklingen af EU's udbudsregler. Se Ruth Nielsen om den generelle udvikling af udbudsområdet i Danmark s. 46 ff.

¹⁷ Baggrunden for det begrænsede antal af grænseoverskridende indkøb skyldes langt fra kun ordregivernes bevidste favorisering af nationale leverandører. Se hertil Poul Thøis Madsens analyse i Ph.D.-afhandlingen, Offentlige indkøb og det indre marked - konsekvenser af EF-udbud med særligt henblik på innovationsprocesser, Aalborg Universitet, 1996, af en række barrierer for udenlandske leverandørers salg til ordregivere i Danmark. Forfatteren fremhæver bl.a. de såkaldte logistiske barrierer, dvs. behovet for at være til stede på markedet, og at langt de fleste væsentlige internationale firmaer allerede er etableret i Danmark gennem datterselskaber o.lign., jf. s. 132-36. Se ligeledes J.M. Fernández Martín s. 121 ff. og afsnit 7.2.6 i nærværende fremstilling.

måderne for offentlige indkøb for alvor blev sat på den politiske dagsorden i forbindelse med realiseringen af det indre marked.

Traktaten indeholdt ikke og indeholder ikke bestemmelser med særlig henblik på regulering af fremgangsmåderne for offentlige indkøb,¹⁸ men flere af Traktatens bestemmelser har dog betydning for åbningen af markedet for offentlige kontrakter for udenlandske leverandører. Disse bestemmelser er navnlig bestemmelserne om varenes og tjenesteydelseernes frie bevægelighed i artikel 28 og artikel 49 (tidligere artikel 30 og 59), bestemmelserne om etableringsfriheden i artikel 43 (tidligere artikel 52) og om arbejdskraftens frie bevægelighed i artikel 39 (tidligere artikel 48) samt det generelle forbud mod nationalitetsdiskrimination i Traktatens artikel 12 (tidligere artikel 6).

EF-domstolen har direkte anvendt Traktatens bestemmelser på offentlige indkøb i flere tilfælde. Til eksempel fastslog Domstolen, at Danmark bl.a. havde overtrådt Traktatens daværende artikel 30, 48 og 59 i C-243/89, Kommissionen mod Danmark, (Storebæltssagen),¹⁹ der er en af de mest kendte sager på udbudsområdet både i Danmark og i udlandet.²⁰ Det er paradoksalt, at Danmark som følge af Storebælt-sagen har opnået herostratisk berømmelse på udbudsområdet, når der henses til den betydelige aktivitet, der efterfølgende har været udfoldet fra dansk side for at sikre, at EU's udbudsregler efterleves.

Danmarks kontrolsystem er et af de mest effektive i EU, jf. nærmere i afsnit 2.5, og EU's udbudsdirektiver er i det væsentlige blevet gennemført rettidigt og korrekt i modsætning til retstilstanden i mange andre medlemsstater. I Kommissionens Grøn bog om offentlige indkøb, KOM (96) 583 fra ultimo 1996 anførtes det s. 5, at kun tre medlemsstater fuldt ud havde gennemført udbudsdirektiverne i national ret. Det er ikke udtrykkelig nævnt i Grønbogen, men Danmark var en af disse medlemsstater.

I starten af 1970'erne blev de første udbudsdirektiver udstedt,²¹ med henblik på at standse medlemsstaternes favorisering af nationale virksomheder ved offentlige indkøb, som et supplement til Traktatens bestemmelser. Direktiverne vedrørte ikke alle

¹⁸ Se dog Traktatens artikel 183, stk. 4 (tidligere artikel 132, stk. 4) vedrørende adgang til deltagelse i licitationer finansieret af Fælleskabet, artikel 296 (tidligere 223) vedrørende handel med våben og artikel 163, stk. 2 (tidligere artikel 130 F) vedrørende forskning og teknologisk udvikling.

¹⁹ C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Saml. 1993 I s. 3353.

²⁰ C-45/87, Kommissionen mod Irland, (Dundalk-sagen), Saml. 1988 s. 4929 er en anden af de mest kendte udbudssager, hvor EF-domstolen har anvendt Traktatens bestemmelser (den daværende artikel 30) på et offentligt indkøb.

²¹ Direktiv 71/305 EFT 1971 L 185/ 5 (bygge- og anlægsdirektivet) og direktiv 77/62 EFT 1977 L 13/1 (vareindkøbsdirektivet).

former for offentlige kontrakter, men alene bygge- og anlægskontrakter og vareindkøb, og det var først i 1990'erne, at alle former for offentlige kontrakter blev direktivregulerede med udstedelsen af forsyningsvirksomhedsdirektivet og tjenesteydelsesdirektivet. Den første generation af udbudsdirektiver førte dog ikke til den ønskede åbning af markedet for offentlige kontrakter, hvilket blev fastslået af Kommissionen i dennes rapporter til Rådet i henholdsvis 1984 og 1986 om spørgsmålet.²²

Kommissionen kunne konstatere, at de offentlige indkøbere generelt undlod at følge de fremgangsmåder, der var beskrevet i udbudsdirektiverne, hvilket af Kommissionen blev fortolket som et udslag af bevidst tilsidesættelse af regelsættet. Direktiverne var desuden "gennemført" ved administrative forskrifter i flere medlemsstater, hvilket ikke understøttede reglernes bindende karakter og reducerede opmærksomheden i relation til regelsættet betydeligt.²³ De oprindelige udbudsdirektiver tog desuden ikke højde for, at der manglede effektive kontrolmekanismer i medlemsstaterne, og at tilbudsgiverne gennemgående ikke var sikret kompensation for overtrædelser af udbudsdirektiverne i form af erstatning. Hertil kommer, at den centrale håndhævelse af regelsættet var nærmest ikke-eksisterende, hvilket illustreres af, at der fra 1977 til 1984 alene blev anlagt 2 traktatbrudssøgsmål på udbudsområdet.²⁴ På denne baggrund synes det alt andet end overraskende, at de første udbudsdirektiver ikke havde den tilsigtede virkning.

Herefter fulgte en gennemgribende regulering af udbudsområdet gennem udstedelsen af en række direktiver, der både vedrører fremgangsmåden for indgåelse af offentlige kontrakter, og som normalt betegnes EU's udbudsregler eller EU's udbudsdirektiver, samt to kontroldirektiver udstedt med henblik på sikring af hurtig og effektive kontrolmekanismer på udbudsområdet.²⁵ Den grundlæggende revision af udbudsregler-

²² KOM (84) 717 og KOM (86) 375.

²³ De første udbudsdirektiver blev i Danmark gennemført ved cirkulærer. Se Boligministeriets cirkulære nr. 214 af 4. oktober 1974 om EF-Rådets direktiver vedrørende liberalisering og samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (bygge- og anlægsgdirektivet) og cirkulære nr. 101 af 19. juni 1978 om EF-rådsdirektiv om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (vareindkøbsdirektivet). Det var først i 1990, at udbudsdirektiverne blev gennemført ved lov i Danmark. Se hertil nærmere i Ruth Nielsen s. 46 ff. og Gregers Larsens danske rapport til F.I.D.E. 1990, s. 55 ff.

²⁴ Jf. J. M. Fernández Martín s. 22.

²⁵ Det grundlæggende indhold af det materielle regelsæt omtales nærmere i afsnit 2.3, mens kontrolreglerne behandles i afsnit 2.4 og afsnit 2.5, hvor det sidstnævnte afsnit særligt vedrører det danske kontrolsystem.

ne kulminerede først i 1990'erne med udstedelsen af det første forsyningsvirksomhedsdirektiv i 1990 og tjenesteydelsesdirektivet i 1992.²⁶

Udbudsområdet gennemgik i løbet af få år en grundlæggende forvandling fra et retsområde i dvaletilstand til et område i rivende udvikling, hvilket på rammende vis er beskrevet af J.M. Fernández Martín, der s. 16 anfører, at “Public Procurement was transformed from a dormant topic to a highly dynamic one and became the object of abundant academic works, conferences and seminars, supranational legislative measures and a hyperactive Commission policy”.

2.2. Formålet med EU's udbudsdirektiver

Hovedformålet med Udbudsdirektiverne er at åbne markedet for offentlige kontrakter i Fællesskabet for effektiv konkurrence gennem et regelsæt, der sikrer ligebehandling af tilbudsgiverne og gennemsigtighed ved tildelingen af offentlige kontrakter.

Der har i medlemsstaterne været tradition for at benytte offentlige indkøb til at varetage bredere samfundspolitiske mål i stedet for blot at sigte mod det kommercielt bedste indkøb. Offentlige indkøb har bl.a. været anvendt som økonomiske redskaber til at beskytte national industri mod udenlandske konkurrenter, til at fremme den økonomiske vækst i underudviklede regioner, til at fremme den generelle økonomiske aktivitet eller til at sikre fortsat aktivitet og beskæftigelse i bestemte sektorer.

Udbudsdirektiverne skal ses i sammenhæng med denne tradition, og regelsættet er en reaktion på offentlige indkøbers favorisering af tilbudsgivere fra deres egen medlemsstat samt en reaktion på, at offentlige kontrakter ofte ikke blev indgået med de virksomheder, der kunne tilbyde de kommercielt bedste løsninger af det offentlige behov.

Udbudsdirektiverne er et udtryk for en fundamentalt anderledes tilgangsvinkel til offentlige indkøb, og reguleringens sigte er at tvinge den offentlige indkøber til at føre en indkøbspolitik, der i det væsentlige modsvarer en privat virksomheds indkøbspolitik, hvor der følges et strengt økonomisk rationale, og hvor valget af medkontrahent principielt styres af, hvem der kan levere den ønskede ydelse bedst og billigst.

Udbudsreglerne er baseret på en klassisk økonomisk antagelse om, at effektiv konkurrence vil føre til den bedste udvikling for Fællesskabet. Den øgede konkurrence antages at føre til besparelser for den offentlige indkøber og at modvirke uhensigtsmæssig og uretmæssig brug af skatteydernes indbetalinger. Tilsvarende antages den effektive og øgede konkurrence at føre til væsentlig økonomisk vækst, da konkurren-

²⁶ Henholdsvis direktiv 90/531 (forsyningsvirksomhedsdirektivet) og direktiv 92/50 (tjenesteydelsesdirektivet).

cen fremmer kravene til virksomhedernes tilpasning og produktudvikling og fører til en styrkelse af de europæiske virksomheders konkurrenceevne.²⁷

De økonomiske fordele, som forventedes ved effektiv konkurrence på markedet for offentlige kontrakter i Fællesskabet, blev gjort til genstand for udførlig behandling i den såkaldte Cecchini-rapport.²⁸ De økonomiske forudsigelser i denne rapport har været gjort til genstand for kritik og er blevet betegnet som usammenhængende og overoptimistiske, og det er blevet fremhævet, at rapporten ikke tager hensyn til de afledte omkostninger som følge af virksomhedernes tilpasning til de ændrede konkurrencevilkår.²⁹

Udbudsdirektiverne indskrænker i vidt omfang ordregiverens skønsmålinger bl.a. ved at kræve, at ordregiverens medkontrahent skal vælges på grundlag af rent kommercielle kriterier,³⁰ og tilstræber at fremme den effektive konkurrence ved at sikre en høj grad af ligebehandling og gennemsigtighed ved tildelingen af offentlige kontrakter.

Ligebehandlingsprincippet, der foreskriver, at ordregiveren skal behandle tilbudsgiverne lige, kan som nævnt i kapitel 1 udledes af hovedformålet med udbudsdirektiverne, og princippet er det bærende princip i EU's udbudsdirektiver.

Ligebehandlingsprincippet suppleres af et andet væsentligt princip, der normalt benævnes *gennemsigtighedsprincippet (transparensprincippet)*,³¹ hvis formål er at gøre

²⁷ Kommissionen har for nylig anført i Grønbogen om offentlige indkøb i EU, KOM (96) 583, afsnit 2.1.2.3., at det grundlæggende formål med udbudsdirektiverne er forblevet uændret og beskriver formålet som "at skabe de nødvendige konkurrencevilkår for, at ordrer på offentlige indkøb tildeles uden forskelsbehandling, at målsætningen om en rationel anvendelse af offentlige midler opfyldes gennem valg af det bedste tilbud, at leverandørerne har adgang til et fælles marked, der frembyder gode afsætningsmuligheder, og at de europæiske virksomheders konkurrenceevne derved styrkes".

²⁸ "The Cost of non-Europe in Public Sector Procurement", WS Atkins Management Consultants, Udgivet af Kommissionen, Luxembourg 1988.

²⁹ Jf. J.M. Fernández Martín s. 42 med henvisninger.

³⁰ Udbudsdirektiverne foreskriver, at ordregiverne skal anvende tildelingskriterierne laveste bud eller det økonomisk mest fordelagtige bud. Disse tildelingskriterier omtales nærmere i afsnit 2.3.2.4.

³¹ Princippet betegnes til tider transparensprincippet inspireret af den engelske betegnelse (the principle of transparency). Se til eksempel KonkurrenceNyt, Nr. 13 s. 2. I denne afhandling anvendes betegnelsen gennemsigtighedsprincippet i overensstemmelse med den danske oversættelse af EF-domstolens afgørelse i C-87/94, Kommissionen mod Belgien, og (fortsættes...)

aftaleindgåelsen gennemsigtig med henblik på at mindske muligheden for misbrug og at lette kontrol og håndhævelse af udbudsreglerne.

I modsætning til ligebehandlingsprincippet er gennemsigthedsprincippet ikke udtrykkeligt formuleret eller nævnt³² i udbudsdirektiverne, men der henvises i flere af udbudsdirektivernes præambler til, at formålet med direktivernes regulering bl.a. er at skabe en øget gennemsigthed ved tildelingen af offentlige kontrakter. Dette kom bl.a. klart til udtryk i præamblen til et af de første udbudsdirektiver, direktiv 77/62,³³ hvor det anføres i anden betragtning, at direktivet havde til formål at sikre gennemskuelighed gennem indførelse af lige vilkår for deltagelse i indkøbsaftaler.

Først så sent som i 1996 fastslog EF-domstolen i sagen C-87/94, Kommissionen mod Belgien, at udbudsdirektiverne skal fortolkes under hensyntagen til princippet om gennemsigthed. EF-domstolen anførte i præmis 54, at fremgangsmåden ved sammenligning af tilbud på alle stadier skal overholde såvel princippet om ligebehandling af tilbudsgivere som princippet om gennemsigthed. EF-domstolen henviste forinden denne konstatering til, at det af direktivets³⁴ treogtredivte betragtning fremgår, at det har til formål at sikre et minimum af gennemsigthed ved tildelingen af de kontrakter, som det finder anvendelse på. Det fremgår heraf, at gennemsigthedsprincippet støttes på en formålsfortolkning af udbudsdirektiverne.³⁵

Gennemsigthedsprincippet er i modsætning til ligebehandlingsprincippet ikke præciseret i udbudsdirektiverne. Det er påfaldende, at Kommissionen ikke har fundet anledning til at formulere og indsætte en direktivbestemmelse om gennemsigthedsprincippet ved den seneste revision af udbudsdirektiverne, hvor ligebehandlingsprin-

³¹ (...fortsat)

Kommissionen terminologi i Grønbogen, Offentlige Indkøb i EU, KOM (96) 583 endelig udgave af 27. november 1996.

³² Lasse Simonsen anfører s. 545 i note 130, at princippet udtrykkeligt er nævnt i præamblerne til kontroldirektiverne 89/665 og 92/13, hvilket ikke er fuldstændig korrekt. Der henvises i disse præambler til, at adgang til at konkurrere på fællesskabsplan om offentlige kontrakter kræver en betydelig udvidelse af *garantierne for gennemsigthed* og ikkeforskelsbehandling.

³³ Den første version af vareindkøbsdirektivet.

³⁴ Direktiv 90/531, betragtning 45 efter ændringerne introduceret med direktiv 93/38.

³⁵ I overensstemmelse hermed Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's udbudsdirektiver 1998 s. 38, hvor der dog anes et gran af usikkerhed, idet her anføres, at princippet "hjemmel *må snarere* findes i en formålsfortolkning af direktiverne". Sml. med Ruth Nielsen, der s. 83 anfører, at de EU-retlige diskriminationsforbud implicit indeholder "et effektivitetsprincip, der kræver gennemsigthed for at forhindre skjult, indirekte diskrimination".

cippet blev indføjet i vareindkøbsdirektivet og bygge- og anlægsdirektivet. Et sådant tiltag forekommer åbenbart at være relevant og vil sikre, at både ordregivere og tilbudsgivere i højere grad er opmærksomme på de fortolkningsspørgsmål, som gennemsigtighedsprincippet giver anledning til. Der skal i denne sammenhæng bemærkes, at flere fremstillinger udgivet efter EF-domstolens afgørelse i C-87/94, Kommissionen mod Belgien, enten undlader at tage princippet op til selvstændig behandling eller alene omtaler princippet ganske kortfattet uanset dets væsentlige betydning for fortolkningen af udbudsreglerne.

Med inspiration i udbudsdirektivernes formulering af ligebehandlingsprincippet kan det forventes, at gennemsigtighedsprincippet skal formuleres som et krav til ordregiverne om at sikre, at udbudsproceduren gøres gennemsigtig i et sådant omfang, at tilbudsgiverne har en reel mulighed for at håndhæve deres rettigheder.³⁶

Gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet er nært forbundne, og principperne vil ofte kunne anføres i sammenhæng til støtte for en given fortolkning, hvilket var tilfældet i C-87/94, Kommissionen mod Belgien, i præmis 88 vedrørende Domstolens betragtninger om kravene til ordregiverens oplysninger til tilbudsgiverne om tildelingskriterierne.³⁷

Ligebehandlingsprincippet kan karakteriseres som det overordnede princip, idet gennemsigtighedsprincippet primært tjener som et middel til at sikre den ligebehandling af tilbudsgiverne, der tilsigtes med udbudsdirektiverne.³⁸

2.2.1. Lav prioritering af den offentlige interesse

Udbudsdirektivernes forholdsvis lave prioritering af hensynet til den offentlige indkøber skal særligt fremhæves.

Udbudsdirektiverne³⁹ er baseret på en antagelse om, at ordregiveren *generelt* sikres den ønskede ydelse til den bedste pris og kvalitet ved at følge forskrifterne i udbudsdirektiverne, der sikrer en høj grad af ligebehandling og gennemsigtighed,

³⁶ I overensstemmelse hermed Lasse Simonsen s. 545.

³⁷ I præmissen anføres bl.a. følgende om pligten til angivelse af tildelingskriterier i udbudsbetingelserne: "Alle tilbudsgivere har således kendskab til de kriterier for tildeling, som deres tilbud skal opfylde, samt disses relative betydning. Dette krav sikrer jo, at principperne om ligebehandling af tilbudsgiverne og gennemsigtighed overholdes".

³⁸ Jf. ligeledes Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's udbudsdirektiver, s. 39.

³⁹ Betragtningen gælder i mindre grad forsyningsvirksomhedsdirektivet, der afviger ved sin fleksibilitet i forhold til de øvrige udbudsdirektiver, dvs. bygge- og anlægsdirektivet, indkøbsdirektivet og tjenesteydelsesdirektivet.

hvilket imidlertid delvis er på bekostning af hensynet til ordregiveren i forhold til den konkrete kontrakt.

Ordregiveren må betale en høj pris for generelt at blive sikret bedste pris og kvalitet gennem regelsættet. Udbudsdirektiverne foreskriver iagttagelsen af ressourcekrævende procedurer, hvor kravene til ligebehandling og gennemsigtighed for det første er særdeles høje og for det andet gennemgående ufravigelige, selv hvor ordregiveren har en klar kommerciel interesse i at kunne fravige regelsættet i det konkrete tilfælde.

Hensynet til ordregiverens kommercielle interesse berettiger normalt ikke til en indskrænkende fortolkning af de særdeles formelle regelsæt, selv hvor konsekvenserne af en restriktiv fortolkning i det konkrete tilfælde leder til et klart uhensigtsmæssigt eller mindre tilfredsstillende resultat for ordregiveren. Dette vil f.eks. være tilfældet, hvor hensynet til ligebehandling af de øvrige konkurrenter afskærer ordregiveren fra at tage et tilbud i betragtning fra en tilbudsgiver, der har indleveret det kommercielt bedste bud. En sådan situation kan forekomme, hvor tilbudsgiveren har taget forbehold for et grundlæggende vilkår i udbudsbetingelserne, og alternativ budgivning er afskåret i henhold til udbudsbetingelserne. Den manglende fleksibilitet ved fortolkningen af EU's udbudsregler kommer mest markant til udtryk i relation til forhandlingsforbudet, der er udførligt beskrevet i kapitel 5.

Hensynet til ordregiveren og en eller flere af de tilbudsgivere, der deltager i konkurrencen om den offentlige kontrakt, vil ofte ikke være tilstrækkeligt tungtvejende til at kunne karakteriseres som såkaldte saglige grunde, der kan berettige til en forskelsbehandling i den konkrete sag. Hensynet til den effektive konkurrence er mere tungtvejende end hensynet til ordregiveren og til de deltagende tilbudsgiveres interesser⁴⁰ i den konkrete udbudsprocedure, hvilket kommer til udtryk i udbudsreglernes formalisme, der begrænser ordregiverens skøn, og den restriktive fortolkning af ligebehandlingsprincippet.

Det er bydende nødvendigt at være opmærksom på dette forhold, der grundlæggende afviger fra den gennemgående tendens i interesseafvejningen i national ret, der er nært beslægtede med EU's udbudsregler, såsom forvaltningsret og traditionelle udbudsregler i medlemsstaterne.

Der har i national regulering af indgåelse af offentlige indkøb været en klar tendens til at vægte hensynet til det offentlige højt igennem alle stadier i aftaleindgåelsen om den offentlige kontrakt, og ikke sjældent vægtes hensynet til det offentlige højere end

⁴⁰ Hensynet til den effektive konkurrence fører til en høj grad af beskyttelse af de virksomheder, som ikke har deltaget i konkurrencen, men som antages at ville have deltaget i konkurrencen om den offentlige kontrakt, hvis udbudsreglernes krav til ligebehandling og gennemsigtighed havde været opfyldt.

hensynet til ligebehandling af tilbudsgiverne ved at tillade forskelsbehandling begrundet i det offentliges interesse.⁴¹

En glimrende illustration af tendensen i national ret foreligger med den danske højesterets afgørelse i den såkaldte Grenaa-sag, U 1975.379 H,⁴² der vedrører en licitation afholdt i efteråret 1971, dvs. før Danmarks medlemskab af EF.

Grenaa Kommune havde udbudt et skolebyggeri ved en offentlig licitation. Et firma blev lavestbydende (herefter L), men ikke desto mindre indgik kommunen aftale med næstlavestbydende (herefter N) for at sikre beskæftigelsen på Grenaa-egnen, og det var åbenbart og ubestridt under sagen, at denne fremgangsmåde stred mod en bekendtgørelse fra Undervisningsministeriet om skolebyggeri. Bekendtgørelsen bestemte, at arbejde af den pågældende karakter ikke måtte forbeholdes bydende fra et bestemt geografisk område, og at billigste bud skulle antages, medmindre det måtte formodes, at den bydende ikke ville være i stand til at gennemføre arbejdet i tilfredsstillende kvalitet, på hensigtsmæssig måde eller i rette tid. En tilsvarende regel var fastsat ved cirkulære for statsligt byggeri og for kirkebyggeri.

L rejste krav om erstatning for den positive opfyldelsesinteresse, der beløb sig til godt 300.000 kr. efter L's opgørelse, og L støttede sig særligt til, at bekendtgørelsen, der var indrykket i lovtidende, var rettighedsskabende for borgerne.

Højesteret fandt ikke, at L efter karakteren af og formålet med de i bekendtgørelsen indeholdte regler havde nogen ret til som lavestbydende at få entreprisen overdraget.⁴³ Højesteret gav hermed kommunen medhold i dennes argumentation, hvorefter

⁴¹ Se J.M. Fernández Martín s. 223-24, hvor det fremhæves, at hensynet til det offentlige traditionelt har været tungtvejende ved national regulering af offentlige indkøb. Det anføres her, at "In all national orders public interest considerations are usually involved in the field of public procurement. It is not by chance that distinct principles alien to the ordinary law of contract apply to the area of public contracts. In Spain and France, the public interest is reflected not only at the enforcement level but also in the regulation of public contracts itself, through the attribution of numerous prerogatives which benefit public authorities." I forlængelse heraf anføres det, at "This public interest aspect of public authorities has largely been ignored by the main public procurement Directives".

⁴² Kommenteret af højesteretsdommer Jørgen Trolle i UfR 1975 B 391 ff.; Hans Henrik Vagner, *Entrepriseret*, 2. udgave særligt s. 64-65; Lasse Simonsen s. 515 ff.; Ruth Nielsen, særligt s. 18-19; Claus Haagen Jensen i *Forvaltningsret*, *Almindelige emner*, 2. udg. s. 171; Orla Friis Jensen i *Jens Garde m.fl., Forvaltningsret, Almindelige Emner*, 3. udg. s. 492; Lennart Lyng Andersen, Palle Bo Madsen og Jørgen Nørgaard: *Aftaler og mellemmand*, 3. udg. 1997 s. 54 og 404.

⁴³ L kunne heller ikke støtte en sådan ret på udbudsmaterialet, da der i dette var henvist til AB 1951, hvorefter udbyderen har valgfrihed mellem budene.

bekendtgørelsen var en tjenestebefaling, og efter dansk forvaltningsret⁴⁴ medførte en tilsidesættelse af en tjenestebefaling ikke ret til erstatning for borgerne, medmindre tjenestebefalingen i første række sigter på at værne disses interesser. Det var oplyst, at hovedsigtet med den lovbekendtgørelse, som bekendtgørelsen hvilede på, var at gøre byggeriet så billigt som muligt, og dermed kunne en tilsidesættelse af tjenestebefalingen ikke begrunde en ret til erstatning for L.

En sådan fortolkning er et udtryk for en typisk offentligretlig tilgangsvinkel, hvis resultat er, at hensynet til tilbudsgivernes berettigede forventninger tillægges ringe vægt. Som fremhævet i Trolles kommentar⁴⁵ til dommen var det almindeligt ved byggeri for statens og det offentliges regning, at den offentlige bygherre antog det laveste bud, og L havde derfor en vis berettiget forventning om at få entreprisen, hvis han afgav det laveste bud. En beskyttelse af en sådan interesse er bestemt ikke uvæsentlig, hvilket i den konkrete sag fremgik af, at tilbudsgiveren havde brugt ca. 30.000 kr. til udfærdigelse af budet.⁴⁶

L havde ikke nedlagt en subsidær påstand om dækning af de faktiske udgifter ved deltagelsen i licitationen, dvs. den negative kontraktsinteresse. Trolle bemærker i domskommentaren, at det havde været rimeligt, at kommunen havde anført, at der ved valget af budene ville blive taget et vist hensyn til den lokale beskæftigelse, og at L var blevet lokket til at byde uden at vide, at chancerne var noget mindre. Disse bemærkninger kan støtte en antagelse⁴⁷ om, at L havde kunnet få dækket den negative kontraktsinteresse, hvis L havde søgt denne erstattet.

En kontrakt som omhandlet i Grenaa-sagen ville i dag normalt være omfattet af bygge- og anlægsdirektivets regulering,⁴⁸ og en sag af denne karakter skulle løses helt anderledes efter EU's udbudsregler. Efter Traktatens bestemmelser i artikel 39 og 49 (tidligere artikel 48 og 59) og EU's udbudsdirektiver er det ulovligt at lade hensynet

⁴⁴ Se i overensstemmelse hermed Jens Garde m.fl. *Forvaltningsret*, Almindelige Emner, 3. udgave, 1997 s. 348 note 296, hvor det anføres, at dommen utvivlsomt er stærkt farvet af den klassiske forvaltningsrets læresætning om, at tjenestebefalinger ikke skaber ret og pligt for borgerne.

⁴⁵ UfR 1975 B 391 ff.

⁴⁶ Jf. Trolles kommentar, op.cit.

⁴⁷ Jf. Orla Friis Jensen, *Almindelige Emner*, 3. udg. s. 492, der på denne baggrund anfører, at det synes holdt åbent, om ikke kommunens optræden i den konkrete sag havde kunnet begrunde et erstatningskrav for de faktiske udgifter, selskabet havde haft til udarbejdelse af tilbud.

⁴⁸ Det forudsættes herved, at kontraktens værdi overstiger tærskelværdien i bygge- og anlægsdirektivet. Tærskelværdierne omtales nærmere i afsnit 3.1.3.

til lokal beskæftigelse influere og/eller være udslagsgivende for valget af tilbudsgiver. L ville utvivlsomt være berettiget til erstatning for kommunens usaglige forskelsbehandling og overtrædelsen af det pågældende direktiv. Hvis tildelingskriteriet er laveste bud, og det er åbenbart og ubestridt, at ordregiveren ikke har tildelt kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet laveste bud, må det antages, at den pågældende tilbudsgiver har krav på dækning af den positive opfyldelsesinteresse.⁴⁹ Det bemærkes særligt, at det følger af de såkaldte kontroldirektiver,⁵⁰ der supplerer udbudsdirektivernes materielle regler, at medlemsstaterne har pligt til at sikre, at den, der lider tab som følge af overtrædelse af udbudsreglerne, kan få erstatning.

Grenaa-sagen viser, at EU's udbudsdirektiver til trods for deres til tider belastende formalisme på visse punkter er et fremskridt set i forhold til traditionel dansk udbudsret, hvis beskyttelse af tilbudsgivernes interesser var begrænset, og hvor den retstilstand, der blev udtrykt i Grenaa-sagen, i meget høj grad ensidigt tilgodeså det offentlige offentliges interesse på bekostning af tilbudsgivernes interesser.

2.3. Udbudsdirektivernes grundindhold⁵¹

Betegnelsen EU's udbudsdirektiver eller EU's udbudsregler er normalt en henvisning til det materielle regelsæt, der består af bygge- og anlægsgdirektivet, vareindkøbsdirektivet, tjenesteydelsesdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet.⁵² Det materielle regelsæt suppleres af de såkaldte kontroldirektiver,⁵³ der er udstedt med henblik på at sikre effektive og hurtige klagemuligheder i tilfælde af overtrædelser af EU's udbudsregler. I det følgende anvendes betegnelsen EU's udbudsdirektiver om det

⁴⁹ Jf. bl.a. Ruth Nielsen s. 196; Erik Hørlyck s. 81 og for engelsk rets vedkommende Sue Arrowsmith s. 912.

⁵⁰ Se nærmere i afsnit 5.

⁵¹ For en almindelig gennemgang af udbudsdirektiverne kan der særligt henvises til Konkurrencestyrelsens vejledning, "EU's udbudsdirektiver" samt Kommissionens vejledninger til udbudsdirektiverne.

⁵² Direktiv 93/37 EFT 1993 L199/54 (bygge- og anlægsgdirektivet); direktiv 93/36 EFT 1993 L199/1 (vareindkøbsdirektivet); direktiv 92/50 EFT 1992 L209/1 (tjenesteydelsesdirektivet); direktiv 93/38 EFT 1993 L199/84 (forsyningsvirksomhedsdirektivet). Direktiverne i de klassiske sektorer er blevet ændret med direktiv 97/52 EFT 1997 L328/1 og forsyningsvirksomhedsdirektivet er blevet ændret med direktiv 98/04 EFT 1998 L101/1.

⁵³ Jf. bl.a. Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's udbudsdirektiver s. 171. Kontroldirektiverne er nærmere omtalt under afsnit 5. Ruth Nielsen betegner disse direktiver som håndhævelsesdirektiverne s. 183.

materielle regelsæt til trods for, at denne betegnelse er lettere misvisende, da betegnelsen ikke tager højde for, at kontroldirektiverne tillige har særlig tilknytning til EU's regulering af udbudsområdet.

EU's udbudsdirektiver er gennemført i dansk ret ved en række bekendtgørelser, der er blevet revideret for kort tid siden efter den seneste revision af udbudsdirektiverne ultimo 1997 og primo 1998.⁵⁴ Den danske lovgiver har som nævnt indledningsvis i afhandlingen afstået fra at omskrive direktiverne,⁵⁵ men har i stedet valgt at optage direktiverne som bilag til bekendtgørelserne, der kun indeholder særdeles få indledende bestemmelser, der ikke ændrer direktivernes indhold væsentligt. Ved denne form for gennemførelse af direktiverne sikres det i så høj grad som muligt, at der er overensstemmelse mellem direktiverne i deres oprindelige form og den danske gennemførelseslovgivning.

EU's udbudsdirektiver har siden 1993 omfattet *alle typer af offentlige indkøb*, og er opdelt på områderne bygge- og anlæg, varer og tjenesteydelser i relation til kontrakter inden for de såkaldte klassiske sektorer, hvis modstykke er forsyningssektoren. Hvert område reguleres af sit eget direktiv, der benævnes henholdsvis bygge- og anlægsgenitivet, vareindkøbsdirektivet og tjenesteydelsesdirektivet.

En undtagelse til denne systematik forligger i forhold til forsyningssektoren, der oprindeligt blev holdt uden for udbudsdirektivernes regulering og først relativt sent er blevet omfattet af EU's udbudsregulering.⁵⁶ Forsyningssektoren omfatter ordregivere, der opererer inden for vand- og energiforsyning, transport og telekommunikation, og denne sektor reguleres gennem et særskilt direktiv, der betegnes forsyningsvirksomheds-

⁵⁴ Bygge- og anlægsgenitivet som ændret ved direktiv 97/52 er gennemført ved bekendtgørelse nr. 799 af 10. november 1998 om indgåelse af bygge- og anlægskontrakter, vareindkøbsdirektivet som ændret ved direktiv 97/52 er gennemført ved bekendtgørelse nr. 788 af 5. november 1998 om indkøb af varer, tjenesteydelsesdirektivet som ændret ved direktiv 97/52 er gennemført ved bekendtgørelse nr. 789 af 5. november 1998 om indkøb af tjenesteydelser, og forsyningsvirksomhedsdirektivet som ændret ved direktiv 98/4 er gennemført ved bekendtgørelse nr. 787 af 5. november 1998 om indkøb inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation.

⁵⁵ Det skal dog bemærkes, at direktivteksten optaget i bilagene til de danske bekendtgørelser er en konsolideret version, idet bestemmelserne i ændringsdirektiverne 97/52 og 98/04 er blevet indarbejdet i den oprindelige direktivtekst. Dette letter arbejdet med direktiverne, og det kan undre, at dette redigeringsarbejde ikke er blevet gennemført af EU-lovgiveren.

⁵⁶ Med direktiv 90/531 af 17. september 1990, der skulle inkorporeres senest 1. juli 1992. Dette direktiv fik en kort levetid, da det blev ophævet og erstattet af direktiv 93/38, der skulle være inkorporeret senest 1. juli 1994. Den hurtige ændring skyldtes udvidelsen af regelsættet til også at omfatte tjenesteydelseskontrakter jf. KOM (91) 347 endelig udg. SYN 361 af 6. november 1991 s. 4.

direktivet. Direktivet indeholder en tværgående regulering af bygge- og anlæg, varer og tjenesteydelser, hvor de foreskrevne fremgangsmåder gennemgående er fælles for de tre områder.

Den politiske vilje til at formalisere og detailregulere forsyningssektoren har været langt mindre end for så vidt angår de klassiske sektorer, hvilket afspejler sig på en lang række punkter i forsyningsvirksomhedsdirektivet.⁵⁷ Dette forhold er desuden kommet til udtryk i præamblen til dette direktiv, da det anføres i betragtning 45, at "de regler, som de pågældende virksomheder skal anvende, bør danne grundlag for loyal handelspraksis og være så smidige som muligt". Det er væsentligt at være opmærksom på, at forsyningsvirksomhedsdirektivets regler gennemgående er mere fleksible end udbudsdirektiverne inden for de klassiske sektorer.

2.3.1. Udbudsdirektivernes anvendelsesområde

2.3.1.1. Eksterne leverancer

Udbudsreglerne gælder kun for eksterne anskaffelser (ex-house). EU's udbudsregler tager ikke stilling til spørgsmålet, om hvorvidt en opgave skal løses internt (in-house), eller om ydelsen skal anskaffes eksternt, og EU's udbudsregler finder først anvendelse, når ordregiveren har besluttet, at en ydelse skal anskaffes fra eksterne leverandører.

Ordregiverens beslutning om at afsøge markedet eksternt kan være et udslag af nationale forskrifter, der pålægger ordregiveren at udbyde den pågældende ydelse. I Danmark er statslige institutioner pålagt en vis pligt til udlicitering ved finansministeriets cirkulære om udbud og udlicitering.⁵⁸

2.3.1.2. Indkøbere omfattet af udbudsdirektiverne

Udbudsdirektiverne inden for den klassiske sektor omfatter offentlige myndigheder og såkaldte offentligretlige organer, der er almennyttige organer, der er undergivet en form for offentlig kontrol. Forsyningsvirksomhedsdirektivet regulerer både *private* og offentlige virksomheder inden for forsyningssektoren. De private virksomheder er beskæftiget med nærmere angivne aktiviteter inden for vand- og energiforsyning samt

⁵⁷ Et af de steder, hvor forsyningsvirksomhedsdirektivets fleksibilitet kommer klarest til udtryk, er i relation til ordregiverens valgfrihed mellem udbudsformerne offentligt udbud, begrænset udbud og udbud efter forhandling jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 20, stk. 1.

⁵⁸ Cirkulære nr. 42 af 1. marts 1994 om udbud og udlicitering af statslige drifts- og anlægsopgaver. Cirkulæret er nærmere omtalt i afsnit 6.5.1.1.

transport og telekommunikation, og denne virksomhed drives på grundlag af særlige eller eksklusive rettigheder, der er blevet indrømmet af en kompetent myndighed i en medlemsstat.

EF-domstolen har fortolket begrebet *offentlige myndigheder* i bred betydning. EF-domstolen fastslog i afgørelsen C-31/87, Beentjes, Saml. 1988 s. 4635, at bygge- og anlægsgdirektivet fandt anvendelse på et organ, der ikke var en selvstændig juridisk person, når dets sammensætning, opgaver og midlerne til at udføre disse opgaver viste, at det handlede i statens navn.

Det er af væsentlig større interesse, at EF-domstolen ligeledes har anlagt en udvidende fortolkning af begrebet *offentligretlige organer*. Det følger af udbudsdirektiverne i den klassiske sektor, at en indkøber skal opfylde 3 betingelser for at være et offentligretligt organ omfattet af udbudsdirektivernes anvendelsesområde. Organet skal 1) have til opgave at imødekomme almenhedens behov dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område,⁵⁹ 2) være en juridisk person og 3) driften skal finansieres for mere end halvdelen af staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller være underlagt disses kontrol eller være udpeget af disse organer for mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

Det er navnlig betingelsen om imødekommelse af almenhedens behov, der med sin uklare formulering har givet anledning til fortolkningstvivl, og for nylig er det nærmere indhold af denne betingelse blevet præciseret af EF-domstolen ved dennes besvarelse af præjudicielle søgsmål om spørgsmålet.

EF-domstolen har fortolket betingelsen udvidende ved at fastslå,⁶⁰ at det er *uden betydning, at et sådant organ frit kan udøve andre former for virksomhed herunder, kommerciel virksomhed*, foruden at imødekomme almenhedens behov.

EF-domstolen præciserede desuden, at det er *uden betydning, at imødekommelsen af almenhedens behov kun udgør en relativt ubetydelig andel af den samlede virksomhed*, som udøves af organet, når blot organet fortsat påtager sig at opfylde de

⁵⁹ Denne betingelse er formuleret forskelligt i udbudsdirektiverne, og den i hovedteksten anførte formulering er fra tjenesteydelsesdirektivet. I bygge- og anlægsgdirektivet anføres det "der er oprettet *specielt* [min kursivering] med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke af industriel eller kommerciel karakter" og i vareindkøbsdirektivet er formuleringen "hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det industrielle eller forretningsmæssige område". I forsyningsvirksomhedsdirektivet anføres "dets opgave er at varetage opgaver af almen interesse, der ikke har industriel eller kommerciel karakter"

⁶⁰ Jf. C-44/96, Mannesmann, Saml. 1998 I s. 73, præmis 25.

behov, som det specielt er forpligtet til at imødekomme.⁶¹ Afgrænsningen af, om der er tale om et offentligretligt organ, er dermed uafhængig af, i hvilket omfang det pågældende organ imødekommer almenhedens behov.

Som det fremgår, skal begrebet offentlige indkøb fortolkes udvidende, og betegnelsen af EU's udbudsregler som en regulering af *offentlige* indkøb forekommer at være lettere misvisende, når der henses til EF-domstolens meget vidtgående fortolkninger af ordregiverbegrebet, og i særdeleshed til fortolkningen af begrebet offentligretlige organer, samt det forhold, at private virksomheder utvivlsomt omfattes af reguleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivet.⁶²

Det følger af EF-domstolens praksis, at det afgørende moment ved afgrænsningen af ordregiverbegrebet er det pågældende organs funktion, dvs. om virksomheden overhovedet imødekommer almenhedens behov.⁶³

2.3.1.3. Tærskelværdier

Det er en forudsætning for udbudsdirektivernes anvendelse, at den anslåede værdi af den pågældende kontrakt overstiger visse beløbsgrænser, de såkaldte tærskelværdier, der er fastsat i udbudsdirektiverne og som varierer afhængigt af kontraktstype og ordregiver. Tærskelværdien for varer og tjenesteydelser er eksempelvis normalt 988.777 kr. for statslige ordregivere inden for den klassiske sektors anvendelsesområde og 1.521.195 kr. for en kommunal ordregiver.⁶⁴

⁶¹ Jf. C-44/96, Mannesmann, Saml. I 1998 s. 73, præmis 25 og C-360/96, Arnhem, dom af 10. november 1998 og afgørelsens præmis 54 ff.

⁶² Kommissionen anfører, at en indkøber, der er et offentligretligt organ, kan være en privat juridisk person, jf. Kommissionens vejledning til tjenesteydelsedirektivet s. 10. I C-360/96, Arnhem, afgørelse af 10. november 1998 havde den nationale domstol forespurgt, om det var udelukket, at en privat virksomhed kan imødekomme almenhedens behov, men spørgsmålet blev ikke besvaret af EF-domstolen.

⁶³ Sammenhold med Konkurrencestyrelsens vejledning s. 46, hvor det anføres, at det afgørende er, om organet lader sig lede af andre hensyn end de økonomiske. Fortolkningen støttes på afgørelsen i C-360/96, Arnhem, og dennes præmis 43.

⁶⁴ Jf. Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's Udbudsdirektiver s. 70. En detaljeret oversigt over de relevante tærskelværdier er optrykt i bilag 7 i samme vejledning, og denne vejledning kan desuden findes på Konkurrencestyrelsens hjemmeside, der opdateres løbende.

2.3.2. Ordregivernes forpligtelser ifølge udbudsdirektiverne

Ved udbudsdirektiverne er ordregiverne pålagt en lang række handlepligter med særligt henblik på at sikre ligebehandling og gennemsigtighed ved det offentlige indkøb. Disse handlepligter varierer i et vist omfang, afhængigt af hvilket direktiv der regulerer det pågældende indkøb. Ordregivernes forpligtelser i henhold til samtlige udbudsdirektiver har imidlertid en række fællestræk af helt grundlæggende karakter, som skal behandles nærmere i nærværende afsnit.

2.3.2.1. Udbudsbekendtgørelser i EF-tidende om udbudsproceduren

Et af de vigtigste og helt grundlæggende krav, der følger af EU's udbudsdirektiver, er kravet om, at en ordregiver, der har til hensigt at foretage et indkøb omfattet af udbudsdirektiverne, skal offentliggøre en såkaldt *udbudsbekendtgørelse* i EF-tidende.

Udbudsbekendtgørelsen er en summarisk beskrivelse af den offentlige kontrakt, der fylder ca. 1 side i EF-tidende,⁶⁵ og det primære sigte med bekendtgørelse af kontrakten er at sikre ligebehandling af potentielle tilbudsgivere ved at informere markedsaktørerne om den offentlige kontrakt i et omfang, der sætter virksomhederne i stand til at vurdere, om de vil deltage i konkurrencen om den offentlige kontrakt.

Udbudsbekendtgørelsen skal udformes i overensstemmelse med modellerne i bilagene til udbudsdirektiverne, og den skal indeholde de heri krævede oplysninger. De krævede oplysninger er i sagens natur helt grundlæggende og vedrører eksempelvis arten og mængden af de varer, der skal leveres, leveringssted og -frist, sikkerhedsstillelse og garantier, muligheden for afgivelse af alternativt bud, prækvalifikations- og tildelingskriterier samt sidste frist for modtagelse af bud.

Forud for udbudsbekendtgørelsen har ordregiverne i visse tilfælde pligt til at bekendtgøre en forhåndsmeddelelse i EF-tidende, når ordregiveren har til hensigt at indgå en kontrakt omfattet af udbudsdirektiverne, og der er truffet beslutning herom, uden at denne beslutning dog kan konkretiseres ved iværksættelse af en udbudsprocedure. Denne forhåndsmeddelelse kaldes ofte en periodisk vejledende bekendtgørelse, fordi en ordregiver ifølge udbudsdirektiverne skal indrykke en bekendtgørelse, når dennes samlede ordrer i årets løb antages at overstige en fastsat beløbsgrænse.

Ordregiverne har desuden pligt til at indrykke en bekendtgørelse, når der er blevet indgået aftale, og denne bekendtgørelse indeholder som udgangspunkt de vigtigste oplysninger om de betingelser, som kontrakten er blevet indgået på.

⁶⁵ Det følger af udbudsdirektiverne, at bekendtgørelsen ikke må have et omfang på mere end 1 side i EF-tidende. Se til eksempel vareindkøbsdirektivets artikel 9, stk. 11. I praksis forekommer det, at bekendtgørelserne er længere.

De udbudsbekendtgørelser, der offentliggøres i EF-tidende, er i vidt omfang mangelfulde, da visse af de oplysninger, der skal opgives, ikke figurerer i bekendtgørelserne. Krydskontrol af de offentliggjorte meddelelser har desuden afsløret, at pligten til at offentliggøre forhåndsmeddelelser og bekendtgørelser om tildelte ordrer i vid udstrækning ikke overholdes.⁶⁶

2.3.2.2. Udbudsformer og forhandlingsforbud

Udbudsdirektiverne foreskriver, at ordregiveren skal anvende bestemte udbudsprocedurer ved indgåelsen af aftaler omfattet af regelsættet. Der findes en række udbudsformer i udbudsdirektiverne, men her skal alene særligt omtales de tre vigtigste hovedtyper: offentligt udbud, begrænset udbud og udbud efter forhandling.⁶⁷

Ved offentligt udbud kan alle interesserede afgive tilbud, og ordregiveren kan ikke forud for budgivningen frasortere virksomheder, hvis tilbud umiddelbart skønnes at ville være uden interesse.

Ved begrænset udbud og udbud efter forhandling med forudgående offentliggørelse af bekendtgørelse er udbudsproceduren derimod opdelt i to faser. I den første fase udvælges en gruppe af virksomheder blandt de virksomheder, der har ansøgt om at blive opfordret til at afgive tilbud. Alene de virksomheder, der er blevet udvalgt af ordregiveren, har adgang til at udarbejde tilbud, og disse tilbud bedømmes i den efterfølgende tildelingsfase.

Det vigtigste fællestræk mellem udbudsformerne offentligt udbud og begrænset udbud er, at *forhandling om ændringer i kontraktsgrundlaget mellem ordregiveren og de virksomheder, der deltager i udbudsproceduren, som udgangspunkt er udelukket*. Dette forhold betegnes almindeligvis forhandlingsforbudet og analyseres indgående i kapitel 5. Offentligt og begrænset udbud er højt formaliserede udbudsprocedurer, hvilket står i skarp modsætning til den fleksible procedure udbud efter forhandling.

Udbud efter forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse adskiller sig fundamentalt fra offentligt udbud og begrænset udbud, idet ordregiveren kan henvende

⁶⁶ Jf. Kommissionens Grønbog, Offentlige Indkøb i EU, KOM (96) 583 af 27. november 1996 s. 11.

⁶⁷ De udbudsformer, der opstilles i direktiverne, er offentligt udbud, begrænset udbud, udbud efter forhandling med eller uden forudgående udbudsbekendtgørelse, projektkonkurrencer (alene ved udbud efter tjenesteydelsesdirektivet eller efter forsyningsvirksomhedsdirektivet), opstilling af et kvalifikationssystem (alene ved udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet) samt udbud ved periodisk vejledende bekendtgørelse. For en nærmere beskrivelse af de forskellige udbudsformer henvises der til fremstillingen i Konkurrencestyrelsens vejledning "EU's Udbudsdirektiver" s. 83 ff.

sig til tilbudsgiverne og forhandle om kontraktsvilkårene og på grundlag af disse forhandlinger træffe afgørelse om, hvilken tilbudsgiver der skal indgå kontrakt med.⁶⁸

Udbud efter forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse adskiller sig helt afgørende fra udbud efter forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse, offentlige udbud og begrænset udbud. Der skal ikke indrykkes en udbudsbekendtgørelse, og der stilles ikke krav om, at ordregiveren skal give et vist antal virksomheder mulighed for at konkurrere om kontrakten, hvilket er ensbetydende med, at ordregiveren direkte kan indlede forhandlinger med en enkelt virksomhed om indgåelse af kontrakt. Denne udbudsform vil ikke blive nærmere behandlet i denne afhandling, da den ikke stiller krav om konkurrence om kontrakten.

Når der i det følgende henvises til udbud efter forhandling, refereres der til udbud efter forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse, medmindre andet særligt er angivet.

Forhandlingsforbudet er relevant ved afviklingen af langt de fleste EU-udbud, da det er den absolutte hovedregel, at udbudsformerne offentligt eller begrænset udbud skal anvendes ved afviklingen af udbudsprocedurer reguleret af udbudsdirektiverne i den klassiske sektor. Dette fremgår udtrykkeligt af bygge- og anlægsdirektivets artikel 7, stk. 1, vareindkøbsdirektivets artikel 6, stk. 1 og artikel 8 i tjenesteydelsesdirektivet.

Det er klar undtagelse, at udbudsformen udbud efter forhandling med eller uden forudgående udbudsbekendtgørelse kan finde anvendelse.⁶⁹ EF-domstolen har gentagne gange understreget, at undtagelsesbestemmelserne, der tillader brug af udbud efter forhandling, skal fortolkes indskrænkende, og at bevisbyrden for, at betingelserne for deres anvendelse er opfyldt, påhviler ordregiveren.⁷⁰

Der gælder en generel undtagelse til hovedreglen om obligatorisk anvendelse af enten offentligt udbud eller begrænset udbud i relation til forsyningssektoren. Forsyningsvirksomhedsdirektivet adskiller sig fra de øvrige direktiver ved at tillade ordregiveren at vælge frit mellem udbudsformerne offentligt udbud, begrænset udbud og udbud efter forhandling, jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 20, stk. 1.

⁶⁸ Se hertil Klagenævnets kendelse af 18. november 1996, European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S og præmisserne til påstand I,5.

⁶⁹ Jf. bygge- og anlægsdirektivets artikel 7, vareindkøbsdirektivets artikel 6 og tjenesteydelsesdirektivets artikel 11.

⁷⁰ Se C-199/85, Kommissionen mod Italien, Saml. 1987 s. 1039, C-71/92, Kommissionen mod Spanien, Saml. 1993 I-5923, C-328/92, Kommissionen mod Spanien, Saml. 1994 I-1569, C-57/94, Kommissionen mod Italien, Saml. 1995 I-1249, C-318/94, Kommissionen mod Tyskland, Saml. 1996 I-1949. Disse sager vedrører alle spørgsmålet om anvendelse af udbud efter forhandling *uden* forudgående bekendtgørelse, og i samtlige sager er anvendelsen af denne udbudsform blevet bedømt som uberettiget.

Forsyningsvirksomheder vil i praksis ofte foretrække at anvende udbud efter forhandling som følge af den høje grad af fleksibilitet, der følger denne udbudsform. Hvis en forsyningsvirksomhed i stedet har valgt at iværksætte et offentligt udbud eller et begrænset udbud, kan ordregiveren under udbudsprocedurens forløb fortryde valget af udbudsform og ønske at skifte til udbud under forhandling. Spørgsmålet er, om ordregiveren er forpligtet til at tildele kontrakten efter den oprindeligt valgte udbudsform, eller om valgfriheden mellem udbudsformerne betyder, at det står ordregiveren frit for at omgøre valget med virkning for den igangsatte udbudsprocedure. Belgien gjorde i sagen C-87/94, Kommissionen mod Belgien,⁷¹ gældende, at en ordregiver har en sådan valgfrihed. EF-domstolen afviste klart i afgørelsens præmis 35, at der skulle bestå en sådan valgfrihed, og fastslog, at en ordregiver, der har udskrevet et udbud efter en bestemt udbudsform, er forpligtet til at respektere de regler, der gælder for den valgte udbudsform indtil den endelige tildeling af kontrakten.⁷²

Der kan udledes en generel tendens til overdreven brug af undtagelsesbestemmelserne om udbud efter forhandling i udbudspraksis, og dette problem er fremhævet af Kommissionen i Grønbogen om offentlige indkøb.⁷³ Kommissionen anfører nærmere, at flere tratktatkrænkelsesprocedurer, som Kommissionen har ført, og en række domme afsagt af EF-domstolen vidner om, at ordregiverne har gjort brug af udbud efter forhandling langt ud over de grænser, der følger af en restriktiv fortolkning, bl.a. ved at påberåbe sig tvingende grunde, der ikke eksisterede, eller som måtte tilskrives dem selv eller ubegrundede argumenter om, at der kun fandtes én entreprenør, der ville være i stand til at udføre den pågældende kontrakt.

Denne tendens til at misbruge undtagelsesbestemmelserne om udbud efter forhandling synes at være en del af en generel tendens fra ordregivernes side til generelt at fortolke udbudsdirektiverne så fleksibelt som muligt. I relation til forhandlingsforbudet er tendensen ekstra tydelig som følge af, at forhandlingsforbudet i udpræget grad begrænser handlefriheden hos både ordregiveren og de deltagende virksomheder, og som følge af at en restriktiv fortolkning af forhandlingsforbudet ikke sjældent fører til, at ordregiveren i forhold til den enkelte kontrakt opnår et økonomisk set mindre tilfredsstillende resultat, end hvis forhandling havde været tilladt.

I Kommissionens Grønbog nævnes det,⁷⁴ at udbud efter forhandling synes at give et økonomisk mere tilfredsstillende resultat end de traditionelle udbudsformer, dvs.

⁷¹ C-87/94, Kommissionen mod Belgien, (1996) Saml. I s. 2043.

⁷² EF-domstolens terminologi er på dette punkt uklar. Det må antages, at der med vendingen "indtil den endelige tildeling af kontrakten" menes indtil *indgåelse* af kontrakt.

⁷³ Se KOM (96) 583 af 27.11.1996 s. 10-11.

⁷⁴ S. 11, afsnit 3.16.

offentligt udbud og begrænset udbud, samt at udbud efter forhandling har vist sig at være et rationelt middel til at nedbringe den offentlige indkøbers omkostninger, samtidig med at indkøberen når de tilsigtede målsætninger. Kommissionen understreger dog i sammenhængen, at udbudsformen er mindre velegnet til at opfylde målsætningen om gennemsigtighed i kontrakterne.

Det er blevet nævnt i den juridiske litteratur af Krüger,⁷⁵ at mange ordregivere i praksis søger at "skræddersy" kontrakten til egne behov ved kontakt til tilbudsgiverne og derved overtræder forhandlingsforbudet.

I dansk udbudspraksis genfindes tendensen til at søge at fortolke forhandlingsforbudet indskrænkende, og forbudet overtrædes forholdsvis ofte at dømme efter de tvister, der har været forelagt Klagenævnet for Udbud. Adskillige sager afgjort ved Nævnet har vedrørt spørgsmålet om lovligheden af drøftelser og forhandlinger mellem ordregivere og tilbudsgivere, og Klagenavnets kendelser har forholdsvis ofte resulteret i en konstatering af, at ordregiverne har overtrådt grænserne for den lovlige dialog med tilbudsgiverne.

2.3.2.3. Kvalifikation af tilbudsgivere

Et vigtigt led i udbudsproceduren er ordregiverens kvalitative udvælgelse blandt de virksomheder, der har vist interesse for den udbudte kontrakt. Udvalgelsen foretages på grundlag af en række kvalifikationsbetingelser, der er opstillet af ordregiveren og bekendtgjort til de potentielle tilbudsgivere ved udbudsprocedurens start.

Kvalifikationsbetingelserne betegnes normalt udvælgelseskriterier eller prækvalifikationskriterier og skal normalt angives i udbudsbekendtgørelsen og skal holde sig inden for de rammer, der er fastlagt i udbudsdirektiverne, og de oplysninger, der kræves af de potentielle tilbudsgivere, kan vedrøre virksomhedens hæderlighed, økonomi og finansielle formåen, faglige og tekniske kvalifikationer.⁷⁶

Efter direktivernes system udgør ordregiverens udvælgelse af de kvalificerede virksomheder og ordregiverens tildeling af kontrakten to adskilte faser, der er underlagt forskellige regler,⁷⁷ hvor regler og kriterier, der benyttes i de to faser, må ikke sammenblandes. Det kan få afgørende betydning, hvis ordregiveren sammenblander udvælgelsesfasen med tildelingsfasen. En sådan sammenblanding kan ske ved, at ordregiveren i tildelingsfasen inddrager forhold, der skal bedømmes i udvælgelsesfa-

⁷⁵ Jf. Kai Krüger s. 183 i Sue Arrowsmith og Arwel Davies (eds.), *Public Procurement: Global Revolution*, 1998.

⁷⁶ Bygge- og anlægsdirektivets artikel 24-29, vareindkøbsdirektivets artikel 20-25, tjenesteydelsesdirektivets artikel 29-35 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 30-33.

⁷⁷ Jf. C-31/87, Beentjes, Saml. 1988 s. 4635.

sen, og kan føre til, at kontrakten ikke tildeles den tilbudsgiver, der har afgivet det bedste bud, men derimod en tilbudsgiver, der har større finansiell formåen eller større erfaring. I praksis overtrædes udbudsreglerne hyppigt ved ordregiverens sammenblanding af de to faser, hvilket vil blive nærmere omtalt i slutningen af nærværende afsnit.

Fremgangsmåden for udvælgelsen varierer afhængigt af den valgte udbudsform. Ved udbudsformerne *begrænset udbud* og *udbud efter forhandling* skal ordregiveren opfordre interesserede virksomheder til at ansøge om at blive opfordret til at afgive bud. Den videre deltagelse i udbudsproceduren og dermed virksomhedens mulighed for at kunne komme i betragtning ved ordregiverens tildeling af kontrakten afhænger af, om virksomheden udvælges af ordregiveren. Denne fase af udbudsproceduren betegnes som prækvalifikation eller prækvalifikationsfasen.

Ved prækvalifikation kan det lovligt forekomme, at der både fravælges ikke-kvalificerede og kvalificerede virksomheder. Det følger klart af udbudsdirektiverne, at ordregiveren kan fastsætte en margin for det mindste og det største antal virksomheder, man vil opfordre til at afgive tilbud, og en fravælgelse af kvalificerede virksomheder vil blive aktuel, hvor antallet af ansøgninger fra kvalificerede virksomheder overstiger den angivne margin. Det fremgår endvidere af udbudsdirektiverne i den klassiske sektor,⁷⁸ at en sådan margin skal angives i udbudsbekendtgørelsen.⁷⁹ Såfremt eventuel fravælgelse af kvalificerede ansøgere ikke er varslet ved udbudsbekendtgørelsen, er konsekvensen, at alle kvalificerede ansøgere skal opfordres til at afgive bud.⁸⁰

⁷⁸ Efter ordlyden af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 31 synes det alene at være påkrævet, at de objektive kriterier og regler, ordregiveren har fastlagt for udvælgelsen, er *tilgængelige* for interesserede virksomheder, og at det derfor ikke er påkrævet, at marginen offentliggøres. Det må i stedet antages, at marginen skal offentliggøres, da bekendtgørelsesmodellerne til forsyningsvirksomhedsdirektivet i modsætning til artikel 31 gør det klart, at udvælgelseskriterierne skal offentliggøres, og da denne fortolkning fremmer udbudsprocedurens gennemsigtighed.

⁷⁹ Anderledes A.D. Gjønnens i Håndbok for offentlige anskaffelser i EØS/EU, 1994 s. 128, der alene anfører, at ordregiveren bør angive en sådan margin. Dette er misvisende. Se eksempelvis tjenesteydelsesdirektivets artikel 27, stk. 2, 2. pkt., hvor det anføres "I så fald angives denne margin".

⁸⁰ Dette synspunkt fremhæves i Kommissionens vejledninger til udbudsdirektiverne i den klassiske sektor f.eks. i "Guide to the Community rules on public procurement of services" s. 48. Konkurrencestyrelsen i Danmark har indtaget et tilsvarende standpunkt i mindst en konkret sag i 1997.

Det er uklart efter udbudsdirektiverne, hvilke kriterier og metoder der kan anvendes af ordregiveren ved fravælgelsen af kvalificerede virksomheder.⁸¹

Fremgangsmåden ved et *offentligt udbud* afviger fra fremgangsmåden ved begrænset udbud og udbud efter forhandling, idet alle virksomheder kan afgive tilbud ved et offentligt udbud. Det er først efter indleveringen af tilbudene, at ordregiveren udvælger de kvalificerede virksomheder blandt tilbudsgiverne ved anvendelsen af denne udbudsform. Efter udvælgelsesfasen går udbudsproceduren over i tildelingsfasen, og kvalificerede virksomheder har ret til at få deres tilbud taget i betragtning.

Et af de generelle problemer i udbudspraksis, der er blevet fremhævet af Kommissionen, er ordregiverens ulovlige anvendelse af kriterier, der falder uden for rammerne af udbudsdirektivernes beskrivelse af udvælgelseskriterierne.⁸²

I forlængelse heraf nævner Kommissionen, at mange ordregivere sammenblander udvælgelsesfasen og tildelingsfasen ved at tage hensyn til forhold, der vedrører udvælgelsesfasen, under tildelingsfasen, og at dette i nogle tilfælde fører til, at ordren ikke tildeles det bud, der forekommer at være det bedste i forhold til den udbudte kontrakt.

Denne tendens genfindes i dansk udbudspraksis, og i en lang række af de klagesager, der har været rejst for Klagenævnet for Udbud, kan det ses, at ordregiverne har anvendt udvælgelseskriterier i tildelingsfasen bl.a. ved i udbudsmaterialet at indsætte kriterier, der efter deres karakter er udvælgelseskriterier som delkriterier i tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud. Et eksempel herpå foreligger med Klagenævnets kendelse af 23. januar 1996, Praktiserende arkitekters Råd mod Glostrup Kommune, hvor en tilbudsgiver bl.a. havde anvendt tilbudsgiverens egen økonomi og tilbudsgiverens forsikringsforhold som delkriterier i kriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud. Klagenævnet inddrog spørgsmålet ex officio. Et andet eksempel er kendelsen af 30. maj 1996, A/S Iver Pedersen mod I/S Reno Syd, hvor ordregiveren havde opstillet en række delkriterier, hvoraf flere efter deres karakter klart var udvælgelseskriterier.⁸³

⁸¹ For en nærmere behandling af dette emne henvises til Steen Treumer i PPLR 1998 s. 147 ff. og samme i UfR 1997 B 237 ff.. Det skal særligt bemærkes, at artiklen i PPLR indeholder en udvidet og delvis ændret analyse af emnet set i forhold til artiklen i UfR.

⁸² Jf. Kommissionens Grønbog, Offentlige Indkøb i EU, KOM (96) 583. 27. november 1996 s.12.

⁸³ Blandt kriterierne var 1) entreprenørens finansielle og økonomiske forhold, 2) referencegrundlag, dvs.: oplysninger om de betydeligste opgaver inden for affaldsindsamling de sidste 3 år, herunder omsætning og antal beskæftigede i forbindelse med affaldsindsamling 7) det materiel, der vil blive anvendt ved udførelsen af opgaven. [De anførte numre henviser til ordregiverens egen nummerering i udbudsmaterialet].

Forholdet blev dog ikke påtalt, og Klagenævnet tog ikke som i den forrige sag spørgsmålet op af egen drift.

2.3.2.4. Tildelingskriterier

Det følger af samtlige udbudsdirektiver, at ordregiveren kun har valget mellem at tildele kontrakten på grundlag af kriteriet den laveste pris eller det økonomisk mest fordelagtige bud, og at potentielle tilbudsgivere skal gøres bekendt med ordregiverens valg af tildelingskriterium i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet. Det fremgår desuden af samtlige udbudsdirektiver, at ordregiveren ved anvendelsen af kriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud så vidt muligt skal anføre delkriterierne i prioriteret rækkefølge.⁸⁴

Formålet med denne begrænsning er at indskrænke ordregiverens skønsbeføjelser og at sikre, at ordregiverens valg af medkontrahent foretages på grundlag af rent kommercielle kriterier. Begrænsningen af de mulige tildelingskriterier er et af de vigtigste elementer i udbudsdirektiverne, der på afgørende vis tvinger den offentlige indkøber til at handle som en privat virksomhed, der forfølger et strengt økonomisk rationale, hvor valget af medkontrahent principielt styres af, hvem der kan levere den ønskede ydelse bedst og billigst.

Det er hovedreglen, at ordregiverne foretrækker anvendelsen af tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud frem for kriteriet den laveste pris, da sidstnævnte kriterium udelukker ordregiverens skøn.

Tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud skal præciseres nærmere af ordregiveren, der har pligt til at fastlægge, hvilke delkriterier der skal være bestemmende for, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige. Udbudsdirektiverne opregner en række forskellige delkriterier og nævner bl.a. pris, leveringstid og leveringsgaranti, driftsomkostninger, rentabilitet, kvalitet, æstetisk og funktionsmæssig karakter, teknisk værdi, forpligtelser med hensyn til reservedele, kundeservice og teknisk bistand. Udbudsdirektivernes opremsning af mulige delkriterier varierer fra direktiv til direktiv og er ikke udtømmende, men kriterierne har som fællesnævner, at de vedrører forhold af betydning for ydelsens økonomiske værdi. Som det fremgår af de opregnede eksempler i direktiverne, kan ordregiveren opstille både kvantitative og kvalitative kriterier, og disse kriterier skal være tilpasset den konkrete kontrakt.⁸⁵ Pris og leveringstid er eksempler på kvantitative kriterier, der er objektive og enkle at vurdere i modsætning til de kvalitative kriterier såsom kvalitet og æstetisk karakter, der i høj grad åbner for ordregiverens skøn og subjektive vurdering af tilbudet.

⁸⁴ Jf. eksempelvis forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk. 2.

⁸⁵ Jf. C-274/83, Kommissionen mod Italien, Saml. 1985 s. 1077.

Samtlige direktiver nævner delkriteriet pris. Det må antages, at en ordregiver skal tage hensyn til prisen ved tildelingen af en kontrakt omfattet af EU's udbudsregler, og at prisen derfor skal indgå som et af delkriterierne i det økonomisk mest fordelagtige bud.⁸⁶ Klagenævnet har truffet en afgørelse af betydning for spørgsmålet, hvor Nævnets antog, at prisen skulle tillægges betydning ved evalueringen af de indkomne tilbud, jf. kendelsen af 10. februar 1997, Dafeta Trans ApS mod Lynettefællesskabet I/S. Ordregiveren i denne sag havde anvendt tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, og et af de anførte delkriterier var prisen. Ved evalueringen af budene havde ordregiveren anvendt en model, der særligt favoriserede en tilbudsgiver, da modellen reelt kun kunne føre til valg af den favoriserede tilbudsgiver uanset tilbudsprisen hos de øvrige tilbudsgivere. Klagenævnet udtalte, at ordregiveren havde haft pligt til at tillægge prisen betydning ved evalueringen af tilbudene, da ordregiveren havde anvendt tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud. Nævnet tilføjede dog forsigtigt, at dette i hvert fald måtte være tilfældet i den foreliggende sag, hvor prisen var angivet som et delkriterium i udbudsbetingelserne.

Som tidligere nævnt har ordregiveren pligt til at angive tildelingskriteriet i enten udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet. Det er ikke tilstrækkeligt, at ordregiveren blot angiver, at tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud, men ordregiveren har pligt til at gøre tilbudsgiverne bekendt med delkriterierne i det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Der har været flere tilfælde i praksis, hvor ordregiverne har tilsidesat denne pligt. En variant er, at ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen angiver, at tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, men efterfølgende fuldstændigt undlader at angive delkriterier i det supplerende udbudsmateriale.⁸⁷

En mere uigennemsigtig variant, der ofte vil være et dække for tilsigtet diskrimination, består i, at ordregiveren anvender både bekendtgjorte og ikke bekendtgjorte delkriterier, hvor de ikke bekendtgjorte delkriterier typisk vil favorisere en enkelt

⁸⁶ Det savner mening at tale om en vurdering af det *økonomisk* mest fordelagtige bud, hvor prisen ikke inddrages i afvejningen. Spørgsmålet er trivielt for så vidt angår kriteriet laveste pris.

⁸⁷ Se Klagenævnets kendelser af 22. juni 1995, Kommunernes gensidige Forsikringsselskab mod Boligselskabet VIBO og Assurandør Gruppen København I/S og af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz mod Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet. Situationen har endvidere været behandlet i en af de få engelske udbudssager i R. v. Portsmouth City Council mod P. Bonaco Builders, der efterfølgende blev appelleret til Court of Appeal, hvis afgørelse i R. v. Portsmouth City Council mod P. Peter Coles, Colwick Builders Limited samt George Austin Limited endelig afgjorde sagen. Denne praksis analyseres nærmere i kapitel 6.

tilbudsgiver. Dette var tilfældet i C-87/94, Kommissionen mod Belgien,⁸⁸ hvor ordregiveren havde tildelt en favoriseret tilbudsgiver kontrakten under fravigelse af de tildelingskriterier, der var anført i udbudsmaterialet. Fra dansk udbudspraksis kan der henvises til Klagenævnets kendelse af 23. januar 1996, Praktiserende Arkitekters Råd mod Glostrup Kommune, hvor kommunen havde angivet 10 delkriterier i udbudsmaterialet, men desuden havde anvendt et ulovligt 11. kriterium, hvor der lagdes vægt på, om tilbudsgiveren havde særlige relationer til Glostrup Kommune.

Det ses desuden hyppigt i praksis, at en ordregiver har opfyldt sin forpligtelse til at bekendtgøre tildelingskriteriet, men at et eller flere af de angivne tildelingskriterier ikke lovligt kan anvendes i tildelingsfasen. Dette vil f.eks. være tilfældet, hvis ordregiveren har angivet et delkriterium, der efter sin karakter er et udvælgelseskriterium, og dermed har sammenblandet udvælgelsesfasen med tildelingsfasen, hvilket er et almindeligt forekommende problem som fremhævet tidligere i afsnit 2.3.2.3 om kvalifikation.

En anden mulighed er, at ordregiveren har angivet et delkriterium, der under ingen omstændigheder kan tages i betragtning ved hverken tildelingen eller udvælgelsen, hvilket eksempelvis er tilfældet, hvis ordregiveren giver præference til virksomheder med lokal tilknytning eller i det hele har anvendt et alternativt tildelingskriterium.⁸⁹

Endelig fremgår det af Klagenævnets kendelse af 10. februar 1997, Dafeta Trans ApS mod Lynettefællesskabet I/S, at det er eller i hvert fald har været almindelig dansk udbudspraksis⁹⁰ at anføre delkriterierne i det økonomisk mest fordelagtige bud i *uprioriteret* rækkefølge uanset udbudsdirektivernes krav om, at ordregiveren så vidt muligt skal angive delkriterierne i prioriteret rækkefølge. I den pågældende sag ønskede kun ét af Klagenævnets medlemmer ex officio at påtale, at delkriterierne var anført uprioriteret uden saglig begrundelse. Klagenævnet har dog senere taget afstand fra dansk udbudspraksis i relation til dette spørgsmål i kendelsen af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium, hvor Nævnet klargjorde, at en ordregiver har pligt til sagligt at vurdere, om det er muligt at opstille tildelingskriterierne i prioriteret rækkefølge.

⁸⁸ C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Saml. 1996 I s. 2043 (præmis 74).

⁸⁹ Se til eksempel C-274/83, Kommissionen mod Italien, Saml. 1985 s. 1077 hvor en italiensk lov ud over tildelingskriterierne lavede pris og det økonomisk mest fordelagtige tilbud tillod anvendelsen af et kriterium om tildeling af kontrakten til den tilbudsgiver, hvis tilbudspris svarede til gennemsnittet eller kom dette nærmest. EF-domstolen fastslog, at loven stred mod udbudsreglerne. Et eksempel fra praksis fra Klagenævnet for Udbud er kendelse af 22. maj 1997, Højgaard & Schultz mod Hundested Almennyttige Boligselskab, hvor klagenævnet ex officio tog stilling til ordregiverens angivelse af ulovlige tildelingskriterier i udbudsmaterialet.

⁹⁰ Dette fremgår af nævnsmedlem Viggo Olesens udtalelse i kendelsen.

2.3.2.5. Tidsfrister

Direktiverne indeholder en række forskellige tidsfrister der skal overholdes i forbindelse med afviklingen af udbudsproceduren. Direktiverne foreskriver, at potentielle tilbudsgivere skal have et vist tidsrum til at anmode om at blive prækvalificeret⁹¹ eller til at afgive tilbud, og disse minimumsfrister er indsat for at sikre, at kredsen af potentielle tilbudsgivere får en reel mulighed for at deltage i udbudsproceduren. En kort tidsfrist kan vanskeliggøre eller umuliggøre en potentiel tilbudsgivers deltagelse, og en sådan tidsfrist vil typisk ramme virksomheder fra andre medlemsstater hårdere end virksomheder fra ordregiverens egen medlemsstat på grund af en række forhold. Eksempelvis vil fremsendelsen af det supplerende udbudsmateriale fra ordregiveren til udenlandske virksomhed være mere tidskrævende, og det samme forhold kan gøre sig gældende ved fremsendelsen af ansøgningen om prækvalifikation eller fremsendelsen af tilbudet. Tilsvarende forøges tidsforbruget for den udenlandske virksomhed p.g.a. behovet for oversættelse af udbudsmaterialet og behovet for oversættelse af virksomhedens anmodning om prækvalifikation eller tilbud.

Der er imidlertid en klar tendens hos ordregiverne til at overtræde de ovennævnte bestemmelser om tidsfrister, hvilket for nylig er blevet fremhævet af Kommissionen.⁹² Kommissionen anfører, at det er forholdsvis hyppigt forekommende, at ordregiverne fastsætter frister for deltagelse i udbudsprocedurene, som er kortere end de minimumsfrister, der er fastsat i direktiverne, hvilket er i klar modstrid med de gældende regler og kan have til følge, at konkurrencen påvirkes væsentligt og eller at konkurrencen om den offentlige kontrakt reelt udelukkes. Tilsvarende antager Kommissionen, på baggrund af en undersøgelse, at ordregiverne hyppigt overtræder fristreglerne ved uberettiget brug af den såkaldte hasteprocedure, hvor fristerne for modtagelse af anmodninger om deltagelse og modtagelse af bud er væsentligt forkortede. Direktiverne for de klassiske sektorer giver kun mulighed for at anvende hasteproceduren i undtagelsestilfælde,⁹³ men undersøgelsen afdækkede, at en stor del af de kontrakter, der indgås efter tjenesteydelsesdirektivet, indgås efter hasteproceduren.

Direktiverne indeholder desuden forskellige maksimumsfrister. Ved offentligt udbud skal ordregiveren som hovedregel fremsende udbudsbetingelserne og det supplerende materiale senest 6 dage efter modtagelsen af anmodningen herom, forudsat at anmodningen er fremsat rettidigt. Tilsvarende skal ordregiveren som hovedregel meddele supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne senest 6 dage før

⁹¹ Prækvalifikation er nærmere omtalt i afsnit 2.3.2.3.

⁹² Kommissionens Grøn bog, Offentlige Indkøb i EU, KOM (96)583. 27. november 1996 s. 11-12.

⁹³ Se eksempelvis artikel 12 i Vareindkøbsdirektivet.

tilbudsfristens udløb, forudsat at anmodning om yderligere oplysninger er fremsat i tide.

2.4. National håndhævelse af udbudsreglerne⁹⁴

Det er udgangspunktet, at proces- og sanktioneringsspørgsmål henhører under national ret,⁹⁵ men udbudsområdet udmærker sig ved, at de generelle krav til medlemsstaternes håndhævelse af EU-retten suppleres ved de to såkaldte kontroldirektiver.

Disse direktiver blev udstedt, efter at Kommissionen i forbindelse med den grundlæggende revision af EU's udbudsdirektiver fra 1985 og fremefter havde erkendt, at særlige tiltag var nødvendige for at sikre hurtig og effektiv håndhævelse af de materielle udbudsregler i EU's udbudsdirektiver. Det skal her blot fremhæves, at Kommissionens oprindelige forslag var langt mere vidtgående end de forslag, der omsider blev vedtaget af Rådet. Det blev bl.a. foreslået, men ikke vedtaget, at Kommissionen skulle være beføjet til at sanktionere overtrædelser af udbudsreglerne med pålæggelse af bøder.⁹⁶

Kontroldirektivet 89/665 vedrører udbudsdirektiverne inden for den klassiske sektor, men direktiv 92/13 relaterer sig til forsyningsvirksomhedsdirektivet, og sidstnævnte direktiv blev udstedt i forbindelse med, at udbudsreglerne i 1992 blev udstrakt til forsyningssektoren.

Kontroldirektiverne har navnlig til formål at sikre,⁹⁷ at der i medlemsstaterne findes klageinstanser, der som minimum har beføjelse til 1) at træffe midlertidige foranstaltninger, så de kan afbryde en udbudsprocedure eller stille gennemførelsen af beslutninger, som måtte være truffet af ordregiveren i bero, 2) at annullere eller foranledige

⁹⁴ Om emnet generelt kan der henvises til A. Tyrell og B. Bedford, *Public Procurement in Europe: Enforcement and Remedies*, 1996; J.M. Fernández Martín, kapitel 6-10; Sue Arrowsmith, kapitel 18; Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's udbudsdirektiver kapitel 16-17; Adrian Brown *Public Procurement Law Review* 1998 s. 89 ff. og Sue Arrowsmith, *Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules*, 1992, der dog er forældet som følge af ændringer i gennemførelseslovgivningen i en række medlemsstater, herunder Danmark.

⁹⁵ Se Erik Werlauff, *Fælleseuropæisk Procesret. Europaretlige krav til dansk retspleje*, 1997 for en overordnet behandling af dette emne. Werlauff påviser, at udviklingen bevæger sig bort fra det oprindelige udgangspunkt, og at EU-retten i stigende grad stiller særlige krav i relation til proces- og sanktioneringsregler.

⁹⁶ Forhistorien til kontroldirektiverne omtales indgående i J.M. Fernández Martín. Se desuden omtalen af direktiv 92/13 i PPLR 1992 s. 259 ff. af Laurence Gormley, der medvirkede ved udarbejdelsen af direktivet som ansat i Kommissionen.

⁹⁷ Jf. præamblerne i kontroldirektiverne. Se direktiv 89/665 betragtning 5 og 6.

ulovlige beslutninger og 3) at yde erstatning til virksomheder, der har lidt skade på grund af en overtrædelse.

De fleste medlemsstater har betroet håndhævelsen af udbudsreglerne til det etablerede domstolssystem, mens en række medlemsstater herunder, Tyskland, Østrig, Finland og Danmark, har etableret særlige klagenævn til behandling af sager om overtrædelse af EU's udbudsregler.

Inkorporeringen af kontroldirektiverne har dog været forsinket eller mangelfuld i flere tilfælde, og Grækenland, Belgien og Spanien ønskede ikke at introducere en gennemførelseslovgivning, hvilket blev støttet på en påstand om, at kontroldirektivernes krav allerede fulgte af gældende ret i de respektive medlemsstater. EF-domstolen konstaterede i sagen C-236/95, Kommissionen mod Grækenland, at Grækenlands undladelse var i strid med EU-retten. Tysklands gennemførelseslovgivning i relation til kontroldirektiverne har været mangelfuld, og i konsekvens heraf er denne lovgivning for nylig blevet revideret på grundlæggende vis.⁹⁸

2.5. Det danske kontrolsystem

I Danmark er kontroldirektiverne blevet gennemført ved lov om Klagenævnet for Udbud (herefter klagenævnsloven) og bekendtgørelsen om Klagenævnet for Udbud (herefter klagenævnsbekendtgørelsen).⁹⁹

Det danske kontrolsystem på udbudsområdet er et af de mest effektive i EU, der sikrer en hurtig og billig adgang for de berørte virksomheder til at påtale overtrædelser af EU's udbudsregler, og retsbeskyttelsen af tilbudsgiverne er forbedret på adskillige punkter i forhold til kontroldirektivernes mindstekrav.¹⁰⁰ Dette forhold har bl.a. resulteret i, at Danmark er blandt de medlemsstater, hvor der har verseret flest

⁹⁸ Se bl.a. Andrés Martin-Ehlers, *Europarecht*, 1998 s. 648 ff. og Jochem Gröning, ZIP nr. 5 s. 181 ff. om det ændrede kontrolsystem i Tyskland.

⁹⁹ Henholdsvis lov bekendtgørelse nr. 1166 af 20. december 1995 og bekendtgørelse nr. 26 af 23. januar 1996. Loven om Klagenævnet for Udbud trådte i kraft 1. januar 1992, men er senere blevet ændret to gange, senest med virkning fra 30. marts 1995. Bekendtgørelsen blev senest ændret med virkning fra 1. februar 1996.

¹⁰⁰ Dette gælder bl.a. i forhold til de favorable bestemmelser om sagsomkostninger og udvidelsen af kreds af de klageberettigede til at omfatte en lang række udvalgte organisationer og myndigheder, hvilket nærmere omtales i afsnit 2.5.1.1. På tilsvarende vis er der adgang til at tillægge en klage opsættende virkning, selv hvor der er indgået kontrakt, samt adgang til annullation af ordregiverens beslutning om indgåelse af kontrakt. Disse forhold omtales nærmere i afsnit 2.5.1.2 i henholdsvis underafsnit B og C.

udbudstvister ved de relevante kontrolorganer, og sagsantallet overstiger markant antallet af sager i flere større medlemsstater.¹⁰¹

Til trods herfor er det danske kontrolsystem blevet kritiseret for ikke at være tilstrækkelig effektivt på baggrund af en række konkrete sager behandlet ved Klagenævnet for Udbud.¹⁰² Spørgsmålet vil blive behandlet i flere sammenhænge i fremstillingen ved analysen af praksis fra Klagenævnet og vil afslutningsvis blive kommenteret nærmere i fremstillingens konklusioner i kapitel 7.

Klagenævnet for Udbud er, som fremhævet i kapitel 1, den vigtigste kontrolinstans på udbudsområdet i Danmark. Konkurrencestyrelsen indtager ligeledes en vigtig rolle i håndhævelsessystemet, men har ikke selvstændig kompetence til at træffe egentlige afgørelser i klagesager. Konkurrencestyrelsen er derimod kompetent til at reagere på overtrædelser af udbudsreglerne ved indbringelse af sagen for Klagenævnet for Udbud. En forurettet part kan frit vælge mellem at indbringe ordregiveren for Klagenævnet for Udbud eller de almindelige domstole, men indtil videre har domstolene kun haft marginal betydning for håndhævelsen af udbudsreglerne i Danmark.

2.5.1. Klagenævnet for udbud

2.5.1.1. Opbygning og procedure

Nævnet består af et formandskab og et antal sagkyndige medlemmer der udpeges af erhvervsministeren for en periode af 4 år. Formandskabets medlemmer skal opfylde betingelserne for dommerudnævnelse, og hidtil har alle været udnævnte dommere.¹⁰³

¹⁰¹ Jf. Adrian Brown, PPLR 1998 s. 89 ff. Brown arbejder for advokatkontoret Herbert Smith, der i 1996 på vegne af Kommissionen koordinerede en komparativ undersøgelse af kontrolreglerne i samtlige 15 medlemsstater, der tillige omhandlede rets- og klagenævnspraksis i medlemsstaterne.

¹⁰² Jf. herved Konkurrenceredegørelsen 1997 s. 147 udgivet af Konkurrencestyrelsen i december 1997. I redegørelsen fremhæves bl.a. Klagenavnets kendelse af 13. september 1996, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby Kommune. Kritikken af denne afgørelse behandles i kapitel 6.

¹⁰³ Det nuværende formandskab består af en landsdommer fra henholdsvis Østre og Vestre Landsret samt retspræsidenten fra Odense Byret.

Der er for tiden udnævnt 16 sagkyndige medlemmer, der er uafhængige af organisations- og myndighedsinteresser.¹⁰⁴

En klagesag afgøres som absolut hovedregel af en repræsentant fra formandskabet samt 2 sagkyndige medlemmer, men denne hovedregel kan fraviges, jf. klagenævnslovens § 4 og klagenævnsbekendtgørelsens § 8.

Det må antages, at overvægten af sagkyndige medlemmer blandt Nævnets medlemmer har haft væsentlig betydning for tilgangsvinklen til de særdeles formalistiske udbudsregler og dermed for udviklingen af Nævnets praksis ved at påvirke denne i retning af en mere fleksibel og pragmatisk tilgangsvinkel til overtrædelser af regelsættet. Dette skal ses i sammenhæng med, at EU's udbudsregler ofte opleves som overdrevent formalistiske og virkelighedsfjerne af dem, der i praksis beskæftiger sig med udbudsområdet. Der er derfor en vis sandsynlighed for, at flere af Klagenævnets sagkyndige medlemmer deler denne opfattelse, hvilket nødvendigvis vil indvirke på fortolkningen af de konkrete retstilfælde, og det er værd at erindre, at afgørelsen normalt træffes af to sagkyndige og kun én fagdommer.

Det er en absolut undtagelse, at der afgives dissens i Klagenævnets praksis. Som konsekvens heraf er der kun få sager, der overhovedet har potentiale til at kunne inddrages til støtte for antagelsen om, at de sagkyndige medlemmer gennemgående påvirker fortolkningen i retning af det pragmatiske og fleksible. Klagenævnets kendelse af 31. oktober 1996, Semco Energi A/S mod Brønderslev Kommune, er dog et helt oplagt eksempel på, at et sagkyndigt medlem med praktisk erfaring ønskede at fortolke udbudsreglerne langt mere fleksibelt, end der var belæg for efter gældende ret.¹⁰⁵ Det sagkyndige medlem fortolkede forhandlingsforbudet i klar modstrid med den gængse opfattelse af gældende ret under henvisning til, at det var umuligt at omsætte forhandlingsforbudet i praksis i en sag som den foreliggende, hvor den udbudte kontrakt vedrørte en totalentreprise. Sagen er nærmere omtalt i kapitel 5 under afsnit 5.3.1.1.1.A.

Antagelsen om, at de sagkyndige påvirker fortolkningen i retning af en mere fleksibel fortolkning af udbudsreglerne, understøttes desuden af Klagenævnets tendens til at betone den konkrete væsentlighedsvurdering, hvilket får som følge, at grænsen for den ulovlige adfærd hæves. På visse områder har vægtningen af de konkrete momenter som konsekvens, at retsbeskyttelsen efter ligebehandlingsprincippet reduceres betragteligt, hvilket bl.a. er tilfældet ved fortolkning af inhabilitetsspørgsmål-

¹⁰⁴ Jf. Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's udbudsdirektiver s. 173.

¹⁰⁵ Klagenævnets kendelse af 10. februar 1997, Dafeta Trans ApS mod Lynettefællesskabet, og Viggo Olesens dissens i relation til angivelse af delkriterier i prioriteret rækkefølge er dog et eksempel på, at et sagkyndigt medlem rejste et spørgsmål støttet på EF-domstolens formalistiske fortolkning af udbudsreglerne i C-87/94, Kommissionen mod Belgien.

let, der er nærmere behandlet i kapitel 4. Dette forhold gør sig tilsvarende gældende i relation til sanktioneringen af ordregiverens anvendelse af ulovlige tildelingskriterier, der omtales nærmere i afsnit 6.5.2.4.1.

Nævnet kan ikke af egen drift rejse sager om overtrædelse af EU's udbudsregler, idet Nævnet først træder i funktion, når der er indgivet en klage.

Der skal indbetales et beskeden klagegebyr på 4000 kr., og dette beløb tilbagebetales, hvis klageren får helt eller delvist medhold i den indbragte klage eller indklagede ændrer sin afgørelse i overensstemmelse med klagerens påstand. Klager har desuden den fordel, at Nævnet kan pålægge ordregiveren at godtgøre klagerens sagsomkostninger, og Nævnet har ikke kompetence til at pålægge klageren at godtgøre ordregiverens sagsomkostninger.¹⁰⁶ Nævnet har anvendt denne beføjelse i flere tilfælde, og sagsomkostninger er blevet pålagt helt op til 300.000 kr. Så vidt vides er Danmark den eneste medlemsstat, der har favoriseret de klageberettigede gennem indførelse af en så favorabel bestemmelse om sagsomkostninger.

Klage kan indgives af enhver, der har retlig interesse heri, samt af en række organisationer og offentlige myndigheder, der er tilladt klageadgang af erhvervsministeren.

Klageadgangen for udvalgte organisationer og myndigheder er blevet udnyttet i adskillige tilfælde,¹⁰⁷ og klageadgangen er et modtræk til den såkaldte "blacklisting" af konkrete tilbudsgivere. Virksomheder, der deltager i udbudsproceduren, har ofte i praksis store betænkeligheder ved at påklage ordregiverens eventuelle overtrædelser af udbudsreglerne, da virksomhederne frygter, at klagen vil medføre gengældelsesforanstaltninger, ved at ordregiveren bevidst og på usagligt grundlag vil lade den klagende virksomhed ude af betragtning som medkontrahent i den aktuelle og i fremtidige udbudsprocedurer.¹⁰⁸

Den særlige klageadgang for organisationer og myndigheder er et særtræk ved det danske kontrolsystem, der giver en bedre retsbeskyttelse end påkrævet efter kontrol-direktiverne, hvor det alene kræves, at der er klageadgang for personer, der har eller har

¹⁰⁶ Jf. klagenævnslovens § 13 c og klagenævnsbekendtgørelsens § 19 modsætningsvis. Spørgsmålet blev rejst i Klagenævnets kendelse af 31. maj 1996, cand.polit. Lars Drejer mod Driftsselskabet Grenå-Hundested A/S.

¹⁰⁷ I mere end 15 sager.

¹⁰⁸ I kendelsen af 23. januar 1996, H.C. Svendsen A/S mod Birkerød Kommune, mødtes klager i et møde med repræsentanter for ordregiver forud for klagesagens start. Ordregiveren henstillede, at den potentielle klager frafaldt sagen ud fra devisen, "at der jo var en dag i morgen".

haft interesse i at opnå en offentlig kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.¹⁰⁹

Når klagen er indleveret, behandles sagen under iagttagelse af officialprincippet. Hverken klagenævnsloven eller klagenævnsbekendtgørelsen fastslår, om Nævnet er begrænset af parternes påstande og anbringender, men det fremgår klart af Klagenævnets praksis, at Nævnet ikke anser sig for bundet i så henseende, og Klagenævnet har i adskillige tilfælde inddraget forhold til bedømmelse ex officio.¹¹⁰

En anden vigtig konsekvens af officialprincippet er, at Klagenævnet kan beslutte at gennemføre sagen til trods for, at klagen tilbagekaldes. Ved Klagenævnets kendelse af 25. februar 1998, Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune, besluttede Nævnet at færdigbehandle en konkret sag, selv om klagen var blevet tilbagekaldt af Konkurrencestyrelsen. Ordregiveren havde insisteret på færdigbehandlingen af sagen, og Nævnet fandt, at ordregiveren havde en velbegrundet interesse i at få Nævnets stillingtagen til, om EU's udbudsregler var blevet overtrådt. Ved kendelse af 17. marts 1998, Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune, færdigbehandlede Nævnet, sagen og kendelsen, der er af væsentlig interesse for inhabilitetsproblematikken, omtales indgående i kapitel 4.

Der er imidlertid grund til at gøre opmærksom på, at Nævnets sagsbehandling trods ovennævnte karakteristika har betydelige lighedstræk med proceduren ved de ordinære domstole. Det er den absolutte hovedregel, at parterne anfører påstande og anbringender,¹¹¹ og det er almindeligt forekommende, at der gennemføres mundtlige forhandlinger for nævnet med afhøring af parter, vidner og efterfølgende procedure.¹¹² Forklaring for Nævnet sker dog uden sandhedsformaning i modsætning til vidneforklaringer afgivet for domstolene.

¹⁰⁹ Se direktiv 89/665 artikel 1, stk.3.

¹¹⁰ Se nærmere om dette spørgsmål Lise Groesmeyer og Heriette R. Søtoft i UfR 1997 B 195 ff.

¹¹¹ Udgangspunktet er, at ordregiveren alene kan nedlægge påstand om afvisning eller frifindelse, men det er dog antaget, at den indklagede part kan nedlægge påstande, der tilsigter en afklaring af indklagedes retsstilling, hvis Nævnet tager klagerens påstand til følge, jf. Hørlyck s. 72.

¹¹² Det følger af Klagenævnslovens § 9, at sagsbehandlingen ved Nævnet som udgangspunkt er skriftlig, men Nævnets formand kan dog bestemme, at sagsbehandlingen ved Nævnet er mundtlig. Mundlig forhandling er almindeligt forekommende i Nævnets praksis.

2.5.1.2. Beføjelser

A) Konstatering

I adskillige sager indbragt for Nævnet har klageren begrænset sig til at nedlægge en påstand om konstatering af, at ordregiveren har overtrådt EU's udbudsdirektiver ved sin adfærd i forbindelse med indgåelsen af en offentlig kontrakt. Baggrunden for denne begrænsning kan være, at klageren ønsker at få fastslået et ansvarsgrundlag, der kan danne grundlag for et efterfølgende erstatningssøgsmål eller betaling af erstatning som led i en forligsmæssig løsning. Umiddelbart skulle man forvente, at dette var den gængse motivering for et klagemål af denne type, men den ringe forekomst af efterfølgende erstatningssøgsmål understøtter ikke denne formodning.¹¹³

Et andet formål med en klage af denne type kan være at få underkendt en bestemt fremgangsmåde hos den konkrete ordregiver eller gængs udbudspraksis med henblik på afviklingen af udbud i forhold til *fremtidige* kontrakter. Et eksempel på denne fremgangsmåde foreligger bl.a. med kendelsen af 9. oktober 1996 fra Klagenævnet for Udbud, ELFO og Dansk VVS mod Københavns Lufthavne,¹¹⁴ hvor klageren hverken havde begæret klagen tillagt opsættende virkning eller havde anfægtet gyldigheden af den skete prækvalifikation. Klageren repræsenterede både virksomheder, der var blevet prækvalificeret, og virksomheder, der var blevet forbigået, og hensigten med klagers indbringelse af sagen var særligt, med virkning for fremtiden, at få fortolket spørgsmålet om kriterier og metode for prækvalifikation af kvalificerede ansøgere.¹¹⁵

Konstatering af udbudsreglernes overtrædelse er den mest almindelige form for sanktionering i afgørelserne fra Klagenævnet for Udbud.

¹¹³ Sammenhold med Hørlyck s. 74, der anfører, at man "groft set kan sige, at en klage til Klagenævnet kan have to forskellige begrundelser. Enten ønsker klageren at kunne godtgøre et ansvarsgrundlag under en efterfølgende erstatningssag mod den ordregivende myndighed [ordregiveren], eller også ønsker klageren, at der bliver iværksat udbud eller at et igangværende udbud lovliggøres, således at klageren kan komme i betragtning som ansøger eller tilbudsgiver."

¹¹⁴ Kendelsen er kommenteret nærmere af Treumer i UfR 1997 B 237 ff. og PPLR 1998 s. 147 ff.

¹¹⁵ Jf. artiklen i UfR 1997 B 237 ff. op.cit..

B) Opsættende virkning

Det har afgørende betydning for håndhævelsen af udbudsreglerne, at der kan sættes ind over for ulovlige beslutninger på et tidligt tidspunkt i udbudsproceduren for at begrænse skadevirkningerne mest muligt og for at sikre, at klagen ikke savner formål, hvor klageren har indbragt ordregiveren med henblik på at kunne komme i betragtning ved kontraktens tildeling.

Til gengæld må der udvises forsigtighed med udsættelse af sager om EU-udbud, da enhver unødigt forsinkelse af tildelingen af kontrakten kan skade interesserne hos både ordregiver og de involverede ansøgere og tilbudsgivere væsentligt. Ordregiveren vil have en væsentlig interesse i at kunne fremme udbudsproceduren med henblik på indgåelse af kontrakt og levering af ydelsen i henhold til det forventede leveringstidspunkt. Tilsvarende kan tilbudsgiverne have væsentlig interesse i, at udbudsproceduren ikke unødigt forsinkes, da de er bundet af deres tilbud til ordregiveren og må afsætte ressourcer med henblik på kontraktens eventuelle opfyldelse.

Kontroldirektiverne tager disse tungtvejende modhensyn i betragtning. I artikel 2 stk., 4 i direktiv 89/665 anføres, at medlemsstaterne kan foreskrive, at kontrolinstansen ved undersøgelsen af, om der skal træffes midlertidige foranstaltninger, kan tage hensyn til de sandsynlige følger af disse foranstaltninger for alle interesser, som vil kunne skades. Det nævnes endvidere i sammenhængen, at kontrol instansen kan tage hensyn til *almenvællet, dvs. det offentliges interesse*.¹¹⁶ Der er grund til at bemærke sig direktivets henvisning til almenvellet, da det, så vidt ses, er den eneste direkte henvisning i samtlige udbudsdirektiver til det offentliges interesse.

Det er fastsat i klagenævnslovens § 10, at en klage kun har opsættende virkning i det omfang, dette er fastsat i lovgivningen, men at hvor "særlige grunde" taler herfor, kan nævnet eller formanden på dets vegne bestemme, at en klage tillægges opsættende virkning. For tiden har lovgiver ikke fastsat, at en klage til Nævnet har opsættende virkning, og derfor får Nævnets fortolkning af kravet om særlige grunde afgørende betydning.

Det følger af kontroldirektiverne,¹¹⁷ at medlemsstaterne kan begrænse kontrolinstansens beføjelser ved at udelukke, at et søgsmål eller en klage tillægges opsættende virkning, hvor ordregiveren har indgået kontrakt. Der er ikke indlagt en sådan begrænsning efter den danske gennemførelseslovgivning, og en klage indleveret til Nævnet kan tillægges opsættende virkning, uanset om ordregiveren har tildelt og

¹¹⁶ I den engelske direktivtekst henvises der til "the public interest". En enslydende bestemmelse er optaget i direktiv 92/13 i artikel 2, stk. 4.

¹¹⁷ Jf. direktiv 89/665 artikel 6, 2. led og direktiv 92/13 artikel 1, stk. 6.

indgået kontrakten. Dermed modvirkes, at en ordregiver fremskynder udbudsproceduren og kontrahering for at reducere virkningen af et klagemål.

Den danske løsning udmærker sig også på dette punkt ved at øge beskyttelsen af tilbudsgivernes interesser set i forhold til kontroldirektivet, men tillige i sammenligning med kontrolsystemerne i flere medlemsstater. Dette følger af, at adskillige medlemsstater¹¹⁸ har udelukket kontrolinstanser fra at tillægge klage eller søgsmål opsættende virkning, fra det øjeblik kontrakten er tildelt, hvilket naturligvis indebærer en forøget risiko for, at ordregiveren fremskynder udbudsproceduren, så snart ordregiveren bliver gjort opmærksom på, at en klage er umiddelbart forestående. Det har væsentlig betydning i sammenhængen, at kontroldirektiverne udtrykkeligt tillader medlemsstaterne at opstille et krav om, at virksomheder, der ønsker at anvende klagemuligheden, forinden har underrettet den ordregivende myndighed om den påståede overtrædelse og om, at vedkommende ønsker at klage. Hvor en medlemsstat både har udelukket opsættende virkning efter tildeling og kræver forudgående underretning forud for anvendelse af kontrolsystemet, er det vanskeligt at se, hvordan beføjelsen til at træffe bestemmelse om opsættende virkning kan få reel gennemslagskraft i praksis.

Klagerne har i betydeligt omfang anmodet Nævnet om at tillægge klagen opsættende virkning, men det er kun i sjældne tilfælde, at Nævnet har efterkommet anmodningen.¹¹⁹ Det fremgår normalt ikke af Klagenævnets kendelser, hvad der er den nærmere begrundelse for Nævnets beslutning i forhold til begæringen om opsættende virkning, da Nævnet typisk begrænser sig til blot at angive, at klager har begæret klagen tillagt opsættende virkning, og henviser til datoen for beslutningen om afvisningen af begæringen.¹²⁰

Det er blevet gjort gældende, at der lægges afgørende vægt på, om klager har sandsynliggjort, at der forligger et forholdsvis klart og forholdsvis groft brud på

¹¹⁸ Jf. Adrian Brown PPLR 1998 s. 89, der s. 90 anfører, at kontrolinstanser i medlemsstaterne generelt ikke har kompetence til at tillægge en klage/et søgsmål opsættende virkning, hvor der er blevet indgået kontrakt.

¹¹⁹ Eksempler på, at klagen er blevet tillagt opsættende virkning, er klagenævnets kendelse af 25. oktober, Siemens A/S mod Esbjerg Kommune; kendelse af 26. april 1996, E. Pihl og Søn A/S mod I/S Avedøre Kloakværk og kendelse af 1. juli 1998 Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnestue mod Vestsjællands Amt.

¹²⁰ Klagenævnet har hidtil kun i få tilfælde begrundet sine afgørelser efter klagenævnslovens § 7, 2. pkt. vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt en klage skal tillægges opsættende virkning.

udbudsreglerne,¹²¹ samt at hensynet til almenvellet formentlig vil indgå i afvejningen.¹²² Dette er antagelig korrekt, men da Klagenævnet normalt undlader at begrunde sin stillingtagen til spørgsmålet, vil en nærmere fastlæggelse af Nævnets fortolkning af betingelserne for opsættende virkning forudsætte en både særdeles omfattende og indgående analyse af klagenævnspraksis, og resultatet af denne analyse vil være behæftet med betydelig usikkerhed. Spørgsmålet skal derfor ikke behandles nærmere her.

Klagenævnet har ved kendelse af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz mod Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet, afvist, at der kan opstilles et krav om sikkerhedsstillelse som betingelse for imødekommelse af en begæring om opsættende virkning.¹²³

Det forhold, at Klagenævnet ikke tillægger klagen opsættende virkning, udelukker ikke Nævnet fra senere at annullere ordregiverens beslutning om indgåelse af kontrakt. Dette fremgår af kendelse af 22. maj 1997, Højgaard & Schultz mod Hundested Almennyttige Boligselskab, hvor anmodningen om opsættende virkning blev afslået, men hvor Nævnet derefter annullerede ordregiverens beslutning om indgåelse af kontrakt,¹²⁴ uanset at arbejdet var iværksat.

Det er et gennemgående træk ved den nationale håndhævelse af udbudsreglerne i samtlige medlemsstater, at kontrolorganerne er særdeles tilbageholdende med at tillægge klager opsættende virkning. Dette skyldes dels den tidligere omtalte tendens i gennemførelseslovgivningen til at udelukke opsættende virkning, hvor den pågældende kontrakt er tildelt eller indgået, men skal ligeledes ses i sammenhæng med de restriktive betingelser, der er opstillet for brug af beføjelsen. I næsten samtlige medlemsstater er det en betingelse, at klageren skal påvise risiko for alvorlig og uoprettelig skade, og at erstatning ikke frembyder tilstrækkelig kompensation for den skete skade.¹²⁵

¹²¹ Jf. Hørlyck s. 75.

¹²² Jf. Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's udbudsdirektiver s. 181.

¹²³ Kendelsen er efterfølgende blevet indbragt for domstolene.

¹²⁴ Kontrakten var indgået efter klagesagens start, men først efter Nævnets afvisning af at tillægge klagen opsættende virkning.

¹²⁵ Jf. Adrian Brown, PPLR 1998 s. 89 ff på s. 92.

C) Annulatio

I adskillige sager er klagerens primære formål med indbringelsen af klagen at få annulleret ordregiverens ulovlige beslutninger med henblik på, at klageren herefter kan komme i betragtning som enten ansøger eller tilbudsgiver. Der er grund til at fremhæve, at Klagenævnet for Udbud selv har udtalt, at Nævnet ex officio skal tage stilling til, om annullationsbeføjelsen skal anvendes, jf. kendelse af 23. januar 1996, Praktiserende Arkitekters Råd mod Glostrup Kommune.

Det er navnlig ordregiverens beslutninger om tildeling af kontrakt eller indgåelse af kontrakt, der har været søgt annulleret i praksis for Klagenævnet for Udbud, da disse beslutninger afslutter konkurrencen om den offentlige kontrakt og vedrører det endelige valg af medkontrahent. I enkelte sager har en tilbudsgiver søgt at få Klagenævnet til at annullere ordregiverens beslutning om annullation af udbudsproceduren. Dette spørgsmål behandles nærmere i kapitel 6.

Det anføres i kontroldirektiverne,¹²⁶ at virkningerne af annullation af ulovlige beslutninger i relation til kontrakter, der er indgået efter tildeling, fastlægges efter national ret, og at medlemsstaterne kan udelukke kontrolorganerne fra at have beføjelse til annullation af beslutninger om indgåelse af kontrakt.

Ved den danske gennemførelseslovgivning er denne mulighed for begrænsning af Klagenævnets beføjelser i forbindelse med annullation ikke blevet udnyttet. Klagenævnet har beføjelse til at annullere beslutninger om indgåelse af aftaler, og Klagenævnet har udnyttet denne beføjelse i kendelse af 10. februar 1997, Dafeta Trans ApS mod Lynettefællesskabet I/S, og kendelse af 22. maj 1997, Højgaard & Schultz A/S mod Hundested Almennyttige Boligselskab.

I forarbejderne til klagenævnsloven anføres i overensstemmelse med kontroldirektivernes henvisning til national ret, at dansk rets almindelige materielle regler vil være gældende for annullation af ordregiverens ulovlige beslutninger.¹²⁷

*Der hersker usikkerhed om retsvirkningerne af annullation af ordregiverens beslutninger.*¹²⁸ Teorien har i lighed med klagenævnspraksis koncentreret sig om betydningen af annullationen for det tilfælde, at ordregiveren har afsluttet udbudsproceduren ved tildeling af kontrakten eller ved indgåelse af kontrakt med en tilbudsgiver. Annullationsbeføjelsen giver særligt anledning til spørgsmålet, om 1) Klagenævnets annullation af beslutningen om tildelingen eller indgåelse af kontrakt indebærer, at den indgåede aftale mellem ordregiver og medkontrahenten er *ugyldig*, og til spørgsmålet,

¹²⁶ Jf. direktiv 89/665 artikel 2, stk. 6 og direktiv 92/13 artikel 2, stk. 6.

¹²⁷ FT 1990/91 2. saml. tillæg A sp. 1979.

¹²⁸ Jf. tillige Federspiel og Lund, UfR 1996 B 415 (s. 416), Hørlyck s. 76, Ruth Nielsen s. 189.

om 2) hvilke foranstaltninger ordregiveren skal træffe for at efterleve Klagenævnets kendelse, og hvilke rettigheder medkontrahtenten har i denne anledning.¹²⁹

Disse spørgsmål vil blive behandlet i nærværende afsnit, mens det vanskelige spørgsmål om retsvirkningerne af Klagenævnets annullation af ordregiverens beslutning om annullation af udbudsproceduren først skal behandles i afsnit 6.7.

Klagenævnet for Udbud har i kendelse af 12. december 1996, Entreprenørforeningen mod Sønderborg Kraftvarmeværk, udtalt, at Nævnet ikke har selvstændig kompetence til at ophæve allerede indgåede aftaler.

Ruth Nielsen anfører s. 189, at en mulig fortolkning af kendelsen er, at Nævnet med kendelsen skiftede praksis, og at Nævnet fremover vil undlade at annullere beslutninger om indgåelse af aftaler, men vil overlade parterne til at få sådanne spørgsmål afgjort ved domstolene. Denne fortolkning har ikke vist sig holdbar, idet Klagenævnet har annulleret beslutninger om kontrahering efter kendelsen af 12. december 1996, jf. bl.a. Klagenævnets kendelser af 10. februar 1997, Dafeta Trans ApS mod Lynettefællesskabet, og 22. maj 1997, Højgaard & Schultz A/S mod Hundested Almennyttige Boligselskab, der vedrørte en beslutning om indgåelse af kontrakt samt kendelse af 29. oktober 1997, Esbjerg Andels Renovationsselskab A/S mod Rødning Kommune, der vedrørte en beslutning om tildeling af opgaven.

Det må i overensstemmelse med den gængse opfattelse i dansk juridisk teori antages, at *annullation af ordregiverens beslutning om tildeling af kontrakten eller indgåelse af kontakten ikke automatisk indebærer, at aftalen mellem ordregiveren og medkontrahtenten er ugyldig.*¹³⁰

Det må i stedet antages, at *ordregiveren har pligt til at efterleve Klagenævnets kendelse ved at tage spørgsmålet om valg af medkontrahtent op til fornyet overvejelse, hvilket efter omstændighederne kan nødvendiggøre, at der iværksættes en ny*

¹²⁹ Se nærmere om disse spørgsmål i Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's udbudsdirektiver s. 180; Federspiel og Lund i UfR 1996 B 415 f.; Lise Groesmeyer og Henriette R. Søltøft i UfR 1997 B 195 ff.; Hørlyck s. 76; Ruth Nielsen s. 189.

¹³⁰ Jf. Konkurrencestyrelsens vejledning s. 180; Hørlyck s. 76-77 og Lise Groesmeyer og Henriette R. Søltøft, UfR 1997 B s. 195 (s. 197) der anfører, at virkningen af annullation af en ulovlig beslutning eller udbudsproceduren alene må antages at være, at ordregiveren er forpligtet til at foretage tilstrækkelige foranstaltninger til inddragelse af de ulovlige forhold, herunder ved ophævelse af allerede indgåede aftaler, foretagelse af nyt udbud og efter omstændighederne ved betaling af erstatning som led i en forligsmæssig løsning. Ruth Nielsen undlader s. 189 at tage endelig stilling til spørgsmålet.

udbudsprocedure.¹³¹ Ordregiveren må normalt afvikle aftalen med den tilbudsgiver, der oprindeligt blev valgt som medkontrahent for at efterleve Klagenævnets annullation.¹³²

Hvor medkontrahenten har været i ond tro, må ordregiveren være berettiget til at hæve aftalen og dermed afslutte kontraktsforholdet uden erlæggelse af erstatning.¹³³

Hvis det kan lægges til grund, at ordregiveren var i god tro, må ordregiverens tilbagetræden fra aftalen derimod være en ansvarspådragende misligholdelse af aftalen, der berettiger den oprindelige medkontrahent til erstatning i form af den positive opfyldelsesinteresse.¹³⁴

D) Pålæg om lovliggørelse af udbudsproceduren

Klagenævnet har beføjelse til at pålægge ordregiveren at lovliggøre udbudsproceduren. Spørgsmålet om pålæg af lovliggørelse af udbudsproceduren rejses sjældent, og Klagenævnet har kun anvendt beføjelsen i ganske få tilfælde.¹³⁵ Nævnet annullerede en udbudsprocedure ved kendelse af 25. oktober 1995, Siemens A/S mod Esbjerg Kommune, og pålagde samtidig ordregiveren visse handlepligter vedrørende et eventuelt nyt udbud af den pågældende kontrakt. Ved kendelsen af 12. december 1996, Entreprenørforeningens Miljøsektion mod I/S Sønderborg Kraftvarmeværk, blev

¹³¹ Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvis der er fastsat diskriminerende tildelingskriterier i udbudsmaterialet. Udbudsproceduren er da behæftiget med en væsentlig fejl, der medfører, at ordregiveren har pligt til at annullere udbudsproceduren. Se nærmere om dette spørgsmål i afsnit 6.5.2.

¹³² I samme retning Ruth Nielsen s. 189, der anfører, at "Ordregiveren er under strafansvar forpligtet til at respektere annullationen af indgåelsen af aftalen, hvilket vanskeligt kan realiseres uden at aftalen "afvikles".

¹³³ Jf. tillige Hørlyck, der dog mere forsigtigt anfører, at "Har medkontrahenten derimod været i ond tro eller måske ligefrem medvirket til overtrædelsen af udbudsreglerne, kan det ikke udelukkes, at ordregiveren ansvarsfrit kan frigøre sig fra aftalen på grund af dansk rets almindelige forudsætningsregler".

¹³⁴ Jf. Hørlyck s. 77. Lise Groesmeyer og Henriette R. Søltoft, UfR 1997 B 195 synes at dele denne retsopfattelse, idet disse på s. 197 anfører, at ordregiveren efter omstændighederne skal betale erstatning som led i en forligsmæssig løsning.

¹³⁵ I kendelsen af 3. marts 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Udenrigsministeriet, fandt Nævnet ikke fuldt tilstrækkeligt grundlag for at pålægge Udenrigsministeriet at iværksætte en udbudsprocedure efter EU's udbudsregler til trods for, at udbudspligten var tilsidesat.

ordregiveren pålagt at udbyde kontrakten efter EU's udbudsregler til trods for, at ordregiveren havde indgået kontrakt.¹³⁶

2.5.1.3. *Præjudiciel forelæggelse*

I Klagenævnets kendelse af 25. februar 1998, Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune, gør Nævnet nærmere rede for Nævnets tilsynsrolle, og Nævnet betegner sig selv som et administrativt klageorgan. Dette er i overensstemmelse med klagenævnslovens karakteristik af Nævnet som en administrativ myndighed, jf. klagenævnslovens § 5, stk. 3 forudsætningsvis. Det ses ikke at være gjort gældende i litteraturen, at Klagenævnet er en domstol i grundlovens betydning.

Det lægges derfor til grund, at Klagenævnet er en forvaltningsmyndighed, der særligt behandler spørgsmålet om overtrædelse og sanktionering af et regelsæt, der hidrører fra EU, hvilket rejser spørgsmålet om, hvorvidt Nævnet er kompetent til at forelægge præjudicielle søgsmål for EF-domstolen i medfør af Traktatens artikel 234 (tidligere artikel 177).

Det har været den almindelige opfattelse i dansk juridisk teori, at Klagenævnet for Udbud er kompetent til forelæggelse af præjudicielle søgsmål, og at Nævnet dermed er en domstol eller ret i henhold til artikel 234.¹³⁷

I overensstemmelse hermed har Klagenævnet anset sig selv for at være en domstol i artikel 234's betydning, hvilket allerede fremgik forudsætningsvis af Klagenævnets formulering af kendelsen af 9. oktober 1996, ELFO og Dansk VVS mod Københavns Lufthavne A/S. Ved kendelse af 15. juli 1998,¹³⁸ besluttede Klagenævnet for Udbud at forelægge præjudicielle søgsmål i relation til kendelsen af 22. januar 1998, Unitron Scandinavia A/S m.fl. mod Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri. Kendelsen af 15. juli 1998 indeholdt en nærmere begrundelse for, at Klagenævnet anså sig for kompetent til at stille spørgsmål til Domstolen i medfør af den dagældende artikel 177.

EF-domstolen har nu bekræftet, at Klagenævnet for Udbud er kompetent til at forelægge præjudicielle søgsmål, jf. C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, afgørelse af

¹³⁶ Kendelsen blev indbragt for domstolene, men retssagen er senere blevet hævet.

¹³⁷ Jf. Jacob Federspiel og Ulf Lund, UfR 1996 B 414 (s. 419); Steen Treumer, UfR 1997 B 237 (s. 239) med inddragelse af relevant klagenævnspraksis; Erik Werlauff, Fælleseuropæisk procesret - Europaretlige krav til dansk retspleje, 1997 s. 79; Dorthe Dahlgaard Dingel s. 224; Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's udbudsdirektiver s. 172, men cfr. Peter Pagh s. 152, hvis vurdering dog blev afgivet i 1992 og dermed før EF-domstolens vigtige afgørelse i C-54/96, Dorsch.

¹³⁸ Denne kendelse er ikke offentliggjort.

18. november 1999. EF-domstolen synes at have anset dette forhold for oplagt, hvilket fremgår af Domstolens lakoniske stillingtagen til spørgsmålet i præmis 15.¹³⁹

2.5.2. Konkurrencestyrelsen

Konkurrencestyrelsen har siden 1. februar 1996 haft til opgave at identificere formodede overtrædelser af EU's udbudsregler samt at behandle klager over påståede overtrædelser. Konkurrencestyrelsen har ikke kompetence til at træffe afgørelse i disse sager, men kan indbringe sagen for Klagenævnet for Udbud, hvis en ordregiver har overtrådt udbudsreglerne og ikke efterkommer Konkurrencestyrelsens henstillinger. Styrelsen har alene indleveret en klage til Nævnet i 2 tilfælde.¹⁴⁰

Konkurrencestyrelsen har siden 1. februar 1996 behandlet ca. 100 udbudssager årligt og prioriterer hurtig sagsbehandling af klagesagerne højt, da man ønsker at løse de udbudsretlige problemer så tidligt som muligt i udbudsproceduren, og helst inden der indgås kontrakt.¹⁴¹ Enhver kan klage, hvilket er en væsentlig forskel fra sagsbehandlingen ved Klagenævnet, der forudsætter, at klagen er indleveret af part med retlig interesse eller en organisation eller myndighed tillagt klageadgang.

Når Konkurrencestyrelsen finder klagen velbegrunder, retter styrelsen henvendelse til den pågældende ordregiver, der anmodes om at redegøre for sin opfattelse af sagen inden for en kortere tidsramme. Klageren har mulighed for at opretholde anonymitet i forhold til ordregiveren, hvilket er væsentligt af hensyn til potentielle klageres frygt for blacklisting.¹⁴² På baggrund af de indkomne oplysninger, og i mange tilfælde efter at have afholdt møde med ordregiveren, orienterer Styrelsen ordregiveren om sin opfattelse af retsstillingen og om, hvordan udbudet eventuelt kan lovliggøres.

¹³⁹ Sml. med EF-domstolens afgørelse i C-54/96, Dorsch, Saml. 1997 I s. 4961, hvor EF-domstolen anlagde en særdeles bred fortolkning af domstolsbegrebet i Traktatens artikel 234 i relation til de tyske tilsynsmyndigheder på udbudsområdet. EF-domstolen fandt, at tilsynsmyndighederne var forelæggelsesberettiget, til trods for, at Kommissionen bestred dette under henvisning til, at flere af betingelserne herfor ikke var opfyldt, og til trods for, at dette synspunkt blev delt af flere i tysk teori. Se Hans Joachim Prieß, PPLR 1996 CS 51 og Arnold Boesen s. 54 i Laurence Gormley (ed.), *Gordian Knots in European Public Procurement Law*, 1997.

¹⁴⁰ Jf. s. 150 i Konkurrenceredegørelsen 1997 udgivet af Konkurrencestyrelsen. Nævnets afgørelse i den ene af disse sager, kendelsen af 17. marts 1998, Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune, analyseres indgående i kapitel 4 om inhabilitetsproblematikken.

¹⁴¹ Jf. Konkurrencestyrelsens vejledning s. 176.

¹⁴² Blacklisting er omtalt under afsnit 2.6.1.1.

I langt de fleste tilfælde efterkommer ordregiveren Konkurrencestyrelsens henstillinger, og i de få tilfælde, hvor ordregiveren ikke efterkommer disse, anser Styrelsen det normalt som påkrævet, at sagen indbringes for Klagenævnet for Udbud.¹⁴³

2.5.3. *De ordinære domstole*

En forurettiget part kan frit vælge mellem at indbringe sagen for Klagenævnet for Udbud eller de ordinære domstole. Det fremgår af forarbejderne til Klagenævnsløven fra 1991, at domstolene fandtes mindre velegnede til at udfylde behovet for en kontrolinstans, der hurtigt traf såvel midlertidige som endelige beslutninger, hvilket særligt var baggrunden for oprettelsen af Klagenævnet. Da forudsætningerne for denne vurdering ikke har ændret sig afgørende siden oprettelsen af Klagenævnet, er det ikke overraskende, at der kun er et fåtal af sager, hvor en udbudssag er indbragt direkte for domstolene, dvs. uden først at have været behandlet ved Klagenævnet for Udbud.¹⁴⁴

Et begrænset antal af Klagenævnets kendelser er blevet indbragt for domstolene, men disse tiltag har hidtil været uden betydning for fortolkningen af udbudsreglerne i Danmark. Dette skyldes, at retssagerne er blevet hævet i flere tilfælde,¹⁴⁵ og at de resterende sager, eller i hvert fald hovedparten af disse, endnu verserer ved domstolene. Dette forhold understreger det væsentlige tidsforbrug, der må påregnes ved indbringelse af udbudssager for domstolene, og rigtigheden af lovgivers generelle vurdering af domstolenes manglende egnethed som eneste kontrolinstans på udbudsområdet.

Det er påfaldende, at kun enkelte af Klagenævnets kendelser har dannet grundlag for anlæggelse af erstatningssøgsmål ved de ordinære domstole i anledning af overtrædelser af udbudsreglerne.¹⁴⁶ Fraværet af erstatningssøgsmål i anledning af overtrædelser

¹⁴³ Jf. Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's udbudsdirektiver s. 177.

¹⁴⁴ I Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's udbudsdirektiver anføres det s. 172, at det, så vidt vides, ikke er sket, at en sag er indbragt direkte for domstolene, men der findes imidlertid i hvert fald en enkelt sag af denne type ud over den erstatningssag i Østre Landsret, der fulgte efter EF-domstolens afgørelse i C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Saml. 1993 I s. 3353, og som var anlagt af forbigåede tilbudsgivere. Sidstnævnte sag er optrykt i Forsikrings- og Erstatningsretlig Domssamling 3, 1996 s. 999.

¹⁴⁵ Dette gælder kendelsen af 21. september 1995, Semco Energi A/S mod Brønderslev Kommune; kendelsen af 12. december 1996, Entreprenørforeningens Miljøsektion mod I/S Sønderborg Kraftvarmeværk samt kendelse af 13. september 1996, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby Kommune.

¹⁴⁶ Dette gælder bl.a. Klagenævnets kendelse af 3. november 1994, Vognmand Kenn Sonne mod Bornholms Fælleskommunale Affaldsbortskaffelse og kendelse af 21. februar 1996, IBF (fortsættes...)

af udbudsreglerne gør sig ligeledes gældende i de øvrige medlemsstater, hvilket også er tilfældet i de medlemsstater, hvor et forholdsvist højt antal af udbudssager har været rejst.¹⁴⁷

¹⁴⁶ (...fortsat)

Nord A/S og Frejlev Cementstøberi A/S mod Aalborg Kommune.

¹⁴⁷ Se hertil Adrian Brown, PPLR s. 89 ff. (s. 93), der anfører at “An even more striking feature of the case law to date [praksis i samtlige medlemsstater om overtrædelser af EU’s udbudsregler indtil midten af 1997] has been the almost total absence of successful actions for damages in the field of public procurement”. Brown angiver som eneste eksempel på en vundet erstatningssag den erstatningssag, der fulgte efter EF-domstolens afgørelse i Storebælt-sagen!

Ligebehandlingsprincippet i kontekst

3. Ligebehandlingsprincippet i kontekst

3.1. Lighedsgrundsætninger og diskriminationsforbud

Et ligebehandlingsprincip er en almindelig lighedsgrundsætning, og en sådan retsnorm fortolkes som udgangspunkt som et krav om, at det lige skal behandles lige, og at det ulige skal behandles ulige. En lighedsgrundsætning svarer efter sit indhold til et almindeligt diskriminationsforbud, og begreberne er synonyme.

Lighedsgrundsætningen foreskriver retsnormen positivt, du skal behandle det ens lige, mens diskriminationsforbudet foreskriver retsnormen negativt, du må ikke diskriminere / forskelsbehandle.

Der er grundlæggende enighed i den juridiske teori om den helt generelle beskrivelse af begrebet diskrimination/forskelsbehandling, idet der ved ulovlig forskelsbehandling forstås forskelsbehandling, der ikke er sagligt begrundet.

En sådan definition giver imidlertid ikke den nødvendige vejledning om, hvilke forskelle der sagligt kan begrunde forskelsbehandlingen, eller hvilke forhold som bevirker, at situationerne ikke kan betragtes som ens eller sammenlignelige.

I retsteorien sondres sædvanligvis mellem almindelige¹⁴⁸ og specielle¹⁴⁹ ligheds

¹⁴⁸ Jf. Ofte betegnes den almindelige lighedsgrundsætning i stedet som en *abstrakt* lighedsgrundsætning eller som en *generel* lighedsgrundsætning. Eksempelvis anvender Carl Aage Nørgaard betegnelsen abstrakte lighedsgrundsætninger i Juristen 1965 s. 1 ff., og Lars Adam Rehof og Tyge Trier anvender betegnelsen generel lighedsgrundsætning i Menneskeret, 1990 s. 374. I overensstemmelse med den overvejende tendens i den nyere retslitteratur om (fortsættes...)

grundsætninger. Almindelige retsgrundsætninger opstiller et generelt påbud om ligebehandling ved regelfastsættelse og/eller retsanvendelse, men giver anledning til betydelige vanskeligheder ved fortolkningen. Dette skyldes, at disse retsgrundsætninger isoleret betragtet er analytisk indholdsløse, da de ikke indeholder vejledning om hvilke kriterier, der kan danne grundlag for forskelsbehandling.¹⁵⁰

Specielle lighedsgrundsætninger er til forskel herfra retsnormer, der påbyder, at der ikke forskelsbehandles på grundlag af bestemte kriterier. Disse retsgrundsætninger er ikke analytisk indholdsløse, da det af retsnormen udtrykkeligt fremgår, hvilke kriterier der ikke må benyttes som grundlag for forskelsbehandling, f.eks. nationalitet, køn, race, eller varers oprindelse.

Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler er en almindelig lighedsgrundsætning, og dermed isoleret betragtet analytisk indholdsløst, hvilket komplicerer fastlæggelsen af princippet nærmere indhold. Det er nærliggende at se dette forhold som en væsentlig del af forklaringen på teoriens tøvende holdning til en beskrivelse af udbudsreglerne med udgangspunkt i ligebehandlingsprincippet.

3.2. Ligebehandlingsprincippet i EU-retlig kontekst

Flertallet af Traktatens lighedsgrundsætninger er specielle lighedsgrundsætninger, og dette gælder ligeledes de vigtige diskriminationsforbud i Traktaten, der foreskriver fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser, og som udbudsreglerne er tæt forbundet med. EF-domstolen har for nylig understreget, at udbudsreglerne navnlig har til formål at fjerne hindringerne for varernes og tjenesteydelsernes fri bevægelighed. Dette blev fremhævet i forhold til tjenesteydelser i sagen C-360/96, Arnhem, dom af 10. november 1998 i præmis 41 og i forhold til varer i sagen C-353/96, Kommissionen mod Irland, dom af 17. december 1998 i præmis 35. Traktatens artikel 12 (tidligere artikel 6) er det mest generelle af de specielle diskriminationsforbud, idet bestemmelsen generelt forbyder al forskelsbehandling på grundlag af nationalitet inden for Traktatens anvendelsesområde.

Almindelige lighedsgrundsætninger på Traktatniveau er derimod en absolut

¹⁴⁸ (...fortsat)

emnet gives der prioritet til betegnelsen den almindelige lighedsgrundsætning.

¹⁴⁹ Specielle lighedsgrundsætninger betegnes ligeledes som konkrete lighedsgrundsætninger Jf. Mette Hartlev, *Fra lighed til forskel*. 1994 s. 112. Denne betegnelse er sjældent forekommende og skal ikke anvendes her.

¹⁵⁰ Den almindelige lighedsgrundsætnings analytiske tomhed er blevet fremhævet af adskillige forfattere og i Danmark navnlig i Poul Andersens forfatterskab. Et amerikansk eksempel er Westen, *The Empty Idea of Equality*, Harvard Law Review 1982 s. 537.

undtagelse,¹⁵¹ og det fremgår ikke af Traktatens bestemmelser, at der gælder en almindelig lighedsgrundsætning i EU-retten, men dette blev fastslået af EF-domstolen i 1977 i to afgørelser,¹⁵² der vedrørte EF-Traktatens artikel 34, stk. 2 (tidligere artikel 40, stk. 3). Bestemmelsen foreskriver, at EF's fælles markedsordningsregler skal udelukke enhver form for forskelsbehandling af Fællesskabets producenter eller forbrugere. EF-domstolen anførte i disse afgørelser, at diskriminationsforbudet i *bestemmelsen blot var et særligt udtryk for et generelt lighedsprincip, der udgør et af fællesskabsrettens grundlæggende principper*. Domstolen henviste i C-124/76 og 20/77 S.A. Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson til, at et sådant princip måtte gælde i EF-retten, bl.a. fordi det var almindeligt gældende i medlemsstaterne. Grundsætningen formuleres af EF-domstolen som et forbud imod, at sammenlignelige situationer behandles forskelligt, medmindre der er en objektiv grund hertil.

EU's institutioner er utvivlsomt bundet af den almindelige lighedsgrundsætning, der fungerer på niveau med Traktaten, hvilket har som konsekvens, at det er en gyldighedsbetingelse for enhver retsakt fra EU's institutioner, at princippet overholdes. EF-domstolen har i flere tilfælde anvendt den almindelige lighedsgrundsætning på retsakter fra institutionerne,¹⁵³ og EF-domstolen er dermed ikke vejet tilbage fra at anvende grundsætningen på trods af dens analytiske tomhed, hvilket allerede blev fremhævet i Gulmanns disputats.¹⁵⁴

Det er derimod mindre oplagt, om medlemsstaterne er forpligtet til at overholde den almindelige lighedsgrundsætning i forbindelse med udøvelsen af deres unionsretlige forpligtelser for så vidt angår retsanvendelse og regeludstedelse.¹⁵⁵

¹⁵¹ Se herved Traktatens artikel 34 (tidligere 40, stk. 3), der er en almindelig lighedsgrundsætning. Hjalte Rasmussen omtaler bestemmelsen som en speciel lighedsgrundsætning i EU-retten i kontekst, 3. udg., 1998, s. 349, hvilket skal ses i sammenhæng med, at bestemmelsen udelukkende relaterer sig til landbrugsområdet.

¹⁵² Jf. C-117/76 & 16/77 Albert Ruckdeschel & Co. og C-124/76 & 20/77 S.A. Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson, Saml. 1977 s. 1753 og 1795.

¹⁵³ Jf. Hjalte Rasmussen, EU-retten i kontekst, 3. udg., 1998 der s. 353 anfører, at seks forordninger er blevet tilsidesat, fordi de stred mod lighedsgrundsætningen, og til eksempel nævner C-114, 116, 119 og 120/76, Bela Mühle, Saml. 1977 s. 1211. Jürgen Schwarze behandler flere af de relevante afgørelser i European Administrative Law, 1992.

¹⁵⁴ Jf. Claus Gulmann, Handelshindringer i EF-retten, 1980 s. 135.

¹⁵⁵ Jf. Claus Gulmann, op.cit. s.135-136, der lagde til grund, at den almindelige lighedsgrundsætning var begrænset til at gælde for EF's institutioner og dermed ikke var gældende i og for medlemsstaterne. Se imidlertid Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sørensen EU-ret (fortsættes...)

EF-domstolen fastslog i 1986,¹⁵⁶ at den almindelige lighedsgrundsætning i Traktatens artikel 34, der efter sin ordlyd forpligter EF's institutioner, ligeledes skal respekteres af medlemsstaterne i deres forvaltning af den fælles landbrugspolitik. Udvidelsen af artikel 34's anvendelsesområde i disse afgørelser var baseret på den almindelige lighedsgrundsætning. Det må på baggrund af disse afgørelser antages, at *den almindelige lighedsgrundsætning skal iagttages af medlemsstaterne ved udøvelsen af deres unionsretlige forpligtelser* både i relation til retsanvendelse og regeludstedelse.¹⁵⁷

For en umiddelbar betragtning forekommer det at være uvæsentligt, at det må antages, at EU-rettens almindelige lighedsgrundsætning tillige gælder i og for medlemsstaterne, hvilket skal ses på baggrund af, at EF-domstolen allerede i 1977 antog, at en almindelig lighedsgrundsætning var almindeligt gældende i medlemsstaterne jf. herved afgørelsen i C-124/76 og 20/77 S.A. Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson. Denne umiddelbare betragtning er dog ikke holdbar.

For det første adskiller den almindelige lighedsgrundsætning i EU-retten sig fra dansk ret, idet det antages, at den almindelige lighedsgrundsætning ikke gælder på forfatningsniveau, hvilket betyder, at den danske lovgivningsmagt ikke begrænses af den almindelige lighedsgrundsætning i henhold til dansk statsforfatningsret, jf. nærmere afsnit 3.3 i dette kapitel. EU-rettens almindelige lighedsgrundsætning må derimod antages at begrænse regeludstedelsen i forhold til både den centrale lovgiver i EU, dvs. EU's institutioner og den decentrale lovgiver dvs. EU's medlemsstater.

For det andet kan et forhold af helt afgørende betydning overses ved at fokusere på den hidtidige retstilstand og den nationale fortolkning af den almindelige lighedsgrund-

¹⁵⁵ (...fortsat)

fra 1995 s. 67 i note 6, hvor det anføres, at lighedsgrundsætningen gælder både i forhold til EF-lovgiveren og i forhold til de retsanvendende myndigheder i EF. De fleste forfattere, der omtaler den almindelige lighedsgrundsætning, undlader at behandle spørgsmålet om, hvorvidt lighedsgrundsætningen gælder for og i medlemsstaterne.

¹⁵⁶ Jf. C-201 og 202/85, Klensch, saml. 1986 s. 3477 (præmis 8 i dommen) der ligeledes vedrørte en fortolkning af den daværende artikel 40, stk. 3, og C-312/85, Villa Banfi, Saml. 1986 s. 4039, der begge vedrører en fortolkning af EF-Traktatens artikel 40, stk. 3 (nu artikel 34).

¹⁵⁷ Jf. Koen Lennarts, Cahiers de droit européen, 1991, nr. 1-2 s. 3 ff. (s. 6-7); Manfred Zulegg, Europarecht -Energie-recht -Wirtschaftsrecht; Festschriften für Bodo Börner zum 70. Geburtstag, s. 473 ff. (s. 477). Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sørensen EU-ret fra 1995 s. 67 i note 6 anfører, at lighedsgrundsætningen gælder både i forhold til EF-lovgiveren og i forhold til de retsanvendende myndigheder i EF. Det skal bemærkes, at de nævnte forfatters opfattelse har særlig interesse på grund af deres tilknytning til EF-domstolen. Zulegg var og Gulmann er dommer ved EF-domstolen og Lennarts dommer ved Retten i Første Instans.

sætning. EF-domstolen er ikke veget tilbage fra at anvende den almindelige lighedsgrundsætning til trods for dens analytiske tomhed i modsætning til f.eks. danske domstole, der har tøvet med at anvende lighedsgrundsætningen.¹⁵⁸ Indtil videre har EF-domstolen kun anvendt den almindelige lighedsgrundsætning i få sager vedrørende medlemsstaterne, men dette forhold kunne tænkes ændret, og udbudsområdet er et oplagt område for en sådan udvidende fortolkning, fordi der findes en skreven lighedsgrundsætning, og fordi EF-domstolen har vist sig villig til at foretage integrationsfremmende fortolkninger på udbudsområdet. Spørgsmålet om anvendelsen af den almindelige lighedsgrundsætning på udbudsområdet behandles nærmere under afsnit 3.2.2.

3.2.1. Traktatens bestemmelser og ligebehandlingsprincippet

Det er væsentligt at se EU's udbudsdirektiver i den rette sammenhæng. Det forekommer, at en ordregiver opfatter EU's udbudsdirektiver som hele EU's regulering af udbudsområdet,¹⁵⁹ og den gængse betegnelse for udbudsdirektiverne som EU's udbudsregler medvirker til at understøtte denne misforståelse. Realiteten er, at udbudsdirektiverne alene en del af reguleringen af offentlige indkøb.

Et offentligt indkøb kan ligeledes stride mod Traktatens bestemmelser. Princippet i artikel 12 om forbudet mod nationalitetsdiskrimination er blevet konkretiseret i forskellige traktatbestemmelser, der er af særlig relevans for udbudsområdet, og disse artikler er særligt artikel 28 (tidligere artikel 30) om varenes fri bevægelighed, artikel 49 om tjenesteydelsesternes fri bevægelighed (tidligere artikel 59) samt artikel 43 (tidligere artikel 52) vedrørende etablering og artikel 39 (tidligere artikel 48) om arbejdskraftens fri bevægelighed. Som nævnt har EF-domstolen i flere sager konstateret, at et offentligt indkøb indebærer en overtrædelse af Traktatens bestemmelser.¹⁶⁰

Betydningen af, at Traktatens bestemmelser kan finde anvendelse på et offentligt indkøb, afhænger imidlertid af om udbudsdirektiverne tillige er anvendelige på det pågældende indkøb.

¹⁵⁸ Se hertil omtalen af retspraksis i dette kapitels afsnit 3.3 om den almindelige lighedsgrundsætning i dansk ret.

¹⁵⁹ Kommissionen henviser til denne misforståelse s. 13 i Grønbogen, og anfører, at offentlige indkøb, der er mindre end beløbsgrænserne i direktiverne, skal tildeles under overholdelse af bestemmelserne i Traktaten om frie varebevægelser og fri udveksling af varetyper samt de grundlæggende principper om ikke-forskelsbehandling, ligebehandling og gennemsigtighed.

¹⁶⁰ Jf. afsnit 2.1 i kapitel 2 med henvisninger til EF-domstolens praksis.

Hvis et offentligt indkøb *ikke* er omfattet af konkurrencereglerne i udbudsdirektiverne, f.eks. fordi indkøbet ikke overstiger tærskelværdien i det relevante udbudsdirektiv, kan det få afgørende betydning, at Traktatens bestemmelser supplerer udbudsdirektivernes regulering af offentlige indkøb, da disse bestemmelser kommer til at fungere som et sikkerhedsnet under udbudsdirektivernes regulering. For eksempel kan Traktaten efter omstændighederne anvendes på den offentlige indkøber, der indsætter et kontraktsvilkår, der medfører forskelsbehandling af leverandører efter nationalitet eller efter varenes oprindelse.

Hvis et offentligt indkøb *er* omfattet af reguleringen i EU's udbudsdirektiver, har det derimod normalt ikke større betydning i praksis, at en overtrædelse af et udbudsdirektiv både indebærer en overtrædelse af det pågældende udbudsdirektiv og en eller flere bestemmelser i Traktaten, da det afgørende moment i sammenhængen er, at ordregiveren har overtrådt EU's udbudsdirektiver. Sædvanligvis vil en klager alene gøre overtrædelsen af udbudsdirektivet gældende, da grundtanken om ligebehandling i høj grad er konkretiseret i udbudsdirektiverne ved opstillingen af handlepligter, der skal iagttages ved indgåelsen af et offentligt indkøb, i modsætning til Traktatens bestemmelser, der ikke pålægger sådanne handlepligter.¹⁶¹

Et andet forhold, der kan medvirke til, at Traktatens bestemmelser alene inddrages i mindre omfang, er, at nationale kontrolorganer i højere grad er fortrolige med fortolkning af detailbestemmelserne i udbudsdirektiverne end Traktatens bestemmelser. I den danske klagensævnpraksis sker det sjældent, at en klager påberåber sig både udbudsdirektiverne og Traktatens bestemmelser, eller at en klager udelukkende rejser spørgsmålet om overtrædelse af Traktatens bestemmelser.¹⁶²

3.2.1.1. Ligebehandlingsprincippet er en lighedsgrundsætning sui generis

Der er en nær sammenhæng mellem traktatbestemmelserne om det indre marked og udbudsdirektiverne, idet begge regelsæt er et led i realiseringen af det indre marked, og udbudsdirektiverne virker i forlængelse af traktatbestemmelserne om den fri bevægelighed af varer og tjenesteydelser.

Sammenhængen kan forlede fortolkeren af regelsættet til en antagelse om, at retsbeskyttelsen efter regelsættet i det væsentlige modsvarer retsbeskyttelsen efter Traktatens bestemmelser. Dette er ikke tilfældet, da ligebehandlingsprincippet i

¹⁶¹ Disse handlepligter blev omtalt i hovedtræk i kapitel 2 under afsnit 3.2.

¹⁶² Et eksempel på, at en klager udelukkende har påberåbt sig Traktaten, foreligger med kendelsen af 11. november 1998 Tømrermester Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup boligselskab.

udbudsdirektiverne er en lighedsgrundsætning *sui generis*, hvor beskyttelsen efter udbudsdirektivernes ligebehandlingsprincip gennemgående er forbedret i forhold til Traktatens bestemmelser.

Det skal dog understreges, at Traktatens bestemmelser stadig har væsentlig betydning, og at man kunne forestille sig, at EF-domstolen ville støtte en udvidende fortolkning, der stred med formuleringen af udbudsdirektivernes ligebehandlingsprincip, på Traktatens bestemmelser.¹⁶³

Det er endvidere væsentligt at være opmærksom på, at forskellene mellem ligebehandlingsprincippet og Traktatens bestemmelser i ikke ubetydeligt omfang er blevet udlignet som følge af den seneste udvikling i EF-domstolens praksis. Dette forhold omtales nærmere i det følgende, hvor forskellene mellem ligebehandlingsprincippet og Traktatens bestemmelser behandles.

3.2.1.1.1. Pålæggelse af handlepligter

Hovedparten af de grundlæggende bestemmelser i EU's udbudsdirektiver er karakteriseret ved at pålægge den offentlige indkøber en handlepligt med henblik på at sikre ligebehandling og gennemsigtighed ved indgåelsen af en offentlig kontrakt. Dette gælder bl.a. pligten til offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i EF-tidende, opstillingen af kvalifikationskriterier og tildelingskriterier samt kravene til iagttagelse af de mange tidsfrister i udbudsdirektiverne. Tilsvarende stiller udbudsdirektivernes ligebehandlingsprincip efter sin formulering krav til ordregiveren om, at denne aktivt skal påse, at der sikres ligebehandling af medkontrahenterne. Vareindkøbsdirektivet foreskriver til eksempel i artikel 5, stk. 7, at "De ordregivende myndigheder påser, at de enkelte leverandører ikke udsættes for forskelsbehandling".

Traktatens bestemmelser er formuleret som diskriminationsforbud og er derfor som udgangspunkt blevet opfattet som en beskyttelse mod indgreb fra medlemsstatens side, dvs. at Traktatens bestemmelser dermed grundlæggende pålægger undladelsespligter i stedet for handlepligter.¹⁶⁴ Dermed adskiller flertallet af de grundlæggende bestemmelser i udbudsdirektiverne sig på fundamental vis fra Traktatens bestemmelser. Traktatens bestemmelser yder en væsensforskellig og mindre vidtgående form for beskyttelse mod forskelsbehandling, da de som udgangspunkt ikke går så vidt som til at pålægge en offentlig indkøber handlepligter til sikring af ligebehandling. Sammen-

¹⁶³ Der kunne opstå et behov for en sådan fortolkning, hvis formuleringen af ligebehandlingsprincippet ikke var tidssvarende, og der ikke kunne opnås politisk enighed om den nødvendige ændring af udbudsdirektiverne.

¹⁶⁴ Jf. eksempelvis Josephine Steiner og Lorna Woods, *Textbook on EC Law*, 6 udg., 1998 s. 138 og Jesper Lau Hansen, *TfR* 1997 s. 609 ff. på s. 617 note 17.

fattende kan det siges, at der efter udbudsdirektiverne opstilles et krav om aktiv medvirken til sikring af ligebehandling, mens der efter Traktatens bestemmelser som udgangspunkt alene kræves, at medlemsstaten afholder sig fra forskelsbehandling.

Der er dog særlig grund til at være opmærksom på, at EF-domstolen i forskellige sammenhænge foretaget en udvidende fortolkning af Traktatens bestemmelser ved at udlede handlepligter fra disse bestemmelser,¹⁶⁵ og at antallet af sager af denne karakter er stigende og stadigt mere vidtgående.¹⁶⁶ Det kan bestemt ikke afvises, at denne udvikling på sigt vil føre til en væsentlig udligning af den ovennævnte fundamentale forskel i retsbeskyttelsen efter Traktatens bestemmelser og efter udbudsdirektivernes ligebehandlingsprincip.

3.2.1.1.2. Beskyttelse mod forskelsbehandling af enhver art

Lighedsgrundsætningen i udbudsdirektiverne er en almindelig lighedsgrundsætning, hvilket indebærer, at ligebehandlingsprincippet yder beskyttelse mod forskelsbehandling af enhver art, dvs. mod forskelsbehandling på grundlag af hvilket som helst usagligt kriterium.

Traktatens bestemmelser om fri bevægelighed af varer og tjenesteydelser er derimod specielle lighedsgrundsætninger, der navnligt har haft til formål at modvirke forskelsbehandling på grundlag af nationalitet eller varens oprindelse, og bestemmelserne yder dermed som udgangspunkt kun beskyttelse mod forskelsbehandling på grundlag af en begrænset kreds af usaglige kriterier.

Denne forskel mellem direktivernes ligebehandlingsprincip og Traktatens bestemmelser har langt mindre betydning end man umiddelbart skulle antage, hvilket skyldes udviklingen i EF-domstolens retspraksis. For det første fremgår det af denne praksis, at Traktatens bestemmelser tillige kan anvendes på tilfælde af såkaldt indirekte eller skjult diskrimination, hvor der forskelsbehandles på grundlag af andre kriterier end nationalitet og varers oprindelse, men hvor forskelsbehandlingen reelt fører til samme resultat. Eksempelvis kan anvendelsen af bopælskrav eller sprogkrav være

¹⁶⁵ Man har eksempelvis indfortolket en handlepligt i relation til spørgsmålet om anerkendelse af eksamensbeviser m.v., hvor Domstolen har fastslået, at medlemsstaterne har pligt til at foretage en konkret og begrundet vurdering af, om en erhvervsdrivende, der har erhvervet en eksamen og/eller praktiske kvalifikationer i en anden medlemsstat af denne grund kan fritages for nationale eksamenskrav eller krav om praktikperioder.

¹⁶⁶ En særlig vidtgående afgørelse i relation til varernes fri bevægelighed foreligger med afgørelsen i C-265/95, Kommissionen mod Frankrig, Saml. 1997 I s. 6959, hvor EF-domstolen fandt, at medlemsstaten havde tilsidesat en handlepligt ved ikke at gribe ind over for *privates* hindringer for samhandelen. Handlepligten blev støttet på Traktatens artikel 28 sammenholdt med Traktatens artikel 10.

udtryk for nationalitetsdiskrimination.¹⁶⁷

For det andet er betegnelsen af Traktatens bestemmelser om den fri bevægelighed som "diskriminationsforbud" misvisende som følge af udviklingen i EF-domstolens praksis. Det følger af nyere praksis fra EF-domstolen, at samtlige af disse bestemmelser ikke blot hindrer direkte og indirekte diskrimination, men *tillige yder beskyttelse mod ikke-diskriminerende restriktioner*, dvs. mod enhver foranstaltning, der kan hæmme udøvelsen af de grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, jf. herved særligt Domstolens afgørelse i C-55/94, Gebhard.¹⁶⁸ Ved denne udvidende fortolkning af Traktatens bestemmelser er der sket en forskydning fra et ligebehandlingsrationale til et markedsintegrationsrationale. Det afgørende forhold er ikke, som oprindeligt antaget, om der forskelsbehandles, men om en foranstaltning indebærer en reel hindring for udøvelsen af de grundlæggende friheder.

3.2.1.1.3. Beskyttelse af nationale leverandører

Det er en forudsætning for anvendelse af Traktatens specielle lighedsskudsætninger, at den pågældende situation falder inden for Traktatens anvendelsesområde. Efter EF-domstolens praksis falder interne sagsforhold uden for Traktatens anvendelsesområde, og en sådan situation foreligger, hvor sagens forhold udelukkende relaterer sig til samme medlemsstat. Det er udtrykkeligt fastslået i EF-domstolens praksis,¹⁶⁹ at Traktatens bestemmelser om fri bevægelighed ikke kan anvendes på interne forhold, og denne begrænsning medfører, at Traktaten ikke kan anvendes i en række tilfælde, hvor en medlemsstat forskelsbehandler egne borgere og virksomheder. Dog kan Traktaten anvendes, hvor den nationale borger eller virksomhed kan påvise grænseoverskridende elementer i den pågældende sag.

¹⁶⁷ C-3/88, Kommissionen mod Italien, Saml. 1989 s. 4035 og C-360/89, Kommissionen mod Italien, Saml. 1992 I s. 3401 er eksempler på skjult diskrimination fra EF-domstolens praksis på udbudsområdet, jf. Dorte Dahlgaard Dingel s. 164, note 5. For en nærmere omtale af begrebet skjult diskrimination kan henvises til Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sørensen, EU-ret, 3. udg, 1995 s. 68 ff. og Poul Runge Nielsen og Karsten Engsig Sørensen, EU-Retten, 1999, kapitel 4.

¹⁶⁸ Se C-55/94, Gebhard, Saml. 1995 I s. 4165 præmis 37. Dette blev tidligt fastslået for så vidt angår varernes fri bevægelighed, men er først blevet afklaret ved EF-domstolens praksis fra 1990'erne for så vidt angår etableringsfriheden og arbejdskraftens fri bevægelighed. Tilsvarende var det behæftet med usikkerhed, om tjenestefriheden indeholdt et forbud mod ikke-diskriminerende hindringer, selv om EF-domstolens tidligere praksis kunne tolkes i denne retning jf. herved særligt afgørelsen i C-33/74, van Binsbergen, Saml. 1974 s.1299.

¹⁶⁹ Jf. C-41/90 Höfner, Samlingen 1991 s. 1979 i præmis 37.

Det er imidlertid også her væsentligt at være opmærksom på udviklingen i EF-domstolens praksis, der indebærer, at ovennævnte principielle forskel mellem ligebehandlingsprincippet og Traktatens bestemmelser er ved at blive udlignet. Dette skyldes, at der i nyere praksis er flere eksempler på, at kravet om påvisning af grænseoverskridende elementer fortolkes særdeles lempeligt,¹⁷⁰ og man har endog fundet bestemmelserne om de frie varebevægelser relevante i tilfælde, hvor det grænseoverskridende element var rent hypotetisk.¹⁷¹

På baggrund af den traditionelle doktrin om interne forhold kunne der argumenteres for, at nationale tilbudsgivere ville være afskåret fra at påberåbe sig ligebehandlingsprincippet i en udbudsprocedure, hvor der udelukkende deltager nationale tilbudsgivere, medmindre det kunne påvises, at der konkret var grænseoverskridende virkninger forbundet med tildelingen af den pågældende kontrakt. Bedømmelsen af denne argumentation har afgørende betydning i praksis, da det tilsyneladende ofte forekommer, at der udelukkende deltager "nationale" virksomheder, dvs. virksomheder etableret i ordregiverens medlemsstat, i udbudsprocedurer efter EU's udbudsregler.¹⁷² Disse selskaber kan have deres oprindelse i medlemsstaten, men kan i stedet være selskaber med udenlandsk tilknytning såsom datterselskaber af udenlandske virksomheder med hjemsted i eller uden for EU. Der er flere eksempler på denne type

¹⁷⁰ Jf. eksempelvis C-212/97, Centros Limited, dom af 9. marts 1999, hvor et dansk ægtepar havde stiftet et engelsk anpartsselskab med henblik på at omgå kapitalkravet i den danske anpartsselskabslov. Selv om ægteparret ikke lagde skjul på omgåelseshensigten, og selv om der ikke var drift i det engelske selskab, fandt EF-domstolen med henvisning til etableringsfriheden, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, i et tilfælde som det foreliggende, ikke kunne nægte selskabet at etablere en filial af selskabet i Danmark. Sagen er kommenteret af Erik Werlauff i UfR 1999 B s. 163 ff.

¹⁷¹ Jf. bl.a. C-321/94, Pistre, Saml. 1997 I s. 2343, hvor EF-domstolen fastslog, at der ikke kunne ses bort fra Traktatens artikel 28 alene fordi samtlige elementer i den konkrete sag, der forelå for den nationale domstol, fandtes inden for en bestemt medlemsstat. Se ligeledes C-184/96, Kommissionen mod Frankrig, dom af 22. oktober 1998, hvor EF-domstolen understregede, at der ikke skulle ses bort fra ovennævnte Traktatbestemmelse, fordi der endnu ikke forelå noget konkret tilfælde, der udviste forbindelse til en anden medlemsstat. Dermed tilsidesatte man den franske regerings argumentation, der var baseret på, at der skulle ses bort fra bestemmelsen, fordi traktatbrudet var af meget teoretisk og hypotetisk karakter. Disse sager er kommenteret af Peter Oliver, CMLR 1999 s. 783 ff.

¹⁷² Se nærmere om udeblivelsen af den forventede drastiske forøgelse af grænseoverskridende bud i afsnit 7.2.6.

af klagere i praksis fra Klagenævnet for Udbud.¹⁷³

Den belgiske regering tog udgangspunkt i den ovennævnte argumentation i sagen C-87/94, Kommissionen mod Belgien.¹⁷⁴ Sagen vedrørte en belgisk ordregiver og et begrænset udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvor Kommissionen gjorde gældende, at Belgien havde overtrådt det pågældende direktiv og herunder ligebehandlingsprincippet. Den belgiske regering gjorde gældende, at sagen vedrørte rent interne forhold, da samtlige tilbudsgivere, der havde deltaget i udbudsproceduren, var belgiske virksomheder, og konkluderede på baggrund heraf, at sagsforholdet var uden for fælleskabsrettens anvendelsesområde.

EF-domstolen tog ikke den belgiske argumentation til følge, men fastslog i præmis 33, at kravene til ordregiverne ifølge ligebehandlingsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 4, stk. 2 (daværende artikel 4, stk. 1) ikke er undergivet betingelser vedrørende de bydendes nationalitet eller hjemsted. EF-domstolen tilføjede, at det desuden er muligt, at virksomheder med hjemsted i andre medlemsstater direkte eller indirekte er berørt af tildelingen af en udbudt kontrakt, og Domstolen henviste til forslaget til afgørelse fra generaladvokat Lenz,¹⁷⁵ der særligt havde påpeget, at tildelingen af den konkrete kontrakt havde grænseoverskridende virkninger.

EF-domstolens tilføjelse vedrørende den hypotetiske påvirkning af vilkårene for udenlandske virksomheder forekommer umiddelbart overflødig i sammenhængen henset til, at resultatet allerede fulgte af, at ligebehandlingsprincippet er en almindelig lighedsgrundsætning, der efter sin formulering og sit indhold beskytter samtlige tilbudsgivere. Tilføjelsen har imidlertid væsentlig betydning, da den understreger, at der ifølge EF-domstolen skal tages hensyn til den hypotetiske påvirkning af konkurrencen om den offentlige kontrakt, når spørgsmålet om overtrædelse af ligebehandlingsprincippet skal overvejes. EF-domstolens terminologi og betegnelsen af ligebehandlingsprincippet som princippet om ligebehandling af *tilbudsgivere*, jf. bl.a. præmis 54 i C-87/94, kan forlede til en antagelse om, at der kun skal tages hensyn til interesserne hos virksomheder, der påviseligt har vist interesse for den pågældende udbudsprocedure ved at deltage i udbudsproceduren. Som det fremgår, er dette ikke korrekt, da hensynet til hypotetiske tilbudsgivere, dvs. mulige, men ikke identificerede tilbudsgivere, tillige skal inddrages i overvejelserne, når det skal afgøres, om ligebehandlingsprincippet er blevet overtrådt.

Sammenfattende kan det siges, at kredsen af de beskyttede er udvidet efter

¹⁷³ Blandt disse er kendelse af 14. marts 1997, Immuno Danmark A/S mod anterne samt Hovedstadens Sygehusfællesskab og kendelse af 25. september 1995, Siemens mod Esbjerg Kommune.

¹⁷⁴ C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Saml. 1996 s. 2043.

¹⁷⁵ Se forslagens punkt 24 i Saml. 1996 s. 2050.

udbudsdirektivernes ligebehandlingsprincip i forhold Traktatens bestemmelser. Ligebehandlingsprincippet er en almindelig lighedsgrundsætning, der kan påberåbes uafhængigt af nationalitet og uafhængigt af, om der kan påvises grænseoverskridende virkninger for det tilfælde, at samtlige virksomheder, der deltager i udbudsproceduren, er nationale tilbudsgivere. Dermed afviger ligebehandlingsprincippet fra Traktatens bestemmelser, der ikke finder anvendelse på interne forhold, hvilket indebærer, at indenlandske retssubjekter i visse tilfælde afskæres fra at påberåbe sig Traktatens bestemmelser.

3.2.1.1.4. "Offentlige" indkøb

Det er ikke blot kredsen af beskyttede, der er udvidet ved ligebehandlingsprincippet set i forhold til Traktatens bestemmelser, jf. afsnittet ovenfor, men kredsen af forpligtede er ligeledes udvidet, da udbudsdirektiverne kan finde anvendelse på en bredere kreds af indkøbere end Traktatens bestemmelser om fri bevægelighed af varer og tjenesteydelser.

EF-domstolen har for det første anlagt en udvidende fortolkning af udbudsdirektivernes ordregiverbegreb, jf. herved afsnit 2.3.1.2. Domstolen har i flere domme understreget, at ordregiverbegrebet skal fortolkes udvidende¹⁷⁶ for at give principperne om fri bevægelighed fuld virkning. Dette er blevet understreget i en række nyere domme bl.a. i *C-360/96, Arnheim, domstolens afgørelse af 10. november 1998* i præmis 62, der vedrørte en fortolkning af begrebet "offentligretligt organ" i tjenesteydelsesdirektivet. I *C-353/96, Kommissionen mod Irland, domstolens afgørelse af 17. december 1998* blev dette forhold ligeledes fremhævet i præmis 36.

For det andet regulerer udbudsdirektiverne private virksomheder på forsyningsvirksomhedsområdet.

Traktatens bestemmelser har derimod medlemsstaten som deres adressat, og kredsen af indkøbere, der er omfattet af Traktatens regulering, er begrænset i forhold til udbudsdirektivernes regulering.

¹⁷⁶ Det anføres i den danske oversættelse af afgørelserne, at begrebet ordregivende myndighed skal fortolkes "formålsbestemt", og der henvises i denne forbindelse til afgørelsen i *C-31/87, Beentjes, Saml. s. 4635*, præmis 11. Denne oversættelse er misvisende og har sin oprindelse i oversættelsen af Beentjes-afgørelsen, som der netop henvises til i de nyere afgørelser. Der burde retteligt have stået "funktionelt" i stedet for "formålsbestemt" i den danske oversættelse.

3.2.2. Ligebehandlingsprincippet uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde

Traktatens udtrykkelige diskriminationsforbud og lighedsgrundsætninger suppleres som tidligere nævnt af en almindelig lighedsgrundsætning på niveau med Traktaten, og det må på baggrund af EF-domstolens praksis antages, at den almindelige lighedsgrundsætning skal iagttages af medlemsstaterne i forbindelse med udøvelsen af deres unionsretlige forpligtelser både ved retsanvendelse og regeludstedelse.¹⁷⁷ Heraf følger, at den almindelige lighedsgrundsætning må antages at gælde for offentlige indkøb, der falder uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde, hvilket ligeledes lægges til grund af Kommissionen, jf. nærmere nedenfor.

Dette giver anledning til spørgsmålet om, hvilke begrænsninger eller krav der kan opstilles til den offentlige indkøber på grundlag af den almindelige lighedsgrundsætning, når indkøbet er uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde.

Kommissionen har gennem flere år gjort gældende,¹⁷⁸ at kravene til offentlige indkøb, der falder uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde, suppleres af Traktatens udtrykkelige bestemmelser, dels af en række retsprinsipper, der gælder for enhver situation, der vedrører offentlige indkøb herunder især principperne om ikke-forskelsbehandling, ligebehandling og gensidig anerkendelse. Kommissionen lægger dermed til grund, at ligebehandlingsprincippet gælder uden for direktivernes anvendelsesområde.

Det fremgår ikke klart af Kommissionens oplæg i Grønbogen, hvilke konkrete krav Kommissionen antager, at der kan opstilles til den offentlige indkøber uden for direktivernes anvendelsesområde støttet på ligebehandlingsprincippet. Ifølge andres gengivelse af Kommissionens retsopfattelse antager Kommissionen, at et offentligt indkøb skal være baseret på indkøbsprocedurer med offentliggørelse af de forventede anskaffelser, dvs. være baseret på et udbud,¹⁷⁹ og Kommissionen antager, at de grundlæggende bestemmelser i direktiverne gælder for alle, der er omfattet af udbudsdirektivernes ordregiverbegreb, selv hvor tærskelværdien ikke overskrides.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Jf. antagelsen i afsnit 3.2.

¹⁷⁸ Se hertil Preben Klit Jakobsen, Statsindkøb nr. 2/1994 s. 54; Kommissionens Grønbog s. 12-14; Henvisningen til Kommissionens opfattelse i Klagenævnets kendelse af 11. november 1998, Tømrermester Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup boligselskab (under redegørelsen for Bolig-og Byministeriets opfattelse).

¹⁷⁹ Jf. Preben Klit Jakobsen, Statsindkøb nr. 2/1994 s. 54.

¹⁸⁰ Jf. Bolig- og Byministeriets gengivelse af Kommissionens opfattelse i Klagenævnets (fortsættes...)

Kommissionens opfattelse er blevet støttet helt eller delvist af enkelte forfattere¹⁸¹ samt af Bolig- og Byministeriet, men det er uklart, hvilken retsopfattelse der lægges til grund i Konkurrencestyrelsen.¹⁸²

Klagenævnet for Udbud synes forudsætningsvis at have afvist en antagelse om, at de grundlæggende udbudsbetingelser skal iagttages, når en offentlig indkøber omfattet af direktivernes ordregiverbegreb indgår en kontrakt, hvis værdi ikke overstiger tærskelværdien i det relevante direktiv.

Dette følger af Nævnets kendelse af 11. november 1998, Tømrermester Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup boligselskab. Ordregiveren var en almen boligorganisation, og det er almindeligt antaget, at disse er offentligretlige organer i udbudsdirektivernes forstand, hvilket er Kommissionens opfattelse og tillige blev lagt til grund af Klagenævnet i sagen. Ordregiveren havde imidlertid ikke udbudt kontrakten efter EU's udbudsregler, da tærskelværdien ikke var overskredet, men havde i stedet afholdt en licitation. Ordregiveren havde angivet i udbudsbetingelserne, at de udvendige vinduer og døre, der skulle bruges til byggeopgaven, skulle leveres af en bestemt dansk virksomhed. Dette er i modstrid med EU's udbudsdirektiver,¹⁸³ der som udgangspunkt forbyder anvendelse af tekniske specifikationer, der nævner varer af et bestemt fabrikat eller hidrører fra en bestemt leverandør, og som derved udelukker eller begunstiger bestemte leverandører. Specifikationer af denne art kan dog undtagelsesvis tillades, hvor kontraktens genstand berettiger dette, men i disse situationer har ordregiveren

¹⁸⁰ (...fortsat)

kendelse af 11. november 1998, Tømrermester Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup boligselskab. Der gøres ikke nærmere rede for hvilke grundlæggende bestemmelser, der forventes at skulle lægges til grund. Preben Klit Jakobsen, op.cit. lagde bl.a. til grund, at der skulle opstilles valgkriterier på forhånd, samt fastsættes passende tidsfrister, samt at indkøberen skal informere samtlige tilbudsgiverne ensartet.

¹⁸¹ Se Preben Klit Jakobsen, Statindkøb nr. 2/1994 s. 54; Ruth Nielsen s. 83-84, der anfører, at der formentlig er pligt til at offentliggøre udbud og selektionskriterier, dvs. kvalifikationskriterier, blot man er omfattet af Traktaten, uanset om man er inden for eller uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde.

¹⁸² Jf. Klagenævnets kendelse af 11. november 1998, Tømrermester Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup boligselskab. Konkurrencestyrelsens opfattelse fremgår ikke af vejledningen EU's udbudsdirektiver, hverken under omtalen af Traktatens bestemmelser s. 39-40 eller under omtalen af udbud under tærskelværdierne s. 69.

¹⁸³ Jf. bygge- og anlægsgeldirektivets artikel 10, stk. 6, vareindkøbsdirektivets artikel 8, stk. 6, tjenesteydelsesdirektivets artikel 8, stk. 6 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 18, stk. 5.

pligt til at tilføje "eller dermed ligestillet" for at holde konkurrencen åben.

Klager og Bolig- og Byministeriet, der var indtrådt i sagen til støtte for klageren, gjorde gældende, at ordregiveren havde overtrådt Traktatens artikel 6 (nuværende artikel 12) og artikel 30 (nuværende artikel 28) ved i udbudsbetingelserne at fastsætte, at der skulle anvendes et bestemt fabrikat af udvendige vinduer og døre. Ministeriet henviste særligt til, at Kommissionens opfattelse er, at de grundlæggende bestemmelser i udbudsdirektiverne gælder for dem, der er omfattet af udbudsdirektivernes ordregiverbegreb, uanset at kontraktsværdien ikke overstiger tærskelværdien. Ministeriet henviste endvidere særligt til C-45/87, Kommissionen mod Irland (Dundalk-sagen), Saml. 1988 s. 4929.

Klagenævnet tog ikke klagen til følge. Klagenævnet fandt ikke, at det almindeligvis følger af de nævnte traktatbestemmelser, at et udbud af en kontrakt under tærskelværdien skal ske under iagttagelse af udbudsdirektivernes bestemmelser tekniske specifikationer.¹⁸⁴ Klagenævnet lagde til grund, at udbud af mindre værdi almindeligvis ikke har interesse og betydning i EU-sammenhæng, og at tærskelværdierne i EU's udbudsdirektiver generelt har til formål at udskille udbud af denne art fra det EU-retlige dækningsområde. For så vidt angår EF-domstolens afgørelse i C-45/87, Kommissionen mod Irland (Dundalk-sagen), lagde Nævnet til grund, at kontraktsværdien i denne sag oversteg den relevante tærskelværdi, og at EF-domstolens anvendelse af Traktatens artikel 30 på den pågældende sag derfor var uden relevans for nærværende sag, der vedrørte et udbud under tærskelværdien.

Klagenævnets kendelse indeholder en præmis, der er uheldigt formuleret, da den kan forlede til grundlæggende misforståelser. Det lægges til grund i kendelsen, at tærskelværdierne i udbudsdirektiverne generelt har til formål at udskille udbud fra det *EU-retlige dækningsområde*. Dette er ikke korrekt, da formålet med tærskelværdierne er at udskille udbud, hvis værdi ikke berettiger iværksættelsen af fremgangsmåderne efter EU's *udbudsdirektiver* ud fra en generel formodning om, at de ikke har betydning for grænseoverskridende leverancer.¹⁸⁵ Udbudsdirektiverne kan desuden ikke normere spørgsmålet om, hvorvidt Traktatens bestemmelser eller den almindelige lighedsgrund-

¹⁸⁴ Kendelsen er baseret på en retsvildfarelse, da det uden videre lægges til grund, at det er tilladt at angive bestemte fabrikater m.m., blot ordregiveren tilføjer "eller dermed ligestillet". Dette er ikke korrekt, da kontraktens genstand skal berettiggende dette, og angivelsen af et bestemt fabrikat som udgangspunkt er ulovlig! Tilføjelsen "eller dermed ligestillet" er kun relevant, hvor kontraktens genstand efter en konkret vurdering berettiger en sådan angivelse. Se i overensstemmelse hermed den senere kendelse af 1. marts 1999, Enemærke & Petersen A/S mod Fællesorganisationens Boligforening.

¹⁸⁵ Jf. ligeledes Arrowsmith s. 159, hvor det anføres: "The thresholds are set with a view to identifying contracts for which there is likely to be cross-border competition, since the directives are concerned only with cross-border trade."

sætning på traktatniveau skal anvendes på et offentligt indkøb af en vare eller tjenesteydelse, da udbudsdirektiverne rangerer lavere i det retlige hierarki, og dette har som nævnt heller ikke været tilsigtet fra lovgiveres side. Udbudsdirektivernes regulering af offentlige indkøb suppleres af Traktatens bestemmelser og antagelig af den almindelige lighedsgrundsætning, og derfor er indkøbet ikke uden for det EU-retlige dækningsområde, blot fordi udbudsdirektiverne ikke finder anvendelse.

Klageren procederede på, at forbudet mod angivelse af bestemte fabrikater fulgte af Traktaten, og Klagenævnets kendelse tager derfor sit udgangspunkt i en tilbagevisning af Traktatens anvendelse på det pågældende offentlige indkøb. Det fremgår imidlertid af kendelsen, at Klagenævnet havde kendskab til Kommissionens antagelse om, at de grundlæggende bestemmelser i udbudsdirektiverne finder anvendelse uden for udbudsdirektiverne, men Klagenævnet ses ikke at have været opmærksom på, at Kommissionens opfattelse angiveligt støttes på den almindelige lighedsgrundsætning og ikke på Traktatens udtrykkelige bestemmelser.

Uanset denne uklarhed omkring hjemmelen for Kommissionens opfattelse står det klart, at Klagenævnet for Udbud ikke kunne tiltræde klagerens og Kommissionens fortolkning, der udstrakte den grundlæggende regel i udbudsdirektiverne om tekniske specifikationen til de tilfælde, hvor et udbud er under tærskelværdien. Det må antages, at den konkrete afvisning af relevansen af én af de grundlæggende bestemmelser i udbudsdirektiverne er ensbetydende med en generel afvisning fra Klagenævnets side af at udstrække udbudsdirektivernes grundlæggende bestemmelser til kontrakter, hvor kontraktsværdien medfører, at en kontrakt er uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde.

En antagelse om, at samtlige de grundlæggende bestemmelser i udbudsdirektiverne skal iagttages, selv hvor et offentligt indkøb falder uden for udbudsdirektivernes anvendelsesområde, er vidtgående, når det tages i betragtning, at hjemmelen i givet fald skulle være almindelige retsprincipper, herunder særligt den almindelige lighedsgrundsætning. Kommissionen, der angiveligt lægger denne antagelse til grund, ses ikke at have forsøgt at få afklaret spørgsmålet ved anlæggelse af et traktatbrudssøgsmål på trods af, at dette ville være nærliggende. Kommissionen vil med lethed kunne finde eksempler på kontrakter under tærskelværdierne, der indgås uden iagttagelse af de grundlæggende bestemmelser i udbudsdirektiverne i udbudspraksis, da praksis, så vidt vides, ikke er i overensstemmelse med antagelsen. Det er derfor påfaldende, at Kommissionen ikke søger spørgsmålet afklaret, hvilket kan skyldes, at Kommissionen er bevidst om, at antagelsen er behæftet med en væsentlig usikkerhed.

Det må antages, at den almindelige lighedsgrundsætning er underlagt de samme begrænsninger som Traktatens bestemmelser for så vidt angår pålæggelse af handlepligter, og udgangspunktet er, som fremhævet under afsnit 3.2.1.1.1., at der ikke kan udledes handlepligter for den offentlige indkøber til sikring af ligebehandling fra Traktatens bestemmelser. Der er dog særlig grund til at være opmærksom på, at EF-

domstolen har udledt handlepligter fra Traktatens bestemmelser i visse sammenhænge, herunder særligt fra bestemmelserne om den fri bevægelighed, og at antallet af sager af denne karakter er stigende og stadigt mere vidtgående.

På denne baggrund er der en vis sandsynlighed for, at EF-domstolen vil træffe en afgørelse, der, støttet på den almindelige lighedsgrundsætning, foreskriver hel eller delvis anvendelse af de grundlæggende bestemmelser i udbudsdirektiverne, hvis spørgsmålet blev rejst. Dette følger navnlig af 1) at der på udbudsområdet findes en skreven lighedsgrundsætning, der strækker lighedstanken vidt, 2) at udbudsområdet har væsentlig betydning for den frie bevægelighed af varer og tjenesteydelser, og 3) at EF-domstolen i flere tilfælde har vist sig villig til at foretage udvidende fortolkninger på udbudsområdet. Det skal dog tilføjes, at det i bekræftende fald må antages, at EF-domstolen vil forudsætte påvisning af grænseoverskridende elementer i den pågældende sag, men som fremhævet i afsnit 3.2.1.1.3. er tendensen, at der stilles beskedne krav til påvisningen af grænseoverskridende elementer og i enkelte sager har det grænseoverskridende element været af rent hypotetisk karakter.

3.3. Ligebehandlingsprincippet og den almindelige lighedsgrundsætning i dansk ret

EF-domstolen fastslog i afgørelsen C-124/76 og 20/77, S.A. Moulin et Huileries de Pont-à-Mousson, at der fandtes en almindelig lighedsgrundsætning i EF-retten, og dette blev bl.a. støttet på en henvisning til, at en almindelig lighedsgrundsætning var almindeligt gældende i medlemsstaterne. Denne generelle henvisning til retstilstanden i medlemsstaterne må tages med et vist forbehold, og det har særlig interesse for nærværende afhandling at klargøre, om der i Danmark kan antages at gælde en almindelig lighedsgrundsætning, og i bekræftende fald om en sådan lighedsgrundsætning gælder på forfatningsniveau.

Indledningsvis skal der erindres om, at den almindelige lighedsgrundsætning i EU-retten gælder på traktatniveau og dermed lægger bånd på EU-lovgiveren, samt at det må antages, at den almindelige lighedsgrundsætning tillige begrænser medlemsstaterne i deres regeludstedelse og retsanvendelse inden for EU-rettens anvendelsesområde.

Der skal i den følgende behandling af dansk ret sondres mellem spørgsmålet, om lovgivningsmagten er underlagt en almindelig lighedsgrundsætning, og spørgsmålet om hvorvidt forvaltningen begrænses af en almindelig lighedsgrundsætning.

3.3.1. Den almindelige lighedsgrundsætning i dansk statsret

Den danske grundlov indeholder ikke en almindelig lighedsgrundsætning af den mest generelle type, der foreskriver, at det lige skal behandles lige,¹⁸⁶ men der findes almindelige lighedsgrundsætninger i specielle relationer¹⁸⁷ og en række specielle lighedsgrundsætninger, f.eks. grundlovens § 71, stk. 2, 2. pkt. om frihedsberøvelse på grund af politisk eller religiøs overbevisning eller afstamning.

Det har været hævdet i den juridiske litteratur, at der gælder en almindelig lighedsgrundsætning på forfatningsniveau¹⁸⁸ med den følge, at lighedsgrundsætningen lægger begrænsninger på lovgivningsmagten og ikke blot på forvaltningen. Den almindelige opfattelse i dansk teori er, at der ikke kan antages at gælde en almindelig lighedsgrundsætning på forfatningsniveau, eller at spørgsmålet i bedste fald er tvivlsomt.¹⁸⁹

Den almindelige lighedsgrundsætning på forfatningsniveau har været påberåbt i retssagerne U 1965.293 H og U 1986.898 H,¹⁹⁰ men begge afgørelser gik den pågældende part imod på det punkt, hvor lighedsgrundsætningen blev gjort

¹⁸⁶ I fremmede forfatninger er ofte optaget en almindelig lighedsgrundsætning, hvilket gælder for den amerikanske og tyske forfatning, jf. Jens Garde, *Forvaltningsret, Almindelige emner*, 3. udg. s. 209.

¹⁸⁷ Carl Aage Nørgaard fremhæver i *Juristen* 1965 s. 1 (s. 2 og 3) grundlovens bestemmelse i § 77 som et eksempel på en almindelig lighedsgrundsætning i en bestemt relation.

¹⁸⁸ Jf. Frederik Vinding Kruse, *Ejendomsretten* 1, 3. udg., 1951 s. 252.

¹⁸⁹ Alf Ross afviser eksistensen af en almindelig lighedsgrundsætning i *Dansk Statsforfatningsret* II, 3. udg. 1980 v. Ole Espersen s. 665; Carl Aage Nørgaard, *Juristen* 1965 s. 1 anfører s. 7, at der næppe er holdepunkt for at antage, at der findes en almindelig lighedsgrundsætning som retssædvane på forfatningsniveau; Jens Garde m.fl., *Forvaltningsret, Almindelige Emner*, 3. udg. 1997 anfører s. 209, at det er tvivlsomt, om der gælder en almindelig lighedsgrundsætning på forfatningsniveau; Højesteretsdommer Erik Riis bemærkede i kommentaren til U 1986.898 H i U 1987 B s. 53, at det vist er yderst tvivlsomt, om der med forfatningsmæssig gyldighed kan opstilles et almindeligt diskriminationsforbud. Se endvidere Max Sørensen, *Statsforfatningsret*, 2. udg. ved Peter Germer s. 77 og Peter Germer, *Statsforfatningsret*, 2. udg. s. 77.

¹⁹⁰ Disse afgørelser er kommenteret i henholdsvis U 1965 B s. 141 ff. og U 1987 B s. 53 ff..

gældende.¹⁹¹ Højesteret tog dog ikke udtrykkelig stilling til spørgsmålet, om der gælder en almindelig lighedsgrundsætning på forfatningsniveau. Det skal dog fremhæves, at højesteretsdommer Erik Riis i sin kommentar til U 1986.898 H bemærkede, at det vist er yderst tvivlsomt, om der findes en almindelig lighedsgrundsætning på forfatningsniveau. Det må på baggrund af den beskudne domspraksis og i overensstemmelse med den overvejende opfattelse i den juridiske litteratur antages, at der ikke gælder en almindelig lighedsgrundsætning på forfatningsniveau i dansk ret.

3.3.2. Den almindelige lighedsgrundsætning i dansk forvaltningsret

I det følgende behandles spørgsmålet om, hvorvidt forvaltningen begrænses af en almindelig lighedsgrundsætning og i bekræftende fald da med hvilket indhold.

Spørgsmålet har været omdiskuteret i dansk juridisk litteratur, men det er almindeligt anerkendt,¹⁹² at forvaltningen er bundet af en almindelig lighedsgrundsætning, der foreskriver, at det lige skal behandles lige, medmindre der er en saglig begrundelse for forskelsbehandling, jf. herved Carl Aage Nørgaards formulering af den almindelige lighedsgrundsætning.¹⁹³ Nørgaard præciserede på baggrund af retspraksis den almindelige lighedsgrundsætning og imødegik Poul Andersens afskrivning af den almindelige lighedsgrundsætning som juridisk figur.¹⁹⁴ Det centrale problem er herefter, som understreget af Nørgaard, om afgørelsen er båret af hensyn, der er saglige og relevante i den konkrete sammenhæng, hvori afgørelsen træffes. Det skal bemærkes, at den almindelige lighedsgrundsætning har været anvendt i flere tilfælde i ombudsmandens praksis og særlig ofte i Lars Nordskov Nielsens tid som ombudsmand.¹⁹⁵

Det har imidlertid været diskuteret, om den almindelige lighedsgrundsætning har et selvstændigt indhold. En række forfattere har gjort gældende, at grundsætningen ikke har et selvstændigt indhold, og at lighedsgrundsætningen ikke rækker længere end

¹⁹¹ Den almindelige lighedsgrundsætning blev endvidere påberåbt for Landsretten i U 1999.841 H, den såkaldte Tvind-sag, men blev ikke gjort gældende for Højesteret, der afsagde dom i sagen 19. februar 1999.

¹⁹² Se bl.a. Bent Christensen, *Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation*. 2. udg. 1997 s. 185, Jens Garde m.fl. *Forvaltningsret. Almindelige Emner*. 3. udg. 1997 samt Ole Spierrmann i *Juristen* 1995 s. 417 ff, med adskillige henvisninger til den juridiske teori på s. 424 fodnote 24.

¹⁹³ Se *Juristen* 1965 s. 1 ff. (s. 18).

¹⁹⁴ For en nærmere redegørelse og analyse af udviklingen i den juridiske teori kan henvises til Ole Spierrmann, *Juristen* 1995 s. 417 ff.

¹⁹⁵ Se bl.a. FOB 1977.217 og FOB 1978.506.

hvad der allerede følger af kravet om saglige hensyn, dvs. af magtfordrejningsgrundsætningen.¹⁹⁶ Denne retsopfattelse indebærer som fremhævet af Karsten Revsbech¹⁹⁷ en større handlefrihed for forvaltningen, samt at borgeren får svagere holdepunkter mod forvaltningen. Enkelte forfattere har dog argumenteret for, at den almindelige lighedsgrundsætning har selvstændig betydning i forhold til magtfordrejningslæren.¹⁹⁸ Det er et gennemgående træk i den juridiske litteratur, at den almindelige lighedsgrundsætning anses for at have begrænset betydning.¹⁹⁹

Sammenfattende kan det siges, at den almindelige opfattelse i den juridiske litteratur er, at den almindelige lighedsgrundsætning ikke har selvstændig betydning eller kun begrænset selvstændig betydning i forhold til magtfordrejningslæren. Teoriens skepsis er blevet overført til praksis ved de danske domstole, der generelt har forholdt sig

¹⁹⁶ Dette var et af hovedsynspunkterne i Ole Krarups disputats, "Øvrigmyndighedens grænser", 1969; Claus Haagen Jensen og Carl Aage Nørgaard, *Administration og Borger* 1988 s. 199 anfører tilsvarende, at det ikke er afgørende, om retspraksis på dette område søges forklaret ud fra en moderne magtfordrejningslære eller et lighedsprincip, samt at det centrale i begge tilfælde er, om de objektive hensyn, der er lagt til grund for forvaltningens afgørelse, er saglige i relation til formålet med de retsregler, afgørelsen har hjemmel i. Carl Aage Nørgaard argumenterede i *Juristen* 1965 s. 1 ff. for, at lighedsgrundsætningen havde selvstændig betydning, men dette skal ses i sammenhæng med den daværende udformning af magtfordrejningslæren, der var orienteret i mod forvaltningens *subjektive* begrundelse. Se endvidere Jens Garde m.fl. i *Forvaltningsret. Almindelige emner*, 3. udgave, 1997 s. 211 der bl.a. anfører, at det er mindre væsentligt, om begrundelsen for tilsidesættelsen af en forvaltningsafgørelse i det enkelte tilfælde søges i magtfordrejningslæren eller i en lighedsgrundsætning.

¹⁹⁷ Jf. Karsten Revsbech, *Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlig teori - systemhensyn eller retssikkerhed*, 1992 s. 69.

¹⁹⁸ Jf. navnlig Ole Spiermann, *Juristen* 1995 s. 417 ff der inddrager flere domme i sin dybtgående analyse; Mette Hartlev, *Fra Lighed til forskel, Om lønregulering og modernisering i den offentlige sektor*, 1994 s. 114; Karsten Revsbech, *op.cit.* s. 72 der dog understreger, at den almindelige lighedsgrundsætning har et meget begrænset selvstændigt anvendelsesområde.

¹⁹⁹ Se til eksempel Gammeltoft-Hansen m.fl., *Forvaltningsret*, 1. udg. 1994, der s. 236 anfører "Alligevel spiller idealet om lighed en beskeden rolle ved afgrænsningen af, hvilke kriterier der er lovlige". Ellen Margrethe Basse, *Miljøankenævnet*, 1987 anfører s. 203, at den traditionelle lighedsgrundsætning ikke har den store betydning inden for miljøbeskyttelseslovens område. Ole Spiermann, *Juristen* 1995 s. 417 ff. anfører i overensstemmelse med nærværende fremstilling, at teorien almindeligvis har opfattet den almindelige lighedsgrundsætning som perifer jf. s. 420 med note 18.

tøvende til anvendelsen af den almindelige lighedsgrundsætning.²⁰⁰ Lighedsgrundsætningen har derfor som udgangspunkt alene betydning for afgrænsningen af, hvilke kriterier der er saglige, og normalt vil lighedsgrundsætningen ikke have betydning for, hvilken vægt en given forskel skal tillægges.²⁰¹

Henset hertil er det ikke overraskende, at den almindelige lighedsgrundsætning kun ses at have været anvendt i relation til spørgsmålet om ligebehandling ved tildeling af offentlige kontrakter i enkeltstående tilfælde,²⁰² og at forvaltningsrettens lighedsgrundsætning tilsyneladende kun i ringe grad har kunnet fungere som et effektivt værn mod forskelsbehandling ved tildelingen af offentlige kontrakter.

²⁰⁰ Se hertil Carl Aage Nørgaard, *Juristen* 1965 s. 1 ff. (s. 8) der fremhæver eksempler på afvisning af lighedsgrundsætningens anvendelse. Se desuden Ole Spiermanns gennemgang af praksis fordelt på udvalgte områder i *Juristen* 1995 s. 417 ff. (s. 435 ff.).

²⁰¹ Bent Christensen, *Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation*, 2. udg. 1997 nævner s. 186, at den almindelige lighedsgrundsætning tvinger forvaltningsorganet til at undersøge, om et kriterium, dvs. en forskel som man havde tænkt sig at lægge vægt på, er ulovligt eller har tilstrækkelig vægt. Bent Christensen understreger dog samtidig, at svaret ikke følger af den almindelige lighedsgrundsætning, men af hjemmelsgrundlaget, formål osv. Ellen Margrethe Basse, *Miljøankenævnet*, 1987, s. 203 antager, at lighedsgrundsætningen tillige har betydning for afvejningen, ved at et relevant kriterium skal indgå i en helhedsvurdering, der skal foretages ud fra ensartede principper.

²⁰² Se UfR 1932.505 H der vedrørte bortlicitering af kommunale arbejder, og hvor Højesteret fremhævede, at Esbjerg byråd efter almindelige retsgrundsætninger havde pligt til at forvalte kommunale anliggender under ligeligt hensyn til alle borgere. Byrådet var derfor uberettiget til at foreskrive, at der ved arbejder for kommunen kun måtte benyttes arbejdere, der var medlemmer af de almindelige fagforeninger. Almindeligvis henføres dommen til retspraksis om magtfordrejningslæren, men som fremhævet af Ole Spiermann i *Juristen* 1995 s. 417 (s. 427 ff.) kan dommen fortolkes som begrundet i den almindelige lighedsgrundsætning. I UfR 1975.379 H blev den almindelige lighedsgrundsætning ikke påberåbt, allerede fordi kommunens fremgangsmåde klart stred mod en bekendtgørelse, der foreskrev at arbejder ikke måtte forbeholdes bydende fra et bestemt geografisk område. Se nærmere om dommen i kapitel 2.2.

Inhabilitet

4. Inhabilitet

4.1. Introduktion

En ordregiver har i en lang række tilfælde ikke den fornødne tekniske og kommercielle kompetence til at udarbejde specifikationer til et udbud, og det er derfor almindeligt forekommende i praksis, at en ordregiver indgår i en teknisk dialog med en eller eventuelt flere private virksomheder i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsspecifikationer og tilrettelæggelsen af udbudsproceduren i øvrigt.

Dialogen er ofte formaliseret ved, at ordregiveren antager en virksomhed som rådgiver i forbindelse med tilrettelæggelsen af udbudsproceduren, men kan tillige bestå i, at ordregiveren indleder en uformel dialog med en kendt leverandør af det pågældende produkt. Tilsvarende forekommer det, at den hidtidige leverandør inddrages i en teknisk dialog med ordregiveren om behovet for og udformningen af ændringer til udbudsspecifikationerne ved udløbet af kontrakter, der skal i udbud. Omfanget af den tekniske dialog varierer kraftigt og kan eksempelvis begrænse sig til en forundersøgelse af miljøforholdene i forbindelse med et byggeri, mens den tekniske dialog i andre tilfælde er omfattende og f.eks. involverer formuleringen af udbudsmaterialet og herunder udarbejdelsen af prækvalifikations- og tildelingskriterier.

Et fællestræk for de rådgivende virksomheder er, at de typisk vil have en forretningsmæssig interesse i den kontrakt, der efterfølgende bliver udbudt, og at disse virksomheder almindeligvis er interesserede i at deltage i den efterfølgende konkurrence om den offentlige kontrakt.

En sådan efterfølgende deltagelse i udbudsproceduren er problematisk set i forhold til ligebehandlingsprincippet, der medfører, at ordregiveren hyppigt vil have pligt til

at afvise et tilbud eller en ansøgning om prækvalifikation fra en virksomhed, der har ført en teknisk dialog med ordregiveren om udbudet. Det skal dog fremhæves, at ordregiveren i en række tilfælde vil kunne træffe visse forholdsregler,²⁰³ der modvirker forskelsbehandlingen af de øvrige tilbudsgivere, der ikke har været involveret i den tekniske dialog, hvilket medfører, at rådgiveren alligevel kan deltage i konkurrencen om den udbudte kontrakt.

Baggrunden for, at virksomhedens efterfølgende deltagelse i udbudsproceduren kan stride mod ligebehandlingsprincippet, er særligt, at virksomheden gennem den tekniske dialog kan have fået en klar fordel i konkurrencen om den offentlige kontrakt, og at den tekniske dialog indebærer en åbenbar risiko for konkurrencefordrejning. Fordelen består navnlig i, at virksomheden har fået et indgående kendskab til ordregiverens ønsker til det forestående indkøb, og dermed et *informationsoverskud* i forhold til konkurrenterne.

Virksomheden får desuden en *fordel i tid*, da den har haft længere tid til at forberede deltagelsen i udbudsproceduren end konkurrenterne. Dette forhold har væsentlig betydning, da tilbudsgivere sædvanligvis skal udarbejde deres tilbud under stort tidspres.

Der er desuden en åbenbar risiko for konkurrencefordrejning som følge af virksomhedens egen forretningsmæssige interesse i den pågældende kontrakt, der gør det nærliggende, at *virksomheden søger at påvirke udarbejdelsen af udbudsspecifikationerne og tilrettelæggelsen af udbudsproceduren til egen fordel*. En virksomhed, der indgår i en teknisk dialog med ordregiveren, får derved en oplagt mulighed for f.eks. at påvirke ordregiveren til at udarbejde specifikationer, der særligt er tilpasset virksomhedens varesortiment, eller som er rettet mod et produkt, hvor virksomheden har en særlig gunstig markedsposition i forhold til konkurrenterne.

Endelig bør det ikke overses, at der *gennem den tekniske dialog kan knyttes et særligt bånd*²⁰⁴ mellem ordregiveren og virksomheden involveret i den tekniske dialog, og at det forudgående samarbejde kan føre til, at det er underforstået, at kontrakten skal tildeles den pågældende virksomhed, eller at ordregiveren vil strække sig vidt for at favorisere den pågældende tilbudsgiver, der normalt vil være en virksomhed etableret i den medlemsstat, hvor kontrakten udbydes.

Den typiske overtrædelse af ligebehandlingsprincippet i forbindelse med teknisk dialog før udbudsbekendtgørelsen består i, at ordregiveren tilsidesætter sin pligt til ligebehandling af tilbudsgiverne ved at tillade, at den virksomhed, der har indgået i teknisk dialog, deltager i udbudsproceduren, hvor ordregiveren i stedet burde have

²⁰³ Se særligt afsnit 4.3 om dette spørgsmål.

²⁰⁴ Se ligeledes de mere generelle betragtninger om sammenhængen mellem tilsigtet forskelsbehandling og tilbudsgivernes tilknytning til ordregiveren i afsnit 7.2.6.1.

udelukket virksomheden i prækvalifikationsfasen eller have undladt at tage tilbudet fra virksomheden i betragtning ved evalueringen af budene. En variant af denne problemstilling foreligger, hvor en rådgiver har påtaget sig en dobbeltfunktion som rådgiver for både ordregiveren og en tilbudsgiver, jf. herved nærmere i 4.2.1.2.

Den atypiske overtrædelse af ligebehandlingsprincippet består i, at ordregiveren forskelsbehandler en virksomhed, der har været involveret i teknisk dialog, ved at udelukke virksomheden fra deltagelse i udbudsproceduren eller ved at bortse fra dennes tilbud med en *uberettiget* henvisning til, at en sådan foranstaltning er påkrævet for at sikre ligebehandling af de konkurrerende tilbudsgivere.²⁰⁵

En restriktiv fortolkning af ligebehandlingsprincippet ville føre til et udgangspunkt om automatisk udelukkelse fra udbudsproceduren af virksomheder, der har ført en teknisk dialog med ordregiveren om den pågældende kontrakt. Ligebehandlingsprincippet fortolkes imidlertid noget mere fleksibelt i relation til den tekniske dialog før udbudsprocedurens start. Dette er en konsekvens af, at modstående hensyn, navnlig til ordregiverens interesser, til en vis grad berettiger til forskelsbehandling af tilbudsgiverne forårsaget af teknisk dialog før udbudsprocedurens start.

Til støtte for en vis smidighed i fortolkningen fremføres,²⁰⁶ at den udpræget restriktive fortolkning ikke er hensigtsmæssig, da den vil kunne modvirke en seriøs teknisk dialog ved at mindske konkurrencen i forbindelse med det pågældende indkøb, fordi fortolkningen fører til udelukkelse af potentielle tilbudsgivere.

Et yderligere argument for en fleksibel holdning til spørgsmålet er, at man desuden risikerer, at ordregiverne får vanskeligt ved at finde kvalificerede virksomheder, der er villige til at påtage sig at indgå i den tekniske dialog, der kan være nødvendig for en vellykket udbudsprocedure. Det er blevet fremhævet i sammenhæng hermed, at de negative følger af en restriktiv fortolkning navnlig kan gøre sig gældende på specialiserede markeder, hvor de bydende, der er i stand til at bidrage til formuleringen af en specifikation, sandsynligvis også vil have en forretningsmæssig interesse i det efterfølgende indkøb.

Argumentationen for den fleksible fortolkning forekommer umiddelbart at være mindre overbevisende i relation til spørgsmålet om, hvorvidt der *generelt* skal anlægges en fleksibel fortolkning ved teknisk dialog forud for udbudsbekendtgørelsen. Det er

²⁰⁵ Se hertil bl.a. Klagenævnets kendelse af 13. juni 1996, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Roskilde Kommune og kendelse af 17. marts 1998, Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune kommenteret i henholdsvis afsnit 4.2.1.1.B og afsnit 4.2.3.

²⁰⁶ Se særligt Det økonomiske og sociale Udvalgs bemærkninger fremsat ved den seneste revision af udbudsdirektiverne i relation til et forslag om en bestemmelse om teknisk dialog, der modsvarede GPA-aftalens artikel VI, stk. 4, i EFT 1995 C 256/1 af 2. oktober 1995 og bemærkningerne s. 70 i "Danske virksomheders muligheder ved offentlige EU-udbud i udlandet" udgivet af Konkurrencestyrelsen i 1996.

ikke indlysende, at det vil have betydning for konkurrencen, at en enkelt eller enkelte virksomheder udelukkes, når det tages i betragtning, at den pågældende kontrakt udbydes i hele EU. Der vil dog være *specifikke* markeder, der er så snævert afgrænsede, at udelukkelsen af enkelte virksomheder reducerer konkurrencen betragteligt, eller hvor det vil være vanskeligt at finde en virksomhed, der er villig til at påtage sig rådgivningsopgaven, hvis dette medfører udelukkelse fra den efterfølgende udbudsprocedure.²⁰⁷

4.1.1. "Inhabilitet" efter ligebehandlingsprincippet

I dansk udbudsretlig litteratur,²⁰⁸ og i flere tilfælde i praksis for Klagenævnet for Udbud, betegnes en virksomhed, der skal udelukkes fra udbudsproceduren som følge af en teknisk dialog, sædvanligvis som *inhabil*, hvilket er en betegnelse, der ikke har sin oprindelse i udbudsdirektiverne, men som derimod er hentet fra dansk juridisk terminologi.

Omtalen af problemstillingen er sjælden og kortfattet i både dansk og udenlandsk juridisk litteratur,²⁰⁹ og hvor spørgsmålet undtagelsesvist omtales i den udenlandske juridiske litteratur, er hovedreglen, at der ikke anvendes en tilsvarende betegnelse eller en særskilt betegnelse for problemstillingen overhovedet.²¹⁰

Den, der fortolker et nyt retsområde, som f.eks. udbudsreglerne, vil naturligt og ofte berettiget analogisere fra velkendte retsområder, og denne tendens er selvforstærkende, når teori og praksis henter en juridisk betegnelse fra et andet retsområde, som det er tilfældet her. Der er imidlertid grund til at anvende begrebet inhabilitet med en vis omtanke i relation til nærværende problemstilling og grund til forsigtighed, når der drages slutninger fra retstilstanden på de områder, der har inspireret til anvendelsen af

²⁰⁷ Se hertil afsnit 4.3.J. for en nærmere behandling af betydningen af disse faktorer samt afsnit 4.2.4. om dialog med en virksomhed, der har foretaget udviklingsarbejde.

²⁰⁸ Jf. Ruth Nielsen s. 76; Erik Hørlyck s. 55; Katja Høegh i UfR 1997 B 151 (s. 154) og Sune Troels Poulsen UfR 1998 s. 61 (s. 62) og Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's udbudsdirektiver s. 17.

²⁰⁹ Flere større udbudsretlige fremstillinger gør alene emnet til genstand for sporadisk behandling. Dette gælder f.eks. Lasse Simonsen; Kai Krüger, Ruth Nielsen og Niklas Bruun; Peter Lund Meyer.

²¹⁰ Jf. eksempelvis Sue Arrowsmith s. 615 ff.; Andrew Tucker, PPLR 1997 CS 182 (særligt s. 186); Rhodri Williams, PPLR 1998 s. 25 ff. (s. 26). Lasse Simonsen, der er norsk, ses dog at omtale spørgsmålet under betegnelsen "habilitet". I den hollandske fremstilling "Aanbestedingsrecht", E.H. Pijnacker Hordijk og G.W. van der Bend, 1996 beskrives problemstillingen blot som en "conflict of interest" s. 243 ff.

begrebet. Dette skyldes, at begrebet er hentet fra retlig regulering af interessekonflikter, der til forveksling ligner nærværende problemstilling, men ved en grundigere sammenligning afviger på fundamentale punkter.

Når man i Danmark overfører inhabilitetsbegrebet til udbudsreglernes begrebsapparat, har man valgt at anvende et klassisk retsbegreb, der i sin oprindelse knyttede sig til dommeres inhabilitet,²¹¹ og som senere er blevet udstrakt til forvaltningen i almindelighed, jf. nu forvaltningslovens regulering.

Det er nærliggende at foretage en sådan overførsel, da der er visse klare og grundlæggende lighedstræk med disse retsområder, hvilket navnlig gælder i forhold til forvaltningslovens regulering af spørgsmålet om speciel habilitet.²¹²

Dette skyldes for det første, at der i vidt omfang er sammenfald mellem de retssubjekter, hvis adfærd reguleres, idet forvaltningsloven gælder for alle dele af den offentlige forvaltning, og udbudsdirektivernes regulering navnlig retter sig mod offentlige myndigheder i bred forstand.²¹³ For det andet er et af de primære formål med udelukkelsen fra beslutningsprocessen som følge af inhabiliteten at sikre, at en interessekonflikt ikke fører til, at der inddrages uvedkommende hensyn, eller at bestemte interesser i øvrigt favoriseres.

Der er imidlertid som fremhævet tidligere væsentlige forskelle mellem inhabilitet efter forvaltningsloven og efter ligebehandlingsprincippet.

Konsekvenserne af inhabilitet vil efter forvaltningsloven være direkte rettet mod *beslutningstageren* hos forvaltningsmyndigheden, da en sagsbehandler, der er inhabil og ansvarlig eller medansvarlig for at træffe den relevante beslutning, som hovedregel²¹⁴ skal udelukkes fra beslutningsprocessen, jf. forvaltningslovens § 3, stk. 3. Inhabiliteten efter ligebehandlingsprincippet er ikke direkte rettet mod beslutningstageren og medfører derfor ikke, at medarbejdere hos ordregiveren ("myndigheden") udelukkes fra beslutningsprocessen. I stedet for er inhabiliteten rettet mod den, der har interesse i at blive begunstiget ved beslutningen, da konsekvensen af inhabiliteten er,

²¹¹ Se nu Rpl. §§ 60-67.

²¹² Regler om speciel habilitet relaterer sig til den enkelte sag og til spørgsmålet om, hvorvidt den enkelte beslutningstager har en sådan interesse eller tilknytning til den pågældende sag, at han ikke bør beskæftige sig med den.

²¹³ EF-domstolen har fortolket dette begreb udvidende i en række afgørelser, jf. herved afsnit 2.3.1.2.

²¹⁴ Det er i forvaltningslovens § 4, stk. 1 bestemt, at der ikke skal ske substitution, hvis det ville være umuligt eller forbundet med væsentlige vanskeligheder eller betænkeligheder at lade en anden træde i den pågældendes sted under sagens behandling.

at ordregiveren har pligt til at udelukke den *potentielle tilbudsgiver* fra deltagelse i udbudsproceduren.

Spørgsmålet om inhabilitet i forvaltningsretten relaterer sig typisk til spørgsmålet om udelukkelse af en *enkeltperson*, sagsbehandleren, fra beslutningsprocessen, og det er således undtagelsen, at inhabilitet har til følge, at myndigheden som *helhed* er udelukket fra at behandle sagen.²¹⁵ Den sædvanlige løsning på problemstillingen er dermed at substituere den inhabile sagsbehandler med en anden medarbejder fra den pågældende myndighed.

En analogislutning fra forvaltningsretten til udbudsreglerne ville indebære, at en rådgiver, der har været involveret i den tekniske dialog, kunne tage højde for ligebehandlingsproblematikken ved at udelukke de medarbejdere, der har rådgivet ordregiveren, fra at deltage i udformningen af tilbud i den efterfølgende udbudsprocedure. Det må imidlertid antages, at der ikke kan drages en sådan analogislutning, og at *inhabilitet efter udbudsreglerne normalt indebærer udelukkelse af virksomheden*²¹⁶ som sådan, jf. herved kendelse af 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnestue mod Vestsjællands Amt og den senere omtale af spørgsmålet i 4.2.1.1.B og afsnit 4.3.G.

Det overordnede formål med inhabilitetsreglerne efter forvaltningsloven er dels at modvirke, at der træffes afgørelser, hvis indhold er urigtigt eller ulovligt som følge af, at en inhabil beslutningstager har ladet sig påvirke af interessekonflikten, og dels at modvirke, at der skabes mistillid til den offentlige forvaltning.

Lignende målsætninger ligger bag udbudsreglerne og inhabilitetsreglen efter ligebehandlingsprincippet, men sammenlignet med den almindelige forvaltningsret skal disse hensyn vægtes tungere. Det overordnede mål med udbudsreglerne er at åbne markedet for offentlige kontrakter i EU for effektiv konkurrence gennem et regelsæt, der sikrer ligebehandling af tilbudsgivere og gennemsigtighed. Regelsættet som sådan er et opgør med magtfordrejning og en tradition for diskrimination af navnlig udenlandske tilbudsgivere. Ligebehandlingsprincippet skal derfor fortolkes forholdsvis restriktivt, hvis dette tjener til at fremme den effektive konkurrence.

Hensynet til befolkningens tillid til forvaltningen gør sig tilsvarende gældende ved fortolkningen af ligebehandlingsprincippet, men i en variant, der kan formuleres mere

²¹⁵ Der er ikke i forvaltningsloven optaget regler om *myndighedshabilitet*, dvs. det retlige problem, hvor myndigheden som sådan bliver inhabil, fordi den er part eller på anden måde har væsentlig interesser i sagen udfald. Se nærmere om spørgsmålet i Forvaltningsret Sagsbehandling, 4. udgave 1995 ved Jens Garde og Karsten Revsbech s. 96 ff. og Michael Møllegaard Jessen, Juristen 1998 s. 89 ff., der beskriver myndighedsinhabilitet med særlig henblik på byggesager.

²¹⁶ Se særligt i afsnit 4.3.G om modifikationer til denne hovedregel i relation til selvstændigt arbejdende afdelinger i den samme virksomhed og i relation til udstrækningen af inhabiliteten inden for samme koncern.

snævert og med større vægt taler for en restriktiv tilgangsvinkel til habilitetsproblematikken end efter forvaltningsloven. Dette skal ses i sammenhæng med, at tilliden til, at ordregiveren agerer upartisk og ikke lader en enkelt tilbudsgivers interesser påvirke konkurrenceforholdene gennem teknisk dialog, har afgørende betydning for, at potentielle tilbudsgivere ønsker at bruge tid og ressourcer på den ofte kostbare deltagelse i udbudsprocedurer reguleret af EU's udbudsregler. Betydningen af tilbudsgivernes tillid til ordregiveren er nærmere behandlet i afsnit 4.3.C.

Som tidligere fremhævet skal disse hensyn, som taler for en meget restriktiv fortolkning af inhabilitetsreglerne efter ligebehandlingsprincippet, dog afstemmes med det grundlæggende modhensyn til ordregiveren. Ligebehandlingsprincippet må ikke fortolkes så restriktivt, at det på afgørende vis modarbejder, at ordregiverne får mulighed for at få den nødvendige og kvalificerede bistand til udarbejdelsen af udbudsspecifikationerne og tilrettelæggelsen af udbudsproceduren i øvrigt, jf. herved nærmere i afsnit 4.3.J.

4.1.2. Retsgrundlaget

4.1.2.1. Udbudsdirektivernes bestemmelser

Spørgsmålet om grænserne for den tekniske dialog før udbudsprocedurens start er kun gjort til genstand for en yderst begrænset regulering i udbudsdirektiverne til trods for, at forskelsbehandling af denne type er iøjnefaldende, har vidtrækkende konsekvenser for konkurrencen, at interessekonflikten er hyppigt forekommende, og at spørgsmålet om grænserne for den tekniske dialog ofte rejses i udbudspraksis.

Udbudsdirektiverne indeholder på det nærmeste ikke en direkte regulering af grænserne for den tekniske dialog, selv om det f.eks. havde været nærliggende, at der i udbudsdirektivernes bestemmelser om udvælgelse af tilbudsgivere udtrykkeligt havde været anført, at der tillige kan ske udelukkelse af tilbudsgivere som følge af forudgående teknisk dialog. Foruden ligebehandlingsprincippet skal der i det følgende alene fremhæves en enkeltstående bestemmelse samt den nyindsatte betragtning om den tekniske dialog i præamblerne til udbudsdirektiverne.

Samtlige materielle udbudsdirektiver indeholder dog en bestemmelse,²¹⁷ der som udgangspunkt forbyder anvendelse af tekniske specifikationer, der nævner varer af et bestemt fabrikat eller som hidrører fra en bestemt leverandør, eller varer der er fremstillet efter en bestemt proces, og som derved begunstiger eller udelukker bestemte

²¹⁷ Jf. Bygge- og anlægsdirektivets artikel 10, stk. 6, vareindkøbsdirektivets artikel 8, stk. 6, tjenesteydelsesdirektivets artikel 14, stk. 6 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 18, stk. 5.

leverandører. Specifikationer af denne art kan dog undtagelsesvis tillades, hvor kontraktens genstand berettiger dette, men i disse situationer har ordregiveren pligt til at tilføje "eller dermed ligestillet" for at holde konkurrencen åben.

Bestemmelsen giver imidlertid begrænset vejledning om grænserne for den tekniske dialog, da den alene konkretiserer den indlysende konsekvens af ligebehandlingsprincippet, der består i, at specifikationerne ikke kan udformes så snævert, at bestemte virksomheder favoriseres eller udelukkes.

Et andet forhold er, at den diskriminerende udformning af specifikationerne, som omfattes af bestemmelsen, ikke behøver at have sammenhæng med en teknik dialog mellem en ordregiver og en bestemt virksomhed, men kan opstå på ordregiverens egen initiativ, hvor ordregiveren ikke er involveret i teknisk dialog med en potentiel leverandør. Der vil dog ofte være en sammenhæng mellem diskriminerende specifikationer og teknisk dialog mellem ordregiveren og den favoriserede tilbudsgiver.²¹⁸

4.1.2.2. Betragtningen om teknisk dialog i præamblerne til udbudsdirektiverne

Grænserne for den tekniske dialog har imidlertid været genstand for betydelig debat i forbindelse med den seneste revision af udbudsdirektiverne, der navnlig havde til formål at indsætte en række af GPA-aftalens bestemmelser om offentlige indkøb i udbudsdirektiverne. Dette skete med henblik på 1) at undgå forskelsbehandling af EF's virksomheder ved at give disse de samme fordele, som virksomheder fra tredjelande har i kraft af GPA-aftalen, der er en del af WTO-aftalen, samt 2) at sikre overensstemmelse mellem de to retsordener.²¹⁹

Årsagen til, at grænserne for den tekniske dialog blev berørt af den seneste revision af udbudsdirektiverne, var, at GPA-aftalen, i modsætning til udbudsdirektiverne, indeholder en særskilt bestemmelse om grænserne for den tekniske dialog, jf. bestemmelsen i GPA-aftalens artikel VI, stk. 4. Denne bestemmelse har følgende ordlyd: "*Ordregivere må ikke på en måde, der kan have til følge at udelukke konkurrencen, søge eller modtage rådgivning, der kan benyttes i forbindelse med udarbejdelsen af specifikationer til en bestemt udbudsforretning, fra virksomheder, som måtte have en forretningsmæssig interesse i den pågældende udbudsforretning*".

Kommissionen fremsatte som følge heraf et ændringsforslag til udbudsdirektiverne,²²⁰ der indeholdt et forslag om at indsætte en bestemmelse i udbudsdirektiverne, hvis

²¹⁸ Se til eksempel Klagenævnets kendelse af 23. august 1995, B4 ApS mod Holbæk Kommune, nærmere omtalt i afsnit 4.2.1.1.A.

²¹⁹ Jf. KOM (96)598 af 20.11.1996 og KOM (96) 623 af 13.12.1996.

²²⁰ KOM(95) 107 af 29.03.1995. Det bemærkes, at dette ændringsforslag dog ikke vedrørte (fortsættes...)

ordlyd var identisk med GPA-aftalens artikel VI, stk. 4. I bemærkningerne til forslaget fremhævede Kommissionen, at "principperne om lige behandling og fair konkurrence ville blive bragt i fare, hvis disse dokumenter blev udarbejdet med bistand fra foretagender, der har en forretningsmæssig interesse i den udbudsforretning, dokumenterne vedrører".

Ændringsforslaget blev imidlertid kraftigt kritiseret på dette punkt og i forlængelse heraf fulgte en længere magtkamp, hvis hovedaktører var Kommissionen og Europa-Parlamentet, og hvis endelige resultatet blev indsættelsen af en enslydende betragtning i præamblen til samtlige materielle udbudsdirektiver ved den seneste revision af udbudsdirektiverne.²²¹ Betragtningen har følgende ordlyd: "*Ordregivende myndigheder kan søge eller modtage rådgivning, der kan benyttes til at udarbejde specifikationer til en bestemt udbudsforretning, forudsat at en sådan rådgivning ikke har til følge, at konkurrence udelukkes*".

Ved at forskyde udsagnet om grænserne for den tekniske dialog fra direktivernes dispositive tekst til præamblerne²²² blev retskildeværdien af udsagnet reduceret betydeligt, da en betragtning ikke har samme retskildeværdi som en selvstændig bestemmelse i et direktiv.

EF-domstolen har i sin praksis med afgørelsen i C-215/88, Casa Fleischhandels-GmbH mod Bundesanstalt für landwirtschaftlich Marktordnung,²²³ fastslået, at en betragtning kan være et vejledende moment ved fortolkningen af en retsregel, men at betragtningen ikke i sig selv kan være en retsregel. Betragtningen om den tekniske dialog knytter sig som et særligt vejledende moment til ligebehandlingsprincippet, der som tidligere nævnt er formuleret i selvstændige bestemmelser i samtlige materielle udbudsdirektiver.

Efter omstændighederne kan en betragtning få afgørende betydning for en fortolkning, hvilket C-243/89, Kommissionen mod Danmark, der fastslog eksistensen af ligebehandlingsprincippet, er et glimrende eksempel på. EF-domstolen støttede sin formålsfortolkning på niende betragtning i det relevante direktiv, hvorefter direktivet

²²⁰ (...fortsat)
forsyningsvirksomhedsdirektivet.

²²¹ Se betragtning nr. 10 i direktiv 97/52 og betragtning nr. 13 i direktiv 94/04.

²²² Dette skete på Kommissionen foranledning som et modtræk til Europa-Parlamentets ændringsforslag. Europa-Parlamentets oprindelige ændringsforslag ændrede formuleringen af bestemmelsen, men overførte ikke bestemmelsen til præamblerne.

²²³ Saml. 1989 s. 2789. Se om denne afgørelse og om retsvirkningen af betragtninger i præambler Jens Fejøl, s. 239 ff. i Juridisk Institut - Julebog 1997, 1. udgave 1997.

bl.a. tog sigte på at udvikle en effektiv konkurrence med hensyn til offentlige bygge- og anlægskontrakter.²²⁴

Anvendelsen af betragtningen om den tekniske dialog som et vejledende moment til ligebehandlingsprincippet er imidlertid problematisk, da der er *væsentlige uoverensstemmelse mellem den retstilstand, der følger af ordlyden af betragtningen om den tekniske dialog set i forhold til GPA-aftalens artikel VI, stk. 4 og set i forhold til den sædvanlige fortolkning af udbudsdirektivernes ligebehandlingsprincip*.

Det havde været ønskeligt, at ordlyden af betragtningen om den tekniske dialog havde bidraget til at klargøre retstilstanden i stedet for, som det nu er tilfældet, at give anledning til misforståelser og skabe en vis uklarhed om retstilstanden. I det følgende behandles først afvigelsen mellem betragtningen og GPA-aftalen, og derefter behandles spørgsmålet om afvigelsen mellem betragtningen og den sædvanlige fortolkning af ligebehandlingsprincippet.

A) Foreneligheden mellem betragtningen om teknisk dialog og GPA-aftalen

Ved første øjekast synes afvigelsen mellem Kommissionens oprindelige forslag, og dermed formuleringen i GPA-aftalens artikel VI, stk. 4, og det endelige resultat i form af betragtningen i udbudsdirektiverne at være begrænset og ubetydelig, hvilket bl.a. synes at være forudsat i en kommentar til revisionen af udbudsdirektiverne.²²⁵ Kommissionen har selv bidraget til at støtte denne fejlopfattelse ved i forarbejderne at kommentere ændringen som acceptabel, fordi betragtningen "blot er en positiv formulering af artikel VI, stk. 4 i GPA-aftalen".²²⁶ Problemet er, at Kommissionens kommentar er misvisende, da betragtningen *ikke* blot er en positiv formulering af GPA-aftalens artikel VI, stk. 4, og at afvigelsen vedrører et forhold af afgørende betydning.

I GPA-aftalens bestemmelse fastslås, at ordregiverne ikke må indgå i en teknisk dialog, der *kan have* til følge at udelukke konkurrencen, mens det i betragtningen i udbudsdirektiverne fastslås, at ordregiverne må indgå i en teknisk dialog, såfremt denne rådgivning *ikke har* til følge at udelukke konkurrencen. I GPA-aftalen forbydes dermed teknisk dialog, hvor der er *risiko* for en påvirkning, der kan udelukke

²²⁴ Se præmis 33 i afgørelsen.

²²⁵ Se Rhodri William, PPLR 1998 s. 25, der på s. 26 anfører, at betragtningen følger af GPA-aftalens artikel VI, stk. 4, idet han samtidig bemærker, at indsættelsen af betragtningen muligvis alene er en formalitet, fordi denne regel allerede fulgte implicit af ligebehandlingsprincippet med reglen i tjenesteydelsesdirektivets artikel 3, stk. 2.

²²⁶ Jf. Kommissionens bemærkninger til Europa-Parlamentets ændringsforslag i KOM (97) 289 af 30.06.1997.

konkurrencen, hvorimod der efter betragtningen stilles et fundamentalt anderledes krav om påvisning af, at konkurrencen faktisk er blevet udelukket.

Såfremt betragtningen anvendes efter sin ordlyd, indebærer dette, at beskyttelsen af de konkurrerende tilbudsgivere i høj grad udhules efter udbudsdirektiverne set i forhold til GPA-aftalens krav. Det vil være overordentligt vanskeligt for konkurrenterne at påvise en påvirkning af konkurrenceforholdene, og efter betragtningens ordlyd kræves der endda en så betydelig påvirkning, at konkurrencen er udelukket for, at den tekniske dialog er ulovlig.

Det er bemærkelsesværdigt, at en nærmere sammenligning af GPA-aftalens bestemmelse og udbudsdirektivernes bestemmelse om den tekniske dialog klargør, at betragtningen efter sin ordlyd giver en langt svagere retsbeskyttelse af de konkurrerende tilbudsgivere, og denne afvigelse er så betydelig, at der ikke er overensstemmelse mellem de to retsordener, hvis fortolkningen af grænserne for den tekniske dialog umiddelbart støttes på ordlyden af betragtningen. På denne baggrund forekommer det at være tvivlsomt, om EU, for så vidt angår spørgsmålet om grænserne for den tekniske dialog, har opfyldt sine folkeretlige forpligtelser efter GPA-aftalen, der trådte i kraft 1. januar 1996, jf. GPA-aftalens artikel XXIV.²²⁷

Da det erklærede formål med indsættelsen af betragtningen om den tekniske dialog var at sikre en overensstemmelse med GPA-aftalens bestemmelse, må betragtningen fortolkes i overensstemmelse med GPA-aftalen på dette punkt,²²⁸ og der skal derfor tages hensyn til risiko for påvirkning af konkurrencen, der opstår som følge af teknisk dialog.

B) Foreneligheden mellem betragtningen og teknisk dialog og ligebehandlingsprincippet

Herefter behandles spørgsmålet om afvigelsen mellem betragtningens ordlyd og den sædvanlige fortolkning af ligebehandlingsprincippet.

Hvis betragtningen om den tekniske dialog lægges til grund efter sin ordlyd, ville konsekvensen være, at den tekniske dialog først er ulovlig, når påvirkningen af konkurrenceforholdene er så indgribende, at konkurrencen om den offentlige kontrakt er *udelukket*. Dette er en usædvanlig lempelig tilgangsvinkel til spørgsmålet, hvilket i realiteten ville betyde, at hovedreglen ville være, at en virksomhed, der havde ført en

²²⁷ Jf. KOM (96) 598 af 20.11.1996.

²²⁸ I samme retning Ruth Nielsen, der s. 77 anfører om uoverensstemmelsen, at "umiddelbart lyder det ikke helt ligesom reglen i GPA, men det følger af formodningsreglen og fortolkningsreglen vedrørende forholdet mellem folkeret og nationalret, at EU-reglen skal fortolkes i overensstemmelse med GPA".

omfattende teknisk dialog med ordregiveren, alligevel kunne deltage i udbudsproceduren.

Et sådant udgangspunkt er i klar modstrid med den gængse fortolkning af ligebehandlingsprincippet, der efter sin formulering i udbudsdirektiverne i stedet giver indtryk af, at *enhver* form for forskelsbehandling er forbudt.²²⁹ Ligebehandlingsprincippet fortolkes dog ikke så restriktivt, at enhver form for forskelsbehandling af tilbudsgiverne er forbudt, da en vis grad af forskelsbehandling accepteres, hvor de modstående hensyn er tilstrækkeligt tungtvejende, jf. doktrinen om saglige grunde omtalt i afsnit 3.1.²³⁰ Der er imidlertid ingen tvivl om, at det efter en sædvanlig fortolkning af ligebehandlingsprincippet er hovedreglen, at en virksomhed, der gennem den tekniske dialog har opnået en fordel i konkurrencen, der ikke er ubetydelig, vil skulle udelukkes fra deltagelse i konkurrencen af ordregiveren.

Det skal fremhæves, at Kommissionen i de senere forarbejder til betragtningen gav udtryk for, at GPA-aftalens bestemmelse om den tekniske dialog blot udtrykte, hvad der efter Fællesskabsretten allerede fulgte af ligebehandlingsprincippet som det mindre i det mere, dvs. at retstilstanden efter ligebehandlingsprincippet ifølge Kommissionens opfattelse var mere restriktiv end GPA-aftalens bestemmelse, og dermed ikke så lempelig, at den tekniske dialog skal udelukke konkurrencen for at være ulovlig.

Sammenfattende kan det siges, at betragtningen efter sin ordlyd er uforenelig med ligebehandlingsprincippet, da betragtningen fører til en hovedregel om, at en virksomhed, der har deltaget i teknisk dialog med ordregiveren, kan deltage i udbudsproceduren, mens ligebehandlingsprincippet fører til denne regels modsætning og tager udgangspunkt i, at en sådan virksomhed er udelukket fra deltagelse i udbudsproceduren.

Spørgsmålet er herefter, hvilke konsekvenser der må drages af denne uoverensstemmelse, når den grundlæggende retstilstand i forhold til den tekniske dialog skal fastlægges. Der må tages udgangspunkt i den fortolkning, som udspringer af ligebehandlingsprincippet, og ikke i den fortolkning, der følger af ordlyden af betragtningen om den tekniske dialog. Dette er en følge af, at en betragtning, som det tidligere er fremhævet, ikke har karakter af en retsregel og derfor alene indgår som et vejledende moment ved fortolkningen af en retsregel, som i dette tilfælde er ligebehandlingsprincippet.²³¹

²²⁹ Se for samme opfattelse Konkurrencestyrelsens vejledning s. 17.

²³⁰ Der er, som nævnt i afsnit 3.1, grundlæggende enighed i den juridiske teori om den helt generelle beskrivelse af begrebet forskelsbehandling, idet der ved ulovlig forskelsbehandling forstås forskelsbehandling, der ikke er sagligt begrundet.

²³¹ Sue Arrowsmith gør i PPLR 1998 s. 65 ff. (s. 67) gældende, at henvisningen til, at
(fortsættes...)

Uanset at betragtningens ordlyd således ikke kan lægges til grund som udgangspunkt for grænserne for den tekniske dialog, kan der ikke bortses fra visse grundelementer i lovgivers stillingtagen til retstilstanden, der kan udledes af betragtningen og dennes forarbejder. Det primære ræsonnement og formål med betragtningen har været en tilkendegivelse af, at ligebehandlingsprincippet skal fortolkes med en vis fleksibilitet i relation til spørgsmålet om rådgiverens mulighed for senere deltagelse i konkurrencen om den offentlige kontrakt.

Hvis det ikke havde været for betragtningen, kunne der argumenteres for en mere restriktiv fortolkning af ligebehandlingsprincippet, der som absolut udgangspunkt ville indebære, at en virksomhed, der havde indgået i teknisk dialog, automatisk skulle afskæres fra senere deltagelse i udbudsproceduren på grund af den konkurrencefordrejning og åbenbare risiko for konkurrencefordrejning, der automatisk følger af, at en virksomhed har adgang til både at indgå i en teknisk dialog og til senere deltagelse i udbudsproceduren. En sådan fortolkning kan ikke antages at være et udtryk for gældende ret, da betragtningen gør det klart, at en rådgiver, der har deltaget i tilrettelæggelsen af en udbudsprocedure, ikke automatisk er afskåret fra senere deltagelse i udbudsproceduren, men at dette i stedet vil afhænge af en konkret vurdering af den pågældende udbudsprocedure.

Det er straks vanskeligere at fastlægge grænsen for, hvilket krav der skal stilles til væsentligheden af påvirkningen af konkurrencen og til risikoen for påvirkning af konkurrencen, for at rådgiverens deltagelse i udbudsproceduren er ulovlig. Det er på den ene side åbenbart, at der ikke kan kræves en så betydelig påvirkning, at konkurrencen er udelukket, mens det på den anden side klart må følge af betragtningens krav om fleksibilitet, at påvirkningen skal være mere end helt uvæsentlig.

Hvis man vælger at vægte betragtningens ordlyd og argumenterne, der kan fremføres til støtte til kravet om øget fleksibilitet, er det nærliggende at antage, at der kræves en væsentlig påvirkning af konkurrencen eller en væsentlig risiko for påvirkning af samme, for at den tekniske dialog er ulovlig. En sådan fortolkning synes for vidtgående, når udgangspunktet efter ligebehandlingsprincippet tages i betragtning, og er ikke i overensstemmelse med den særdeles restriktive fortolkning af ligebehand-

²³¹ (...fortsat)

konkurrencen ikke skal udelukkes, havde til formål at klargøre, at Rådet er af den opfattelse, at udbudsdirektiverne *allerede* udtrykker princippet i GPA-aftalens bestemmelse, og at man undlod at indsætte formuleringen i selve direktiverne, fordi det ikke var passende, når resultatet allerede fulgte af den gældende retstilstand. Hertil bemærkes, at Rådets fremgangsmåde er retsteknisk uheldig, da den ikke klargør retstilstanden, men derimod skaber forvirring, fordi fortolkeren af udbudsdirektiverne umiddelbart vil forholde sig til selve ordlyden af betragtningen i præamblen.

lingsprincippet i relation til dialog med tilbudsgiverne *efter* udbudsbekendtgørelsen, jf. herved afsnit 5.3.²³²

Det savner mening at anlægge en restriktiv fortolkning af teknisk dialog efter udbudsbekendtgørelsen, hvis der anvendes en udpræget fleksibel tilgangsvinkel til teknisk dialog før udbudsbekendtgørelsen. Det er væsentligt at understrege, at en for fleksibel fortolkning af grænserne for den tekniske dialog vil udhule retsbeskyttelsen efter ligebehandlingsprincippet og på afgørende vis kan reducere antallet af virksomheder, der ønsker at konkurrere om den offentlige kontrakt. Potentielle tilbudsgivere vil afstå fra deltagelse i udbudsprocedurer efter EU's udbudsregler, hvis de forventer, at udbudsproceduren blot er en skueproces, hvor mulighederne for at vinde konkurrencen er betydeligt reducerede som følge af teknisk dialog mellem ordregiveren og en konkurrerende virksomhed.

4.1.2.3. Retspraksis og klagenævnspraksis

Usikkerheden omkring retstilstanden forøges yderligere af, at praksis fra EF-domstolen er overordentlig begrænset og udelukkende relaterer sig til den i afsnit 4.1.2.1 tidligere omtalte direktivbestemmelse, der som udgangspunkt forbyder anvendelse af tekniske specifikationer, der nævner varer af et bestemt fabrikat eller af en bestemt oprindelse eller særlige fremstillingsmetoder, som derved begunstiger og udelukker bestemte leverandører. Dette bevirker, at gældende ret primært skal fastlægges gennem fortolkning af den generelle og vide formulering af ligebehandlingsprincippet, der udtrykkes i udbudsdirektiverne sammenholdt med betragtningen om den tekniske dialog omtalt ovenfor.

I modsætning til praksis fra EF-domstolen og flertallet af andre medlemsstater har Klagenævnet for Udbud i rigt omfang haft lejlighed til at tage stilling til klager, der vedrørte spørgsmålet om den tekniske dialog forud for udbudsprocedurens start. Klagenævnets praksis på dette område kan derfor have særlig betydning som inspirationskilde til fortolkningen og udviklingen af praksis i de øvrige medlemsstater.

Et forhold, der yderligere skærper interessen for praksis fra Klagenævnet for Udbud i relation til inhabilitetsproblematikken, er, at konkurrenterne til virksomheder, der har

²³² Anderledes Sue Arrowsmith, der i PPLR 1998 på s. 65 (s. 67) anfører, at direktivernes ligebehandlingsprincip skal og vil blive fortolket med en betydelig fleksibilitet i relation til den tekniske dialog. Arrowsmith fremhæver, at det i relation til bygge- og anlægsopgaver og vareindkøb kan være den eneste måde, hvorpå der kan udarbejdes en fornuftig og realistisk udbudsspecifikation, som muliggør, at ordregiveren opnår "the best possible value for money". Hertil bemærkes, at udbudsreglernes primære formål er at sikre ligebehandling og gennemsigtighed, og at ordregiverens kommercielle interesse er underordnet hensynet til ligebehandling og gennemsigtighed, jf. herved afsnit 2.2.1.

indgået i den tekniske dialog, har haft betydelige vanskeligheder ved at overbevise Klagenævnet om, at ligebehandlingsprincippet har været overtrådt, hvor spørgsmålet har været rejst. Denne gruppe af klager har alene fået medhold i én enkeltstående sag, hvor det var helt oplagt, at ligebehandlingsprincippet var overtrådt.²³³

En nærmere analyse af Klagenævnets praksis vedrørende inhabilitet afdækker,²³⁴ at Klagenævnets fortolkning i relation til grænserne for den tekniske dialog er udpræget fleksibel, og at Nævnets tilgangsvinkel til problemstillingen fører til, at det normalt tillades, at en virksomhed indgår i teknisk dialog for derefter at deltage i den efterfølgende udbudsprocedure.

Denne tendens afviger grundlæggende fra den generelle tendens i Klagenævnets fortolkning af ligebehandlingsprincippet, hvor det kan konstateres, at klagerne har fået helt eller delvist medhold i en lang række klager støttet på princippet.

4.2. Ligebehandling ved forskellige former for teknisk dialog

Den tekniske dialog forekommer i en lang række former, hvor graden af påvirkning af konkurrenceforholdene typisk varierer i forhold til den form for teknisk dialog, som ordregiveren har foretrukket. Med udgangspunkt i Klagenævnets praksis analyseres en række af de mest almindeligt forekommende varianter. Der indledes med en behandling af situationen, hvor ordregiver antager en virksomhed til at indgå i en teknisk dialog om udbudsproceduren. I tilknytning hertil behandles overtrædelse af ligebehandlingsprincippet som følge af, at en rådgiver, der ikke selv deltager i konkurrencen om kontrakten, har påtaget sig en dobbeltrolle som rådgiver for både ordregiveren og en enkelt af de virksomheder, der konkurrerer om den offentlige kontrakt. Herefter behandles teknisk dialog med en kendt leverandør samt dialog med den hidtidige leverandør, når en kontrakt sendes i udbud efter udløbet af kontraktsperioden. Endelig omtales den situation, at en virksomhed har påtaget sig et udviklingsarbejde, og at virksomheden efterfølgende har interesse i at få tildelt en kontrakt om serieproduktion af det pågældende produkt.

4.2.1. Dialog med betalte rådgivere (konsulenter)

Uden for forsyningsvirksomhedsdirektivets anvendelsesområde vil ordregiveren ofte have behov for ekstern bistand til udformningen af udbudsbetingelserne. Der indledes

²³³ Jf. Klagenævnets kendelse af 23. august 1995, B4 ApS mod Holbæk Kommune, der straks omtales nærmere under afsnit 4.2.2.1.A.

²³⁴ Jf. Steen Treumer i PPLR 1999, s. 147 ff., der forholder sig kritisk til tendensen i Klagenævnets praksis på dette område.

med en analyse af den mest almindelige inhabilitetsproblematik, der skyldes, at rådgiveren selv deltager i udbudsproceduren ved enten at anmode om prækvalifikation eller ved at afgive tilbud.

4.2.1.1. Rådgiver anmoder om prækvalifikation og/eller afgiver tilbud

A) Direkte samarbejde med ordregiveren om udformningen af udbudsmaterialet og tilrettelæggelsen af udbudsproceduren

Når en virksomhed antages som rådgiver for ordregiveren med henblik på bistand til udarbejdelse af udbudsspecifikationerne, er der en vis formodning for, at påvirkningen af konkurrencen vil overskride grænserne for det lovlige efter ligebehandlingsprincippet. Dialogen om kontrakten vil ofte være omfattende, og ordregiveren vil normalt ikke have den fornødne fagkundskab til at bedømme, hvornår rådgiveren påvirker udbudsmaterialet til egen fordel, da det typisk er manglen på kendskab til det pågældende område, der har ført til ansættelsen af den pågældende rådgiver.

Et eksempel på en grov overtrædelse af ligebehandlingsprincippet foreligger med Klagenævnets kendelse af 23. august 1995 i B4 ApS mod Holbæk Kommune.

Kommunen havde udbudt en kontrakt om indkøb af nyt inventar til en udvidelse af kommunens hovedbibliotek. Bibliotekets leder kontaktede i den anledning et inventarfirma (herefter R), der tidligere havde leveret til biblioteket, og denne virksomhed blev antaget til at bistå ordregiveren med det pågældende udbud. R samarbejdede herefter med bibliotekets ledelse om udformningen af udbudsmaterialet og beskæftigede sig særligt med udarbejdelsen af en indretningsplan og en inventarfortegnelse. Udbudsmaterialet indeholdt usædvanligt detaljerede tekniske specifikationer og refererede til udtrykket "Media Tower", der, uanset at det ikke var registreret, var et varemærke, der anvendtes af R. R deltog i udbudsproceduren og indleverede et tilbud, der blev antaget.

En af de øvrige tilbudsgivere klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at R var blevet favoriseret af kommunen gennem den tekniske dialog, og at reel konkurrence havde været udelukket.²³⁵ Det blev desuden gjort gældende, at kommunen havde

²³⁵ Klager henviser i sin argumentation til Kommissionens oprindelige forslag til revision af udbudsdirektiverne, hvor det blev foreslået at indsætte en bestemmelse om den tekniske dialog, hvis ordlyd fuldstændig modsvarer GPA-aftalens artikel VI, stk. 4. Klagers procedure baserede sig på ordlyden af denne bestemmelse, og argumentationen giver indtryk af, at den tekniske dialog skal have medført, at konkurrencen er udelukket, for at ligebehandlingsprincippet overtrædes. Dette var og er misvisende, da det er klart efter gældende ret, at en mindre grad (fortsættes...)

overtrådt artikel 8, stk. 6 i vareindkøbsdirektivet om forbudet mod at foreskrive varer af en bestemt oprindelse m.v.

Klagenævnet for Udbud tog klagen til følge og lagde navnlig vægt på, at R var antaget til at udarbejde indretningsplanen og inventarfortegnelsen, og at dette bl.a. havde resulteret i, at inventarbeskrivelsen helt overvejende kom til at svare til de produkter, der blev forhandlet af R.

Nævnet fremhævede, at det ikke er udelukket at antage bud fra en bydende, der har ydet bistand ved udformningen af et udbud, men at det er en betingelse herfor, at ligebehandlingsprincippet ikke overtrædes herved. Henset til omstændighederne i den konkrete sag fandt Klagenævnet, at det måtte påhvile indklagede at sandsynliggøre, at det ret omfattende samarbejde med R ikke havde forrykket konkurrencen til fordel for R. Nævnet fandt ikke, at kommunen havde løftet denne bevisbyrde.

Nævnet lagde endvidere til grund, at kommunen havde overtrådt artikel 8, stk. 6 i vareindkøbsdirektivet henset til indholdet af beskrivelserne og de tekniske specifikationer i udbudet bl.a. ved anvendelsen af udtrykket "Media Tower", der, som tidligere anført, var et produkt, som forhandlede af R. På baggrund af disse forhold konkluderede Nævnet, at kommunen ikke burde have taget budet i betragtning.

Overtrædelsen af ligebehandlingsprincippet i sagen var grov og åbenbar, og det er derfor ikke overraskende, at Klagenævnet med sin afgørelse konstaterede dette forhold. Det er derimod værd at fremhæve, at kendelsen indtil videre er det eneste tilfælde, hvor en konkurrent til den virksomhed, der har indgået i den tekniske dialog, har fået medhold i, at ligebehandlingsprincippet er blevet overtrådt. Denne gruppe af klagere har haft næsten uoverstigelige vanskeligheder ved at overbevise Klagenævnet om, at ligebehandlingsprincippet har været overtrådt, i den række af sager, hvor spørgsmålet har været rejst.

Klagenævnets afgørelse er truffet før den seneste revision af udbudsdirektiverne, hvor det med betragtningen om den tekniske dialog er blevet klargjort, at samarbejde med ordregiveren om udarbejdelsen af udbudsspecifikationerne *ikke* automatisk medfører, at rådgiveren er afskåret fra deltagelsen i udbudsproceduren. Det er derfor interessant at notere sig, at Klagenævnet allerede forud for dette tidspunkt havde anlagt en tilsvarende vurdering. Dette forhold fremgår af Nævnets konstatering af, at det ikke er udelukket at antage et bud fra en bydende, der har ydet bistand ved udformningen af et offentligt udbud, forudsat at der ikke herved sker brud på ligebehandlingsprincippet.

Det er desuden bemærkelsesværdigt, at Klagenævnet direkte kommenterer bevisbyrdefordelingen i den konkrete sag, hvor Klagenævnet af egen drift konstaterede, at bevisbyrden for, at ligebehandlingsprincippet var iagttaget, påhvilede ordregiver.

²³⁵ (...fortsat)

af påvirkning af konkurrencen vil føre til en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

Klagenævnet tog ikke herved generelt stilling til bevisbyrdespørgsmålet i denne type af sager, hvilket Nævnet tydeliggjorde ved en udtrykkelig henvisning til, at denne stillingtagen relaterede sig til sagens konkrete omstændigheder. I flere af de efterfølgende sager, hvor habilitetsspørgsmålet har været rejst, har sagens parter i deres procedure anlagt modstridende betragtninger om bevisbyrdeproblematikken og har indirekte efterlyst en generel stillingtagen til spørgsmålet.²³⁶ Indtil videre har Klagenævnet ikke generelt præciseret sin opfattelse af dette spørgsmål.²³⁷

B) Indirekte bistand til udformningen af udbudsmaterialet (forundersøgelser m.v.)

I en række tilfælde vil rådgiverens bistand til ordregiveren have karakter af en forundersøgelse, der danner baggrund for ordregiveren eller en anden rådgivers efterfølgende udformning af udbudsmaterialet og tilrettelæggelse af udbudsproceduren i øvrigt. Den fordel i indsigt og tid, der følger af den tekniske dialog, er mere begrænset, og risikoen for påvirkning af konkurrencen er langt mindre, hvor rådgiveren ikke selv deltager aktivt i udformningen af udbudsmaterialet og tilrettelæggelsen af udbudsproceduren. Der skal derfor anlægges en mere fleksibel tilgangsvinkel til spørgsmålet om denne rådgivers efterfølgende muligheder for at deltage i udbudsproceduren end i de tilfælde, hvor en rådgiver indgår i et egentligt samarbejde om udformningen af udbudsmaterialet og udbudsproceduren.

I det følgende skal fremhæves et par eksempler på afgørelser, der vedrører denne situation, hvor Klagenævnet for Udbud konstaterede, at den tekniske dialog ikke havde til følge, at ordregiveren havde pligt til at udelukke den pågældende rådgiver fra deltagelse i udbudsproceduren. Begge afgørelser er af særlig interesse, fordi ordregiverne havde udelukket de pågældende rådgivere fra deltagelse i udbudsprocedurerne under henvisning til ligebehandlingsprincippet, og fordi ordregivernes vurdering blev underkendt af Klagenævnet for Udbud.

I kendelsen af 13. juni 1996, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Roskilde Kommune, udbød ordregiveren bl.a. rådgivning i forbindelse med projektering af en museumshavn og projektering af afværgeforanstaltninger i forbindelse med håndtering af forurennet jord.

Ordregiveren afviste en ansøgning om prækvalifikation fra et ingeniørfirma under henvisning til parternes tidligere samarbejde og baserede denne afvisning på

²³⁶ Se til eksempel kendelsen af 13. juni 1996, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Roskilde Kommune, kommenteret i afsnit 4.2.1.1.B og kendelsen af 17. marts 1998, Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune, kommenteret i afsnit 4.2.3.

²³⁷ Se Steen Treumer, PPLR 1999 s. 147 ff. (særligt i artiklens konklusion) om dette spørgsmål.

ligebehandlingsprincippet. Ingeniørfirmaet havde tidligere udført en miljøundersøgelse for ordregiveren i det område, hvor ordregiveren efterfølgende havde besluttet at etablere en museumshavn med tilhørende bygninger og parkeringsplads. Et af formålene med miljøundersøgelsen var at fremkomme med skitseforslag til afværgeforanstaltninger i forhold til den forurenede jord. Miljøundersøgelsen førte til udarbejdelsen af forskellige rapporter, der blev afleveret i november 1992. Rådgivningen af kommunen vedrørende miljøspørgsmål i forhold til det areal, som udbudet vedrørte, fortsatte ved, at rådgiveren deltog i et par møder om en helhedsplan for området så sent som i oktober 1993. Det må imidlertid lægges til grund, at Ingeniørfirmaet ikke havde deltaget i den egentlige udformning af det aktuelle udbud, og at de rapporter, som blev udarbejdet i forbindelse med miljøundersøgelsen, var en del af udbudsmaterialet og dermed tilgængelige for samtlige tilbudsgivere.²³⁸

Ingeniørfirmaet klagede over afvisningen og gjorde gældende, at det tidligere arbejde for kommunen ikke medførte, at klager fik en fortrinsstilling i forhold til de øvrige tilbudsgivere. I forlængelse heraf anførte klager, at ordregiverens udelukkelse af klager ikke som påstået af ordregiveren sikrede ligebehandling, men at udelukkelsen tværtimod var usaglig forskelsbehandling af klager og dermed en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

Klagenævnet for Udbud fremhævede, at en ordregiver har en vid skønsmargen, når denne beslutter, om en virksomhed skal udelukkes fra deltagelse i udbudsproceduren på grundlag af forudgående samarbejde mellem ordregiver og den pågældende rådgiver. Klagenævnet fandt alligevel, at udelukkelsen af rådgiveren var uberettiget i den konkrete sag, og Klagenævnet lagde især vægt på, at de tekniske informationer, der blev tilvejebragt ved miljøundersøgelsen, måtte antages at være af helt uvæsentlig betydning for afgivelsen af tilbud på den udbudte kontrakt.

Kendelsen viser, at ligebehandlingsprincippet kan påberåbes med succes af en rådgiver, der er blevet udelukket af en ordregiver, der har anlagt en for restriktiv fortolkning af ligebehandlingsprincippet og grænserne for den tekniske dialog. Et sådant resultat skulle man forvente var en absolut undtagelse bl.a. henset til, at ordregiveren, som understreget af Klagenævnet, har en bred margen for bedømmelsen af forholdet. Konflikten mellem ordregiveren og rådgiveren er ikke den mest almindelige i praksis, da tendensen i stedet synes at være, at ordregiveren accepterer, at rådgiveren stilles bedre gennem samarbejdet og i visse tilfælde aktivt favoriserer rådgiveren.

Klagenævnets tilsidesættelse af ordregiverens bedømmelse i sagen er en påmindelse til ordregiverne om, at de bør overveje at tage højde for problemstillingen allerede ved den indledende kontakt til rådgiveren for derved at undgå, at der opstår en efterfølgende konflikt med rådgiveren om udelukkelse fra udbudsproceduren.

²³⁸ Jf. klagers fremstilling af faktum, der ikke ses at være anfægtet af indklagede.

Klagenævnet karakteriserede den information, der blev tilvejebragt gennem miljøundersøgelsen, som af helt uvæsentlig betydning, og tog dermed kraftigt afstand fra ordregiverens bedømmelse af forholdet. Denne vurdering er udtryk for en meget fleksibel tilgangsvinkel, der ikke umiddelbart er overbevisende, når det tages i betragtning, at miljøundersøgelsen i hvert fald var af relevans for den del af den udbudte kontrakt, der vedrørte afværgeforanstaltningerne for den forurenede jord. Hvis afværgeforanstaltningerne udgjorde en ubetydelig del af den samlede opgave, stiller forholdet sig dog anderledes, men beskrivelsen af faktum i sagen indeholder ingen antydning af prisforholdet mellem den del af opgaven, der vedrørte projekteringen af museumshavnen, og afværgeforanstaltningerne for den forurenede jord.

Klagenævnet undlod i øvrigt at kommentere betydningen af rådgiverens efterfølgende møder med ordregiveren om en helhedsplan for området, og det må antages, at dette forhold af Nævnet blev vurderet som værende uden væsentlig betydning i sagen.

Det forhold, at Klagenævnet klart tilsidesatte ordregiverens bedømmelse i sagen og samtidig understregede, at en ordregiver har en bred margen ved udelukkelse af en rådgiver grundet forudgående teknisk dialog, peger i retning af, at Nævnet generelt vil acceptere en forholdsvis høj grad af teknisk dialog, når den pågældende virksomhed ikke har deltaget aktivt i udformningen af udbudsmaterialet og tilrettelæggelsen af udbudsproceduren.

Forud for Klagenævnets kendelse af 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnestue mod Vestsjællands Amt, havde en amtskommune foretaget et begrænset udbud af en projektkonkurrence om totalrådgivning i form af projektering, udbud, kontrahering og fagtilsyn i forbindelse med en omfattende ombygning og udvidelse af et centralsygehus. Klageren, der var et arkitektfirma, blev udelukket fra deltagelse i prækvalifikationen under henvisning til, at klageren var inhabil.

Før udbudsproceduren havde klageren, der fungerede som underrådgiver til en rådgiver for ordregiveren, i samarbejde med to andre firmaer gennemført en såkaldt bygningsmæssig funktionsanalyse for sygehuset og en tilstandsvurdering af det eksisterende byggeri. Undersøgelserne resulterede i indleveringen af 2 rapporter, der efterfølgende blev anvendt til en anden rådgivers udarbejdelse af et revideret oplæg til byggeriet, der dannede grundlag for udarbejdelsen af udbudsmaterialet. Rapporterne indgik i udbudsmaterialet som bilag.

Forud for udbudet af nærværende udbud var klageren blevet tildelt en rådgivningsopgave vedrørende 1. etape af byggeriet, og ordregiveren havde i denne forbindelse understreget for klager, at tildelingen af denne opgave var en kompensation for, at klageren på grund af ligebehandlingsprincippet ikke kunne komme i betragtning til den efterfølgende rådgivningsopgave vedrørende det afsluttende og samlede byggeprojekt.

Klageren gjorde gældende, at udelukkelsen var uberettiget, og at den forudgående tekniske dialog ikke indebar, at klager var inhabil. Under klagenævnsagen fremhævede klageren, at de medarbejdere, der havde medvirket ved rådgivningsopgaven, ikke

ville medvirke ved udarbejdelsen af tilbud, såfremt klageren fik adgang til at deltage i udbudsproceduren.

Klagenævnet fandt efter en konkret vurdering, at udelukkelsen af klager ikke var påkrævet efter ligebehandlingsprincippet. Klagenævnet understregede, at det var uden betydning for vurderingen af spørgsmålet, hvordan ordregiveren havde fordelt rådgivningsopgaverne vedrørende projektet, og at det i stedet var afgørende, hvilken rolle klager rent faktisk havde haft i den tekniske dialog. I sammenhæng hermed fastslog Nævnet, at parterne ikke kan aftale sig ud af ligebehandlingsproblematikken. Dermed tilbageviste Nævnet ordregiverens argumentation om, at det havde betydning for sagens afgørelse, at der mellem klager og ordregiver var indgået en aftale om rådgivning vedrørende 1. etape af byggeriet som kompensation for den forventede udelukkelse fra konkurrencen om nærværende kontrakt.²³⁹

Klagenævnet tilkendegav endvidere, at en eventuel inhabilitet vil ramme klagerens virksomhed i det hele, uanset at enkelte medarbejdere muligt kunne udskilles som inhabile. Derved tilbageviste Nævnet, at det ville have betydning for vurderingen af inhabilitetsproblematikken, at klageren selv udelukkede de medarbejdere, der havde været involveret i den tekniske dialog, fra at medvirke ved udarbejdelsen af tilbud i den omtvistede udbudsprocedure.²⁴⁰

Efter således at have tilbagevist forskellige hovedelementer i parternes argumentation klargjorde Klagenævnet, hvilke momenter Nævnet havde fundet af betydning for den konkrete vurdering af spørgsmålet.

Nævnet havde lagt afgørende vægt på, at rapporterne til ordregiver, der var udarbejdet af klageren i samarbejde med en anden rådgiver, indgik i udbudsbetingelserne og havde været tilgængelige for samtlige ansøgere om prækvalifikation. Nævnet havde desuden taget i betragtning, at disse rapporter efterfølgende var blevet bearbejdet af andre, og at der derfor ikke var identitet mellem rapporterne og det oplæg, der senere

²³⁹ Denne del af kendelsen er tilsyneladende misforstået af Preben Klit Jakobsen, Offentlige indkøb, kapitel 39 s. 12 (oktober 1998), hvor Nævnets bemærkning om, at man ikke kan aftale sig ud af en mulig inhabilitet, sammenkædes med Klagenævnets bemærkning om, at inhabilitet rammer klageren som helhed, og at problemet ikke undgås ved, at de medarbejdere hos rådgiveren, der har været involveret i den tekniske dialog, udelukkes fra medvirken i den efterfølgende udbudsprocedure.

²⁴⁰ Klagenævnets afgørelse skal på dette punkt særligt sammenholdes med afgørelsen i kendelsen af 18. november 1996, European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S, hvor en rådgiver havde bistået både ordregiveren og en tilbudsgiver ved den samme udbudsprocedure. Rådgiveren havde søgt at tage højde for ligebehandlingsproblematikken ved bl.a. at udelukke de medarbejdere, der havde været involveret i den forudgående tekniske dialog fra den efterfølgende rådgivning af tilbudsgiveren. Det fremgår ikke klart af denne kendelse, hvilken betydning Klagenævnet tillagde forholdet ved afgørelsen af sagen.

dannede grundlag for udarbejdelsen af udbudsmaterialet. Det fandtes endvidere godtgjort, at der ikke forelå færdige projekter hos klageren vedrørende den kommende opgave, og at klagerens skøn over byggeomkostningerne til ordregiveren alene var af foreløbig karakter. Endelig fandtes den af klageren udførte opgave at være af begrænset karakter, og det blev lagt til grund, at klageren henset til det oplyste ikke ville få et "nævneværdigt forspring" ved udarbejdelse af forslag til opgavens løsning.

Denne kendelse indeholder en vigtig afvisning fra Klagenævnets side af to kriterier, der i visse tilfælde er blevet tillagt betydning for den konkrete vurdering af grænserne for den tekniske dialog.

For det første tilbageviste Nævnet indledningsvis, at en ordregiver og en rådgiver kunne aftale sig ud af ligebehandlingsproblematikken ved at indgå aftale *efter* den tekniske dialog om en anden kontrakt som compensation for en udelukkelse fra udbudsproceduren, der efter ordregiverens mening følger af den tekniske dialog. Dette må være en korrekt vurdering af den konkrete sag. Det er imidlertid ikke åbenbart, at en ordregiver i alle tilfælde vil være afskåret fra at aftale sig ud af problemstillingen. Det må derimod antages, at en ordregiver i en række tilfælde kan forebygge inhabilitetsproblemstillingen *før* den tekniske dialog ved at opstille et vilkår om, at rådgiveren skal afholde sig fra deltagelse i udbudsproceduren som betingelse for tildeling af rådgivningsopgaven. Problemstillingen diskuteres nærmere i afsnit 4.3.K.

For det andet afviste Nævnet, at rådgiveren kunne tage højde for ligebehandlingsproblematikken ved at udelukke de medarbejdere, der havde været involveret i teknisk dialog, fra at medvirke ved udarbejdelsen af tilbud i den efterfølgende udbudsprocedure. Klagenævnet tilkendegav, at en eventuel inhabilitet vil ramme klagerens virksomhed som helhed, uanset at enkelte medarbejdere muligt kunne udskilles som inhabile. Denne fortolkning er udtryk for en restriktiv tilgangsvinkel til spørgsmålet, og medvirker til en effektiv håndhævelse af grænserne for den tekniske dialog i overensstemmelse med det, der må anses for påkrævet efter ligebehandlingsprincippet.

Fortolkningen skal ses på baggrund af, at det, der skaber interessekonflikten, er *virksomhedens* interesse i at drage fordel af den særlige viden, som virksomheden gennem sine medarbejdere har opnået gennem den tekniske dialog. Virksomhedens interesse i at blive tildelt kontrakten med anvendelse af den viden, der er akkumuleret i virksomheden, fjernes ikke ved en udelukkelse af de pågældende medarbejdere, der har været involveret i den tekniske dialog. Der vil stadig være en betydelig risiko for, at medarbejderne internt i virksomheden koordinerer indsatsen med eller uden ledelsens direkte samtykke for at sikre kontrakten til virksomheden. Skulle virksomheden efterleve sit tilbud om udelukkelse af de pågældende medarbejdere, er der desuden en vis sandsynlighed for, at den særlige viden om den forestående udbudsprocedure er kommet til udtryk i interne rapporter m.v., der er i virksomhedens besiddelse, og som umiddelbart kan blive brugt ved udarbejdelsen af tilbudet.

Afgørelsen er desuden et glimrende eksempel på, at det anses for særdeles væsentligt, at den viden, der er resultatet af rådgiverens arbejde, grundlæggende videreformidles til de konkurrerende tilbudsgivere. I den konkrete sag var dette sket ved, at de rapporter, som klageren havde udarbejdet i samarbejde med andre rådgivere, var indgået i udbudsbetingelserne, hvilket Nævnet udtrykkeligt fremhæver som et afgørende kriterium i den konkrete vurdering.

Til trods for at der, som sket i kendelsen, kan anføres en række forhold, der taler for, at ligebehandlingsprincippet ikke var overtrådt, er kendelsen et udtryk for en fleksibel tilgangsvinkel til spørgsmålet om rådgiverens efterfølgende muligheder for deltagelse i udbudsproceduren. Rådgiveren havde i en længere periode beskæftiget sig med det pågældende projekt og havde medvirket til udarbejdelsen af rapporter, der efter revision dannede grundlag for en udarbejdelse af udbudsmaterialet samt skønnet over byggeomkostningerne. Henset hertil forekommer det at være et udslag af en klar nedprioritering af hensynet til ligebehandling af de konkurrerende virksomheder, når Klagenævnet anfører, at den tekniske dialog ikke havde til følge, at klageren ville få "noget nævneværdigt forspring".

4.2.1.2. Rådgiver for både ordregiver og tilbudsgiver

Den gængse form for overtrædelse af ligebehandlingsprincippet foreligger, hvor en virksomhed, der har været involveret i teknisk dialog, efterfølgende deltager i udbudsproceduren med henblik på selv at blive tildelt kontrakten.

En hermed beslægtet problemstilling foreligger, hvor en rådgiver har påtaget sig en dobbeltfunktion som rådgiver for både ordregiveren og en tilbudsgiver. Ligebehandlingsprincippet vil da kunne medføre udelukkelse fra udbudsproceduren af en tilbudsgiver, der har modtaget bistand fra en rådgiver, der tillige fungerer eller har fungeret som rådgiver for ordregiveren.

Dette er en konsekvens af den nærliggende risiko, der er for, at tilbudsgiveren har fået en fortrinsstilling i konkurrencen om den offentlige kontrakt. En sådan konkurrencefordrejning kan f.eks. opstå ved, at tilbudsgiveren fra rådgiveren har modtaget information om ordregiverens ønsker til kontrakten, der ikke fremgår af udbudsmaterialet, eller ved, at rådgiveren påvirker udformningen af specifikationerne til tilbudsgiverens fordel. I visse tilfælde vil rådgiveren medvirke i udbudsprocedurens senere forløb og bistå ordregiveren ved prækvalifikation eller tildeling af kontrakten. Der vil da være en nærliggende risiko for, at rådgiveren søger at fremme tilbudsgiverens interesser f.eks. ved at sikre, at tilbudsgiveren udvælges i prækvalifikationsfasen eller ved tildelingen af kontrakten.

Det må antages, at der skal anlægges en lempeligere fortolkning i relation til denne variant af inhabilitetsproblematikken sammenlignet med den gængse problemstilling, hvor rådgiveren selv efterfølgende ønsker at deltage i konkurrencen om den offentlige

kontrakt. Baggrunden for denne antagelse er særligt, at rådgiverens egeninteresse i at foredre konkurrencen er mindre end i de tilfælde, hvor rådgiveren selv deltager i konkurrencen om den offentlige kontrakt.

Uanset at ligebehandlingsprincippet således må forventes at blive underkastet en lempeligere fortolkning ved denne variant, er der grund til at fæstne sig ved problemstillingen, da denne type for interessekonflikt ikke er så iøjnefaldende og let kan blive overset i praksis af både ordregivere og konkurrerende tilbudsgivere. Praksis ved Klagenævnet begrænser sig til én sag, hvilket kan være et udtryk for, at denne type af interessekonflikt er sjældent forekommende, men det kan ikke udelukkes, at det i stedet er et udslag af, at problemstillingen overses.

Klagenævnet tog i kendelsen af 18. november 1996, *European Metro Group v. Ørestadsselskabet I/S* stilling til spørgsmålet.²⁴¹

Denne kendelse er af særlig interesse, fordi det er en af de ganske få afgørelser i klagenævnspraksis, der er baseret på en klage fra en udenlandsk klager,²⁴² og dermed direkte relaterer sig til et grænseoverskridende bud. Det er påfaldende, at de klager, der forelægges for Klagenævnet for Udbud, næsten altid hidrører fra virksomheder af dansk oprindelse eller fra virksomheder, der er etableret i Danmark. Den nærmere baggrund for denne tendens diskuteres i afsnit 7.2.6.2.

Udbudet vedrørte en totalentreprise i forbindelse med anlæggelsen af bybanen i København (Minimetroen), og ordregiveren anvendte udbudsformen udbud efter forhandling i henhold til forsyningsvirksomhedsdirektivet. Den omhandlede kontrakt var af en betydelig værdi, hvilket fremgår af kendelsen, hvor det nævnes, at klagers bud var på ca. 2.695 mio. kr.

To virksomheder havde fungeret som rådgivere for både ordregiveren og en bestemt tilbudsgiver, og klageren gjorde gældende, at ligebehandlingsprincippet var blevet overtrådt som følge heraf.

Rådgiver A havde bistået ordregiveren vedrørende miljøspørgsmål ved udformningen af udbudsspecifikationerne. A havde desuden deltaget som ledende partner i et rådgivningskonsortium, der bistod en tilbudsgiver efter udbudsbekendtgørelsen. A forklarede under proceduren for Klagenævnet, at virksomhedens medarbejdere havde undladt at rådgive om miljøspørgsmål, og at de medarbejdere, der havde arbejdet for tilbudsgiveren, ikke havde bistået ordregiveren. A havde desuden medvirket ved evalueringen af budene, men ifølge det oplyste kun vedrørende miljøtekniske forhold.

Rådgiver B havde bistået ordregiveren i arkitektoniske spørgsmål som intern rådgiver ved siden af den primære rådgiver i arkitektoniske spørgsmål, design og

²⁴¹ Kendelsen blev efterfølgende indbragt for domstolene.

²⁴² I den konkrete sag et konsortium bestående af virksomheder etableret i andre medlemsstater.

byplanlægning, og B understregede, at virksomheden ikke havde deltaget i udarbejdelsen af tildelingskriterier. B bistod efterfølgende tilbudsgiveren med udarbejdelsen af tilbud, men erklærede, at virksomheden ikke havde deltaget i strategiplanlægning og ikke havde kendskab til tilbudssummer og tilbudskonditioner i tilbudet.

Ordregiver havde været opmærksom på de potentielle problemer, der kunne opstå, hvis dennes rådgivere efterfølgende bistod en tilbudsgiver, og havde ca. 3 uger efter udbudsbekendtgørelsen sendt et notat fra egen advokat vedrørende ligebehandlingsprincippet overholdelse. A og B bistod først tilbudsgiveren få måneder efter modtagelsen af dette notat.

Klagenævnet for Udbud konkluderede efter en konkret vurdering, at ligebehandlingsprincippet ikke var overtrådt, og fremhævede i de indledende præmisser, at ordregiveren på et tidligt tidspunkt havde været opmærksom på de problemer, der kunne opstå som følge af rådgivernes dobbeltrolle som rådgivere for både ordregiver og tilbudsgiver. Nævnet vurderede, at det ikke havde været muligt for tilbudsgiveren at påvirke udformningen af udbudsmaterialet gennem rådgiverne A og B.

Nævnet fastslog, at det ikke kunne udelukkes, at A kunne være blevet bekendt med ønsker hos ordregiveren om projektets udformning og gennemførelse, som ikke var kommet til udtryk i udbudsmaterialet, men konkluderede, at der ikke var grundlag for at antage, at dette havde udelukket konkurrencen. For så vidt angår A's deltagelse i evalueringen af budene antog Nævnet, at A ikke havde haft reel mulighed for at favorisere tilbudsgiveren henset til beskaffenheden og omfanget af det projekt, som kontrakten vedrørte.

Med afgørelsen accepterede Klagenævnet, at rådgiverne A og B indgik i forholdsvis omfattende teknisk dialog med både ordregiver og en enkelt tilbudsgiver. Der var indtil flere konkrete forhold i sagen, der kunne begrunde en relativt fleksibel fortolkning af ligebehandlingsprincippet. Som understreget af Nævnet havde ordregiveren tidligt været opmærksom på det potentielle problem i relation til ligebehandlingsprincippet og tog initiativ til at henlede rådgivernes opmærksomhed på forholdet før deres rådgivning af tilbudsgiveren. Det er væsentligt, at ordregiveren traf en sådan forholdsregel, da ordregiverens handling demonstrerede vilje til at undgå forskelsbehandling og indirekte var en opfordring til rådgiverne om at afholde sig fra aktiviteter, der favoriserede eventuelle fremtidige klienter. Det er sandsynligt, at bevidstheden om problemstillingen foranledigede A til at undlade at rådgive tilbudsgiveren om miljøspørgsmål og til at sikre, at medarbejderne, der havde rådgivet ordregiveren, ikke efterfølgende fungerede som rådgivere for tilbudsgiveren. Denne opdeling sikrer imidlertid ikke mod, at medarbejderne indbyrdes kommunikerer om projektet, uanset at opdelingen absolut giver indtryk af, at A havde søgt at udelukke en sådan aktivitet.

Det skal desuden understreges, at Klagenævnet for Udbud i kendelsen af 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnastue mod Vestsjællands Amt, har afvist, at en virksomhed kan tage højde for ligebehandlingsproblematikken ved at udelukke de

medarbejdere, der har været involveret i forudgående teknisk dialog, fra at deltage i virksomhedens udarbejdelse af tilbud, jf. herved afsnit 4.2.1.1.B.

Det er værd at bemærke, at Klagenævnet ikke begrænsede sig til at bedømme ordregiverens og rådgivernes subjektive indstilling, men at Nævnet i forlængelse heraf gik ind i en nærmere vurdering af, om ordregiverens ønsker til kontrakten klart var kommet til udtryk i udbudsmaterialet.

Det kan af præmisserne vedrørende denne bedømmelse udledes, at Nævnet, i overensstemmelse med hvad der tidligere er anført i denne fremstilling under omtalen af betragtningen om den tekniske dialog, lægger til grund, at den tekniske dialog vil være ulovlig, selv hvor den ikke har til følge, at konkurrencen udelukkes. Dette fremgår af Nævnets udtrykkelige konstatering af, at den tekniske dialog hverken havde "udelukket konkurrencen" eller medført en fortrinsstilling for tilbudsgiveren i øvrigt.²⁴³

Klagenævnets accept af A's deltagelse i evalueringen af tilbudene forekommer at være et udslag af en uholdbar fortolkning. Med kendelsen accepterede Nævnet efter en konkret vurdering, at en rådgiver for både ordregiver og tilbudsgiver deltog i evalueringen af tilbudene. Det gøres i stedet gældende, at en konkret vurdering af dette spørgsmål var irrelevant, da det af gældende ret må følge, *at en rådgiver, der bistår både ordregiver og en tilbudsgiver, per definition er udelukket fra at deltage i evalueringen af budene.*

En række argumenter kan fremføres til støtte for dette synspunkt. Det er sandsynligt, at rådgiveren har en økonomisk interesse i tildelingen af kontrakten til den tilbudsgiver, der er blevet bistået af rådgiveren, og hvis det tillades, at rådgiveren deltager i evalueringsprocessen, indebærer dette åbenbare muligheder for misbrug. Det vil være næsten umuligt at få kendskab til samt at påvise, at rådgiveren har søgt at misbruge sin stilling, og at resultatet af evalueringen er blevet påvirket, da evalueringsprocessen savner gennemsigtighed. Det er ligeledes væsentligt, at et mindstekrav til evalueringsprocessen må være, at den giver indtryk af, at konkurrencen er fair, og at lige konkurrence sikres, og dette kan bestemt ikke siges at være tilfældet, når en rådgiver til både ordregiveren og en tilbudsgiver deltager i evalueringsfasen.

Klagenævnets betragtninger om A's manglende mulighed for at favorisere tilbudsgiveren kan dog være af relevans for klagerens påstand om annullation af flere af ordregiverens beslutninger inkl. påstanden om annullation af beslutningen om tildeling af kontrakten til tilbudsgiveren, der blev bistået af rådgiverne A og B. Det ville være et forhold af betydning herfor, hvis A ikke havde haft nogen reel mulighed for at favorisere tilbudsgiveren henset til beskaffenheden og omfanget af kontrakten, og at det som følge heraf kunne konstateres, at tildelingen ikke var blevet ulovligt påvirket.

²⁴³ Jf. præmisserne vedrørende påstand I, 8 under punkt B.1.

Dette kan meget vel være faktum som antaget af Klagenævnet, men at en rådgiver har spillet en forholdsvis begrænset rolle som rådgiver i forberedelsen af en udbudsprocedure, behøver ikke begrænse rådgiverens indflydelse i evalueringsfasen. Rådgiverens intervention kan have været udslagsgivende for valget af tilbudsgiver. Der er, og vil normalt være, umuligt at vide eller at bevise, at dette faktisk var tilfældet, hvilket skyldes manglen på gennemsigtighed af beslutningsprocessen ved tildelingen af kontrakten og er en af hovedårsagerne til nødvendigheden af udelukkelsen af rådgivere til både ordregiver og tilbudsgiver. Udelukkelse af disse rådgivere fra evalueringsfasen er nødvendig, hvis effektiv håndhævelse af udbudsreglerne skal sikres.

4.2.2. Dialog med en kendt leverandør

En ordregiver kan rette henvendelse til en eller flere kendte leverandører for at danne sig et generelt indtryk af de forskellige muligheder, markedet kan tilbyde. En sådan dialog er velbegrundet ud fra kommercielle hensyn, og dialogen vil ofte være forholdsvis begrænset og indskrænke sig til en eller flere uformelle telefonsamtaler, hvor virksomheden eventuelt efterfølgende fremsender fortrykt materiale om de forskellige produkter, virksomheden forhandler. Udgangspunktet vil være, at en dialog af denne type vil have et så begrænset omfang og være af en sådan karakter, at ligebehandlingsprincippet ikke overtrædes ved virksomhedens efterfølgende deltagelse i den pågældende udbudsprocedure. Dette udgangspunkt har som klar forudsætning, at virksomheden og ordregiveren ikke har ført en teknisk dialog, hvis formål eller følge er, at der mellem parterne er opstået en fælles forståelse om, at kontrakten skal tildeles til virksomheden på en række nærmere bestemte vilkår.

En uformel dialog med en eller flere kendte leverandører giver sjældent anledning til, at konkurrenterne rejser spørgsmålet om ligebehandlingsprincippets overholdelse, hvilket både kan være en følge af, at dialogen ikke kommer til konkurrenternes kendskab og af, at en uformel dialog opfattes som sagligt begrundet og som et udslag af en hensigtsmæssig markedsadfærd.

Med kendelsen af 8. januar 1997, Det Danske Handelskammer mod Rigshospitalet, foreligger undtagelsesvis et eksempel på, at teknisk dialog med en kendt leverandør, der ikke ses at have modtaget betaling, blev opfattet som forskelsbehandling af de øvrige deltagere i udbudsproceduren.

Ordregiveren i denne sag var Rigshospitalet, der havde et apotek med en afdeling benævnt reagensafdelingen, hvis opgave var at levere reagenser m.v. til hospitalets øvrige afdelinger. Reagensafdelingen producerede i mindre omfang de nødvendige reagenser, men en rapport fra et konsulentfirma lagde til grund, at hospitalet kunne reducere sit underskud, hvis denne in-house produktion ophørte. Firmaet B, der i forvejen leverede en del af de reagenser, der blev indkøbt ex-house, blev kontaktet med henblik på at undersøge muligheden af, at B overtog den pågældende produktion.

Prisdrøftelser og møder mellem B og ordregiveren fulgte, men klargjorde, at B's pris var for høj og oversteg prisen for ordregiverens egenproduktion.

Drøftelserne fortsatte, men med et ændret sigte, da det blev foreslået, at B eventuelt kunne levere og distribuere samtlige reagenser og ikke kun den type reagenser, der hidtil var produceret af ordregiveren selv. Drøftelserne resulterede i, at *apoteket indstillede til hospitalets direktion, at B skulle levere og distribuere næsten samtlige af de påkrævede reagenser*. Efter et forslag fra B skulle omkring 11 af de største leverandører fortsat levere direkte til hospitalet.

Der blev imidlertid ikke indgået kontrakt i overensstemmelse med apotekets indstilling til direktionen, hvilket var en følge af, at Statens Indkøb var blevet konsulteret om sagen og havde klargjort, at ordregiveren havde pligt til at sende kontrakten i EU-udbud.

Dialogen med B fortsatte helt indtil efter udbudsbekendtgørelsen i EF-tidende 4. januar 1994. Et resultat af denne dialog synes at være, at en del af specifikationerne i udbudsmaterialet, der efterfølgende blev udsendt til de prækvalificerede virksomheder, blev ændret som konsekvens af en telefax fra B dateret 31. januar 1994. En anden og væsentlig konsekvens af dialogen med B var, at ordregiveren havde udeladt produkterne fra de 11 største leverandører i udbudsspecifikationerne i overensstemmelse med forslaget fra B fremsat før det var klargjort, at kontrakten skulle i udbud.

Ordregiveren prækvalificerede samtlige 7 virksomheder, der havde anmodet om prækvalifikation, men kun B indsendte et tilbud ved tilbudsfristens udløb. En usædvanligt sen klage fulgte fra Det Danske Handelskammer 15. juni 1995.

Klager gjorde navnlig gældende, at ligebehandlingsprincippet var overtrådt ved flere forhold, og anførte bl.a. at udbudsspecifikationerne havde været udformet til B's fordel som følge af dialogen mellem ordregiveren og B. Der blev desuden gjort gældende, at udbudsspecifikationerne havde været så omfattende og detaljerede, at det havde været umuligt for B's konkurrenter at udarbejde et tilbud inden for den givne tidsramme, og at dette var en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

Klagenævnet for udbud afviste samtlige klagepunkter. Nævnet fandt det ikke bevist, at udbudsspecifikationernes omfang og detaljeringsgrad havde stået i misforhold til tidsrammen afsat til udarbejdelse af tilbud. Nævnet lagde til grund, at der havde været tæt kontakt mellem ordregiver og B om udbudet, og at B tilsyneladende havde påvirket udformningen af udbudsspecifikationerne også efter udbudsbekendtgørelsen. Alligevel fandt Nævnet ikke, at ligebehandlingsprincippet var blevet overtrådt, da udbudsspecifikationerne ikke var blevet udformet i et egentligt samarbejde med B, og da B ikke havde fået andre oplysninger om kontrakten end de øvrige prækvalificerede. Endelig tilføjede Nævnet en kryptisk bemærkning om, at fortolkningen desuden fulgte af, at B var den eneste, der havde afgivet tilbud.

Klagenævnet var dog tæt på at træffe afgørelse om, at ligebehandlingsprincippet var blevet overtrådt, hvilket fremgår af kendelsens formulering, hvor det fastslås, at

Klagenævnet ikke fandt “fuldt tilstrækkeligt grundlag for”, at ligebehandlingsprincippet var blevet overtrådt.

Kan det ses som en klar indikation af forskelsbehandling af tilbudsgiverne, hvis alene 1 ud af 7 prækvalificerede virksomheder indleverer et tilbud, og denne enkeltstående tilbudsgiver har været i tæt kontakt med ordregiveren i mere end et halvt år, og kontakten er udstrakt til efter²⁴⁴ udbudsbekendtgørelsen? Svaret er bekræftende. Dette må antages at være en klar indikation af, at ligebehandlingsprincippet er blevet overtrådt, og kravet til ordregivers godtgørelse af, at ligebehandlingsprincippet har været iagttaget under udbudsproceduren, skal skærpes væsentligt. En sådan tilgangsvinkel er endnu mere nærliggende, hvor virksomheden involveret i den tekniske dialog forud for udbudsproceduren har fået stillet kontrakten i udsigt, før ordregiveren var bevidst om, at kontrakten skulle i udbud. Det er derfor påfaldende, at Klagenævnet til trods for disse omstændigheder når frem til, at ligebehandlingsprincippet ikke var overtrådt.

Et af de mest interessante spørgsmål, der blev rejst i kendelsen, var, om B's konkurrenter var blevet *udelukket* fra konkurrencen som følge af, at udbudsmaterialet havde været så detaljeret og omfangsrigt, at det havde været umuligt at udarbejde tilbud inden for den givne tidsramme. Dette er så vidt ses den eneste kendelse i Klagenævnets praksis, hvor en klager har fokuseret på den fordel i tid, som en virksomhed har opnået i konsekvens af teknisk dialog.

Klagenævnet afviste ikke, at udbudsspecifikationer kan være udformet på en sådan måde, men fandt, at klageren ikke havde godtgjort, at dette var tilfældet i den konkrete sag. Det er usædvanlig vanskeligt at bevise, at udbudsmaterialets omfang m.v. udelukker konkurrencen, men en indikation af, at dette kunne have været tilfældet, kan ses fra det faktum, at alene den “favoriserede” tilbudsgiver indleverede et tilbud. Det fremgår af sagen, at de mindre leverandører modsatte sig, at deres produkter skulle leveres indirekte til hospitalet gennem den virksomhed, der blev tildelt den udbudte kontrakt. En af de prækvalificerede virksomheder havde i et brev til ordregiveren udtrykkeligt tilkendegivet, at leverandørernes modstand var en del af baggrunden for virksomhedens undladelse af at indlevere et tilbud. Fraværet af konkurrerende tilbud var tilsyneladende et resultat af leverandørernes modvilje mod distributionen, da de prækvalificerede virksomheder ikke kunne nå til enighed med de mindre leverandører inden for den givne tidsramme.

Disse omstændigheder er med til at understrege den mulige betydning af, at ordregiveren havde taget B's forslag til efterretning om at udelukke produkterne fra de 11 største leverandører fra distributionsordningen. Umiddelbart var det påfaldende, at

²⁴⁴ Spørgsmålet om dialog med en enkeltstående tilbudsgiver om udformningen af udbudsspecifikationerne *efter* udbudsbekendtgørelsen skal ikke behandles nærmere her. Spørgsmålet er udførligt behandlet i afsnit 5.2.2.1. hvor dette element i kendelsen omtales.

B skulle insistere på en distributionsordning af reduceret omfang, da dette måtte formodes at reducere B's avance ved distributionsordningen. En forklaring på dette kunne være, at B vidste, at også de større leverandører ville modsætte sig en samlet distributionsordning, og at B derfor sikrede sin egen mulighed for at afgive bud ved at sørge for, at leverancerne fra de 11 største leverandører fortsat skulle leveres direkte til hospitalet.

Klagenævnet understregede i sin kendelse, at B ikke havde haft andre oplysninger om distributionsopgaven end de øvrige prækvalificerede virksomheder. Dette skal ses i sammenhæng med, at det normalt antages i Klagenævnspraksis, at ligebehandlingsprincippet ikke er blevet overtrådt, hvis de konkurrerende virksomheder har fået mulighed for at nå det samme informationsniveau om den udbudte kontrakt som den virksomhed, der har været involveret i teknisk dialog med ordregiveren, jf. nærmere i afsnit 4.3.A. Dette forudsætter dog, at udbudsspecifikationerne ikke er resultatet af ulovlig teknisk dialog. Lige adgang til informationen om ordregiverens ønsker og krav betragtes ofte som det afgørende kriterium, når det skal afgøres, om en virksomhed er blevet favoriseret gennem teknisk dialog.

Denne tilgangsvinkel vil være korrekt i de fleste tilfælde, men det er en fejltagelse at anvende informationskriteriet uden modifikationer, når drøftelser mellem ordregiveren og en virksomhed har ført til en betydelig konkurrencefordel. I et sådant tilfælde må det påhvile ordregiveren at tage yderligere skridt end blot at sikre lige adgang til oplysninger om opgaven for at sikre iagttagelsen af ligebehandlingsprincippet. Det er vigtigt at fastholde, at ulighed ikke kan afhjælpes i alle tilfælde, hvilket får som konsekvens, at den pågældende virksomhed skal udelukkes fra konkurrencen om kontrakten.

Det ville have været relevant i den pågældende sag, at Klagenævnet havde forudsat, at den pågældende ordregiver havde truffet særlige foranstaltninger for at sikre ligebehandling af de potentielle tilbudsgivere. Dette skal ses på baggrund af den tætte kontakt mellem ordregiveren og B om udbudet og det faktum, at virksomheden var i en særlig gunstig position efter at have været indstillet til at få tildelt kontrakten, før ordregiveren blev klar over, at kontrakten skulle udbydes.

Ordregiveren kunne f.eks. have involveret et uafhængigt konsulentfirma til at udforme udbudsspecifikationerne og til at evaluere tilbudene. Ordregiveren kunne uden besvær have klargjort for B, at individuelle drøftelser om kontrakten måtte ophøre, hvilket ordregiveren i hvert fald må antages at have haft pligt til efter udbudsbekendtgørelsen. Ordregiveren kunne desuden have iværksat uformelle drøftelser med andre potentielle leverandører før udbudsprocedurens start, hvilket ville have underbygget, at ordregiveren ikke allerede havde bestemt sig for, hvem der skulle have kontrakten.

Hvis ligebehandlingsprincippet var overtrådt, som det er gjort gældende her, kan man rejse spørgsmålet om, hvorfor Klagenævnet ikke nåede frem til dette resultat. Det må formodes, at sagens resultat er et udslag af, at Nævnet har opfattet klagen som et

forsøg på at misbruge Nævnet til at træffe afgørelse om et forhold, der ikke angår EU's udbudsregler, og at Nævnet har vurderet, at klagen savnede aktualitet og relevans for de prækvalificerede virksomheder, der afstod fra at indlevere tilbud. Sådanne forhold vil uundgåeligt føre til en mindre favorabel fortolkning for en klager og dermed til en kendelse med en udpræget fleksibel tilgangsvinkel til ligebehandlingsprincippet.

En væsentlig støtte for denne antagelse findes i de indledende præmisser til kendelsen, hvor Nævnet fastslog, at den egentlige baggrund for klagen syntes at være utilfredshed hos leverandørerne og deres interesseorganisation med det forhold, at distributionen skulle gå gennem vinderen af kontrakten. Nævnet henviste udtrykkeligt til, at dette forhold ikke angik EU's udbudsregler, og at forholdet derfor ikke ville blive behandlet i kendelsen.

Nævnet kommenterede ikke direkte aktualiteten og relevansen af klagen for de virksomheder, der havde deltaget i udbudsproceduren. Det er imidlertid et faktum, at Klagenævnet skulle træffe afgørelse i sagen *efter, at den pågældende kontrakt var udløbet*, hvilket var mere end 2 år efter indgåelsen af kontrakten! Til trods herfor fastholdt klageren påstanden om annullation af beslutningen om indgåelse af kontrakten under den mundtlige procedure, selv om det er vanskeligt at se hvorfor, da annullation helt åbenbart ikke var relevant på tidspunktet for den mundtlige procedure afviklet kun 2 måneder før kontraktens udløb. Det er også værd at bemærke, at klagen var indleveret af Det Danske Handelskammer, og at klagen ikke kunne forventes at blive fulgt op med erstatningssøgsmål, uanset hvilket udfald klagesagen måtte få, da de 6 prækvalificerede virksomheder dårligt kunne hævde, at de havde lidt et tab, da de end ikke havde udarbejdet tilbud.

På denne baggrund synes det lettere at forstå Klagenævnets udpræget fleksible fortolkning af ligebehandlingsprincippet i den konkrete sag.

4.2.3. Dialog med den hidtidige leverandør ved kontraktens udløb

Det forekommer hyppigt, at en kontrakt, der udbydes, er identisk med eller tilnærmelsesvis identisk med en kontrakt, der udløber i en nær fremtid. Ordregivere har almindeligvis et behov for at få leveret bestemte varer eller tjenesteydelser, og kontrakter af denne art indgås typisk for en kortere årrække for at sikre, at konkurrencen ikke udelukkes. Det er almindeligt, at den hidtidige leverandør er interesseret i at få forlænget kontrakten, og at ordregiveren derfor skal betragte den hidtidige leverandør som en potentiel tilbudsgiver i den forestående udbudsrunde.

Det kan ikke antages, at den hidtidige leverandør skal udelukkes fra deltagelse i konkurrencen om kontrakten alene i kraft af sin status som tidligere leverandør og den

deraf følgende grundige indsigt i ordregiverens ønsker og krav til den fremtidige leverandør.²⁴⁵

Ordregiveren kan vælge at genanvende de hidtidige kontraktvilkår i udbudsspecifikationerne uden afgørende ændringer, men en grundlæggende ændring af udbudsspecifikationerne vil i en række tilfælde være hensigtsmæssig. For eksempel kan erfaringerne i forbindelse med det hidtidige samarbejde vise, at der med fordel kan ændres i kontraktvilkårene, eller at markedsvilkårene har ændret sig, og at en tilpasning til de ændrede markedsforhold er nødvendig.

Spørgsmålet er, i hvilket omfang ordregiveren kan inddrage den hidtidige leverandør i en teknisk dialog om behovet for og det nærmere indhold af eventuelle ændringer i udbudsspecifikationerne uden derved at overtræde ligebehandlingsprincippet.

De fleste ordregivere vil vel finde det helt naturligt at inddrage den hidtidige leverandør i en dialog om disse spørgsmål, og vil som følge heraf skal anlægges en fleksibel fortolkning, hvor udgangspunktet er, at teknisk dialog med den hidtidige leverandør er tilladt.

Der kan imidlertid fremføres vægtige argumenter mod denne fortolkning. Hvis dialog af denne type normalt betragtes som lovlig, vil det ofte føre til eller risikerer at føre til, at potentielle konkurrenter opfatter en teknisk dialog som et udslag af, at den hidtidige leverandør favoriseres af ordregiveren. Såfremt de potentielle konkurrenter til den hidtidige leverandør får indtryk af, at ordregiveren favoriserer den hidtidige leverandør, kan dette medføre, at konkurrencen mindskes væsentligt, fordi de potentielle tilbudsgivere vil afstå fra deltagelse i udbudsproceduren. En fleksibel fortolkning af spørgsmålet kan derfor på afgørende vis modvirke sikringen af effektiv konkurrence om de offentlige kontrakter.

Et andet forhold af væsentlig betydning i sammenhængen er, at der generelt vil være en nærliggende risiko for, at både ordregiveren og tilbudsgiveren har en fælles interesse i utilbørlig påvirkning af konkurrencen. Hvor ordregiveren har været tilfreds med det forudgående samarbejde med den hidtidige leverandør, er realiteten, at ordregiveren hyppigt vil være interesseret i at tilgodese den hidtidige leverandør for at sikre, at kontrakten med den pågældende forlænges.

Ordregiverne kan foretrække den hidtidige leverandør af en lang række årsager. Ofte vil ordregiveren foretrække at satse på det kendte, dvs. den hidtidige leverandør, hvor man har en sikker formodning om ydelsens kvalitet, leveringssikkerhed, og at "kemien" passer mellem ordregiver og leverandør. Et andet almindeligt motiv for at forlænge kontrakten med den hidtidige leverandør vil ofte være, at leverandøren er en lokal virksomhed, og der har været tradition for at tildele kontrakter til lokale virksomheder.

²⁴⁵ Jf. ligeledes Peter Wengler-Jørgensen og Katja Høegh, UfR 1994 B 311 (s. 318) og Preben Klit Jakobsen, Offentlige indkøb, kap. 38 (december 1997) s. 7.

Er ordregiveren eksempelvis en kommune, har denne interesse i at kontrahere med en lokal virksomhed for at sikre beskæftigelsen og beskatningsgrundlaget i kommunen.

Det er indlysende, at den hidtidige leverandør normalt vil have en tilsvarende interesse i, at kontrakten forlænges af rent kommercielle årsager.

På denne baggrund forekommer det at være i bedst overensstemmelse med udbudsreglernes ligebehandlingsprincip at anlægge en restriktiv fortolkning og antage, at udgangspunktet vil være, at teknisk dialog med den hidtidige leverandør alene er lovlig i begrænset omfang, og at en konkret og aktiv indflydelse på udformningen af udbudsmaterialet ved det nye udbud vil være en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.²⁴⁶

Klagenævnet har i kendelsen af 17. marts 1998, Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune, taget stilling til en variant af problemstillingen, hvor der i den tekniske dialog mellem ordregiver og den hidtidige leverandør var indskudt et mellemled i form af en konsulentvirksomhed, der udarbejdede udbudsbetingelser, som efterfølgende blev godkendt af ordregiveren selv.

Kendelsen er af almindelig interesse i relation til håndhævelsen af udbudsreglerne i Danmark, da det er den første kendelse fra Klagenævnet for Udbud baseret på en klage fra Konkurrencestyrelsen. Interessen for sagen skærpes yderligere af, at Konkurrencestyrelsen ikke fik medhold i et eneste klagepunkt.

Konkurrencestyrelsen har haft til opgave at identificere formodede overtrædelser af EU's udbudsregler samt at behandle klager herover siden 1. februar 1996. Konkurrencestyrelsen har ikke kompetence til at træffe afgørelse i disse sager, men kan i stedet indbringe sagen for Klagenævnet for Udbud. Dette er kun sket i 2 tilfælde, hvor nærværende afgørelse er den ene af disse sager, men Konkurrencestyrelsen har siden 1. februar 1996 behandlet ca. 100 udbudssager årligt, jf. herved nærmere i afsnit 2.5.2.

Konkurrencestyrelsen gjorde gældende, at ordregiveren, Tårnby Kommune, havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved udformningen af udbudsmaterialet i relation til en kontrakt om indsamling af dagrenovation m.v. i kommunen. Konkurrencestyrelsen anførte, at kommunen havde forskelsbehandlet de øvrige tilbudsgivere for at favorisere Grundejersammenslutningens Renholdningsselskab i Tårnby Kommune (herefter GR) og nedlagde påstand om, at kommunen skulle pålægges at bortse fra GR's tilbud.

GR havde siden 1947 løst den pågældende opgave for kommunen, og det er af særlig relevans for nærværende sag, at Klagenævnet for Udbud i kendelsen af 13. september 1996, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby

²⁴⁶ Problemstillingen ses ikke at være gjort til genstand for selvstændig behandling i den juridiske litteratur. For det samme resultat, men uden henvisning til den her anførte argumentation, kan der henvises til Preben Klit Jakobsen, Offentlige indkøb, kapitel 38 s. 8 (oktober 1998).

Kommune havde fastslået, at Tårnby Kommune havde overtrådt udbudsreglerne ved at annullere en udbudsprocedure uden saglig grund. Den annullerede kontrakt vedrørte i lighed med nærværende sag affaldsindsamlingen i Tårnby Kommune, og kommunens ulovlige annullation af udbudsproceduren i den første sag havde tilsyneladende til formål at favorisere GR.

Efter annullationen af udbudsproceduren antog kommunen en rådgiver (herefter A) til at forestå den nye udbudsprocedure, og rådgiveren havde ikke alene som opgave at udforme udbudsspecifikationerne, men tillige til opgave at forestå evalueringen af ansøgningerne om prækvalifikation og evalueringen af tilbudene. A havde bistået kommunen i den forudgående ulovligt annullerede udbudsprocedure, omend med mindre omfattende opgaver. Udbudsspecifikationerne blev udformet af A, og kommunen begrænsede sig angiveligt til godkendelse af udbudsspecifikationerne. A havde imidlertid været i tæt kontakt med den hidtidige leverandør, GR, i forbindelse med udformningen af udbudsspecifikationerne. Der blev holdt møder mellem medarbejdere fra A og GR, A sendte et arbejdsnotat om udbudet til GR med forskellige spørgsmål, og parterne drøftede det forestående udbud telefonisk ved forskellige lejligheder.

Konkurrencestyrelsen gjorde gældende, at A i realiteten havde tilladt GR at beskrive den opgave, der skulle udbydes, med den *risiko for påvirkning* af konkurrencen, som dette indebar, da GR havde en åbenbar økonomisk interesse i kontrakten, og at fremgangsmåden var en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

Det blev endvidere gjort gældende, at samarbejdet mellem A og GR havde haft til følge, at udbudsspecifikationerne *var blevet påvirket* ("skræddersyet") til fordel for GR, og Konkurrencestyrelsen fremhævede i sammenhængen kontraktvilkåret om, at containere skulle udlejes af leverandøren, og indsættelsen af et krav om, at leverandøren skulle etablere en kundebutik.

Endelig gjorde Konkurrencestyrelsen gældende, at der i sagen var en traditionel interessekonflikt, da kommunaldirektøren i Tårnby Kommune, der måtte forventes at være involveret i beslutningsprocessen i forhold til udbudet, var bestyrelsesmedlem i virksomheden GR.

Begivenhederne efter klagen gav anledning til en vis forvirring, fordi kontrakten blev tildelt en anden virksomhed end den angiveligt favoriserede, dvs. GR. Konkurrencestyrelsen anså sagen for vundet og ønskede at tilbagekalde klagen, men kommunen foretog et overraskende træk ved at insistere på, at Klagenævnet traf afgørelse i sagen. Klagenævnet fandt, at kommunen havde en berettiget interesse i få konstateret, om den havde handlet lovligt, og tilsidesatte Konkurrencestyrelsens anmodning om sagens tilbagekaldelse ved kendelse af 25. februar 1998. Den mundtlige procedure blev afviklet 23. februar 1998 og vedrørte både spørgsmålet om klagens tilbagekaldelse og de materielle spørgsmål i klagen, der behandles her. Konkurrencestyrelsen gav ikke

møde ved den mundtlige procedure, hvilket gav kommunen en ikke ubetydelig processuel fordel.

Klagenævnet for Udbud indledte sin kendelse med at vurdere, om det kunne lægges til grund, at rådgiveren A havde haft til formål at favorisere GR, og antog, at dette ikke var tilfældet, og fremhævede, at A ikke havde haft andre muligheder for at fremskaffe de nødvendige faktiske oplysninger end ved at rette henvendelse til GR. Nævnet vurderede herefter udformningen af specifikationerne og sammenlignede bl.a. specifikationerne ved det aktuelle udbud med specifikationerne i den annullerede udbudsprocedure og fastslog, at det ikke havde fundet elementer, som indicerede, at kommunen havde tilsigtet at give GR en konkurrencefordel. Nævnet afsluttede sin kendelse med at anføre, at der ikke forelå forhold, der kunne berettigede kommunen til at bortse fra tilbudet fra GR, og bemærkede særligt, at kommunen ville have overtrådt ligebehandlingsprincippet, hvis den havde ladet budet fra GR ude af betragtning som henstillet af Konkurrencestyrelsen.

Det er bemærkelsesværdigt, at Klagenævnet ikke alene tilsidesatte Konkurrencestyrelsens bedømmelse af sagen, men at Nævnet gik et skridt videre ved udtrykkeligt at fastslå, at det havde været en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, hvis ordregiveren havde besluttet at lade tilbudet fra GR ude af betragtning. Nævnets bemærkning til fordel for GR skal fortolkes som en fremhævelse af, at Nævnet klart fandt klagen fra Konkurrencestyrelsen ubegrundet, fordi Nævnet i sin tidligere praksis havde understreget, at en ordregiver har et vidt skøn ved bedømmelsen af, om en virksomhed skal udelukkes fra deltagelse i udbudsproceduren på grundlag af hensynet til ligebehandling.²⁴⁷

Det er dog ikke åbenbart, at Konkurrencestyrelsens klage skulle tilsidesættes på alle punkter, og forskellige forhold i kendelsen vil blive behandlet nærmere i det følgende.

Det første forhold, der skal omtales, er spørgsmålet om, *i hvilket omfang det er tilladt for en rådgiver til ordregiveren at indgå i en teknisk dialog med den hidtidige leverandør*. Det er tidligere anført i dette afsnit, at det som udgangspunkt følger af ligebehandlingsprincippet, at teknisk dialog mellem ordregiveren og den hidtidige leverandør kun er lovlig i begrænset omfang.

Et tilsvarende udgangspunkt må skulle lægges til grund, når den tekniske dialog mellem ordregiveren og den hidtidige leverandør foregår med en rådgiver som mellemlid. Det må dog antages, at indsættelsen af rådgiveren som mellemlid medfører, at der skal anlægges en noget mere fleksibel tilgangsvinkel til spørgsmålet.²⁴⁸

²⁴⁷ Se hertil særligt Klagenævnets kendelse af 13. juni 1996, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Roskilde Kommune.

²⁴⁸ Der kan drages en parallel fra ovennævnte spørgsmål til retstilstanden, hvor en rådgiver (fortsættes...)

Dette følger af, at det vil være vanskeligere for den hidtidige leverandør og/eller ordregiveren at påvirke udbudsmaterialet til den hidtidige leverandørs fordel, da rådgiveren kan tænkes at insistere på at bistå med uvildig rådgivning, og af, at påvirkningen kun sker indirekte. Betydningen af rådgiverens mellemkomst skal dog ikke overvurderes, da rådgiveren vil kunne udsættes for pression fra ordregiverens side, hvis denne ønsker at favorisere den hidtidige leverandør. Et andet forhold er, at risikoen for påvirkning af konkurrencen til fordel for den hidtidige leverandør forøges i takt med, at det accepteres at udvide grænserne for den tekniske dialog, selv hvor rådgiveren er bevidst om problemstillingen og søger at fremme lige konkurrence.

I den konkrete sag indgik rådgiveren i en tæt dialog med den hidtidige leverandør, der bl.a. vedrørte spørgsmålet om ændringer af udbudsspecifikationerne, og efter den retsopfattelse, der er fremført her, synes en sådan fremgangsmåde *umiddelbart* at stride mod ligebehandlingsprincippet.

Der var dog en særlig omstændighed i sagen, der i et vist omfang muligvis kunne berettigede en udvidelse af grænserne for den tekniske dialog, og som relaterer sig til indsamlingen af faktiske oplysninger vedrørende den hidtidige opfyldelse af kontrakten. Ordregiveren havde angiveligt ikke selv de nødvendige oplysninger til beskrivelsen af den ønskede tjenesteydelse, hvilket nødvendiggjorde en dialog af et udvidet omfang med den hidtidige leverandør. Dette synes at være lagt til grund i Klagenævnets afgørelse, hvilket fremgår af, at Nævnet i præmisserne understreger, at rådgiveren ikke havde andre muligheder for at fremskaffe de nødvendige oplysninger.

Den nærmere baggrund for dette forhold fremgår ikke af kendelsen, men i en kommentar til kendelsen nævnes det,²⁴⁹ at det formentlig har været en ganske udbredt praksis i kommunalt regi, at der på en række tjenesteydelsesområder har været faste "halvoffentlige" leverandørforhold uden udbud eller egentlig kontraktindgåelse, hvor leverandøren i vidt omfang selv har kontrolleret opgaveløsningen, eller i hvert fald selv har besiddet de nødvendige data til beskrivelse af opgaven. Det anføres videre, at en kommune i forbindelse med tilpasningen til EU's udbudsregler normalt kun vil have mulighed for at henvende sig hos den hidtidige leverandør, når der skal indhentes data og andre tekniske oplysninger til opgavens beskrivelse. I en sådan situation må udgangspunktet som antaget af Klagenævnet være, at grænserne for den tekniske dialog udvides, og det bemærkes, at en væsentlig del af dialogen mellem rådgiveren og

²⁴⁸ (...fortsat)

bistår både ordregiveren og tilbudsgiveren. Det blev ligeledes antaget, at der skal anlægges en mere fleksibel fortolkning til grænserne for den tekniske dialog i denne situation set i forhold til de tilfælde, hvor rådgiveren selv efterfølgende ønskede at deltage i udbudsproceduren, jf. herved afsnit 4.2.1.2.

²⁴⁹ Jf. Preben Klit Jakobsen, Offentlige indkøb, kapitel 38, s. 12 (oktober 1998).

den hidtidige leverandør havde vedrørt faktiske oplysninger, som eksempelvis hvilken mængde affald der blev indsamlet.

Det synes dog at være overset i kendelsen, at forløbet forud for iværksættelsen af den pågældende udbudsprocedure i vidt omfang havde ført til, at ordregiveren og rådgiveren selv besad de fornødne oplysninger. Ordregiveren ønskede levering af en tjenesteydelse, der for nylig havde været detaljeret beskrevet i en forudgående, men annulleret udbudsprocedure, hvor den pågældende rådgiver endda selv havde udarbejdet specifikationer. Når der henses til denne omstændighed, forekommer det at være mindre oplagt, at det i den konkrete sag var berettiget at anlægge en særlig fleksibel fortolkning af grænserne for den tekniske dialog.

Forklaringerne for Klagenævnet afgivet af kommunens medarbejdere giver indtryk af, at det var kommunens opfattelse, at det var en garanti for ligebehandlingsprincippets iagttagelse, at kommunen ikke selv forestod udarbejdelsen af udbudsspecifikationerne, og at denne opgave var delegeret til en konsulentvirksomhed. Denne opfattelse kan ikke tiltrædes, og opfattelsen afleder opmærksomheden fra det egentlige problem i sagen, der bestod i, at rådgiveren primært samarbejdede med den hidtidige leverandør i stedet for at inddrage ordregiveren i denne proces, hvilket ville have været den normale fremgangsmåde, da det er ordregiveren, der står som køber af tjenesteydelsen, og hvis ønsker skal ligge til grund for udformningen af udbudsmaterialet.

Det følger af ligebehandlingsprincippet, at teknisk dialog mellem en rådgiver og den hidtidige leverandør kun er lovlig i begrænset omfang. Det forhold, at den tekniske dialog mellem ordregiver og den hidtidige leverandør foregår med en rådgiver som mellemed, indebærer ikke, at dette udgangspunkt ændres til, at teknisk dialog med den hidtidige tilbudsgiver er tilladt. At der indskydes en rådgiver som mellemed i dialogen, medfører dog, at der skal anlægges en mindre restriktiv tilgangsvinkel til spørgsmålet set i forhold til de tilfælde, hvor den tekniske dialog finder sted direkte mellem ordregiveren og den hidtidige leverandør.

Klagenævnet undlod desuden at kommentere Konkurrencestyrelsens konkretisering af, hvordan udbudsspecifikationerne var blevet påvirket til fordel for GR. Dette er overraskende, når det tages i betragtning, at udbudsbetingelserne var ændret i forhold til den oprindelige udbudsprocedure i 1996 og på punkter, hvor det ikke kan afvises, at GR havde fået en fortrinsstilling. Den mest interessante ændring synes at være indsættelsen af et krav om etableringen af en servicebutik. GR havde krævet 48.000 kr. for dette tiltag i sit tilbud, hvorimod de øvrige tilbudsgivere havde krævet mellem 300.000 og 540.000 kr.

Det er desuden påfaldende, at Klagenævnet overhovedet ikke kommenterer spørgsmålet om interessekonflikten som følge af, at kommunaldirektøren i Tårnby Kommune tillige var bestyrelsesmedlem i GR. En mulig forklaring på dette forhold kan være, at Nævnet fandt spørgsmålet helt uden betydning efter forklaringen afgivet af en af kommunens medarbejdere. Denne medarbejder havde forklaret, at kommunaldirek-

tøren ikke havde deltaget i beslutningsprocessen i forbindelse med den nye udbudsprocedure, og at kommunaldirektøren tillige havde afstået fra deltagelse i GR's forberedelse af tilbud for at tage højde for interessekonflikten. Det er imidlertid værd at bemærke, at forklaringen ikke blev afgivet af kommunaldirektøren selv, at forklaringer for Nævnet ikke afgives efter sandhedsformaning, og at kommunaldirektøren sandsynligvis havde været involveret i den annullerede udbudsprocedure som repræsentant for både ordregiveren og den hidtidige leverandør. Hvis kommunaldirektøren havde påvirket udformningen af udbudsmaterialet til GR's fordel i løbet af den første udbudsprocedure, kunne dette påvirke den her behandlede udbudsprocedure, hvor kontraktvilkårene grundlæggende var identiske ifølge Klagenævnets vurdering.

I modstrid med Klagenævnets pragmatiske tilgangsvinkel kunne der anlægges en særdeles formalistisk tilgangsvinkel til spørgsmålet, hvor der argumenteredes for, at kommunen ikke skulle have mulighed for at tage GR's tilbud i betragtning som følge af muligheden for, at udformningen af det oprindelige udbudsmateriale var blevet påvirket, og som følge af risikoen for, at kommunaldirektøren kunne misbruge sin stilling og lægge pres på de medarbejdere i kommunen, der behandlede nærværende udbudsprocedure.

En sådan tilgangsvinkel forekommer dog at være for restriktiv, og den mest afbalancerede stillingtagen til spørgsmålet synes at være Klagenævnets tilgangsvinkel. Der ses ikke at have været grund til at antage, at kommunaldirektøren faktisk havde handlet partisk. Til trods herfor havde det været ønskeligt, at Klagenævnet havde kommenteret problemstillingen.

4.2.4. Dialog med en virksomhed der har foretaget udviklingsarbejde

Det forekommer, at en ordregiver i samarbejde med en privat virksomhed udvikler et produkt. Det fremgår udtrykkeligt af vareindkøbsdirektivets artikel 6 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 20, at ordregiveren ikke behøver at anvende de sædvanligvis obligatoriske udbudsprocedurer ved indgåelse af aftaler om køb af produkter, der alene er fremstillet med henblik på forskning, forsøg, undersøgelse eller udvikling. I disse tilfælde kan ordregiveren indgå aftale efter anvendelse af udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse.²⁵⁰ Af bestemmelserne fremgår imidlertid, at denne undtagelsesregel ikke gælder serieproduktion til påvisning af produktets handelsmæssige levedygtighed eller til dækning af forsknings- og

²⁵⁰ Udviklingsarbejder tilgodeses ligeledes udtrykkeligt efter bygge- og anlægsdirektivet, jf. herved direktivets artikel 7, stk. 2, litra b. Det fremgår af denne bestemmelse, at ordregiveren har adgang til at anvende udbud efter forhandling, hvor det pågældende arbejde udelukkende udføres med henblik på forsøg, forskning eller videreudvikling. I henhold til dette direktiv kræves der dog forudgående bekendtgørelse af udbudet.

udviklingsomkostninger, og en efterfølgende serieproduktion af udviklingsproduktet skal derfor udbydes efter de sædvanlige udbudsprocedurer.

Hvis der efter afslutningen af udviklingsarbejdet afholdes en udbudsprocedure om serieproduktion af produktet, vil en virksomhed, der har forestået udviklingen af det pågældende produkt, typisk have en interesse i at deltage i konkurrencen om den offentlige kontrakt. Dette giver anledning til overvejelser om, hvorvidt det følger af ligebehandlingsprincippet, at ordregiveren skal udelukke virksomheden fra den pågældende udbudsprocedure.²⁵¹ Ordregiveren kan have valgt at afholde en konkurrence om et givet udviklingsarbejde og at anvende elementer fra flere af de indkomne forslag. Hvor dette er tilfældet, vil det desuden være relevant at tage stilling til, om virksomhederne, der har deltaget i konkurrencen om udviklingsarbejdet, skal udelukkes.

Der kan ikke bortses fra, at en virksomhed, der har forestået et udviklingsarbejde, har en klar og åbenbar fordel i konkurrencen om den offentlige kontrakt, navnligt hvor udviklingsarbejdet vil blive lagt til grund i uændret form ved den efterfølgende serieproduktion. Dette forhold taler for en restriktiv fortolkning af spørgsmålet, men et tungtvejende modhensyn fører fortolkningen i retning af en fleksibel tilgangsvinkel. Hvis der anlægges en restriktiv fortolkning, må det antages, at ordregiverne får overordentlig svært ved at få velkvalificerede virksomheder til at deltage i udviklingsarbejdet. Det vil hyppigt være af afgørende betydning for virksomhedernes interesse i at medvirke i et udviklingsarbejde, at muligheden for tildeling af en efterfølgende kontrakt om serieproduktion ikke er udelukket, da serieproduktionen og ikke udviklingsarbejdet rummer potentialet for større økonomisk gevinst.

Det må derfor antages,²⁵² at udgangspunktet efter ligebehandlingsprincippet vil være, at virksomheder, der har deltaget i udviklingen af et produkt, kan deltage i konkurrencen om serieproduktion af produktet. Henset til den oplagte fordel i konkurrencesituationen, som følger af udviklingssamarbejdet, må det dog antages, at der vil være en begrænset margen for udviklerens aktive påvirkning og medvirken i udformningen af udbudsmaterialet efter udviklingsarbejdets afslutning. Det må ligeledes antages, at der

²⁵¹ Se om spørgsmålet Poul Thøis Madsen, *Offentlige indkøb og det indre marked-konsekvenser af EF-udbud med særligt henblik på innovations- og integrationsprocesser*, Ph.D.-afhandling, Aalborg Universitet, 1996 s. 111-13 og Preben Klit Jakobsen, *Offentlige Indkøb*, oktober 1998, kap. 38 s. 13-14.

²⁵² Jf. ligeledes Preben Klit Jakobsen, op. cit. Sml. med Poul Thøis Madsen, op. cit. der anfører, at spørgsmålet er uafklaret, men omtaler 2 sager fra dansk udbudspraksis, hvor ordregiveren fulgte ovenstående antagelse og tillod at virksomheden, der havde foretaget udviklingsarbejde, efterfølgende bød på kontrakten om serieproduktionen. Det skal i øvrigt fremhæves, at ordregiveren i en af disse sager baserede sig på et notat fra kammeradvokaten om spørgsmålet.

stilles skærpede krav til ordregiverens videreformidling af oplysninger om ydelsen til de konkurrerende tilbudsgivere i udbudsproceduren.

Klagenævnet for Udbud har i kendelsen af 7. juli 1995, Valle Trans-Media Byudstyr og Udendørsreklamer K/S mod Københavns Kommune, haft lejlighed til at tage stilling til en beslægtet problemstilling.

Kommunen havde udbudt opstilling og drift af byudstyr, dvs. læskærme, stoppestedsskiltstandere m.v. i juli 1992, og en konkurrerende virksomhed indleverede en klage over kommunens indgåelse af kontrakten med en anden virksomhed (herefter D). Klager gjorde bl.a. gældende, at D skulle have været udelukket fra deltagelse i udbudsproceduren som følge af tidligere kontakter og forhandlinger med ordregiveren.

Forud for udbudet havde HT i 1985/86 gennemført en designkonkurrence om udformningen af nye læskærme og stoppestedsskiltstandere, hvor to forslag udarbejdet af to professorer blev tildelt 1. præmie. Retten til det ene projekt blev senere overdraget til et selskab, der måtte identificeres som D. På vegne af ordregiveren førte stadsingeniøren og stadsarkitekten forhandlinger med D om principperne for det overordnede design, der blev drøftet og tiltrådt i 1990. Det synes, at fremgå af kendelsens sagsfremstilling, at ordregiveren havde foretaget visse ændringer i udbudsmaterialets krav til design i forhold til det design, der var aftalt mellem HT og D i 1990.²⁵³

Et forhold, der yderligere styrkede D i konkurrencen, var det faktum, at der i henhold til tildelingskriterierne bl.a. skulle lægges vægt på kvaliteten i design og funktion, hvilket tilsyneladende fik afgørende betydning for valget af D, der blev fremhævet som den tilbudsgiver, hvis tilbud på den "mest overbevisende måde imødekom de designmæssige og æstetiske parametre, som udtrykt i udbudsmaterialet".

Klagenævnet for Udbud tog ikke klagen til følge, hverken for så vidt angår det her omtalte klagepunkt eller de øvrige klagepunkter. Nævnet fremhævede indledningsvis ordregiverens subjektive indstilling med en henvisning til, at det fremgik af drøftelserne i Borgerrepræsentationen, at man ønskede, at alle skulle byde på lige fod. De tidligere forhandlinger med kommunen fandtes herefter uden betydning, hvilket tillige blev støttet på, at det ikke var godtgjort, at D eller andre havde haft indflydelse på designparametrene i udbudsmaterialet.

Klagenævnet anlagde i overensstemmelse med antagelsen i nærværende tekst en fleksibel tilgangsvinkel til spørgsmålet om, hvorvidt D skulle have været udelukket fra udbudsproceduren.

²⁵³ Dette forhold fremgår ikke klart af kendelsens sagsfremstilling, der er noget kortfattet, men synes at fremgå af referatet af klagers anbringender. Klager gjorde gældende, at D havde en fordel frem for andre tilbudsgivere, da D's byudstyr tilhørte den samme "designfamilie" som den stoppestedsskiltstander, HT tidligere havde godkendt til opstilling, og som ikke var omfattet af udbudet.

Nævnet fremhævede særligt to forhold af betydning for denne vurdering. For det første at det ikke var godtgjort, at D havde påvirket ordregiverens udformning af udbudsspecifikationerne om design. Nævnet tillagde det dermed stor betydning, at D's efterfølgende påvirkning af udviklingsarbejdet havde fundet sted så tidligt som i 1990, og at der var et væsentligt spring i tid op til ordregiverens udformning af udbudsspecifikationerne i 1992, hvor D tilsyneladende ikke havde påvirket udformningen af specifikationerne om design i 1992 umiddelbart før eller under udbudsproceduren. Denne fortolkning synes at være i overensstemmelse med antagelsen om, at der vil være en begrænset margen for udviklerens aktive medvirken og påvirkning af udformningen af udbudsmaterialet efter afslutningen af udviklingsarbejdet.

Klagenævnet fremhævede for det andet ordregiverens subjektive indstilling til ligebehandlingsproblematikken. Kendelsens formulering kunne forlede til en antagelse om, at ordregiverens intention om at behandle tilbudsgiverne lige, i sig selv indebar, at ligebehandlingsprincippet ikke var overtrådt. Dette er ikke tilfældet, da en objektiv konstatering af, at konkurrencen var påvirket væsentligt, eller af, at der havde været risiko for en sådan påvirkning, ville have medført, at ligebehandlingsprincippet var overtrådt. Betydningen af ordregiverens hensigt behandles nærmere i afsnit 4.3.D.

4.3. Faktorer af almindelig betydning for den konkrete vurdering af om ligebehandlingsprincippet er overtrådt

Som det fremgår af gennemgangen af de forskellige former for teknisk dialog, kan der udskilles en række faktorer, der gennemgående har betydning for, om ligebehandlingsprincippet overtrædes, hvis en virksomhed, der har været involveret i den tekniske dialog, efterfølgende deltager i udbudsproceduren.²⁵⁴ En række af de faktorer, som nævnes i det følgende, er kommet til udtryk i den forholdsvis omfattende praksis fra Klagenævnet for Udbud, mens andre ikke ses nævnt hverken i den juridiske litteratur eller i praksis fra Klagenævnet.

²⁵⁴ En liste over nogle af disse faktorer ses i følgende litteratur, hvor det skal bemærkes, at opremsningen i disse tekster er identiske i deres indhold: Danske virksomheders muligheder ved offentlige EU-udbud i udlandet, Konkurrencestyrelsen, 1996 s. 71; Ruth Nielsen s. 78 og Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's udbudsdirektiver s. 20. Faktorerne på denne liste er 1) rådgivningens omfang, 2) om produktet af rådgivningen stilles til rådighed for alle tilbudsgivere, 3) om rådgiver har medvirket i forhold, der indgår i tildelingskriterierne, 4) om samarbejdet har resulteret i tekniske specifikationer, der er skræddersyet til rådgiverens fordel, og 5) om rådgiveren i øvrigt har skaffet sig en utilbørlig konkurrencefordel.

A) Videreformidling af oplysninger til de konkurrerende tilbudsgivere

Et forhold, der skal tillægges betydning, er, om samtlige konkurrenter har haft en mulighed for at få blive informeret om ordregiverens ønsker og krav til den udbudte ydelse i et omfang, som modsvarer den virksomhed, der har været involveret i den tekniske dialog. Det vil have væsentlig betydning for den konkrete vurdering, om ordregiveren har sørget for at udarbejde udbudsmaterialet eller tilrettelægge udbudsproceduren på en måde, der sikrer, at de potentielle leverandører i det væsentlige konkurrerer på baggrund af de samme oplysninger om kontrakten.

I praksis fra Klagenævnet for Udbud er der bl.a. blevet lagt særlig vægt på, om det håndgribelige resultat af den tekniske dialog i form af rapporter m.v. er blevet stillet til rådighed for de øvrige tilbudsgivere. Oplysningerne videreformidles typisk ved, at de pågældende rapporter indgår som et element i det udbudsmateriale, der udsendes til de virksomheder, der deltager i konkurrencen om den offentlige kontrakt. Klagenævnet synes at tillægge denne omstændighed betydelig vægt,²⁵⁵ hvilket er betænkeligt, da det må antages, at en række oplysninger af relevans for udformningen af tilbud langt fra altid er indeholdt i de skriftlige rapporter til ordregiveren, og at der derfor alene sker en delvis udligning af rådgiverens informationsoverskud. Hvis videreformidlingen af oplysninger i form af rapporter tillægges betydelig vægt, er der desuden risiko for, at rådgiverne i et vist omfang udfærdiger rapporter, hvor væsentlige oplysninger bevidst tilbageholdes. På denne baggrund synes videreformidling af rapporter m.v. at skulle tillægges en vis, men ikke afgørende betydning.

En ordregiver kan i øvrigt tage et andet initiativ med det formål at videreformidle oplysningerne om kontrakten til samtlige tilbudsgivere. En ordregiver kan afholde et særlig grundigt informationsmøde for de potentielle tilbudsgivere efter udbudsprocedurens start med henblik på at sikre en udligning af det informationsoverskud, der er en følge af, at en potentiel tilbudsgiver har været involveret i teknisk dialog med ordregiveren.²⁵⁶ Et spørgemøde, der afvikles over et par dage og ikke er begrænset til en overfladisk gennemgang af kontrakten, vil give samtlige virksomheder og ikke blot rådgiveren en god mulighed for at være i besiddelse af et grundigt kendskab til ordregiverens ønsker og behov vedrørende den pågældende ydelse. Der ses imidlertid ikke at være sager i klagenævnspraksis, hvor dette forhold er blevet tillagt betydning,

²⁵⁵ Jf. bl.a. Klagenævnets kendelse af 13. juni 1996, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Roskilde Kommune og kendelsen af 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnestue mod Vestsjællands Amt, der begge er omtalt nærmere i afsnit 4.2.1.1.B.

²⁵⁶ Se afsnit 5.2 for en nærmere behandling af udbudspraksis i relation til de såkaldte spørgemøder og de krav, der følger af ligebehandlingsprincippet, til dialogen med de potentielle tilbudsgivere på spørgemøder.

hvilket må antages at være et udslag af, at spørgsmålet om betydningen af en sådan fremgangsmåde tilsyneladende ikke har været rejst.

B) Fordelen i tid

Det er påfaldende, at den klare fordel i *tid*, der er forbundet med at have et forholdsvis detaljeret kendskab til den opgave, der skal udbydes, ikke synes at blive tillagt nævneværdig betydning i praksis ved Klagenævnet for Udbud. Den virksomhed, der har været involveret i den tekniske dialog, har haft god tid til at træffe forberedelser til deltagelsen i udbudsproceduren, hvilket ofte vil have væsentlig betydning, da tilbudsgivere normalt skal udarbejde deres tilbud under stort tidspres. Det må derfor antages, at tidsfaktoren efter gældende ret skal tillægges betydning, selv om det alene vil være i sjældnere tilfælde, at tidsfaktoren i sig selv vil kunne indebære en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet som følge af teknisk dialog.²⁵⁷

Et forhold, der i sjældnere tilfælde vil kunne indebære en mere fleksibel tilgangsvinkel, er, at der er gået en længere periode efter den tekniske dialog,²⁵⁸ men sædvanligvis vil udbudsproceduren ligge i umiddelbar forlængelse af dialogen med den potentielle tilbudsgiver.

C) Tilbudsgivernes tillid til ordregiverens fairness

Et forhold af væsentlig betydning, som ikke ses at være omtalt i hverken den juridiske litteratur eller i praksis fra Klagenævnet for Udbud, er betydningen af, at de potentielle tilbudsgivere har *tillid* til, at ordregiveren iagttager ligebehandlingsprincippet under udbudsproceduren.

Det er generelt af afgørende betydning for udbudsreglernes overordnede målsætning om effektiv konkurrence om offentlige kontrakter, at de potentielle tilbudsgivere har tillid til, at ordregiveren sikrer fair konkurrence, og at de potentielle tilbudsgivere får

²⁵⁷ Spørgsmålet blev rejst i kendelse af 8. januar 1997, Det Danske Handelskammer mod Rigshospitalet, hvor Klagenævnet ikke fandt det godtgjort, at udbudsmaterialet var så omfattende og detaljeret, at konkurrencen havde været udelukket ved, at konkurrenterne til rådgiveren ikke kunne nå at udarbejde et tilbud. Faktum i sagen pegede imidlertid i retning af, at dette rent faktisk havde været tilfældet, og det var klart, at virksomheden involveret i den tekniske dialog havde påvirket omfanget af den udbudte ydelse. Kendelsen er nærmere omtalt i afsnit 4.2.2.

²⁵⁸ I kendelsen af 7. juli 1995, Valle Trans-Media Byudstyr og Udendørsreklamer K/S mod Københavns Kommune, var der en længere periode mellem den tekniske dialog og den pågældende udbudsprocedure, men dette blev ikke særskilt fremhævet som et moment i Klagenævnets kendelse.

indtryk af, at ordregiveren ikke lader en enkelt tilbudsgivers interesser fordreje konkurrenceforholdene gennem teknisk dialog. Hvis fortolkningen af ligebehandlingsprincippet ikke tager hensyn til dette forhold, vil det underminere de potentielle tilbudsgiveres tillid, som har afgørende betydning for, at disse ønsker at bruge tid og ressourcer på den ofte særdeles ressourcekrævende deltagelse i udbudsprocedurene efter EU's udbudsregler.

Der er derfor grund til at lægge betydelig vægt på, hvordan udbudsproceduren fremstår for navnlig de konkurrerende virksomheder, og ikke kun på om det konkret kan konstateres ved efterfølgende kontrol ved domstole og klagenævn, at konkurrencen rent faktisk er blevet påvirket til rådgiverens fordel. *Det er ikke tilstrækkeligt, at der ikke er sket forskelsbehandling ved ordregiverens fremgangsmåde, men det må kræves, at udbudsprocedurens tilrettelæggelse og afvikling giver tilbudsgiverne indtryk af, at der sikres lige konkurrence.*

Der kan i denne forbindelse drages en parallel til fortolkningen af EMK artikel 6, stk. 1 vedrørende kravet til en retfærdig rettergang. Der anlægges efter EMK en dobbelt test, hvor der lægges vægt på, at dommeren både skal være upartisk (den subjektive test), og at han tillige skal fremstå som upartisk for parterne (den objektive test). Praksis efter EMK har oftest været koncentreret om den objektive test baseret på den britiske retstradition om at "Justice not only must *be* done; justice must also be *seen* to be done".²⁵⁹

Af konkrete tilfælde, hvor denne faktor har mere end sædvanlig betydning, kan fremhæves teknisk dialog mellem ordregiveren og den hidtidige leverandør, der tidligere er behandlet i afsnit 4.2.3. Et andet eksempel på, at denne faktor får afgørende betydning for den konkrete vurdering i en sag, ville være et tilfælde, hvor udgangspunktet i forhold til den pågældende form for dialog er forholdsvis fleksibelt. Hvis en kendt leverandør involveres i en uformel dialog og bliver indstillet til at få kontrakten, før ordregiveren når til klarhed over, at opgaven skal udbydes, skal hensynet til de potentielle tilbudsgiveres tillid føre til en langt mere restriktiv fortolkning, jf. den tidligere omtale af Klagenævnets kendelse af 8. januar 1997, Det Danske Handelskammer mod Rigshospitalet i afsnit 4.2.2.

²⁵⁹ Jf. Erik Werlauff, Fælleseuropæisk procesret - Europaretlige krav til dansk retspleje, 1997, s. 184 ff., med henvisning til EMK med kommentarer af Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof & Tyge Trier, 1994 s. 173 ff, særligt s. 176 f.

D) Ordregivers og rådgivers hensigt med den tekniske dialog

Hvis det må lægges til grund, at ordregiveren har haft til hensigt at fremme ulovlig forskelsbehandling, er dette forhold i sig selv tilstrækkeligt til, at ligebehandlingsprincippet er overtrådt, uanset om det objektivt kan konstateres, at ordregiverens subjektive forhold har ført til en faktisk påvirkning af konkurrencen.²⁶⁰ Dette følger af, at ordregiveren har pligt til at påse, at ligebehandlingsprincippet iagttages, jf. herved udbudsdirektivernes formulering af ligebehandlingsprincippet.

Hvis det modsat kan lægges til grund, at ordregiveren har taget en række initiativer ved tilrettelæggelsen af udbudsproceduren med henblik på at sikre, at ligebehandlingsprincippet iagttages, til trods for, at rådgiveren efterfølgende deltager i udbudsproceduren, vil dette forhold i sig selv antagelig kunne tillægges en vis betydning.

I praksis fra Klagenævnet for Udbud ses, at Nævnet inddrager ordregiverens og eventuelt rådgiverens hensigt som et element i den konkrete vurdering af, om ligebehandlingsprincippet er blevet overtrådt. Det har i praksis vedrørende inhabilitet været en hovedregel, at Nævnet udtrykkeligt har knyttet bemærkninger til ordregiverens hensigt, men der ses ikke at være kendelser, hvor det er blevet lagt til grund, at ordregiveren havde til hensigt at forskelsbehandle. Det forekommer imidlertid at have været relevant at lægge dette til grund i bl.a. kendelsen af 23. august 1995, B4 ApS mod Holbæk Kommune, hvor konkurrencen var blevet åbenbart påvirket til rådgiverens fordel. Den ansvarlige medarbejder hos ordregiveren forklarede for Nævnet, at man ved udbudet "valgte det sikre", idet man ikke ønskede at kontrahere med en leverandør, der ikke tidligere havde leveret til det danske marked.

Klagenævnets kendelser efterlader i flere tilfælde det indtryk, at Nævnet tillægger det subjektive element ganske betydelig vægt, hvor ordregiveren angiveligt har tilsigtet at behandle tilbudsgiverne lige. Dette er eksempelvis tilfældet i kendelsen af 7. juli 1995, Valle Trans-Media Byudstyr og Udendørsreklamer K/S mod Københavns Kommune, hvor kendelsens formulering²⁶¹ kunne forlede til en antagelse om, at ordregiverens intention om at behandle tilbudsgiverne lige *i sig selv* medførte, at ligebehandlingsprincippet ikke var overtrådt. Et sådant resultat ville ikke være i

²⁶⁰ For en overensstemmende retsopfattelse Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's udbudsregler, s. 17, hvor det anføres, at handlinger, som har som formål at give en af tilbudsgiverne en fordel, altid er forbudt.

²⁶¹ Dette fremgår af den relevante præmis i kendelsen: "Det fremgår af drøftelserne i Borgerrepræsentationen, at man ønskede, at alle skulle byde på lige fod. Tidligere forhandlinger [den tekniske dialog] med kommunen findes *herefter* [min kursivering] uden betydning også henset til, at det ikke er godtgjort, at Decaux eller andre har haft indflydelse på designparametrene i udbudsmaterialet".

overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, da ordregiverens hensigt om ligebehandling ikke eliminerer påvirkningen af konkurrencen eller risiko for påvirkning af konkurrencen gennem den tekniske dialog.

Et andet eksempel på, at Klagenævnet har tillagt det væsentlig betydning, at ordregiveren angiveligt har tilsigtet ligebehandling, må antages at være kendelsen af 18. november 1996, *European Metro Group v. Ørestadsselskabet I/S*, hvor Klagenævnet i den indledende præmis vedrørende ligebehandlingsprincippet og inhabilitetsspørgsmålet udtalte, at Nævnet havde bemærket sig, at ordregiveren på et tidligt tidspunkt under udbudsproceduren var opmærksom på disse problemer, og at ordregiveren påpegede disse problemer over for sine rådgivere. I kendelsen fortolkede Nævnet ligebehandlingsprincippet udpræget fleksibelt, da Nævnet efter en konkret vurdering antog, at ligebehandlingsprincippet ikke var blevet overtrådt ved, at en rådgiver, der bistod både ordregiveren og en tilbudsgiver, havde deltaget i evalueringen af tilbudene i den pågældende udbudsprocedure. Dette kan ikke antages at være i overensstemmelse med gældende ret, da en rådgiver med en sådan dobbeltrolle per definition må antages at være udelukket fra deltagelsen i evalueringen af tilbudene.²⁶²

Sammenfattende kan det siges, at Klagenævnet synes at tillægge det væsentlig betydning, om en ordregiver tilsyneladende har tilsigtet at behandle tilbudsgiverne lige, men at der ikke ses at være belæg for at tillægge dette forhold en sådan vægt. Hvis det derimod kan lægges til grund, at ordregiveren har tilsigtet at forskelsbehandle tilbudsgiverne gennem den tekniske dialog, vil dette i sig selv indebære at ligebehandlingsprincippet er overtrådt, men Klagenævnet ses ikke at have konstateret en sådan hensigt i den foreliggende praksis vedrørende inhabilitet.

E) Rådgivningens omfang

Det er ikke overraskende, at det har stor betydning for problemstillingen, hvilket omfang den tekniske dialog har haft. Der skal uden tvivl anlægges en mere fleksibel vurdering af spørgsmålet, hvis rådgivningen har været begrænset til en forundersøgelse, jf. afsnit 4.2.1.1.B, eller til rådgivning i relation til klart afgrænsede dele af kontrakten, hvilket eksempelvis vil være tilfældet, hvor rådgiveren har begrænset sin rådgivning til miljøspørgsmål ved et større byggeri.²⁶³ Tilsvarende vil det tale for en mere fleksibel fortolkning, hvis virksomheden blot har været én blandt flere rådgivere, jf. kendelsen af 1. juli 1998, *Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnastue mod Vestsjællands Amt*.

²⁶² Dette spørgsmål er nærmere behandlet i afsnit 4.2.1.2.

²⁶³ Se til eksempel kendelsen af 18. november 1996, *European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S*, kommenteret i afsnit 4.2.1.2.

F) Substitution af ordregivers sagsbehandling

Efter inhabilitetsreglerne i forvaltningsretten er den typiske retsfølge ved inhabilitet, at en medarbejder, som er inhabil, substitueres af en anden medarbejder fra den pågældende forvaltningsenhed. Efter udbudsreglerne er retsfølgen af en konkurrenceforskydning, der udspringer af teknisk dialog, i stedet, at den potentielle tilbudsgiver udelukkes fra konkurrencen, men det vil imidlertid have betydning for den konkrete vurdering, om ordregiveren har søgt at substituere sin egen sagsbehandling eller i øvrigt har inddraget andre rådgivere eller virksomheder i den tekniske dialog, jf. om sidstnævnte moment i afsnit 4.3.1.

Det vil således tale for en mere fleksibel bedømmelse af spørgsmålet om ligebehandlingsprincippet iagttagelse, hvis ordregiveren efter den tekniske dialog med den potentielle tilbudsgiver, i stedet for selv at bearbejde resultatet af den tekniske dialog, overlader dette til endnu en rådgivningsvirksomhed, der ikke er potentiel tilbudsgiver, og hvis opgave særligt er at udforme udbudsmaterialet og eventuelt tilrettelægge udbudsproceduren.²⁶⁴

Klagenævnet har i et enkeltstående tilfælde tillagt det afgørende betydning,²⁶⁵ at dialogen mellem ordregiver og en potentiel tilbudsgiver skete gennem en rådgiver, der ikke var potentiel tilbudsgiver. Det kan dog ikke antages, at en sådan fremgangsmåde i almindelighed vil have afgørende betydning. Dette skyldes, at rådgiveren, som ansat af ordregiveren, står i et økonomisk afhængighedsforhold til ordregiveren og har interesse i at få tildelt lignende opgaver eller i at kontrahere med ordregiveren i en anden sammenhæng, og at rådgiverens uvildighed derfor ikke er hævet over tvivl, da ordregiveren kan ønske at favorisere en tilbudsgiver.

G) Substitution af medarbejdere hos den potentielle tilbudsgiver

Klagenævnet for Udbud har i en nyere sag *afvist*, at en virksomhed involveret i teknisk dialog med ordregiveren kan tage højde for ligebehandlingsproblematikken ved at udelukke de medarbejdere, der har været involveret i teknisk dialog, fra at medvirke

²⁶⁴ Dette skete i kendelsen af 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnastue mod Vestsjællands Amt.

²⁶⁵ I kendelsen af 17. marts 1998, Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune, der er kommenteret i afsnit 4.2.3.

ved udarbejdelsen af tilbud i den efterfølgende udbudsprocedure.²⁶⁶ Dette må *som udgangspunkt* antages at være et udtryk for gældende ret.

Fortolkningen skal ses på baggrund af, at substitution af medarbejdere hos den potentielle tilbudsgiver ikke vil fjerne den interessekonflikt, der udspringer af *virksomhedens interesse* i at drage fordel af den særlige viden, som virksomheden er kommet i besiddelse af gennem den tekniske dialog. Der vil stadig være en betydelig risiko for, at medarbejderne koordinerer indsatsen i virksomheden, med eller uden ledelsens direkte samtykke,²⁶⁷ for at sikre den udbudte kontrakt til virksomheden. Selv hvis det antages, at virksomhedens ledelse sikrer, at de relevante medarbejdere substitueres, er der en vis sandsynlighed for, at den tekniske dialog har resulteret i interne rapporter, notater m.v. om både opgaven og ordregiverens ønsker, der ikke er kommet til udtryk i udbudsmaterialet, og der er en nærliggende risiko for, at dette materiale kan og vil blive brugt ved udarbejdelsen af tilbudet.

Der må dog antages at være undtagelser til hovedreglen om, at virksomheden, dvs. den samme juridiske person, bliver inhabil som følge af den tekniske dialog. Det forekommer, at en virksomhed har forskellige afdelinger, der arbejder uafhængigt af hinanden og står i et indbyrdes konkurrenceforhold, hvilket eksempelvis er tilfældet i revisionsbranchen.²⁶⁸ Det må antages, at dette forhold kan føre til, at *en konkurrerende afdeling efter omstændighederne ikke skal udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure*, hvor en anden af virksomhedens afdelinger er inhabil som følge af teknisk dialog forud for udbudsprocedurens start.

En problemstilling beslægtet hermed foreligger i relation til spørgsmålet om habiliteten af virksomheder, der indgår i samme *concern* som en virksomhed, der er inhabil grundet teknisk dialog med ordregiveren. Det må antages, at en sådan virksomhed ikke skal udelukkes i ethvert tilfælde, blot fordi virksomhederne er forbundet i kapitalmæssig henseende, og navnlig ikke, hvis et samarbejde mellem virksomhederne er udelukket eller usandsynligt, fordi virksomhederne konkurrerer og drives som selvstændige enheder.

²⁶⁶ Jf. Klagenævnets kendelse af 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnestue mod Vestsjællands Amt, omtalt i afsnit 4.1.1. og 4.2.1.1.B.

²⁶⁷ Medarbejderne kan fristes til at følge en sådan fremgangsmåde uden direkte ordre fra ledelsen, f.eks. for at sikre sig provision eller for at sikre en virksomheds fortsatte eksistens.

²⁶⁸ En beslægtet problemstilling foreligger i børsretten i relation til insiderforbudet. For at tage højde for insiderforbudet må pengeinstitutter etablere vandtætte skotter, såkaldte Chinese walls, mellem de enkelte afdelinger, jf. Erik Werlauff, Børsret, 1997, 1. udg. s. 280 note 111 med henvisning til Svend Jakobsen, Revision & Regnskabsvæsen 1991/7.22 ff.

Denne antagelse understøttes af EF-domstolens praksis på konkurrenceretsområdet²⁶⁹ og ligeledes af afgørelserne i C-389/92, Ballast Nedam Groep (I), og C-5/97, Ballast Nedam Groep (II),²⁷⁰ der vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt der skal tages hensyn til ekspertise i datterselskaber ved kvalifikation af et moderselskab i relation til EU-udbud. EF-domstolen fastslog i Ballast Nedam Groep (II), at der skal²⁷¹ tages hensyn til oplysningerne vedrørende datterselskaber i en koncern ved bedømmelsen af moderselskabets egnethed forudsat, at det er godtgjort, at moderselskabet reelt disponerer over de kvalifikationer, som datterselskaberne besidder. Det følger heraf, at der ikke i ethvert tilfælde skal tages hensyn til datterselskabernes forhold ved kvalifikation, hvilket understøtter den ovennævnte antagelse om, at et moderselskab ikke i ethvert tilfælde skal "diskvalificeres" som følge af et datterselskabs inhabilitet. EF-Domstolen undlod i øvrigt en nærmere præcisering af, i hvilke tilfælde det kan lægges til grund, at moderselskabet reelt disponerer over de kvalifikationer, som datterselskaberne besidder.²⁷²

²⁶⁹ Det har påkaldt sig interesse i EU-konkurrenceretten, hvornår Traktatens artikel 81, stk. 1 tidligere artikel 85, og dermed forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler, kan anvendes på konkurrencebegrænsninger, der udspringer af aftaler mellem koncernforbundne virksomheder. Det afgørende kriterium i denne forbindelse må antages at være, om koncernen udgør én økonomisk enhed inden for hvilken, datterselskaberne ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af deres markedspolitiske adfærd, da artikel 81, stk. 1 omhandler parter, der er i stand til at konkurrere med hinanden. Se særligt afgørelsen i C-73/95 P, Viho (Parker-sagen), Saml. 1996 I s. 5457 og omtalen i EU-konkurrenceretten, Kim Lundgaard Hansen, Lars Kjølbye og Henrik Øe, 1998, s. 47 ff. Sml. med Jens Fejøl, EU-konkurrenceret, 2. udg. s. 49-50.

²⁷⁰ C-389/92, Ballast Nedam Groep (I), Saml. 1994 I s. 1289 og C-5/97, Ballast Nedam Groep (II), Saml. 1997 I s. 7549.

²⁷¹ EF-domstolens formulering i Ballast Nedam Groep (I) var uklar, idet Domstolen alene havde anført, at det var *tilladt* at tage hensyn til koncernselskabernes kvalifikationer, og det var dermed usikkert, om der bestod en pligt til at tage hensyn til disse kvalifikationer. Dette foranledigede den nationale domstol til at forelægge sagen for EF-domstolen på ny.

²⁷² Generaladvokat Claus Gulmann fremkom i sit forslag til afgørelse i Ballast Nedam Groep (I) med en præcisering af dette udsagn, idet han ville have tilføjet, at der reelt disponeredes over datterselskabernes kvalifikationer "i hvert fald når det dominerende selskab i koncernen ejer dets datterselskaber 100% og kan træffe beslutninger, som indebærer, at datterselskabernes kvalifikationer med tilstrækkelig sikkerhed står til rådighed med henblik på udførelse af konkrete bygge- og anlægsarbejder".

H) Inddragelse af andre rådgivere eller konkurrenter i dialogen

En ordregiver kan supplere en oprindelig og omfattende teknisk dialog, der har været begrænset til at omfatte en enkelt potentiel leverandør, med en efterfølgende dialog, hvor flere eller samtlige potentielle tilbudsgivere inddrages.

Ordregiver kan eksempelvis følge op på den oprindelige dialog ved at indlede en begrænset uformel teknisk dialog med flere kendte leverandører af det pågældende produkt før udbudsprocedurens start. Et andet tiltag kunne være at afholde et dybdegående spørgemøde, hvor samtlige potentielle tilbudsgivere fik lejlighed til at indgå i den tekniske dialog med ordregiveren, jf. herved behandlingen af denne fremgangsmåde under afsnit 4.3.A.

I) Påvirkning af udbudsmaterialet til rådgivers fordel (skræddersyede udbudsspecifikationer)

Teknisk dialog med en potentiel tilbudsgiver indebærer en ikke uvæsentlig risiko for, at samarbejdet mellem denne virksomhed og ordregiveren resulterer i en påvirkning af konkurrencen til fordel for virksomheden ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet eller ved tilrettelæggelsen af udbudsproceduren.

Hvis ordregiveren er indstillet på, at samarbejdet skal favorisere den pågældende virksomhed, er påvirkningen af konkurrencen til virksomhedens fordel en realitet under forudsætning af, at markedsforholdene er blevet bedømt korrekt. Hvis ordregiveren ikke tilsigter forskelsbehandling af tilbudsgiverne, er der stadig en væsentlig risiko for, at udfaldet af samarbejdet kan blive til rådgiverens fordel, hvis rådgiveren tilsigter dette. Dette skyldes, at en ordregiver i mange tilfælde ikke vil have den fornødne fagkundskab til at bedømme, hvornår rådgiveren påvirker udbudsmaterialet til egen fordel, da det typisk er manglen på kendskab til det pågældende område, der har ført til ansættelsen af den pågældende rådgiver.

Et andet forhold vanskeliggør desuden sikringen af lige konkurrence. De konkurrerende virksomheder vil i langt de fleste tilfælde have betydelige problemer med at påvise, at konkurrenceforholdene er blevet påvirket til fordel for virksomheden involveret i den tekniske dialog, uanset at forholdet kan være åbenbart i grovere tilfælde.²⁷³

Henset til både den åbenbare risiko for påvirkning af konkurrencen og konkurrenternes bevismæssige vanskelige stilling bør indikationer af, at der er sket påvirkning af konkurrencen, tillægges betydelig vægt for at fremme ligebehandlingsprincippet

²⁷³ Et klart eksempel på påvirkning foreligger med Klagenævnets kendelse af 23. august 1995, B4 ApS mod Holbæk Kommune, der blev behandlet i afsnit 4.2.1.1.A.

effektive håndhævelse. Klagenævnet for Udbud har dog indtil videre været tilbageholdende med at konstatere, at udbudsmaterialet har været udformet med henblik på at favorisere en enkelt tilbudsgiver.²⁷⁴

J) Forringelse af den tekniske dialog og af konkurrencen ved restriktiv fortolkning af ligebehandlingsprincippet

Til fordel for en vis smidighed i fortolkningen af ligebehandlingsprincippet anføres,²⁷⁵ at en restriktiv fortolkning kan modvirke en seriøs teknisk dialog ved at mindske konkurrencen ved at udelukke potentielle tilbudsgivere. Det fremføres endvidere, at ordregiverne risikerer at få vanskeligt ved at finde kvalificerede virksomheder, der er villige til at påtage sig at indgå i teknisk dialog, hvor dette er nødvendigt, og at dette kunne modvirke, at resultatet af udbudsproceduren er tilfredsstillende for ordregiveren.

Disse generelle hensyn kan gøre sig gældende med betydelige variationer afhængigt af den pågældende udbudsprocedure. Det vil eksempelvis være fejlagtigt at tillægge hensynet til den reducerede konkurrence nævneværdig betydning, hvis ordregiveren har prækvalificeret 20 virksomheder, da en enkelt eller enkelte virksomheders udelukkelse, som følge af teknisk dialog, som udgangspunkt ikke påvirker konkurrenceforholdene væsentligt. Det samme hensyn får derimod betydning, hvis det kan lægges til grund, at der kun er enkelte virksomheder med både potentiale og interesse i den pågældende kontrakt.

Tilsvarende vil hensynet til eventuelle vanskeligheder med at finde kvalificerede rådgivere til at indgå i den tekniske dialog først for alvor indgå med vægt, hvor den udbudte kontrakt vedrører et marked med et stærkt begrænset antal potentielle leverandører, og hvor markedet er så specialiseret, at det er nødvendigt at få netop de potentielle leverandører involveret i den tekniske dialog.²⁷⁶ Hvis markedet ikke har en høj grad af specialisering, kan ordregiveren i stedet med fordel undgå ligebehandlingsproblematikken ved at benytte rådgivere i forberedelsesfasen, der udelukkende påtager sig rådgiverrollen og ikke har interesse i det efterfølgende udbud.

I denne sammenhæng er det nødvendigt at være opmærksom på, at betydningen af disse hensyn generelt varierer væsentligt fra medlemsstat til medlemsstat uanset gennemførelsen af det indre marked. Dette er en følge af, at antallet af grænseoverskri-

²⁷⁴ Jf. bl.a. kendelsen af 17. marts 1998, Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune, omtalt i afsnit 4.2.3, og kendelsen af 8. januar 1997, Det Danske Handelskammer mod Rigshospitalet omtalt i afsnit 4.2.2.

²⁷⁵ Jf. afsnit 4.1 med henvisninger.

²⁷⁶ Se hertil afsnit 4.2.4 om dette hensyns betydning for den tekniske dialog med en virksomhed, der har foretaget udviklingsarbejde.

dende tilbud endnu er forholdsvis beskedent ved EU-udbud,²⁷⁷ hvilket bevirker, at hjemmemarkedet for den ønskede ydelse i vidt omfang er udslagsgivende for den potentielle kreds af leverandører. Derfor må det antages, at de ovennævnte hensyn vil gøre sig gældende med langt større vægt i en medlemsstat som Danmark, der typisk har et beskedent hjemmemarked, hvorimod hensynene antagelig vil gøre sig gældende i langt mindre grad i større medlemsstater som f.eks. Tyskland eller England, hvor der typisk vil være en større leverandørkreds på hjemmemarkedet.

Klagenævnet for Udbud ses ikke udtrykkeligt at have henvist til disse hensyn i den foreliggende praksis. Det er imidlertid nærliggende at antage, at disse hensyn i vid udstrækning har været en medvirkende årsag til den generelt meget fleksible fortolkning af grænserne for den tekniske dialog, der er kommet til udtryk i praksis ved Klagenævnet for Udbud. Dette skal ses på baggrund af, at disse hensyn af generel karakter blev anført som begrundelse for en mere smidig fortolkning af ligebehandlingsprincippet i denne relation under den seneste debat ved revisionen af udbudsdirektiverne.²⁷⁸ Hensynene blev ligeledes fremhævet i en nyere publikation udgivet af Konkurrencestyrelsen om danske virksomheders muligheder ved offentlige udbud i udlandet til støtte for en mere fleksibel fortolkning af ligebehandlingsprincippet i forhold til inhabilitetsproblematikken.²⁷⁹

K) Aftale mellem ordregiveren og rådgiver om rådgiverens udelukkelse

Det forekommer i praksis, at ordregivere *forud* for antagelsen af en rådgiver klargør, at rådgivningsopgaven efter ordregiverens opfattelse vil medføre, at rådgiveren skal udelukkes fra en efterfølgende udbudsprocedure, og at ordregiveren opstiller det som et vilkår for indgåelse af rådgivningsaftalen, at rådgiveren afholder sig fra deltagelse i udbudsproceduren.²⁸⁰

²⁷⁷ Dette forhold omtales nærmere i afsnit 7.2.6.

²⁷⁸ Se hertil Det økonomiske og sociale Udvalgs bemærkninger i EFT 1995 C 256/1 af 2. oktober 1995.

²⁷⁹ Se bemærkningerne i Danske virksomheders muligheder ved offentlige EU-udbud i udlandet, Konkurrencestyrelsen 1996.

²⁸⁰ Klagenævnet for Udbud har afvist, at en ordregiver kan aftale sig ud af ligebehandlingsproblematikken ved at indgå aftale om tildeling af en anden kontrakt som kompensation for udelukkelsen fra udbudsproceduren, jf. Klagenævnets kendelse af 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnastue mod Vestsjællands Amt. Dette må antages at være et korrekt udtryk for gældende ret.

En sådan fremgangsmåde indebærer flere fordele for både ordregiveren og rådgiveren. I de fleste tilfælde vil rådgiveren overholde kontraktvilkåret, og dette har som konsekvens, at ordregiveren efterfølgende undgår inhabilitetsproblematikken, der kan aktualiseres både i forhold til rådgiveren og de øvrige tilbudsgivere, hvis ordregiveren i stedet havde tilladt rådgiveren at deltage i udbudsproceduren. Fremgangsmåden henleder rådgiverens opmærksomhed på problemstillingen, hvilket er til rådgiverens ubetingede fordel, da denne bør tage sine forholdsregler. Rådgiveren kan vælge at undlade at påtage sig den mindre rådgivningsopgave for derved undgå udelukkelse fra den efterfølgende udbudsprocedure, eller rådgiveren kan påtage sig rådgivningsopgaven, men kan lade udelukkelsen fra udbudsproceduren indgå i fastsættelsen af rådgiverhonoraret.

Hvis rådgiveren undtagelsesvis bryder aftalen med ordregiveren ved alligevel at anmode om prækvalifikation eller indlevere tilbud, kan det forventes, at ordregiveren udelukker rådgiveren fra udbudsproceduren. I en sådan situation må det forventes, at *et kontrolorgan som klar hovedregel skal respektere parternes forudgående aftale ud fra en formodning om, at aftalen har til formål og til følge at sikre lige konkurrence mellem de virksomheder, der konkurrerer om den offentlige kontrakt.*

Det skal dog bemærkes, at en aftale af denne type ikke afskærer kontrolorganet fra at gå ind i en konkret vurdering af den pågældende aftale, der undtagelsesvis kan være et udslag af overdreven formalisme fra ordregiverens side. Det må forventes, at ordregiveren vil have en bred margen for fejlskøn i denne situation, fordi den pågældende virksomhed på forhånd har accepteret udelukkelsen og har haft mulighed for at tage højde for udelukkelsen ved fastsættelsen af rådgiverhonoraret.

L) Ordregiverens skøn

En ordregiver har mulighed for at udvide eller begrænse sit eget skøn i forbindelse med udformningen af udbudsmaterialet. Hvis en ordregiver har tilsigtet at begrænse sit skøn væsentligt ved udformningen af udbudsmaterialet kan dette forhold føre til en lempeligere bedømmelse af habilitetsspørgsmålet.

Ordregiveren kan navnlig påvirke sin skønsmargen ved valget af tildelingskriterier. Hvis ordregiveren vælger tildelingskriteriet laveste pris, indebærer dette en afgørende indskrænkning i ordregiverens skøn, og at ordregiveren som udgangspunkt afskæres fra at favorisere en virksomhed, der har været inddraget i teknisk dialog. Tilsvarende kan ordregiveren begrænse sit skøn ved at formulere delkriterierne i det økonomisk mest fordelagtige bud i retning af det objektive og kvantitative i stedet for at formulere

delkriterierne med hovedvægten på det kvalitative, hvilket i langt højere grad åbner for ordregiverens skøn.²⁸¹

4.3.1. Forebyggelse og afhjælpning af inhabilitet

Som det fremgår af ovenstående gennemgang i afsnit 4.3.A-4.3.L, kan en ordregiver træffe en lang række forholdsregler med henblik på at sikre, at en tilbudsgiver, der har været inddraget i teknisk dialog med ordregiveren, kan deltage i den efterfølgende udbudsprocedure uden at ligebehandlingsprincippet derved overtrædes.

Der er grund til at fremhæve betydningen af, at en ordregiver er opmærksom på inhabilitetsproblematikken så tidligt som muligt. Hvis ordregiveren er opmærksom på spørgsmålet fra første færd, vil det være muligt for ordregiveren helt at undgå problemstillingen, jf. afsnit 4.3.L om aftaler om udelukkelse fra udbudsproceduren. En anden vigtig konsekvens af rettidig opmærksomhed er, at ordregiveren har valget mellem en bredere vifte af tiltag til sikring af ligebehandlingsprincippets iagttagelse, end hvis ordregiveren først bliver opmærksom på inhabilitetsproblematikken på et fremskredent tidspunkt i udbudsproceduren.

Hvis ordregiveren først bliver opmærksom på problemstillingen efter afslutningen af den tekniske dialog, er dette dog ikke ensbetydende med, at den pågældende virksomhed automatisk skal udelukkes fra udbudsproceduren, da ordregiveren ofte stadig vil kunne træffe forholdsregler med henblik på iagttagelsen af ligebehandlingsprincippet på dette tidspunkt.

Et af de tiltag, som typisk vil være relevant, er afholdelsen af et særlig grundigt informationsmøde for de potentielle tilbudsgivere efter udbudsprocedurens start med henblik på udligning af informationsoverskuddet hos den potentielle tilbudsgiver, der har været inddraget i teknisk dialog, jf. afsnit 4.3.A. Se i øvrigt afsnit 5.2.1. om forhandlingsforbudet og spørgemøder. Det er imidlertid væsentligt at fastholde, at ulighed ikke kan afhjælpes i alle tilfælde, og at en virksomhed, der har været involveret i teknisk dialog med ordregiveren, skal udelukkes fra konkurrencen om kontrakten i en række tilfælde.

Klagenævnets fleksible tilgangsvinkel til inhabilitetsspørgsmål får som konsekvens, at det bliver hovedreglen og ikke undtagelsen, at en virksomhed, der har været involveret i teknisk dialog, kan medvirke i den efterfølgende konkurrence om kontrakten. Det er tvivlsomt, om en sådan fortolkning er i overensstemmelse med gældende ret,²⁶⁶ og dette forhold perspektiveres i afhandlingens konklusioner i afsnit 7.2.4.2.

²⁸¹ Jf. afsnit 2.3.2.4 om tildelingskriterier.

²⁶⁶ Se nærmere Steen Treumer, PPLR 1999 s. 147 ff.

KAPITEL 5

Forhandlingsforbudet

5. Forhandlingsforbudet

5.1. Forhandlingsforbudet i grundtræk

5.1.1. Indledning

EU's udbudsdirektiver indeholder ikke et udtrykkeligt forbud mod forhandlinger til trods for, at forhandlingsforbudet er det mest markante udslag af ligebehandlingsprincippet, der på afgørende vis lægger tyngende begrænsninger på handlefriheden hos både ordregiveren og de virksomheder, der deltager i udbudsprocedurens afvikling.

Den klare sondring i direktiverne mellem udbudsformerne offentligt udbud og begrænset udbud som modsætning til udbudsformen udbud efter forhandling gør det imidlertid klart, at *forhandling, mellem ordregiver og de virksomheder der deltager i udbudsproceduren, som udgangspunkt er udelukket ved anvendelsen af offentligt udbud og begrænset udbud.*

Rådet og Kommissionen har i forbindelse med vedtagelsen af bygge- og anlægsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet afgivet en erklæring,²⁶⁷ der præciserer forhandlingsforbudets rækkevidde. Vareindkøbsdirektivet og tjenesteydelsesdirektivet

²⁶⁷ EFT. L111/114 af 30. april 1994. En erklæring med samme indhold blev afgivet i 1989 som bilag til direktiv 89/440 om ændring af direktiv 71/305 (bygge- og anlægsdirektivet). Denne erklæring blev optrykt i EFT. L210/22 af 18. juli 1989.

fortolkes ligeledes i overensstemmelse med erklæringen,²⁶⁸ og erklæringen lægges normalt til grund som et udtryk for grundprincipperne i retstilstanden på området, selv om erklæringen ikke er af bindende karakter, jf. herved Traktatens artikel 249 (tidligere artikel 189), hvor det anføres, at udtalelser ikke er bindende. Denne erklæring betegnes i det følgende Fælleserklæringen og omtales nærmere i afsnit 5.1.5. Erklæringen har følgende ordlyd:

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

Bag udbudsformerne offentligt og begrænset udbud ligger en særlig *kontraheringsmodel*,²⁶⁹ der er karakteriseret ved at være både særdeles enkel og uelastisk. Regelsættet er baseret på en forestilling om, at ordregiverens opfordring til at gøre tilbud efterfølges af tilbudsgiverens rene accept af opfordringen i form af tilbudsafgivning.²⁷⁰ Ordregiveren forudsættes at være i stand til præcist at angive den ønskede ydelse i opfordringen til at gøre tilbud, der består af udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet i øvrigt. Tilbudsgiverne forudsættes på tilsvarende vis at være i stand til at udarbejde et tilbud udelukkende baseret på oplysningerne i udbudsmaterialet, og endelig forudsættes ordregiveren at udvælge den vindende tilbudsgiver ved anvendelse af klare tildelingskriterier, der er angivet i udbudsmaterialet og dermed er kendt for tilbudsgiveren forud for afgivelsen af tilbud.

²⁶⁸ Uanset at Fælleserklæringen er fremsat i tilknytning til bygge- og anlægsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet. Dette er ikke overraskende, eftersom forhandlingsforbudet er en konkretisering af ligebehandlingsprincippet, der netop gælder for samtlige af EU's udbudsdirektiver.

²⁶⁹ Se hertil Kai Krüger s. 131 i Kai Krüger, Ruth Nielsen & Niklas Bruun: *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, 1998; Lasse Simonsen s. 639.

²⁷⁰ Se hertil C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Saml. I s. 3353 i præmis 37: “Det skal i den henseende først bemærkes, at det følger af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, at *samtlige tilbud skal være i overensstemmelse med bestemmelserne i udbudsbetingelserne* [min kursivering] for at sikre muligheden for en objektiv sammenligning af de bud, der afgives af de enkelte tilbudsgivere”.

Hovedårsagen²⁷¹ til den særdeles restriktive tilgangsvinkel til forhandling som led i tildelingen af offentlige kontrakter skal søges i det overordnede politiske mål med udbudsreglerne om at åbne markedet for offentlige kontrakter på tværs af landegrænserne i EU. En kontraheringsmodel, hvor parternes respektive forhandlingsudspil er så fastlåste som muligt, og hvor processen i høj grad er gennemsigtig, imødegår mere effektivt forskelsbehandling, og muligheden for kontrol med ordregiverens administration af regelsættet forbedres i væsentlig grad sammenlignet med en situation, hvor forhandling i udstrakt grad er lovlig. Prisen for disse fordele er imidlertid manglende fleksibilitet.

Det skal understreges, at ovenstående alene er et grundrids af kontraheringsmodellen, og at disse skarpt aftegnede konturer er hovedregler, der modificeres på en række punkter, som det fremgår af nærværende fremstilling i øvrigt. Det skal således fremhæves, at det kan lægges til grund som gældende ret, at der er en begrænset adgang til kontakt mellem ordregiver og tilbudsgiverne vedrørende den udbudte ydelse i form af præciseringer og suppleringer, hvilket indledningsvis omtales i afsnit 5.1.4 og efterfølgende behandles indgående i afsnit 5.3.2.

En anden væsentlig modifikation relaterer sig til karakteristikken af udbudsmaterialet som en opfordring til at gøre tilbud. Karakteristikken er grundlæggende korrekt, men kan lede til fejlagtige følgeslutninger i relation til spørgsmålet om ordregiverens adgang til annullation af udbudsproceduren. Hvis et udbud alene var en opfordring til at gøre tilbud i traditionel aftaleretlig forstand, ville der ikke kunne udledes et krav om saglige grunde som betingelse for ordregivers annullation af udbudsproceduren. Et sådant krav følger imidlertid af udbudsreglerne og kan i yderste konsekvens indebære, at en ordregiver, der ikke har saglige grunde til at annullere en udbudsprocedure, kan blive forpligtet til at kontrahere. Dette spørgsmål analyseres i afsnit 6.7.

Forhandlingsforbudet er relevant ved afviklingen af langt de fleste EU-udbud, da det er den absolute hovedregel, at udbudsformerne offentligt eller begrænset udbud skal anvendes ved afviklingen af udbudsprocedurer efter EU's udbudsdirektiver.²⁷²

Der gælder dog en generel undtagelse til hovedreglen om obligatorisk anvendelse af enten offentligt udbud eller begrænset udbud i forhold til udbudsprocedurer efter forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det følger af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 20, stk. 1, at ordregiveren frit kan vælge mellem udbudsformerne offentligt udbud, begrænset udbud og udbud efter forhandling.

²⁷¹ Se afsnit 5.1.1 om formålet med forhandlingsforbudet i øvrigt.

²⁷² Se den tidligere omtale af dette forhold i kapitel 2.3.2.2. Udbudsdirektiverne åbner imidlertid mulighed for, at en ordregiver i visse undtagelsestilfælde kan overgå fra offentligt eller begrænset udbud, hvor udfaldet af konkurrencen er mislykket. Se hertil afsnit 5.3.5.2.3.

Forklaringen på denne forskelsbehandling mellem forsyningssektoren og den klassiske sektor, reguleret ved de øvrige direktiver, skyldes bl.a. anskaffelsernes art.²⁷³ Anskaffelser inden for forsyningssektoren vil ofte vedrøre avanceret teknisk udstyr, hvor der er et udpræget behov for at kunne føre en omfattende dialog med tilbudsgiverne, og ordregiveren vil typisk selv have et indgående kendskab til det ønskede produkt. Denne situation forekommer også inden for den klassiske sektor, om end ikke så hyppigt. Hovedforklaringen på den øgede fleksibilitet i forhold til forsyningssektoren skal dog findes på det politiske plan, da den politiske vilje til at formalisere og detailregulere området har været langt mindre end i den klassiske sektor.²⁷⁴

Forhandlingsforbudet har været kritiseret af både praktikere og den juridiske teori for at føre til uhensigtsmæssige begrænsninger og resultater, og Kommissionen har i et vidt omfang taget kritikken til efterretning, da Kommissionen for nylig har tilkendegivet, at den vil fremsætte forslag om indførsel af en ny standardprocedure, der skal imødekomme behovet for en udvidet teknisk dialog i forhold mere komplicerede indkøb, jf. nærmere afsnit 7.2.7.

5.1.2. Forhandlingsforbudets formål

Forhandlingsforbudets hovedformål er utvivlsomt at sikre ligebehandling af de virksomheder, som deltager i udbudsproceduren, og potentielle deltagere i konkurrencen om den offentlige kontrakt, da forhandling i praksis ikke sjældent misbruges som et middel til at fremme usaglige formål typisk ved favorisering af lokale eller nationale virksomheder. Ved valget af en højt formaliseret udbudsprocedure, hvor forhandling som udgangspunkt er afskåret, tilsigtes det i så vidt omfang som muligt at skabe gennemsigtige udbudsprocedurer med øgede kontrolmuligheder for derved at sikre åbningen af markedet for offentlige kontrakter på tværs af landegrænserne i EU.

Spørgsmålet er imidlertid, om der ligger andre hensyn til grund for forhandlingsforbudet, hvilket diskuteres af Lasse Simonsen, der behandler spørgsmålet i en overordnet udbudsretlig sammenhæng.²⁷⁵

En ordregiver har en særdeles stærk forhandlingsposition i forhold til tilbudsgiverne ved et udbud, og en ordregiver vil naturligt søge at udnytte den stærke udgangsposition til egen fordel ved kontraheringen. Et forhandlingsforbud i udbudsretlig sammenhæng kan derfor tillige være begrundet i et ønske om at begrænse ordregiverens muligheder

²⁷³ Jf. Lasse Simonsen s. 623.

²⁷⁴ Jf. Lasse Simonsen op.cit. Se desuden J.M. Fernández Martín s. 15 om den politiske baggrund for den oprindelige udelukkelse af forsyningssektoren fra udbudsdirektivernes regulering.

²⁷⁵ Jf. Lasse Simonsen s. 623 ff.

for at udnytte tilbudsgivernes underlegne forhandlingsposition, idet forhandlingsforbudet afskærer ordregiveren fra at presse tilbudsgiverne gennem forhandlingsudspil, der har til formål at spille tilbudsgiverne ud mod hinanden. Det ses ikke at fremgå af udbudsdirektiverne eller forarbejderne til disse, at hensynet til tilbudsgivernes underlegne forhandlingsposition ligger bag forhandlingsforbudet i udbudsdirektiverne. Tilsvarende ses hensynet ikke at være inddraget i EF-domstolens sparsomme praksis om forhandlingsforbudet.

På denne baggrund er det mest nærliggende at konkludere, at hensynet ikke ligger bag forhandlingsforbudet i EU's udbudsregler, men det kan dog ikke helt udelukkes, at hensynet til tilbudsgivernes underlegne forhandlingsposition skal indfortolkes for at dæmpe op for utilbørligt pres fra ordregiverens side. I bekræftende fald vil hensynet kun undtagelsesvis få betydning for vurderingen af, om en given forhandling er ulovlig f.eks. i forhold til spørgsmålet om lovligheden af forhandlinger med den vindende tilbudsgiver behandlet i afsnit 5.3.3.

Et andet grundhensyn kunne være, at udbudsprocedurer som offentligt udbud og begrænset udbud, hvor forhandling som hovedregel er forbudt, er blevet opfattet som procedurer, der i højere grad sikrer ordregiverne et økonomisk bedre resultat end en udbudsprocedure, hvor forhandling er tilladt.²⁷⁶ Umiddelbart synes dette hensyn dog ikke at ligge til grund for forhandlingsforbudet, når der henses til Kommissionens bemærkninger i Grønbogen om, at udbud efter forhandling synes at give et bedre økonomisk resultat end udbud efter de traditionelle udbudsformer, dvs. offentligt udbud eller begrænset udbud.²⁷⁷

5.1.3. Forhandlingsbegrebet

Forhandlingsbegrebet er hverken defineret i udbudsdirektiverne eller Fælleserklæringen. Det er klart, at ordet forhandling indeholder en henvisning til drøftelser, dvs. mundtlig kommunikation med henblik på at opnå en form for aftale eller fælles beslutning. Det hersker dog ingen tvivl om, at skriftlig kommunikation mellem ordregiveren og de virksomheder, der deltager i udbudsproceduren, ligeledes er omfattet af forhandlingsbegrebet i udbudsdirektiverne. Forhandlingsbegrebet må forstås i en udvidet betydning, hvor det afgørende er, om der er kontakt mellem ordregiveren og aktuelle eller potentielle tilbudsgivere, og at det ikke kan udelukkes, at denne kontakt kan påvirke grundlaget for indgåelse af kontrakt i form af enten udbudsmaterialet eller tilbudene.

²⁷⁶ Se hertil Lasse Simonsen s. 624.

²⁷⁷ Grønbogen om offentlige indkøb, KOM (96) 583, s. 11 afsnit 3.16.

Det er i sammenhængen ligegyldigt, om der foreligger en gensidig udveksling af information om kontrakten, eller om alene en af parterne lægger op til en aftale på ændret grundlag ved en skrivelse til modparten, der tages til efterretning. Til eksempel vil indsættelsen af et forbehold, der strider mod de grundlæggende udbudsbetingelser, og som efterfølgende antages uden yderligere kontakt mellem ordregiveren og tilbudsgiver, blive anset for en overtrædelse af forhandlingsforbudet. Tilsvarende vil en tilbudsgivers fremsendelse af ændring af tilbudet efter tilbudsafgivningen, under dække af at ændringerne er præciseringer, indebære en overtrædelse af forhandlingsforbudet, hvor ordregiveren tager ændringerne i betragtning. Forhandlingsforbudet har som sit primære formål at fungere som et *proceduremæssigt* værn mod *enhver kontakt* mellem ordregiveren og tilbudsgiverne, der potentielt kan føre til ændringer i kontraktgrundlaget til skade for den effektive konkurrence om den offentlige kontrakt.

Retsbeskyttelsen efter forhandlingsforbudet er vidtgående, da det afgørende forhold normalt blot er, at der har været en risiko for, at kontraktgrundlaget kunne være blevet ændret. Der kræves således ikke normalt en påvisning af, at konkurrenceforholdene reelt blev påvirket ved en given kontakt mellem ordregiveren og en eller flere ansøgere. Hvis forhandlingsforbudet havde været begrænset til kun at omfatte de tilfælde, hvor det kunne påvises, at konkurrenceforholdene på grundlæggende vis var blevet påvirket, ville forbudet kun yde en særdeles begrænset beskyttelse.

Dette fremgår tydeligt af praksis fra Klagenævnet for Udbud vedrørende inhabilitetsspørgsmålet, dvs. grænserne for den tekniske dialog *forud* for udbudsbekendtgørelsen, der blev analyseret i kapitel 4. De konkurrerende virksomheder har haft alt andet end succes med at få fastslået, at den tekniske dialog mellem ordregiver og rådgivere, tidligere leverandører m.v. har været i strid med ligebehandlingsprincippet. Klagenævnet har på dette område anlagt en væsentligt lempeligere tilgangsvinkel for grænserne for den tekniske dialog med udgangspunkt i en konkret vurdering af, om konkurrencen er blevet væsentligt påvirket.

Klagenævnet har endvidere tillagt det væsentlig betydning ved inhabilitetsproblematikken, om det kan påvises, at ordregiveren har haft til hensigt at forskelsbehandle. Påvisningen af subjektive elementer af denne art volder imidlertid store vanskeligheder for de konkurrerende virksomheder.

Ofte vil en ordregiver, der har været involveret i regulære drøftelser med en eller flere tilbudsgivere, sammen med den relevante tilbudsgiver benægte forholdet, når forholdet påklages. I praksis for Klagenævnet for Udbud er det sjældent, at ordregiverens forklaringer om disse forhold tilbagevises. Et meget klart eksempel på en tilsidesættelse af ordregiverens og tilbudsgiverens forklaringer foreligger med kendelsen af 19. august 1997, Poul Hansen Entreprenører A/S mod Vejdirektoratet. I denne afgørelse fremhævede Nævnet, at kontakten mellem ordregiveren og tilbudsgiveren ikke var i overensstemmelse med hverken udbudsbetingelserne eller tilbudet, og

at kontrakten efter sit indhold fremtrådte som et forhandlingsresultat, uanset de afgivne forklaringer om, at der ikke havde fundet forhandling sted mellem parterne.

5.1.4. Præcisering og supplering

Det anføres i Fælleserklæringen, at der lovligt kan ske drøftelser med ansøgere og bydende, når det sker med henblik på at *præcisere* eller *supplere* indholdet af budene eller de ordregivende myndigheders krav, forudsat at dette ikke giver anledning til forskelsbehandling. Begreberne præcisering og supplering er dog ikke nærmere defineret i Fælleserklæringen, og der hersker en vis usikkerhed om disse begrebs nærmere afgrænsning.

Generaladvokat Lenz fremkom i sit forslag til afgørelse i C-87/94, Kommissionen mod Belgien, med sin vurdering af den nærmere forståelse af disse begreber.²⁷⁸ Det blev her fremført, at præcisering efter hans opfattelse må forstås "som en meddelelse af detaljer, som mere klart beskriver den pågældende genstand, eller definerer den mere nøjagtigt". Supplering blev af generaladvokat Lenz forstået som "en tilføjelse af oplysninger der ikke tidligere var disponible", og ifølge Lenz havde begreberne som fællestræk, at der ikke er tale om at erstatte oplysninger, der allerede er afgivet, men tværtimod om at konkretisere disse på den ene eller anden måde. EF-domstolen forholdt sig ikke til begrebsdannelsen ved den endelige afgørelse.

Generaladvokat Lenz' stillingtagen synes at være dækkende for så vidt angår begrebet præcisering. At præcisere er at klargøre et forhold ved at beskrive forholdet mere indgående. Når et forhold præciseres, er der derfor ikke tale om at ændre indholdet af tilbudet eller udbudsbetingelserne.

Det forekommer mere usikkert, om begrebet supplere kan udlægges som af generaladvokat Lenz. Ved en supplering sker der en tilføjelse af ny information om et forhold, som fremført af Lenz, men det er ikke umiddelbart indlysende, at der i begrebet skal indfortolkes en forudsætning om, at oplysningerne ikke tidligere var disponible. At supplere må forstås som en tilføjelse af oplysninger, der ændrer kontraktsgrundlaget i begrænset omfang. I sammenhængen synes det nærliggende, at ændringens begrænsede karakter indeholder en forudsætning om, at de tilføjede oplysninger ikke ændrer de grundlæggende elementer i kontraktsgrundlaget.

I den følgende fremstilling sondres der alene mellem præciseringer og ændringer.

²⁷⁸ Forslagets punkt 37 s. 2053.

5.1.5. Fælleserklæringen og forhandlingsforbudet

Forhandlingsforbudet er som indledningsvis fremhævet ikke gjort til genstand for selvstændig behandling i udbudsdirektiverne, og en præcisering af det nærmere indhold af forhandlingsforbudet har derfor været og er stadig påkrævet, da indholdet af forhandlingsforbudet kun i begrænset omfang er blevet klargjort gennem EF-domstolens praksis.

Den første afgørelse, der direkte forholder sig til en fortolkning af forhandlingsforbudet og ligebehandlingsprincippet, fremkom først på et meget sent tidspunkt med EF-domstolens afgørelse i 1993 i sagen C-243/89, Kommissionen mod Danmark, og praksis fra EF-domstolen og Retten i Første Instans, der direkte relaterer sig til forhandlingsforbudet, er stadig overraskende sparsom.²⁷⁹

Det er derfor ikke overraskende, at Fælleserklæringen,²⁸⁰ der indeholder en præcisering af forhandlingsforbudet, og som er afgivet af Rådet og Kommissionen, i praksis er blevet tillagt særdeles stor betydning ved fastlæggelsen af forhandlingsforbudets nærmere indhold.

Den danske regering gjorde i C-243/89, Kommissionen mod Danmark, gældende, at Fælleserklæringen fra 1989²⁸¹ var uden retsvirkninger. Generaladvokat Tesauro tilbageviste den danske regerings anbringender og fremførte særligt,²⁸² at Fælleserklæringen var udtryk for gældende ret, og at erklæringen blot havde karakter af en konstatering af retstilstanden på området. EF-domstolen forholdt sig ikke udtrykkeligt til spørgsmålet, men afgjorde sagen ved at anlægge en fortolkning, der var i overensstemmelse med generaladvokatens forslag til afgørelse, og som forudsætningsvis baserede sig på den retstilstand, som Fælleserklæringen giver udtryk for.

²⁷⁹ Se i øvrigt C-87/93, Kommissionen mod Belgien, Saml. I s. 2043, og T-19/95, Adia Interim mod Kommissionen, Saml. 1996 II s. 321. Som tidligere fremhævet har Klagenævnet for Udbud i modsætning hertil truffet adskillige afgørelser om lovligheden af drøftelser og forhandlinger mellem ordregivere og tilbudsgivere. Klagenævnets kendelser har ofte resulteret i en konstatering af, at ordregiverne har overtrådt grænserne for den lovlige dialog med tilbudsgiverne.

²⁸⁰ EFT. L111/114 af 30. april 1994.

²⁸¹ En erklæring af samme indhold som fælleserklæringen fra 1994 blev afgivet i 1989 som bilag til direktiv 89/440 om ændring af direktiv 71/305 (bygge- og anlægsdirektivet). Denne erklæring blev optrykt i EFT. L210/22 af 18. juli 1989 og det var denne erklæring, hvis retsvirkninger den danske regering anfægtede i C-243/89, Kommissionen mod Danmark.

²⁸² Punkt 19 i generaladvokatens forslag til afgørelse.

IC-87/94, Kommissionen mod Belgien, er Fælleserklæringen udtrykkeligt opregnet som en del af det retsgrundlag, som EF-domstolen baserede sin afgørelse på sammen med udvalgte direktivbestemmelser. Generaladvokat Lenz lagde i samme afgørelse klart til grund, at Fælleserklæringen er et udtryk for gældende ret ved at tage udgangspunkt i erklæringen og dennes begreber, herunder særligt begreberne "præcisering" og "supplering", i sit forslag til afgørelse.²⁸³

Klagenævnet for Udbud har i overensstemmelse hermed lagt Fælleserklæringen til grund som et udtryk for gældende ret. Et af de klareste eksempler herpå er Klagenævnets kendelse af 21. september 1996, Semco A/S mod Brønderslev Kommune, hvor Klagenævnet i præmisserne citerede og fortolkede erklæringen som et led i afgørelsen af klagesagen, der navnligt behandlede spørgsmålet om ulovlig forhandling.

Sammenfattende kan det siges, at *EF-domstolen hidtil har fortolket forhandlingsforbudet i overensstemmelse med Fælleserklæringen, og at erklæringen normalt lægges til grund som et udtryk for den grundlæggende retstilstand på området.*

Der er dog grund til at understrege, at tendensen til at fortolke Fælleserklæringen som en selvstændig bestemmelse i udbudsdirektiverne er betænkelig. Dette følger bl.a. af det forhold, at Fælleserklæringen har karakter af et efterfølgende fortolkningsbidrag til udbudsdirektiverne og af, at Fælleserklæringen er afgivet uden medvirken af Europa-Parlamentet, der skal inddrages i lovgivningsprocessen ved ændring af udbudsdirektiverne. Dette er væsentligt, da Europa-Parlamentet gennemgående anlægger en mindre restriktiv indgangsvinkel til udbudsdirektiverne end Kommissionen og Rådet.²⁸⁴ Forskellen mellem institutionernes tilgangsvinkler illustreres på glimrende vis af forarbejdet til præamblen om grænserne for den tekniske dialog før udbudsprocedurens start, der blev analyseret i kapitel 4.

En anden væsentlig årsag til at lægge en vis distance til Fælleserklæringen som fortolkningsmoment er, at erklæringens ordlyd giver mulighed for en række modstridende fortolkninger, og at *Fælleserklæringens ordlyd kan danne baggrund for slutninger, der synes at afvige fra gældende ret.* Dette skal ses i sammenhæng med, at et grundrids af et kompliceret retsområde har sin naturlige begrænsning, og at Fælleserklæringens få linjer ikke har og vanskeligt har kunnet tage højde for de undtagelser og variationer, der eksisterer til forbudet mod forhandling. Erklæringens ordlyd kan ikke føre til en fyldestgørende fortolkning i samtlige tilfælde, og det er nødvendigt at fortolke Fælleserklæringen med en vis reservation.

²⁸³ Generaladvokatens forslag til afgørelse punkt. 30 s. 2052.

²⁸⁴ Jf. ligeledes Ruth Nielsen s. 23 og 25 om forskelle i retsopfattelsen mellem Kommissionen og Europa-Parlamentet.

Et eksempel på, at Fælleserklæringens ordlyd synes at lede til forkerte slutninger om forhandlingsforbudets udstrækning, behandles i 5.3.2, der omhandler ordregiverens adgang til at søge uklarheder i tilbudene præciseret.²⁸⁵

Det fremgår klart af Fælleserklæringen, at enhver forhandling mellem ordregiveren og tilbudsgiverne, herunder ansøjerne, om *grundlæggende elementer* i kontraktsgrundlaget, dvs. udbudsbetingelserne og tilbudsgiverenes bud, som udgangspunkt er forbudt. I overensstemmelse hermed fremhævede EF-domstolen særligt i C-243/89, Kommissionen mod Danmark, at ordregiveren havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at tage et alternativt bud i betragtning, der ikke opfyldte de grundlæggende krav i udbudsbetingelserne, idet der ikke i udbudsbetingelserne var åbnet mulighed for, at tilbudsgiveren kunne fravige de grundlæggende udbudsbetingelser.

Det fremhæves i Fælleserklæringen, at der navnlig ikke må forhandles om *priser*, men det præciseres i øvrigt ikke nærmere, hvad der skal indlægges i begrebet "grundlæggende elementer i kontrakterne". Se særligt afsnit 5.3.1.1 ff. om spørgsmålet.

5.1.6. Forhandlingsforbudets tidsmæssige udstrækning

Ligebehandlingsprincippet, der er det bærende hensyn bag forhandlingsforbudet, har konsekvenser for ordregiveren og dennes dialog med de virksomheder, som deltager eller ønsker at deltage i udbudsproceduren både *før* udbudsprocedurens egentlige start med udbudsbekendtgørelsen i EF-tidende, *under* udbudsproceduren og *efter* udbudsprocedurens afslutning, når der er indgået kontrakt med den vindende tilbudsgiver.

A) Før udbudsbekendtgørelsen

I kapitel 4 blev de begrænsninger, som følger af ligebehandlingsprincippet i relation til dialog med potentielle tilbudsgivere om kontraktsgrundlaget før udbudsbekendtgørelsen, indgående behandlet, og dette spørgsmål skal derfor ikke gøres til genstand for særskilt analyse i nærværende kapitel. I dansk juridisk litteratur behandles dialogen med potentielle tilbudsgivere i denne fase af udbudsproceduren adskilt fra forhand-

²⁸⁵ I overensstemmelse hermed Sue Arrowsmith, PPLR 1998 s. 65, (s. 69), der stiller spørgsmålstegn ved, om drøftelser, med henblik på præcisering og supplerende af budene eller de ordregivende myndigheders krav, alene kan finde sted i et omfang som angivet i Fælleserklæringen. Forfatteren understreger, at den bindende fortolkning af EU's udbudsdirektiver alene tilkommer EF-domstolen. Opmærksomheden skal dog henledes på, at denne forfatter rejser spørgsmålet om en *udvidet* adgang til præcisering i forhold til Fælleserklæringen, mens det i denne fremstilling lægges til grund, at denne adgang er *indskrænket* i forhold til Fælleserklæringens ordlyd.

lingsproblematikken under betegnelsen "inhabilitet". Det er muligt at anvende en anden systematik, da inhabilitet og forhandling i stedet kunne have været behandlet samlet under overskriften *dialog med aktuelle og potentielle tilbudsgivere*.²⁸⁶

Det skal i øvrigt bemærkes, at forhandlingsforbudet er knyttet til udbudsformerne offentligt og begrænset udbud. Dette står i modsætning til de begrænsninger, der udspringer af ligebehandlingsprincippet vedrørende teknisk dialog før udbudsbekendtgørelsen, da disse begrænsninger også gør sig gældende for udbudsformen udbud efter forhandling.

Den tekniske dialog før udbudsbekendtgørelsen har ofte til formål at tilvejebringe grundlaget for ordregiverens udarbejdelse af udbudsspecifikationer. Teknisk dialog vedrørende udarbejdelsen af udbudsspecifikationerne kan imidlertid også blive relevant *efter* udbudsbekendtgørelsen. Ved begrænset udbud udarbejdes det endelige udbudsmateriale til tider efter udbudsbekendtgørelsen, hvilket rejser spørgsmålet, om potentielle tilbudsgivere lovligt kan indgå i en dialog med ordregiveren om udbudsspecifikationerne. Spørgsmålet behandles i nærværende kapitel i afsnit 5.2.2, hvilket er begrundet med dialogens placering i tid, uanset at dialogen kan være en forlængelse af teknisk dialog påbegyndt forud for udbudsbekendtgørelsen.

B) Efter udbudsbekendtgørelsen indtil tildelingen af kontrakten

Det er tidsrummet efter tilbudsafgivningen indtil tildelingen af kontrakten, der i særlig grad rummer en fare for forskelsbehandling, som åbenbart strider mod ligebehandlingsprincippet. Dette skyldes, at ulovlig forhandling på dette tidspunkt ofte vil indebære, at kontrakten ikke tildeles den tilbudsgiver, der havde indleveret det billigste eller økonomisk mest fordelagtige bud. Hertil kommer, at ulovlige forhandlinger i denne fase ofte har til formål at sikre tildeling af kontrakten til en tilbudsgiver, der favoriseres af ordregiveren.

Det er derfor ikke overraskende, at langt de fleste klagesager forelagt for Klagenævnet for Udbud om lovligheden af forhandling vedrører denne fase i udbudsproceduren. Den samme tendens gør sig gældende i EF-domstolens praksis, da EF-domstolens afgørelser, der direkte vedrører forhandlingsforbudet, relaterer sig til ovennævnte tidsrum.

²⁸⁶ Se til eksempel Sue Arrowsmiths artikel i PPLR 1998 s. 65 ff. om dialog med tilbudsgivere.

C) Efter tildelingen af kontrakten

Ved tildelingen af kontrakten har ordregiveren givet en tilbudsgiver tilsagn om, at dennes bud er accepteret, og der er derfor indgået en bindende aftale mellem parterne om, at den offentlige kontrakt skal løses på tilbudsgiverens foranledning. Ifølge den simplificerede aftalemodel, der ligger til grund for udbudsdirektiverne, er indholdet af parternes aftale fastlagt ved udbudsmaterialet (opfordringen til at gøre tilbud) og tilbudet (accepten), der forudsættes at være uden grundlæggende afvigelser. Som følge heraf skulle udarbejdelsen af en eventuel skriftlig kontrakt i princippet være unødvendig, eller i hvert fald blot være en formssag, der udelukkende skulle bestå i en enkel og hurtig redigering af udbudsmaterialet og tilbudet. Virkelighedens verden er en anden. Hovedreglen er, at der udfærdiges en skriftlig kontrakt efter tildelingen af kontrakten, samt at ordregiver og tilbudsgiver forhandler om kontraktens endelige udformning, og det forekommer, at kontrakten først foreligger adskillige måneder efter tildelingen.²⁸⁷

EU's udbudsdirektiver opstiller som absolut hovedregel ikke udtrykkelige procedureregler, der skal følges *efter tildelingen* af kontrakten,²⁸⁸ men ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbudet må som hovedregel antages at indebære, at udfærdigelsen af kontrakten ikke kan føre til, at de grundlæggende elementer i kontraktsgrundlaget ændres i tiden mellem tildeling og indgåelse af kontrakt. En modsat rettet fortolkning ville afsvække forhandlingsforbudet ved at åbne for ekstraordinært gode muligheder for omgåelse af ligebehandlingsprincippet, f.eks. ved at en favoriseret tilbudsgiver udarbejdede et for ordregiveren usædvanligt favorabelt tilbud, der da efterfølgende blev ændret til fordel for tilbudsgiveren i henhold til underhåndsaftale mellem parterne.

Efter indgåelse af kontrakten kan forhandlinger med henblik på ændring af kontraktsgrundlaget blive nødvendige. Sådanne forhandlinger kan være et udslag af omgåelse af ligebehandlingsprincippet, og der synes at være skabt en formodning for omgåelse, hvor der forhandles om grundlæggende ændringer af kontrakten umiddelbart efter kontraheringen.

²⁸⁷ Se til eksempel kendelsen af 8. januar 1997, Det Danske Handelskammer mod Rigshospitalet, hvor tilbudsfristen udløb 23. marts 1994, og hvor der alene blev indleveret ét tilbud. Til trods herfor strakte forhandlingerne med tilbudsgiver sig i adskillige måneder, og kontrakten blev først underskrevet 24. november 1994.

²⁸⁸ Undtagelsen til denne hovedregel er bestemmelserne om tillægsarbejder. Se bygge- og anlægsdirektivets artikel 7, stk. 3, litra d, vareindkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, litra e, tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 3, litra e og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 20, stk. 2, litra f. Bestemmelserne omtales nærmere umiddelbart nedenfor.

Der kan dog ofte opstå et reelt behov for ændringer som følge af uforudsete forhold. Udbudsdirektiverne har i et vist omfang udtrykkeligt taget højde for denne situation ved at tillade udbud efter forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse med den virksomhed, der vandt udbudsproceduren jf. bygge- og anlægsdirektivets artikel 7, stk. 3, litra d, vareindkøbsdirektivets artikel 6, stk. 3, litra e, tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 3, litra e og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 20, stk. 2, litra f.

Der er knyttet flere betingelser til disse undtagelsesbestemmelser i udbudsdirektiverne herunder særligt, at ydelsen er nødvendig på grund af uforudsete forhold, og at de samlede kontrakter, der indgås om supplerende ydelser, ikke overstiger 50% af værdien af den oprindelige kontrakt.

Hvor bestemmelserne, der skal fortolkes indskrænkende, ikke kan finde anvendelse, og hvor der er opstået et reelt behov for ændringer som følge af uforudsete forhold, opstår spørgsmålet om, i hvilket omfang kontraktens vilkår efterfølgende lovligt kan ændres i forhold til udbudsreglerne, uden at ændringen medfører fornyet udbudspligt.

Det antages almindeligvis, at ændringer i forhold til den oprindelige kontrakt, der grundlæggende ændrer kontraktgrundlaget for den oprindelige udbudsprocedure og dermed ændrer den ydelse, der oprindeligt var genstand for konkurrence mellem tilbudsgiverne, vil kræve iværksættelse af en ny udbudsprocedure.²⁸⁹

Et afgørende synspunkt er gjort gældende af Erik Hørlyck, der anfører,²⁹⁰ at udbudsreglerne ikke indeholder noget forbud mod anvendelse af den sædvanlige adgang til efterfølgende at aftale ændrede vilkår med entreprenøren, leverandøren eller tjenesteyderen, medmindre ændringen er et udslag af omgåelse, eller ændringen er en udvidelse af kontraktens omfang, der isoleret betragtet overskrider den relevante tærskelværdi.

²⁸⁹ Jf. princippet om ligebehandling af tilbudsgivere, herunder reglerne om teknisk dialog, Erhvervsministeriet (Konkurrencesekretariatet), december 1996 s. 11; Konkurrencestyrelsens vejledning, "EU's udbudsdirektiver" s. 34; Sue Arrowsmith s. 618 og s.123, Vito Auricchio, PPLR 1998 s. 113, der på s. 127 anfører, "It is submitted that there derives from this principle [ligebehandlingsprincippet] that any negotiation relating to an offer which is inconsistent with the contract terms, and which results in a modification of these and which has an effect on the offer price, is contrary to European public procurement law, *whether this precedes or is subsequent to the award of the contract* [min kursivering]".

²⁹⁰ Jf. Erik Hørlyck s. 54.

Lasse Simonsen gør ligeledes gældende,²⁹¹ at forhandlingsforbudet ophører, når konkurrencen er afsluttet ved indgåelse af kontrakt. Det fremhæves i samme forbindelse, at det efter dette tidspunkt står parterne frit for at omlægge aftaleforholdet, men at styrkeforholdet nu er dramatisk ændret i forhold til realdebitor, dvs. i forhold til det offentlige medkontrahent.

Hverken Hørlyck eller Simonsen fremkommer med en nærmere begrundelse for deres synspunkt, der, som det fremgår, bl.a. afviger fra Konkurrencestyrelsens fortolkning. Hørlyck begrænser sig til at anføre, at det forekommer klart, at udbudsreglerne ikke indeholder noget forbud mod anvendelse af den sædvanlige adgang til efterfølgende at aftale ændrede vilkår. Der henvises med vendingen "den sædvanlige adgang til efterfølgende at aftale ændrede vilkår" sandsynligvis til retstilstanden efter licitationsloven, der gennemgående inddrages som sammenligningsgrundlag i Hørlycks fremstilling. Der er grund til at fremhæve, at der bør udvises den største forsigtighed med at drage analogislutninger fra retstilstanden efter den danske licitationslov vedrørende forhandling til retstilstanden efter forhandlingsforbudet i EU's udbudsregler, da retstilstanden afviger grundlæggende på flere punkter, hvilket bl.a. fremgår med al tydelighed af C-243/89, Kommissionen mod Danmark.²⁹²

Der ses ikke at være belæg for den afvigende og ubegrundede fortolkning hos Hørlyck og Simonsen, der ville indebære en svækkelse af retsbeskyttelsen efter ligebehandlingsprincippet. *Udbudsdirektiverne må i stedet, som anført tidligere i dette afsnit, antages at indeholde en stiltiende forudsætning om, at grundlæggende ændringer af en udbudt kontrakt som udgangspunkt skal føre til fornyet udbud.*

En sådan antagelse finder støtte i bl.a. udbudsdirektivernes bestemmelser om overgang fra offentligt og begrænset udbud til udbud efter forhandling,²⁹³ der indeholder en betingelse om, at udbudsbetingelserne ikke må ændres væsentligt.

Et forhold, der ligeledes taler imod Hørlyck og Simonsens antagelse, er, at udbudsdirektivernes snævre undtagelsesbestemmelser om tillægsarbejder ville savne

²⁹¹ Jf. Lasse Simonsen s. 633, men det skal fremhæves, at det er muligt, at Simonsens betragtninger alene vedrører forhandlingsforbudet efter *norsk* udbudsret og ikke udstrækker sig til at omfatte forhandlingsforbudet i EU's udbudsregler. Simonsen gør ikke temaet til genstand for en mere udførlig analyse, hvilket formentlig skal ses i sammenhæng med, at det har været fast antaget i norsk udbudsret, at forhandlingsforbudet ikke udstrækker sig til efter kontraheringen, medmindre der foreligger omgåelse.

²⁹² Disse forskelle vedrører bl.a. tilbudsgivers muligheder for at fravige udbudsbetingelserne, jf. afsnit 5.3.1.1 og spørgsmålet om ordregivers adgang til forhandling med lavestbydende, jf. nærmere i afsnit 5.3.3.

²⁹³ Se nærmere om disse bestemmelser i afsnit 5.3.5.2.3.

mening, såfremt det kunne lægges til grund, at der bestod en almindelig adgang til ændring af kontraktsgrundlaget efter kontraheringen som hævdet af forfatterne.

Endelig støtter formuleringen af ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsdirektiver heller ikke forfatterens antagelse, da bestemmelserne henviser til "tjenesteydere", "leverandører" og "entreprenører". Hvis beskyttelsen efter ligebehandlingsprincippet ikke udstrakte sig til efter indgåelsen af kontrakt, havde det været nærliggende, at der havde været henvist til ligebehandling af tilbudsgivere ved formuleringen af ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektiverne.²⁹⁴

5.2. Dialog med potentielle tilbudsgivere efter udbudsbekendtgørelsen indtil tilbudsfristens udløb

Dialogen med de potentielle tilbudsgivere vil hyppigt relatere sig til de udbudsbetingelser, der fremgår af udbudsbekendtgørelsen samt det supplerende udbudsmateriale, der er blevet fremsendt til interesserede virksomheder kort tid efter udbudsbekendtgørelsen, og denne situation vil som den almindeligste blive behandlet indledningsvis i afsnit 5.2.1.

Ved anvendelse af udbudsformen begrænset udbud forekommer det imidlertid, at det supplerende udbudsmateriale først udarbejdes og udsendes på et senere tidspunkt til de potentielle tilbudsgivere. Dette giver anledning til et særligt spørgsmål om lovligheden af drøftelser mellem ordregiveren og potentielle tilbudsgivere om udformningen af det supplerende udbudsmateriale, og dette spørgsmål behandles i afsnit 5.2.2.

5.2.1. Dialog med potentielle tilbudsgivere vedrørende de fastlagte udbudsbetingelser

5.2.1.1. Adgang til dialog med potentielle tilbudsgivere

Der er i denne fase behov for en teknisk dialog mellem ordregiveren og de potentielle tilbudsgivere om udbudsbetingelserne. En saglig dialog på dette tidspunkt af udbudsproceduren knytter sig til de overordnede rammer for konkurrencen om den offentlige kontrakt og dermed til ordregiverens beskrivelse af den ønskede kontrakt i udbudsbetingelserne i udbudsbekendtgørelsen og det supplerende udbudsmateriale. Det er derimod oplagt, at forhandlingsforbudet forbyder en dialog mellem ordregiver og tilbudsgiver vedrørende det konkrete indhold af det fremtidige tilbud, f.eks. ved at

²⁹⁴ Argumentet fremføres i Konkurrencestyrelsens vejledning, "EU's udbudsdirektiver" s. 34.

parterne diskuterer prisleje, rabatordninger og andre grundelementer i det fremtidige tilbud.

I Fælleserklæringen bliver det fremhævet, at der kan finde drøftelser sted mellem ordregiveren og potentielle tilbudsgivere med henblik på at få præciseret eller suppleret indholdet af de ordregivende myndigheders krav, forudsat at dette ikke giver anledning til forskelsbehandling.

Udbudsdirektiverne har som forudsætning, at der lovligt kan finde en dialog sted mellem ordregiveren og tilbudsgiverne om ordregiverens udbudsbetingelser, og samtlige udbudsdirektiver indeholder bestemmelser,²⁹⁵ der forudsætter, at tilbudsgiverne kan anmode om supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne. Disse bestemmelser pålægger ordregiveren en pligt til at besvare disse forespørgsler senest 6 dage inden fristen for indlevering af bud. Det fremgår endvidere, at når de supplerende oplysninger ikke kan fremlægges inden for denne frist, skal fristen for modtagelse af bud forlænges i passende omfang.

Ordregiveren kan imidlertid begrænse tilbudsgivernes adgang til at anmode om supplerende oplysninger til udbudsmaterialet ved fastsættelse af en tidsfrist for tilbudsgiverens fremsættelse af denne anmodning.²⁹⁶ Det kan være hensigtsmæssigt for ordregiveren at fastsætte en sådan frist for at få afviklet besvarelsen af tvivlsspørgsmålene tidligt i udbudsproceduren, da ordregiveren dermed kan undgå en forsinkelse af udbudsproceduren afledt af pligten til besvarelse af forespørgsler.

Udbudsdirektiverne indeholder ikke et udtrykkeligt formkrav til tilbudsgivernes anmodning om supplerende oplysninger, og det må antages, at tilbudsgiveren derfor kan vælge at rette mundtlig forespørgsel til ordregiveren om udbudsmaterialet, medmindre ordregiveren i udbudsbetingelserne har krævet, at forespørgsler skal fremsættes skriftligt. Det kan være hensigtsmæssigt at opstille et krav om skiftlighed for at undgå senere tvivl om indholdet af det stillede spørgsmål.

Det vil ofte forekomme, at de potentielle tilbudsgivere har behov for supplerende oplysninger vedrørende ordregiverens udbudsmateriale, der kan være både uklart og behæftet med fejl i sin beskrivelse af den ønskede ydelse og kravene til tilbudenes indhold og udformning i øvrigt. Det er derfor sædvanligt, at udbudsbetingelserne giver anledning til spørgsmål fra de potentielle tilbudsgivere.

Dette giver anledning til at rejse spørgsmålet om, i hvilket omfang de øvrige tilbudsgivere skal informeres om supplerende spørgsmål til udbudsmaterialet. Det er

²⁹⁵ Se tjenesteydelsesdirektivets artikel 18, stk. 4 og artikel 19, stk. 6, vareindkøbsdirektivets artikel 10, stk. 3 og artikel 11, stk. 5, bygge- og anlægsgdirektivets artikel 12, stk. 4 og artikel 13, stk. 6 samt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 28, stk. 2.

²⁹⁶ Dette fremgår forudsætningsvis af formuleringen "Forudsat at anmodning derom er fremsat i tide". Se til eksempel tjenesteydelsesdirektivets artikel 18, stk. 4.

desuden relevant i samme forbindelse at tage stilling til, om ordregiverens besvarelse skal ske skriftligt.

Det må antages, at ordregiveren har pligt til at informere samtlige potentielle tilbudsgivere om spørgsmål og svar på tilbudsgivernes forespørgsler for at sikre, at tilbudsgiverne har modtaget den samme information som grundlag for afgivelsen af deres bud.²⁹⁷ Hvis besvarelsen af spørgsmålet er åbenbar eller er helt uden betydning for konkurrencen, må det dog antages, at ordregiveren ikke har underretningspligt. Underretningspligten følger af ligebehandlingsprincippet,²⁹⁸ da det er en forudsætning for lige konkurrence, at kredsen af potentielle tilbudsgivere har modtaget de samme grundlæggende informationer om grundlaget for konkurrencen om den offentlige kontrakt.

Klagenævnet for Udbud har i overensstemmelse hermed lagt til grund, at ordregiveren har pligt til at sende besvarelsen af de supplerende spørgsmål til både spørgeren og de øvrige potentielle tilbudsgivere i kendelsen af 25. oktober 1995, Siemens A/S mod Esbjerg Kommune. Et af klagepunkterne vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt ordregiveren havde pligt til at besvare tilbudsgivernes spørgsmål skriftligt. Ordregiveren i den pågældende sag havde nægtet at besvare klagerens anmodning om supplerende oplysninger skriftligt, men valgte i stedet at besvare spørgsmålet mundtligt på et spørgemøde. Ordregiveren nægtede desuden at udarbejde et referat til tilbudsgiverne vedrørende besvarelsen på spørgemødet. Klagenævnet indfortolkede et krav om skriftlig underretning i udbudsdirektiverne, hvilket blev støttet på, at bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivet vedrørende supplerende spørgsmål til udbudsmaterialet refererer til, at ordregiveren skal "sende" yderligere oplysninger om udbudsmaterialet, og at ordregiveren har pligt til at underrette samtlige tilbudsgivere.

Det må i overensstemmelse med Klagenævnets kendelse antages, at ordregiveren har pligt til skriftlig underretning af tilbudsgiverne ved fremsendelse af yderligere oplysninger. Denne fortolkning skal endvidere ses i sammenhæng med, at det øvrige udbudsmateriale, der ligger til grund for konkurrencen om kontrakten, foreligger i skriftlig form. Skrivelser med supplerende oplysninger vil senere kunne have væsentlig betydning for forståelsen af udbudsbetingelserne, f.eks. i en sag for Klagenævnet for

²⁹⁷ Jf. ligeledes Konkurrencestyrelsens vejledning, "EU's udbudsdirektiver", s. 109 samt Klagenævnet for Udbud i kendelsen af 25. oktober 1995, Siemens A/S mod Esbjerg Kommune, der omtales straks nedenfor.

²⁹⁸ Bestemmelserne i udbudsdirektiverne om fremsendelse af udbudsmaterialet og herunder de supplerende oplysninger støtter denne fortolkning, selv om resultatet ikke fremgår udtrykkeligt af udbudsdirektiverne. Dette ses til eksempel ved at sammenholde tjenesteydelsesdirektivets artikel 18, stk. 3 med stk. 4, idet det er naturligt at indfortolke henvisningen i stk. 3 til "tjenesteyderne" til stk. 4, hvor der ikke angives nogen adressat for fremsendelsen af de supplerende oplysninger.

Udbud eller i kontraktforholdet mellem ordregiveren og den tilbudsgiver, som senere blev tildelt kontrakten

I dansk udbudspraksis er det almindeligt forekommende,²⁹⁹ at ordregiverne inviterer potentielle tilbudsgivere til et såkaldt *spørgemøde*, hvor der nærmere redegøres for udbudsbetingelserne og den ønskede kontrakt. De interesserede virksomheder har på mødet mulighed for at fremsætte deres spørgsmål til ordregiveren og/eller har forinden haft mulighed for at fremsætte deres spørgsmål skriftligt med henblik på besvarelse på spørgemødet. For at spørgemødet ikke skaber ulighed mellem de potentielle tilbudsgivere, er det væsentligt, at samtlige tilbudsgivere underrettes om spørgemødet i god tid, således at samtlige har haft mulighed for at deltage i mødet. Det må antages, at ordregiveren har pligt til at fremsende en skrivelse, der nærmere redegør for besvarelsen af tilbudsgivernes spørgsmål, efter spørgemødet.³⁰⁰ Dette følger af det allerede anførte vedrørende spørgsmål fra tilbudsgiverne, der fremkommer uafhængigt af et spørgemøde.

Afholdelsen af et spørgemøde kan, som det tidligere blev understreget i kapitel 4, have væsentlig betydning for spørgsmålet om lovligheden af teknisk dialog med de potentielle tilbudsgivere forud for udbudsbekendtgørelsen.

5.2.1.2. Ændringer i udbudsbetingelserne i forlængelse af dialogen med tilbudsgiverne

Som det fremgår af ovenstående gennemgang, er det klart, at der er adgang til en forholdsvis omfattende dialog om udbudsbetingelserne mellem ordregiver og de virksomheder, der som potentielle tilbudsgivere deltager i udbudsproceduren, uden at dette strider mod ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbudet. Det er derimod mindre klart, hvilke ændringer ordregiveren kan foretage i udbudsbetingelserne før tilbudsgivningen som opfølgning på den tekniske dialog med de potentielle tilbudsgivere. Spørgsmålet behandles nærmere i det følgende.

Drøftelserne med de potentielle tilbudsgiverne vil ofte blot være en præcisering af ordregiverens udbudsbetingelser, men drøftelserne kan give anledning til, at ordregiveren ønsker at ændre udbudsbetingelserne før tilbudsafgivningen, f.eks. fordi tilbudsgivernes spørgsmål har klargjort for ordregiveren, at en ændring er nødvendig, fordi der er væsentlige uklarheder og fejl i udbudsmaterialet, eller fordi en ændring er hensigtsmæssig af kommercielle grunde.

²⁹⁹ I Konkurrencestyrelsens vejledning, "EU's udbudsdirektiver" s. 36, anføres tilsvarende, at det er normalt, at der arrangeres en spørgerunde for alle interesserede tilbudsgivere inden tilbudsfristens udløb.

³⁰⁰ Jf. ligeledes Konkurrencestyrelsens vejledning, "EU's udbudsdirektiver" s. 109.

Ordregiveren vil i denne situation normalt have en saglig begrundelse for at annullere udbudsproceduren med henblik på at iværksætte en ny udbudsprocedure efter ændring af udbudsspecifikationerne, jf. herved nærmere i kapitel 6 om ordregiverens annulation af udbudsproceduren. Dette er den mest konsekvente løsning, og annulationen vil normalt ikke give anledning til erstatningssøgsmål fra de potentielle tilbudsgivere, der har deltaget i udbudsproceduren, da disse normalt ikke vil have udarbejdet deres tilbud på dette tidlige tidspunkt i udbudsproceduren.

Ordregiveren vil dog ofte fristes af en alternativ fremgangsmåde, hvor udbudsproceduren i stedet fortsættes efter ændringen af udbudsbetingelserne, og hvor ordregiveren søger at iagttage ligebehandlingsprincippet ved udsendelse af en berigtigelse til samtlige, der har anmodet om fremsendelse af det fuldstændige udbudsmateriale. Der kunne argumenteres for, at en sådan orientering var tilstrækkelig til iagttagelse af ligebehandlingsprincippet og til at sikre effektiv konkurrence om kontrakten. Ordregiveren vil ofte se sin interesse i fremgangsmåden, da alternativet, der består i annulation med efterfølgende omgørelse af udbudsproceduren, indebærer forsinkelse af den ønskede indgåelse af kontrakten og forøgede administrative omkostninger. De potentielle tilbudsgivere, der deltager i udbudsproceduren, har tilsvarende en klar interesse i, at udbudsproceduren fortsættes, og at projektet ikke forsinkes.

Spørgsmålet er imidlertid, om ordregiveren lovligt kan ændre udbudsbetingelserne før tilbudsafgivningen uden derved at tilsidesætte pligten til at sikre ligebehandling af de potentielle tilbudsgivere i bred forstand, idet ændringen kan indebære en overtrædelse af den grundlæggende pligt efter EU's udbudsregler til at offentliggøre kontrakten. Pligten til offentliggørelse har som primært sigte at sikre ligebehandling af de potentielle tilbudsgivere ved at informere markedsaktørerne om den offentlige kontrakt i et omfang, der sætter virksomhederne i stand til at vurdere, om de vil deltage i udbudsproceduren, jf. herved nærmere afsnit 2.3.2.1.

A) Ændringer inden for rammerne af udbudsbetingelserne i udbudsbekendtgørelsen

Ofte vil ordregiveren kunne foretage ændringer i det supplerende udbudsmateriale før tilbudsafgivningen inden for rammerne af udbudsbekendtgørelsens beskrivelse af udbudsbetingelserne. Dette skyldes, at udbudsbekendtgørelsen er en yderst summarisk beskrivelse af ordregiverens ydelse, der ifølge udbudsdirektiverne ikke må fylde mere end en enkelt side i EF-tidende, og at den udførlige beskrivelse af udbudsbetingelserne findes i det supplerende udbudsmateriale, der ofte er både yderst detaljeret og omfattende.

Det må antages, at der er flere betingelser for, at en ændring er lovlig i denne situation. Ændringen er ulovlig, hvis der er risiko for, at virksomheder, der rekvirerede det supplerende udbudsmateriale, men afstod fra videre deltagelse, ville have deltaget, hvis de havde kendt de ændrede udbudsbetingelser. Det er desuden en betingelse, at

ordregiveren har en saglig begrundelse for ændringen af udbudsbetingelserne, og at ordregiveren sikrer ligebehandling af de deltagende virksomheder. Hvor disse betingelser er opfyldt, må det antages, at ordregiveren lovligt kan ændre udbudsbetingelserne, hvor ændringen ikke indebærer, at der er modstrid mellem udbudsbetingelserne i udbudsbekendtgørelsen og det supplerende udbudsmateriale.³⁰¹

B) Ændringer der strider mod udbudsbetingelserne i udbudsbekendtgørelsen

Den ændring af udbudsbetingelserne før tilbudsafgivningen, der er særlig problematisk i forhold til de potentielle tilbudsgivere i bred forstand, består i, at udbudsbetingelserne i *udbudsbekendtgørelsen afviger fra udbudsbetingelserne i det supplerende udbudsmateriale*, som er fremsendt til de virksomheder, der har henvendt sig til ordregiveren under udbudsproceduren. Hvor der foreligger en afvigelse, er konsekvensen, at der ikke vil være overensstemmelse mellem den i EF-tidende offentliggjorte kontrakt og den kontrakt, som ordregiveren senere tildeler en af tilbudsgiverne. Dette indebærer som udgangspunkt en risiko for, at konkurrencen om den offentlige kontrakt er blevet påvirket, da en eller flere potentielle tilbudsgivere kan have afholdt sig fra at deltage i udbudsproceduren baseret på en vurdering af kontrakten ud fra beskrivelsen i EF-tidende, men kunne have besluttet at deltage i udbudsproceduren, hvis kontrakten havde været beskrevet som i den senere version af udbudsbetingelserne. Beskyttelsen efter EU's udbudsregler er vidtgående, idet hensynet til hypotetiske konkurrenter, der ikke deltog i proceduren, medfører en begrænsning i ordregiverens adgang til at ændre udbudsbetingelserne før tilbudsafgivningen.

Det må antages, at kravet om offentliggørelse af kontrakten vil blive fortolket *restriktivt*,³⁰² med den konsekvens, at ordregiveren som udgangspunkt er afskåret fra at ændre udbudsbetingelserne før tilbudsafgivningen, hvis dette indebærer afvigelser fra de udbudsbetingelser, der var angivet i udbudsbekendtgørelsen. *Det må antages, at det vil være afgørende for, om ændringen af udbudsbetingelserne er lovlig, at det kan udelukkes, at ændringen kan have afholdt virksomheder fra deltagelse i udbudsproceduren.*³⁰³

³⁰¹ Anderledes Lasse Simonsen s. 577, der tager udgangspunkt i, at kravet om offentliggørelse vil udelukke en ændring af udbudsmaterialet, idet Simonsen dog understreger, at det er uklart, om regelsættet skal forstås så strengt.

³⁰² Jf. Konkurrencestyrelsens vejledning, "EU's udbudsdirektiver", s. 107, hvor det anføres, at der ikke må være modstrid mellem udbudsbetingelserne i udbudsbekendtgørelsen og det supplerende udbudsmateriale.

³⁰³ Sammenhold med Konkurrencestyrelsen op.cit., der tilsyneladende opstiller et absolut (fortsættes...)

Det er uklart og omdiskuteret, hvorvidt en ordregiver kan ændre udbudsbetingelserne *efter* tilbudsgivningen, hvor ordregiveren søger at sikre ligebehandling af samtlige deltagere i udbudsproceduren, jf. herved analysen i afsnit 5.3.5, og EF-domstolen har bevidst undladt at forholde sig til spørgsmålet. Hvis der består en sådan ændringsadgang efter tilbudsafgivningen, må der bestå en tilsvarende adgang i forhold til ændringer før tilbudsafgivningen, da forhandlingsforbudet skal fortolkes mere restriktivt efter tilbudsafgivningen end før tilbudsafgivningen.

Klagenævnet for Udbud har fået forelagt enkelte sager om lovligheden af, at ordregiveren har foretaget ændringer i udbudsbetingelserne *før* tilbudsafgivningen.³⁰⁴ Det forekommer derimod hyppigt, at en tilbudsgiver med rette gør gældende, at ordregiveren har fraveget egne udbudsbetingelser *efter* tilbudsafgivningen ved at antage et såkaldt ukonditionsmæssigt tilbud, der ikke opfylder udbudsbetingelserne. I denne situation opfylder det antagne bud ikke udbudsbetingelserne i modsætning til nærværende situation, hvor det antagne bud normalt vil opfylde de bekendtgjorte udbudsbetingelser, idet tilbudsgiveren har tilpasset sin budgivning til de ændrede udbudsbetingelser.

En væsentlig årsag til, at spørgsmålet sjældent rejses ved ændringer før tilbudsgivningen, er, at de potentielle tilbudsgivere gennemgående ikke har interesse i at påberåbe sig overtrædelsen. Virksomheder, der ikke har deltaget i udbudsproceduren, vil normalt ikke indbringe sagen, da de typisk ikke vil have kendskab til afvigelsen mellem udbudsbekendtgørelsen og det supplerende udbudsmateriale, fordi de aldrig har fået det supplerende udbudsmateriale tilsendt. Tilsvarende vil de virksomheder, der har reageret på udbudsbekendtgørelsen undlade, at rejse spørgsmålet, da de i stedet vil foretrække at tilpasse deres tilbudsgivning til de ændrede udbudsbetingelser, som de sædvanligvis vil blive gjort bekendt med i god tid før tilbudsgivningen.

³⁰³ (...fortsat)

krav om overensstemmelse mellem udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet, men vejledningen tager dog ikke spørgsmålet op til en mere indgående behandling.

³⁰⁴ Spørgsmålet om lovligheden af ændringer af den udbudte ydelse har været rejst vedrørende et *udbud efter forhandling* i kendelse af 18. november 1996, European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S, men resultatet kan ikke overføres til nærværende sammenhæng på grund af de helt grundlæggende forskelle i adgangen til ændringer i kontraktgrundlaget ved udbud efter forhandling.

Ordregiveren havde indledt forhandlinger med 6 konsortier, hvor 4 af disse blev udskilt efter to tilbudsrunder, hvorefter proceduren fortsatte med de 2 resterende konsortier, men efter at ordregiveren havde foretaget ændringer i projektet. Klager gjorde gældende, at disse ændringer var så væsentlige, at der var tale om et helt nyt projekt, og at de udskilte tilbudsgivere var blevet forskelsbehandlet i forhold til resterende tilbudsgivere. Klagenævnet tog ikke påstanden til følge. Kendelsen blev efterfølgende indbragt for domstolene.

Klagenævnet tog i kendelse af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium, stilling til, om udbudsmaterialets uoverensstemmelse med udbudsbekendtgørelsen i relation til beskrivelsen af selve opgaven var en overtrædelse af udbudsreglerne. Ordregiveren havde i udbudsbekendtgørelsen beskrevet tjenesteydelsen som "Rådgivende arkitekt- og ingeniørydelse i forbindelse med ny/tilbygning af 1400 m² med tilhørende kælder", hvorimod udbudsbetingelserne i det senere udsendte konkurrenceprogram beskrev tjenesteydelsen som relaterende sig til ny/tilbygning af 1400 m² med tilhørende kælder og desuden tillod ordregiveren at udvide kontrakten ensidigt med en såkaldt 2. etape på yderligere ca. 380 m² brutto svarende til ca. 264 m² netto. Ordregiveren havde dermed ændret på realydelsen efter kontrakten i et ikke helt uvæsentligt omfang. Det fremgår ikke af sagen, hvad der var den nærmere baggrund for ordregiverens beslutning om at indsætte optionen om den såkaldte 2. etape. Klageren gjorde ikke gældende, at ændringen havde baggrund i forhandling, og Klagenævnet rejste ikke spørgsmålet af egen drift, idet ændringen af kravet til den ønskede ydelse tilsyneladende var sket på ordregiverens eget initiativ.

Klagenævnet for Udbud konstaterede, at ordregiveren havde tilsidesat kravene til en tilstrækkelig og fuldstændig beskrivelse af tjenesteydelsen i udbudsbekendtgørelsen, og at ordregiveren herved havde tilsidesat EU's udbudsregler.

Den konkrete afgørelse er udtryk for en restriktiv linje over for afvigelser mellem udbudsbetingelserne i udbudsbekendtgørelsen og det supplerende udbudsmateriale, og dermed et udtryk for, at Nævnet valgte at tilgodese hensynet til de hypotetiske tilbudsgivere højere end hensynet til ordregiverens interesse i ændring af udbudsbetingelserne. Den restriktive fortolkning var dog af begrænset betydning i den konkrete sag, idet klageren alene havde nedlagt påstand om konstatering af forskellige overtrædelser af udbudsreglerne. Kendelsen resulterede derfor ikke i, at ordregiveren skulle omgøre udbudsproceduren, uanset at ordregiveren havde overtrådt udbudsreglerne på en lang række punkter og herunder forhandlingsforbudet i en anden sammenhæng. Henset til sagens konkrete omstændigheder og den almindelige tendens i Klagenævnets praksis til at betone den konkrete væsentlighedsvurdering synes det for vidtgående at antage, at Klagenævnet gennemgående vil anlægge en restriktiv fortolkning, hvor en ordregiver har ændret udbudsbetingelserne før tilbudsafgivningen.

Som tidligere anført må det antages, at gældende ret er, at kravet om offentliggørelse af kontrakten vil blive fortolket restriktivt, hvilket som udgangspunkt vil udelukke ordregiveren fra at foretage ændringer af udbudsbetingelserne, der fører til afvigelser mellem udbudsbekendtgørelsen og det supplerende udbudsmateriale.

Det er tvivlsomt, om retstilstanden er udtryk for en afbalanceret stillingtagen til de involverede interesser. Hensynet til hypotetiske tilbudsgivere får ved den restriktive fortolkning uforholdsmæssig stor vægt til trods for, at modhensynet til ordregiveren og de virksomheder, der har deltaget i udbudsproceduren, synes at kunne begrunde en mere fleksibel tilgangsvinkel til spørgsmålet. Denne fleksibilitet kunne indlægges i

regelsættet ved at tillade en vis margen for afvigelser mellem udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet, navnlig hvor ordregiveren under udbudsproceduren har behandlet de deltagende tilbudsgivere lige, og hvor ordregiveren har haft en særlig interesse i hurtig kontrahering. En sådan fleksibilitet bør desuden have som forudsætning, at ordregiverens saglige behov for ændring af udbudsbetingelserne er hævet over tvivl.

5.2.2. Dialog med potentielle tilbudsgivere før udarbejdelsen af det supplerende udbudsmateriale

Udbudsreglerne muliggør, at ordregiveren ved *begrænset udbud* kan vente med udarbejdelsen af det supplerende og ofte meget omfattende udbudsmateriale indtil efter udbudsbekendtgørelsen, hvilket rejser et spørgsmål om dialog med potentielle tilbudsgivere, der er aktuelt for denne udbudsform, og som skal behandles i det følgende.

Den samme mulighed for en sen udarbejdelse af udbudsmaterialet foreligger principielt ikke ved *offentligt udbud*, da udbudsmaterialet skal foreligge omkring tidspunktet for udbudsbekendtgørelsen i EF-tidende, hvilket følger af, at udbudsdirektiverne foreskriver,³⁰⁵ at ordregiveren skal fremsende det supplerende udbudsmateriale i løbet af seks dage efter modtagelsen af rettidig anmodning herom. En sådan anmodning kan fremkomme straks efter udbudsbekendtgørelsen, og udbudsmaterialet skal derfor være foreligge omkring tidspunktet for udbudsbekendtgørelsen i EF-tidende.

Ved begrænset udbud skal virksomheder, der er interesserede i kontrakten, anmode om at blive opfordret til at afgive tilbud som forudsætning for at have adgang til at indlevere et tilbud. Det forekommer navnlig i udenlandsk udbudspraksis,³⁰⁶ at en ordregiver, der endnu ikke har udarbejdet det supplerende udbudsmateriale, indleder *drøftelser efter udbudsbekendtgørelsen om udformningen af udbudsbetingelserne med en eller flere af de virksomheder, der har anmodet om prækvalifikation eller er blevet prækvalificeret*. Denne dialog kan have stor nytteværdi for ordregiveren, der gennem drøftelserne kan få udarbejdet udbudsbetingelser, der i meget høj grad er tilpasset de løsninger, som markedet konkret kan tilbyde. Det er imidlertid tvivlsomt, om denne fremgangsmåde er i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.

Der er i denne forbindelse grund til at sondre mellem de tilfælde, hvor ordregiveren alene drøfter udformningen af udbudsbetingelserne med en eller flere virksomheder

³⁰⁵ Se til eksempel vareindkøbsdirektivets artikel 10, stk. 2.

³⁰⁶ Sue Arrowsmith, PPLR 1998 s. 65, der s. 68 anfører, at dette er almindelig praksis. Dette er så vidt vides ikke almindelig praksis i Danmark.

blandt de potentielle tilbudsgivere, og de tilfælde, hvor samtlige potentielle tilbudsgivere inddrages i drøftelserne.

5.2.2.1. Dialog med enkeltstående tilbudsgivere

Hvor den tekniske dialog alene finder sted med en eller flere af de potentielle tilbudsgivere, men ikke samtlige, forskelsbehandles de virksomheder, der ikke inddrages i den tekniske dialog, og fremgangsmåden må antages at være i modstrid med ligebehandlingsprincippet.³⁰⁷

Forud for udbudsbekendtgørelsen er der indbygget en vis fleksibilitet, når ordregiveren involverer sig i teknisk dialog med en potentiel tilbudsgiver ved udarbejdelsen af udbudsbetingelserne, jf. herved inhabilitetsproblematikken beskrevet i kapitel 4. Det kan imidlertid ikke antages, at den samme fleksibilitet udstrækkes til efter udbudsbekendtgørelsen, idet *beskyttelsen i medfør af ligebehandlingsprincippet skærpes efter udbudsprocedurens start*.

Dette fremgår ikke udtrykkeligt af hverken udbudsdirektiverne eller Fælleserklæringen,³⁰⁸ men følger af udbudsdirektivernes systematik og i særdeleshed af grænserne for den tekniske dialog under udbudsproceduren i øvrigt. Disse forhold peger klart i retning af 1) at begrænse mundtlig kommunikation, såkaldte drøftelser, til fordel for skriftlig kommunikation og 2) at begrænse kontakt mellem ordregiveren og en enkelt virksomhed til det strengt nødvendige, hvilken tendens viser sig med al tydelighed ved den restriktive fortolkning af reglerne om præcisering af tilbudene efter tilbudsafgivningen, der behandles senere i afsnit 5.3.2.2.

Det kan tilføjes, at ordregiveren efter udbudsbekendtgørelsen vil være bekendt med hvilke konkrete virksomheder der er interesseret i kontrakten, og denne viden indebærer en væsentlig øget risiko for manipulering af udbudsbetingelserne til fordel for en eller flere af tilbudsgiverne med eller uden ordregiverens indforståelse.

Klagenævnet for Udbud havde i kendelsen af 8. januar 1997, Det Danske Handelskammer mod Rigshospitalet, lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet om

³⁰⁷ I samme retning om end med en vis reservation Sue Arrowsmith, PPLR 1998 s. 65 ff., der på s. 68 anfører, at "the equality principle *might* [min kursivering] here require that all firms who have not yet been excluded from the procedure should be consulted". Se i øvrigt om spørgsmålet Sue Arrowsmith (1996) s. 223 og 24, hvor forfatterens tvivl om retstilstanden trådte tydeligere frem.

³⁰⁸ Fælleserklæringens ordlyd relaterer sig ikke klart til forholdet, til trods for at denne fastslår, at drøftelser med ansøgere kan ske med henblik på at supplere de ordregivende myndigheders krav. Denne formulering synes at relatere sig til dialogen med tilbudsgiverne, *efter* at udbudsmaterialet er udarbejdet, og ikke nærværende forhold, hvor udbudsbetingelserne er under udarbejdelse.

lovligheden af dialog med en enkeltstående potentiel tilbudsgiver efter udbudsbekendtgørelsen. Kendelsen er tidligere udførligt omtalt i kapitel 4.2.2 og skal derfor kun kort omtales i nærværende kapitel.

Ordregiveren havde ført en omfattende teknisk dialog med en kendt leverandør på det relevante marked forud for udbudsbekendtgørelsen. Denne dialog fortsatte i et vist omfang efter udbudsbekendtgørelsen, men var stadig begrænset til kun at omfatte den pågældende tilbudsgiver. Klagenævnet fandt imidlertid ikke, at ligebehandlingsprincippet var blevet overtrådt som følge af den tekniske dialog i den pågældende sag, men sagen var tæt på at falde modsat ud.³⁰⁹

Denne fortolkning af forhandlingsforbudet kan bestemt ikke tiltrædes, da det, som anført i denne fremstilling,³¹⁰ vil være forskelsbehandling af de øvrige tilbudsgivere at fortsætte eller indgå i en dialog om udformningen af udbudsbetingelserne med en eller flere udvalgte tilbudsgivere.

5.2.2.2. Dialogen udstrækkes til samtlige ansøgere eller prækvalificerede

Retstilstanden er mere kompliceret, for så vidt angår det tilfælde, hvor ordregiveren har indledt drøftelser med samtlige ansøgere eller prækvalificerede virksomheder. For en umiddelbar betragtning forskelsbehandles de potentielle tilbudsgivere ikke, men en åbning for omfattende drøftelser om udbudsbetingelserne, hvis udformning vil få afgørende indflydelse på udfaldet af udbudsproceduren, synes at være betænkelig.

Ordregiveren kan uden større besvær forskelsbehandle flertallet af de potentielle tilbudsgivere ved at føre særligt indgående drøftelser med favoriserede tilbudsgivere under dække af, at samtlige tilbudsgivere er involveret i udbudsproceduren. Det vil være særdeles vanskeligt for de øvrige tilbudsgivere at få kendskab til, at en sådan forskelsbehandling har fundet sted, og det vil være endnu vanskeligere at bevise, at grænserne for den lovlige dialog blev overskredet. På denne baggrund forekommer det at være mest nærliggende at anlægge en restriktiv fortolkning, støttet på sammenhængen i regelsættet om grænserne for den tekniske dialog, der som tidligere nævnt klart peger i retning af, at dialogen mellem ordregiver og tilbudsgiverne efter udbudsprocedurens start i videst muligt omfang er begrænset til skriftlig kommunikation og alene tillader ordregiveren at drøfte udbudsbetingelserne med tilbudsgiveren på tomandshånd i stærkt begrænset omfang.

³⁰⁹ Dette fremgår af følgende formulering i kendelsens præmisser: “finder Klagenævnet *ikke fuldt tilstrækkeligt grundlag* [min kursivering] for at antage, at Rigshospitalets indgåelse af kontrakt med Bie & Bentsen har været i strid med EU’s ligebehandlingsprincip”.

³¹⁰ Kendelsen er endvidere kommenteret af Steen Treumer i PPLR 1999 nr. 3 s. 147 ff.

Det må derfor antages at stride mod ligebehandlingsprincippet, når ordregiveren fører drøftelser på tomandshånd om udformningen af udbudsbetingelserne med samtlige virksomheder, der har anmodet om prækvalifikation eller er blevet prækvalificeret. Det synes derimod at være mindre betænkeligt, at ordregiveren i givet fald indkalder samtlige virksomheder til et spørgemøde for derved at drøfte udbudsbetingelsernes nærmere udformning. I denne situation vil de øvrige tilbudsgiveres tilstedeværelse sikre mod manipulering af udbudsbetingelserne. Ordregiveren bør dog være særligt opmærksom på risikoen for, at dialogen fører til ulovlige afvigelser mellem udbudsbekendtgørelsen og det supplerende udbudsmateriale.

Sue Arrowsmith behandler problemstillingen i PPLR 1998 s. 65 ff. og lægger i stedet til grund, at ordregiveren kan indgå i en dialog med de potentielle tilbudsgivere. Arrowsmith ses ikke at indlægge en sondring mellem drøftelser på tomandshånd og drøftelser på et spørgemøde, og forfatteren antager, at ordregiveren lovligt kan føre drøftelser med de potentielle tilbudsgivere, hvilket begrundes i hensynet til "value for money", dvs. ordregiverens kommercielle interesse i sådanne drøftelser.³¹¹

Hertil skal bemærkes, at udbudsreglernes primære formål er at sikre ligebehandling og gennemsigtighed ved tildelingen af offentlige kontrakter, der som afledt konsekvens forventes *generelt* at sikre ordregiverne de billigste eller økonomisk mest fordelagtige bud.³¹² *Hensynet til ordregiverens kommercielle interesse ved tildelingen af en konkret kontrakt er underordnet hensynet til ligebehandling og gennemsigtighed* til trods for de uhensigtsmæssigheder, dette kan indebære i det konkrete tilfælde.

Dette er et generelt træk ved udbudsreglerne og genfindes som følge heraf på andre områder vedrørende fortolkningen af forhandlingsforbudet. Denne interesseafvejning fremgår eksempelvis af den stærkt begrænsede adgang til præcisering af uklarheder i tilbudene, der omtales nærmere i afsnit 5.3.2 samt af princippet om, at en ordregiver har pligt til at afvise tilbud, der afviger fra udbudsbetingelserne, selv hvor tilbudet indholdsmæssigt er vurderet som det økonomisk mest fordelagtige. Spørgsmålet behandles nærmere i afsnit 5.3.1.

³¹¹ Det anføres s. 68, at "the inability to hold discussions with the selected firms in drawing up the specification would seriously damage contracting authority's ability to obtain value for money".

³¹² Se nærmere om dette tema i afsnit 2.2.1 om den lave vægtning af ordregiverens interesser i udbudsdirektiverne.

5.3. Dialog efter budgivningen før tildeling af kontrakt

Forhandlingsforbudet spiller sin mest markante rolle i perioden efter budenes indlevering, men inden tildelingen, og fortolkningen af forhandlingsforbudet i relation til denne fase i udbudsproceduren er derfor af særlig interesse.

Ulovlig forhandling på dette tidspunkt vil ofte indebære, at kontrakten tildeles en tilbudsgiver, hvis oprindelige tilbud ikke var det billigste eller økonomisk mest fordelagtige bud, der opfyldte udbudsbetingelserne. Dette skal ses i sammenhæng med, at det reelle styrkeforhold mellem konkurrenterne om den offentlige kontrakt er blevet afdækket med budgivningen, og at det først er efter budgivningen, at der opstår anledning til at tage stilling til, om ordregiver skal afvise et tilbud på grund af manglende opfyldelse af udbudsbetingelserne. Det forekommer særdeles ofte, at tilbudsgiverens tilbud indeholder afvigelser fra udbudsbetingelserne, hvilket er problematisk i forhold til ligebehandlingsprincippet, der har som afledt konsekvens, at et tilbud som absolut udgangspunkt skal opfylde udbudsbetingelserne. Det skal dog bemærkes, at ordregiveren kan have åbnet for afvigelser fra udbudsbetingelserne ved at tillade alternative bud. Hvis et tilbud ikke opfylder udbudsbetingelserne, vil dette normalt indebære, at ordregiveren skal afvise tilbudet, og at tilbudsgiveren er afskåret fra at ændre tilbudet for at bringe dette i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Det er derfor ikke overraskende, at flertallet af klagesager om forhandling forelagt for Klagenævnet for Udbud relaterer sig til perioden efter tilbudsafgivningen og inden tildelingen af kontrakten.

Der er i den følgende fremstilling taget udgangspunkt i udbudsprocedurens kronologi, dvs. at analysen følger den rækkefølge, hvori de forskellige spørgsmål om overtrædelser af forhandlingsforbudet sædvanligvis opstår. Der indledes derfor med en analyse af konsekvenserne af, at et tilbud ikke opfylder udbudsbetingelserne, i afsnit 5.3.1. I forlængelse heraf diskuteres ordregiverens muligheder for at søge klarhed i tilbudene præciseret i afsnit 5.3.2, der er et spørgsmål af afgørende betydning for styrken af retsbeskyttelsen efter forhandlingsforbudet. Det diskuteres herefter i afsnit 5.3.3, om der består en særlig adgang for ordregiveren til dialog med den bedste tilbudsgiver for at få tilbudsgiveren til at ændre tilbudet til ordregiverens fordel. I afsnit 5.3.4 diskuteres det om ordregiveren har adgang til ensidigt at beskære det bedste tilbud, og afslutningsvis gøres der i afsnit 5.3.5 nærmere rede for, om en ordregiver har adgang til at ændre udbudsbetingelserne med virkning for samtlige tilbudsgivere for derved at kunne modtage ændrede tilbud inden for rammerne af den oprindelige udbudsprocedure.

5.3.1. Afvigelser fra udbudsbetingelserne (forbehold m.v.)

Det forekommer ofte i praksis, at en tilbudsgiver har fraveget ordregiverens udbudsbetingelser, hvilket giver ordregiveren anledning til at tage stilling til, om det pågældende tilbud skal afvises. Udbudsdirektiverne fastslår ikke direkte hvilke konsekvenser, der skal drages ved fravigelser af udbudsbetingelserne, men *ligebehandlingsprincippet fører til et princip³¹³ om, at tilbudene skal være i overensstemmelse med udbudsbetingelserne for at kunne tages i betragtning ved tildelingen af kontrakten.*

Baggrunden for dette princip er, at en reel ligebehandling af tilbudsgiverne forudsætter, at tilbudene er sammenlignelige og udarbejdet på de samme forudsætninger. Tilbud, der afviger fra udbudsbetingelserne, er vanskeligere at vurdere i forhold til hinanden, og hvis en ordregiver kunne acceptere tilbud, der fraviger udbudsbetingelserne, ville dette være forskelsbehandling af de øvrige tilbudsgivere, der har accepteret de begrænsninger, der fulgte af udbudsbetingelserne ved udarbejdelsen af deres tilbud.

Princippet om, at tilbudsgiverne skal afgive tilbud i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, er dog ikke uden modifikationer, hvilket blev klargjort i C-243/89, Kommissionen mod Danmark, hvor EF-domstolen indledningsvis fastslog i præmis 37, "at det følger af princippet om ligebehandling af tilbudsgiverne, at *samtliche 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[*min kursivering*]". EF-domstolen fastslog herefter i præmis 40, at "dette krav ikke ville blive opfyldt, såfremt tilbudsgiveren kunne fravige de *grundlæggende udbudsbetingelser* ved forbehold uden for de tilfælde, hvor disse *betingelser udtrykkeligt giver dem mulighed herfor* [*min kursivering*]".

EF-domstolens præmisser i relation til spørgsmålet om muligheden for afvigelser fra udbudsbetingelserne er formuleret på en måde, der kan give anledning til fortolknings tvivl, da formuleringen kan udlægges på to forskellige måder. Præmisserne 37 og 39 fremstiller kravet om, at et tilbud skal være i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, som et absolut krav, der overhovedet ikke levner plads for afvigelser, hvilket står i modsætning til, at Domstolen i præmis 40 fremhæver, at kravet om overensstemmelse med udbudsbetingelserne ikke var opfyldt i den konkrete sag, da de *grundlæggende krav* i udbudsmaterialet ikke var opfyldt.

En mulig fortolkning af disse præmisser er, at præmisserne 37 og 39 fastslår et princip om, at udbudsbetingelserne ikke kan fraviges, undtagen hvor udbudsbetingelserne åbner mulighed herfor, og at fremhævelsen af, at der forelå en *grundlæggende afvigelse* i den konkrete sag, alene skete for at udelukke, at det konkrete tilbud kunne

³¹³ Princippet benævnes *konformitetsprincippet* af Lasse Simonsen, jf. s. 605.

tages i betragtning som et alternativt bud, og/eller for at understrege grovheden af overtrædelsen.

En anden fortolkning³¹⁴ er at læse præmisserne 37 og 39 i sammenhæng med præmis 40, og at se præmis 40 som en modifikation til hovedreglen i præmis 37 og 39. Hvis sidstnævnte fortolkning er korrekt, fremgår det forudsætningsvis af præmis 40, at der er afvigelser fra udbudsbetingelserne, som ikke er grundlæggende, hvor det må antages, at ordregiveren kan acceptere tilbudet til trods for afvigelsen i forhold til udbudsbetingelserne.

Det forekommer at være mest nærliggende at fortolke dommen i overensstemmelse med sidstnævnte fortolkning og at læse præmisserne sammenhængende. Denne fortolkning synes desuden at være i bedst overensstemmelse med Fælleserklæringens ordlyd, hvor det netop fremhæves, at forhandling om grundlæggende elementer i kontraktgrundlaget er forbudt, og EF-domstolen må forventes at have støttet sin fortolkning på Fælleserklæringen, der netop blev indgående behandlet i parternes procedure.

Det må dog følge af EF-domstolens kategoriske formulering i præmisserne 37 og 39, at kravene til, hvornår der foreligger en grundlæggende afvigelse fra udbudsbetingelserne, er særdeles beskedne, hvilket spørgsmål straks skal behandles mere udførligt i afsnit 5.3.1.1.

Det følger klart af dommen, at fravigelser fra de grundlæggende udbudsbetingelser indebærer, at ordregiveren er forpligtet til at afvise tilbudet, medmindre udbudsbetingelserne tillader en fravigelse. Ordregiveren kan have åbnet for fravigelse af udbudsbetingelserne ved enten at tillade eller kræve, at der afgives alternative bud. Hvis ordregiveren tillader alternative bud, er der ikke pligt til at anføre dette i selve udbudsbekendtgørelsen, men hvis alternative bud tillades, skal ordregiveren anføre, hvilke minimumskrav alternative bud skal opfylde, og på hvilke betingelser de kan afgives. Denne mulighed foreligger dog kun, hvor tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud, idet ordregivere, der anvender tildelingskriteriet laveste bud, er afskåret fra at tillade alternative bud, jf. herved den nærmere omtale af alternative bud i afsnit 5.3.1.2.

Sædvanligvis vil en tilbudsgiver, der fraviger udbudsbetingelserne, være fuldt opmærksom på afvigelsen og betegne afvigelsen som et forbehold, og i dansk udbudspraksis søger tilbudsgiverne ofte at dække over forholdet gennem deres ordvalg,

³¹⁴ Se i denne retning Hørlyck, der s. 60 anfører, at den sidste del af præmis 39 [“budene skal være i overensstemmelse med udbudsbetingelserne”] ikke skal tages ganske bogstaveligt henset til indholdet af præmis 40. Karsten Havkrog Pedersen forholder sig kritisk til denne udtalelse i Advokaten 1998 s. 33 ff. (s. 36).

f.eks. ved at kalde forbeholdet for en uddybende forudsætning.³¹⁵ Der hersker dog ingen tvivl om, at tilbudsgiverens manglende erkendelse af fravigelsen eller tilbudsgiverens subjektive vurdering af forholdet i øvrigt er uden betydning for, om ordregiveren skal afvise tilbudet på grund af uoverensstemmelsen med udbudsbetingelserne.

5.3.1.1. Grundlæggende afvigelser fra udbudsbetingelserne

Det er af afgørende betydning for fortolkningen af ligebehandlingsprincippet, hvor grænsen for de ulovlige grundlæggende afvigelser fra udbudsbetingelserne skal drages. En fleksibel fortolkning af dette begreb vil i praksis betyde en væsentlig svækkelse af beskyttelsen, der følger af ligebehandlingsprincippet.

EF-domstolens formulering af præmisserne 37 og 39 i C-243/89, Kommissionen mod Danmark, gør det klart, at kravet om tilbudets overensstemmelse med udbudsbetingelserne skal fortolkes *særdeles restriktivt*, og at grænsen for, hvornår der foreligger en grundlæggende fravigelse, derfor skal sættes meget lavt.³¹⁶

På denne baggrund må det klare udgangspunkt være, at *ordregiveren generelt ikke kan acceptere tilbud, der afviger fra udbudsbetingelserne*,³¹⁷ og at en udbudsbetingelse derfor som udgangspunkt skal opfattes som grundlæggende. Ved at opstille en udbudsbetingelse skabes der en generel formodning for, at dette vilkår har *betydning* for konkurrencen om den offentlige kontrakt, og der må kræves særlige holdepunkter for at antage, at dette ikke er tilfældet.

I dansk juridisk teori er der gennemgående anlagt en mere fleksibel fortolkning, hvor det i stedet betones, at en afvigelse fra en konkret udbudsbetingelse først er ulovlig, når den er egnet til *væsentligt* at påvirke konkurrencen om den pågældende kontrakt. Denne fortolkning indebærer, at tilbudsgiverne får en større margen for afvigelser fra udbudsbetingelserne, og kredsen af tilbud, der kan tages i betragtning af ordregiveren, udvides.

³¹⁵ Se Klagenævnets kendelse af 18. maj 1995, Henning Larsens Tegnestue mod Kulturministeriet, nærmere omtalt under afsnit 5.3.1.1.B.

³¹⁶ Se hertil Peter Wengler-Jørgensen og Katja Høegh i UfR 1994 B 311 der s. 313 anfører, at grænsen for, hvornår en udbudsbestemmelse er grundlæggende, vil blive sat "ret lavt i forhold til, hvad man inden for dansk licitationsret normalt anser for grundlæggende eller væsentligt". Dette tiltrædes af Karsten Havkrog Pedersen, Advokaten 1998 s. 33 på s. 36. I samme retning Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's udbudsdirektiver s. 119, hvor det fremføres, at der ikke skal meget til, før et tilbudsforbehold medfører "væsentlige" ændringer i udbudsmaterialet.

³¹⁷ For samme retsopfattelse Arrowsmith s. 232.

Det anføres eksempelvis,³¹⁸ at "Når de lovlige (tekniske) ændringer af udbudsgrundlaget skal afgrænses over for forbudte ændringer af udbudsgrundlaget, må det væsentligste kriterium være, om ændringen må antages potentielt at påvirke tilbudsprisen³¹⁹ væsentligt enten i entreprenørens eller ordregiverens favør." Den samme betoning af den konkrete væsentlighed fremhæves af en anden forfatter,³²⁰ der anfører, at et grundlæggende element i kontrakten må omfatte forhold, som ordregiveren i udbudsgrundlaget har tillagt væsentlig betydning.³²¹ Det fremgår af den aktuelle vejledning fra Konkurrencestyrelsen om EU's udbudsdirektiver, at Styrelsen ligeledes lægger et væsentlighedskriterium til grund.³²²

Klagenævnet for Udbud har, i overensstemmelse med dansk juridisk litteratur, anlagt en fortolkning, der baserer sig på en vurdering af, om den pågældende udbudsbetingelse må antages at have væsentlig betydning for konkurrencen om den givne kontrakt.

Som fremhævet synes denne fortolkning umiddelbart at afvige fra den mest oplagte fortolkning af EF-domstolens afgørelse i C-243/89, Kommissionen mod Danmark. Der er imidlertid en vis sandsynlighed for, at Kommissionens anerkendelse af behovet for øget fleksibilitet og den forventede introduktion af udbudsproceduren "konkurrencepræget dialog"³²³ vil medføre, at grænserne for grundlæggende afvigelser fra

³¹⁸ Jf. Peter Wengler-Jørgensen og Katja Høegh i UfR 1994 B 311 (s. 314).

³¹⁹ Der er grund til at fremhæve prisen, da denne er udslagsgivende ved tildelingskriteriet laveste bud, og da prisen må antages altid at skulle indgå som et delkriterium i tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, jf. afsnit 2.3.2.4, selv om den langt fra altid vil være afgørende for tildelingen, hvor sidstnævnte kriterium anvendes. Det fremgår af Fælleserklæringen, at prisen er et grundlæggende element i kontraktgrundlaget.

³²⁰ Jf. Sune Troels Poulsen, UfR 1998 B 61 (s. 67).

³²¹ Formuleringen forekommer lettere misvisende. Det afgørende må under alle omstændigheder være, om det pågældende element objektivt må antages at have betydning for konkurrencen og derfor ikke, hvad ordregiverens subjektive vurdering af forholdet måtte være som forudsat af Sune Troels Poulsen. Synspunktet baserer sig desuden på en forudsætning om, at en ordregiver normalt graduerer udbudsbetingelser som mere eller mindre væsentlige i udbudsmaterialet, hvilket ikke er tilfældet. Spørgsmålet er i stedet, om der foreligger en udbudsbetingelse af et givet indhold og dernæst, om denne udbudsbetingelse udgør et grundlæggende element.

³²² Jf. vejledningen s. 119 om forbehold. Væsentlighedskriteriet anvendes endvidere s. 34 ved vurderingen af, om ændringer i kontraktgrundlaget efter kontraktens underskrift udløser et krav om nyt udbud.

³²³ Jf. Kommissionens meddelelse om offentlige indkøb i EU af 11. marts 1998, KOM 98 (fortsættes...)

udbudsgrundlaget forskydes i opadgående retning, og at EF-domstolen i fremtiden vil anlægge en mere fleksibel fortolkning af forhandlingsforbudet, hvor der indrømmes en større margen for afvigelser fra udbudsbetingelserne.

En sådan ændring ville i givet fald tage højde for den generelle modvilje, der kan konstateres i forhold til den restriktive fortolkning af forhandlingsforbudet, og en sådan retstilstand forekommer i højere grad at fremme, at hensynet til ligebehandling, gennemsigtighed, effektivitet og "value for money" går op i en højere enhed, der har en mere realistisk mulighed for at blive efterlevet i praksis.

I det følgende konkretiseres spørgsmålet om afvigelser fra udbudsbetingelserne, bl.a. ved inddragelse af praksis fra Klagenævnet for Udbud, og der sondres mellem afvigelser fra det, der i denne afhandling benævnes som henholdsvis materielle og formelle udbudsbetingelser. Ved materielle udbudsbetingelser forstås krav til den ønskede ydelse i udvidet betydning, mens der ved formelle udbudsbetingelser forstås krav til budenes udformning og formaliteter i forbindelse med udbudsprocedurens afvikling.

5.3.1.1.1 Afvigelser fra de materielle udbudsbetingelser

Afvigelser fra de materielle udbudsbetingelser, der er krav til den ønskede ydelse i bred forstand, giver hyppigt anledning til tvister mellem ordregiver og tilbudsgivere.

Der er to helt grundlæggende forskellige måder at beskrive den ønskede ydelse på.³²⁴ En ordregiver kan vælge at lægge vægt på at beskrive ydelsen gennem specifikationer, en såkaldt *specifikationsbeskrivelse*, med angivelse af udførlige krav, hvor delelementerne i ydelsen er beskrevet ned til mindste detalje med referencer til f.eks. mål, vægt, farver, kvalitetsbetegnelser og design.

I stedet kan en ordregiver vælge at lægge hovedvægten på en *funktionsbeskrivelse*, hvor beskrivelsen i udbudsbetingelserne i videst muligt omfang begrænses til krav vedrørende kontraktgenstandens evne til at opfylde en given funktion. Ved funktionsbeskrivelsen angives f.eks. den ønskede ydeevne fra et ubestemt antal motorer i stedet for at opstille krav til antallet af motorer, brændstofsforbrug m.v. Et andet eksempel vil være, at en ordregiver, der skal have bortkørt affald, undlader at betinge sig, at den pågældende tjenesteyder skal køre med læs af en given størrelse, på bestemte ugedage og klokkeslæt og med lastvogn af en bestemt type, men at ordregiveren i stedet som

³²³ (...fortsat)

(143), der i punkt 2.1.2.2 stiller i udsigt, at udbudsdirektiverne vil blive ændret for at fremme en fleksibel dialog ved indførsel af en ny udbudsprocedure, der betegnes "konkurrencepræget dialog".

³²⁴ Se hertil Lasse Simonsen s. 607. Spørgsmålet berøres desuden i Konkurrencestyrelsens vejledning, "EU's udbudsdirektiver" s. 97 i forbindelse med omtalen af projektkonkurrencer.

udgangspunkt begrænser sig til at beskrive den mængde affald, der skal transporteres fra et sted til et andet.

Det er særligt udbud, hvor ordregiveren har haft en særlig præference for specificationsbeskrivelser, der i praksis giver anledning til overtrædelser af forhandlingsforbudet, og hvor forhandlingsforbudet i et uønsket omfang kan tvinge ordregiveren til at se bort fra tilbud, der har ordregiverens interesse. Disse uhensigtsmæssige følger er imidlertid til en vis grad et resultat af ordregiverens egne valg ved tilrettelæggelse af udbudsproceduren, da ordregiveren ofte kunne have undgået problemerne ved i højere grad at have anvendt en funktionsbeskrivelse ved udformningen af udbudsbetingelserne.

I undersnit A til C uddybes problemstillingen i forhold til almindelige former for afvigelser fra de materielle udbudsbetingelser.

A) Krav til kerneydelsen

Det må antages, at der skal anlægges en særlig restriktiv fortolkning af spørgsmålet om overensstemmelsen mellem et tilbud og udbudsbetingelsernes krav til kerneydelsen, dvs. de grundlæggende karakteristika, der beskriver selve det ønskede produkt, og dermed ikke omfatter kravene til ydelsen i bred forstand, dvs. betalingsfrister, forsikringsforhold, leveringstidspunkt m.v. Klagenævnet for Udbud har i flere tilfælde anlagt en restriktiv fortolkning ved sådanne afvigelser, og i det følgende behandles et par af de mest interessante afgørelser om spørgsmålet.

Et eksempel på ovennævnte tendens til en restriktiv fortolkning af uoverensstemmelse mellem et tilbud og udbudsbetingelsernes beskrivelse af realydelsen foreligger med Klagenævnets kendelse af 4. juni 1996, Dansk Industri mod Kolding Kommune. Kendelsen er desuden et eksempel på, at budgivningen kan afdække, at ordregiverens beskrivelse af den ønskede ydelse ikke var hensigtsmæssig, samt at ordregiveren kan fristes til at antage et ukonditionsmæssigt tilbud, der opfylder ordregiverens krav til den ønskede ydelse, hvilket imidlertid vil være en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

Ordregiveren havde udbudt et indkøb af ca. 5000 sæt borde og stole. Det fremgik af udbudsbetingelserne, at et udkast til en europæisk standard for skolemøbler, kaldet N69, skulle overholdes. Standarden indeholdt angivelser af målene for forskellige stolestørrelser afhængigt af brugerens højde, og en af disse dimensioner er stolenes sædehøjde målt fra gulvet. Flertallet af tilbudsgivere afgav derfor et tilbud, der var baseret på levering af stole med forskellige sædehøjde. En svensk tilbudsgiver indleverede imidlertid et tilbud, der vedrørte stole med kun én sædehøjde, da disse stole havde højdejusterbare fodstøtter, såkaldt "flydende gulv". Kommunen indgik kontrakt med denne tilbudsgiver, og Dansk industri klagede til Klagenævnet med påstand om,

at Klagenævnet skulle fastslå, at kommunen havde overtrådt EU's udbudsregler, da tilbudet ikke var i overensstemmelse med standarden.

Det fremgik af tilbudsgiverens forklaring, at man havde produceret stole med højdejusterbare fodstøtter i 8-10 år, og at tilbudsgiveren på det relevante produktmarked havde en markedsandel på 45-50% i Sverige. Indkøbschefen hos ordregiveren forklarede bl.a. for Klagenævnet, at "Man havde ikke haft fantasi til at forestille sig, at højdekravene i N69 kunne opfyldes med indstillelig fodstøtte".

Klagenævnet for Udbud anførte, at standarden kun naturligt kunne forstås på en sådan måde, at stolenes sædehøjde skal måles fra det egentlige gulv, og Nævnet fremhævede særligt, at de figurer, der var en del af N69, illustrerede et egentligt gulv. Som følge heraf opfyldte tilbudet ikke kravene efter standarden, og denne uoverensstemmelse blev vurderet som væsentlig, hvorefter Nævnet konkluderede, at ordregiveren havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at tage tilbudet i betragtning.

Et andet eksempel på, hvor snævre grænser der må antages at være for afvigelser fra udbudsbetingelsernes beskrivelse af kerneydelsen, og på den fleksible fortolkning, teknikere kan anlægge af udbudsbetingelser, foreligger med kendelsen af 31. oktober 1996, Semco Energi A/S mod Brønderslev Kommune.³²⁵

Kommunen havde udbudt opførelse af et kraftvarmeværk i totalentreprise efter forsyningsvirksomhedsdirektivet og havde anvendt udbudsformen begrænset udbud. I udbudsbekendtgørelsen var bl.a. henvist til, at der ønskedes 3-6 stk. Lean-Burngasmotorer, og i udbudsmaterialet var anført, at "Motorgenerator kan bestå af 4-6 enheder". Der blev indleveret 8 tilbud, hvoraf ingen tilbudsgivere efter det oplyste afgav tilbud på mere end 6 motorer. Kommunens rådgivende ingeniørfirma fandt, at ingen af tilbudene var konditionsmæssige,³²⁶ men at 3 tilbud var interessante og førte derefter indgående forhandlinger med disse tilbudsgivere. Under forhandlingerne skete der væsentlige ændringer i de 3 tilbud, og 2 af tilbudene blev bl.a. ændret fra at angå 6 motorer til at angå 7 motorer. Der blev indgået kontrakt med en af de tilbudsgivere, der havde ændret antallet af motorer, og en tilbudsgiver klagede til Nævnet med påstand om, at kommunen havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet.

Klagenævnet for Udbud afsagde ikke en enstemmig afgørelse, idet et af de tre medlemmer afgav dissens. Flertallet fastslog, at ordregiveren havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet og henviste særligt til de førte forhandlingers omfang og karakter. Flertallet anførte, at udbudsbetingelserne i både udbudsbekendtgørelsen og

³²⁵ Kendelsen er kommenteret af Anne Rubach-Larsen og Birte Rasmussen i Juristen 1997 s. 315 ff. Det bemærkes, at den her omtalte afvigelse fra udbudsbetingelserne først fremkom efter forhandlinger med ordregiveren og ikke i det oprindelige tilbud.

³²⁶ Dette fremgår af forklaringen afgivet af projektlederen i det rådgivende ingeniørfirma, der bistod kommunen. Projektlederen gav desuden udtryk for, at udbudet vedrørte ny teknologi, og at det ved totalentreprise er fuldstændig umuligt at få et konditionsmæssigt bud.

det supplerende udbudsmateriale naturligt måtte forstås på en sådan måde, at tilbudene højst skulle omfatte 6 motorer, og at kommunens indgåelse af kontrakt om 7 motorer derfor i sig selv havde været i strid med ligebehandlingsprincippet.

Det dissentierende medlem fandt ikke, at indgåelsen af en kontrakt om 7 motorer havde været en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, da det måtte "stå klart for en tekniker og således også have stået klart for alle tilbudsgiverne, at angivelsen af motorantal i udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet ikke skulle forstås bogstaveligt, men blot tjente til at angive det omtrentlige motorantal". Dette medlem støttede sig desuden til den forklaring, der var afgivet for Klagenævnet af projektlederen i det ingeniørfirma, der udarbejdede udbudsmaterialet for kommunen (herefter projektlederen), hvorefter angivelsen af antallet af motorer alene var "et signal om, at man f.eks. ikke ville have 20 mindre motorer, men man havde ikke tænkt på, om seks eller syv var det magiske tal".

Flertallets fortolkning giver først indtryk af at være for restriktiv i betragtning af, at der i sagen var flere omstændigheder, der pegede i retning af, at ordregiveren havde anset angivelsen af motorantallet som omtrentlig. Dette fremgår af den forklaring, der blev afgivet af projektlederen, og af, at kravet til motorenes ydeevne henstod uændret i udbudsbetingelserne, uanset at antallet af motorer var blevet ændret fra 3-6 motorer i udbudsbekendtgørelsen til 4-6 motorer i det senere udsendte udbudsmateriale.

Flertallets fortolkning tager imidlertid korrekt sit udgangspunkt i, hvad de hypotetiske og potentielle tilbudsgivere må antages at have forestillet sig forud for de respektive beslutninger om henholdsvis ansøgning om prækvalifikation og udformning af tilbud. Ud fra denne synsvinkel får sagen straks et andet perspektiv, da det er mest nærliggende at lægge flertallets fortolkning til grund og opfatte formuleringen således, at tilbud, hvor antallet af motorer oversteg 6, ville være ukonditionsmæssige. Hertil kommer, at udfaldet af fortolkningen direkte påvirkede konkurrencen, da det fremgår af projektlederens forklaring, at den motortype, der blev indgået kontrakt om, ikke havde haft interesse, hvis ikke der var blevet åbnet mulighed for at indsætte en syvende motor.

Det er vanskeligt, måske umuligt, for en jurist at vurdere rigtigheden af det dissentierende medlems bemærkninger om, at det for en tekniker stod klart, at formuleringen ikke skulle forstås bogstaveligt. Projektlederen, der bistod kommunen, fremførte en tilsvarende bemærkning om, at "der lå ikke noget særligt i, at det i udbudsbekendtgørelsen var nævnt, at alternative tilbud ikke ville komme i betragtning. Ingen havde tænkt nærmere over dette".

EU's udbudsregler fungerer på andre præmisser, hvor det er af afgørende betydning, at man er omhyggelig med udformningen af udbudsbetingelser og tilbud. Dette kontraksgrundlag skal efter udbudsreglerne underkastes en fortolkning, hvor klarhed er et ufravigeligt krav, og hvor uklarheder overraskende ofte vil føre til, at en udbudsprocedure enten mislykkes, eller til, at et ellers konkurrencedygtigt tilbud skal

afvises som ukonditionsmæssigt. Det er strengt nødvendigt at være opmærksom på, at EU's udbudsregler fortolkes usædvanlig restriktivt med henblik på at sikre ligebehandling og gennemsigtighed, og at småfejl og utilsigtede uklarheder ofte kan få vidtrækkende konsekvenser, jf. herved nærmere afsnit 5.3.2 om ordregiverens adgang til præcisering.

Hvis en ordregiver ønsker fleksibilitet i forbindelse med tildelingen af en offentlig kontrakt, er det anbefalelsesværdigt, at dette sikres ved valg af den mest fleksible udbudsform, ved at tillade alternative bud og i vidt omfang at beskrive den ønskede ydelse gennem funktionsbeskrivelser.³²⁷

B) Krav til leveringstidspunktet for ydelsen

Et andet område, hvor det er væsentligt, at der anlægges en restriktiv fortolkning³²⁸ ved tilbudsgiverens fravigelse af udbudsbetingelserne, er *krav til leveringstidspunktet for ydelsen*, og spørgsmålet er i flere tilfælde blevet behandlet i praksis ved Klagenævnet for Udbud.

Spørgsmålet blev rejst i Klagenævnets kendelse af 18. maj 1995, Henning Larsen Tegnestue mod Kulturministeriet. Et arkitektfirma, der senere klagede til Nævnet, afgav et tilbud på en totalrådgivningsopgave. I udbudsbetingelserne var anført, at arbejdet påregnedes igangsat snarest muligt, og at projektet skulle være færdigt inden udløbet af en forholdsvis kort frist. Dommerkomitéen fortrak arkitektvirksomhedens bud, men tilbudet indeholdt en række forbehold benævnt "uddybende forudsætninger". Et af disse forbehold rejste tvivl om, hvorvidt tilbudet overholdt udbudsbetingelsernes krav til tidsfrist og honorar. Ordregiveren tog som følge heraf ikke tilbudet i betragtning, hvilket tilbudsgiveren anfægtede ved Klagenævnet for Udbud. Tilbudsgiveren gjorde bl.a. gældende, at den såkaldte uddybende forudsætning ikke gjorde tilbudet ukonditionsmæssigt, og at ordregiveren havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at bortse fra tilbudet.

³²⁷ I den konkrete sag kunne ordregiveren have valgt at anvende udbudsformen udbud efter forhandling, da der var tale om et udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvor der er valgfrihed mellem de tre grundlæggende udbudsformer. Ordregiveren kunne ligeledes have åbnet for afgivelse af alternative bud, men ordregiveren havde afskåret sig selv fra alternative opgaveløsninger, da det var anført i udbudsbekendtgørelsen, at alternative tilbud ikke ville blive accepteret.

³²⁸ Anderledes Peter Wengler-Jørgensen og Katja Høegh, UfR 1994 B 311, der s. 314 anfører, at der givetvis stadig er mulighed for at forhandle forskellige tekniske ændringer med den vindende entreprenør, og forfatterne nævner ændring af tidsplanen som et eksempel på en sådan teknisk ændring. Det bør bemærkes, at denne antagelse blev fremsat før Klagenævnets stillingtagen til spørgsmålet i de forskellige klagesager omtalt i nærværende afsnit.

Klagenævnet fandt imidlertid ikke, at ligebehandlingsprincippet var overtrådt, og Nævnet fremhævede, at der havde været berettiget tvivl om indholdet af klagerens bud, og understregede, at uklarheden måtte komme klager til skade.

En anden afgørelse, der ligeledes er et udtryk for en restriktive fortolkning ved afvigelser fra udbudsbetingelsernes krav til tidspunktet for levering, er kendelsen af 26. april 1996, E. Pihl og Søn A/S mod I/S Avedøre Kloakværk.

Et fælleskommunalt interessentskab havde udbudt en ombygning af et kloakværk i begrænset udbud efter bygge- og anlægsdirektivet. Der blev indleveret tre tilbud, hvor de to laveste bud indeholdt en række forbehold. Efter henvendelse fra ordregiverens tekniske rådgiver til de to lavestbydende tilbudsgivere frafaldt disse tilbudsgivere forbeholdene, og ordregiveren indgik herefter kontrakt med lavestbydende.³²⁹ Næstlavestbydende klagede til Klagenævnet og gjorde gældende, at udbyderen havde haft pligt til at afvise tilbudet som følge af forbeholdene i lavestbydendes bud.

Af udbudsbetingelserne fremgik, at projektmaterialet i sin helhed skulle afleveres til ordregiveren inden en bestemt dato, men klagerens tilbud indeholdt et forbehold for delvis aflevering af projektmaterialet 2 og 3 måneder senere end den i udbudsbetingelserne fastsatte dato. Det fremgik af udbudsbetingelserne, at forsinkelse med leveringen af projektplanen var sanktioneret med en dagbod på kr. 4.000.

Klagenævnet tog stilling til om forbeholdet medførte, at ordregiveren ville være berettiget og forpligtet til at se bort fra klagerens bud ved tildelingen af kontrakten.³³⁰ Klagenævnet fastslog, at forbeholdet indebar en afgørende ændring af udbudsbetingelserne, og at ordregiveren derfor ville være berettiget og forpligtet til at se bort fra klagerens tilbud.

Den restriktive holdning til afvigelser fra den bekendtgjorte tidsplan fremgår desuden af Klagenævnets kendelse af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz mod Undervisningsministeriet. I denne sag afstod Nævnet fra at annullere ordregivers annullation af en udbudsprocedure begrundet i, at dette ville have nødvendiggjort efterfølgende forhandlinger med den vindende tilbudsgiver om bl.a. tidsplanen for det pågældende byggeri. Sagen er udførligt omtalt i afsnit 6.8.

³²⁹ Klagenævnet fastslog, at henvendelsen fra rådgiveren om frafald af forbeholdene i sig selv var en forhandling med tilbudsgiveren om nedsættelse af prisen, og at ordregiveren derved havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet.

³³⁰ Sagen er speciel, da forbeholdet var taget af klager i sagen, og da påstanden var nedlagt af ordregiveren. Det var derfor problematisk for Klagenævnet at tage stilling til påstanden, idet Nævnet behandler klager over ordregivere, og der ikke er hjemmel til, at en ordregiver kan indbringe tvivlsspørgsmål vedrørende udbudsreglerne eller et konkret udbud for Nævnet. Klagenævnet valgte alligevel at tage stilling til påstanden bl.a. som følge af, at klageren var indforstået med, at Nævnet afgjorde sagen i stedet for at henvise klageren til senere at indgive ny klage vedrørende spørgsmålet om konditionsrættigheden af klagers tilbud.

Sammenfattende kan det siges, at Klagenævnet for Udbud har anlagt en restriktiv tilgangsvinkel til spørgsmålet om afvigelser fra krav til leveringstidspunktet for ydelsen, hvilket må antages at være i overensstemmelse med gældende ret.

C) Prissætning af krav til ydelsen i bred forstand

Når fravigelsen mellem tilbud og udbudsbetingelser ikke vedrører kerneydelsen, men *ydelsen i bred forstand*, kan der iagttages en mere fleksibel fortolkning til ordregivers accept af sådanne afvigelser. Denne tendens gør sig særligt gældende i relation til bygge- og anlægsdirektivet, hvilket må antages at skyldes forståelse hos Klagenævnet for Udbud for, at det i større entrepriseopgaver vil være usædvanlig vanskeligt i praksis at overholde ligebehandlingsprincippet krav om overensstemmelse mellem udbudsbetingelser og tilbud.

I denne forbindelse skal særligt fremhæves, at der i dansk udbudspraksis sker *prissætning af forbehold* ved udbudsprocedurer efter EU's udbudsregler, særligt ved udbud efter bygge- og anlægsdirektivet, med henblik på at gøre forbeholdet sammenligneligt med de øvrige bud.

Ovennævnte praksis er en udløber af den praksis, der har udviklet sig ved licitationer i bygge- og anlægssektoren reguleret af den danske licitationslov. I henhold til dansk licitationsretlig praksis³³¹ er en udbyder altid berettiget til at afvise et tilbud, der ikke opfylder betingelserne i udbudsmaterialet, men har ret til at foretage en prissætning, hvor forbeholdet efter sin karakter kan prissættes. Udbyderen har imidlertid ikke ret til at tage tilbudet i betragtning, hvis forbeholdet er af så vidtrækkende karakter, at det ikke kan prissættes, medmindre udbyderen har forbeholdt sig en sådan ret i udbudsmaterialet. Efter prissætningen kan tilbudet tages i betragtning, da det ved prissætningen er blevet gjort sammenligneligt med tilbud uden forbehold. Hvis tilbudet efter prissætning af forbeholdet er det laveste, kan der forhandles med tilbudsgiveren, jf. licitationslovens § 3, stk. 3.

Det skal bemærkes, at denne praksis ikke er lovlig, hvor kontrakten er omfattet af EU's udbudsregler, hvilket blev klargjort i afgørelsen i C-243/89, Kommissionen mod Danmark, hvor det blev fastslået, at fravigelser fra de grundlæggende udbudsbetingelser skal føre til afvisning af tilbud. Den danske regering havde gjort gældende i sagen, at forhandling både var nødvendig og helt normal praksis i Danmark, da en bygherre nødvendigvis må have ret til at indlede drøftelser med tilbudsgiveren med henblik på at prissætte forbehold, jf. herved retsmøderapportens pkt. 20. EF-domstolen afviste dette argument, men EF-domstolen tog ikke direkte stilling til, hvornår og hvordan det er lovligt for ordregiver at prissætte et forbehold. Det antages imidlertid, at forbehold

³³¹ Jf. Erik Hørlyck s. 60-61.

i relation til udbudsbetingelser, der ikke er grundlæggende, kan accepteres, og at sådanne forbehold stadig kan prissættes.³³²

Prissætning af afvigelser fra udbudsbetingelserne i udbud, der reguleres af EU's udbudsdirektiver, er baseret på en *antagelse om, at afvigelser fra udbudsmaterialets materielle betingelser lovligt kan være så væsentlige, at de påvirker tilbudsprisen i et omfang, der nødvendiggør* ³³³ *en efterfølgende justering af tilbudsprisen ved ordregivers evaluering af tilbudene.* Denne antagelse er et udtryk for en relativt lempelig fortolkning af, hvornår der foreligger en grundlæggende afvigelse fra udbudsbetingelserne.

Antagelsen ses ikke umiddelbart at være i overensstemmelse med EF-domstolens præmisser i *C-243/89, Kommissionen mod Danmark*, der synes at støtte en anderledes restriktiv fortolkning af grænserne for lovlige afvigelser fra udbudsbetingelserne.³³⁴ Denne afgørelse ses i stedet at støtte en antagelse om, at forbeholdet skal afvises, netop fordi prissætning er aktuel, da dette er et udslag af, at forbeholdet har en sådan betydning, at de grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne er fraveget.³³⁵

Ordregiverens prissætning af forbehold anfægtes yderst sjældent i sager for Klagenævnet for Udbud, men i Klagenævnet for Udbud tog i kendelsen af 22. maj 1997, Højgaard & Schultz mod Hundested Almennyttige Boligselskab, bl.a. stilling til ordregiverens prissætning af 3 forbehold i et tilbud afgivet af lavestbydende. En

³³² Jf. Peter Wengler-Jørgensen og Katja Høegh, UfR 1994 B 311 (s. 314); Katja Høegh, UfR B 1997 151 (s. 152), Erik Hørlyck s. 62, Sune Troels Poulsen, UfR 1998 B 61 (s.66). For en udenlandsk stillingtagen til muligheden for prissætning henvises til Kai Krüger i Sue Arrowsmith og Arwel Davies (red.), *Public Procurement: Global Revolution*, 1998, s. 190. Denne forudsætter ligeledes, at prissætning af forbehold i et vist omfang er mulig.

³³³ Katja Høegh, UfR 1994 B 151 antager s. 152, at ordregiveren har *pligt* til at prissætte forbehold, der er mindre væsentlige, for at sikre ligebehandling af tilbudsgiverne. Forfatteren anfører desuden, at ordregiveren ikke vilkårligt kan forkaste tilbud som følge af mindre væsentlige forbehold, da dette vil umuliggøre den objektivisering og klarhed af udbudsprocedurerne, som udbudsdirektiverne har til formål at sikre. Anderledes Erik Hørlyck s. 62, der afviser betragtningen og fastholder, at ordregiver altid har ret til at afvise tilbud med forbehold. Det må antages, at ordregiveren normalt ikke har pligt til at tage et tilbud i betragtning, der fraviger udbudsbetingelserne. Hvis ordregiveren har accepteret en fravigelse fra en bestemt udbudsbetingelse, der ikke er grundlæggende, må ordregiveren have pligt til at acceptere den samme fravigelse eller tilsvarende fravigelser af udbudsbetingelserne fra de øvrige tilbudsgivere. En anden fremgangsmåde vil kunne karakteriseres som vilkårlig forskelsbehandling.

³³⁴ Jf. den tidligere omtale af præmisserne 37 og 39 under afsnit 5.3.1 og 5.3.1.1.

³³⁵ For en restriktiv fortolkning af tilladelige afvigelser fra udbudsmaterialet se Sue Arrowsmith s. 232.

konkurrerende tilbudsgiver gjorde gældende, at disse forbehold medførte, at tilbudet var ukonditionsmæssigt. Den pågældende kontrakt vedrørte et udbud af en renovering af et almennyttigt boligbyggeri i begrænset udbud.

Klagenævnet tiltrådte, at et af forbeholdene, der foruden at henvise til Entreprenørforeningens standardforbehold af november 1995 tillige henviste til "øvrige relevante forbehold", havde medført, at tilbudet var ukonditionsmæssigt som følge af den usikkerhed, der knyttede sig til forbeholdets omfang og dets økonomiske rækkevidde. Det skal fremhæves, at forbeholdet havde været prissat til 0 kr.

Det andet omstridte forbehold vedrørte en udbudsbetingelse, hvorefter tilbudsgiveren alene kunne kræve betaling for materialer til byggeriet mere end 20 dage før deres anvendelse, hvis der var oplyst herom i tilbudet. Tilbudsgiveren havde forholdt sig til dette ved blot at anføre i tilbudet, at der skulle betales for leverancer før denne frist, dvs. ved et generelt og ubestemt forbehold. Ordregiveren havde lagt til grund, at der alene ville blive tale om forudbetaling af fiberbetonelementer, og havde prissat forbeholdet til 100.000 kr. Klager anfægtede dette og fremhævede, at det både var helt uafklaret, hvilke leverancer der kunne blive tale om at få leveret mere end 20 dage før deres anvendelse, og hvornår de ville blive leveret, og at en prissætning ville være behæftet med betydelig usikkerhed.

Klagenævnet anerkendte, at prissætningen gav anledning til betydelig usikkerhed, men fandt alligevel, at forbeholdet kunne overskues af tilbudsgiveren. Dette er en lempelig fortolkning, da der, som anført af klager og erkendt af Klagenævnet, herskede betydelig usikkerhed ved prissætning af forbeholdet. I betragtning af, at der ifølge klager forventedes leveret materialer for omkring 35 millioner kr. i alt, synes forbeholdet ikke at kunne karakteriseres som ubetydeligt.

Tilbudsgiveren havde endelig taget forbehold for den støjgrænse, der var fastsat i udbudsbetingelserne i forbindelse med et nedbrydningsarbejde. Ordregiveren havde prissat dette forbehold til 0 kr. og gjorde gældende, at der i udbudsbetingelserne var sket en fastlæggelse af en bestemt arbejdsmetode, og at en måling udført *efter* udbudsprocedurens start viste, at støjgrænserne ville blive overholdt ved anvendelse af denne arbejdsmetode.

Klager bestred, at der i udbudsbetingelserne var fastlagt en bestemt arbejdsmetode, da udbudsbetingelserne alene fastsatte det ønskede resultat og derfor i vidt omfang gav tilbudsgiveren valgfrihed med hensyn til udvælgelsen af arbejdsmetode og materiel. Tilbudsgiverens forbehold havde derfor betydning, da den pågældende tilbudsgiver på grund af forbeholdet kunne vælge mindre bekostelige arbejdsmetoder og materiel til opgaven.

Klagenævnet fastslog, at der ikke var fastsat en bestemt arbejdsmetode vedrørende nedrivningen, og at forbeholdet derfor havde betydning. Nævnet anførte videre, at ordregiveren havde haft pligt til at prissætte forbeholdet, da det efter sin beskaffenhed kunne prissættes, men at muligheden for prissætning medførte, at forbeholdet ikke

gjorde tilbudet ukonditionsmæssigt. Da ordregiveren havde lagt en ukorrekt vurdering til grund for prissætningen, fandt Klagenævnet, at ordregiveren havde overtrådt bygge- og anlægsdirektivet.

At dømme efter ordlyden af Klagenævnets præmisser skal et tilbud med et forbehold, der kan prissættes, tages i betragtning af ordregiver. Kendelsens ordlyd er på dette punkt misvisende, da prissætning under alle omstændigheder forudsætter, at forbeholdet ikke vedrører *grundlæggende* elementer i udbudsbetingelserne. Hvis forbeholdet vedrører grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, hverken skal eller kan ordregiver tage tilbudet i betragtning ved tildelingen af den offentlige kontrakt, uanset at forbeholdet kan prissættes, hvilket forudsætningsvis fremgår af C-243/89, Kommissionen mod Danmark.

Hvis man tillod ordregiveren at prissætte afvigelser i tilbud fra de grundlæggende udbudsbetingelser, ville en sådan prissætning være behæftet med stor usikkerhed, da det ville være særdeles vanskeligt for ordregiver at vurdere, hvordan en fravigelse af de grundlæggende udbudsbetingelser i givet fald ville have påvirket tilbudsprisen. En anden og endnu større ulempe ville i givet fald være, at en sådan skønsbeføjelse i realiteten ville udhule den sikring af tilbudsgivernes ligebehandling, der følger af kravet om, at tilbudene skal være udarbejdet på de samme forudsætninger.

Prissætningen i den konkrete sag illustrerer på glimrende vis den ikke ubetydelige usikkerhed, der er forbundet med prissætningen af forbehold, og tillige den åbenbare mulighed for, at ordregiveren kan misbruge beføjelsen til at prissætte forbehold lavt til fordel for en eller flere udvalgte tilbudsgivere.

Klagenævnets stillingtagen i den konkrete sag viser, at Nævnet har lagt til grund, at praksis om prissætning af forbehold ikke er uforenelig med kravet om grundlæggende overensstemmelse mellem udbudsbetingelser og tilbud, samt at Nævnet vil gå langt i retning af at tillade ordregiverens accept af forbehold, der efter deres beskaffenhed kan prisfastsættes.

5.3.1.1.2 Fravigelser fra de formelle udbudsbetingelser

De formelle udbudsbetingelser relaterer sig ikke til den ønskede ydelse, men til budenes udformning og udbudsproceduren som sådan. Eksempler på denne type betingelser er tilbudsfristen, dvs. tidsfristen for indlevering af bud, krav om udarbejdelse af tilbudet på et givet sprog, at tilbudene skal fremsendes til en bestemt adresse eller i et bestemt antal kopier etc.

Det er ikke ofte, at disse forhold giver anledning til klagesager ved Klagenævnet for Udbud, hvilket kan skyldes en række af faktorer. Det kunne være et udslag af, at de formelle udbudsbetingelser gennemgående overholdes, eller et udslag af, at det gennemgående ikke volder vanskeligheder at konstatere, når betingelserne ikke

overholdes, og at dette umiddelbart fører til, at det pågældende tilbud lades ude af betragtning.

En anden og mere nærliggende mulighed er, at de formelle udbudsbetingelser hyppigt fraviges, men at ordregiverne ofte vælger at acceptere overtrædelser af de formelle udbudsbetingelser for ikke at udelukke konkurrencedygtige bud, der opfylder ordregiverens krav til den ønskede ydelse, uanset at dette umiddelbart forekommer at være problematisk i forhold til ligebehandlingsprincippet. Skulle dette være tilfældet, vil de øvrige tilbudsgivere normalt ikke få kendskab til ordregiverens accept af manglende iagttagelse af de formelle udbudsbetingelser til fordel for en eller flere af de øvrige tilbudsgivere, hvilket ifølge sagens natur indebærer, at sagerne ikke rejses.

Der er i den juridiske litteratur argumenteret for,³³⁶ at ordregiverne almindeligvis skal have ret til at tage et tilbud i betragtning til trods for, at det fraviger de formelle udbudsbetingelser, støttet på en betragtning om, at fravigelse af de fleste typer af overtrædelser af formelle udbudsbetingelser ikke vil indebære væsentlig ulighed mellem tilbudsgiverne. Det nævnes tidligere i denne forbindelse, at formelle udbudsbetingelser er indsat af ordregiveren for at tjene dennes egne formål, og at dette forhold kan fremføres til støtte for synspunktet om, at ordregiveren kan se bort fra manglende opfyldelse af de formelle udbudsbetingelser. Sammesteds støttes synspunktet endvidere på værdispildsbetragtninger, og det anføres, at det er uhensigtsmæssigt, hvis ordregivere på grund af formalia skal tvinges til at bortse fra et i øvrigt konkurrencedygtigt tilbud. Forfatteren fremhæver dog, at visse formelle udbudsbetingelser er så vigtige, at denne hovedregel skal fraviges, og nævner bl.a. fristen for indlevering af tilbud som et eksempel på denne type.

Ovennævnte argumentation indeholder flere vægtige argumenter, og det forekommer sandsynligt, at en ordregiver i en række tilfælde vil have mulighed for at bortse fra tilbudsgivernes manglende opfyldelse af de formelle udbudsbetingelser, uden at dette vil være en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Det er eksempelvis svært at forestille sig, at indlevering af et tilbud i et forkert antal kopier med rimelighed skulle medføre, at en ordregiver ikke kunne tage et tilbud i betragtning.

Spørgsmålet er imidlertid, om disse forhold er tilstrækkelige til at gå ud fra, at ordregiveren som hovedregel kan tage et tilbud i betragtning, der fraviger de formelle udbudsbetingelser som antaget af Arrowsmith. I givet fald ville udgangspunktet ved afvigelser fra de formelle udbudsbetingelser være det stik modsatte af udgangspunktet for tilladelige afvigelser fra de materielle udbudsbetingelser, hvor det netop antages, at afvigelser som hovedregel skal føre til afvisning af et tilbud. En sådan retstilstand ville i høj grad være overraskende, og den ville i givet fald ikke harmonere med den generelt restriktive tilgangsvinkel, der anlægges ved fortolkningen af ligebehandlingsprincippet. Et andet forhold af betydning er, at der åbnes mulighed for misbrug fra

³³⁶ Jf. Sue Arrowsmith s. 234-35.

ordregiverens side, hvis ordregiveren gennemgående er beføjet til at acceptere fravigelser fra de formelle udbudsbetingelser, da ordregiveren i givet fald kunne vælge alene at benytte sig af beføjelsen i forhold til favoriserede tilbudsgivere i strid med ligebehandlingsprincippet.

Det må i stedet antages, at *udgangspunktet er, at de formelle udbudsbetingelser skal overholdes af tilbudsgiver, og at den sædvanlige konsekvens af manglende overholdelse vil være, at ordregiver er forpligtet til at se bort fra de pågældende tilbud.*

Hertil skal dog tilføjes, at der må antages at være en større margen for ordregiveren til at acceptere en afvigelse fra de formelle udbudsbetingelser end en afvigelse fra de materielle udbudsbetingelser. Dette skal navnlig ses i sammenhæng med, at tilbudsgiverne i en udbudsprocedure primært konkurrerer om opfyldelsen af de materielle udbudsbetingelser, dvs. ydelsen, og i mindre grad om på indirekte vis konkurrerer om opfyldelsen af de formelle udbudsbetingelser. Alligevel vil påvirkningen eller risikoen for påvirkning af konkurrenceforholdene i en række tilfælde være nok så væsentlig, hvis ordregiveren tillader en enkelt tilbudsgiver at fravige en formel udbudsbetingelse.

Eksempelvis vil en dansk tilbudsgiver, der ikke har udformet et tilbud på engelsk som krævet af ordregiveren,³³⁷ blive stillet klart bedre i forhold til konkurrenterne, hvis ordregiveren, til trods for denne afvigelse, tager tilbudet i betragtning. Den pågældende tilbudsgiver har sparet tid ved ikke at skulle have tilbudet oversat, og da der sædvanligvis er et betydeligt tidspres ved udarbejdelse af udbud, vil denne fordel være væsentlig, og tilbudsgiveren vil i tillæg hertil have sparet udgifterne til oversættelse af tilbudet. Desuden er der en vis sandsynlighed for, at ordregiverens krav om tilbudets udformning på engelsk kan have afholdt konkurrenter fra at afgive tilbud. Sammenfattende kan det siges, at et krav om tilbudets udarbejdelse på et bestemt sprog er så væsentligt, at ordregiveren ikke har mulighed for at acceptere en fravigelse af udbudsbetingelsen.³³⁸

Hvis ordregiveren har accepteret en fravigelse af én bestemt udbudsbetingelse til fordel for en enkelt tilbudsgiver, må det utvivlsomt være en konsekvens af ligebehandlingsprincippet, at ordregiveren generelt har pligt til at acceptere en afvigelse af denne

³³⁷ Et eksempel på, at en dansk ordregiver har gennemført udbudsproceduren på engelsk, foreligger med kendelse af 18. november 1996, European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S. Klagenævnet krævede ikke udbudsmaterialet oversat fra engelsk til dansk. Nævnets arbejdssprog er dansk, men formanden for Klagenævnet kan tillade dokumenter fremlagt på et andet sprog, jf. § 9 i klagenævnsbekendtgørelsen.

³³⁸ Anderledes Sue Arrowsmith s. 235, der nævner kravet om udarbejdelse af tilbudet på fremmedsprog som et eksempel på et tilfælde, der *muligvis* ikke kan fraviges, uden at tilbudet skal afvises af ordregiveren.

udbudsbetingelse hos de øvrige tilbudsgivere.³³⁹ Det synes nærliggende at antage, at en yderligere konsekvens af at acceptere en fravigelse fra de formelle udbudsbetingelser i et enkelt tilfælde vil være, at ordregiveren er forpligtet til at acceptere afvigelser fra de formelle udbudsbetingelser af tilsvarende betydning hos de øvrige tilbudsgivere. Ordregiverens accept af en given fravigelse må indebære, at der sættes en tolerancetærskel, der ikke kan tilsidesættes uden saglig begrundelse.

Sue Arrowsmith gør gældende,³⁴⁰ at uligheden muligvis kan fjernes ved tilbudsgiverens opfyldelse af betingelsen efter budgivningen, men at dette i givet fald vil afhænge af en konkret vurdering. Hertil bemærkes, at en konkret vurdering som udgangspunkt må antages at være irrelevant og at være udslag af en forskelsbehandling til fordel for den tilbudsgiver, der har undladt at opfylde udbudsbetingelsen.

En anden formel udbudsbetingelse, der er af væsentlig betydning for konkurrencen, er tilbudsgivernes overholdelse af fristen for indlevering af tilbud. Tilbudsfristen er et vigtigt element i udbudsbetingelserne til sikring af ligebehandlingsprincippet overholdelse, og ordregiveren må antages at skulle afvise et tilbud, der ikke er indleveret på rette tid og sted.

Tilbudsfristens væsentlighed blev understreget af EF-domstolen i sagen C-87/94, Kommissionen mod Belgien, hvor Domstolen fremhævede enkelte procedureregler, der særligt har betydning for ligebehandlingsprincippet iagttagelse ved at sikre, at alle tilbudsgivere får lige chancer ved formuleringen af deres tilbud. EF-domstolen fastslog, at en ordregiver er forpligtet til at fastsætte en frist for modtagelse af tilbud, således at alle tilbudsgivere disponerer over samme tidsrum efter offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen til udarbejdelse af tilbud.

Ordregiverens forpligtelse til at afvise tilbud, der ikke opfylder tilbudsfristen, er af stor praktisk betydning, da tilbudsgivere ofte udarbejder tilbud under stort tidspres, og derfor kan forsinkelser med indlevering af tilbudene let opstå.

Klagenævnet for Udbud har i kendelse af 21. februar 1996, IBF Nord A/S og Frejlev Cement Støberi A/S mod Aalborg Kommune, haft lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet om en ordregivers mulighed for at tage et tilbud i betragtning, der ikke var til stede på rette tid og sted.

En kommune havde udbudt et indkøb i offentligt udbud efter vareindkøbsdirektivet. 3 virksomheder havde anmodet om at få fremsendt udbudsmateriale, men ved tilbudsfristens udløb blev det, i forbindelse med budenes åbning, konstateret, at alene

³³⁹ Jf. Sue Arrowsmith s. 235 for en tilsvarende opfattelse vedrørende fravigelse fra en bestemt udbudsbetingelse. Forfatteren tager imidlertid ikke stilling til, om der består en pligt for ordregiveren til at acceptere fravigelser af andre formelle udbudsbetingelser af tilsvarende betydning.

³⁴⁰ Op.cit.

2 virksomheder havde fremsendt tilbud. Næste dags morgen kontaktede en medarbejder hos kommunen indkøbskontoret og oplyste, at der forelå et yderligere tilbud. Indkøbskontoret kontaktede samme dag den pågældende tilbudsgiver, angiveligt uden at tilkendegive at tilbudet nu var modtaget, og det blev oplyst, at tilbudet var afsendt før 2 dage før tilbudsfristens udløb. Brevet var imidlertid stemplet på en sådan måde, at det var udateret. Få dage senere besluttede kommunen, der efter det oplyste ikke havde åbnet budet, at tilbudet skulle anses for rettidigt. Kommunen besluttede ligeledes at tildele kontrakten til den tilbudsgiver, hvis tilbud først var fremkommet dagen efter tilbudsfristens udløb. En af de øvrige tilbudsgivere indgav klage og påstod, at kommunen havde tilsidesat vareindkøbsdirektivets artikel 9, stk. 4 ved at tage et tilbud i betragtning, der ikke var indkommet rettidigt.

Kommunen gjorde særligt gældende, at det ikke er en betingelse for, at et tilbud kan anses for rettidigt, at det foreligger ved tilbudsåbningen, forudsat at det efterfølgende med sikkerhed eller dog med stor sandsynlighed kan konstateres, at tilbudet på det relevante tidspunkt var kommet frem til kommunen.

Klagenævnet for Udbud tog ikke kommunens argumentation til følge og anførte, at vareindkøbsdirektivet efter sit formål må forstås således, at kun tilbud, der foreligger på stedet for åbningen af bud og på det tidspunkt, hvor åbningen skal påbegyndes, kan anses for rettidigt modtaget af ordregiveren.

Klagenævnets afgørelse er et udtryk for en restriktiv fortolkning af ligebehandlingsprincippet betydning for tilbudsfristens overholdelse, og afgørelsen er baseret på en forudsætning om, at forsendelsesrisikoen efter EU's udbudsregler påhviler tilbudsgiveren. Denne fortolkning blev støttet på en formålsfortolkning af udbudsdirektivet, da det ikke fremgår af ordlyden af vareindkøbsdirektivets artikel 9, stk. 4 eller den relevante model for udbudsbekendtgørelsen i EF-tidende, hvordan fristen for modtagelsen af tilbud afbrydes. Efter visse udbudssystemer kan fristafbrydelsen ske enten ved rettidig indlevering på et givet sted eller ved indleveringen til postvæsenet, hvor forsendelsesrisikoen i sidstnævnte tilfælde overgår til ordregiveren.³⁴¹ Klagenævnets fortolkning må antages at være i fuld overensstemmelse med gældende ret, og Nævnets fortolkning er efterfølgende blevet understøttet af EF-domstolens fremhævelse af tilbudsfristens betydning for ligebehandlingsprincippet overholdelse i C-87/94, Kommissionen mod Belgien.³⁴²

Sagen illustrerer på glimrende vis, at manglende overholdelse af en formel udbudsbetingelse kan få særdeles vidtrækkende konsekvenser. Det forekom

³⁴¹ Dette er eksempelvis tilfældet i GPA-aftalen, og der kan henvises til denne aftales artikel XIII 1.a). Se om spørgsmålet Lasse Simonsen s. 603.

³⁴² EF-domstolens afgørelse blev afsagt 25. april 1996 og Klagenævnets kendelse 21. februar 1996.

overvejende sandsynligt, at den pågældende tilbudsgiver havde afsendt tilbudet rettidigt som erklæret over for ordregiveren. Der ses desuden ikke at have været konkrete holdepunkter for at antage, at ordregiveren skulle have tilsigtet at favorisere den pågældende tilbudsgiver, og det bemærkes, at tilbudet først blev åbnet efter beslutningen om at anse tilbudet for rettidigt modtaget.

Det er dog værd at bemærke, at klageren alene havde nedlagt påstand om konstatering af, at ordregiveren havde handlet i strid med vareindkøbsdirektivet, og ikke om annullation af ordregiverens beslutning om at tildele kontrakten til tilbudsgiveren, der ikke havde indleveret rettidigt. Klageren anlagde et erstatningssøgsmål i forlængelse af hændelsesforløbet med påstand om erstatning for den positive opfyldelsesinteresse.

5.3.1.2. Alternative bud

Det fremgår af udbudsdirektiverne, at en ordregiver i visse tilfælde kan tillade eller kræve, at der afgives alternative bud, og denne adgang er en vigtig undtagelse til kravet om, at samtlige tilbud skal være i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Baggrunden for, at alternative bud tillades, til trods for at dette reducerer gennemsligtigheden og beskyttelsen efter ligebehandlingsprincippet, er særligt ønsket om at sikre, at ordregiverne har mulighed for at udnytte, at tilbudsgiverne i visse tilfælde kan foreslå bedre løsninger, end ordregiveren kunne eller havde forudset ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet. Ofte vil ordregiveren have langt mindre kendskab til det pågældende marked end tilbudsgiverne, og det ville fra et samfundsøkonomisk synspunkt være et stort værdispild, hvis alternative løsninger afskæres.

Muligheden for at indlevere alternative bud er både af stor betydning for virksomhederne og brugerne og er en stimulerende faktor for forskningen i nye teknologier, der giver brugerne et bredere udvalg af produkter og del i det tekniske fremskridt.³⁴³

I det følgende redegøres nærmere for de begrænsninger og betingelser, der knytter sig til denne beføjelse, og der sondres mellem fakultative og obligatoriske alternative bud, jf. herved generaladvokat Lenz i dennes forslag til afgørelse i C-87/94, Kommissionen mod Belgien, punkt 89. Et fakultativt alternativt bud er en følge af, at ordregiveren har tilladt alternative bud, mens et obligatorisk alternativt bud fremkommer som en følge af, at ordregiveren har opstillet et krav om afgivelse af alternative bud i udbudsbetingelserne.

³⁴³ Dette fremhæves bl.a. i Kommissionens vejledning til vareindkøbsdirektivet (1997) s. 47. Se desuden bemærkningerne i Kom (86) 679 endl. s. 12 om baggrunden for indførslen af reglerne om alternative tilbud fremsat i forbindelse med forslaget til ændring af direktiv 71/305.

A) Fakultative alternative bud

Det fremgår af udbudsdirektiverne,³⁴⁴ at en ordregiver i visse tilfælde har mulighed for at tillade, at der indleveres tilbud, der afviger fra udbudsbetingelserne.

Denne mulighed er underlagt visse betingelser og er *begrænset til udbudsprocedurer, hvor tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige tilbud*, hvilket fremgår udtrykkeligt af udbudsdirektiverne. Dette skal ses i sammenhæng med, at anvendelsen af tildelingskriteriet laveste bud, der efter udbudsdirektiverne er det eneste alternativ til kriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, forudsætter en streng overholdelse af udbudsbetingelserne for at sikre ligebehandling af tilbudsgiverne, når der alene konkurreres på prisen.³⁴⁵ Dette skyldes, at der reelt kun kan foretages en rimelig vurdering af det alternativt bud og en rimelig sammenligning mellem alternative bud og bud, der opfylder standardbetingelserne, hvis budene vurderes ud fra flere kriterier og ikke kun ud fra prisen.

Hvis ordregiveren ikke anvender tildelingskriteriet laveste bud, er det i princippet overladt til ordregiverens frie skøn at afgøre, om alternative bud skal tillades eller forbydes, og i givet fald at definere, hvilken type alternative bud der ønskes taget i betragtning og på hvilke betingelser.

Der stilles dog visse krav til ordregiverens bekendtgørelse af disse beslutninger, og den manglende iagttagelse af disse betingelser vil afskære ordregiveren fra at tage et alternativt bud i betragtning.

Det fremgår direkte af udbudsdirektiverne, at det skal angives i udbudsbekendtgørelsen, hvis alternative bud ikke modtages. Dette medfører dog ikke, at tilbudsgiverne kan indlevere alternative bud, når blot alternative bud ikke er forbudt i udbudsbekendtgørelsen.³⁴⁶ I udbudsdirektiverne er tillige opstillet et krav om, at det skal angives i udbudsbetingelserne, hvilke mindstekrav alternative bud skal opfylde, og et krav om at ordregiveren skal angive de nærmere bestemmelser for deres udformning.

Det følger heraf, at alternative bud er udelukket, hvis ordregiveren har forsømt at angive mindstekrav og de formelle betingelser for afgivelse af alternativt bud, jf.

³⁴⁴ Se vareindkøbsdirektivets artikel 16, tjenesteydelsesdirektivets artikel 24, bygge- og anlægsdirektivets artikel 19 og forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 34, stk. 3.

³⁴⁵ Lasse Simonsen antager s. 607, at en ordregiver kan vælge en løsning, som ubestrideligt er af bedre kvalitet end den løsning, der er beskrevet i udbudsbetingelserne, forudsat at tilbudet er det billigste.

³⁴⁶ Jf. ligeledes Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's udbudsdirektiver s. 26, hvor det anføres, at udbudsdirektivernes bestemmelser, om at det skal angives i udbudsbekendtgørelsen, hvis alternative bud ikke modtages, må betragtes som ordensforskrifter.

ligeledes EF-domstolens afgørelse i C-87/94, Kommissionen mod Belgien, præmis 89. EF-domstolen understregede i denne forbindelse, at en sådan fortolkning sikrer, at en kontrakt tildes på grundlag af kriterier, der er kendt af alle tilbudsgivere, før de forbereder deres bud.

Det er uklart, hvordan betingelsen om angivelsen af mindstekrav skal opfyldes i praksis.³⁴⁷ Klagenævnet for Udbud fremkom i kendelsen af 14. september 1998, Det Danske Handelskammer mod Danmarks Statistik, med en fortolkning vedrørende det nærmere indhold af udbudsdirektivernes krav om angivelse af mindstekrav.³⁴⁸ Ordregiveren i den pågældende sag havde udtrykkelig anført, at der kunne afgives alternative bud, men beskrivelsen af mindstekravene var så upræcis og uklar, at den ikke opfyldte de krav, der fulgte af det relevante direktiv.

Klagenævnet fremkom med en række generelle betragtninger om spørgsmålet. Nævnet anførte, at angivelsen af mindstekrav skal have et sådant indhold og være så præcis, at tilbudsgiverne kan konstatere mindstekravenes indhold med fornøden sikkerhed i forbindelse med udarbejdelsen af tilbud, og at tilbudsgiverne skal have mulighed for at afgive alternative tilbud, der er lige så dækkende for den udbudte ydelse som tilbud, der opfylder samtlige udbudsbetingelser. Nævnet fremhævede endelig, at angivelsen skal sikre, at ordregiveren kan foretage en saglig vurdering af de modtagne bud, uanset om de opfylder samtlige udbudsbetingelser eller alene mindstekravene.

B) Obligatoriske alternative bud

Det kan lægges til grund, at ordregiveren skal bekendtgøre kravet om alternativ budgivning, og at ordregiveren, som ved fakultative bud, skal angive mindstekrav og de formelle krav til udformningen af de alternative bud.

Udbudsdirektiverne sonderer ikke mellem obligatoriske og fakultative alternative bud. Det er imidlertid væsentligt, at tilbudsgiverne er opmærksom på sontringen, da en tilbudsgiver, der ikke indleverer et obligatorisk alternativt bud som forudsat i udbudsbetingelserne, skal udelukkes fra videre deltagelse i udbudsproceduren. Det er endvidere væsentligt, at ordregivere er opmærksom på sontringen, da det kan være hensigtsmæssigt at kræve alternativ budgivning i visse situationer.

Ordregiveren kan f.eks. kræve alternativ budgivning med henblik på at tage højde for, at tilbudsgivningen kan overstige ordregiverens budgetramme. Det må antages, at

³⁴⁷ Se endvidere Lasse Simonsen om spørgsmålet s. 608-609; Konkurrencestyrelsens vejledning, "EU's udbudsdirektiver", s. 116-117.

³⁴⁸ Kendelsen af 31. august 1998, Miri Stål A/S mod Ringsted Kommune, vedrører ligeledes spørgsmålet om angivelsen af mindstekrav ved alternativ budgivning.

ordregiveren kan foreskrive i udbudsbetingelserne, at der skal afgives en særskilt pris på en række ydelser og kan forbeholde sig ret til at udskyde disse ydelser af kontrakten, hvis den samlede pris overstiger ordregiverens budgetramme, jf. herved Klagenævnets kendelse af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium, der er nærmere omtalt i afsnit 5.3.4, hvortil der henvises. Hvis ordregiveren ikke har taget disse forholdsregler, vil ordregiveren normalt være nødsaget til at annullere udbudsproceduren med henblik på omgørelse, jf. herved nærmere i kapitel 6 om de tilfælde, hvor budgetrammen overskrides.

5.3.2. Præcisering af fejl og uklarheder i tilbudene

Det nærmere indhold af et tilbud er ofte uklart i praksis som følge af, at budene indeholder deciderede regnefejl, selvmodsigelser, tvetydigheder og forbehold, hvis økonomiske konsekvens er uklar, og det har derfor væsentlig betydning, i hvilken udstrækning der er adgang til at præcisere fejl og uklarheder i budene. Spørgsmålet har desuden afgørende betydning for gennemslagskraften af forhandlingsforbudet, da en for fleksibel fortolkning af adgangen til præcisering vil kunne åbne for misbrug af beføjelsen og vil kunne gøre beskyttelsen mod konkurrenceforvridende dialog illusorisk.

Der tages i denne fremstilling udgangspunkt i *ordregiverens* adgang til at søge fejl og uklarheder præciseret, da det er ordregiverens adgang til at afklare og tage en præcisering i betragtning, der normerer grænserne for *tilbudsgiverens* adgang til at præcisere. Når ordregiver er afskåret fra at tage en tilbudsgivers præcisering af et forhold i betragtning, er tilbudsgiveren i realiteten afskåret fra at søge forholdet præciseret.

Det anføres i Fælleserklæringen, at der må finde drøftelser sted med ansøgere eller bydende, når det sker med henblik på at præcisere indholdet af deres bud eller de ordregivende myndigheders krav, i det omfang dette ikke giver anledning til forskelsbehandling. En nærliggende fortolkning af ordlyden af Fælleserklæringen er, at det som hovedregel er foreneligt med forhandlingsforbudet, at ordregiveren kontakter tilbudsgiveren direkte og ved individuel henvendelse med henblik på at få præciseret indholdet af et tilbud i de tilfælde, hvor dette er uklart.

En nærmere analyse af praksis afdækker imidlertid, at ovenstående fortolkning af forhandlingsforbudet støttet på Fælleserklæringens ordlyd ikke kan opretholdes, og at ordregivers adgang til at tage kontakt til både den enkelte tilbudsgiver og samtlige tilbudsgivere efter gældende ret er underlagt væsentlige begrænsninger.

I det følgende behandles problemstillingen i forhold til dialogens genstand. Der indledes med en analyse af spørgsmålet om adgang til præcisering af priser, der i sagens natur er af afgørende betydning. Herefter behandles spørgsmålet i relation til

forbehold, der i praksis hyppigt giver anledning til udbudstvister, og afslutningsvis ses der på uklarheder vedrørende tilbudets omfang.

5.3.2.1. Priser

Det forekommer, at et tilbud indeholder regnefejl, eller at prisangivelsen i øvrigt er uklar, og sædvanligvis vil ordregiveren blive opmærksom på forholdet ved evalueringen af budene. Det vil da være nødvendigt for ordregiveren at tage stilling til, om ordregiveren kan eller skal søge forholdet berigtiget, og i givet fald hvordan en berigtigelse skal gribes an. Udbudsdirektiverne regulerer ikke direkte disse spørgsmål, hvis besvarelse følger af fortolkning af forhandlingsforbudet og har været forelagt både Retten i Første Instans (De Europæiske Fællesskabers Ret i første instans) og Klagenævnet for Udbud.

Typisk vil en konflikt om forholdet være en følge af, at konkurrerende tilbudsgivere anfægter, at ordregiveren har taget kontakt til en tilbudsgiver med henblik på at få præciseret et tilbud. Ordregiverne har en klar interesse i at få afklaret uklarheder ved de mest konkurrencedygtige tilbud og vil derfor i egen økonomisk interesse være tilbøjelige til i tvivlstilfælde at anse sig for berettigede til at søge et tilbud præciseret.

I sjældnere tilfælde vil ordregiveren undlade at søge et tilbud præciseret, hvorefter ordregiveren undlader at tage tilbudet i betragtning som følge af, at dette efter sit indhold er uklart. Tilbudsgiveren kan da anfægte ordregiverens passivitet ud fra en betragtning om, at tilbudsgiveren er blevet forskelsbehandlet, fordi ordregiveren havde pligt til at søge tilbudet præciseret.

Et eksempel herpå er sagen T-19/95, *Adia Interim mod Kommissionen*.³⁴⁹ I denne sag havde Kommissionen udbudt rammekontrakter vedrørende vikarformidling i offentligt udbud. En tilbudsgiver havde indleveret et bud, der klart indeholdt en regnefejl. Kommissionen hverken korrigerede fejlen eller rettede henvendelse til tilbudsgiveren, således at denne kunne rette fejlen, til trods for, at Kommissionen havde konstateret, at budet indeholdt en gennemgående regnefejl.

Tilbudsgiveren anfægtede Kommissionens fremgangsmåde og gjorde særligt gældende, at Kommissionen i henhold til ligebehandlingsprincippet og princippet om god forvaltningsskik havde pligt til enten selv at korrigere fejlen eller at rette henvendelse til tilbudsgiveren med henblik på afklaring af fejlen. EU's Finansforordning forbyder kontakt mellem institutionen og den bydende efter tilbudsgivning, men

³⁴⁹ T-19/95, *Adia Interim mod Kommissionen*, Saml. 1996 II s. 321. Afgørelsen er kommenteret af Adrian Brown i PPLR 1997 CS 4.

tillader undtagelsesvis en sådan kontakt med henblik på at korrigere åbenlyse, materielle fejl i udformningen af budet.³⁵⁰

Retten i Første Instans understregede indledningsvis, at sidstnævnte bestemmelse ikke kan fortolkes således, at den pålægger institutionerne en generel pligt til at tage kontakt med tilbudsgiverne. Retten behandlede herefter spørgsmålet, om Kommissionen i det konkrete tilfælde havde haft pligt til at tage kontakt med tilbudsgiveren ud fra en betragtning om, at fejlen var særlig åbenlys, jf. herved ligebehandlingsprincippet og princippet om god forvaltningsskik. Retten fastslog, at fejlen ikke havde været særlig åbenlys, eftersom det alene havde været klart, at der forelå en gennemgående regnefejl, men uden at det var åbenlyst, hvad der nærmere var fejls karakter eller årsag. Retten konstaterede herefter, at Kommissionen ville have overtrådt ligebehandlingsprincippet, hvis den havde kontaktet tilbudsgiveren. Retten begrundede dette med, at enhver kontakt til tilbudsgiveren med henblik på at afklare regnefejls karakter og årsag ville have indebåret en risiko for en tilpasning af andre faktorer, som der tages hensyn til ved fastlæggelsen af tilbudsprisen. Retten understregede samtidig, at tilbudsgiverne har pligt til at være omhyggelige ved udformningen af deres bud.

Denne afgørelse er et udtryk for et yderst restriktivt syn på en ordregivers adgang til at søge fejl og uklarheder vedrørende prisforhold korrigeret. Af afgørelsen kan udledes, at ordregivers adgang til at rette henvendelse til en tilbudsgiver vedrørende uklarheder angående prisen er særdeles begrænset. Det synes at være en betingelse, at det både er åbenlyst, at der er en fejl eller uklarhed i tilbudet, og endnu vigtigere, at det tillige er åbenlyst, hvad den korrekte prisangivelse i givet fald skulle have været. Såfremt disse betingelser er opfyldt, må det antages, at ordregiveren vil have både ret og pligt til at korrigere fejlen.

Klagenævnet for Udbud har med sin afgørelse af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium, truffet en afgørelse, der i sit ræsonnement har fællestræk med afgørelsen i Adia Interim. Ordregiveren havde udbudt rådgivende arkitekt- og ingeniørydelser ved projekteringen og opførelsen af en bygning som et begrænset udbud i medfør af tjenesteydelsesdirektivet. 42 virksomheder anmodede om prækvalifikation, hvoraf 6 blev prækvalificeret. Samtlige prækvalificerede afgav tilbud rettidigt, men ordregiveren lagde til grund, at ingen af projekterne kunne realiseres til den økonomiske ramme for projektet fastsat til 17,4 mio. kr. i udbudsbetingelserne. Dommerkomitéen foranledigede herefter, at der blev rettet skriftlig henvendelse til samtlige tilbudsgivere, der blev bedt om at kontrollere, at deres tilbudspris var beregnet i overensstemmelse med udbudsbetingelsernes bestemmelser om honorarprocenter. Tilbudsgiverne blev ligeledes bedt om at bekræfte prisangivelsen i tilbudene. I skrivelsen til tilbudsgiverne begrundede man henvendelsen med, at man var blevet gjort opmærksom på, at udbudsbetingelsernes bestemmelser om honorarpro-

³⁵⁰ Jf. forordning nr. 3418/93 artikel 99, litra h, nr. 2.

center kunne give anledning til misforståelser. Et af dommerkomitéens medlemmer forklarede desuden for Klagenævnet, at komitéen havde antaget, at der var en misforståelse i et bestemt tilbud vedrørende angivelsen af honorarprocenterne. Henvendelsen til tilbudsgiverne om prisen var ikke forgæves, men resulterede i, at to af tilbudsgiverne sænkede prisen ved en væsentlig reduktion af deres honorarprocenter. Ordregiveren tildelte herefter kontrakten til den ene af de tilbudsgivere, der havde reduceret prisen, under forudsætning af at ordregiveren kunne overtage ejendommen fra Københavns Kommune og få en byggetilladelse til en tilbygning.

Klagenævnet for Udbud fastslog, at udbudsbestemmelsernes betingelser om honorarprocenter havde været klare i modsætning til, hvad der var blevet lagt til grund af ordregiveren. Nævnet fremhævede samtidig, at bestemmelserne om honorarprocenter ikke kunne give anledning til tvivl hos professionelle arkitekt- og ingeniørvirksomheder ved udarbejdelsen af et tilbud. Nævnet fastslog endvidere, at enhver henvendelse fra en ordregiver til tilbudsgiverne om priser, herunder honorarprocenter, indebærer en risiko for, at tilbudsgiverne benytter forespørgslen til at sænke prisen, og at enhver henvendelse af denne art dermed indebærer en risiko for tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Nævnet understregede, at dette forhold gør sig gældende, både hvor henvendelsen alene rettes til en tilbudsgiver, og hvor der rettes en ensartet henvendelse til samtlige tilbudsgivere, uanset om ordregiveren på tidspunktet for henvendelsen endnu ikke kender tilbudsgiverens identitet, hvilket var tilfældet i den konkrete klagesag. Klagenævnet anførte, at ordregiveren ikke havde haft grundlag for at antage, at et eller flere af tilbudene i den konkrete sag var behæftet med en åbenlys fejl, og at ordregiveren havde handlet i strid med forhandlingsforbudet/ligebehandlingsprincippet³⁵¹ ved at rette henvendelse til tilbudsgiverne om honorarprocenterne.

I et obiter dictum tilføjede Klagenævnet, at henvendelse til tilbudsgiverne vedrørende priser kun kan ske uden tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, når det efter en vurdering af samtlige tilbud er åbenbart, at et eller flere tilbud er behæftet med fejl.

Klagenævnets afgørelse er, som afgørelsen i T-19/95, *Adia Interim mod Kommissionen*, et udtryk for en restriktiv fortolkning af ordregiverens adgang til at søge en fejl i tilbudspriserne berigtiget. Klagenævnet tilsidesatte kategorisk ordregiverens antagelse om, at udbudsbetingelsernes bestemmelser om beregning af honorarprocenter var uklare, og ordregiverens antagelse om, at der i et eller flere af tilbudene var en fejl. Nævnet fremhævede desuden, at enhver henvendelse til tilbudsgiverne om priser indebærer en risiko for tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. Klageren havde alene søgt at få Klagenævnet til at konstatere, at ordregiveren havde overtrådt udbudsreglerne på en række punkter, men havde undladt at nedlægge påstand om annullation af beslutningen om tildeling af kontrakten. Klagenævnet fandt ikke

³⁵¹ Begreberne bruges synonymt i kendelsen.

anledning til af egen drift at tage stilling til, om overtrædelsen af forbudet mod prisforhandling, der er en grov overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, kunne føre til annullation af tildelingen af kontrakten.

Klagenævnets afgørelse afviger imidlertid fra afgørelsen i T-19/95, *Adia Interim mod Kommissionen*, på et afgørende punkt. Klagenævnet lagde i sit obiter dictum til grund, at en ordregiver kan rette henvendelse til tilbudsgiverne vedrørende pris, når det efter en vurdering af samtlige tilbud er åbenbart, at et eller flere tilbud er behæftet med fejl. Dette er imidlertid ikke tilstrækkeligt til iagttagelse af ligebehandlingsprincippet i henhold til afgørelsen i T-19/95, *Adia Interim mod Kommissionen*. Retten lagde i denne afgørelse til grund, at en henvendelse til en tilbudsgiver ville være ulovlig, selv hvor fejlen var åbenbar, hvis det samtidig var uklart, hvad der nærmere var regnefejlens årsag og baggrund. Af Rettens afgørelse kan udledes, at det er en yderligere betingelse for lovlig præcisering, at det er klart, hvad der skulle have været den korrekte prisangivelse.³⁵²

Klagenævnet præciserede ikke nærmere, om kontakten til tilbudsgiveren eller tilbudsgiverne kan ske ved mundtlig forespørgsel, eller om ordregiveren skal eller bør henvende sig skriftligt til de tilbudsgivere, hvis bud er behæftet med fejl. I den konkrete sag havde ordregiveren selv valgt den skriftlige form for at iagttage ligebehandlingsprincippet.

Klagenævnet havde en oplagt mulighed for ex officio at rejse spørgsmålet om ordregivers adgang til at kontakte tilbudsgiverne ved fejl eller anden uklarhed om prisen i kendelsen af 31. januar 1996, *Landinspektørerne Steen Jørgensen og Meklenborg I/S mod Skov- og Naturstyrelsen*, men Klagenævnet undlod at rejse spørgsmålet. Det bør bemærkes, at kendelsen er afsagt før afgørelsen i T-19/95, *Adia Interim mod Kommissionen*, og før den netop omtalte kendelse af 8. oktober 1997, *Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium*. Klagenævnets undladelse af at behandle spørgsmålet synes at være et udtryk for en fleksibel tilgangsvinkel til spørgsmålet om præcisering af tilbudsprisen i kontrast til de efterfølgende restriktive fortolkninger.

I kendelsen af 31. januar 1996 havde en ordregiver udbudt notering af fredsskovpligt i tingbog og matrikel for ca. 150 danske kommuner. Der kunne bydes på arbejdet i alle kommuner eller i et antal kommuner. Klageren anførte, at forhandlingsforbudet var overtrådt ved ordregiverens kontakt med den vindende tilbudsgiver vedrørende spørgsmålet, om en supplerende oplysning i den vindende tilbudsgivers bud skulle forstås som et alternativt bud på at løse opgaven for samtlige ca. 150 kommuner. Dette spørgsmål behandles nærmere under afsnit 5.3.2.3.

³⁵² Kai Krüger opstiller en tilsvarende betingelse, men ses ikke at udlede resultatet af afgørelsen i T-19/95, *Adia Interim mod Kommissionen*. Se Kai Krüger s. 190, note 22 i Sue Arrowsmith og Arwel Davies (ed.), *Public Procurement: Global Revolution*, 1998.

Det interessante forhold i nærværende sammenhæng er imidlertid, at det fremgår af sagen, at ordregiveren efter åbningen af budene havde rettet henvendelse til 4 ud af 7 tilbudsgivere. I to tilfælde drejede forespørgslen sig om, hvorvidt tilbudet var inkl. eller ekskl. moms, og i et tilfælde vedrørte henvendelsen en reguleringsklausul, der ønskedes indsat af tilbudsgiveren.

Det er påfaldende, at Klagenævnet ikke rejser spørgsmålet om lovligheden af kontakten mellem ordregiveren og tilbudsgiverne om priser. Når man tager i betragtning, at tilbudene hidrørte fra nogle af Danmarks største landinspektørvirksomheder og vedrørte en større kontrakt, forekommer det usandsynligt, at der var uklarhed om spørgsmålet i 2 ud af de 4 tilbud, som ordregiveren vurderede som de mest konkurrencedygtige. Det havde været nærliggende, om Klagenævnet på baggrund af disse omstændigheder havde undersøgt, om der var hold i ordregiverens oplysninger om, at tilbudene var uklare vedrørende momsangivelsen, eller om ordregiverens argumentation i stedet dækkede over, at ordregiveren havde kontakten de mest konkurrencedygtige tilbudsgivere for at forhandle om prisen.

Hvis budene var uklare, og der anlægges en restriktiv fortolkning af forhandlingsforbudet, var ordregiverens henvendelse om spørgsmålet en overtrædelse af forhandlingsforbudet, idet forespørgslen indebar en oplagt risiko for, at tilbudsgiveren både benyttede sig af kontakten til at ændre i prisen i forbindelse med forespørgslen og til at søge at indlede prisforhandlinger med ordregiveren. En tilbudsgiver, der havde lagt til grund, at tilbudsprisen var angivet ekskl. moms, kunne reducere tilbudsprisen med 20% ved efterfølgende at angive over for ordregiveren, at prisen var inkl. moms. En situation, hvor der hersker tvivl om, hvorvidt en tilbudspris er inkl. moms, indebærer samtidigt at det er uklart, hvad tilbudsgiveren har tilsigtet med prisangivelsen, hvilket afskærer ordregiveren fra at søge forholdet berigtiget, jf. T-19/95, Adia Interim mod Kommissionen. Tilbudet er behæftet med en uklarhed af grundlæggende karakter, og ordregiveren må som konsekvens heraf lade tilbudet ude af betragtning ved tildelingen af kontrakten.

En modsatrettet fortolkning, der tillader afklaring af spørgsmålet, kunne lede til, at en tilbudsgiver kunne spekulere i at udforme sit bud med manglende angivelse af, om budet er inkl. eller ekskl. moms, for at sikre efterfølgende kontakt med ordregiveren om tilbudsprisen. Hvor uklarheden er en konsekvens af manglende omhu ved udformningen af budet, får den restriktive fortolkning af forhandlingsforbudet dog vidtrækkende konsekvenser, men i sammenhængen må det fremhæves, at Retten i Første Instans i ovennævnte sag udtrykkeligt fremhævede, at tilbudsgiverne er undergivet en pligt til at være omhyggelige ved udformningen af deres bud. Det bør ligeledes bemærkes, at angivelse af, om der er indeholdt moms i tilbudsprisen, burde være en selvfølge for virksomheder, der deltager i konkurrencen om kontrakter af en størrelse, der indebærer, at EU's udbudsdirektiver skal følges.

5.3.2.2. Forbehold

I praksis forekommer det ofte, at tilbud indeholder forbehold, og at ordregiveren derfor skal tage stilling til, om disse forbehold er i modstrid med de grundlæggende udbudsbetingelser, hvilket i bekræftende fald har som konsekvens, at tilbudet skal afvises, forudsat at ordregiveren ikke har åbnet mulighed for indlevering af alternative bud.

I en lang række tilfælde vil besvarelsen af spørgsmålet være indlysende, fordi forbeholdet klart strider mod de grundlæggende udbudsbetingelser. Det forholder sig anderledes, hvor forbeholdet er uklart, f.eks. fordi det efter sin formulering kan udlægges på flere forskellige måder, hvilket giver anledning til at tage stilling til, om ordregiveren lovligt kan søge forbeholdet præciseret ved drøftelser eller anden kontakt til tilbudsgiveren.

Klagenævnet for Udbud har i kendelsen af 19. august 1997, Poul Hansen A/S mod Vejdirektoratet, behandlet spørgsmålet. Vejdirektoratet havde udbudt en ombygning af en motorvej som offentligt udbud, hvor tildelingskriteriet var laveste bud. Lavestbydende havde taget forbehold i relation til udbudsbetingelsernes bestemmelser om asfalten, der skulle opbrydes fra den oprindelige vej, som et led i ombygningen. Af udbudsbetingelserne fremgik, at asfalten enten skulle bortskaffes til en godkendt modtageplads ved tilbudsgiverens foranstaltning, eller at asfalten efter neddeling, dvs. knusning, kunne tillades genanvendt i begrænset omfang som materiale i ramper og nødspor. Lavestbydende havde imidlertid anført i forbeholdsrubrikken, at "Neddelt asfalt er regnet genanvendt som SG II [stabilt grus]".

Næstlavestbydende gjorde straks efter åbningen af budene gældende, at lavestbydendes tilbud var ukonditionsmæssigt som følge af forbeholdet, men ordregiveren undlod at tage stilling til spørgsmålet i denne forbindelse. Lavestbydende kontaktede ordregiveren både telefonisk og skriftligt et par dage efter med en erklæring om den nærmere forståelse af forbeholdet. Denne forståelse blev efterfølgende lagt til grund af ordregiverens advokat i en vurdering af forbeholdet, og ordregiveren indgik kort efter kontrakt med lavestbydende. Det blev anført i kontrakten, at lavestbydende frafaldt de i tilbudet tagne forbehold. Næstlavestbydende indbragte herefter straks sagen for Klagenævnet for Udbud.

Klageren gjorde gældende, at forbeholdet havde gjort lavestbydendes bud ukonditionsmæssigt, og at ordregiveren havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at forhandle om forbeholdet. Ordregiveren gjorde bl.a. gældende, at forbeholdet var uklart, og at tilbudet lovligt var blevet præciseret.

Klagenævnet bemærkede indledningsvis, at forbeholdet kunne forstås på flere forskellige måder, herunder, som hævdet af klageren, som om lavestbydende tog forbehold for at anvende neddelte asfalt i stedet for stabilt grus overalt i entreprisen og som et forbehold om at kunne anvende opbrudt asfalt fra andre vejarbejder. Kendeteg-

nende for de af Klagenævnet opregnede mulige forståelser af forbeholdet var, at det i samtlige tilfælde vedrørte et grundlæggende element i udbudsbetingelserne med den følge, at tilbudet var ukonditionsmæssigt. Lavestbydende havde hævdet, at bemærkningen i forbeholdsrubrikken alene sigtede til at klargøre, at den opbrudte asfalt ville blive brugt i overensstemmelse med udbudsbetingelserne. Denne forståelse blev klart afvist af Nævnet, der fremhævede, at en sådan forståelse ikke var naturlig, og at bemærkningen i forbeholdsrubrikken i givet fald ville have savnet et formål. Ordregiveren havde imidlertid lagt denne forståelse til grund efter lavestbydendes såkaldte præcisering af bemærkningen.

Klagenævnet anførte herefter, at en *ordregiver ikke må lægge vægt på efterfølgende oplysninger fra en tilbudsgiver om forståelsen af en bemærkning, der efter sin formulering kan forstås som et forbehold, der medfører, at tilbudet er ukonditionsmæssigt*. Nævnet begrundede begrænsningen i adgangen til præcisering i, at tilbudsgiverne i modsat fald ville kunne anvende en bevidst uklar formulering med en deraf følgende mulighed for gevinst ved kontraktsforhandlingerne eller senere. En tilbudsgiver ville desuden straks kunne fortolke den uklare formulering, så den kom til at svare til udbudsbetingelserne, hvis de øvrige tilbudsgivere gjorde indsigelser, hvilket Klagenævnet lagde til grund var hændelsesforløbet i den foreliggende sag.

Klagenævnets kendelse er særdeles interessant, dels i kraft af sit materielle indhold, dels i kraft af, at Nævnets afgørende bemærkning om adgangen til præcisering var et *obiter dictum*.³⁵³

Nævnets kendelse er indholdsmæssigt særdeles vigtig, fordi Nævnet med kendelsen anlægger en restriktiv tilgangsvinkel til ordregivers adgang til præcisering, der i sit indhold ligger tæt op ad afgørelsen fra Retten i Første Instans i T-19/95, Adia Interim mod Kommissionen. Kendelsen er formuleret med udgangspunkt i ordregiverens manglende adgang til at lægge oplysninger til grund fra en tilbudsgiver, hvilket skal ses i sammenhæng med det konkrete hændelsesforløb i sagen, hvor tilbudsgiveren var den udfarende part, der tog initiativet til "præciseringen".

Det følger forudsætningsvis af kendelsen, at en *ordregiver er afskåret fra søge at få præciseret en bemærkning, som efter sin formulering kan forstås som et forbehold, der kan medføre, at tilbudet er ukonditionsmæssigt*. Når ordregiveren er afskåret fra at

³⁵³ Nævnets betragtninger var et *obiter dictum*, da tilbudsgiverens bemærkning i forbeholdsrubrikken var mere end en bemærkning, der *kunne* forstås som et forbehold, der medførte, at tilbudet var ukonditionsmæssigt. Klagenævnet lagde netop til grund i sin kendelse, at bemærkningen vedrørte grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne og derfor under alle omstændigheder *medførte*, at tilbudet var ukonditionsmæssigt. Ud fra denne betragtning præciserede tilbudsgiveren ikke efterfølgende tilbudets indhold, men *ændrede* det, og ordregiveren tog en grundlæggende ændring af et tilbud i betragtning efter åbningen af tilbudene i strid med ligebehandlingsprincippet.

lægge efterfølgende oplysninger fra tilbudsgiveren til grund, må ordregiveren være afskåret fra at rette forespørgsel til tilbudsgiveren om bemærkningen.

Klagenævnet anførte i sin begrundelse for resultatet, at en modsat rettet fortolkning kunne åbne for misbrug fra ordregiverens side og føre til, at ordregiverne bevidst indsatte uklare formuleringer i tilbudet med henblik på at drage fordel af uklarheden under kontraktsforhandlingerne eller senere. Man kan som supplerende begrundelse for resultatet anføre, at der vil bestå en tilsvarende risiko for, at en tilbudsgiver, der ubevidst har fået indsat en uklar formulering på grund af manglende omhu ved udarbejdelsen af tilbudet, benytter sig af ordregiverens forespørgsel til at frafalde forbeholdet ved at præcisere indholdet af forbeholdet i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

I den konkrete sag var bemærkningen anført i forbeholdsrubrikken, og det var derfor oplagt, at ordregiveren lagde til grund, at bemærkningen var et forbehold, og derefter tog stilling til, om forbeholdet stred mod de grundlæggende udbudsbetingelser. I andre tilfælde vil det være mindre oplagt, at et element i et tilbud har karakter af et forbehold, f.eks. fordi tilbudsgiveren ikke har anført et forbehold i forbeholdsrubrikken, og fordi tilbudsgiveren ikke har benævnt forbeholdet efter sit indhold, men i stedet har kaldt forbeholdet en "uddybende forudsætning" el.lign. Denne situation stiller større krav til ordregiverens grundighed, men ordregiveren har samme pligt til at tage stilling til, om forbeholdet gør tilbudet konditionsmæssigt, og ordregiveren har samme pligt til at afstå fra at søge en bemærkning, der kan udlægges som et forbehold, præciseret.

I Klagenævnets kendelse af 18. maj 1995, Henning Larsens Tegnastue mod Kulturministeriet, afgav et arkitektfirma et tilbud på en totalrådgivningsopgave. I udbudsbetingelserne var anført, at arbejdet påregnedes igangsat snarest muligt, samt at projektet skulle være færdigt inden udløbet af en forholdsvis kort frist. Dommerkomitéen foretrak arkitektvirksomhedens bud, men tilbudet indeholdt en række forbehold benævnt "uddybende forudsætninger". Et af disse forbehold rejste tvivl om, hvorvidt tilbudet overholdt udbudsbetingelsernes krav til tidsfrist og honorar. Ordregiveren tog som følge heraf ikke tilbudet i betragtning, hvilket tilbudsgiveren anfægtede ved Klagenævnet for Udbud.

Tilbudsgiveren gjorde bl.a. gældende, at den såkaldte uddybende forudsætning ikke gjorde tilbudet ukonditionsmæssigt, og at ordregiveren havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at bortse fra tilbudet. Ordregiveren havde ikke kontaktet tilbudsgiveren med henblik på at få præciseret forbeholdet, hvilket skal ses i sammenhæng med, at anonymiteten i totalrådgiverkonkurrencen ikke var brudt, og klageren procederede *ikke* på, at ordregiveren havde haft pligt til at søge bemærkningen præciseret.

Klagenævnet fandt imidlertid ikke, at ligebehandlingsprincippet var overtrådt, og fremhævede, at der havde været berettiget tvivl om indholdet af klagerens bud, og understregede, at uklarheden måtte komme klager til skade. Klagenævnet behandlede

af egen drift spørgsmålet om præcisering og anførte, at præcisering ikke havde været aktuel på tidspunktet for den omtvistede beslutning, idet anonymiteten på daværende tidspunkt ikke var brudt.

Afgørelsen vedrører som T-19/95, Adia Interim mod Kommissionen, spørgsmålet, om ordregiveren har tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at lade tilbudsgiverens bud ude af betragtning som følge af en uklarhed i tilbudet, og i begge afgørelser blev det afvist, at ordregiveren havde overtrådt ligebehandlingsprincippet ved sin fremgangsmåde.

Retten i Første Instans begrænsede sig imidlertid ikke blot til at godkende ordregiverens undladelse af at tage tilbudet i betragtning, men Retten desuden, at såfremt ordregiveren havde søgt forholdet afklaret, ville dette have været en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet. Klagenævnets afgørelse tog ikke direkte stilling til spørgsmålet, omend afgørelsen trækker i samme retning. Retten i Første Instans fremhævede udtrykkeligt tilbudsgivernes pligt til at være omhyggelige med udformningen af tilbud, og Klagenævnets afgørelse er i overensstemmelse med denne tilgangsvinkel ved sin fremhævelse af, at tilbudsgiveren i den konkrete sag måtte bære risikoen for den uklare formulering i tilbudet.

5.3.2.3. Tilbudets omfang

Det forekommer i praksis, at ordregiveren åbner mulighed for, at en tilbudsgiver kan indlevere tilbud omfattende hele den udbudte ydelse og/eller kan begrænse sit tilbud til en del af den udbudte ydelse.

En interessant afgørelse vedrørende ordregivers adgang til at søge præciseret, om tilbudet dækker hele den udbudte ydelse eller alene en del af ydelsen, foreligger med kendelsen af 31. januar 1996, Landinspektørerne Steen Jørgensen og Meklenborg I/S mod Skov- og Naturstyrelsen.³⁵⁴

En ordregiver havde udbudt notering af fredsskovpligt i tingbog og matrikel for ca. 150 danske kommuner. Der kunne bydes på arbejdet i alle kommuner eller i et antal kommuner. To landinspektørvirksomheder (herefter T) bød i forening på 65 kommuner i Jylland med følgende tilføjelse: "Vi kan supplerende oplyse, at firmaerne har teknisk og personalemæssig kapacitet til at løse et større antal kommuner end de nævnte 65." Efter åbningen af tilbudene rettede ordregiveren henvendelse til 4 ud af 7 tilbudsgivere vedrørende forskellige uklarheder i tilbudene. Af afgørende betydning for klagesagen

³⁵⁴ Anderledes Katja Høegh, UfR 1997 B 151, der s. 152 omtaler kendelsen som et spørgsmål om *adgang til at ændre det oprindeligt udbudte*. Dette synes at bero på en misforståelse vedrørende faktum, idet Høegh lægger til grund, at udbudet omfattede registrering af fredsskovpligt i 65 kommuner. Udbudet omfattede registrering af fredsskovpligt i ca. 150 kommuner, hvorimod det omtvistede *tilbud* relaterede sig til 65 kommuner.

var, at ordregiveren søgte at få præciseret meningen med ovennævnte bemærkning i tilbudet. Udfaldet af samtalen med T blev, at ordregiveren fortolkede bemærkningen, og dermed tilbudet, som om det efter sit indhold vedrørte samtlige ca. 150 kommuner. Ordregiveren tildelte herefter opgaven for hele landet til T.

En konkurrerende tilbudsgiver indbragte sagen for Klagenævnet, og klageren gjorde gældende, at ordregiverens ved sin fremgangsmåde havde forskelsbehandlet de bydende, idet kontakten mellem T og ordregiveren havde karakter af ulovlig forhandling. Klager fremførte særligt, at T's tilbud alene havde vedrørt 65 kommuner, og at drøftelserne mellem ordregiveren og T havde ført til en ulovlig ændring af tilbudet.

Klagenævnet for Udbud fandt imidlertid ikke, at drøftelserne mellem ordregiveren og T havde karakter af ulovlige forhandlinger, og lagde til grund, at der alene var sket en præcisering af tilbudet, og at ordregiveren ikke ved sin fremgangsmåde havde givet T adgang til at udvide tilbudets omfang. Nævnet fremhævede i sammenhængen, at tildelingskriterierne var lagt til grund, og at enhedspriserne gjorde tilbudene umiddelbart sammenlignelige.

Denne afgørelse synes at være forkert. En naturlig forståelse af tilbudets ordlyd er at læse tilbudet som begrænset til at vedrøre registreringen af fredsskovpligt i 65 kommuner. Der er ingen tvivl om, at den nærmere mening med den omtvistede bemærkning er åbenbart uklar, men at indfortolke bemærkningen som et tilbud på den samlede opgave er klart for vidtgående.

Ordregiveren synes at have kontaktet tilbudsgiveren med henblik på at få denne til at ændre sit tilbud, hvilket er i strid med ligebehandlingsprincippet, og tilbudsgiveren accepterede straks ordregiverens oplæg, idet bemærkningen i tilbudet netop syntes at være indsat i tilbudet med dette formål. Landinspektøren hos T, der havde udarbejdet tilbudet, forklarede for Klagenævnet, at tilbudet bevidst var uklart formuleret for det tilfælde, at ordregiveren mod forventning ville være interesseret i, at T løste opgaven for samtlige 150 kommuner.³⁵⁵

Et andet forhold, der gør Klagenævnets fortolkning betænkelig, er, at drøftelserne med ordregiveren *resulterede* i en væsentlig ændring af tilbudet, da tilbudets omfang blev mere end fordoblet som følge af "præciseringen".

Der er dog grund til at fremhæve, at kendelsen er blandt de første afgørelser i Nævnets praksis, og at afgørelsen som tidligere fremhævet under afsnit 5.3.2.1 synes at afvige fra senere praksis, fra både Retten i Første Instans og Nævnet selv, i relation til spørgsmålet om præcisering af priser.

³⁵⁵ T havde sammen med klageren indgået i et pilotprojekt vedrørende notering af fredsskovpligt for ordregiveren og havde i dette projekt udelukkende beskæftiget sig med kommuner i Jylland, hvorimod klageren havde beskæftiget sig med kommuner på Øerne og forventede en opdeling af kontrakten i overensstemmelse med pilotprojektet.

5.3.2.4. Sammenfattende kommentar til adgangen til præcisering

Det blev indledningsvis anført, at en nærliggende fortolkning af Fælleserklæringen er, at det som hovedregel er foreneligt med forhandlingsforbudet, at ordregiverne kontakter tilbudsgiverne direkte og individuelt med henblik på at få præciseret indholdet af et tilbud i de tilfælde, hvor tilbudet er uklart.

Denne fortolkning af forhandlingsforbudet synes imidlertid ikke at kunne opretholdes, som det fremgår af ovenstående gennemgang af praksis fra Retten i Første Instans og Klagenævnet for Udbud, idet tendensen i praksis er at anlægge en fortolkning, der i flere tilfælde tager sit udgangspunkt i, at præcisering som udgangspunkt er forbudt.

Den mest markante begrænsning i adgangen til præcisering vedrører fejl eller uklarheder i relation til pris, hvor ordregiver ikke lovligt kan søge tilbudet præciseret, medmindre uklarheden er åbenbar, og det er tilsvarende åbenbart, hvad der skulle have været den korrekte prisangivelse, jf. herved navnlig T-19/95, Adia Interim mod Kommissionen. Der må desuden antages at gælde et tilsvarende forbud mod præcisering, hvor en bemærkning i et tilbud efter sin formulering kan udlægges som et forbehold, der gør tilbudet ukonditionsmæssigt, fordi de grundlæggende udbudsbetingelser fraviges, jf. herved Klagenævnets kendelse af 19. august 1997, Poul Hansen A/S mod Vejdirektoratet.

Kendetegnende for ovennævnte praksis er, at uklarheden i tilbudene vedrører grundlæggende elementer i kontraktgrundlaget. Det synes derfor at være nærliggende at konkludere, at *det som udgangspunkt ikke er lovligt for ordregiver at søge et tilbud præciseret på punkter, der kan vedrøre grundlæggende elementer i kontraktgrundlaget*. Hvor grundlæggende elementer ikke berøres af uklarheden, må udgangspunktet være, at det er lovligt for ordregiveren at søge tilbudet præciseret ved at kontakte de relevante tilbudsgivere direkte og individuelt.

Baggrunden for den restriktive tilgangsvinkel er særligt risikoen for, at tilbudsgiveren benytter sig af forespørgslen til at *ændre* tilbudet til egen fordel, typisk ved at sænke prisen eller ved at fortolke tilbudet i overensstemmelse med udbudsbetingelserne, selv om det reelt var ukonditionsmæssigt. Ordregiveren må normalt forventes at lægge tilbudsgiverens forklaring til grund, og hvis tilbudet blev ændret med præciseringen, ville dette give tilbudsgiveren en fordel i forhold til konkurrenterne i strid med princippet om ligebehandling og til skade for procedurens gennemsigtighed. En fleksibel tilgangsvinkel ville desuden åbne for tilbudsgivernes spekulation i at indsætte uklare elementer i tilbudene, der kunne udnyttes til egen fordel i kontraktforhandling eller senere. Tilsvarende ville sådanne uklarheder kunne tjene til at sikre en udvidet dialog om kontrakten med ordregiveren efter tilbudsafgivningen og kunne misbruges til at dække over regulære forhandlinger om kontrakten med ordregiveren.

Det er væsentligt i sammenhængen, at praksis fra Retten i Første Instans og Klagenævnet for Udbud betoner *risikoen* for konkurrencefordrejning som fundamentet for forbudet mod præcisering af grundlæggende elementer i tilbudene. Dermed undgår man som udgangspunkt en konkret vurdering, hvor det ville være af afgørende betydning at kunne påvise, at konkurrenceforholdene faktisk var blevet påvirket som følge af den efterfølgende kontakt mellem ordregiver og tilbudsgiver, eller at det kunne påvises, at ordregiveren havde tilsigtet en forskelsbehandling. Det er særdeles vanskeligt at påvise disse forhold, og for en umiddelbar betragtning er den indskrænkende fortolkning vedrørende adgangen til præcisering en gevinst for overholdelsen af ligebehandlingsprincippet.

Det er imidlertid spørgsmålet, om den restriktive tilgangsvinkel reelt kan vinde accept i udbudspraksis. Det må generelt antages, at ordregivere og tilbudsgivere som udgangspunkt anlægger og vil anlægge en fleksibel fortolkning i praksis, fordi en restriktiv retstilstand strider mod deres interesser. Ordregivere har en kommerciel interesse i ikke at være tvunget til at afvise konkurrencedygtige tilbudsgivere på grund af tilbudsgivernes manglende omhu ved budenes udformning. Tilbudsgiverne har ligeledes interesse i, at de tillades en væsentligt bredere margen for fejl og uklarheder om priser end den, der følger af den restriktive fortolkning, der klarest er kommet til udtryk ved T-19/95, Adia Interim mod Kommissionen fra Retten i Første Instans.

I en række tilfælde vil forbudet mod præcisering opfattes som et udslag af overdreven formalisme. Dette gælder navnlig vedrørende uklarhed om prisen, f.eks. hvor en tilbudsgiver på grund af en forglemmelse har undladt at præcisere, om der i tilbudsprisen er indeholdt moms, der må antages at have som konsekvens, at ordregiveren har pligt til at afholde sig fra at få præciseret tilbudet, jf. herved afsnit 5.3.2.1. Forglemmelsen har i dette tilfælde vidtrækkende konsekvenser, og ud fra en værdispildsbetragtning forekommer det ude af proportioner at forkaste budet både af hensyn til ordregiver og tilbudsgiver. I den pågældende situation synes det ligeledes at have en vis betydning, at risikoen for en ændring reelt er begrænset, idet de færreste tilbudsgivere kan tænkes at være villige til at reducere deres tilbud med 20 %, selv når dette kunne være afgørende for tildeling af kontrakten.

Praksis fra Klagenævnet for Udbud er restriktiv, men tilsyneladende mere fleksibel end den særdeles restriktive tilgangsvinkel, der umiddelbart kan forventes lagt til grund ved EF-domstolens bedømmelse, jf. herved den ovennævnte afgørelse fra Retten i Første Instans og Klagenævnets obiter dictum i kendelsen af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium, og kendelsen af 31. januar 1996, Landinspektørerne Steen Jørgensen og Mecklenborg I/S mod Skov- og Naturstyrelsen.

Afslutningsvis skal det bemærkes, at det kan lægges til grund som gældende ret, at der skal anlægges en restriktiv fortolkning af adgangen til præcisering, hvilket er nødvendigt såfremt forhandlingsforbudet skal have gennemslagskraft. Det er dog ikke

sikkert, at tilgangsvinklen fremdeles vil være så restriktiv som antaget af Retten i Første Instans i den enkeltstående afgørelse T-19/95, Adia Interim mod Kommissionen, såfremt spørgsmålet blev forelagt for EF-domstolen. Dette skal særligt ses på baggrund af den generelle trend i retning af øget fleksibilitet og på baggrund af, at Rettens afgørelse er udtryk for en usædvanlig restriktiv tilgangsvinkel, der ikke er hævet over kritik.³⁵⁶

Den foreliggende praksis understreger imidlertid under alle omstændigheder vigtigheden af, at tilbudsgiverne er omhyggelige ved udarbejdelsen af deres bud, og indirekte betydningen af, at ordregiveren tilsvarende er omhyggelig ved udformningen af udbudsbetingelserne, således at disse ikke skaber grundlag for uklarheder i tilbudsgivernes budgivning.

5.3.3. Ordregivers adgang til forhandling med bedste tilbudsgiver før tildeling af kontrakt

Det er blevet fremhævet i den juridiske litteratur af Arrowsmith,³⁵⁷ at hverken udbudsdirektiverne eller EF-domstolens praksis klargør, om det er tilladt at forhandle med den bedste tilbudsgiver, dvs. den tilbudsgiver der har afgivet enten det laveste bud eller det økonomisk mest fordelagtige bud, med henblik på at opnå et forbedret tilbud. Det er sammesteds gjort gældende, at en forhandling af denne art kan være lovlig, og at denne særlige forhandlingssituation ikke bryder med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, da alle tilbudsgivere har haft en lige chance for at vinde kontrakten, og siden forhandlingerne ikke kan misbruges til at favorisere en tilbudsgiver frem for de øvrige.

Som en forudsætning for lovligheden opstilles en betingelse om, at bedste tilbudsgiver ikke må hæve prisen eller på anden vis reducere værdien af tilbudet, da dette ville stride mod ligebehandlingsprincippet samt ville indebære en mulighed for aftalt spil mellem ordregiveren og en favoriseret tilbudsgiver. Denne form for forhandling angives at have særlig relevans, hvor prisen indeholdt i det bedste tilbud overstiger ordregiverens budgetramme *eller i øvrigt ikke giver tilstrækkelig "value for money"*. Sidstnævnte tilføjelse har afgørende betydning, da alle ordregivere som udgangspunkt kunne forventes at mene, at bedste tilbudsgiver kunne levere på bedre

³⁵⁶ Se Adrian Brown, PPLR 1997 CS 4, der på s. 7 knytter følgende kommentar til afgørelsen: "It would be unfortunate if such a stringent approach were to inhibit public authorities in exercising common sense when faced with an easily rectifiable error in an otherwise high-quality tender".

³⁵⁷ Jf. Sue Arrowsmith, PPLR 1998 s. 65 på s. 72-73. Sml. med Sue Arrowsmith, s. 249-50 fra 1996.

vilkår, og at ordregiverne dermed typisk ville benytte sig af muligheden for at "forhandle", dvs. at søge at presse tilbudsgiveren ned i pris.

Forfatteren synes at forudsætte, at kontrakten ikke er endelig tildelt på tidspunktet for "forhandlingen", men at den bedste tilbudsgiver er identificeret, og at der indledes forhandlinger med tilbudsgiveren med henblik på tildeling/indgåelse af kontrakt. Det er umiddelbart vanskeligt at se, hvad ordregiveren i givet fald har at forhandle med, når det er klart, at tilbudsgiveren er vurderet som bedste tilbudsgiver og derfor som udgangspunkt skal tildeles kontrakten uden ændringer i udbudsgrundlaget.

Ordregiverens modydelse til gengæld for tilbudsgiverens prisreduktion m.v. må nærmere ligge i en undladelse af at annullere udbudsproceduren. Dette skal ses i sammenhæng med, at ordregiverens annullation af udbudsproceduren, ifølge forfatteren, er en oplagt mulighed i de situationer, der fremhæves som relevante for forhandling med bedste tilbudsgiver.³⁵⁸

Det kan imidlertid *ikke* lægges til grund som gældende ret, at der består en udvidet adgang til forhandling med den bedste tilbudsgiver om pris og andre grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Dette burde i øvrigt stå særlig klart for danske tilbudsgivere, idet lovgiver har fundet anledning til at præcisere dette forhold ved gennemførelsen af bygge- og anlægsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet, jf. henholdsvis bekendtgørelse nr. 799 af 10. november 1998 § 4, stk. 2 og bekendtgørelse nr. 787 af 5. november 1998 § 2.

Det fremgår af disse bestemmelser, at laveste bud³⁵⁹ ikke kan nedsættes uanset bestemmelsen i licitationslovens § 3, stk. 3, der normalt forstås således, at ordregiveren har ret til at forhandle med lavestbydende tilbudsgiver herunder om dennes forbehold.³⁶⁰ Bestemmelserne vedrører alene bygge- og anlægsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet samt udbudsprocedurer, hvor tildelingskriteriet laveste bud er anvendt, men det må lægges til grund, at fortolkningen tilsvarende gælder for de øvrige direktiver og i forhold til de udbudsprocedurer, hvor det relevante tildelingskriterium er det økonomisk laveste bud.

Til støtte for, at udbudsreglerne ikke tillader en udvidet adgang til forhandling med bedste tilbudsgiver, kan navnlig anføres, at en sådan fortolkning strider mod den

³⁵⁸ Sue Arrowsmiths opfattelse af mulighederne for annullation af udbudsproceduren afviger fra den retsopfattelse, der fremhæves i denne afhandling og som er lagt til grund i praksis fra Klagenævnet for Udbud, jf. herved nærmere i kapitel 6. Det antages dog ligeledes i denne afhandling, at det normalt vil være sagligt at annullere en udbudsprocedure, hvor det bedste tilbud overstiger ordregiverens budgetramme.

³⁵⁹ "Et bud der ikke er højere end et andet", jf. de ovennævnte bestemmelser i den danske gennemførelseslovgivning.

³⁶⁰ Se hertil Hørlyck s. 51.

kontraheringsmodel,³⁶¹ der ligger til grund for udbudsdirektiverne, og at en sådan mulighed for forhandling strider mod principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.³⁶² Udbudsdirektivernes kontraheringsmodel er baseret på, at forhandlingspositionerne er fastlåste, samt på at tilbudsgiverne har afgivet et bindende tilbud ud fra en forventning om, at dette grundlæggende ikke kan ændres under udbudsproceduren til hverken deres eller ordregiverens fordel.

Et andet forhold af betydelig vægt er, at en adgang til forhandling med bedste tilbudsgiver om pris og andre grundlæggende forhold i praksis normalt ikke vil kunne begrænses til at være en ensidig reduktion, hvilket Sue Arrowsmith netop forudsatte var en betingelse for forhandlingens lovlighed.³⁶³ Tilbudsgiveren vil naturligt søge at presse ordregiveren til at acceptere visse ændringer i kontraktsgrundlaget, der er til tilbudsgiverens fordel som modydelse for prisreduktionen eller ændringerne i udbudsbetingelserne. Det vil være illusorisk at tro, at "forhandlingen" kan begrænses til kun at vedrøre ændringer til ordregiverens fordel, og en accept af en sådan forhandlingsadgang vil reducere procedurens gennemsigtighed i væsentlig grad og vil åbne for grundlæggende ændringer af udbudsgrundlaget på punkter, der kan indebære en forskelsbehandling af konkurrerende tilbudsgivere og potentielle deltagere i udbudsproceduren.

Klagenævnet for Udbud ses ikke at have forholdt sig direkte til spørgsmålet om lovligheden af, at en ordregiver "forhandler" med den vindende tilbudsgiver udelukkende med henblik på at presse prisen ned. Der findes dog en kendelse fra Klagenævnet, hvis faktum ligger tæt op ad problemstillingen.

I Klagenævnets kendelse af 22. maj 1997, Højgaard & Schultz mod Hundested Almennyttige Boligselskab, havde ordregiveren alene forhandlet med den bedste tilbudsgiver i et tilfælde, hvor samtlige bud oversteg ordregiverens budgetramme.

Ordregiveren havde udbudt renovering af forskellige boligblokke som begrænset udbud efter bygge- og anlægsdirektivet. Efter modtagelsen af 5 tilbud viste det sig, at det billigste tilbud lå langt over det, som ordregiveren havde råd til at betale, idet

³⁶¹ Se afsnit 5.1.1 om kontraheringsmodellen bag udbudsformerne offentligt og begrænset udbud.

³⁶² Jf. ligeledes Kai Krüger i Sue Arrowsmith og Arwel Davies, *Public Procurement: Global Revolution*, 1998 s. 189 note 19, hvor det anføres: "Even negotiating with the lowest or most advantageous bidder - assuming that he has actually won the contract - might be unacceptable, not because it affects the "call for competition", but because it is a breach of the "rules of the game" which seem to inherent in a tender system where the tenderers are advised that their offer will be treated as *final*".

³⁶³ Hændelsesforløbet i kendelsen af 22. maj 1997, Højgaard & Schultz mod Hundested Almennyttige Boligselskab, der omtales nedenfor, illustrerer denne tendens.

projektet på forhånd var vurderet til 45 mio. kr. ekskl. moms mod billigste tilbudsgivers pris på ca. 51,7 mio. kr. Ordregiveren indledte herefter forhandlinger med billigste tilbudsgiver med henblik på at undersøge, om der var grundlag for en eventuel indgåelse af kontrakt. Forhandlingerne resulterede i, at projektet blev ændret på mere end 20 punkter, hvilket førte til en samlet besparelse på ca. 6,5 mio. kr.

Det fremgår heraf, at Nævnet ikke fik direkte anledning til at tage stilling til den af Sue Arrowsmith opstillede hypotese, da ordregiveren i den konkrete sag måtte acceptere, at den bedste tilbudsgiver reducerede værdien af tilbudet som betingelse for, at tilbudsprisen blev sænket.³⁶⁴ Det skal i øvrigt bemærkes, at ordregiveren ikke gjorde gældende, at der består en særlig adgang til at forhandle med den vindende tilbudsgiver.

Nævnet fandt, at de førte forhandlinger om ændringerne i projektet, herunder om prissætningen af disse ændringer, indebar en tilsidesættelse af bygge- og anlægsdirektivet og ligebehandlingsprincippet. Nævnet lagde imidlertid til grund, at ordregiveren havde haft adgang til lovligt at beskære det vindende bud, dvs. til at ændre i tilbudet uden at indgå i egentlige forhandlinger med tilbudsgiveren. Dette spørgsmål behandles straks i afsnit 5.3.4.

Afslutningsvis kan det anføres, at der ikke ses at være grundlag for at antage, at der består en særlig adgang for ordregiveren til at forhandle med den vindende tilbudsgiver om forbedring af tilbudet.

5.3.4. Adgang til ensidigt at beskære det bedste tilbud

Klagenævnet for Udbud har truffet enkelte afgørelser,³⁶⁵ der synes baseret på en antagelse om, at ordregiveren har en særlig adgang til at beskære³⁶⁶ det vindende tilbud, hvor de indkomne tilbud ikke overholder ordregiverens budgetramme. Disse kendelser analyseres og kommenteres i det følgende.

³⁶⁴ Opmærksomheden henledes på, at ordregiverens fremgangsmåde falder uden for området for den af Arrowsmith hævdede undtagelse til forhandlingsforbudet. Dette følger af, at Arrowsmith udtrykkeligt opstiller en forudsætning om, at den bedste tilbudsgiver ikke må reducere værdien af tilbudet, da dette strider med ligebehandlingsprincippet.

³⁶⁵ Kendelse af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium, og kendelse af 22. maj 1997, Højgaard & Schultz mod Hundested Almennyttige Boligselskab.

³⁶⁶ Klagenævnets kendelse af 31. januar 1996, Landinspektørerne Steen Jørgensen og Meklenborg I/S mod Skov- og Naturstyrelsen, kan udlægges som en afgørelse, der angiver en fleksibel tilgangsvinkel til *forøgelse* af omfanget af et tilbud. Se nærmere om afgørelsen i afsnit 5.3.2.3.

I Klagenævnets kendelse af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium, behandlede Nævnet spørgsmålet om ordregivers adgang til at acceptere en række tilbud, der ikke opfyldte grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne. Nævnet tog i denne forbindelse stilling til spørgsmålet om lovligheden af en beskæring af tilbudene med henblik på at bringe disse i overensstemmelse med den fastsatte maksimumpris for projektet.

Ordregiveren havde udbudt de rådgivende arkitekt- og ingeniørydelser ved projekteringen og opførelsen af en bygning som et begrænset udbud i medfør af tjenesteydelsesdirektivet. 42 virksomheder anmodede om prækvalifikation, hvoraf 6 blev prækvalificeret. Samtlige prækvalificerede afgav tilbud rettidigt, men overskred både den økonomiske ramme for projektet fastsat til 17,4 mio. kr. i udbudsbetingelserne og det fastsatte areal for bebyggelsen.³⁶⁷ Dette forhold var yderst bemærkelsesværdigt, idet det udtrykkeligt var anført i udbudsbetingelserne, at den samlede byggeudgift var fastsat til 17,4 mio kr., og da det i forbindelse med et spørgemøde under udbudsproceduren var blevet præciseret, at byggerammen var fast og ikke måtte overskrides. Efter vurderingen af tilbudene antog dommerkomitéen, at prisniveauet lå over den fastsatte ramme i udbudet, men gik samtidig ud fra, at samtlige tilbud ville kunne komme til at opfylde kravene til byggeomkostningerne ved ændring og beskæring af de indgivne tilbud. Ordregiveren fortsatte herefter udbudsproceduren og rettede under henvisning til uklarhed i udbudsbetingelserne henvendelse om prisen til samtlige tilbudsgivere.

Klagenævnet for Udbud anlagde, som der tidligere er redegjort for i afsnit 5.3.2.1, en restriktiv fortolkning i relation til spørgsmålet om lovligheden af ordregiverens præcisering af tilbudspriserne, og det er derfor overraskende, at Klagenævnet afstod fra at konstatere, at ordregiveren havde overtrådt forhandlingsforbudet ved at tage samtlige tilbud i betragtning til trods for, at tilbudene ikke opfyldte kravet i udbudsbetingelserne til budgetrammen. Klagenævnet konkluderede, at ordregiveren havde haft tilstrækkeligt grundlag for at antage, at samtlige projekter i tilbudene kunne realiseres inden for den økonomiske ramme i bearbejdet og beskåret form med bevarelse af den bærende idé i projekterne. Nævnet lagde derfor grund, at ordregiveren under disse omstændigheder havde været berettiget til at betragte tilbudene som konditionsmæssige.

³⁶⁷ Spørgsmålet om den manglende opfyldelse af udbudsbetingelsernes krav til arealet og forholdets betydning for budenes konditionsræssighed blev ikke behandlet direkte i kendelsen. Ifølge forklaringerne for Nævnet var det ved evalueringen klart, at der var behov for ændringer af samtlige 6 tilbud vedrørende både pris og areal for at bringe disse i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Denne fortolkning bryder klart med en sædvanlig forståelse af forhandlingsforbudet og kan ikke tiltrædes.³⁶⁸ Det skal ikke betvivles, at samtlige projekter kunne realiseres efter beskæring og bearbejdning med bevarelse af den bærende idé i projekterne, men ingen af de indkomne tilbud opfyldte det grundlæggende krav i udbudsbetingelserne om, at projektet skulle kunne realiseres inden for budgetrammen. Tilbudene var derfor ukonditionsmæssige, og ordregiveren havde pligt til at afvise samtlige tilbud. Den økonomiske ramme var klart angivet i udbudsbetingelserne, og hvis der overhovedet kunne have været nogen som helst tvivl hos tilbudsgiverne, blev denne fjernet på spørgemødet, hvor spørgsmålet blev rejst og besvaret uden mulighed for misforståelser. Det kan lægges til grund, at ordregiveren indledte regulære forhandlinger om beskæring og bearbejdning med bedste tilbudsgiver efter tildelingen af kontrakten, og en sådan forhandling om pris og andre grundlæggende elementer strider mod forhandlingsforbudet.

Det er sandsynligt, at Klagenævnets fleksible fortolkning var tilpasset sagens noget specielle omstændigheder. Ordregiveren havde efter tilbudsafgivningen måtte erkende, at udfaldet af udbudsproceduren var mislykket på grund af tilbudsgiverne, da ingen af tilbudene respekterede budgetrammen, men ordregiveren havde en væsentlig interesse i at kunne få løst byggeopgaven så hurtigt som muligt uden yderligere anvendelse af væsentlige ressourcer på indgåelsen af kontrakt. Ordregiveren ville derfor gerne undgå at annullere udbudsproceduren med henblik på omgørelse, hvilket ellers synes at være den mest oplagte konsekvens af hændelsesforløbet. Det er muligt, at ordregiveren i stedet med fordel kunne have overgået til udbud efter forhandling med samtlige tilbudsgivere.³⁶⁹ Ordregiveren synes ikke at have overvejet sidstnævnte mulighed.

Tilbudsgiverne havde tilsvarende en fælles interesse både i at undgå en omgørelse af udbudsproceduren og i, at der blev åbnet mulighed for beskæring af det vindende tilbud. Den vindende tilbudsgiver fik en yderst begrænset fordel frem for de andre, da

³⁶⁸ Anderledes Konkurrencestyrelsens vejledning, "EU's udbudsdirektiver", s. 30, der anlægger en anden fortolkning, idet den fleksible fortolkning i sagen ses som et udslag af, at udbudet var en projektkonkurrence. Dette forhold ses ikke fremhævet i Klagenævnets præmisser, og det fremgår heller ikke umiddelbart af udbudsdirektiverne, at der i forbindelse med projektkonkurrencer skulle være en særlig adgang til at foretage ændringer i tilbudene.

³⁶⁹ Da samtlige tilbud, der var afgivet, ikke var forskriftsmæssige, opfyldte ordregiveren den ene af betingelserne for at kunne indlede udbud efter forhandling, jf. bygge- og anlægsdirektivets artikel 7, stk. 2, litra a, jf. herved afsnit 5.3.5.2.3. Det er desuden en betingelse, at de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt. I den konkrete sag synes ordregiveren at ville have været nødt til at ændre udbudsbetingelserne i ikke uvæsentlig grad for at få presset prisen ned, og det forekommer derfor tvivlsomt, om ordregiveren havde mulighed for at overgå til udbud efter forhandling. Bestemmelserne er undtagelsesbestemmelser og skal som sådanne fortolkes indskrænkende.

samtligte tilbudsgivere havde behov for, at ordregiveren overså, at budgetrammen i tilbudene var overskredet. De konkurrerende virksomheder, der ikke var blevet prækvalificeret, havde kun en marginal interesse i omgørelse af udbudsproceduren, da ordregiveren sandsynligvis ville prækvalificere de oprindelige 6 tilbudsgivere i en ny udbudsprocedure. De direkte implicerede parter havde derfor en fælles interesse i en lempelig fortolkning af forhandlingsforbudet i den konkrete sag. Det er dog værd at bemærke, at klageren alene havde nedlagt påstand om konstatering af overtrædelsen af udbudsreglerne, hvorfor en restriktiv fortolkning af spørgsmålet ville have været uden indvirkning på den afviklede udbudsprocedure.

Spørgsmålet om lovligheden af beskæring af den vindende tilbudsgivers bud med henblik på overholdelse af ordregiverens budgetramme blev ligeledes behandlet af Klagenævnet for Udbud i kendelse af 22. maj 1997, Højgaard & Schultz mod Hundested Almennyttige Boligselskab. Ordregiveren udbød en renovering af forskellige boligblokke som begrænset udbud efter bygge- og anlægsgartnerværket. Efter modtagelsen af 5 tilbud viste det sig, at det billigste tilbud lå langt over det som ordregiveren havde råd til at betale, idet projektet på forhånd var vurderet til 45 mio. kr. ekskl. moms, men den billigste tilbudsgivers pris var ca. 51,7 mio. kr. Ordregiveren indledte herefter forhandlinger med billigste tilbudsgiver med henblik på at undersøge, om der var grundlag for en eventuel indgåelse af kontrakt.³⁷⁰ Forhandlingerne resulterede i, at projektet blev ændret på mere end 20 punkter, hvilket førte til en samlet besparelse på ca. 6,5 mio. kr. De fleste af disse ændringer medførte fradrag i prisen omkring 200.000 kr. og derunder, mens kun 3 ændringer enkeltvis medførte millionbesparelser. Disse ændringer vedrørte tagkonstruktionen, anlægsgartnerarbejde og totaloverdækning. Klageren gjorde ikke gældende, at der består en særlig adgang for ordregiver til at forhandle med den vindende tilbudsgiver.

Klagenævnet fandt ikke, at *ændringerne* i projektet efter deres tekniske beskaffenhed og deres omfang i forhold til det udbudte projekt indebar, at ordregiveren havde handlet i strid med udbudsreglerne. Klagenævnet fremhæver i afgørelsen, at Nævnet havde tillagt det betydning, at prissætningen af ændringerne i det væsentlige var sket på grundlag af priser, der var anført i tilbudsgiverens tilbud. Imidlertid fandt Nævnet, at de førte *forhandlinger*³⁷¹ om ændringerne i projektet, herunder om prissætningen af

³⁷⁰ Tilbudsgiverens accept af beskæringen af kontrakten synes at have været en forudsætning for ordregiverens tildeling af kontrakten til tilbudsgiveren. Det fremgår ikke klart af sagens faktum, hvornår kontrakten blev tildelt tilbudsgiveren. Kontrakten blev først indgået 13. marts 1997, dvs. efter klagesagens start.

³⁷¹ Nærværende kendelse strider dermed mod kendelsen af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium, ved at fastslå, at den del af ordregiverens kontakt med tilbudsgiveren, der bestod i regulære drøftelser med tilbudsgiveren (fortsættes...)

disse ændringer, indebar en tilsidesættelse af bygg- og anlægsdirektivet og ligebehandlingsprincippet.

Af Klagenævnets kendelse fremgår, at Nævnet anså det for lovligt, at en ordregiver ændrer kontraktsgrundlaget ved reduktion af omfanget af den udbudte ydelse, når ordregiveren ensidigt beskærer kontrakten og begrænser kommunikationen med bedste tilbudsgiver til det strengt nødvendige. En vis kommunikation med tilbudsgiveren er nødvendig i forbindelse med tildelingen, da ordregiverens ændring af tilbudet på ikke uvæsentlige punkter indebærer en risiko for, at tilbudsgiveren gør gældende, at ordregiveren ikke havde afgivet overensstemmende accept, og at tilbudsgiveren derfor anså sig som frigjort fra sit tilbud, jf. aftalelovens § 6. Tilbudsgiveren vil normalt afstå fra at gøre synspunktet gældende og vil i stedet acceptere det ændrede kontraktsgrundlag for at få aftalen i stand.

Klagenævnet for Udbud lagde tilsyneladende til grund, at de grundlæggende elementer i kontrakten ikke blev ændret, hvilket indirekte fremgår af Nævnets henvisning til ændringernes tekniske beskaffenhed og disses omfang i forhold til det udbudte projekt. Denne vurdering forekommer at være usædvanlig fleksibel. Når et projekt beskæres på mere end 20 punkter, og 3 af disse medfører besparelser på over en million kr. og vedrører væsentlige elementer som f.eks. tagkonstruktionen, må disse ændringer betragtes som *grundlæggende* elementer i udbudsgrundlaget i forhold til de konkurrerende tilbudsgivere.

Den reelle virkning af ordregiverens disposition var, at en enkelt tilbudsgiver, der i forhold til de oprindelige udbudsbetingelser blev vurderet til at være bedste tilbudsgiver, blev sikret kontrakten, og at de øvrige tilbudsgivere derved blev berøvet muligheden for at konkurrere på lige fod om kontrakten på ændrede vilkår. Der var i den konkrete sag en ikke uvæsentlig risiko for, at en af de øvrige tilbudsgivere, i stedet for den udvalgte tilbudsgiver, kunne have været bedste tilbudsgiver ved budgivning på de ændrede vilkår. Dette skal ses på baggrund af budenes begrænsede spredning og omfanget af de foretagne ændringer.

Ændringerne i forhold til de offentliggjorte udbudsbetingelser var desuden af et omfang og en karakter, der berettiger en nærmere vurdering af, om hensynet til de hypotetiske tilbudsgivere var blevet tilsidesat ved, at udbudsbetingelserne i det oprindelige udbudsmateriale afveg fra de betingelser, der blev indgået kontrakt på grundlag af.

³⁷¹ (...fortsat)

om ændringerne, indebar en tilsidesættelse af bygge- og anlægsdirektivet og ligebehandlingsprincippet. Kendelsen af 8. oktober 1997 forudsatte i modsætning hertil, at ordregiveren lovligt kunne indlede *regulære forhandlinger* om beskæring og bearbejdning med bedste tilbudsgiver efter tildelingen af kontrakten.

Det er ingen tvivl om, at ordregiveren befinder sig i en mindre gunstig situation, når de indkomne tilbud overstiger ordregiverens økonomiske formåen. Dette giver anledning til overvejelser om, hvorvidt ordregiveren kan tage højde for problemstillingen gennem udformning af udbudsbetingelserne.

En fremgangsmåde med henblik på at søge at undgå problemstillingen er, at ordregiveren angiver budgetrammen i udbudsbetingelserne. Som det fremgår af kendelsen af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium, er dette ikke altid tilstrækkeligt, men vigtigere i sammenhængen er, at ordregiveren ofte vil vige tilbage fra fremgangsmåden ud fra ønsket om ikke at blotte sig unødigt i forhold til tilbudsgiverne, da bekendtgørelsen af budgetrammen kan påvirke prisen i opadgående retning. En række nyere sager i Danmark har tydeligt demonstreret, at der er vis risiko for, at konkurrencen fordrejes, ved at tilbudsgiverne koordinerer deres budgivning ved offentlige indkøb.³⁷²

Klagenævnet lagde i kendelsen af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium, til grund, at ordregiveren kunne have taget højde for overskridelse af budgetrammen ved udformningen af udbudsbetingelserne. Nævnet anførte, at ordregiveren kunne have foreskrevet i udbudsbetingelserne, at der skulle afgives en særskilt pris på en række ydelser, og at ordregiveren kunne have forbeholdt sig ret til at udskyde disse ydelser af projektet, hvis den samlede pris oversteg ordregiverens budgetramme.

Denne løsning, som i øvrigt blev fremhævet af klageren i proceduren for Nævnet, fremstår som et hensigtsmæssigt tiltag ved udformningen af udbudsbetingelserne. Fremgangsmåden er dog ikke anvendelig ved enhver udbudsprocedure, idet realiteten er, at tilbudsgiverne tvinges til at afgive alternative bud. Alternativt bud forbindes ofte med en alternativ udførelsesmetode til løsning af ordregiverens behov, men kan lige så vel relatere sig til omfanget af en ydelse. Udbudsdirektiverne begrænser ordregiverens adgang til at modtage alternativt bud til udbudsprocedurer, hvor ordregiveren anvender tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud og opstiller som supplerende betingelse, at ordregiveren skal angive, hvilke mindstekrav det alternative bud skal opfylde, jf. herved afsnit 5. 3.1.2.

Dette forhold ses der ikke at være taget højde for i kendelsen. Klagenævnet lagde i sagen til grund, at ordregiverens hensigt³⁷³ var at anvende tildelingskriteriet laveste pris, og at ordregiveren havde anvendt dette kriterium til trods for, at kriteriet ikke var

³⁷² Jf. herved Løgstør Rør-sagen, hvor ti europæiske producenter af præisolerede fjernvarmerør blev pålagt bøder på i alt 92, 21 mio. Euro ved Kommissionens beslutning, der er offentliggjort i EFT. L24 af 30. januar 1999.

³⁷³ Ordregiveren havde også anvendt et ulovligt tildelingskriterium, der stred mod tjenesteydelsesdirektivets artikel 30, stk. 1.

angivet i udbudsbetingelserne. Klagenævnet burde have præciseret, at ordregiveren ikke kan foreskrive, at der skal afgives alternativt bud, hvor tildelingskriteriet er laveste bud, og at fremgangsmåden derfor ikke kunne have været anvendt i den konkrete sag.

Sammenfattende kan det anføres, at der *ikke ses at være belæg for Klagenævnets fleksible fortolkning af forhandlingsforbudet, hvorved Nævnet i sin praksis tillader, at en ordregiver, hvis budgetramme er overskredet, beskærer et tilbud og ændrer kontraksgrundlaget til fordel for den tilbudsgiver, der var bedste tilbudsgiver i henhold til de oprindelige udbudsbetingelser.*

Endelig skal opmærksomheden særligt henledes på, at ordregiverens behov for ændring af udbudsbetingelserne, når budgetrammen er overskredet, muligvis kan begrunde, at ordregiveren ændrer udbudsbetingelserne med virkning for *samtlige* tilbudsgivere, jf. herved den følgende analyse i afsnit 5.3.5 af denne problemstilling.

5.3.5. Ordregivers adgang til at ændre udbudsbetingelserne med virkning for samtlige tilbudsgivere efter budgivningen

5.3.5.1. Introduktion

Ordregiveren kan efter tilbudsafgivningen blive opmærksom på, at der er et behov for ændring af udbudsbetingelserne af en række årsager. Tilbudene kan f.eks. gøre det klart for ordregiveren, at udbudsbetingelserne er behæftet med fejl eller væsentlige uklarheder, er uhensigtsmæssigt udformet, eller at budene ville have været af større økonomisk værdi for ordregiveren, hvis udbudsbetingelserne havde været anderledes udformet. Det er f.eks. muligt, at ordregiveren ikke har været opmærksom på et bestemt produkt, og at ordregiveren har afskåret muligheden for indgivelse af alternativt bud.³⁷⁴ På grund af udbudsbetingelsernes udformning kan de indkomne tilbud være af ringe eller slet ingen værdi for ordregiveren, der i denne situation vil være interesseret i at kunne ændre udbudsbetingelserne for derved at muliggøre en tilbudsgivning af værdi for ordregiveren. Ordregiverens muligheder for at imødekomme behovet for ændring efter tilbudsafgivningen synes imidlertid at være særdeles begrænsede.

Spørgsmålet om ændring af udbudsbetingelserne efter tilbudsafgivningen med virkning for samtlige tilbudsgivere adskiller sig på afgørende vis fra spørgsmålet om ændringer før tilbudsafgivningen, der blev behandlet i afsnit 5.2. *Efter tilbudsafgivningen hersker der ingen tvivl om, at ændring af udbudsbetingelserne som klar hovedregel er udelukket*, og spørgsmålet er, om der overhovedet består undtagelser til dette udgangspunkt og i bekræftende fald hvilke undtagelser. Forinden dette spørgsmål

³⁷⁴ Se til eksempel Klagenævnets kendelse af 4. juni 1996, Dansk Industri mod Kolding Kommune, der er omtalt under afsnit 5.3.1.1.1.A.

behandles nærmere, skal to typiske fremgangsmåder med henblik på ændringer af udbudsbetingelserne skitseres.

Der er ingen tvivl om, at ordregiveren ofte vil kunne annullere udbudsproceduren med henblik på iværksættelse af en fornyet udbudsprocedure, selv om en annulation af udbudsproceduren har som forudsætning, at ordregiveren har en saglig begrundelse herfor. Kravet til den saglige begrundelse er væsentligt skærpet efter tilbudsafgivningen i forhold til kravene til den saglige begrundelse før tilbudsafgivningen, jf. herved nærmere i kapitel 6.

Ordregiveren vil ofte vige tilbage fra annulation af udbudsproceduren til trods for, at dette er den mest konsekvente løsning på behovet for ændring af udbudsbetingelserne, fordi annulationen indebærer forsinkelse af kontraheringen og påfører ordregiveren yderligere administrative omkostninger. Annulationen indebærer desuden en risiko for erstatningssøgsmål fra de tilbudsgivere, der deltog i den annullerede udbudsprocedure.

Ordregivere fristes ofte af en anden fremgangsmåde, der er ulovlig, hvor ordregiveren indleder forhandlinger med en eller flere af de tilbudsgivere, der har fremsat de efter en økonomisk vurdering bedste bud eller i øvrigt særligt har ordregiverens gunst.³⁷⁵ Ved denne fremgangsmåde forskelsbehandles de øvrige tilbudsgivere, der stilles ringere end de tilbudsgivere, der får muligheden for at ændre på deres bud, og det er åbenbart, at ligebehandlingsprincippet ikke iagttages allerede af denne grund.

Normalt fokuseres der på denne direkte påvirkning af konkurrencen, hvor fremgangsmåden tilsidesættes. Det skal imidlertid ikke overses, at fremgangsmåden med ændringer i de tilkendegivne udbudsbetingelser indebærer en anden mulig krænkelse af ligebehandlingsprincippet, idet der er risiko for, at konkurrencen er blevet påvirket ved, at virksomheder ville have indgivet bud, hvis de nu ændrede udbudsbetingelser havde været bekendtgjort.

Det er uklart, om ordregivere har et lovligt alternativ til denne fremgangsmåde, hvor ordregiveren søger at sikre ligebehandling af samtlige tilbudsgivere, der deltager i udbudsproceduren. Spørgsmålet er, *om det er muligt for ordregiver at ændre udbudsbetingelserne med virkning for samtlige tilbudsgivere efter tilbudsafgivningen.* Hvis ordregiverens udbudsbetingelser kan ændres, må dette have som konsekvens, at tilbudsgiverne får lejlighed til at ændre i deres oprindelige tilbud. Realiteten i det her rejste spørgsmål er derfor at fastslå, *om udbudsreglerne i visse tilfælde tillader, at der gennemføres en 2. udbudsrunde (eller flere) i udbudsproceduren,* uden at dette strider mod principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. For en umiddelbar betragtning synes en sådan fremgangsmåde udelukket, da den på grundlæggende vis strider med den aftalemodel, der ligger til grund for udbudsdirektiverne.

³⁷⁵ Se til eksempel Klagenævnets kendelse af 31. oktober 1996, Semco Energi A/S mod Brønderslev Kommune, nærmere omtalt under afsnit 5.3.1.1.1.A.

5.3.5.1.1. EF-domstolens tvetydige praksis

EF-domstolen havde i C-87/94, Kommissionen mod Belgien, en helt oplagt mulighed for at afklare spørgsmålet i et obiter dictum. Ordregiveren havde efter budgivningen taget hensyn til en ændring af et tilbud fra en enkelt tilbudsgiver, og Kommissionen gjorde gældende, at dette var en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet, hvilket EF-domstolen tilrådde.

Kommissionen anførte imidlertid også,³⁷⁶ at ordregiveren lovligt kunne have ændret udbudsbetingelserne ved at tilbyde de øvrige tilbudsgivere samme mulighed for at fravige udbudsbetingelserne som den favoriserede tilbudsgiver, hvis ordregiveren var overbevist om, at udbudsbetingelserne var forkerte. Generaladvokat Lenz tilsluttede sig dette standpunkt, jf. herved forslaget til afgørelse punkt 63.

EF-domstolen undgik omhyggeligt at tage stilling til spørgsmålet, hvilket Domstolen ved sin formulering af præmisserne hævdede over enhver tvivl. Domstolen ræsonnerede således i præmis 73, at når ordregiveren havde tilladt alene én tilbudsgiver at fravige udbudsbetingelserne, var det unødvendigt at tage stilling til, om Kommissionen med rette fandt, at ordregiveren havde kunnet ændre bestemmelserne i udbudsbetingelserne efter åbningen af tilbudene ved at give alle tilbudsgivere samme mulighed for at fravige dem. EF-domstolen anvendte den samme fremgangsmåde i forhold til spørgsmålet om ændring af tildelingskriterier, dvs. delkriterier i kriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud. Domstolen anførte i præmis 91, at det var tilstrækkeligt at fastslå, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ikke var blevet overholdt i den konkrete sag, og at det derfor ikke var nødvendigt at afgøre, om en direktivbestemmelse udelukkede, at en ordregiver kan ændre tildelingskriterier i løbet af proceduren.

Det er påfaldende, at EF-domstolen ikke ønskede at klargøre retstilstanden på området, da antallet af søgsmål, der har givet EF-domstolen lejlighed til at præcisere indholdet af forhandlingsforbudet, har været overordentlig begrænset. Hvis en ordregiver lovligt kan ændre udbudsbetingelserne efter budgivningen, vil dette have stor praktisk betydning for både ordregiver og tilbudsgivere, og en sådan adgang kunne afbøde visse af de til tider meget byrdefulde og uhensigtsmæssige følger af den restriktive fortolkning af forhandlingsforbudet. Formuleringen af præmisserne giver ingen indikationer om den nærmere baggrund for EF-domstolens tilbageholdenhed. Det er muligt, at meningerne har været delte blandt de fem dommere, der afgjorde sagen, idet EF-domstolen afgørelser som bekendt afsiges uden dissens, men at flertallet fandt, at en afklaring af retstilstanden var unødvendig.

Under alle omstændigheder indeholder afgørelsen en *åbning for muligheden af, at det kan være lovligt for ordregiveren at ændre udbudsbetingelserne*, da en afvisning

³⁷⁶ Jf. præmis 67 i afgørelsen.

af denne mulighed havde været et oplagt resultat af flere grunde herunder bl.a. den generelt restriktive fortolkning af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed ved EF-domstolen i øvrigt.

EF-domstolens præmisser er helt uden indikationer af, i hvilket tilfælde ordregiverens ændring af udbudsbetingelserne efter tilbudsafgivningen kunne være lovlig, selv om det kunne være nærliggende at antage, at Domstolen særligt havde forholdt sig til de tilfælde, hvor ordregiverens udbudsbetingelser er behæftet med fejl.

Afgørelsen indeholder heller ikke den ringeste afklaring af, hvilke betingelser en ordregiver kunne tænkes at skulle opfylde for at sikre, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed iagttages i forbindelse med ændringen. Det må antages, at underretning af samtlige tilbudsgivere om de ændrede udbudsbetingelser ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at imødekomme kravene efter principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, og dette spørgsmål behandles afslutningsvis i afsnit 5.3.5.3. Her skal blot nævnes, at det må antages, at det bl.a. kræves, at tilbudsgiverne underrettes skriftligt om de ændrede udbudsbetingelser, og at ordregiveren må antages at skulle iagttage en række andre betingelser ved ændring af udbudsbetingelserne efter budgivningen.

5.3.5.1.2. Klagenævnets stillingtagen

Det er interessant, at Klagenævnet for Udbud har fundet anledning til at berøre problemstillingen³⁷⁷ i kendelsen af 31. oktober 1996, Semco Energi A/S mod Brønderslev Kommune,³⁷⁸ der er afsagt efter EF-domstolens afgørelse i C-87/94, Kommissionen mod Belgien.

Kommunen havde udbudt opførelse af et kraftvarmeværk i totalentreprise efter forsyningsvirksomhedsdirektivet og havde anvendt udbudsformen begrænset udbud til trods for, at kommunen kunne have valgt at gennemføre udbudsproceduren ved udbud efter forhandling. Der blev prækvalificeret 12 virksomheder, hvoraf 8 indleverede tilbud. Kommunens rådgivende ingeniørfirma fandt 3 tilbud særlig interessante og førte derefter indgående forhandlinger med disse tilbudsgivere. Under forhandlingerne skete der væsentlige ændringer i de 3 tilbud, idet 2 af tilbudene bl.a. blev ændret fra at angå 6 motorer til at angå 7 motorer, og den tredje tilbudsgiver nedsatte prisen. Det rådgivende ingeniørfirma orienterede i et vist omfang hver af de 3 tilbudsgivere om forhandlingerne med de øvrige 2. Der blev indgået kontrakt med en af de tilbudsgivere, der havde ændret antallet af motorer, og den tilbudsgiver, der havde

³⁷⁷ Klagenævnet ses ikke efterfølgende at have taget stilling til spørgsmålet.

³⁷⁸ Kendelsen er kommenteret af Anne Rubach-Larsen og Birte Rasmussen i Juristen 1997 s. 315 ff.

nedsat prisen, klagede til Nævnet med påstand om, at kommunen havde tilsidesat ligebehandlingsprincippet.

Klagenævnet for Udbud afsagde ikke en enstemmig afgørelse, idet et af de tre medlemmer afgav dissens. Flertallet fastslog, at ordregiveren havde handlet i strid med ligebehandlingsprincippet, og henviste særligt til omfanget og karakteren af de førte forhandlinger. Flertallet fandt det ikke afgørende, at hver af de 3 tilbudsgivere var blevet orienteret om forhandlingerne med de to andre. Flertallet tilkendegav i et obiter dictum, at det "ikke helt [kunne] afvise, at der kan forekomme tilfælde, hvor det vil være i overensstemmelse med EU's principper om ligebehandling og gennemsigtighed at give alle tilbudsgivere lejlighed til efterfølgende at ændre deres tilbud. Imidlertid kan en mundtlig orientering som led i forhandlinger af den karakter, der har været tale om, efter vores opfattelse under alle omstændigheder ikke være en tilstrækkelig overholdelse af disse principper." Det dissentierende medlem fandt, at forhandlingerne ikke havde medført forskelsbehandling, da det ordregivende ingeniørfirma efter det oplyste loyalt havde orienteret de 3 tilbudsgivere om forhandlingerne.

Det fremgår af flertallets obiter dictum, at Nævnet i lighed med EF-domstolen³⁷⁹ ikke vil udelukke muligheden af, at en ordregiver i visse tilfælde kan give tilbudsgiverne lejlighed til at ændre deres tilbud.

På et enkelt punkt forholder Nævnets flertal sig mere konkret til problemstillingen end EF-domstolen, idet flertallet udtalte, at en mundtlig orientering, som led i forhandlinger af den karakter der forelå i sagen, under alle omstændigheder ikke var tilstrækkelig til at overholde principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Det må antages at være i overensstemmelse med gældende ret, når flertallet fremhæver et krav om, at ændringen af udbudsbetingelserne skal ske skriftligt, i modsætning til det dissentierende medlems opfattelse. Dette medlem fandt, at den mundtlige orientering til de 3 tilbudsgivere havde sikret, at der ikke var sket forskelsbehandling, hvilket ikke forekommer korrekt hverken i forhold til de 3 tilbudsgivere involveret i de efterfølgende ulovlige forhandlinger eller i forhold til de 5 ud af 8 tilbudsgivere, der aldrig blev inviteret med til forhandlingsbordet. Spørgsmålet om ordregiverens pligt til skriftlig underretning af tilbudsgiverne om de ændrede udbudsbetingelser og andre krav til ordregiveren for at sikre ligebehandling og gennemsigtighed behandles afslutningsvis i afsnit 5.3.5.3.

³⁷⁹ Der blev ikke henvist til EF-domstolens afgørelse i C-87/94, Kommissionen mod Belgien, i kendelsen.

5.3.5.1.3. Den juridiske litteratur

Der er i den juridiske litteratur i flere tilfælde blevet fremført støtte til synspunktet om, at ordregiveren i visse tilfælde skal have adgang til at ændre udbudsbetingelserne,³⁸⁰ men som i praksis fra både EF-domstolen og Klagenævnet for Udbud er det gennemgående uklart, i hvilke tilfælde og på hvilke betingelser forfatterne har tænkt sig, at ordregiveren skulle have en sådan ret.³⁸¹

Det er ikke åbenbart, om disse forfattere forestiller sig beføjelsen som 1) en absolut undtagelse eller i stedet som 2) en beføjelse, der kan benyttes i almindelighed, når ordregiveren objektivt set har et reelt behov for ændring af udbudsbetingelserne og træffer visse forholdsregler med henblik på at sikre ligebehandling og gennemsigtighed. Sidstnævnte fortolkning af forfatterne synes dog at være mest nærliggende. Umiddelbart ses der ikke at være grundlag for en sådan fortolkning, og i det følgende skal fremhæves en række forhold, der kan fremføres imod en almindelig adgang til at ændre udbudsbetingelserne efter budgivningen.

En fortolkning, der tillader, at ordregiveren ændrer grundlæggende elementer i de bekendtgjorte udbudsbetingelser, indebærer, at man *tilsidesætter hensynet til de hypotetiske tilbudsgivere* til fordel for ordregiveren og til fordel for de deltagende tilbudsgivere,³⁸² der har interesse i, at den igangsatte udbudsprocedure afsluttes med tildeling og ikke med annullation. Dermed bortses fra risikoen for, at virksomheder kan have undladt at deltage i udbudsproceduren og fra at indlevere bud ud fra en vurdering af de oprindeligt bekendtgjorte udbudsbetingelser i udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet i øvrigt.

Denne vægtning af de modstridende hensyn kan have meget for sig i forhold til spørgsmålet om ændring af udbudsbetingelserne *før* tilbudsafgivningen, hvor hensynet til de hypotetiske tilbudsgivere kan være det eneste, der lægger sig i vejen for en hensigtsmæssig ændring af udbudsbetingelserne, jf. herved den tidligere behandling

³⁸⁰ Sue Arrowsmith, s. 617-18 og samme i PPLR 1998 s. 65 (s. 71); Anne Rubach-Larsen og Birte Rasmussen, Juristen 1997 s. 315 ff. (s. 318); J.M. Fernández Martín, PPLR 1996 CS 120 (s. 139) og Sune Troels Poulsen, Juristen 1999 s. 155 ff., der dog kun berører spørgsmålet i en fodnote (s. 160, note 20). Det bemærkes, at der ikke tages nærmere stilling til spørgsmålet i Konkurrencestyrelsens vejledning, "EU's udbudsdirektiver", der omtales s. 27 i vejledningen.

³⁸¹ J.M. Fernández Martín, PPLR 1996 CS 120 på s. 139 fremhæver dog klart indtil flere mulige betingelser.

³⁸² Dog vil den "vindende tilbudsgiver" have interesse i både at anfægte muligheden af en 2. udbudsrunde og ordregivers annullation af udbudsproceduren for derved at sikre, at proceduren afsluttes med tildeling på grundlag af de oprindelige tilbud.

af dette spørgsmål i afsnit 5.2. Det er imidlertid mindre oplagt at argumentere for helt at bortse fra hensynet til de hypotetiske tilbudsgivere *efter* tilbudsgivningen, fordi hensynet er ét af flere argumenter, der ud fra en samlet vurdering taler med vægt imod ordregivers ret til at ændre udbudsbetingelserne.

En ændringsadgang for ordregiver ville tillige indebære *rige muligheder for misbrug af beføjelsen fra ordregivers side*. En ordregiver kan således omgå ligebehandlingsprincippets forhandlingsforbud. Eksempelvis ville en ordregiver, der ønskede at tilgodese en bestemt tilbudsgiver, der havde indleveret et bud, der ikke kunne tages i betragtning, f.eks. fordi det var ukonditionsmæssigt i kraft af forbehold, kunne påberåbe sig ændringsbeføjelsen med henblik på at sikre, at tilbudsgiveren alligevel kunne tages i betragtning. Tilsvarende kunne en favoriseret tilbudsgiver have indleveret et bud, der ikke var konkurrencedygtigt, og ordregiveren kunne misbruge muligheden for ændring af udbudsbetingelserne til at sikre, at den favoriserede tilbudsgiver fik endnu en chance for at overgå konkurrenterne. Ordregiveren ville efter tilbudsgivningen bedre kunne tilpasse udbudsbetingelserne til den favoriseredes stærke sider, set i forhold til de konkurrerende virksomheder, og favoritten ville i kraft af den første tilbudsgivning kunne få kendskab til konkurrenternes tilbudspriser.³⁸³

Tilsvarende ville en ordregiver kunne misbruge ændringsbeføjelsen i forhold til samtlige tilbudsgivere. Under dække af mindre og ubetydelige ændringer i udbudsbetingelserne kunne ordregiveren ubesværet benytte sig af tilbudsgivernes konkurrencesituation til at sikre sig et mere fordelagtigt tilbud i 2. tilbudsrunde. Det må være klart, at en ordregiver ikke har adgang til at justere sin kravspecifikation udelukkende med henblik på at gøre de modtagne tilbud billigere ved en justering.³⁸⁴

Sammenfattende kan det siges, at en fortolkning, der indrømmer ordregiverne en *almindelig adgang* til at ændre udbudsbetingelserne efter tilbudsafgivningen, hvor samtlige tilbudsgivere har lige adgang til at ændre deres bud, forekommer at være for vidtgående og uforenelig med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsreglerne i deres nuværende udformning.

Der må i stedet antages, at der *undtagelsesvis* kan være situationer efter tilbudsafgivningen, hvor det burde være tilladt for ordregiver efterfølgende at ændre udbudsbetingelserne, og det er, som det fremgår af C-89/94, Kommissionen mod Belgien, bestemt

³⁸³ Ved offentligt bud er det særligt angivet i udbudsdirektivernes udbudsmodeller, at tid, sted og klokkeslæt for budenes åbning skal angives. Ved begrænset udbud kunne ordregiveren underhånden informere den favoriserede tilbudsgiver om indholdet af konkurrenternes bud. For en behandling af spørgsmålet om tilbudsgivernes adgang til at være til stede ved åbningen af budene kan der henvises til Konkurrencestyrelsen vejledning, "EU's udbudsdirektiver" s. 85 og s. 87.

³⁸⁴ Se for en tilsvarende opfattelse Preben Klit Jakobsen, Offentlige indkøb, (oktober 1998), kap. 31 s. 16.

ikke udelukket, at sådanne ændringer vil blive tolket som værende i overensstemmelse med gældende ret. I det følgende skal fremhæves enkelte situationer, hvor en ændring af udbudsbetingelserne, under iagttagelse af formalia til sikring af ligebehandling og gennemsigtighed, må antages at være lovlig, idet det dog bemærkes, at spørgsmålet ikke ses behandlet i den juridiske litteratur i øvrigt.

5.3.5.2. Ændring af udbudsbetingelserne i særlige tilfælde

5.3.5.2.1. Ændring af vedståelsesfristen

En ordregiver angiver sædvanligvis ved både offentligt og begrænset udbud en frist for egen accept af tilbudene i udbudsbetingelserne.³⁸⁵ Denne frist benævnes vedståelsesfristen i denne afhandling, og er den frist, tilbudsgiverne skal vedstå deres bud efter tilbudsafgivningen. Vedståelsesfristen varierer og ses i dansk udbudspraksis helt ned til 1 måned ved enkle kontrakter, men er oftest på flere måneder og typisk omkring 6 måneder ved større tjenesteydelsesaftaler. Det forekommer i praksis, at evalueringsprocessen og beslutningsprocessen forsinkes i et sådant omfang, at vedståelsesfristen udløber. Tilbudsgiveren frigøres fra tilbudet ved fristens udløb, og en forlængelse af vedståelsesfristen er en grundlæggende ændring af kontraktsgrundlaget, der kræver tilbudsgivernes accept. Skal ordregiveren påbegynde en ny udbudsprocedure, eller skal det være muligt for ordregiveren at ændre udbudsbetingelserne efter tilbudsafgivningen?

I dansk udbudspraksis løses problemet ofte ved at rette en enslydende skriftlig henvendelse til samtlige tilbudsgivere med henblik på at sikre, at tilbudsgiverne vedstår deres bud. Denne løsning må antages at være i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed, idet fremgangsmåden ikke indebærer forskelsbehandling af hverken tilbudsgiverne eller de virksomheder, der afstod fra at afgive tilbud. Dette følger af, at en forlængelse af vedståelsesfristen generelt er til ulempe for samtlige tilbudsgivere, der skal friholde ressourcer til at opfylde kontrakten, og den vindende tilbudsgiver favoriseres normalt ikke i forhold til de øvrige ved fristens forlængelse. Det kan heller ikke antages, at en ændring af vedståelsesfristen er problematisk i forhold til de virksomheder, der ikke reagerede på ordregiverens udbud, da disse ikke kan fremføre, at en forlænget vedståelsesfrist gjorde den udbudte kontrakt mere attraktiv, og derfor ikke kan fremføre, at de ville have reageret på udbudsbekend-

³⁸⁵ Ved offentligt udbud fremgår det forudsætningsvis af modellerne til udbudsdirektiverne, at ordregiveren har pligt til at angive vedståelsesfristen. Se til eksempel punkt 15 i tjenesteydelsesdirektivets model til et offentligt udbud. Et tilsvarende punkt er ikke indsat vedrørende begrænset udbud.

gørelsen, såfremt vedståelsesfristen havde været længere. Det kan derfor ikke antages, at en overskuelig forlængelse af vedståelsesfristen indebærer en pligt til at iværksætte en fornyet udbudsprocedure, og en modsat rettet fortolkning ville være overdrevent formalistisk og ikke tage behørigt hensyn til ordregiverens og tilbudsgivernes interesse i gennemførelse af udbudsproceduren.

5.3.5.2.2. Ændring af tidsplanen

I visse tilfælde vil forsinkelsen af evaluerings- og beslutningsprocessen tilsvarende medføre, at ordregiveren vil have behov for at ændre på den tidsplan, der er opstillet i udbudsbetingelserne, ved at forskyde eller i øvrigt ændre tidspunktet for den ønskede levering.

I denne situation er det mindre oplagt, at ordregiveren skal have adgang til at ændre tidsplanen efter budgivningen. Ændringen kan være et udslag af tilsigtet forskelsbehandling af de bydende, f.eks. fordi en af tilbudsgiverne har taget forbehold for tidsplanen i sit tilbud.³⁸⁶ I en sådan situation kunne ordregiveren misbruge ændringsbeføjelsen ved at tilpasse tidsplanen til tilbudsgiverens forbehold.

Det er ligeledes relevant at overveje, om den konkrete ændring af tidsplanen kunne indebære forskelsbehandling af hypotetiske tilbudsgivere, da en række virksomheder kan have afholdt sig fra at deltage i udbudsproceduren på grund af den angivne tidsplan.

Sammenfattende må det antages, at det efter gældende ret må være udgangspunktet, at ordregiveren er afskåret fra at ændre udbudsbetingelsernes tidsplan efter tilbudsafgivningen. Hensynet til ordregiveren og tilbudsgiverne må dog indebære, at tidsplanen efter omstændighederne lovligt vil kunne gøres til genstand for ændringer, der i den konkrete sag formodes at være af underordnet betydning for konkurrenceforholdene. Dette kunne f.eks. være tilfældet, hvor kontrakten vedrører et vareindkøb af en genstand, der masseproduceres, og hvor leveringsperioden forskydes med et par måneder.

Spørgsmålet om ordregivers ændring af tidsplanen og foreneligheden med forhandlingsforbudet kan i øvrigt blive aktuelt ved Klagenævnets annullation af en ordregivers beslutning om annullation af udbudsproceduren, jf. herved kendelsen af 19.

³⁸⁶ I kendelsen af 18. maj 1995, Henning Larsen Tegnastue mod Kulturministeriet, havde den bedste tilbudsgiver taget forbehold for tidsplanen. Det skal fremhæves, at *ordregiveren i den konkrete sag ikke ændrede tidsplanen*, men i stedet traf en vanskelig beslutning for at sikre overholdelsen af ligebehandlingsprincippet. Ordregiveren afviste tilbudsgiveren på grund af dennes forbehold til trods for, at ordregiveren havde fundet, at tilbudsgiverens tilbud var det bedste, selv om det også var det dyreste.

juni 1997, Højgaard & Schultz mod Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet. Spørgsmålet er udførligt behandlet i afsnit 6.8.

5.3.5.2.3. *Ændringer ved overgang til udbud efter forhandling*

Udbudsdirektiverne indeholder en række enslydende bestemmelser, der foreskriver, at ordregiveren kan overgå fra de sædvanlige udbudsformer til udbud efter forhandling, hvor udfaldet af konkurrencen er mislykket, f.eks. fordi tilbudene ikke opfylder udbudsbetingelserne, eller fordi der ikke er afgivet et egnet bud.³⁸⁷

Det må antages, at ordregiveren har adgang til at foretage ændringer i udbudsbetingelserne i de tilfælde, hvor ordregiveren efter udbudsdirektiverne har hjemmel til at overgå fra et offentligt udbud eller begrænset udbud til udbudsformen udbud efter forhandling. Når ordregiveren efter disse bestemmelser kunne vælge den mere vidtgående løsning at overgå til at forhandle om kontrakten, må det antages, at ordregiveren tilsvarende kan vælge den mindre vidtgående løsning, der består i at ændre udbudsbetingelserne og efterfølgende give samtlige tilbudsgivere lejlighed til at fremsætte et nyt tilbud.

Dette forudsætter dog, at de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt, da denne betingelse tilsvarende gælder, hvor ordregiveren vælger at tage skridtet fuldt ud ved at overgå til udbud efter forhandling. Betingelsen må forstås som en henvisning til grundreglen om, at udbudet skal bevare sine grundlæggende karakteristika for ikke at tilsidesætte hensynet til de virksomheder, der afstod fra at forsøge sig i udbudsproceduren på grund af den oprindelige beskrivelse af kontrakten i udbudsmaterialet.³⁸⁸

Det er imidlertid af større betydning, hvordan en ordregiver kan forholde sig, når ordregiveren opfylder de øvrige betingelser for at overgå til udbud efter forhandling, men *ikke* betingelsen om, at de oprindelige udbudsbetingelser ikke må ændres væsentligt.

I henhold til udbudsdirektiverne er de øvrige betingelser, at de afgivne bud ikke er forskriftsmæssige eller uantagelige, eller der kræves, at der ikke er afgivet bud, eller at der ikke er afgivet et egnet bud. Bestemmelserne om ikke-forskriftsmæssige bud eller uantagelige bud er formuleret uheldigt, da læseren kan få det indtryk, at det er en tilstrækkelig betingelse, at der blot er afgivet *nogle* bud, der ikke er forskriftsmæssige, eller bud, der er uantagelige. En sådan fortolkning ville udhule forhandlingsforbudet, da det er almindeligt forekommende, at der afgives bud, der ikke opfylder udbudsbetingelserne, og fortolkningen kan ikke være korrekt, da der ikke hersker tvivl om, at bestemmelsen er en undtagelsesbestemmelse, der skal fortolkes indskrænkende. Det må

³⁸⁷ Se til eksempel bygge- og anlægsdirektivets artikel 7, stk. 2, litra a og stk. 3, litra a.

³⁸⁸ I samme retning Arrowsmith PPLR 1998 s. 65 på s. 71 i note 16.

i stedet antages, at det kræves, at *samtlige* bud er ikke er forskriftsmæssige eller uantagelige.³⁸⁹

Spørgsmålet er, om en ordregiver, der opfylder de øvrige betingelser for at overgå til udbud efter forhandling, har et så kvalificeret behov for ændring af udbudsbetingelserne, at ordregiveren må antages at have adgang til at ændre udbudsbetingelserne, uanset at de oprindelige udbudsbetingelser ændres væsentligt? Besvarelsen af dette spørgsmål er vanskelig, men der forekommer at være en vis sandsynlighed for, at ordregiveren, i hvert fald i visse tilfælde, kunne have en sådan adgang.

Som eksempel kan fremhæves den situation, der forelå i Klagenævnets kendelse af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium, der er nærmere beskrevet i afsnit 5.3.4, hvor samtlige tilbudsgivere havde overskredet den budgetramme, ordregiveren havde angivet som en udbudsbetingelse.

I en sådan situation synes det tvivlsomt, om der kan indgås en kontrakt, hvis vilkår ikke afviger væsentligt fra de oprindelige udbudsbetingelser, når der anlægges en restriktiv fortolkning. Det forekommer at være en hensigtsmæssig løsning, hvis ordregiveren i et sådant tilfælde havde lejlighed til at bearbejde udbudsmaterialet, hvorefter samtlige tilbudsgivere fik lejlighed til at indlevere et nyt tilbud tilpasset de reviderede udbudsbetingelser.

5.3.5.3. *Formelle krav til sikring af ligebehandling og gennemsigtighed*

Det er tidligere blevet fremhævet, at det er uklart, hvilke betingelser ordregiveren i givet fald skal iagttage for at sikre ligebehandling og gennemsigtighed i forbindelse med ændringen af udbudsbetingelserne efter tilbudsgivningen.³⁹⁰

Det blev i Klagenævnets kendelse af 31. oktober 1996, Semco Energi A/S mod Brønderslev Kommune, antaget, at mundtlig underretning om ændrede udbudsbetingelser af en karakter og et omfang som i den *konkrete* sag ikke var tilstrækkelig til overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Denne betragtning er ikke vidtgående nok, da det klart må antages, at der kan opstilles et

³⁸⁹ Spørgsmålet behandles kun undtagelsesvist i litteraturen. I Konkurrencestyrelsens vejledning, "EU's udbudsdirektiver" s. 89 anlægges en identisk fortolkning. Spørgsmålet diskuteres dog ikke, og resultatet anføres med en vis reservation. Det anføres i vejledningen "Bestemmelsen forudsætter formentlig, at samtlige bud er ikke-forskriftsmæssige eller uantagelige". I kendelsen af 8. juni 1995, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Kulturministeriet lagde Klagenævnet for Udbud til grund, at ordregiveren havde været berettiget til at overgå til udbud efter forhandling, jf. herved tjensteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 2, litra a, men i den konkrete sag blev det lagt til grund, at samtlige tilbud ikke var forskriftsmæssige.

³⁹⁰ Se hertil særligt J.M. Fernández Martín, PPLR 1996 CS 120 på s. 139.

generelt krav om, at samtlige tilbudsgivere underrettes skriftlig om de ændrede udbudsbetingelser.

Dette skal ses på baggrund af gældende ret i forhold til et normalt forløb ved et offentligt eller begrænset udbud, dvs. hvor ændringerne foretages før budgivningen. Her følger det af udbudsdirektiverne, at udbudsbetingelserne skal kommunikeres til tilbudsgiverne i skriftlig form.³⁹¹ Regelsættet indeholder en forudsætning om, at udbudsbetingelser skal tilkendegives skriftligt for at sikre ligebehandling og gennemsigtighed, og det må derfor antages, at ordregiveren ligeledes har *pligt til at underrette tilbudsgiverne skriftligt om ændringer af udbudsbetingelserne, der foretages efter budgivningen*.

Udbudsdirektiverne indeholder en række bestemmelser,³⁹² der fastsætter tidsfrister med henblik på at sikre tilbudsgiverne tilstrækkelig tid til udarbejdelse af tilbud, da det er afgørende for sikring af ligebehandling af tilbudsgivere, at disse får tilstrækkelig tid til udarbejdelse af deres tilbud før ordregiverens tildeling af kontrakten. Det må derfor tilsvarende kunne kræves, at en ordregiver, der ændrer udbudsbetingelserne efter budgivningen, er omhyggelig med at *sikre, at tilbudsgiverne får tilstrækkelig tid til revisionen af deres oprindelige tilbud*.

Det må tilsvarende forventes, at ordregiveren skal udsende den skriftlige information på samme tid til tilbudsgiverne, og at ordregiveren skal informere tilbudsgiverne i umiddelbar forlængelse af, at beslutningen om ændring er truffet.

Hvis en ordregiver kan ændre udbudsbetingelserne efter budgivningen, burde det kræves, at ordregiveren har pligt til at begrunde beslutningen. Det vil være væsentligt for tilbudsgivernes muligheder for at beskytte deres interesser, at ordregiveren har en sådan begrundelsespligt, og der hersker ikke tvivl om, at det er en betingelse for ændring af udbudsbetingelserne, at ordregiveren har en tungtvejende saglige begrundelse herfor. Det typiske alternativ for ordregiveren vil være annullation af udbudsproceduren, og en beslutning af denne art skal begrundes, jf. herved nærmere om det skærpede begrundelseskrav i kapitel 6, og det er nærliggende, at der kunne blive indfortolket et tilsvarende *begrundelseskrav*, hvis EF-domstolen tillod ændringer af udbudsbetingelserne efter budgivningen.

Afslutningsvis skal det bemærkes, at en fortolkning, der tillader en ordregiver at gennemføre grundlæggende ændringer af udbudsbetingelserne efter tilbudsgivningen, forekommer at være en så væsentlig fravigelse fra den aftalemodel, der i øvrigt er indfortolket i udbudsdirektiverne, at det var at foretrække, at spørgsmålet blev afklaret i forbindelse med revision af udbudsdirektiverne frem for at overlade spørgsmålet til

³⁹¹ Se ligeledes afsnit 5.2.1.1 om ordregiverens pligt til at informere samtlige potentielle tilbudsgivere på skriftligt grundlag om udbudsbetingelserne og ændringerne i disse.

³⁹² Se afsnit 2.3.3.5 om tidsfrister i udbudsdirektiverne.

EF-domstolens fortolkning eller national fortolkning. Kommissionen, der i C-87/94, Kommissionen mod Belgien, gjorde sig til fortaler for ordregiverens adgang til at ændre udbudsbetingelserne efter budgivningen, har som bekendt beføjelsen til fremsætte et forslag, der enten ændrer eller klargør retstilstanden på området.

Ordregivers annulation af udbudsproceduren

6. Ordregivers annulation af udbudsproceduren

6.1. Introduktion

EU's udbudsdirektiver åbner mulighed for, at en ordregiver kan beslutte at undlade at indgå en aftale, der har været udbudt, eller kan beslutte at gøre udbudsproceduren om. Dette fremgår forudsætningsvis af de enslydende bestemmelser i bygge- og anlægsdirektivets artikel 8, stk. 2, vareindkøbsdirektivets artikel 7, stk. 2 og tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2.³⁹³ Forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder ikke en tilsvarende bestemmelse, men der må utvivlsomt bestå en tilsvarende adgang til annulation inden for dette direktivs anvendelsesområde. En modsat rettet fortolkning ville give et misvisende resultat, da denne ville indebære, at forsyningsvirksomhedsdirektivet på dette punkt var mindre fleksibelt end de øvrige direktiver, hvilket ikke kan antages, da forsyningsvirksomhedsdirektivets regler gennemgående er mindst lige så fleksible som de øvrige udbudsdirektiver.³⁹⁴

³⁹³ Disse bestemmelser blev for nylig ændret ved direktiv 97/52, hvilket omtales nærmere i afsnit 6.2.

³⁹⁴ Se for et tilsvarende resultat Sue Arrowsmith s. 523 og Peter Lund Meyer 1998 s. 444, der tilsyneladende begge anser dette for så selvfølgeligt, at resultatet anføres uden nærmere begrundelse.

Sådanne afslutninger af en udbudsprocedure uden tildeling af kontrakt betegnes oftest³⁹⁵ som annulation af en udbudsprocedure i den juridiske litteratur, hvilket er i overensstemmelse med terminologien anvendt i praksis ved Klagenævnet for Udbud.

Ordregivers annulation af et udbud bør ikke forveksles med *Klagenævnets eller domstolenes annulation*³⁹⁶ af ulovlige beslutninger, herunder ordregivers beslutninger om annulation, truffet i forbindelse med en udbudsprocedure.³⁹⁷

Ordregivers beføjelse til at annullere et udbud er af særlig interesse af flere grunde og rejser en række af de mest komplicerede fortolkningsspørgsmål i relation til EU's udbudsregler.

EU's udbudsdirektiver har en usædvanlig detaljeringsgrad på en lang række punkter, men det er bemærkelsesværdigt, at udbudsdirektiverne ikke indeholder konkret vejledning om, hvilke omstændigheder der sagligt kan begrunde ordregivers beslutning om annulation af en udbudsprocedure. Denne uklarhed har væsentlig betydning, da annulation af udbudsprocedurer synes at forekomme relativt hyppigt i dansk udbudspraksis og særligt i den variant, hvor annulationen foretages efter åbningen af budene med henblik på omgørelse af udbudsproceduren.

Denne tendens i udbudspraksis er påfaldende, da en ordregiver ved en annulation af udbudsrunden påfører sig selv yderligere omkostninger og uundgåeligt forsinker den ønskede eksterne kontrahering væsentligt, hvilket er i strid med ordregiverens grundlæggende interesse i at få afviklet udbudsproceduren så hurtigt som muligt. Tidsinteressen er særdeles afgørende i praksis for udbudsreglernes iagttagelse og er antagelig en af de vigtigste årsager i Danmark til, at ordregivere til tider overtræder udbudsreglerne ved at undlade at udbyde en given kontrakt.

³⁹⁵ Sune Troels Poulsen anvender betegnelsen "aflysning" i UfR 1998 B s. 61 ff. uden nærmere redegørelse for den afvigende terminologi. Der er uoverensstemmelse mellem Sune Troels Poulsens terminologi og Lasse Simonsens anvendelse af begrebet "avlysning" i disputatsen "Prekontaktuel Ansvar", Universitetsforlaget 1997. Lasse Simonsen sonderer mellem "avlysning", hvor annulationen skyldes andre forhold end de indkomne bud, og "totalforkastelse", der skyldes en forkastelse af samtlige (eksterne) bud efter en realitetsvurdering af budenes indhold.

³⁹⁶ Betegnelsen for denne term i den engelske juridiske litteratur er "annulment", hvorimod ordregivers annulation af en udbudsprocedure ikke dækkes af denne term, men derimod under "termination of the tender procedure without an award" el.lign. Spørgsmålet om ordregivers annulation af udbudsprocedurer er som absolut hovedregel kun behandlet sporadisk i den internationale juridiske litteratur.

³⁹⁷ Der henvises til afsnit 2.5.1.2.C for en behandling af Klagenævnets annullationsbeføjelse.

Udbudspraksis er desto mere interessant, når det tages i betragtning, at annulation af udbud ofte bliver opfattet som et udtryk for ulovlig forskelsbehandling af de bydende, hvilket tilsyneladende ikke er helt ubegrundet at dømme efter den foreliggende praksis ved Klagenævnet for Udbud, hvor spørgsmålet har været behandlet i en række klagesager.

EF-domstolen³⁹⁸ ses ikke at have fået forelagt fortolkningsspørgsmål vedrørende ordregiveres annulation af udbudsprocedurer, og der foreligger endnu ikke fortolkningsbidrag vedrørende spørgsmålet fra de danske domstole.³⁹⁹ Retten i Første Instans har dog i en nyere sag beskæftiget sig med spørgsmålet i forbindelse med Europa-Parlamentets annulation af en udbudsprocedure, jf. T-203/96, *Embassy Limousines & Services*.⁴⁰⁰ Retten var imidlertid særdeles tilbageholdende i sin prøvelse af lovligheden af Europa-Parlamentets annulation og undlod at forholde sig til flere elementer i Parlamentets begrundelse for annulationen af udbudsproceduren.

Den danske klagenævnspraksis får derfor væsentlig betydning som fortolkningsmoment ved fastlæggelsen af retstilstanden på området. Klagenævnet har foretaget en skærpet prøvelse af ordregivernes annulationer og har på dette område gennemgående anlagt en restriktiv fortolkning af udbudsreglerne. Der er dog særlig grund til at være opmærksom på, at Klagenævnet på et afgørende punkt har udvist tilbageholdenhed ved håndhævelsen. Nævnet har endnu ikke annulleret en ordregivers beslutning om annulation af udbudsproceduren til trods for, at Nævnet har fundet enkelte annulationer usagligt begrundet.⁴⁰¹ Spørgsmålet om kontraheringspligt og Nævnets manglende anvendelse af annullationsbeføjelsen behandles i afsnit 6.7 og 6.8.

³⁹⁸ Retten i Første Instans har i en nyere afgørelse forholdt sig til lovligheden af Europa-Parlamentets annulation af en udbudsprocedure. Se Rettens afgørelse i T-203/96, *Embassy Limousines & services* af 17. december 1998 (endnu utrykt).

³⁹⁹ Klagenævnets kendelse af 13. september 1996, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby Kommune, og kendelse af 19. juni, Højgaard & Schultz mod Undervisningsministeriet, blev indbragt for Østre Landsret. Den førstnævnte sag er efterfølgende blevet hævet. Så vidt vides, er der ikke forelagt domstolene andre sager om spørgsmålet.

⁴⁰⁰ Dommen blev afsagt 17. december 1998, men er endnu utrykt og foreligger ikke i dansk oversættelse. Afgørelsen er kommenteret af Sue Arrowsmith i PPLR 1999 nr. 4 CS 92 ff.

⁴⁰¹ Jf. herved Klagenævnets kendelse af 13. september 1996 i Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby Kommune og kendelse af 19. juni Højgaard & Schultz mod Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet.

6.2. Det formelle begrundelseskrav ved annullation af udbudsprocedurer

A) Begrundelseskravet efter de klassiske udbudsdirektiver

Udbudsdirektiverne inden for den klassiske sektor foreskriver,⁴⁰² at ordregiveren hurtigst muligt skal underrette ansøgere eller⁴⁰³ bydende om begrundelsen for en annullation af udbudsproceduren, og at underretningen skal ske skriftligt, såfremt der anmodes herom. Ordregiveren har tillige pligt til at underrette De Europæiske Fællesskabers Publikationskontor om annullation af udbudsproceduren.

Begrundelseskravet efter disse direktiver blev skærpet i forbindelse med revisionen af udbudsdirektiverne i 1997 ved direktiv 97/52 EF. Ifølge den tidligere formulering af udbudsdirektiverne forudsatte en begrundelse, at ansøgerne eller de bydende havde anmodet herom, og det fremgik ikke udtrykkeligt, at ansøgere og bydende havde retskrav på en skriftlig begrundelse efter påkrav. Det var desuden ikke indskærpet, at begrundelsen skulle gives hurtigst muligt.

Efter revisionen af udbudsdirektiverne er begrundelse til ansøgere og bydende ikke en eventualitet, da ordregiveren skal afgive en begrundelse til disse adressater. Begrundelseskravet har ligeledes ændret karakter fra at være et krav om efterfølgende begrundelse til at være et krav om samtidig begrundelse.

Det er i denne forbindelse interessant, at Klagenævnet for Udbud allerede *forud* for revisionen af udbudsdirektiverne havde indfortolket et krav om skriftlig begrundelse med kendelsen af 7. juni 1996, Det Danske Handelskammer mod Horsens Kommune, og at fortolkningsspørgsmålet blev rejst på Klagenævnets eget initiativ.

Horsens Kommune, Kolding Kommune og Holstebro Kommune havde udbudt et fælles indkøb i sagen, og Nævnet tog stilling til, om vareindkøbsdirektivet var overtrådt som følge af, at Horsens Kommune ikke havde givet en *skriftlig* begrundelse for de øvrige kommuners beslutning om at annullere den del af udbudet, der vedrørte deres indkøb.

⁴⁰² Jf. bygge- og anlægsgdirektivets artikel 8, stk. 2, vareindkøbsdirektivets artikel 7, stk. 2 og tjenesteydelsesdirektivets artikel 12, stk. 2.

⁴⁰³ I udbudsdirektiverne anføres det, at ansøgere *og* bydende skal underrettes om annullationen. Det må antages, at dette alene indebærer, at ansøgere skal underrettes, hvis annullationen sker forud for budgivningen, og at ansøgerkredsen ikke skal underrettes, hvis annullationen sker efter budgivningen. Det må i sidstnævnte tilfælde være tilstrækkeligt at begrunde annullationen over for tilbudsgiverne.

Klagenævnet fastslog, at Horsens Kommune havde handlet i strid med vareindkøbsdirektivet ved at undlade at give en skriftlig begrundelse for annullationen. Dermed indfortolkede Nævnet et krav om skriftlig begrundelse i vareindkøbsdirektivet, som først er blevet indsat ved revisionen af udbudsdirektiverne med direktiv 97/52. Det er værd at bemærke, at Nævnets fortolkning endog er mere vidtgående end udbudsdirektivernes nuværende udformning. Dette følger af, at Nævnet ikke betingede formkravet af, at der fremsættes anmodning om skriftlig begrundelse, hvilket afviger fra udbudsdirektiverne, hvor der ifølge ordlyden kræves en sådan anmodning.

B) Begrundelseskravet efter forsyningsvirksomhedsdirektivet

Som nævnt i indledningen må det antages, at ordregivere i forsyningssektoren har adgang til at annullere en udbudsprocedure selv om dette ikke fremgår udtrykkeligt af forsyningsvirksomhedsdirektivets ordlyd. Denne udvidende fortolkning giver anledning til overvejelser om, hvorvidt en ordregiver, der annullerer et udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, har pligt til at begrunde beslutningen i overensstemmelse med de forskrifter, der er opstillet ved annullationer efter de klassiske udbudsdirektiver.

Det er nærliggende at slutte analogt fra de øvrige udbudsdirektiver, hvilket fremmer udbudsprocedurens gennemsigtighed, og dermed forøger mulighederne for, at ansøgere og budgivere kan gøre deres rettigheder gældende, samt forbedrer klagenævns- og domstolskontrollen med ordregiveres beslutninger om annullation.

Det er dog muligt, at analogislutningen ikke skal udstrækkes til at omfatte pligten til at underrette De Europæiske Fællesskabers Publikationskontor om annullation af udbudsproceduren ud fra den betragtning, at udbudsprocedurer efter forsyningsvirksomhedsdirektivet gennemgående er mindre forbundne end de øvrige direktiver.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ For samme resultat, men med afvigende begrundelse Sue Arrowsmith s. 523. Arrowsmiths begrundelse er, at dette allerede følger af, pligten ikke fremgår udtrykkeligt af forsyningsvirksomhedsdirektivet. Denne argumentation kan ikke tiltrædes, da den samme argumentation ville føre til en fejlagtig antagelse om, at ordregiveren ikke har ret til at annullere udbudsprocedurer efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, fordi denne ret ikke udtrykkeligt fremgår af direktivet.

6.3. Det materielle krav om saglige grunde for annullation

En række udbudsreguleringer forudsætter,⁴⁰⁵ at der er en fri ret til vilkårligt at annullere et udbud ud fra den betragtning, at et udbud ikke er et tilbud, men alene en opfordring til at gøre tilbud, og at udbyderen først forpligtes ved accepten.

Spørgsmålet er, om EU's udbudsregler på tilsvarende vis tillader ordregiveren frit at annullere en udbudsprocedure, hvilket for en umiddelbar betragtning kunne støttes på det forhold, at udbudsdirektiverne forudsætter, at en udbudsprocedure kan annulleres, men samtidig undlader at opstille materielle betingelser for annullationen og alene opstiller et formalitetskrav om begrundelse af annullationen.⁴⁰⁶

Klagenævnet for Udbud har taget stilling til spørgsmålet i sin praksis. Klagenævnet tilnærmede sig den nuværende praksis med kendelsen af 2. april 1996, Esbjerg Oilfield Services A/S mod Svendborg Kommune, hvor Klagenævnet anførte, at "det må antages, at en begrundelse for en annullation af et udbud og iværksættelse af et nyt udbud efter omstændighederne kan være i strid med EU-udbudsreglerne eller EU-retten i øvrigt, jf. herved at der efter bestemmelsen [vareindkøbsdirektivets artikel 7, stk. 2] er tillagt de bydende en ret til at få oplyst udbyderens begrundelse for et sådant skridt".

En klar stillingtagen til problematikken fremkom imidlertid først med kendelsen af 13. september 1996, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby Kommune, hvor Klagenævnet udtalte, at "Adgangen til at annullere et udbud er imidlertid ikke fri, og det må antages, at en offentlig udbyder, som uden saglig begrundelse annullerer et udbud, handler i strid med EU-udbudsreglerne.". Klagenævnet har i den efterfølgende praksis fastholdt kravet om saglig begrundelse for beslutninger om annullation af udbudsprocedurer.

Klagenævnet for Udbud har ud fra udbudsdirektivernes *formalitetskrav* til begrundelse indfortolket en *materiel* betingelse for ordregivers annullation af udbudsprocedurer, og Nævnet har dermed udfyldt et tomrum i udbudsdirektivernes i øvrigt yderst detaljerede regulering af tildelingen af offentlige kontrakter.

Klagenævnets praksis i relation til spørgsmålet er blevet kritiseret i dele af den juridiske litteratur,⁴⁰⁷ idet det bl.a. er fremført, at hjemlen til at opstille et krav om

⁴⁰⁵ Jf. Lasse Simonsen s. 478, der anfører, at en udbyder normalt har en såkaldt "fri avlysningsret". Hørlyck anfører tilsvarende s. 44, at et udbud efter dansk licitationsretlig opfattelse ikke er en bindende erklæring over for kredsen af potentielle tilbudsgivere, og at dette har som konsekvens, at der er fri ret til vilkårligt at annullere et udbud.

⁴⁰⁶ Se ligeledes Katja Høegh, UfR 1997 B 151 på s. 156.

⁴⁰⁷ Jf. Erik Hørlyck s. 44. Se tillige Katja Høegh, U 1997 B 151, særligt s. 156, hvor der ses (fortsættes...)

saglige grunde for en begrundelse forekommer tvivlsom, omend den muligvis kan udledes af, at der skal meddeles begrundelse for annullationen.

Kritikken af klagenævnspraksis synes uberettiget, og det er bestemt ikke overraskende,⁴⁰⁸ at Klagenævnet for Udbud har indfortolket et krav om saglighed på dette område. Indfortolkningen af kravet om saglige grunde kan dels støttes på det formelle begrundelseskrav som foretrukket af Klagenævnet i kendelsen af 13. september 1996, men det havde i stedet været nærliggende at støtte fortolkningen på ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsdirektiver. Endelig kan fortolkningen antagelig støttes på princippet om berettigede forventninger.

Dette følger af, at en usaglig beslutning om annullation af en udbudsprocedure typisk vil resultere i væsentlig forskelsbehandling eller vil være et udtryk for en tilsigtet forskelsbehandling af ansøgere eller tilbudsgivere, og derfor rammes af ligebehandlingsprincippet, der fordrer saglige grunde for, at forskelsbehandling er lovlig. Ligebehandlingsprincippet er med den seneste revision af udbudsdirektiverne udtrykkeligt nævnt i samtlige udbudsdirektiver og pålægger klart ordregiverne en pligt til at påse, at tilbudsgiverne ikke forskelsbehandles, og en usaglig begrundet annullation indebærer derfor en overtrædelse af princippet. Det skal tilføjes, at det nu forekommer, at sagens parter henviser direkte til ligebehandlingsprincippet i sager, hvor lovligheden af en ordregivers annullation af udbudsproceduren anfægtes.⁴⁰⁹

Endelig må det antages, at princippet om berettigede forventninger kan anføres til støtte for indfortolkningen af kravet om saglige grunde. En usaglig annullation kan være en tilsidesættelse af ansøgernes eller tilbudsgivernes berettigede forventninger om, at ordregiver loyalt gennemfører udbudsforretningen, og at ordregiveren tildeler kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet laveste bud eller det økonomisk mest fordelagtige bud. Princippet om beskyttelse af den berettigede forventning er, i lighed med den almindelige lighedsgrundsætning, jf. herved afsnit 3.2, et af EU-rettenes grundlæggende retsprincipper.

⁴⁰⁷ (...fortsat)

en vis reservation over for Klagenævnets fortolkning.

⁴⁰⁸ Jf. ligeledes Lars Kofoed-Johnsen (Konkurrencestyrelsen), PPLR 1997, CS 98 på s. 99, der anfører "it is, admittedly, hardly surprising that the Board has found that Article 12 (2) implies that any arbitrary ground to recommence a call for competition is not sufficient, but the decision by the Board represents in any case a welcome solution to a practical problem which has often occurred in this country".

⁴⁰⁹ Se hertil Klagenævnets kendelse af 18. september 1998, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Frederiksberg Kommune, hvor klager påberåbte sig ligebehandlingsprincippet og kendelsen af 9. juli 1997, Vognmand Bomholt A/S mod Århus Kommune, hvor indklagedes argumentation tog sit udgangspunkt i ligebehandlingsprincippet.

Sammenfattende kan det siges, at kravet om saglig begrundelse kan udledes af udbudsdirektivernes ligebehandlingsprincip, det formelle begrundelseskrav i udbudsdirektiverne samt af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

6.4. Det skærpede begrundelseskrav kravet om korrekt begrundelse

Kendelsen af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz mod Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet, demonstrerer, at Klagenævnet for Udbud efter omstændighederne vil skærpe de indholdsmæssige krav til ordregivernes saglige begrundelse for annullation.

En ordregiver havde udbudt et byggeri i offentligt udbud i henhold til bygge- og anlægsdirektivet. Efter budenes åbning gjorde tredjelavestbydende gældende, at de to laveste tilbud var ukonditionsmæssige som følge af forbehold. Ordregiveren afviste dette og tog skridt til indgåelse af kontrakt med lavestbydende. Tredjelavestbydende indbragte sagen for Klagenævnet for Udbud, hvorefter ordregiveren annullerede udbudet og iværksatte en ny udbudsprocedure.

Ordregiveren gav oprindeligt ikke nogen begrundelse for annullationen af udbudsproceduren, men ordregiverens advokat henviste blot til, at man på baggrund af annullationen af udbudsproceduren gik ud fra, at klageren ville frafalde klagen.

Som fremhævet i Klagenævnets præmisser blev ordregivernes efterfølgende begrundelser både udviklet og revideret under klagesagens forløb. Ordregiveren frafaldt således henvisningen til, at udbudets angivelse om forbehold var uklare, henvisningen til ordregiverens skønsmargen trådte i baggrunden, og ordregiveren udbyggede den del af begrundelsen, der vedrørte den manglende angivelse af tildelingskriterium og usikkerheden omkring prisfastsættelsen. Endelig blev der, under den mundtlige forhandling, tilføjet en yderligere begrundelse for annullationen gennem henvisningen til, at projektet ville blive for dyrt.

Klagenævnet understregede i sin afgørelse, at det ikke er usagligt at revidere og udbygge begrundelsen for et retligt synspunkt, men at fremgangsmåden må indgå i Klagenævnets samlede vurdering af annullationen. Klagenævnet fandt herefter, at det egentlige formål med annullationen af udbudsproceduren måtte have været et ønske om at reducere virkningen af den indbragte klage for Klagenævnet for Udbud, og at dette ikke er et sagligt formål efter udbudsreglerne.

Sagen illustrerer, at Klagenævnet for Udbud efter omstændighederne vil håndhæve kravet om saglige grunde for annullation særdeles restriktivt. Klagenævnet afviste at gå ind i en nærmere prøvelse af substansen i ordregiverens skiftende og reviderede begrundelser og afskar sig dermed fra en nærmere prøvelse af sagligheden af disse grunde. Dette forhold er absolut bemærkelsesværdigt, eftersom flere elementer i

ordregiverens begrundelse for annullationen efter omstændighederne kan begrunde en annullation.⁴¹⁰

Med denne kendelse kvalificerede Klagenævnet doktrinen om saglige grunde, idet en konsekvens af afgørelsen synes at være et *krav om, at den oprindelige begrundelse til tilbudsgiverne skal være korrekt*, dvs. at afgørelsen er den logiske følge af præmisserne i begrundelsen, og at de relevante fakta foreligger og er indeholdt i begrundelsen. Hvis begrundelsen er ukorrekt, synes det forudsætningsvis at fremgå af kendelsen, at den oprindelige forekomst af og den efterfølgende påberåbelse af en fyldestgørende saglig begrundelse *ikke* sikrer mod Klagenævnets annullation af ordregivers beslutning om annullation af udbudsproceduren.

Det er interessant at sammenligne Klagenævnets tilgangsvinkel til problemstillingen med tilgangsvinklen efter dansk forvaltningsret. Det må antages,⁴¹¹ at bedømmelsen af ordregiverens begrundelse vil være mere fleksibel efter traditionel dansk forvaltningsret, og at prøvelsesorganet vil gå ind i en nærmere efterprøvelse af samtlige de påberåbte annullationsgrunde, selv om de afviger fra den oprindelige begrundelse. Dette skyldes, at et prøvelsesorgan, der annullerer en beslutning og undlader at gå ind i en nærmere efterprøvelse af samtlige elementer i en begrundelse, risikerer, at myndigheden straks efter træffer en ny beslutning af samme art med henvisning til elementer i den oprindelige afgørelse, der opfylder kravene til den saglige begrundelse.

Klagenævnet for Udbud valgte en anden og mere restriktiv linje i kendelsen, der har klare fællestræk med EF-domstolens egen kontrol med retsakter fra EU's institutioner. EF-domstolen har opstillet tilsvarende strenge krav ved annullationssøgsmål efter Traktatens artikel 230 (tidligere artikel 173), hvor der særligt stilles betydelige krav til begrundelsen i relation til konkurrenceretten.

Kravet, om at begrundelsen skal være korrekt, bør ikke fortolkes som et krav om, at den oprindelige begrundelse skal være korrekt i sin helhed. Til støtte for dette synspunkt kan anføres, at EF-domstolen i sin praksis vedrørende Traktatens artikel 230 har fastslået, at en materielt urigtig oplysning ikke i sig selv kan begrunde ugyldighed, hvis en forordnings øvrige begrundelse indeholder en fyldestgørende begrundelse for

⁴¹⁰ Ordregiveren henviste bl.a. til, at udbudsproceduren var behæftet med en væsentlig fejl som følge af, at delkriterierne i det økonomisk mest fordelagtige bud ikke var angivet i udbudsmaterialet. Dette er en grov tilsidesættelse af udbudsreglerne, der normalt vil indebære, at ordregiveren både har ret og pligt til annullation af udbudsproceduren, jf. herved nærmere afsnit 6.5.2.4.1. Ordregiveren henviste ligeledes til, at projektet blev for dyrt, dvs. at de indkomne tilbud oversteg ordregiverens budgetramme, hvilket ligeledes kan være en saglig grund for annullation, jf. herved afsnit 6.5.2.1.

⁴¹¹ Klagenævnets sædvanlige tilgangsvinkel ved prøvelsen er i overensstemmelse hermed.

forordningens foranstaltninger, jf. C-119/86, Spanien mod Rådet og Kommissionen.⁴¹² Klagenævnet for Udbud må forventes at overføre denne begrænsning i det skærpede begrundelseskra­v til sin egen praksis, hvis en ordregiver påberåber sig en række begrundelser for annulation, og én af disse opfylder kravene til den saglige begrundelse.

6.5. Ligebehandling ved forskellige typer af annulation

En ordregiver kan ønske at annullere en udbudsprocedure af en række vidt forskellige grunde, der i en lang række tilfælde vil være saglige.

Forskellige forhold taler for, at ordregiveren har en forholdsvis bred skønsmargen ved annulation af udbudsproceduren. Den fuldstændige mangel på præcisering i udbudsdirektiverne af momenter, der skal inddrages i afvejningen ved beslutninger om annulation, indikerer, at ordregiveren kan udøve et bredt skøn på området. Dette forhold har væsentlig betydning, men indebærer ikke, at annulation er tilladt i enhver situation, hvor hensynet til ordregiverens interesser *isoleret* betrag­et tilsiger annulation af f.eks. administrative eller kommercielle grunde.⁴¹³

Et yderligere moment, der taler for, at ordregiveren har en bred skønsmargen, er, at annullationsbeføjelsen kan ses som modvægt til de u hensigtsmæssige følger af forhandlingsforbudet, der fastlåser kontraktgrundlaget ved at udelukke forhandling om de grundlæggende elementer ved offentlige og begrænsede udbud.

Der er imidlertid en række modsatrettede hensyn af væsentlig betydning, der gør sig gældende ved fastlæggelsen af, hvilke kriterier der sagligt kan begrunde en annulation, og ved fastlæggelsen af kriteriernes indbyrdes vægtning.

⁴¹² C-119/86, Spanien mod Rådet og Kommissionen, Saml. (1987) s. 4154. EF-domstolens tilgangsvinkel er ikke i modstrid med Klagenævnets kendelse af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz mod Undervisningsministeriet, idet EF-domstolens afgørelse vedrørte en begrundelse, hvor et oprindeligt delelement udgjorde en fyldestgørende begrundelse, hvorimod Klagenævnet forkastede en oprindelig begrundelse, der var ukorrekt i sin helhed.

⁴¹³ I modsat retning Sue Arrowsmith, s. 254, der opremser forskellige mulige begrundelser for annulation, der betegnes som saglige ud fra følgende overordnede argumentation: "There is nothing in the directives or regulations [den engelske gennemførelseslovgivning] to prevent termination of a procedure in such cases and the fact that this is permitted can be deduced from express provisions stating that where no contract is awarded the Official Journal must be informed and reasons given to providers." Det er ikke relevant at slutte modsætningsvis fra udbudsdirektiverne på dette punkt, og en modsætningsslutning fører til et urimeligt og uafbalanceret resultat i modstrid med udbudsdirektivernes formål. Se i øvrigt afsnit 7.2.3.1 om faren ved anvendelsen af modsætningsslutninger fra udbudsdirektiverne.

Afgrænsningen og afvejningen af de saglige grunde skal ske på et bredt grundlag med inddragelse af hensynet såvel til ordregiveren som til interesserne hos ansøgere eller tilbudsgivere, der skal beskyttes mod vilkårlig forskelsbehandling fra ordregiverens side, samt under hensyntagen til gennemsigtigheden i forbindelse med tildelingen af offentlige kontrakter. Dansk udbudspraksis, med forholdsvis hyppig brug af annullationsbeføjelsen og lejlighedsvis misbrug af beføjelsen, bidrager til at understrege nødvendigheden af, at hensynet til ligebehandling og gennemsigtighed inddrages med betydelig vægt ved fortolkningen af spørgsmålet.

Bedømmelsen af ordregiverens begrundelse er *konkret*, og en given begrundelse kan være saglig i en situation, men usaglig i en anden på grund af, at stærkere modhensyn gør sig gældende, f.eks. fordi ordregiveren har annulleret efter tilbudenes åbning.

Det er ikke muligt at opstille et udtømmende katalog over, hvilke grunde⁴¹⁴ der lovligt kan begrunde annulation af en udbudsprocedure, men det er muligt, med baggrund i bl.a. praksis fra Klagenævnet for Udbud, at behandle og analysere retstilstanden med udgangspunkt i en række typiske begrundelser for ordregiverens annulation af udbudsprocedurer.

Den juridiske litteratur ses ikke at have opstillet en sontring, der modsvarer udbudsdirektivernes opdeling mellem de tilfælde, hvor ordregiveren har besluttet ikke at indgå en aftale overhovedet, og de tilfælde, hvor ordregiveren annullerer med henblik på at omgøre udbudsproceduren. Den nærmere begrundelse for opdelingen fremgår ikke af udbudsdirektiverne, og det er tilsvarende uklart, om der er grundlæggende forskel på retstilstanden mellem disse annulationstyper.

I den følgende analyse vil udbudsdirektivernes opdeling blive lagt til grund for fremstillingen ud fra en antagelse om, at der er grundlæggende forskel på retstilstanden ved annulation uden efterfølgende indgåelse af aftale set i forhold til annulation med henblik på omgørelse af udbudsproceduren.

Annulation med henblik på omgørelse er den mest almindelige form for annulation og samtidig den annullationsform, hvor ligebehandlingsproblematikken er mest påtrængende. Det har været et gennemgående træk ved praksis fra Klagenævnet for Udbud vedrørende annulation, at klagerne har vedrørt annulationer med henblik på omgørelse. En sådan annulation kan være et udslag af tilsigtet forskelsbehandling, f.eks. fordi en af ordregiveren foretrukket tilbudsgiver har afgivet et bud, der ikke er konkurrencedygtigt eller konditionsmæssigt. Et andet bemærkelsesværdigt fællestræk ved praksis fra Klagenævnet er, at klagerne vedrører annulation af udbudsproceduren *efter* budsgivningen, dvs. på et tidspunkt hvor det er åbenbart, at annulationen kan

⁴¹⁴ Enkelte forfattere foretager en kort opremsning af, hvilke grunde der efter deres opfattelse kan være saglige. Se særligt Sue Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement*, 1996 s. 254, Erik Hørlyck, *EU-Udbud*, 1997 s. 45 og Sune Troels Poulsen i *UfR* 1998 B 61 s. 70.

indebære en konkurrencefordrejning både mellem de oprindelige tilbudsgivere og i forhold til nye tilbudsgivere i en eventuel efterfølgende udbudsprocedure.

I modsætning hertil er den fuldstændige annullation, hvor ordregiveren helt undlader at kontrahere med en ekstern kontraktspart, mere uproblematisk, og spørgsmålet om lovligheden af annullation af denne art er kun undtagelsesvis blevet indbragt for Klagenævnet for Udbud. Ved denne annullationstype vil det have formodningen for sig, at ordregiveren ikke har tilsigtet forskelsbehandling af tilbudsgiverne, da den manglende kontrahering udelukker favorisering af bestemte tilbudsgivere.

Der indledes med en analyse af retstilstanden ved fuldstændig annullation, da denne annullationsform er den mindst problematiske i forhold til ligebehandlingsprincippet.

6.5.1. Annullation uden efterfølgende indgåelse af aftale

Ordregiverens interesse i at kontrahere kan af forskellige grunde helt bortfalde til trods for, at ordregiveren havde faste intentioner om at kontrahere ved udbudsprocedurens start. Det kan desuden tænkes, at ordregiveren stadig har interesse i kontrahering, men at ordregiveren afskæres fra at kontrahere af ydre omstændigheder, hvilket eksempelvis vil være tilfældet, hvor en forventet bevilling bortfalder, eller hvor en forventet tilladelse nægtes af den relevante myndighed.

Disse og lignende omstændigheder kan føre til annullation uden omgørelse af udbudsproceduren, og hvis annullationen står ved magt, har det den vidtrækkende konsekvens, at samtlige interesserede virksomheders mulighed for at blive tildelt kontrakten definitivt er bortfaldet.

Til trods herfor må det antages, at EU's udbudsregler kun i begrænset omfang indskrænker ordregiverens ret til at beslutte, at der ikke skal kontraheres overhovedet. Dette skal ses i sammenhæng med, at EU's udbudsregler ikke foreskriver en pligt til at udbyde en given kontrakt, og at udbudsdirektiverne alene finder anvendelse, *når* ordregiveren har besluttet, at der skal kontraheres eksternt.

Retten til at beslutte, at der ikke skal kontraheres, begrænses imidlertid af hensynet til tilbudsgiverne, jf. herved kravet om saglige grunde. Et andet forhold er, at det må forventes, at kravet til de saglige grunde vil være lempeligt ved en fuldstændig annullation, og at begrundelsen herfor undtagelsesvis vil blive vurderet som usaglig.

Dette vil være tilfældet, hvor ordregiveren har søgt at omgå udbudsreglerne, har haft til hensigt at diskriminere eller har annulleret på baggrund af uvæsentlige forhold. Det kunne f.eks. tænkes, at kontraheringen helt blev opgivet, fordi det var klart, at samtlige konditionsrættigheder var udenlandske, og ordregiveren havde udbudt kontrakten for at fremme indenlandsk økonomi. En form for usaglig annullation kunne bestå i, at ordregiveren annullerede for at omgå udbudsreglerne, hvis det blev klart, at de eneste konditionsrættigheder kom fra virksomheder, der havde klaget over udbudsproceduren. Ordregiveren kunne da søge at omgå regelsættet ved først at annullere

udbudsproceduren under foregivende af, at kontraheringen var opgivet, og efter en "passende periode" på ny iværksætte en udbudsprocedure vedrørende den oprindelige ydelse.

6.5.1.1. Annulation som følge af kontrolbud

Nationale regler kan pålægge en ordregiver at udbyde opgaver, der vil kunne udføres af eksterne leverandører, med nærmere bestemte intervaller. Som tidligere fremhævet pålægger EU's udbudsregler ikke ordregiverne at afsøge markedet for en ydelse eksternt, men finder alene anvendelse, når ordregiveren i medfør af nationale regler skal udbyde, eller når ordregiveren på eget initiativ har besluttet at udbyde en opgave over tærskelværdierne i EU's udbudsdirektiver.

I Danmark er statslige institutioner pålagt en vis pligt til udlicitering ved Finansministeriets cirkulære om udbud og udlicitering.⁴¹⁵

Formålet med et sådant udbud er at undersøge, om eksterne leverandører kan levere den pågældende ydelse "bedst og billigst" gennem udbudsprocedurer afviklet med regelmæssige intervaller. Ordregiveren kan selv afgive bud på den udbudte opgave på betingelse af, at ordregiveren har tilkendegivet sin hensigt herom ved offentliggørelsen af udbudet. Et sådant tilbud betegnes som et "*kontrolbud*", og ordregiveren skal tage forbehold⁴¹⁶ for annulation af udbudsproceduren for det tilfælde, at kontrolbudet er billigere eller økonomisk mere fordelagtigt end de eksterne bud. Det er foreskrevet i cirkulæret, at vurderingen af de indkomne eksterne bud og ordregiverens kontrolbud skal foretages uden deltagelse af medarbejdere, der har medvirket ved udarbejdelsen af kontrolbudet.

En kalkulationsregel i cirkulæret foreskriver, at der skal tages hensyn til de såkaldte følgeomkostninger ved at overgå til en ekstern leverandør, f.eks. ved omskoling af medarbejdere, lønudgifter til ledige statslige tjenestemænd og lokaleafvikling. De eksterne tilbud skal belastes med følgeomkostningerne ved sammenligningen med kontrolbudet.

Der har været rejst tvivl om, hvorvidt denne praksis er i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, da det er blevet gjort gældende, at selve anvendelsen af kontrolbud og kalkulationsreglen vedrørende følgeomkostninger indebærer forskelsbehandling af de bydende til fordel for ordregiveren selv.

⁴¹⁵ Cirkulære nr. 42 af 1. marts 1994 om udbud og udlicitering af statslige drifts- og anlægsopgaver. I Konkurrencestyrelsens vejledning, "EU's udbudsdirektiver" betegnes cirkulæret som "Finansministeriets Udbudscirkulære" jf. s. 123 i vejledningen.

⁴¹⁶ Betydningen af forbehold for annulation i øvrigt behandles under afsnit 6.6.H.

Spørgsmålet om foreneligheden mellem fremgangsmåden efter Udliciteringscirkulæret, med anvendelse af kontrolbud, og ligebehandlingsprincippet har været rejst i forhold til både Kommissionen og Klagenævnet for Udbud.

Karin Riis-Jørgensen forespurgte i slutningen af 1996,⁴¹⁷ som medlem af Europa-Parlamentet, Kommissionen, om den danske praksis for beregning af kontrolbud stred med ligebehandlingsprincippet.

Kommissionen tog i sit svar indledningsvis stilling til den retlige status af et kontrolbud. Efter Kommissionens opfattelse foreskriver cirkulæret en metode, der giver ordregiverne mulighed for på objektivt grundlag at vurdere, hvornår en udbudsprocedure skal annulleres, snarere end en række bestemmelser for sammenligningen af bud. Kommissionen anførte desuden, at cirkulæret regulerer et område, der ikke er omfattet af direktiverne, og at cirkulæret derfor er lovligt, medmindre det strider mod Traktatens generelle principper og bestemmelser. Kommissionen fandt ikke, at cirkulæret stred mod Traktatens generelle principper, og for så vidt angår ligebehandlingsprincippet angav Kommissionen, at ordningen ikke synes at føre til nogen forskelsbehandling af de eksterne tilbudsgivere og derfor ikke stred med princippet.

I en nyere afgørelse fra Klagenævnet for Udbud, kendelsen af 18. september 1998, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Frederiksberg Kommune, anfægtede klager lovligheden af, at en kommune havde indgivet et kontrolbud og havde forbeholdt sig ret til annulation af udbudsproceduren, hvis kontrolbudet viste sig at være økonomisk mest fordelagtigt.

Det fremgik af sagen, at kommunen havde fulgt statens regler om udbud, jf. Finansministeriets cirkulære om udbud og udlicitering af statslige drifts- og anlægssopgaver. Klager støttede sig til Bolig- og Byministeriets⁴¹⁸ opfattelse, der var baseret på en fortolkning af ligebehandlingsprincippet. Ministeriet havde bl.a. anført i et brev til klager, afsendt før klagesagen, at en ordregiver efter ministeriets opfattelse var afskåret fra at lade et kontrolbud indgå i bedømmelsen af de indkomne bud, og at en ordregiver antagelig selv ville være afskåret fra at afgive kontrolbud, jf. ligebehandlingsprincippet. Ministeriet gentog og uddybede denne opfattelse i et brev ultimo august 1998.

Klagenævnet for Udbud tog ikke klagen til følge og fastslog, at *et kontrolbud ikke er et tilbud i henseende til EU's udbudsregler*, men en metode til ordregiverens vurdering af, om det er hensigtsmæssigt at udlicitere den pågældende opgave. Nævnet anførte videre, at adgangen til annulation, begrundet i at et kontrolbud har vist sig

⁴¹⁷ Offentliggjort ved EFT 1997 C 60/112 af 26. februar 1997 (skriftlig forespørgsel af 15. oktober 1996). Forespørgslen havde følgende hovedindhold: a) ”Finder Kommissionen ikke, at denne praksis udgør en diskrimination til fordel for den offentlige sektor, idet den private tilbudsgivers pris automatisk bliver forhøjet ?” og b) ”Agter Kommissionen at gribe ind over for denne praksis i Danmark ?”.

⁴¹⁸ Da Bygge- og Boligstyrelsen.

bedre end de eksterne bud, er et udslag af en almindelig adgang for en ordregiver til at opgive sin kontraheringshensigt, hvis ordregiveren ikke finder noget af de indkomne tilbud tilfredsstillende. Nævnet konkluderede på baggrund heraf, at udarbejdelsen af kontrolbud ikke var en overtrædelse af EU's udbudsregler, og henviste i øvrigt til, at Kommissionen delte denne opfattelse, jf. Kommissionens udtalelse af 1. juli 1997, der indeholdt svaret på den ovenfor nævnte forespørgsel fra Karin Riis-Jørgensen.

Det må i overensstemmelse med både Kommissionens og Klagenævnets opfattelse lægges til grund, at et kontrolbud ikke er et tilbud i udbudsdirektivernes forstand, og at ordningen, herunder med tillæg af følgeomkostninger til de eksterne bud, ikke strider med EU's udbudsregler.⁴¹⁹

6.5.2. Annulation med henblik på omgørelse af udbudsproceduren

Denne form for annulation anvendes som tidligere nævnt hyppigt, og der er særlig grund til en skærpet fortolkning af doktrinen om saglige grunde i forhold til annulation med henblik på omgørelse, da beføjelsen indebærer helt åbenbare muligheder for misbrug med henblik på forskelsbehandling af tilbudsgiverne, og da en modsat rettet fortolkning, der indrømmer ordregiveren en for vid skønsmargen, modvirker udbudsprocedurens gennemsigtighed. Der må derfor kræves tungtvejende saglige grunde for ordregiverens annulation med henblik på omgørelse.

Klagenævnet for Udbud har i flere tilfælde taget højde herfor ved at indfortolke et krav om væsentlighed ved bedømmelsen af, om en påberåbt annulationsgrund er saglig. Dette krav manifesteres navnlig i relation til ordregiverens annulation grundet fejl under udbudsproceduren, der behandles nærmere i afsnit 6.5.2.4. Det diskuteres i afsnit 6.5.2.2, om kravet til væsentligheden skærpes ved annulation begrundet i, at en anden ydelse end den udbudte kunne være mere fordelagtig for ordregiveren.

Det gennemgående tema i afsnit 6 er, om ordregiveren har adgang til at annullere udbudsproceduren, dvs. om ordregiveren overhovedet kan annullere. Der er imidlertid grund til at være opmærksom på, at det må antages, at det følger af ligebehandlingsprincippet, at ordregiveren i visse tilfælde har pligt til at annullere udbudsproceduren, og at ordregiveren dermed kan have både ret og pligt til annulation af udbudsproceduren. Spørgsmålet har særlig relevans i forhold til annulation begrundet i fejl i

⁴¹⁹ Jf. ligeledes Konkurrencestyrelsens vejledning, "EU's udbudsregler" s. 123-25 om spørgsmålet, der omtaler Kommissionens udtalelse og Klagenævnets kendelse af 18. september 1998 uden forbehold. Sammenhold med Ruth Nielsens omtale af følgeomkostninger s. 100. Se endvidere Sue Arrowsmith, der omtaler kontrolbudsproblematikken i PPLR 1996 CS 90 og på s. 96 anfører, at det ikke er umuligt, at EF-domstolen vil udlede forpligtelser fra ligebehandlingsprincippet i forhold til behandlingen af henholdsvis kontrolbud og eksterne bud.

forbindelse med ordregiverens opstilling og bekendtgørelse af tildelingskriterier, der analyseres nærmere i afsnit 6.5.2.4.1.

Da annullation grundet ordregiverens fejl under udbudsproceduren synes at være den hyppigst forekommende begrundelse for annullation, vil dette tema blive behandlet mest udførligt og navnligt i relation til fejl i forbindelse med anvendelse og bekendtgørelse af tildelingskriterier.

6.5.2.1. Tilbudspriserne overstiger ordregiverens budgetramme

Det må antages, at det som absolut hovedregel vil være sagligt at annullere udbudsrunder, hvis de indkomne bud *overstiger ordregiverens budgetramme*.

Ordregivere vil i denne situation ofte fristes til at bryde forhandlingsforbudet ved at rette henvendelse til en eller flere af de lavestbydende tilbudsgivere med henblik på at presse prisen, jf. til eksempel hændelsesforløbet i Klagenævnets kendelse af 8. oktober 1997, Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium, der blev behandlet i afsnit 5.3.2.1. En anden, men lovlig fremgangsmåde for ordregiver ville være at annullere udbudsproceduren og herefter udbyde kontrakten på ny med reducerede krav til ydelsen.

Det bemærkes, at ordregiveren ofte vil kunne tage højde for overskridelse af budgetrammen ved udformningen af udbudsbetingelserne. Det må antages, at ordregiveren, ved udbudsprocedurer hvor tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud, kan foreskrive, at der skal afgives en særskilt pris på en række ydelser, og kan forbeholde sig ret til at udskyde disse ydelser af projektet, hvis den samlede pris overstiger ordregiverens budgetramme, jf. herved afsnit 5.3.4.

6.5.2.2. En anden ydelse er mere fordelagtig

Klagenævnet for Udbud har i forbindelsen med afsigelsen af kendelsen af 4. juni 1996, Dansk Industri mod Kolding Kommune, i en redaktionel kommentar udtalt sig om muligheden for at annullere en udbudsprocedure efter åbning af tilbudene, *hvor det af de indkomne bud er klart, at en anden ydelse end den udbudte kunne være mere fordelagtig for ordregiveren*. Klagenævnet lagde til grund, at ordregiveren kunne have valgt at annullere udbudsproceduren med henblik på omgørelse af udbudsproceduren og ændring af udbudsbetingelserne.

I den konkrete sag havde ordregiveren overtrådt ligebehandlingsprincippet ved at vælge at kontrahere med den tilbudsgiver, hvis tilbud ikke opfyldte udbudsmaterialets krav, og som derfor burde have været ladet ude af betragtning ved tildelingen af kontrakten. Hvis ordregiveren i stedet havde fulgt den af Nævnet skitserede fremgangsmåde, ville dette indebære, at samtlige oprindelige tilbudsgivere fik muligheden for at

blive taget i betragtning, og kunne desuden medføre, at kredsen af tilbudsgivere blev udvidet eller ændret som følge af de ændrede kravspecifikationer.

Det må være korrekt, som absolut udgangspunkt, at tillade en annullation i et tilfælde, hvor ordregiveren er blevet opmærksom på en bedre løsning, men ved at tillade annullation med denne begrundelse skabes der mulighed for, at ordregiveren kan misbruge annullationsbeføjelsen og derigennem forfølge et usagligt formål.

I situationer, hvor en favoriseret tilbudsgiver står dårligt i konkurrencen om tildelingen af kontrakten, kunne det synes oplagt, at ordregiveren påberåber sig et fiktivt behov for ændring af kravspecifikationerne, fordi en anden ydelse har vist sig mere fordelagtig.⁴²⁰ En sådan usaglig annullation skader i mere end en forstand, da ordregiveren får endnu en mulighed for at favorisere en eller flere af de bydende i kraft af omgørelsen. Forskelsbehandlingen lettes, fordi ordregiveren har fået et godt indblik i konkurrenternes indbyrdes styrkeforhold gennem budgivningen, og ordregiveren har dermed god mulighed for at skræddersy kravspecifikationerne, så den favoriserede tilbudsgiver stilles i en optimal konkurrencesituation.⁴²¹

Det vil være vanskeligt at imødegå en sådan omgåelse af annullationsbeføjelsen på effektiv vis. For at dæmpe op for de indlysende muligheder for misbrug af annullationsbeføjelsen i denne sammenhæng må det antages, at det skal være *åbenbart*, at de angiveligt nødvendige ændringer er væsentlige, f.eks. fordi det kan dokumenteres, at den pågældende ydelse er klart billigere, eller fordi ydelsen har flere anvendelsesmuligheder for ordregiveren.

6.5.2.3. En anden tilrettelæggelse af proceduren er mere fordelagtig

Denne situation er nært beslægtet med spørgsmålet om annullation, hvor en anden ydelse er mere fordelagtig for ordregiveren. Der er imidlertid væsentligt, at den ønskede ændring i udbudsbetingelserne ikke vedrører udbudsbetingelsernes krav til

⁴²⁰ I Kendelsen af 13. september 1996, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby Kommune, misbrugte ordregiveren tilsyneladende annullationsbeføjelsen med henblik på at favorisere en bestemt tilbudsgiver. Ordregiveren synes at have haft en klar præference for den hidtidige kontraktspart, der siden 1947 havde løst opgaven, og ordregiveren annullerede udbudsproceduren efter budgivningen, hvor flere af konkurrenterne havde afgivet lavere bud. Klagenævnet fandt det ikke godtgjort, at kommunen havde haft en saglig begrundelse for annullationen.

⁴²¹ Se til illustration af problemstillingen kendelsen af 17. marts 1998, Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune, der er omtalt tidligere i afsnit 4.2.3. Kendelsen var en udløber af hændelsesforløbet i kendelse af 13. september 1996, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby kommune, og Konkurrencestyrelsen gjorde bl.a. gældende, at specifikationerne var skræddersyet til den pågældende tilbudsgiver.

selve ydelsen, men derimod kun tilrettelæggelsen af udbudsproceduren, hvilket må føre til en yderligere skærpelse af kravet til væsentligheden set i forhold til den førstomtalte situation. Det må antages, at det skal være helt åbenbart, at en ændret tilrettelæggelse af udbudsproceduren er enten hensigtsmæssig eller påkrævet, hvis en ordregiver annullerer efter budgivningen med denne begrundelse.

En af Klagenævnets afgørelser giver anledning til at behandle problemstillingen nærmere, da Nævnet er blevet kritiseret for at have undladt ex officio at tage stilling til, om en annulation var sagligt begrundet, i kendelsen af 1. maj 1997, L.R. Service ApS mod Solrød Kommune.

Kommunen havde annulleret et begrænset udbud før tilbudsgivningen med den begrundelse, at kommunen i udbudsbekendtgørelsen havde begrænset antallet af virksomheder, der kunne afgive bud, til 6, og at kommunen efterfølgende var blevet klar over, at denne begrænsning var uhensigtsmæssig. I udbudsproceduren, der fulgte efter annulationen, var det anført i udbudsbekendtgørelsen, at maksimalt 20 virksomheder ville blive opfordret til at afgive bud, og kommunen opfordrede 13 virksomheder til at afgive bud i forbindelse med den nye udbudsprocedure. Annulationens saglighed var ikke anfægtet af klager, men Klagenævnet kunne ex officio have rejst spørgsmålet.

Klagenævnet er som nævnt blevet kritiseret, da det er fremført, at "begrundelsen i bedste fald forekommer mindre gennemsigtig og i værste fald åbner for omgåelse af det bærende ligebehandlingsprincip. Det bør erindres, at indklagede selv fastsatte den pågældende budmargen, og at indklagede derfor også bør være den nærmeste til at bære risikoen for uhensigtsmæssigheden af resultatet af den fastsatte margen."⁴²²

Kritikken indeholder væsentlige elementer, men til støtte for, at Klagenævnet ikke tog stilling til spørgsmålet, kan anføres, at annulationen af udbudsproceduren i den konkrete sag blev foretaget på et tidligt tidspunkt, tilsyneladende før prækvalifikationen og bestemt før tilbudsafgivningen. Hensynet til tilbudsgiverne vejer mindre tungt, hvor et tilbud ikke er udarbejdet, og hvor styrkeforholdet mellem de konkurrerende virksomheder ikke er blevet afdækket ved åbningen af tilbudene.

Det er desuden væsentligt i sammenhængen, at kommunens annulation både tilsigtede og resulterede i, at et større antal virksomheder fik mulighed for at afgive bud, og at annulationen dermed forøgede konkurrencen om den offentlige kontrakt.

Endelig kan det anføres, at det må antages, at Klagenævnet alene skal inddrage forhold ex officio i det omfang, det pågældende spørgsmål er af særlig betydning for sagens afgørelse eller vedrører en grov overtrædelse af udbudsreglerne, hvilket ikke synes at have været tilfældet i den pågældende sag.

Den fremførte kritik af annulationens saglighed ville derimod kunne fremføres med betydelig vægt, hvis ordregiveren havde annulleret *efter* tilbudsgivningen. En ændring

⁴²² Peter Lund Meyer s. 683.

af margen for antallet af virksomheder, der opfordres til at afgive bud, synes at have karakter af en mindre justering i forhold til hensynet til tilbudsgivernes interesser og mulighederne for omgåelse. Det er yderst tvivlsomt, om en annullation efter tilbudsgivningen i denne situation skulle betragtes som saglig, og der skal blot foreligge enkelte holdepunkter for en formodning om tilsigtet forskelsbehandling for med sikkerhed at udelukke denne begrundelse for annullation.

6.5.2.4. Ordregiver har begået væsentlige fejl under proceduren

En ordregiver, der har begået væsentlige fejl under udbudsproceduren, vil i en række tilfælde have både ret og i flere tilfælde også pligt til at annullere udbudsproceduren. Klagenævnet for Udbud har i flere klagenævnsager accepteret annullationer begrundet i, at ordregiveren har begået væsentlige fejl i løbet af udbudsproceduren. I det følgende skal fremhæves en række typiske fejl og deres konsekvens. Hovedvægten i analysen lægges på konsekvensen af ulovlige tildelingskriterier og manglende bekendtgørelse af tildelingskriterier på grund af vigtigheden af denne overtrædelse og den manglende opmærksomhed omkring problemstillingen.

6.5.2.4.1. Ulovlige tildelingskriterier og manglende bekendtgørelse af tildelingskriterier

Det er hyppigt forekommende i udbudspraksis, at ordregiverne tilsidesætter udbudsreglerne ved indsættelse af ulovlige tildelingskriterier i udbudsbetingelserne eller ved undladelse af at bekendtgøre tildelingskriterierne for de potentielle tilbudsgivere, jf. herved behandlingen af dette spørgsmål i afsnit 2.3.2.4. Denne form for overtrædelse af EU's udbudsregler har særlig betydning, da tildelingskriterierne skal være udslagsgivende for valget af medkontrahent og giver anledning til en række komplicerede fortolkningsspørgsmål om, hvorvidt ordregiveren har ret eller pligt til annullation af udbudsproceduren.

Det antages i denne fremstilling, at en ordregiver, der har overtrådt udbudsreglerne ved opstilling af ulovlige tildelingskriterier eller ved manglende bekendtgørelse af tildelingskriterierne, ikke alene vil have ret, men tillige *pligt til at annullere udbudsproceduren i adskillige tilfælde*. Dette udsagn kan præciseres, da det må antages, at ordregiveren som absolut hovedregel har pligt til annullation af udbudsproceduren i forhold til bestemte former for overtrædelser af reglerne om opstilling og bekendtgørelse af tildelingskriterier, hvilket skal uddybes nærmere i det følgende.

Pligten til annullation kan følge af flere forhold, herunder af at overtrædelserne kan have påvirket eller vil påvirke tildelingen af kontrakten, hvis overtrædelserne ikke korrigeres. Pligten til annullation af udbudsproceduren kan desuden støttes på, at

overtrædelsen må antages at påvirke eller at have påvirket tilbudsgivernes udformning af tilbud og derigennem fordrejer konkurrencen om den offentlige kontrakt væsentligt.

Endelig vil annullation af udbudsproceduren ofte være nødvendig, hvor der er nærliggende risiko for, at potentielle tilbudsgivere har afholdt sig fra deltagelse i udbudsproceduren på grund af ordregiverens fejl. Den manglende overholdelse af de grundlæggende forskrifter om angivelse af tildelingskriterier styrker ikke tilbudsgivernes tillid til ordregiveren, da overtrædelsen skaber fuldt berettiget tvivl hos potentielle ordregivere om, hvorvidt der vil blive handlet i overensstemmelse med udbudsdirektiverne ved tildelingen. I bedste fald dækker overtrædelsen over fejl og misforståelser, og i værste fald fremgår det af overtrædelsen, at ordregiveren tilsigter ulovlig forskelsbehandling af de bydende, hvilket eksempelvis er tilfældet, hvor ordregiveren ulovligt har anført, at tilbudsgivernes lokale tilknytning indgår i vurderingen.

Det er nødvendigt at tage stilling til spørgsmålet om ordregiverens alternativer til annullation, da ordregiveren alene vil have ret, men ikke pligt til annullation i de tilfælde, hvor ordregiveren, i løbet af udbudsproceduren, kan afhjælpe fejlen vedrørende tildelingskriterierne og deres bekendtgørelse.

I det følgende vil der blive taget stilling til ordregiverens mulighed for at berigtige fejlen ved bekendtgørelse af nye tildelingskriterier samt til ordregiverens mulighed for at anvende andre tildelingskriterier end de bekendtgjorte enten ved substitution af de ulovlige/manglende kriterier med kriteriet laveste pris eller ved delvis anvendelse af de oprindeligt bekendtgjorte tildelingskriterier.

A) Berigtigelse ved bekendtgørelse af nye tildelingskriterier

Det må antages, at ordregiveren i visse tilfælde vil have mulighed for at *korrigere fejlen ved at opstille nye tildelingskriterier og udsende en berigtigelse til samtlige de tilbudsgivere, der endnu ikke er udelukket fra deltagelse i udbudsproceduren.*

Dette forudsætter imidlertid normalt, at de potentielle tilbudsgivere gøres bekendt med de ændrede tildelingskriterier før tilbudsgivningen, jf. herved kapitel 5.2.1 om forhandlingsforbudet ved anvendelse af udbudsformerne begrænset og offentligt udbud.

Ændringer i udbudsbetingelserne i form af ordregiverens berigtigelse af tildelingskriteriet *efter* tilbudsafgivningen må antages at være udelukket, men retstilstanden er behæftet med en vis usikkerhed efter EF-domstolens afgørelse i C-87/94, Kommissionen mod Belgien, hvor EF-domstolen bevidst undlod at tage stilling til spørgsmålet, jf. herved afsnit 5.3.5.1.1. Hvis sådanne ændringer undtagelsesvis er lovlige, har det som forudsætning, at ordregiveren skriftligt underretter samtlige tilbudsgivere og træffer andre foranstaltninger til at sikre, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed iagttages, jf. herved afsnit 5.3.5.3 om de formelle krav til sikring af disse principper.

B) Anvendelse af andre tildelingskriterier end de bekendtgjorte

1) Substitution med kriteriet laveste pris

Det er blevet antaget, i engelsk retspraksis,⁴²³ svensk retspraksis⁴²⁴ samt i et forslag til afgørelse fra generaladvokat Darmon,⁴²⁵ at en ordregiver, der *ikke har anført delkriterierne for det økonomisk mest fordelagtige bud i udbudsmaterialet eller i øvrigt ikke har anført et lovligt tildelingskriterium i udbudsmaterialet*, alligevel kan fortsætte udbudsproceduren og tildele kontrakten under forudsætning af, at ordregiveren substituerer de ulovlige tildelingskriterier med tildelingskriteriet laveste pris. Efter en sådan fortolkning fremstår denne fremgangsmåde som et valgfrit alternativ til annullation af udbudsproceduren.

Generaladvokat Darmon og den engelske Court of Appeal henviste i denne forbindelse til, at selve ordlyden af udbudsdirektiverne støtter denne fortolkning. Til støtte for fortolkningen kan tillige anføres værdispildsbetragtninger, da fortolkningen muliggør, at ordregiveren og tilbudsgiverne kan undgå det merforbrug i tid og ressourcer i øvrigt, der automatisk følger af annullation med henblik på omgørelse.

Hvis fortolkningen kan lægges til grund, hvilket imidlertid ikke antages at være tilfældet, jf. nærmere nedenfor, må det forventes, at kravet om anvendelse af tildelingskriteriet den laveste pris vil afholde adskillige ordregivere fra at fortsætte udbudsproceduren til trods for, at de typisk har en interesse i at undgå annullation.

⁴²³ Jf. R.v. Portsmouth City Council, ex. P. Bonaco Builders, der efterfølgende blev appelleret til Court of Appeal, hvis afgørelse i R.v. Portsmouth City Council ex. P. Peter Coles and Colwick Builders Limited and ex.p. George Austin Limited endeligt afgjorde sagen. Førsteinstansens afgørelse blev truffet 6. juni 1995, og afgørelsen er kommenteret af Sue Arrowsmith, PPLR 1996 CS 90 ff., mens appelinstansens afgørelse blev truffet 8. november 1996 og er kommenteret af Peter Kunzlik, PPLR 1997 CS 73 ff. Sagens navn blev ændret som følge af, at Bonaco Builders Ltd. gik i likvidation forud for proceduren ved appelinstansen og herefter hævdede sagen for sit vedkommende, hvorefter de øvrige appellanter fortsatte sagen.

⁴²⁴ Jf. Sala tingsrätts dom af 8. januar 1996, der efterfølgende blev påanket til Svea hovrätt. Se omtalen hos Lasse Simonsen s. 708.

⁴²⁵ Jf. punkt 38 i forslag til afgørelse i C-31/87, Beentjes, Saml. 1988 s. 4637. Darmon anfører, at "hvor der ikke gyldigt er specificeret noget kriterium for tildelingen, hverken i bekendtgørelsen eller i udbudsgrundlaget, synes det at følge af selve ordlyden i artikel 29 [den nuværende artikel 30 i bygge- og anlægsdirektivet], at kun kriteriet om den laveste pris kan finde anvendelse".

Dette følger af den generelle tendens til at fravælge tildelingskriteriet den laveste pris, der skyldes, at kriteriet udelukker ordregivers skøn ved tildelingen.

Der er imidlertid tungtvejende hensyn, der taler imod ovennævnte fortolkning, og som i stedet taler for en antagelse om, at ordregiveren har pligt til at annullere udbudsproceduren, hvor ordregiveren ikke har anført delkriterierne for det økonomisk mest fordelagtige bud i udbudsmaterialet, eller hvor ordregiveren i øvrigt ikke har anført et lovligt tildelingskriterium i udbudsmaterialet.

Hvis antagelsen, om at der kan ske substitution med kriteriet laveste pris, lægges til grund, er realiteten, at det med fortolkningen accepteres, at tilbudsgiverne skal have deres tilbud bedømt på grundlag af et tildelingskriterium, der ikke har været bekendtgjort, hvilket helt grundlæggende strider mod princippet om gennemsigtighed. Det er en meget vidtgående fortolkning at anvende kriteriet laveste pris som udfyldningskriterium, og det er ikke påregneligt for tilbudsgiverne, at ordregiveren i givet fald skulle have denne mulighed for at afhjælpe fejlen.

Hertil kommer, at påvirkningen af konkurrencen eller risikoen for påvirkningen af konkurrencen er væsentlig. Det er en grov og helt grundlæggende fejl, hvis en ordregiver udelukkende har opstillet ulovlige tildelingskriterier eller helt har undladt at præcisere delkriterierne i det økonomisk mest fordelagtige bud. Det er nærliggende, at en overtrædelse af denne karakter kan have ført til, at potentielle tilbudsgivere har afholdt sig fra overhovedet at deltage i udbudsproceduren.

Tilsvarende kan de ulovlige tildelingskriterier have påvirket udformningen af bud, hvilket har til følge, at der er risiko for, at det ikke er muligt at gennemføre en forsvarlig evaluering af de indkomne tilbud, fordi tilbudene giver et fordrejet billede af virksomhedernes indbyrdes styrkeforhold.

På denne baggrund må det *antages, at en ordregiver, der ikke har anført delkriterierne for det økonomisk mest fordelagtige bud i udbudsmaterialet eller i øvrigt ikke har anført et lovligt tildelingskriterium i udbudsmaterialet, har pligt at annullere udbudsproceduren.* Det kan derfor ikke antages, at en alternativ fremgangsmåde ville være at fortsætte udbudsproceduren for at tildele kontrakten med anvendelsen af tildelingskriteriet laveste pris.

Til trods for, at overtrædelser af denne art har været behandlet ved Klagenævnet for Udbud, har Nævnet ikke forholdt sig til, om der kan ske substitution af de ulovlige tildelingskriterier med tildelingskriteriet laveste bud.

I kendelsen af 22. juni 1995, Kommunernes gensidige Forsikringsselskab mod Boligselskabet VIBO og Assurandør Gruppen København I/S, var tildelingskriteriet angivet som det økonomisk mest fordelagtige tilbud i udbudsbekendtgørelsen, og det var ikke i det efterfølgende fremsendte udbudsmateriale klargjort, hvilke delkriterier der fandt anvendelse ved tildelingen af kontrakten. Af forklaringerne afgivet for Klagenævnet fremgår, at ordregiveren havde ment sig berettiget til at anvende kriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, men at kontrakten var blevet tildelt den

tilbudsgiver, der havde afgivet det laveste bud. Klagenævnet begrænsede sig til at konstatere, at tjenesteydelsesdirektivets artikel 36, stk. 2 ikke var overholdt som følge af den manglende angivelse af delkriterierne, men fandt ikke anledning til at annullere ordregiverens beslutning om indgåelse af kontrakt, da Nævnet vurderede, at den manglende overholdelse af direktivet på dette punkt hverken havde haft indflydelse på budgivningen eller beslutningen om tildelingen af kontrakten. Det skal særligt bemærkes, at klagers pris var omtrent dobbelt så høj som den pris, der var indeholdt i det bud, der blev tildelt kontrakten.

I kendelse af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz mod Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet, havde ordregiveren annulleret udbudsproceduren, efter at der var indgivet klage til Klagenævnet for Udbud. Ordregiveren udbyggede og reviderede begrundelsen for annullationen af udbudsproceduren under klagesagens forløb, og blandt de reviderede begrundelser var det forhold, at ordregiveren havde undladt at angive delkriterierne i tildelingskriteriet det økonomiske mest fordelagtige bud. Klagenævnet fandt ikke anledning til at tage stilling til denne og de øvrige begrundelser, idet Nævnet vurderede, at annullationen havde været usagligt begrundet i ønsket om at reducere virkningen af den indbragte klage, jf. herved den tidligere omtale i afsnit 6.4.

2) Delvis anvendelse af bekendtgjorte tildelingskriterier

Når kontrakten endnu ikke er blevet tildelt, og det konstateres, at visse af delkriterierne er ulovlige, opstår spørgsmålet, om ordregiveren kan fortsætte udbudsproceduren og tildele kontrakten under forudsætning af, at ordregiveren bortser fra de ulovlige tildelingskriterier ved tildelingen.

Denne løsning afviger på flere måder fra fremgangsmåden ved substitution af tildelingskriterierne, der blev omtalt ovenfor. Ordregiveren anvender således tildelingskriterier, der er bekendtgjort, selv om der bortses fra visse af de bekendtgjorte kriterier. Fremgangsmåden bryder derfor kun i mindre grad med forudsætningen om, at ordregiver anvender tildelingskriterier, der er bekendtgjort på forhånd.

Denne fremgangsmåde er desuden generelt kendetegnet ved, at påvirkningen af konkurrencen er mindre. For det første anvender ordregiveren alene lovlige kriterier, og disse delkriterier er bekendtgjort og har derfor indgået i tilbudsgivernes overvejelser ved udformningen af tilbudene. For det andet vil risikoen for, at potentielle tilbudsgivere har afholdt sig fra helt at deltage i konkurrencen normalt være mindre i en situation, hvor enkelte af de opstillede delkriterier er ulovlige, f.eks. fordi ordregiveren har sammenblandet kvalifikationskriterier med tildelingskriterier. En sådan sammenblanding er almindeligt forekommende, og det er tvivlsomt, om forekomsten af kvalifikationskriterier blandt de opstillede tildelingskriterier afholder potentielle tilbudsgivere fra at deltage i udbudsproceduren. Sidstnævnte antagelse kan støttes på

tendensen til at klagerne ikke inddrager denne overtrædelse i klagesager for Klagenævnet for Udbud.

I særlige tilfælde vil et ulovligt delkriterium dog indebære en nærliggende risiko for, at påvirkningen af konkurrencen ikke er uvæsentlig. Dette er eksempelvis tilfældet, hvor det fremgår af et delkriterium, at lokale tilbudsgivere har en fortrinsstilling, hvilket helt åbenbart kan afskrække udenlandske tilbudsgivere eller nationale, men ikke-lokale tilbudsgivere fra at deltage i udbudsproceduren.⁴²⁶ Hvis et sådant delkriterium er opstillet, skal forekomsten af et enkelt ulovligt delkriterium tillægges særlig vægt, og det må antages, at ordregiveren har pligt til at annullere udbudsproceduren i et sådant tilfælde.

Det fremgår forudsætningsvis af praksis fra Klagenævnet for Udbud, at Nævnet anerkender, at en ordregiver kan fortsætte udbudsproceduren og tildele kontrakten ved at bortse fra de ulovlige tildelingskriterier, da Nævnet har undladt at annullere udbudsproceduren med denne begrundelse i en række sager, hvor delkriterierne i det økonomisk mest fordelagtige bud har været ulovlige, jf. herved omtalen af problemstillingen i afsnit 2.3.2.4.

Generelt er tendensen i praksis ved Klagenævnet for Udbud, at ulovlige tildelingskriterier og manglende bekendtgørelse af tildelingskriterier ikke får afgørende betydning for afviklingen af de pågældende udbudsprocedurer, fordi fejlen ikke fører til Klagenævnets annullation af udbudsprocedurerne. Det er den absolutte hovedregel, at Klagenævnet begrænser sin sanktionering til en konstatering af den pågældende overtrædelse selv ved grove og grundlæggende overtrædelser af reglerne om fastsættelse og bekendtgørelse af tildelingskriterierne. Dette gælder både, hvor delkriterierne slet ikke er angivet i udbudsmaterialet,⁴²⁷ hvor de fastsatte tildelingskriterier i det hele er ulovlige,⁴²⁸ og hvor et ulovligt delkriterium må antages at påvirke

⁴²⁶ Et eksempel på forekomsten af et sådant delkriterium foreligger med afgørelsen i C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA*, Saml 1990 I s. 889.

⁴²⁷ Jf. de tidligere omtalte kendelser af 22. juni 1995, Kommunernes gensidige Forsikrings-selskab mod Boligselskabet VIBO og Assurandør Gruppen København I/S, og kendelse af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz mod Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet.

⁴²⁸ Jf. Klagenævnets kendelse af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz mod Hundested Almennyttige Boligselskab. Ordregiveren havde ikke angivet et tildelingskriterium i overensstemmelse med bygge- og anlægsdirektivet. I udbudsbekendtgørelsen var tildelingskriteriet angivet som "Bygherren forbeholder sig ret til frit at vælge mellem de indkomne tilbud". Klagenævnet behandlede spørgsmålet ex officio og understregede, at hvis ordregiveren under udbudet havde anvendt eller tilsigtet at anvende de anførte ulovlige tildelingskriterier, var der grundlag for at annullere udbudet. Nævnet fandt det imidlertid godtgjort, at ordregiverens
(fortsættes...)

konkurrencen væsentligt.⁴²⁹ Dette forhold er kritisabelt og drøftes nærmere i konklusionerne i afsnit 7.2.4.

6.5.2.4.2. Overtrædelse af forhandlingsforbudet

Et eksempel på annullation som følge af overtrædelse af forhandlingsforbudet foreligger med Klagenævnets kendelse af 2. april 1996, Esbjerg Oilfield Services A/S mod Svendborg Kommune, hvor ordregiveren havde udbudt en færge i begrænset udbud efter vareindkøbsdirektivet.⁴³⁰

Efter tilbudsafgivningen henvendte kommunens tekniske rådgiver sig til de to lavestbydende, og på et senere tidspunkt også til de øvrige tre tilbudsgivere for at indhente tilbud på et ændret projekt. En sådan fremgangsmåde er en klar overtrædelse af forhandlingsforbudet. En af de bydende klagede over fremgangsmåden til kommunen, der herefter annullerede udbudsproceduren og iværksatte et nyt udbud.

Værftet, der havde afgivet det laveste bud, indbragte sagen for Klagenævnet for Udbud med henblik på, at kommunen skulle tilpligtes at tildele kontrakten på grundlag af de tilbud, der var indkommet under den nu annullerede udbudsprocedure. Klagenævnet tog ikke klagen til følge, og Nævnet lagde herved vægt på, at kommunen alene måtte antages at have tilsigtet at undgå at kontrahere på grundlag af en ukorrekt udbudsprocedure, og at gennemførelsen var behæftet med så væsentlige fejl, at det havde været korrekt at annullere udbudsproceduren.

Efter omstændighederne kan overtrædelserne af forhandlingsforbudet indebære, at ordregiveren har *pligt* til at annullere udbudsproceduren, hvis overtrædelserne af forhandlingsforbudet må antages at have ført til en væsentlig forvrejning af konkurrencegrundlaget.

⁴²⁸ (...fortsat)

hensigt havde været at anvende kriteriet "den laveste pris", og at kriteriet faktisk havde været anvendt.

⁴²⁹ Jf. eksempelvis Klagenævnets kendelse af 23. januar 1996, Praktiserende Arkitekters Råd mod Glostrup Kommune, hvor kommunen havde angivet 10 delkriterier i udbudsmaterialet, men desuden havde anvendt et ulovligt 11. kriterium, hvor der blev lagt vægt på, om tilbudsgiverne havde særlige relationer til Glostrup Kommune.

⁴³⁰ I Klagenævnets kendelse af 9. juli 1997, Vognmand Bomholt A/S mod Århus Kommune, annullerede ordregiveren udbudsproceduren. Det var klart, at ordregiveren havde overtrådt forhandlingsforbudet, men ordregiveren begrundede annullationen i, at udbudsmaterialet var uklart og uhensigtsmæssigt, samt i, at dette havde ført til, at budene fra de tre lavestbydende var ukonditionsmæssige, fordi udbudsmaterialet var blevet misforstået.

6.5.2.4.3. Udbudsbetingelserne er uklare eller mangelfulde

Hvis udbudsbetingelserne er mangelfulde eller uklare, kan dette i flere tilfælde føre til, at ordregiveren har enten ret eller pligt til annullation af udbudsproceduren, hvilket bl.a. fremgår af gennemgangen i afsnit 6.5.2.4.1 vedrørende overtrædelser af forskrifterne om opstilling af tildelingskriterier.

I kendelsen af 9. juli 1997, Vognmand Bomholt A/S mod Århus Kommune, annullerede ordregiveren udbudsproceduren under henvisning til, at udbudsmaterialet var uklart og uhensigtsmæssigt, hvilket ifølge ordregiveren blev understøttet af, at de tre lavestbydende havde afgivet ukonditionsmæssige bud, fordi de havde misforstået udbudsmaterialet.

Klagenævnet for Udbud fandt ikke grundlag for at statuere, at tilbagekaldelsen var usaglig, selv om annullationen først var foretaget efter sagens indbringelse for Klagenævnet. Tidspunktet for annullationen kunne, som fremhævet af Nævnet selv, umiddelbart pege i retning af, at formålet med annullationen havde været at afbøde virkningen af klagen, og en sådan begrundelse ville være usaglig, jf. herved kendelsen af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz mod Undervisningsministeriet, omtalt tidligere i afsnit 6.4.

En situation, hvor ordregiver burde have annulleret udbudsproceduren på eget initiativ, forelå i forbindelse med kendelse af 25. oktober 1995, Siemens A/S mod Esbjerg Kommune, hvor Klagenævnet annullerede ordregivers beslutning om at iværksætte udbudsproceduren og pålagde ordregiveren visse handlepligter vedrørende et eventuelt nyt udbud.

Ordregiveren havde udbudt kontrakten efter forsyningsvirksomhedsdirektivet, men burde have anvendt vareindkøbsdirektivet, og ordregiveren havde trods påkrav undladt at oplyse sådanne tekniske data og funktionsbeskrivelser, som var nødvendige for, at tilbudsgiverne kunne afgive fyldestgørende tilbud. Fire virksomheder var blevet prækvalificeret, men kun én virksomhed afgav tilbud.

Ordregiverens overtrædelse af udbudsreglerne havde tilsyneladende medført, at tre ud af fire prækvalificerede havde besluttet sig for at undlade at afgive bud, og den eneste tilbudsgiver havde ikke haft et fyldestgørende grundlag for budsgivningen. Det er desuden muligt, at de manglende funktionsbeskrivelser kunne have afholdt interesserede virksomheder fra at anmode om prækvalifikation, og at anvendelsen af det forkerte udbudsdirektiv havde påvirket udformningen af udbudet og afviklingen af udbudsproceduren væsentligt. I en sådan situation må det antages, at ordregiveren vil have både ret og pligt til annullation af udbudsproceduren.

6.6. Faktorer af almindelig relevans ved vurdering af ordregivers annullation af udbudsproceduren

Kravet om saglige grunde har som tidligere fremhævet navnlig sin baggrund i udbudsdirektivernes bærende retsprincip om ligebehandling af tilbudsgiverne samt retsprincipperne om gennemsigtighed og beskyttelsen af berettigede forventninger. Der kan udledes en række faktorer, der normalt vil have betydning for bedømmelsen af, om en given begrundelse er saglig.

A) Fuldstændig annullation eller annullation med henblik på omgørelse

Det må som absolut hovedregel antages, at en annullation af udbudsproceduren uden indgåelse af en efterfølgende aftale med en ekstern aftalepart vil blive bedømt som saglig. I modsætning hertil skal bedømmelsen af annullation med henblik på omgørelse af udbudsproceduren underkastes langt strengere krav til den saglige begrundelse som redegjort for i afsnit 6.5.

B) Tidspunktet for annullationen

Et væsentligt moment er *tidspunktet for annullationen* som fremhævet i tilknytning til gennemgangen af gængse begrundelser for annullation, og tidsfaktoren kan have afgørende betydning for, om en given begrundelse for annullation kan accepteres som værende saglig. Desto senere i forløbet ordregiver beslutter at annullere udbudsproceduren desto skærpede er kravene til styrken af begrundelsen for annullationen.

Det skærper kravet til den saglige begrundelse, hvis ordregiveren annullerer *efter* tilbudsgivningen på grund af den grad af forskelsbehandling og tilsidesættelse af tilbudsgivernes interesser, som en annullation på dette tidspunkt indebærer. Modsat vil en annullation *før* tilbudsgivningen i langt højere grad kunne bedømmes som saglig, da konsekvenserne for tilbudsgiverne af en annullation af udbudsproceduren vil være forholdsvis begrænsede, og da risikoen for og konsekvenserne af en tilsigtet forskelsbehandling vil være langt mere begrænsede.

En anden skærpelse af kravene til den saglige begrundelse kan opstå som følge af, at annullationen foretages *efter indbringelse af klage* til et kontrolorgan, f.eks. Klagenævnet for Udbud. Kravet til den saglige begrundelse skærpes som følge af, at virkningen af klagen eller sagsanlægget reduceres væsentligt ved ordregivers annullation af udbudsproceduren, og fordi dette forhold umiddelbart peger i retning af, at ordregiverens egentlige begrundelse for annullationen er at afbøde virkningen af klagen.

Hvis annullationen kategoriseres som saglig, vil den tilbudsgiver, der har afgivet bedste bud i den annullerede udbudsprocedure, blive afskåret fra at blive tildelt kontrakten på grundlag af det oprindelige bud, og der vil da alene være mulighed for eventuelt at få erstatning ved domstolene.⁴³¹

Spørgsmålet om sagligheden af en annullation efter indbringelse af klage har været rejst for Klagenævnet for udbud i to tilfælde, hvor det i kendelsen af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz A/S mod Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet, blev lagt til grund, at formålet med annullationen havde været at afbøde virkningerne af klagen, jf. herved afsnit 6.4.⁴³²

Selv om prøvelsen resulterer i, at ordregivers annullation af udbudsproceduren var usaglig, vil ordregivers annullation af udbudsproceduren stadig påvirke den bedste tilbudsgivers interesse negativt, da muligheden for at få statueret, at den oprindelige udbudsprocedure skal genoptages, er minimale, hvis en ny udbudsrunde er igangsat, eller hvis ordregiveren har besluttet at undlade at kontrahere overhovedet.

C) Ordregiveren tilsigter ulovlig forskelsbehandling

Hvis det må lægges til grund, at ordregiveren har haft til hensigt at fremme ulovlig forskelsbehandling, er dette forhold i sig selv tilstrækkeligt til, at ligebehandlingsprincippet er overtrådt, uanset om det objektivt kan konstateres, at ordregiverens subjektive forhold har ført til en faktisk påvirkning af konkurrencen. Dette følger af, at ordregiveren har pligt til at påse, at ligebehandlingsprincippet iagttages, jf. herved udbudsdirektivernes formulering af ligebehandlingsprincippet.⁴³³

Klagenævnet for Udbud er som følge heraf gået ind i en nærmere granskning af de påberåbte begrundelser ved annullation af udbudsproceduren med særligt henblik på at vurdere, om den angivne begrundelse er saglig, og om den angivne begrundelse blot er en skinbegrundelse, der dækker over, at ordregiveren har fremmet et usagligt formål.

Det fremgår klart af flere kendelser, at Klagenævnet tillægger det subjektive element afgørende betydning, og Klagenævnet har anlagt en restriktiv tilgangsvinkel ved

⁴³¹ At en annullation er sagligt begrundet, afskærer ikke tilbudsgiverne fra at kræve erstatning. Det er klart, at ordregiveren er erstatningsansvarlig, hvis udbudsproceduren er annulleret som følge af fejl i forbindelse med tilrettelæggelsen eller afviklingen af udbudsproceduren.

⁴³² Se endvidere kendelsen af 9. juli 1997, Vognmand Bomholt A/S mod Århus Kommune, omtalt i afsnit 6.5.2.4.3.

⁴³³ Jf. ligeledes afsnit 4.3.D om betydningen af ordregivers og rådgivers hensigt med teknisk dialog forud for udbudsprocedurens start.

prøvelsen, hvilket på markant vis fremgår af kendelsen af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz mod Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet, hvor Nævnet lagde til grund, at ordregiverens begrundelse for annullationen ikke var den egentlige begrundelse, og at den egentlige begrundelse for annullationen var usaglig, jf. herved afsnit 6.4.

I kendelsen af 13. september 1996, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby Kommune, var Klagenævnet noget mere forbeholden i sin tilsidesættelse af ordregiverens begrundelse for annullationen, da Nævnet begrænsede sig til at fastslå, at ordregiveren ikke havde påvist at have en saglig begrundelse og ikke positivt kategoriserede overtrædelsen som et udslag af tilsigtet forskelsbehandling. Hændelsesforløbet i sagen tydede dog på, at ordregiveren havde tilsigtet at forskelsbehandle de bydende for at favorisere en bestemt tilbudsgiver, der havde løst den udbudte opgave siden 1947, jf. nærmere i afsnit 6.7.

Formuleringen af kendelsen synes at være et udtryk for en generel tendens i Klagenævnets praksis til en utilbøjelighed til at kategorisere ordregivernes fremgangsmåde som tilsigtet usaglig, selv hvor dette synes nærliggende. I inhabilitetssagerne behandlet i kapitel 4 gør den samme tendens sig gældende og fremtræder på dette område langt klarere, da der ikke ses at være kendelser i relation til inhabilitetsproblematikken, hvor det er blevet lagt til grund, at ordregiveren har haft til hensigt at forskelsbehandle, jf. herved afsnit 4.3.D.

Det er særlig grund til være opmærksom på dette forhold, fordi udbudsreglerne er baseret på en generel formodning om, at ordregiverne har til hensigt at forskelsbehandle de bydende ved favorisering af indenlandske tilbudsgivere, jf. herved afsnit 2.2.

D) Annullationen sikrer eller fremmer konkurrencen

Det vil normalt have væsentlig betydning og i visse situationer afgørende betydning for vurderingen af sagligheden af en given annullation, at annullationen sikrer eller fremmer lige konkurrence.

En ordregiver, der har overtrådt udbudsreglerne, hvad enten det er et udslag af forsømmelse eller tilsigtet forskelsbehandling, vil kunne annullere, hvis overtrædelsen er tilstrækkelig væsentlig,⁴³⁴ eller vil ligefrem have pligt til at annullere udbudsproceduren, jf. herved afsnit 6.5.2 og 6.5.2.4. Pligten til annullation indtræder, hvor der er en nærliggende risiko for, at konkurrencen vil mislykkes eller er mislykket på grund af overtrædelsen, hvilket tillige omfatter risiko for, at konkurrencegrundlaget er forrykket mellem tilbudsgiverne, f.eks. på grund af overtrædelse af forhandlingsforbudet, eller fordi udbudsbetingelserne er uklare eller mangelfulde.

⁴³⁴ Ordregiverens fejl kommer dermed i et vist omfang ordregiveren til skade, fordi de modstående hensyn til tilbudsgivernes interesse i opretholdelse af udbudsproceduren indebærer, at udbudsproceduren alene kan annulleres, hvis fejlen har væsentlig betydning.

Tilsvarende vil det kunne få betydning for vurderingen, at formålet med annullationen er at fremme konkurrencen, hvor der annulleres, fordi en anden tilrettelæggelse af udbudsproceduren er mere fordelagtig, jf. herved afsnit 6.5.2.3.

F) Begrundelsens gennemsigthed

Det må antages, at det vil have væsentlig betydning for vurderingen af en given begrundelse, om begrundelsen er uigennemsigtig og dermed åbner for ordregiveres misbrug af annullationsbeføjelsen, fordi det er vanskeligt at gennemskue for både tilbudsgivere og kontrolorganet, om ordregiveren har angivet en skinbegrundelse.⁴³⁵ Hensynet til gennemsigtheden følger af gennemsigthedsprincippet, jf. herved kapitel 2.2.

Hensynet til gennemsigtheden kan indebære en skærpelse af kravet til den saglige begrundelse, hvilket bl.a. må antages at være tilfældet, hvor annullationen angiveligt er begrundet i, at budgivningen har klargjort, at en anden ydelse er mere fordelagtig, jf. herved afsnit 6.5.2.2.

Efter omstændighederne kan hensynet til gennemsigtheden have afgørende betydning for, at annullation af udbudsproceduren med en given begrundelse udelukkes, jf. herved afsnit 6.5.2.3, hvor det blev antaget, at en annullation efter tilbudsgivningen normalt ikke er mulig, hvis ordregiveren ønsker at annullere for at ændre margenen for antallet af virksomheder, der skal opfordres til at afgive bud.

G) Værdispildsbetragtninger

Værdispildsbetragtninger må antages at have væsentlig betydning for vurderingen af ordregiverens annullation af udbudsproceduren. Som det blev fremhævet i afsnit 6.5 har EU-lovgiveren aldeles undladt at præcisere, hvilke momenter der skal inddrages i afvejningen ved beslutningen om annullation, men der kan ikke herske tvivl om, at værdispildsbetragtninger skal inddrages i afvejningen.

Der vil som følge af den traditionelle interesseafvejning i national forvaltningsret og national udbudsret, jf. herved afsnit 2.2, være en tendens til, at fortolkeren af EU's udbudsregler i særlig grad lægger vægt på ordregiverens, dvs. *det offentliges interesse* i at undgå værdispild. Det er påtrængende at understrege, at dette ikke kan antages at være en korrekt tilgangsvinkel, da hensynet til det offentliges interesse *må antages at skulle indgå med markant ringere vægt end traditionelt* i relation til annullationsproblematikken, fordi EU's udbudsregler gennemgående prioriterer hensynet til ligebehand-

⁴³⁵ Peter Lund Meyer tillægger ligeledes gennemsigtheden væsentlig betydning, jf. herved forfatterens kritik s. 683 af Klagenævnets kendelse af 1. maj 1997, L.R. Service ApS mod Solrød Kommune, der blev omtalt i afsnit 6.5.2.3.

ling og gennemsigtighed højere end både hensynet til ordregiveren og til de deltagende tilbudsgiveres interesser, jf. afsnit 2.2.

Den gængse konflikt mellem ordregiver og en tilbudsgiver i dansk udbudsret foreligger, hvor ordregiveren har annulleret udbudsproceduren efter budgivningen med henblik på omgørelse. Typisk vil klageren være en tilbudsgiver, der anser sig for bedste tilbudsgiver, der indbringer sagen for Klagenævnet med påstand om annulation af ordregiverens beslutning om annulation støttet på, at annulationen af udbudsproceduren har været uberettiget.

Ordregiverens begrundelse for en annulation af denne type vil ofte være relateret til værdispildsbetragtninger, men de modstående hensyn til tilbudsgiverne involveret i udbudsproceduren inkluderer ligeledes værdispildsbetragtninger. Dette er en konsekvens af, at tilbudsgiverne har en interesse i at opretholde udbudsproceduren for derved at undgå at bruge yderligere tid og ressourcer i øvrigt på deltagelsen i konkurrencen om den offentlige kontrakt. For at tage højde for både de involverede tilbudsgiveres interesse i at undgå værdispild og for at fremme ligebehandling og gennemsigtighed ved tildelingen af kontrakten kræves der tungtvejende saglige grunde for ordregiverens annulation med henblik på omgørelse.

Det må antages, at det er forholdsvis almindeligt forekommende, at en ordregiver har både ret og *pligt* til annulation af udbudsproceduren, men dette vil ofte ikke resultere i en konflikt, der indbringes for et kontrolorgan. Dette skyldes, at både ordregiveren og de involverede tilbudsgivere i flere tilfælde vil være interesserede i at kontinuere udbudsproceduren trods ordregiverens fejl, da parternes har interesse i hurtig kontrahering og er interesserede i at undgå yderligere ressourceforbrug.

H) Forbehold for annulation i udbudsbetingelserne

Det ses i praksis,⁴³⁶ at en ordregiver tager *forbehold* for annulation af udbudsproceduren. Et sådant forbehold kan være generelt formuleret uden nærmere angivelse af, hvilke faktorer der kunne tænkes at udløse ordregivers annulation, eller forbeholdet kan relatere sig til konkrete forudsætninger for udbudsprocedurens gennemførelse, f.eks. ved at der tages forbehold for en bevilling eller en påkrævet tilladelse. Ordregiveren kan tillige have taget forbehold for annulation af udbudsproceduren, hvor et kontrolbud viser sig at være økonomisk mere fordelagtigt. Sidstnævnte type af forbehold er tidligere selvstændigt behandlet i afsnit 6.5.1.1, hvortil der henvises.

⁴³⁶ Et eksempel herpå foreligger i Klagenævnets kendelse af 29. oktober 1997, Esbjerg Andels Renovationsselskab mod Rødding Kommune, hvor Rødding Kommune havde taget et generelt forbehold for annulation.

Det ses ikke afklaret i praksis fra EF-domstolen eller fra Klagenævnet for Udbud, hvilken indvirkning indsættelsen af et generelt eller konkret annullationsforbehold har på bedømmelsen af en annullations saglighed.

For så vidt angår et *generelt* forbehold for annulation må det antages, at forbeholdet som absolut hovedregel ikke vil ikke influere på bedømmelsen af ordregiverens begrundelse for annulationen. Forbeholdet er reelt indholdsløst, da en ordregiver uanset indsættelsen af forbeholdet vil have adgang til at annullere udbudsproceduren under forudsætning af saglige grunde herfor, og da eventuelle annullationsgrunde ikke er konkretiseret. En lempelse af kravene til den saglige begrundelse i forlængelse af forbeholdet ville derfor savne mening.⁴³⁷

Udgangspunktet ved *konkrete* forbehold vil være identisk, dvs. at kravet til den saglige begrundelse ikke lempes, hvilket følger af, at en modsat rettet fortolkning ville åbne for misbrug af annullationsbeføjelsen. Efter omstændighederne må det dog antages, at indsættelsen af et konkret forbehold og den efterfølgende påberåbelse af samme vil kunne have betydelig indflydelse på bevisbedømmelsen til ordregiverens fordel.

Et konkret forbehold vil endvidere kunne afværge erstatningspligt for ordregiveren i visse situationer. Det må antages, at ordregiveren vil handle ansvarspådragende ved ikke at indsætte et forbehold for annulationen af en udbudsprocedure, når tildeling af kontrakten er højst usikker på grund af væsentlig uklarhed om f.eks. finansiering og offentlige tilladelser.

Det kan dog ikke antages, at ordregiveren kan afværge et eventuelt erstatningsansvar for annulation af udbudsproceduren ved at indføre en generel ansvarsfraskrivelse i udbudsbetingelserne.⁴³⁸

6.7. Kontraheringspligt afledt af doktrinen om saglige grunde

Såfremt ordregiveren har tilsidesat udbudsreglerne ved at annullere en udbudsprocedure uden at have en saglig begrundelse herfor, vil tilbudsgiverne, under forudsætning af at der er lidt et tab, kunne forfølge et erstatningskrav ved domstolene. Tilbudsgiver-

⁴³⁷ En parallel problemstilling foreligger ved forbehold for tilbagekaldelse af forvaltningsakter. Claus Haagen Jensen anfører i relation hertil, at "Man kunne tænke sig det i og for sig paradoksale resultat, at de i princippet videst formulerede forbehold, f.eks. en bestemmelse om, at en begunstiggelse til "til enhver tid" kan kaldes tilbage, giver den mindste udvidelse af tilbagekaldelsesgrundlaget, ja endog, at forbeholdet tenderer imod kun at have deklaratisk virkning", jf. Forvaltningsret. Almindelige Emner. 1 udg. 1979. s. 351.

⁴³⁸ Jf. Sue Arrowsmith, PPLR 1999 nr. 4 CS 92 s. 94 i en kommentar til afgørelsen i T-203/96, Embassy Limousines & Services. Europa-Parlamentet havde i denne sag indføjet en sådan ansvarsfraskrivelse jf. præmis 55 i afgørelsen.

ne vil som udgangspunkt kunne få erstattet udgifter i forbindelse med udarbejdelsen af tilbudet, der kan udgøre en forholdsvis stor andel af kontraktsummen navnlig ved større bygge- og anlægsopgaver og komplicerede tjenesteydelseskontrakter.

Muligheden for erstatningssøgsmål i forbindelse med en usaglig annulation af en udbudsprocedure vil sjældent blive udnyttet i praksis, hvilket er i overensstemmelse med tilbudsgivernes generelle tendens til at være tilbageholdende med at anlægge erstatningssøgsmål, jf. afsnit 2.5.3.

Baggrunden for dette skal navnlig søges i, at tilbudsgivere typisk ønsker, at håndhævelsen sikrer deres fortsatte muligheder for at blive tildelt den pågældende kontrakt, samt at deres rettigheder håndhæves hurtigere og på mindre omkostningskrævende vis end gennem et erstatningssøgsmål. Det vil endvidere være særdeles vanskeligt at få erstattet den positive opfyldelsesinteresse ved et erstatningssøgsmål for den bedste tilbudsgiver i den annullerede udbudsprocedure. Tilbudsgiveren skal i givet fald bevise, at kontrakten ville være blevet tildelt ham, såfremt udbudsproceduren var blevet gennemført.

På baggrund heraf vil en tilbudsgiver, der anser en annulation for usagligt begrundet, oftest søge at få naturalopfyldelse ved at fremtvinge et direkte indgreb i udbudsprocedurens forløb gennem annulation af ordregiverens beslutning om annulation af udbudsproceduren for derved at tvinge ordregiveren til at genoptage udbudsproceduren.

I Klagenævnets kendelse af 13. september 1996, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby Kommune, søgte klager at få annulleret ordregiverens beslutning om annulation af udbudsproceduren. Ordregiveren anfægtede Klagenævnets kompetence til at annullere en ordregivers beslutning om annulation af en udbudsprocedure. Til støtte for påstanden fremførtes, at § 5, stk. 1, 1. pkt. i klagenævnsloven ikke indeholdt den fornødne hjemmel, da Klagenævnets annulation reelt kunne komme til at fungere som et påbud om, at der skal indgås kontrakt på grundlag af den pågældende udbudsprocedure og dermed pålægge ordregiveren en kontraheringspligt, der ikke følger af EU's udbudsregler.

Klagenævnet for Udbud tog ikke denne påstand til følge, men fastslog, at Klagenævnet efter ovennævnte § 5 kan annullere beslutninger truffet af offentlige udbydere, og at der ikke var grundlag for at antage, at denne bestemmelse ikke omfattede ulovlige beslutninger om at annullere et udbud. Klagenævnet annullerede dog ikke ordregiverens beslutning i den konkrete sag, hvilket er blevet kritiseret, og dette forhold behandles senere i dette afsnit.

Klagenævnet kommenterede ikke direkte ordregiverens anbringender om kontraheringspligt, men det følger implicit af Klagenævnets kendelse,⁴³⁹ at en konsekvens af et kontrolorgans annulation af en ordregivers beslutning om annulation af udbudspro-

⁴³⁹ Jf. ligeledes ordregiverens opfattelse refereret umiddelbart ovenfor.

ceduren kan være, at en udbudsprocedure skal genoptages, og at proceduren skal afsluttes med tildeling af kontrakt, når der ikke foreligger hverken oprindelige eller efterfølgende saglige grunde til annullation af udbudsproceduren.

Det må således antages, at *kontraheringspligt for ordregiveren er en mulig retsfølge af en påbegyndt udbudsprocedure*, hvilket er den logiske konsekvens af doktrinen om saglige grunde som forudsætning for ordregiverens annullation af udbudsproceduren.

Dette resultat er yderst bemærkelsesværdigt, fordi det gang på gang er blevet fremhævet i den juridiske litteratur, at EU's udbudsregler *ikke* fører til, at en ordregiver, der har påbegyndt en udbudsprocedure, har kontraheringspligt.⁴⁴⁰

Udgangspunktet er, at en ordregiver, der har påbegyndt en udbudsprocedure efter EU's udbudsregler, ikke vil blive tilpligtet at kontrahere, men dette er ikke en regel uden undtagelse i modsætning til den fremherskende teoris opfattelse, da kravet om saglige grunde i yderste konsekvens kan indebære en pligt for ordregiveren til at kontrahere.

For en umiddelbar betragtning kan det forekomme vidtgående at udlede en kontraheringspligt fra EU's udbudsdirektiver, men realiteten er, at en ordregiver kun i sjældne tilfælde vil blive stillet over for at skulle genoptage udbudsproceduren mod eget ønske, og i disse situationer vil det være i endnu færre tilfælde, at kontrahering ikke kan undgås. Dette følger af, at ordregiverens begrundelse for annullationen normalt vil blive vurderet som saglig, og hvis dette undtagelsesvis ikke er tilfældet, vil genoptagelsen af udbudsproceduren ofte kunne afskæres. Genoptagelsen kan være udelukket som følge af forhandlingsforbudet ved offentligt og begrænset udbud, jf. afsnit 6.8, eller den genoptagne udbudsprocedure kan annulleres, fordi ordregiveren kan påberåbe sig oprindelige, men oversete saglige grunde, eller det efterfølgende hændelsesforløb kan berettige en annullation.

Et andet væsentligt moment i sammenhængen er, at en genoptagelse af udbudsproceduren kan være en fordel for ordregiveren af flere grunde, hvilket nemt kan overses, da ordregivere, der tilsigter forskelsbehandling, gerne påbegynder en ny udbudsprocedure eller tilkendegiver, at en sådan ønskes gennemført for at undgå en genoptagelse af den annullerede udbudsprocedure. En genoptagelse af udbudsproceduren sikrer, at kontrakten kan tildeles hurtigt uden den ofte væsentlige forsinkelse som en fornyet udbudsprocedure indebærer, og ordregiveren undgår den administration, der er forbundet med en ny procedure. Tilbudsgiverne vil desuden ikke have grundlag for at anlægge erstatningssøgsmål til dækning af deres udgifter i forbindelse med afgivelse af bud, såfremt udbudsproceduren genoptages.

⁴⁴⁰ Jf. Sue Arrowsmith PPLR 1996 CS 90 (s. 96); Hørlyck s. 45; Karsten Havkrog Pedersen, Advokaten 1998 nr. 2, s. 33 (s. 35); Sune Troels Poulsen, UfR 1998 B 61 (s. 69). Se desuden Lasse Simonsen s. 478-82, der synes at holde spørgsmålet åbent.

Ordregiveren, der tilsigter forskelsbehandling, foretrækker en ny udbudsprocedure frem for genoptagelse, da genoptagelsen typisk ville indebære, at ordregiveren skulle tildele kontrakten til en anden virksomhed end den, der ønskes favoriseret. Endvidere opstår der gennem den nye udbudsprocedure endnu en mulighed for at favorisere eller i øvrigt forskelsbehandle de bydende, og forskelsbehandlingen lettes, da ordregiveren gennem tilbudsafgivningen har fået et godt indblik i konkurrenternes indbyrdes styrkeforhold og dermed kan skræddersy udbudsbetingelserne i den ny udbudsprocedure til den favoriserede virksomhed.

Klagenævnets kendelse af 13. september 1996, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby Kommune, er blevet kritiseret⁴⁴¹ og er blevet fremhævet som et eksempel på, at klare overtrædelser af udbudsreglerne ikke sanktioneres med fornøden hårdhed over for ordregiverne ved Klagenævnet for Udbud. Den fremførte kritik af kendelsen skyldes særligt, at Klagenævnet afstod fra at annullere ordregivers beslutning om annullation af udbudsproceduren til trods for, at Nævnet havde lagt til grund, at ordregiveren ikke havde påvist en saglig begrundelse.

Ordregiverens overtrædelse i sagen synes ikke at have været udslag af manglende kendskab til udbudsreglerne, men bør snarere udlægges som et udslag af, at ordregiveren havde tilsigtet at favorisere én bestemt virksomhed.⁴⁴² Virksomheden, Grundejersammenslutningens Renholdningsselskab i Tårnby Kommune (herefter GR), havde løst den tjenesteydelse, der var udbudt ved den annullerede udbudsprocedure, siden 1947, og kommunaldirektøren i Tårnby Kommune var bestyrelsesmedlem i virksomheden.⁴⁴³

⁴⁴¹ Jf. Konkurrenceredegørelsen udgivet af Konkurrentstyrelsen december 1997, hvor kendelsen på s. 147 særligt fremhæves som en af de klagesager, der har været årsag til kritik af klagesystemet. Det anføres sammesteds, at årsagen til kritikken var, at ordregiveren ikke fulgte Klagenævnets afgørelse, og at Nævnet pålagde ordregiveren at fortsætte udbudsproceduren. Dette er ikke en korrekt gengivelse af sagsforløbet, da Klagenævnet netop afstod fra at annullere udbudsproceduren, hvilket i givet fald ville have medført genoptagelse (fortsættelse) af den ulovligt annullerede udbudsprocedure. Den fremførte kritik går ikke på ordregiverens manglende efterlevelse, men derimod på at Klagenævnet afstod fra annullation af ordregivers ulovlige beslutning.

⁴⁴² I samme retning Katja Høegh, UfR 1997 B 151, der på s. 157 anfører "I Tårnby-sagen var der herudover indicier for, at kommunen havde ønsket at favorisere den hidtidige kontraktshaver ved at aflyse og herefter udbyde på ny og dermed give den pågældende mulighed for at indrette sit prisniveau efter det som følge af det tidligere foretagne udbud kendte prisniveau".

⁴⁴³ Dette forhold fremgår ikke af kendelsen, men blev inddraget af Konkurrentstyrelsen i forbindelse med den klage, som Konkurrentstyrelsen indgav i relation til udbudsproceduren, (fortsættes...)

Ved at Klagenævnet afstod fra at annullere ordregivers beslutning, blev udbudsreglerne reelt håndhævet meget lempeligt, fordi ordregiveren dermed undgik en genoptagelse af udbudsproceduren med efterfølgende tildeling af kontrakten til den bedste budgiver, der ikke synes at have været den favoriserede virksomhed.

En anden uheldig konsekvens af kendelsen var, at den favoriserede virksomhed fik mulighed for at indrette sit prisniveau ud fra sit kendskab til konkurrenternes budgivning i den annullerede udbudsprocedure. Endelig indebar den manglende annullation af ordregivers beslutning, at ordregiveren fik bedre muligheder for på ny at forsøge sig med en favorisering af virksomheden GR bl.a. ved at ændre kravene i udbudsmaterialet, så det i endnu højere grad styrkede GR i konkurrencen.

Kritikken af Klagenævnets kendelse sættes i relief af handlingsforløbet, der fulgte efter Nævnets kendelse. Efter Konkurrencestyrelsens opfattelse forspildte ordregiveren ikke de nye muligheder for at fremme kontraheringen med GR, hvilket førte til, at Konkurrencestyrelsen indgav klage over afviklingen af den udbudsprocedure, der fulgte efter ordregiverens annullation af den oprindelige udbudsprocedure. Sagen blev afgjort ved Klagenævnets kendelse af 17. marts 1998, Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune, der er omtalt i afsnit 4.2.3. Klagenævnet gav ikke Konkurrencestyrelsen det mindste medhold i de fremførte klagepunkter til trods for, at flere forhold i sagen indicerede, at ordregiveren igen havde overtrådt udbudsreglerne.

Det fremgår ikke af Klagenævnets kendelse af 13. september 1996, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby Kommune, hvilke nærmere overvejelser Nævnet gjorde sig, da det afholdt sig fra annullation af ordregiverens beslutning. Klagenævnet begrænsede sig til at anføre, at beslutningen om annullation af udbudsproceduren kunne annulleres, når en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne gør det påkrævet, og til at anføre, at der ikke var forhold i den foreliggende situation, der kunne begrunde, at Klagenævnet annullerede kommunens beslutning. Det havde været ønskeligt, om Klagenævnet i stedet havde givet en nærmere begrundelse for den manglende annullation særligt i betragtning af, at Nævnets tilgangsvinkel i den pågældende sag forekommer overraskende lempelig over for ordregiveren.

Det må antages, at Klagenævnet tillagde det afgørende vægt, at ordregiveren havde til hensigt på ny at udbyde den kontrakt, der var berørt af den annullerede udbudsprocedure, og at Nævnet vurderede, at muligheden for et efterfølgende erstatningssøgsmål på tilstrækkelig vis tilgodeså de involverede tilbudsgivers interesser. Det er tvivlsomt, om disse forhold i den konkrete sag burde have været udslagsgivende for Nævnets afgørelse.

⁴⁴³ (...fortsat)

der fulgte efter ordregivers ulovlige annullation. Se Klagenævnets kendelse af 17. marts 1998, Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune.

Det fremgår af ovennævnte gennemgang af sagens forhold, at en ny udbudsprocedure netop ikke tilgodeså interesserne hos konkurrenterne til den favoriserede tilbudsgiver, men tværtimod var en hånds-rækning til ordregiveren og den favoriserede tilbudsgiver.

Hertil kommer, at det erstatningsretlige værn mod overtrædelser af udbudsreglerne ikke på tilstrækkelig vis synes at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne i en situation som den foreliggende. Den bedste tilbudsgiver i den annullerede udbudsprocedure ville have overordentligt vanskeligt ved at bevise, at kontrakten ville have været blevet tildelt ham, såfremt udbudsproceduren var blevet gennemført. I den konkrete sag ville det være endog særdeles vanskeligt, idet ordregiveren havde anvendt tildelingskriteriet "det økonomisk mest fordelagtige bud", der indebærer, at ordregiveren kan udøve et bredt skøn. Den bedste tilbudsgiver vil derfor løbe en betydelig procesrisiko, såfremt han at få erstatning for tabt fortjeneste og ikke begrænser sig til at søge erstatning for tabet i forbindelse med udarbejdelsen af bud. Det bør heller ikke overses, at et søgsmål ved domstolene er forbundet med sagsomkostninger, og at sagsbehandlingen ved de ordinære domstole i Danmark typisk tager flere år. Det erstatningsretlige værn burde som følge af disse forhold ikke tillægges afgørende vægt.

Sammenfattende kan det derfor siges, at hensynet til den effektive håndhævelse af udbudsreglerne burde have ført til annullation af ordregivers beslutning med genoptagelse af udbudsproceduren til følge i den konkrete sag.

6.8. Forhandlingsforbudet som hindring for håndhævelsen af kravet om saglige grunde

En annullation af ordregivers usagligt begrundede annullation af udbudsproceduren kan i visse tilfælde udelukkes som følge af forhandlingsforbudet i EU's udbudsregler. Tilbudsgivernes interesse i naturalopfyldelse, navnlig i form af genoptagelse af udbudsproceduren, viger dermed efter omstændighederne for forhandlingsforbudet. Kendelsen af 19. juni 1997, Højgaard og Schultz mod Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet, er illustrerende for problemstillingen.

Klagenævnet lagde i denne kendelse til grund, at ordregiveren havde forfulgt et usagligt formål med annullationen af en udbudsprocedure. Klagenævnet angav udtrykkeligt i kendelsen, at Nævnet ville have foretrukket en annullation af ordregiverens beslutninger om annullation af udbudsproceduren og om iværksættelse af en ny udbudsrunde, men afstod fra at træffe en sådan afgørelse. Klagenævnet begrundede dette resultat med, at en kontraktsindgåelse på grundlag af de oprindelige tilbud ikke ville være mulig i den konkrete sag, idet en kontraktsindgåelse ville forudsætte væsentlige forhandlinger om ændringer i det vindende bud i et omfang, der stred mod EU-udbudsreglernes forhandlingsforbud.

Forhandlinger var nødvendiggjort af, at ordregiverens acceptfrist var udløbet, at den bekendtgjorte tidsplan ikke kunne overholdes og af, at ordregiveren havde ændret projektet i forbindelse med en ny udbudsprocedure samt af, at ordregiveren delvist havde iværksat det oprindelige projekt på trods af, at klagen var tillagt opsættende virkning.

Klagenævnets fortolkning i den konkrete sag rejser et vigtigt principielt spørgsmål i relation til en regelkonflikt mellem to retsprincipper, der har deres væsentligste udspring i ligebehandlingsprincippet og er af væsentlig betydning for, om reglerne om annullation af udbudsprocedurer kan håndhæves effektivt. Det er derfor uheldigt, at Klagenævnets stillingtagen til både det principielle fortolkningsspørgsmål og den konkrete fortolkning af forhandlingsforbudet i sagen synes at kunne gøres til genstand for berettiget kritik.

Det er paradoksalt, at klager i sagen skulle tåle forskelsbehandling og blev afskåret fra at få naturalopfyldelse, og at dette fortolkningsresultat blev støttet på det i ligebehandlingsprincippet indeholdte princip om forbud mod forhandlinger, der netop har til formål at sætte ind over for *usaglig* forskelsbehandling.

Klagenævnets betragtning om, at annullation af ordregiverens beslutning ville indebære forhandlinger i et vist omfang, er korrekt. Det er imidlertid yderst diskutabelt, om sådanne forhandlinger ville være ulovlige, da deres formål og deres begrænsede omfang med vægt kan tale for, at dette forhold ikke skulle have udelukket annullation af ordregiverens beslutning om annullation af udbudsproceduren i den konkrete sag.⁴⁴⁴

Formålet med forhandlingerne ville netop ikke være usagligt, da de ville være et udslag af en genoptagelse af udbudsproceduren med henblik på at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne over for en ordregiver, der ulovligt havde forskelsbehandlet. Disse betragtninger modificeres ikke afgørende af, at der ville være en risiko for, at parterne kunne lade sig friste af forhandlingssituationen til at udstrække forhandlingerne til mere end det nødvendige og derved overtræde forhandlingsforbudet. Det synes usandsynligt, at ordregiver og den potentielle kontraktspart, der meget muligt kunne være klageren i sagen, ville forsøge at misbruge situationen. I givet fald kunne et misbrug i forbindelse med justeringerne af kontrakten indbringes for Klagenævnet.

Klagenævnet kvalificerede de forhandlinger, som ville være nødvendige, som væsentlige, men spørgsmålet er, om de konkrete forhold, der blev fremhævet af

⁴⁴⁴ Et andet forhold er, at den ulovligt annullerede udbudsprocedure var behæftet med en så grundlæggende fejl, at ordregiveren antagelig havde pligt til at annullere udbudsproceduren, og at Nævnets annullation med den afledte genoptagelse af udbudsproceduren derfor savnede mening. Ordregiverens pligt til annullation af den pågældende udbudsprocedure fulgte af, at ordregiveren fuldstændig havde undladt at angive delkriterierne i det økonomisk mest fordelagtige bud, jf. afsnit 6.5.2.4.1.

Nævnet i kendelsen, var mere end justeringer af uvæsentlig karakter. De forhold, der ifølge Klagenævnet nødvendiggjorde væsentlige forhandlinger, var, at ordregiverens acceptfrist var udløbet, at den bekendtgjorte tidsplan ikke kunne overholdes, at ordregiveren havde ændret projektet i forbindelse med en ny udbudsprocedure, samt at ordregiveren delvist havde iværksat det oprindelige projekt. Disse forhold analyseres nærmere i det følgende.

Det første forhold, som fremhæves af Klagenævnet, var, at ordregiverens acceptfrist var udløbet. Det fremgik af udbudsbetingelserne, at tilbudsgiverne skulle vedstå deres bud i 40 dage fra licitationsdagen, og dette tidsrum var overskredet som følge af klagesagens forløb, hvorfor tilbudsgiverne ikke længere var bundet af deres budgivning i den ulovligt annullerede udbudsprocedure.

Den vindende tilbudsgiver måtte derfor nødvendigvis vedstå det oprindelige tilbud, hvilket ville ændre de oprindelige udbudsbetingelser og dermed nødvendiggøre "forhandling" i udbudsreglernes forstand. Der er imidlertid ingen tvivl om, at tilbudsgiverne med en vis sandsynlighed ville være interesserede i at vedstå deres bud ud over de 40 dage, når et bekræftende svar ville betyde, at de bevarede muligheden for at blive tildelt kontrakten. Dette understøttes af, at klager, der antagelig havde afgivet bedste konditionsmæssige bud, vedstod sit tilbud i en rimelig tid efter Klagenævnets afgørelse, hvilket fremgår udtrykkeligt af klagers procedure for Nævnet.

Klagenævnet kunne selv, som et led i klagesagen, have foretaget en høring hos tilbudsgiverne med henblik på at afklare, om tilbudsgiverne ville vedstå deres bud. Klagenævnet er ikke pålagt en høringspligt i henhold til lovgivningen, men en høring ville klart være et led i hensigtsmæssig håndhævelse af udbudsreglerne, da en annullation af ordregivers beslutning om annullation af en udbudsprocedure kan savne formål,⁴⁴⁵ hvis ikke tilbudsgiverne vil vedstå deres tilbudsgivning i henhold til den ulovligt annullerede udbudsprocedure.

Det er muligt, at ikke samtlige tilbudsgivere vil vedstå deres bud, og i en sådan situation må Klagenævnet foretage en konkret vurdering af, om udbudsproceduren savner formål. Blandt de faktorer, som vil få særlig betydning i denne konkrete vurdering, må være, om flertallet af tilbudsgiverne vedstår deres bud og særligt, om den eller de tilsyneladende bedste tilbudsgivere vedstår deres bud.

Hvis Klagenævnet blot havde annulleret ordregivers beslutning om annullation af udbudsproceduren, ville ordregiver selv have haft mulighed for på skriftligt grundlag at forespørge samtlige tilbudsgivere, om de vedstod deres bud, uden at overtræde forhandlingsforbudet, da en forlængelse af vedståelsesfristen som udgangspunkt ikke er en væsentlig ændring af udbudsbetingelserne, der indebærer forskelsbehandling.

Dette følger af, at en forlængelse af vedståelsesfristen generelt er til ulempe for samtlige tilbudsgivere, der skal friholde ressourcer til at opfylde kontrakten, og den

⁴⁴⁵ Et andet formål med annullation kunne være en markering af overtrædelsens grovhed.

vindende tilbudsgiver favoriseres ikke i forhold til de øvrige tilbudsgivere ved fristens forlængelse. Det kan heller ikke antages, at en ændring af vedståelsesfristen er problematisk i forhold til virksomheder, der ikke reagerede på ordregivers udbud, da disse ikke kan fremføre, at en forlænget vedståelsesfrist gjorde den udbudte kontrakt mere attraktiv, og at de ville have reageret på udbudsbekendtgørelsen, såfremt vedståelsesfristen havde været længere.

Klagenævnet fremhævede dernæst det forhold, at tidsplanen efter det annullerede udbud var overskredet. En nærliggende mulighed ville have været at forskyde tidsplanen med den forsinkelse, der fulgte som konsekvens af klagesagens forløb, og at Klagenævnets høring af virksomhederne i relation til vedståelsesfristen blev udstrakt til at omfatte spørgsmålet om, hvorvidt tilbudsgiverne kunne vedstå deres oprindelige tilbud med den af Nævnet foreslåede forskydning af tidsplanen.

Ved denne fremgangsmåde ville en forhandling mellem ordregiveren og lavestbydende være blevet udelukket, og den risiko for forskydning i konkurrencegrundlaget, som ville følge af parternes forhandling, udelukkes. Denne løsning tager højde for den risiko for forskelsbehandling, som Klagenævnet med sin kendelse tog afstand fra.

En ændring af tidsplanen kan imidlertid også indebære forskelsbehandling over for de virksomheder, der ikke havde reageret på udbudsbekendtgørelsen vedrørende den ulovligt annullerede udbudsprocedure, da der vil være en vis sandsynlighed for, at en række virksomheder kan have afholdt sig fra at deltage i udbudsproceduren på grund af den bekendtgjorte tidsplan. Dette vil typisk skyldes den tidsramme, ordregiveren har afsat til levering af ydelsen, eller den periode ydelsen skal leveres. Hvis tidsrammen blev fastholdt ved ændringen af tidsplanen og tidsplanen dermed blot forskudt forholdsmæssigt, ville der blive taget højde for en del af det mulige problem med forskelsbehandling af de potentielle leverandører. Det er derimod uundgåeligt, at der kan være en forskelsbehandling af potentielle leverandører, når leveringen placeres i en anden periode end forudsat i udbudsbekendtgørelsen. Der er imidlertid tale om en eventualitet, hvor det vil være meget vanskeligt at vurdere, om de potentielle leverandører reelt er til stede, og hensynet til denne mulige påvirkning af konkurrencen må vige for hensynet til udbudsreglernes effektive håndhævelse i en sag som den foreliggende.⁴⁴⁶

Klagenævnet synes at have lagt til grund, at en konsekvens af annulationen af ordregivers beslutning ville have været, at ændringerne i tidsplanen ville have været overladt til forhandling mellem ordregiveren og den vindende tilbudsgiver i den

⁴⁴⁶ Hvor en ordregiver på grund af forsinkelse i evaluerings- og tildelingsfasen stilles over for spørgsmålet, om en forskydning af tidsplanen er lovlig uden fornyet udbud, vejer hensynet til de potentielle tilbudsgivere langt tungere. Det må antages, at der vil blive anlagt en restriktiv tilgangsvinkel til ændringer af tidsplaner opstillet i udbudsbetingelserne, jf. herved den tidligere omtale af spørgsmålet i afsnit 5.3.1.1.1.B.

genoptagne udbudsprocedure og synes ikke at have taget muligheden for at Nævnet selv kunne have foretaget en høring i betragtning. En sådan forhandling ville som antaget af Nævnet omfatte et grundlæggende element i udbudsgrundlaget og ville indebære en risiko for forskydning i konkurrencegrundlaget mellem de bydende.

Spørgsmålet om forskelsbehandling af de potentielle leverandører, der måtte have afholdt sig fra tilbudsgivningen, ville ligeledes gøre sig gældende i denne situation. Forhandlingerne ville nødvendigvis indebære en forskydning af leveringstidspunktet, og ordregiveren måtte forventes at lægge et stærkt pres på den vindende tilbudsgiver for at forkorte tidsrammen for byggeriet, da ordregiveren tillagde byggeriets hurtige gennemførelse stor vægt i den konkrete sag.

Såfremt der havde været angivet en kortere tidsramme i udbudsmaterialet vedrørende den annullerede udbudsprocedure, måtte dette antages at have afholdt leverandører fra at afgive bud, og en forkortelse ville derfor ikke indebære forskelsbehandling af potentielle leverandører. Det er herved forudsat, at den vindende tilbudsgiver er udelukket fra at forhøje sit bud.

Hvis udfaldet af parternes forhandling mod forventning ville blive en udvidelse af tidsrammen for kontraktens opfyldelse ville det modsatte forhold gøre sig gældende, og det ville være relevant at inddrage hensynet til de potentielle leverandører ved vurderingen af, om Nævnet skulle annullere ordregiverens beslutning om annulation af udbudsproceduren. Hensynet til de potentielle leverandører ville blive desto mere relevant i takt med forlængelsen af tidsrammen for kontraktens opfyldelse. Udgangspunktet må dog være, at hensynet til de potentielle tilbudsgivere viger for hensynet til den effektive håndhævelse af de deltagende tilbudsgiveres interesser i den konkrete sag.

Sammenfattende kan det siges, at parternes forhandling om tidsplanen synes væsentlig og kunne fremføres med vægt imod en genoptagelse af den ulovligt annullerede udbudsprocedure, men en sådan forhandling kunne undgås, hvis Klagenævnet i forbindelse med spørgsmålet om vedståelse afklarede spørgsmålet om forskydningen af tidsplanen.

Klagenævnet fremhæver endelig, at projektet var ændret af ordregiveren efter annulationen af udbudsproceduren, samt at projektet var delvis igangsat. Det ville være at tillægge ordregiverens interesser uforholdsmæssigt stor vægt, hvis tilbudsgiverne uden videre skulle tilpasse sig ordregiverens efterfølgende ønsker om ændringer af kontrakten. Et klart udgangspunkt i relation til denne problemstilling må være, at tilbudsgiverne skal levere den ydelse, der er beskrevet i udbudsmaterialet vedrørende den ulovligt annullerede udbudsprocedure, og at forhandling om dette spørgsmål var afskåret.

Ordregiveren havde delvist igangsat projektet til trods for, at klagen blev tillagt opsættende virkning og lod tilsyneladende kloak- og drænarbejder udføre i strid med Klagenævnets afgørelse om opsættende virkning, jf. klagers procedure. Ordregiverens

advokat afstod fra at kommentere klagers kritik af, at der var indgået særskilt kontrakt om kloakeringen, og af, at dette arbejde var igangsat. Det fremgår ikke af kendelsen, hvilken værdi kloakeringsarbejdet repræsenterede, men det må antages at være en meget beskeden del af den samlede kontrakt i det annullerede udbud, hvor lavestbydendes bud androg 84 mio. kr. og klagers 98 mio. kr. At kloakeringen var udført, synes ikke at give anledning til forhandling i nævneværdigt omfang, da den oprindelige kontrakt nødvendigvis måtte reduceres med kloakeringsdelen. Lavestbydende i den genoptagne udbudsprocedure ville efterfølgende kunne anlægge erstatningssøgsmål for kloakeringsdelen.

Det synes åbenbart, at det ikke skulle være til ordregivers fordel at tilsidesætte en kendelse om opsættende virkning fra Klagenævnet for Udbud, og derfor burde den nødvendige forhandling tillades i en sag som den foreliggende for at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Sammenfattende kan det siges om ændringerne af projektet og det delvist udførte arbejde, at disse forhold i den konkrete sag ikke synes at give anledning til forhandling i væsentligt omfang som antaget af Klagenævnet.

KAPITEL 7

Konklusioner

7. Konklusioner

Formålet med dette kapitel er todelt. Det er dels hensigten at give et grundrids af afhandlingens hovedresultater, dels at udbygge analysen yderligere gennem en perspektivering af en række overordnede problemstillinger, der er blevet afdækket ved den nuancerede fastlæggelse af ligebehandlingsprincippet konsekvenser i kapitlerne 1-6.

7.1. Ligebehandlingsprincippets kerne

Det er en særdeles vanskelig opgave at sammenfatte resultaterne af analysen i de foregående kapitler. Dette følger af, at hovedformålet med denne afhandling har været at analysere, *systematisere* og *konkretisere* konsekvenserne af en almindelig lighedsgrundsætning, ligebehandlingprincippet i EU's udbudsregler, og netop ikke har været at generalisere ved at fremsætte en antagelse om eksistensen af en almindelig lighedsgrundsætning støttet på detailreglerne i udbudsdirektiverne.⁴⁴⁷

Afsnit 7.1 er derfor begrænset til et resumé af ligebehandlingsprincippets helt fundamentale karakteristika og er navnlig baseret på fremstillingen i kapitlerne 2 og 3.

⁴⁴⁷ EF-domstolen kom med sin formålsfortolkning og indfortolkning af ligebehandlingsprincippet i C-243/89, Kommissionen mod Danmark, den juridiske litteratur i forkøbet.

A) Princippet er relevant ved interesseafvejningen

Ligebehandlingsprincippet er en lighedsgrundsætning, der stiller betydelige krav til ordregiver og til de virksomheder, der involveres i udbudsproceduren. Kravet om ligebehandling er så markant efter udbudsreglerne, at ligebehandlingsprincippet ikke kun har betydning for afgrænsningen af kredsen af saglige kriterier. Princippet har ligeledes afgørende betydning for afvejningen af de hensyn, der gør sig gældende ved indgåelsen af en offentlig kontrakt, og får dermed betydning for, hvilken vægt en given forskel skal tillægges.

Derved afviger ligebehandlingsprincippet bl.a. fra den almindelige lighedsgrundsætning i dansk forvaltningsret, der som udgangspunkt alene har betydning for afgrænsningen af de saglige kriterier, og som tilsyneladende kun i ringe grad har kunnet fungere som et effektivt værn mod forskelsbehandling ved tildeling af offentlige kontrakter, jf. afsnit 3.2.2. Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler har til forskel herfra langt større gennemslagskraft.

B) Lav prioritering af det offentlige interesse

Udbudsdirektiverne er baseret på en antagelse om, at ordregiveren *generelt* sikres den ønskede ydelse til den bedste pris og kvalitet ved at følge forskrifterne i udbudsdirektiverne, der sikrer en høj grad af ligebehandling og gennemsigtighed, men dette er delvis på bekostning af hensynet til ordregiveren i forhold til den *konkrete* kontrakt.

Kravene til ligebehandling og gennemsigtighed er særdeles høje, og disse krav er gennemgående ufravigelige, selv hvor ordregiveren har en klar kommerciel interesse i at kunne fravige regelsættet i det konkrete tilfælde, fordi den restriktive fortolkning af ligebehandlingsprincippet leder til et klart uhensigtsmæssigt eller mindre tilfredsstillende resultat.⁴⁴⁸

Dette skyldes, at *hensynet til den effektive konkurrence typisk er mere tungtvejende end hensynet til ordregiveren og til de deltagende tilbudsgiveres interesser i den konkrete udbudsprocedure*. I en lang række tilfælde vil hverken hensynet til ordregiveren eller til en eller flere af de deltagende tilbudsgiveres interesser være

⁴⁴⁸ Dette vil f.eks. være tilfældet, hvor hensynet til ligebehandling afskærer ordregiveren fra at tage et tilbud i betragtning fra en tilbudsgiver, der har indleveret det kommercielt bedste bud. Situationen kan opstå, hvor tilbudsgiveren har taget forbehold for et grundlæggende vilkår i udbudsbetingelserne, og hvor alternativ budgivning er afskåret i forhold til udbudsbetingelserne. Den manglende fleksibilitet kommer mest markant til udtryk i forhold til forhandlingsforbudet behandlet i kapitel 5.

tilstrækkeligt tungtvejende til at kunne berettige til forskelsbehandling i det konkrete tilfælde.

Det er bydende nødvendigt at være opmærksom på dette forhold, der grundlæggende afviger fra den gennemgående tendens i interesseafvejningen i national ret, der er nært beslægtet med EU's udbudsregler, såsom forvaltningsret og traditionelle udbudsregler i medlemsstaterne, jf. herved behandlingen af disse forhold i afsnit 2.2.1. Denne grundlæggende forskel bevirker, at der er grund til at anvende analogislutninger fra national ret med stor forsigtighed, jf. nærmere i afsnit 7.2.3.2.

C) En lighedsgrundsætning sui generis

Der er en nær sammenhæng mellem traktatbestemmelserne om det indre marked og udbudsdirektiverne, idet begge regelsæt er et led i realiseringen af det indre marked, og udbudsdirektiverne virker i forlængelse af traktatbestemmelserne om den fri bevægelighed af varer og tjenesteydelser. Sammenhængen kan forlede fortolkeren af regelsættet til en antagelse om, at lighedsgrundsætningen i udbudsdirektiverne i det væsentlige modsvarer diskriminationsforbudene, dvs. lighedsgrundsætningerne i Traktatens bestemmelser, hvilket imidlertid ikke er tilfældet.

Ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektiverne er en lighedsgrundsætning sui generis, hvor beskyttelsen efter udbudsdirektivernes ligebehandlingsprincip generelt er forbedret i forhold til Traktatens bestemmelser, jf. herved nærmere i afsnit 3.2.1.1. Dette gælder tilsvarende i forhold til den almindelige lighedsgrundsætning på Traktatniveau, der blev omtalt i afsnit 3.2., da det, jf. afsnit 3.2.2, må antages, at den almindelige lighedsgrundsætning som udgangspunkt er begrænset i sit anvendelsesområde ved ikke at pålægge handlepligter til sikring af ligebehandling.

I det følgende fremhæves en række afgørende forskelle mellem Traktatens bestemmelser og ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektiverne.

Udbudsdirektiverne pålægger ordregiveren en række *handlepligter* med henblik på sikring af ligebehandling og gennemsigtighed. Dette gælder bl.a. pligten til offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, og det følger af ligebehandlingsprincippets formulering, at ordregiveren aktivt skal påse, at der sikres ligebehandling. Derved adskiller flertallet af de grundlæggende forskrifter i udbudsdirektiverne sig på fundamental vis fra Traktatens bestemmelser, der yder en væsensforskellig og mindre vidtgående form for beskyttelse mod forskelsbehandling. Traktatens bestemmelser er formuleret som diskriminationsforbud og er derfor som udgangspunkt blevet opfattet som en beskyttelse mod indgreb fra medlemsstatens side, dvs. at Traktatens bestemmelser dermed grundlæggende pålægger undladelsespligter i stedet for handlepligter. Der er dog en tendens i EF-domstolens praksis til i stigende omfang at udlede handlepligter med hjemmel i Traktatens bestemmelser og særligt i relation til bestemmelserne om den fri bevægelighed.

Lighedsgrundsætningen i udbudsdirektiverne er en almindelig lighedsgrundsætning, hvilket indebærer, at ligebehandlingsprincippet yder *beskyttelse mod forskelsbehandling af enhver art*, dvs. mod forskelsbehandling på grundlag af hvilket som helst usagligt kriterium. Traktatens bestemmelser om fri bevægelighed af varer og tjenesteydelser er derimod specielle lighedsgrundsætninger, der navnlig har haft til formål at modvirke forskelsbehandling på grundlag af nationalitet eller varens oprindelse, og bestemmelserne yder dermed som udgangspunkt kun beskyttelse mod forskelsbehandling på grundlag af en begrænset kreds af usaglige kriterier.

Denne forskel mellem direktivernes ligebehandlingsprincip og Traktatens bestemmelser har langt mindre betydning end man umiddelbart skulle antage, hvilket skyldes udviklingen i EF-domstolens retspraksis. For det første fremgår det af denne praksis, at Traktatens bestemmelser tillige kan anvendes på tilfælde af såkaldt indirekte eller skjult diskrimination, hvor der forskelsbehandles på grundlag af andre kriterier end nationalitet og varers oprindelse, men hvor forskelsbehandlingen reelt fører til samme resultat. For det andet er betegnelsen af Traktatens bestemmelser om den fri bevægelighed som "diskriminationsforbud" misvisende som følge af udviklingen i EF-domstolens praksis. Det følger af nyere praksis fra EF-domstolen, at samtlige af disse bestemmelser ikke blot hindrer direkte og indirekte diskrimination, men *tillige yder beskyttelse mod ikke-diskriminerende restriktioner*, dvs. mod enhver foranstaltning, der kan hæmme udøvelsen af de grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, jf. herved særligt Domstolens afgørelse i C-55/94, Gebhard.

Kredsen af de beskyttede er udvidet efter udbudsdirektivernes ligebehandlingsprincip i forhold til Traktatens bestemmelser. Ligebehandlingsprincippet kan påberåbes uafhængigt af nationalitet og uafhængigt af, om der kan påvises grænseoverskridende virkninger for det tilfælde, at samtlige virksomheder, der deltager i udbudsproceduren, er nationale tilbudsgivere. Dermed afviger ligebehandlingsprincippet fra Traktatens bestemmelser, der ikke finder anvendelse på interne forhold, hvilket indebærer, at indenlandske retssubjekter i en række tilfælde afskæres fra at påberåbe sig Traktatens bestemmelser.

Indenlandske retssubjekter kan imidlertid i stigende grad påberåbe sig Traktatens bestemmelser, hvilket ligeledes skyldes udviklingen i EF-domstolens praksis. Dette skyldes en tendens til at fortolke kravet om påvisning af grænseoverskridende elementer lempeligt, og i enkelte afgørelser er EF-domstolen gået så vidt som til at anvende bestemmelserne om varenes fri bevægelighed, selv hvor det grænseoverskridende element i den konkrete sag har været rent hypotetisk.

Endelig er der grund til at nævne, at det ikke blot er kredsen af beskyttede, der er udvidet ved ligebehandlingsprincippet i forhold til Traktatens bestemmelser, men at også *kredsen af forpligtede* er udvidet, da udbudsdirektiverne kan finde anvendelse på en bredere kreds af indkøbere end Traktatens bestemmelser om fri bevægelighed af varer og tjenesteydelser, jf. herved nærmere afsnit 3.2.1.1.4.

Sammenfattende kan det derfor konkluderes, at ligebehandlingsprincippet i udbudsdirektiverne er en lighedsgrundsætning *sui generis*.⁴⁴⁹ Det er skal dog understreges, at forskellene mellem udbudsdirektivernes ligebehandlingsprincip og Traktatens bestemmelser i ikke ubetydeligt omfang er blevet udlignet som følge af udviklingen i EF-domstolens praksis, jf. herved afsnit 3.2.1.1. med underafsnit.

7.2. Analyse og perspektivering

En dybdegående analyse af EU's udbudsregler afslører, at regelsættet er omgivet af en række forestillinger og myter, der i adskillige tilfælde vil føre til misvisende eller i værste fald forkerte fortolkninger af ligebehandlingsprincippet og udbudsreglerne i øvrigt. I det følgende analyseres disse fænomener og deres baggrund.

7.2.1. Udbudsdirektivernes lovtekniske kvalitet

Det er en generel tendens i sekundære retsakter fra EU, at disse er af meget svingende kvalitet, og til tider af endog ringe lovteknisk kvalitet, hvilket har ført til, at spørgsmålet er blevet sat på den politiske dagsorden inden for de seneste år.⁴⁵⁰ Udbudsområdet er ingen undtagelse i denne sammenhæng, og i det følgende afsnit skal fremhæves en række uhensigtsmæssigheder og uheldige tendenser, der særligt kendetegner udbudsområdet. Disse tendenser medvirker til at skabe en række faldgruber for fortolkeren af regelsættet og afsvækker, som fremhævet i afsnit 7.2.3, reguleringens gennemslagskraft.

7.2.1.1. Uklarheder i udbudsdirektiverne

A) Uklare formuleringer i udbudsdirektiverne

I indtil flere tilfælde indebærer uklare eller misvisende formuleringer af bestemmelser i udbudsdirektiverne, at der skabes uklarhed om retstilstanden. Der vil være vanskeligt at undgå sådanne formuleringer i enhver form for regulering, og i en række tilfælde vil det desuden være lovgivers hensigt at udstede en rammelovgivning, der netop skal udfyldes ved de retsanvendende myndigheders fortolkning. Det er imidlertid bemærkelsesværdigt, at udbudsdirektiverne indeholder en række uklare formuleringer i forhold til overordentlig vigtige elementer i regelsættet.

⁴⁴⁹ Se nærmere om de her fremhævede forhold i afsnit 3.2.1.1 og dets underafsnit.

⁴⁵⁰ Se hertil Christiaan Timmermans, CMLR 1997, s. 1229-57.

Betragtningen om teknisk dialog, der blev analyseret i afsnit 4.1.2.2, er et eksempel på en formulering i udbudsdirektiverne, der er uheldig, da den efter sin ordlyd afviger fra oplægget i GPA-aftalens artikel IV, stk. 4, og da ordlyden tillige er uforenelig med den fortolkning af ligebehandlingsprincippet, der må antages at skulle lægges til grund i forhold til inhabilitetsspørgsmålet efter gældende ret. Dette vil føre til, at både ordregivere, tilbudsgivere og kontrolorganer på udbudsområdet anlægger fortolkninger, der vanskeligt kan forenes med ligebehandlingsprincippet.

Et andet eksempel på dette fænomen foreligger i forhold til bestemmelserne om overgang til udbud efter forhandling fra offentligt og begrænset udbud jf. herved den tidligere omtale af spørgsmålet i kapitel 5.3.5.2.3. Det blev her fremhævet, at disse bestemmelser er uheldigt formuleret, da læseren kan få det indtryk, at betingelsen vedrørende ikke-forskriftsmæssige eller uantagelige bud er opfyldt, blot der er afgivet bud af denne type, til trods for, at det må antages, at det kræves, at samtlige bud er mislykkede. En omhyggelig formulering af disse bestemmelser havde været ønskelig som følge af den klare tendens i udbudspraksis til omgåelse af forhandlingsforbudet, jf. herved kapitel 2 og kapitel 5.

En anden, men langt vigtigere kritik af udbudsdirektivernes udformning kan imidlertid rettes mod tendensen til manglende indskrivning af bærende principper og forudsætninger i udbudsdirektiverne, der skal omtales nærmere i det følgende.

B) Manglende indskrivning af grundlæggende principper og forudsætninger

EU-lovgiveren har gennemgående forsømt at klargøre de mest fundamentale principper og forudsætninger, der skal lægges til grund ved fortolkningen af udbudsreglerne.

Det er således først i løbet af de seneste år, at ligebehandlingsprincippet er blevet formuleret og indføjet i samtlige udbudsdirektiver, og det andet hovedprincip i udbudsreglerne, gennemsigtighedsprincippet, er endnu ikke blevet indskrevet i udbudsdirektiverne som fremhævet i kapitel 2.

Det er endvidere påfaldende, at forhandlingsforbudet, der er det mest markante udslag af ligebehandlingsprincippet, ikke er formuleret og reguleret nærmere i udbudsdirektiverne, og at princippet alene er præciseret i Rådet og Kommissionens fortolkning i Fælleserklæringen. Fælleserklæringen lægges normalt til grund som udtryk for den grundlæggende retstilstand på området, men, som fremhævet i afsnit 5.1.5, er der grund til at understrege, at tendensen til at fortolke Fælleserklæringen som en selvstændig bestemmelse er betænkelig. Dette følger bl.a. af, at erklæringens ordlyd kan danne grundlag for slutninger, der må antages at afvige fra gældende ret, jf. til eksempel spørgsmålet om ordregiverens adgang til at søge uklarheder i tilbudene præciseret, der blev behandlet i afsnit 5.3.2.

Tilsvarende gælder det, at spørgsmålet om teknisk dialog med potentielle tilbudsgivere, dvs. inhabilitetsproblematikken, ikke er reguleret i en særskilt bestemmelse i

udbudsdirektiverne, og hertil kommer, som fremhævet ovenfor i afsnit 7.2.1.1, at betragtningen i udbudsdirektivernes præambler om den tekniske dialog er mere vildledende end vejledende trods alle gode intentioner.⁴⁵¹ Det havde været hensigtsmæssigt, at der havde været indskrevet en særskilt bestemmelse om inhabilitetsspørgsmålet, og at inhabilitet udtrykkeligt havde været nævnt i udbudsdirektivernes opremsning af grunde til udelukkelse af tilbudsgivere og bud.

Ordregivers annullation af udbudsproceduren på usagligt grundlag har påkaldt sig særlig opmærksomhed i dansk udbudspraksis, jf. herved kapitel 6. Beføjelsen til annullation af udbudsproceduren indebærer åbenbare muligheder for misbrug, og det havde været ønskeligt, om det var blevet udtrykkeligt fremhævet i udbudsdirektiverne, at der skal væsentlige og tungtvejende hensyn til at begrunde en annullation af udbudsproceduren, jf. herved afsnit 6.5. Den manglende klargøring af dette forhold skaber mulighed for misvisende fortolkninger af fundamental karakter.

7.2.1.2. Prioritering af detailregler frem for principper

Udbudsdirektiverne indeholder et betydeligt antal komplicerede detailregler, hvor variationerne mellem de forskellige udbudsdirektiver i flere tilfælde snarere synes være et udslag af en tilfældighed end en gennemtænkt differentiering begrundet i reale grunde, hvilket bl.a. må antages at skyldes, at udbudsområdet gradvist er blevet reguleret. Kommissionen er opmærksom på dette forhold og har erklæret at ville forenkle regelsættet i Kommissionens meddelelse om offentlige indkøb i EU.⁴⁵²

Det kan diskuteres, om det er hensigtsmæssigt med en sådan detaljeringsgrad. Fortolkeren har overordentlig vanskeligt ved at bevare overblikket, og opmærksomheden forskydes fra de bærende principper bag reguleringen om ligebehandling og gennemsigtighed til detailreglerne.

Det ville være hensigtsmæssigt, at EU-lovgiveren koncentrerede indsatsen om formuleringen og indskrivning af de bærende principper og forudsætninger for udbudsreguleringen, frem for at forsømme denne opgave til fordel for fragmentariske og til tider mindre væsentlige udslag af de bærende principper.

⁴⁵¹ Angiveligt undlod Rådet at indsætte formuleringen om den tekniske dialog i selve direktiverne for at klargøre, at Rådet var af den opfattelse, at udbudsdirektiverne allerede udtrykte princippet i GPA-aftalens artikel VI, stk. 4, og fordi man ikke fandt det passende at indsætte formuleringen som en selvstændig bestemmelse i udbudsdirektiverne, når resultatet allerede fulgte af den gældende retstilstand. Hertil bemærkes, at Rådets fremgangsmåde er retsteknisk uheldig, fordi retstilstanden netop ikke klargøres, da der er uoverensstemmelse mellem betragtningens ordlyd og både GPA-aftalens bestemmelse og ligebehandlingsprincippet, jf. herved nærmere i afsnit 4.1.2.2.

⁴⁵² KOM (98) 143 af 11. marts 1998.

Udbudsdirektiverne kunne sammenskrives til et direktiv, der indeholdt en almindelig del med principperne og de mest markante udslag af disse principper, en speciel del med undtagelserne og endelig en del vedrørende kontrollen med udbudsbestemmelserne. Dette ville fremme udbudsreguleringens gennemslagskraft og ville give anledning til at nytænke reguleringen med fokus på de bærende principper i stedet for at udbygge et regelsæt, hvor fundamentet ikke står solidt og synligt for enhver.

7.2.2. Den oversete harmonisering af udbudsområdet

Det har ikke været den erklærede hensigt med udstedelsen af EU's udbudsdirektiver at etablere et ensartet og komplet regelsæt, der udtømte medlemsstaternes egne muligheder for regulering af udbudsområdet.

Dette forhold fandt EF-domstolen anledning til at understrege i praksis fra slutningen af 1980'erne,⁴⁵³ bl.a. i C-31/87, Beentjes, hvor Domstolen i præmis 20 bemærkede, at "direktivet ikke indeholder en ensartet og udtømmende fællesskabsordning, men at medlemsstaterne inden for rammerne af de fælles bestemmelser, som det indeholder, fortsat frit kan opretholde eller fastsætte materielle og processuelle regler for offentlige bygge- og anlægskontrakter, på betingelse af, at alle relevante bestemmelser i fællesskabsretten overholdes, navnlig de forbud, som følger af Traktatens principper om etableringsretten og fri udveksling af tjenesteydelser."

Opmærksomheden fanges straks ved, at hverken ligebehandlingsprincippet eller gennemsigtighedsprincippet omtales i EF-domstolens opremsning af bestemmelser, der skal iagttages. Dette skyldes, at disse principper endnu ikke var fastslået i Domstolens praksis på tidspunktet for domsafsigelsen i C-31/87, Beentjes, da dette først skete i 1990'erne i henholdsvis 1993 og 1996.

I lyset af den senere udvikling af EU-retten med fastlæggelsen af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet samt den gennemgribende regulering af udbudsområdet i 1990'erne er der grund til at sætte spørgsmålstegn ved forestillingen om, at medlemsstaterne har vide rammer for national regulering på udbudsområdet, jf. ligeledes J.M. Fernández Martín i dennes afhandling.⁴⁵⁴

Som følge af den hidtidige udvikling på udbudsområdet, der tilsyneladende fortsætter i retning af en stadig højere grad af harmonisering, vil det i dag være

⁴⁵³ Jf. C-27-29/86, Bellini, Saml. 1987 s. 3347 og C-31/87, Beentjes, Saml. 1988 s. 4635.

⁴⁵⁴ Se ligeledes J.M. Fernández Martín om spørgsmålet, hvor det s. 287 anføres, at "the truth is, however, that the detailed character of the rules, which has increased since 1985, and their binding legal nature, have resulted in a clear restriction of Member States' regulatory freedom in the area".

misvisende at foregive, at udbudsdirektiverne giver medlemsstaterne vide rammer for regulering.

Det vil være mere retvisende at understrege udbudsreglernes vidtfavnende karakter ved en beskrivelse af retstilstanden, men samtidig gøre opmærksom på, at medlemsstaterne har en residualkompetence på området, der løbende reduceres. Det er på denne baggrund interessant at notere sig, at EF-domstolen ikke ses at have gentaget ovennævnte betragtninger om udbudsreguleringens karakter i praksis efter 1980'erne.

Det er nærliggende at drage en parallel til de med udbudsretten beslægtede retsområder proces- og forvaltningsret, hvor den indflydelse, som udenlandsk ret traditionelt har haft, har været indirekte og begrænset, og det derfor har været almindeligt at anskue proces- og forvaltningsretten som rent nationale retsdiscipliner. På disse områder er det inden for de seneste år blevet påvist, at der i dag stilles ganske udstrakte EU-retlige krav til dansk retspleje og forvaltning, jf. herved Erik Werlauff og Niels Fengers forfatterskab.⁴⁵⁵

7.2.3. Faldgruber for fortolkeren af EU's udbudsregler

Den lovtekniske kvalitet, eller rettere manglen på samme, samt forestillingen om udbudsdirektivernes regulering som en forholdsvis begrænset harmonisering giver anledning til forskellige gennemgående problemer ved fortolkningen af udbudsreglerne. Dette gælder særligt i forhold til modsætningsslutninger fra udbudsdirektiverne og i forhold til analogier fra national ret.

7.2.3.1. Modsætningsslutninger fra udbudsdirektiverne

Modsætningsslutningen anvendes ofte af både praktikere og teoretikere ved fortolkningen af EU's udbudsdirektiver, idet fortolkeren lægger til grund, at en ordregiver ikke er pålagt en bestemt pligt eller en bestemt begrænsning i skønnet, netop fordi dette ikke fremgår udtrykkeligt af udbudsdirektiverne. I en lang række tilfælde vil en sådan modsætningsslutning føre til enten misvisende eller klart forkerte slutninger om retstilstanden.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Jf. Erik Werlauff, Fælleseuropæisk procesret - Europaretlige krav til dansk retspleje, 1997 og Niels Fenger, Introduktion til Fællesskabsrettens påvirkning af dansk Forvaltningsret, 1. udg. 1996. Sidstnævnte værk foreligger nu i 2. udgave.

⁴⁵⁶ Se til eksempel Erik Hørlycks kritik og Katja Høeghs reservation over for Klagenævnets indfortolkning af kravet om saglige grunde til annullation af udbudsproceduren behandlet i afsnit 6.3. Se endvidere Sue Arrowsmiths argumentation vedrørende afgrænsningen af kredsen af saglige grunde ved ordregiverens annullation af udbudsproceduren gengivet indledningsvis (fortsættes...)

Der er flere årsager til denne uheldige tendens. En af de vigtigste er, at EU-lovgiveren gennemgående, som tidligere fremhævet i afsnit 7.2.1.1.B., har forsømt at klargøre de bærende principper og forudsætninger, der skal lægges til grund ved enhver fortolkning af udbudsreglerne. Tilsvarende fjernes opmærksomheden fra de vigtigste principper, der skal være styrende for fortolkningen, som en konsekvens af den belastende detaljeringsgrad i det fragmentariske regelsæt, jf. afsnit 7.2.1.2.

Et andet forhold, der er nært forbundet med det ovenstående, er den grundlæggende mangel på bevidsthed om, eller måske ligefrem modvilje imod, udbudsreguleringens vidtrækkende omfang og indgribende karakter. Når de grundlæggende bestemmelser og forudsætninger ikke fremhæves og klargøres i regelsættet, er det indlysende, at fortolkerne af regelsættet, hvad enten det er ordregivere, tilbudsgivere, kontrolorganer eller juridiske forfattere, er tilbøjelige til at overse disse forhold.

Den manglende bevidsthed om udbudsreglernes styrke og omfang er ligeledes nært forbundet med det manglende opgør med forestillingen om udbudsreglerne som en forholdsvis begrænset regulering, der fik næring med EF-domstolens praksis i 1980'erne, jf. afsnit 7.2.2. Forestillingen om den begrænsede harmonisering forstærker naturligt tendensen til modsætningsslutninger fra regelsættet, og det ville være optimalt, hvis EF-domstolen klargjorde udviklingen i retstilstanden med en aktuel betragtning om temaet i sin praksis.

Endelig er det væsentligt at være opmærksom på, at EF-domstolens fortolkningsstil, og dermed den juridiske metode ved fortolkning af retsakter med oprindelse i EU-systemet, afviger fra den traditionelle fortolkningsstil i mange nationale retssystemer bl.a. i de nordiske medlemsstater Danmark, Sverige og Finland. EF-domstolens fortolkningsstil er dynamisk med betoning af formålsfortolkningen som modpol til den traditionelle nationale fortolkningsstil, hvor ordlydsfortolkningen og inddragelsen af forarbejder normalt har afgørende betydning.

7.2.3.2. Analogier fra national ret

Den, der fortolker udbudsreglerne, beskæftiger sig med et nyt retsområde og vil ofte og helt naturligt søge at drage "analogislutninger"⁴⁵⁷ fra velkendte retsområder. Denne

⁴⁵⁶ (...fortsat)
i afsnit 6.5.

⁴⁵⁷ Som det fremgår af sammenhængen, anvendes betegnelsen analogislutning her i vid betydning. Det er egentlig misvisende at anvende udtrykket "slutning" i disse tilfælde, da løsningen på fortolkningsspørgsmålet ikke er en logisk nødvendighed, men snarere en inspiration fra et beslægtet retstilfælde/retsområde, jf. Morten Wegener, *Juridisk Metode*, 2. udg. 1994, s. 296. Denne form for juridisk argumentationsmodel er nært forbundet med
(fortsættes...)

tendens er selvforstærkende, når regelsættet er fragmentarisk, lejlighedsvis uklart og præget af manglende præcisering af det nærmere indhold af de bærende principper og forudsætninger for reguleringen.

I en række tilfælde vil analogislutningen være berettiget, men der er grund til at anvende analogislutningen med betydelig forsigtighed, fordi interesseafvejningen i udbudsreglerne afviger markant fra afvejningen i regulering af parallelle problemstillinger i national ret herunder navnlig i traditionel forvaltningsret og traditionel udbudsret i medlemsstaterne, jf. herved afsnit 2.2.1 og afsnit 7.1.B. Som det er fremhævet i disse afsnit, er hensynet til den effektive konkurrence, udtrykt gennem parametrene ligebehandling og gennemsigtighed, gennemgående langt mere tungtvejende i EU's udbudsregler end i national udbudsret og forvaltningsret. Der er specielt grund til være tilbageholdende med at drage paralleller mellem den danske licitationslov og udbudsreglerne i forhold til fortolkningsspørgsmål vedrørende forhandlingsforbudet.⁴⁵⁸

En variant af problemstillingen foreligger, hvor der anvendes et begreb hentet fra national juridisk terminologi, som det er tilfældet i Danmark vedrørende teknisk dialog med potentielle tilbudsgivere før udbudsproceduren, jf. herved kapitel 4 og særligt afsnit 4.1.1. om inhabilitetsbegrebet.

7.2.4. Håndhævelsen ved Klagenævnet for Udbud

Danmark har som fremhævet i kapitel 2 et af de mest effektive kontrolsystemer, hvor det primære kontrolorgan, Klagenævnet for Udbud, er blevet tillagt en række beføjelser, der går videre end de krav, der opstilles i kontroldirektiverne. Der er endvidere grund til at fremhæve Konkurrencestyrelsens beføjelser og aktive indsats, jf. herved behandlingen i kapitel 2.

Til trods for den relative styrke af det danske kontrolsystem er systemet blevet kritiseret for ikke at være tilstrækkelig effektivt,⁴⁵⁹ og interessen koncentrerer sig i denne forbindelse naturligt om håndhævelsen af udbudsreglerne ved Klagenævnet for Udbud, der behandles nærmere i det følgende.

⁴⁵⁷ (...fortsat)

parallelslutningen, hvor der argumenteres for en retsregel ud fra et mønster i lovgivningen. Parallelslutninger anvendes til eksempel i dansk kommunalret vedrørende afgrænsningen af de kommunale opgaver. Se Claus Haagen Jensen, *Kommunalret*, 1972.

⁴⁵⁸ Se hertil navnlig afsnit 5.3.1 vedrørende tilbudsgivers muligheder for grundlæggende afvigelser fra udbudsbetingelserne og afsnit 5.3.3 vedrørende ordregivers adgang til forhandling med bedste tilbudsgiver.

⁴⁵⁹ Jf. afsnit 2.5.

Fremstillingen er tredelt. Afsnit 7.2.4.1 er en redegørelse for integrationsfremmende og progressive tendenser i Nævnets praksis, mens afsnit 7.2.4.2 behandler en modsat rettet tendens til at prioritere det offentliges interesse. I dette afsnit fokuseres der både på den generelle tendens samt på en række områder, hvor tendensen til at vægte det offentliges interesse på bekostning af ligebehandling og gennemsigtighed er særlig markant. Afslutningsvis behandles baggrunden for tendenserne i Nævnets praksis i afsnit 7.2.4.3.

7.2.4.1. Integrationsfremmende tendenser i Klagenævnets praksis

A) Hyppige formålsfortolkninger og prioritering af ligebehandling og gennemsigtighed

Klagenævnet for Udbud har truffet en lang række af afgørelser, der på afgørende vis prioriterer ligebehandling og gennemsigtighed ved EU-udbud, og dette er typisk sket ved, at Nævnet har løst indtil flere sager ved *formålsfortolkning*, og Nævnet har ofte i sammenhæng hermed afvist den fortolkning, der havde været mest nærliggende ud fra en modsætningsslutning fra udbudsdirektivernes ordlyd.

Dermed har Nævnet bl.a. undgået den almindelige tendens til at drage misvisende eller forkerte slutninger om retstilstanden baseret på modsætningsslutninger fra udbudsdirektiverne, jf. herom tidligere i afsnit 7.2.3.1. Denne tendens i praksis fra Klagenævnet medvirker desuden til at fuldstændiggøre reguleringen i udbudsdirektiverne, da Nævnet gennem sin fortolkning i flere tilfælde har taget højde for udbudsdirektivernes noget fragmentariske karakter og har ydet et betydeligt bidrag til at skabe et sammenhængende regelsæt, hvor ligebehandling og gennemsigtighed gives høj prioritet i overensstemmelse med det tilsigtede formål med reguleringen af udbudsområdet.

Dette forhold er absolut bemærkelsesværdigt, og Klagenævnet har med denne tilgangsvinkel tilnærmet sig EF-domstolens integrationsfremmende fortolkningsstil i betydeligt omfang.

Til illustration af ovennævnte tendens kan fremhæves ligebehandlingsproblematikken i forhold til ordregivers annullation af udbudsproceduren. Nævnet har opstillet et *materielt* krav om, at en ordregiver skal have en saglig begrundelse for annullation af udbudsproceduren, jf. afsnit 6.3, og Nævnet har vist sig villig til at skærpe doktrinen om saglige grunde ved at opstille et krav om, at den oprindelige begrundelse skal være korrekt jf. herved afsnit 6.4. I denne sammenhæng kan tillige nævnes, at Klagenævnet for Udbud allerede forud for den seneste revision af udbudsdirektiverne skærpede de *formelle* krav til ordregiveren ved annullation af udbudsproceduren ved at indfortolke

et krav om, at begrundelsen til ansøjerne eller tilbudsgiverne skal være skriftlig, jf. afsnit 6.2.

B) Hyppig anvendelse af obiter dicta og udførlige begrundelser m.v.

Et andet forhold, der skal fremhæves, er, at Klagenævnet for Udbud ofte *begrunder* kendelserne særdeles udførligt⁴⁶⁰ og hyppigt fremsætter *obiter dicta*. Dermed afviger Nævnets fortolkningsstil markant fra tendensen ved de ordinære domstole i Danmark, hvor dommernes begrundelse for afgørelserne ofte er kortfattede, og hvor *obiter dicta* bestemt ikke er hyppigt forekommende.

Det er desuden karakteristisk, at Klagenævnet inddrager et bredt spektrum af retskilder ved fortolkningen af udbudsreglerne. Klagenævnet har eksempelvis inddraget Rådet og Kommissionens fortolkning af forhandlingsforbudet og betragtningen om den tekniske dialog, herunder de EU-retlige forarbejder til betragtningen.

C) Skærpet prøvelse af ordregiverens forklaringer

Klagenævnet foretager typisk en indgående prøvelse af ordregiverens forklaringer. Nævnet har i flere tilfælde *kategorisk afvist ordregiverens forklaringer om faktum for Nævnet*. Dette noget utraditionelle tiltag forekommer imidlertid at være fuldt ud berettiget efter nærmere analyse af Klagenævnets praksis.⁴⁶¹

Et meget klart eksempel på en tilsidesættelse af ordregiverens forklaringer og tilbudsgiverens forklaringer foreligger med kendelsen af 19. august 1997, Poul Hansen Entreprenører mod Vejdirektoratet. Klagesagen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt ordregiveren havde overtrådt forhandlingsforbudet, og Nævnet anførte, at kontrakten efter sit indhold fremtrådte som et forhandlingsresultat, *uanset de afgivne forklaringer* om, at der ikke havde fundet forhandling sted mellem parterne.⁴⁶²

I kendelsen af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz mod Undervisningsministeriet, tilsidesatte Klagenævnet tilsvarende ordregiverens forklaringer om den nærmere baggrund for ordregiverens annullation af en udbudsprocedure. Ordregiverens forklaringer var blev udviklet og revideret under klagesagens forløb, og Nævnet understregede, at dette i sig selv ikke er usagligt, men at fremgangsmåden måtte indgå i vurderingen af ordregiverens begrundelse. Nævnet tilsidesatte herefter ordregiverens

⁴⁶⁰ Denne tendens gør sig dog ikke gældende i forhold til afgørelser vedrørende spørgsmålet om opsættende virkning, jf. nærmere afsnit 2.5.1.2.B.

⁴⁶¹ Forklaring for Nævnet sker uden sandhedsformaning. Tilsyneladende forleder det ordregiverne til lejlighedsvis at afgive forklaringer, der ligger fjernt fra sandheden.

⁴⁶² Jf. omtalen i afsnit 5.1.3. Sagen er behandlet nærmere i afsnit 5.3.2.2.

forklaringer og lagde til grund, at ordregiveren havde forfulgt et usagligt formål med annullationen af den pågældende udbudsprocedure.⁴⁶³

D) Annullation af beslutninger om tildeling eller indgåelse af kontrakt

Klagenævnet for Udbud har i flere tilfælde vist sig villig til at annullere beslutninger om tildeling af kontrakt og om indgåelse af kontrakt, jf. herved afsnit 2.5.1.2.C, hvilket illustrerer, at Klagenævnet for Udbud er villig til at gå vidt i sanktioneringen af udbudsreglerne.

Efter omstændighederne er Klagenævnet endog villig til at annullere en beslutning om indgåelse af kontrakt, selv hvor arbejdet omfattet af den indgåede kontrakt er påbegyndt. Dette fremgår af kendelsen af 22. maj 1997, Højgaard & Schultz mod Hundested Almennyttige Boligselskab, hvor Nævnet havde afslået at tillægge klagen opsættende virkning, men Nævnet annullerede efterfølgende ordregiverens beslutning om indgåelse af kontrakt, til trods for at arbejdet var iværksat.⁴⁶⁴

7.2.4.2. Tendensen til en vis opprioritering af det offentliges interesse

De fremhævede forhold i afsnit 7.2.4.1 giver umiddelbart et indtryk af, at håndhævelsen ved Klagenævnet for Udbud i udpræget grad sikrer en effektiv beskyttelse af hensynene til ligebehandling og gennemsigtighed, men som det vil fremgå af analysen i nærværende afsnit, er der en stærk modsatrettet tendens i Klagenavnets praksis, der synes at være et udtryk for en høj prioritering af ordregiverens interesse, dvs. det offentliges interesse.

7.2.4.2.1. Sanktioneringen begrænses til konstatering af overtrædelsen

Arbejdet med nærværende afhandling har afdækket, at der er *en almindelig tendens til, at Klagenævnet for Udbud begrænser sig til blot at konstatere, at udbudsreglerne er overtrådt*, selv hvor forholdet vedrører væsentlige overtrædelser af udbudsreglerne, og at sanktioneringen derfor ofte ikke får egentlig gennemslagskraft i forhold til de indbragte udbudsprocedurer.

Når Nævnet blot påtaler en overtrædelse af udbudsreglerne, er realiteten, at ordregiveren ikke tvinges til at ændre adfærd med virkning for den konkrete udbudsprocedure, og at klageren derfor kun i beskedent omfang umiddelbart får gavn

⁴⁶³ Dette forhold i kendelsen er nærmere i afsnit 6.4.

⁴⁶⁴ Kontrakten var indgået efter klagesagens start, men først efter Navnets afvisning af at tillægge klagen opsættende virkning.

af at have indbragt sagen for Klagenævnet. Dette bevirker desuden, at Klagenævnets integrationsfremmende formålsfortolkninger normalt kun får virkning for fremtiden, og at håndhævelsen derfor kan forekomme lempelig over for ordregiverne.

Dette forhold er så meget desto mere bemærkelsesværdigt, eftersom klagerne almindeligvis heller ikke på sigt får en økonomisk godtgørelse i form af erstatning for ordregiverens overtrædelser af udbudsreglerne, jf. afsnit 2.5.3 om det yderst begrænsede antal erstatningssager.

7.2.4.2.2. Den konkrete væsentlighedsvurdering afsvækker effektiviteten

Udbudsreglerne indeholder en lang række formelle krav til ordregiverens fremgangsmåde ved indgåelsen af en offentlig kontrakt. Disse krav til udbudsproceduren har karakter af en *indirekte* regulering, hvor det grundlæggende ræsonnement er, at iagttagelsen af udbudsreglerne generelt er en garanti for en materielt rigtig afgørelse. Der er derfor en formodning for, at forskrifter, der følger af ligebehandlingsprincippet, er garantiforskrifter, og at den manglende iagttagelse af disse forskrifter *kan* medføre annullation af ordregiverens ulovlige beslutninger.

Det afgørende spørgsmål er i denne sammenhæng, om kontrolorganet som udgangspunkt *skal* annullere ordregiverens ulovlige beslutning, når det er konstateret, at ligebehandlingsprincippet er overtrådt, eller om kontrolorganet tillige skal gå nærmere ind i en konkret væsentlighedsvurdering og derfor alene skal anvende annullationsbeføjelsen, hvis overtrædelsen må antages at have haft eller at ville få væsentlig betydning for den pågældende udbudsprocedure.⁴⁶⁵

Som følge af den åbenbare prioritering af hensynene til ligebehandling og gennemsigtighed må det antages, at *overtrædelser af forskrifter, der udspringer af ligebehandlingsprincippet, i en lang række tilfælde vil indebære, at kontrolorganet skal annullere den pågældende beslutning uden at gå ind i en konkret væsentlighedsvurdering*. Hvis der anlægges en modsatrettet fortolkning, indebærer dette, at retsbeskyttelsen efter ligebehandlingsprincippet gennemgående bliver uden reel gennemslagskraft, fordi ordregiveren forholdsvis risikofrit kan forskelsbehandle tilbudsgiverne. Klagenævnets praksis i forhold til ordregiverens fastsættelse af ulovlige tildelingskriterier og i forhold til inhabilitetsproblematikken illustrerer en sådan udvikling, jf. straks nedenfor.

Klagenævnets praksis er *ikke* i overensstemmelse med ovennævnte antagelse, da Klagenævnet som absolut hovedregel går ind i en konkret væsentlighedsvurdering, før det skridter til annullation. Dette forhold gør sig dermed generelt gældende, når

⁴⁶⁵ Sidstnævnte led i bedømmelsen er relevant, hvis udbudsproceduren endnu ikke er afsluttet.

ligebehandlingsprincippet overtrædes, og Klagenævnet går ind i en konkret væsentlighedsvurdering selv ved helt fundamentale og grovere overtrædelser af udbudsreglerne.

Dette gælder eksempelvis i forhold til overtrædelse af udbudsreglernes forskrifter om bekendtgørelse og opstilling af tildelingskriterier. Det ses ikke at have ført til annullation af de udbudsprocedurer, at ordregivere har fastsat ulovlige tildelingskriterier eller har forsømt at bekendtgøre tildelingskriterierne helt eller delvist, jf. herved afsnit 6.5.2.4.1. Med denne praksis accepterer Nævnet forudsætningsvis, at ordregiverne har afsluttet eller afslutter udbudsprocedurer, der er behæftet med helt grundlæggende mangler, der har påvirket konkurrencen væsentligt eller procedurer, hvor det er overvejende sandsynligt, at konkurrencen påvirkes væsentligt.⁴⁶⁶

Praksis i relation til ordregivers annullation af udbudsproceduren påkalder sig ligeledes særlig interesse. Som fremhævet i afsnit 7.2.4.1.A og i kapitel 6 har Klagenævnet indfortolket et materielt krav om, at en ordregiver skal have en saglig begrundelse for at være berettiget til annullation af udbudsproceduren. Nævnet er ligefrem gået så vidt som til at skærpe doktrinen om saglige grunde ved at opstille et krav om, at den oprindelige begrundelse skal være korrekt. Det er derfor påfaldende, at Klagenævnet har undladt at annullere ordregivers beslutning om annullation af udbudsproceduren i de to afgørelser, hvor Klagenævnet har lagt til grund, at ordregiveren ikke havde en saglig begrundelse for annullation af udbudsproceduren, jf. nedenfor.

Klagenævnet er som nævnt i afsnit 6.7 blevet kritiseret for at afstå fra annullation i kendelsen af 13. september 1996, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby Kommune, og som anført sammesteds burde hensynet til den effektive håndhævelse af ligebehandlingsprincippet have ført til annullation af ordregivers beslutning. Klagenævnet undlod antagelig annullation af udbudsproceduren ud fra en konkret væsentlighedsvurdering.⁴⁶⁷

I kendelsen af 19. juni 1997, Højgaard & Schultz mod Undervisningsministeriet, afstod Klagenævnet fra annullation af ordregivers usaglige beslutning under henvisning til forhandlingsforbudet, dvs. ligebehandlingsprincippet, hvilket er paradoksalt, når det tages i betragtning, at forbudet netop har til formål at sætte ind over for usaglig forskelsbehandling, jf. nærmere kritikken i afsnit 6.8.

⁴⁶⁶ Dette følger af, at de rejste sager har vedrørt både udbudsprocedurer, hvor kontrakten var tildelt, og udbudsprocedurer, hvor kontrakten endnu ikke var tildelt.

⁴⁶⁷ De nærmere overvejelser for Klagenævnets undladelse af at anvende annullationsbeføjelsen fremgår ikke af kendelsens præmisser. Nævnet begrænsede sig til at anføre, at der ikke var forhold i den foreliggende situation, der kunne begrunde, at Klagenævnet annullerede den pågældende beslutning. Se afsnit 6.7 vedrørende overvejelser om og kommentarer til de konkrete momenter, der må antages at have begrundet Klagenævnets stillingtagen.

Endelig skal inhabilitetsproblematikken fremhæves. På dette område er den konkrete væsentlighedsvurdering forskudt til spørgsmålet om, hvorvidt ligebehandlingsprincippet, dvs. retsnormen,⁴⁶⁸ overtrædes, hvilket er en følge af, at Klagenævnet har valgt at anlægge en usædvanlig fleksibel fortolkning af ligebehandlingsprincippet på dette område. Den fleksible tilgangsvinkel gør det til den absolutte hovedregel, at en virksomhed involveret i teknisk dialog forud for udbudsproceduren kan medvirke i den efterfølgende konkurrence om kontrakten. Det må i stedet antages, at ligebehandlingsprincippet indebærer, at en virksomhed, der har været involveret i teknisk dialog forud for udbudsprocedurens start, som udgangspunkt skal udelukkes fra deltagelse i konkurrencen om den offentlige kontrakt, jf. herved nærmere i kapitel 4.

Sammenfattende kan det siges, at Klagenævnets gængse anvendelse af den konkrete væsentlighedsvurdering, herunder særligt ved fundamentale og grovere overtrædelser af udbudsreglerne, afsvækker gennemslagskraften af de formelle krav i udbudsreglerne til ligebehandling og gennemsigtighed.

7.2.4.3. Baggrunden for Klagenævnets pragmatiske fortolkningsstil

Der må antages at være flere årsager til Klagenævnets pragmatiske tilgangsvinkel til regelsættet. Udbudsreglernes formalisme bryder markant med dansk retstradition både på udbudsområdet og i forhold til forvaltningsretten, da hensynet til ligebehandling og gennemsigtighed efter udbudsreglerne skal vægtes usædvanlig højt, og det er vanskeligt for en fortolker at skulle tage afstand fra traditionelle afvejninger af de involverede interesser. Det er navnlig uvant, at hensynet til det offentliges interesser, herunder særligt værdispildsbetragtninger, tillægges en mindre betydende rolle i forhold til det konkrete tilfælde.

Et andet forhold, der må antages at have væsentlig betydning, er, at Klagenævnets opgave er at omsætte et regelsæt, der ubestrideligt kan føre til og fører til uhensigtsmæssige resultater i adskillige tilfælde, og at udbudsreglerne er baseret på en aftalemodel, som på visse punkter er virkelighedsfjern, og som strider med de praktiske behov for teknisk dialog ved indkøb af mere komplekse ydelser.⁴⁶⁹ I en sådan situation er det nærliggende, at kontrolorganet begrænser sig til konstatering af regelsættets overtrædelse, og at kontrolorganet gennemgående afstår fra at anvende mere indgribende sanktionsbeføjelser, selv om de måtte være til rådighed.

⁴⁶⁸ Den ovenfor nævnte kritik vedrørende ulovlige tildelingskriterier og ordregivers usaglige annullation af udbudsproceduren vedrører Klagenævnets undladelse af at bruge annullationsbeføjelsen støttet på en konkret væsentlighedsvurdering og ikke fortolkningen af ligebehandlingsprincippets indhold på disse områder.

⁴⁶⁹ Se særligt om kontraheringsmodellen bag udbudsdirektiverne i afsnit 5.1.1.

Dette forhold skal tillige ses i sammenhæng med Nævnets sammensætning, hvor der er en overvægt af sagkyndige medlemmer, dvs. praktikere. Denne omstændighed må antages at have haft væsentlig betydning for fortolkningen af regelsættet i retning af en mere fleksibel og pragmatisk tilgangsvinkel til regelsættet, jf. herved nærmere afsnit 2.5.1.1. EU's udbudsregler opleves ofte som overdrevent formalistiske og virkelighedsfjerne af praktikere på udbudsområdet, og der er derfor en vis sandsynlighed for, at flere af Nævnets sagkyndige medlemmer deler denne opfattelse, hvilket nødvendigvis vil indvirke på fortolkningen af de konkrete retstilfælde. Det har i den forbindelse betydning, at Nævnets afgørelser normalt træffes af to sagkyndige og kun én fagdommer.

7.2.5. Forestillingen om udbudsprocedurernes manglende fleksibilitet

Det synes at være en udbredt opfattelse, at et udbud afviklet i overensstemmelse med EU's udbudsregler kun i ringe grad kan tilpasses den enkelte kontrakt, og at udbudsprocedurerne offentligt og begrænset udbud ikke indeholder den fleksibilitet, der er påkrævet ved indgåelsen af større og ofte komplicerede kontrakter.

Det skal ikke fornægtes, at denne karakteristik er rammende i grundtræk, men der er grund til at fremhæve, at karakteristikken til dels er misvisende, fordi den omhyggelige ordregiver, der om nødvendigt bistås af en kompetent rådgiver, har vide muligheder for at sikre ordregiveren en høj grad af fleksibilitet og en ikke ubetydelig skønsmargen.

Eksempelvis står det ordregiveren frit for at tillade alternativ budgivning ved anvendelsen af tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud. Ordregiveren kan ligeledes lægge hovedvægten på en funktionsbeskrivelse af den ønskede ydelse i stedet for primært at beskrive ydelsen gennem specifikationer med angivelse af udførlige krav, jf. nærmere afsnit 5.3.1.1.1. Disse tiltag øger ordregivers skønsmargen, og ordregiveren undgår typisk en række uhensigtsmæssige følger af forhandlingsforbudet som følge heraf.

Problemet er imidlertid, at en ordregiver, der ikke udviser tilstrækkelig omhu og omtanke forud for udbudsprocedurens start, får overordentlig vanskeligt ved at afhjælpe de komplikationer, der kan opstå som følge heraf, og ordregiveren vil i et sådant tilfælde ofte være tvunget til at annullere udbudsproceduren med henblik på omgørelse, jf. kapitel 6.

7.2.6. Er udbudsreglerne baseret på forkerte forudsætninger?

Det er relevant at rejse spørgsmålet, fordi det kan konstateres, at udbudsdirektiverne hverken har ført til den forventede forøgelse i budgivningen specielt fra virksomheder i andre medlemsstater og navnlig heller ikke har ført til den forventede forøgelse af offentlige indkøb på tværs af landegrænserne. Kommissionen fremhæver selv dette forhold i Grønbogen fra 1996 i punkt 2.10 på s. 5-6.

Kommissionen anfører i Grønbogen, at dette måske er en konsekvens af, at de økonomiske aktører har behov for en vis tid til at tilpasse deres adfærd til de nye regler og til at udnytte de nye afsætningsmuligheder, samt at visse virksomheder må antages at have reageret defensivt på den konkurrencetrussel, de står over for.

Foruden disse årsager kan der henvises til en række andre mulige årsager til udbudsreguleringens manglende succes. Medlemsstaternes implementering af udbudsdirektiverne, både det materielle regelsæt og kontrolreglerne, har været tøvende, og som fremstillingen i kapitel 2 viste, er overtrædelser af de mest grundlæggende regler i udbudsreglerne almindeligt forekommende i medlemsstaterne.

Disse forhold må alle antages at have væsentlig betydning, men der er grund til at overveje, om udbudsreglerne fuldt ud er baseret på korrekte antagelser og forudsætninger. Indledningsvis behandles antagelsen om, at ordregiverne hyppigt tilsigter at diskriminere udenlandske tilbudsgivere, i afsnit 7.2.6.1. Hvis antagelsen er korrekt, fører den naturligt til manglende tildeling af offentlige kontrakter til udenlandske tilbudsgivere.

Herefter behandles spørgsmålet om, hvorvidt det er realistisk at forvente, at udbudsreglerne på afgørende vis vil fremme tilbudsgivning og kontrahering på tværs af landegrænserne, dvs. grænseoverskridende bud.

7.2.6.1. Antagelsen om diskriminationshensigt hos ordregiverne

Det har ikke været formålet med denne afhandling at gå ind i en dybdegående og omfattende analyse af udbudspraksis i Europa og af baggrunden for ordregivernes hyppige overtrædelser af udbudsreglerne. Arbejdet med nærværende afhandling gør det dog muligt at redegøre for tendenser i dansk udbudspraksis med særlig baggrund i praksis fra Klagenævnet for Udbud, hvor der indtil videre har været behandlet over 90 klagesager.

En analyse af denne karakter skal i sagens natur tages med forbehold, da antallet af sager er begrænset og ikke nødvendigvis repræsentativt for hverken dansk eller udenlandsk udbudspraksis. Det er dog en vis sandsynlighed for, at Klagenævnets praksis afspejler en række generelle tendenser i dansk udbudspraksis, og hvis dette er

tilfældet, kan man forestille sig, at lignende tendenser generelt gør sig gældende i EU's øvrige medlemsstater.

Danmark er et interessant land som indikator for udviklingen af flere grunde. Der er en usædvanlig høj opmærksomhed omkring regelsættet i Danmark som følge af forløbet i C-243/89, Kommissionen mod Danmark (Storebælt-sagen),⁴⁷⁰ og Konkurrencestyrelsens informationsindsats samt det forhold, at samtlige udbudsregler er gennemført rettidigt, og at direktiverne ikke er ændret nævneværdigt i forbindelse med implementeringen. Korruptionssager og sager om magtfordrejning er en sjældenhed i dansk retspraksis, og der er ingen som helst grund til at tro, at dansk udbudspraksis er mere præget af usaglige hensyn end praksis i de øvrige medlemsstater. Endelig har Klagenævnet for Udbud nogle af de mest vidtgående kompetencer set i forhold til kontrolorganer i andre medlemsstater, og Konkurrencestyrelsen udnytter aktivt sine lovbestemte tilsynsbeføjelser på udbudsområdet, jf. herved omtalen i kapitel 2,⁴⁷¹ og kan direkte indbringe klagesager for Klagenævnet for Udbud.

Det er efter en analyse af klagenævnspraksis klart eller må antages, at overtrædelserne af ligebehandlingsprincippet i en række sager har været *tilsigtet, fordi ordregiveren ønskede at favorisere en bestemt tilbudsgiver ved at antage dennes bud*, og at ordregiveren dermed som en refleksvirkning heraf har tilsigtet at forskelsbehandle de øvrige på usagligt grundlag.

Der er grund til at fremhæve, at ordregivernes motivation for favorisering af tilbudsgiverne typisk er en konkret tilknytning/et bånd til de pågældende ordregivere, der kan antage forskellige former. Ordregiveren kan ønske at favorisere tilbudsgiveren, fordi den pågældende er lokal,⁴⁷² fordi den pågældende virksomhed har leveret en identisk eller lignende ydelse tidligere,⁴⁷³ eller fordi der af andre årsager er opstået en

⁴⁷⁰ Se hertil Gregers Larsens betragtninger på F.I.D.E.- kongressen, 1990, særligt punkt 21 og 22.

⁴⁷¹ Konkurrencestyrelsen behandler ca. 200 sager om året. Se nærmere i afsnit 2.5.2.

⁴⁷² Se til eksempel Klagenævnets kendelse af 23. januar 1996, Praktiserende Arkitekters Råd mod Glostrup Kommune, hvor kommunen ved tildelingen af kontrakten havde lagt vægt på, om tilbudsgiverne havde særlige relationer til Glostrup Kommune.

⁴⁷³ Se Klagenævnets kendelse af 13. september 1996, Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby Kommune, hvor ordregiveren antagelig annullerede udbudsproceduren for at favorisere en virksomhed, der havde leveret den pågældende tjenesteydelse siden 1947.

særlig fortrolighed mellem ordregiveren og den pågældende tilbudsgiver, f.eks. ved indgående teknisk dialog om kontrakten forud for udbudet.⁴⁷⁴

Det påfaldende i denne forbindelse er, at det er en absolut undtagelse, at det er klart eller må antages, at ordregiveren har *tilsigtet at diskriminere en bestemt tilbudsgiver ved at undgå kontrahering med tilbudsgiveren, fordi virksomheden ikke er etableret i Danmark*, eller fordi virksomheden har tilknytning til en udenlandsk koncern.

En større gruppe af overtrædelser af ligebehandlingsprincippet er tilsyneladende *motiveret i ordregiverens ønske om at fremme egne økonomiske interesser mest muligt, dvs. ønsket om at sikre ordregiveren fuld "value for money"*. Dette ønske giver sig ofte udslag i, at ordregiveren overtræder forhandlingsforbudet ved ulovlig forhandling med den gruppe af tilbudsgivere, der har afgivet de bedste eller mest interessante bud. En anden hyppigt forekommende variant består i tildeling af kontrakten til virksomheder, der ikke opfylder de grundlæggende udbudsbetingelser, f.eks. fordi tilbudet indeholder væsentlige eller uklare forbehold. I andre tilfælde påbegyndes ulovlig forhandling som et ulovligt alternativ til annulation, hvor de indkomne bud afdækker, at en anden ydelse havde været mere fordelagtig, eller at den forventede budgetramme ikke kan overholdes.

Flere af disse overtrædelser er nært forbundet med den tredje større gruppe af overtrædelser, der tilsyneladende er begrundet i *manglende omhyggelighed, misforståelser og ringe kendskab til udbudsreglerne*.

I denne gruppe af sager må det dog i antages, at ordregiverne i flere tilfælde blot har foregivet at have et utilstrækkeligt eller ringe kendskab til regelsættet, og at den reelle begrundelse for overtrædelserne er tilsigtet forskelsbehandling, eller at ordregiveren ønsker få så vide skønsmæssige resultater som muligt for at sikre sig fuld "value for money". Antallet af sager af denne art er uforholdsmæssig stort, og den inkompetence, der åbenbares, er til tider yderst påfaldende, når det tages i betragtning, at sagerne vedrører kontrakter i millionklassen, og at ordregiverne i indtil adskillige tilfælde har modtaget professionel rådgivning.

Sammenfattende kan det siges, at ordregiverne har tilsigtet at forskelsbehandle tilbudsgiverne i et betydeligt antal sager i praksis fra Klagenævnet for Udbud. Det overraskende i denne forbindelse er, at den tilsigtede forskelsbehandling ofte skyldes ordregiverens ønske om at sikre sig "value for money" i videst muligt omfang. Et andet forhold, der er bemærkelsesværdigt, er, at den anden hovedgruppe af sager, hvor ordregiveren har haft til hensigt at diskriminere, er karakteriseret ved, at ordregiveren ønsker at kontrahere med én bestemt virksomhed, dvs. at favorisere. Det er derimod sjældent, at det kan antages, at ordregiveren har søgt at undgå at kontrahere med en

⁴⁷⁴ Jf. hændelsesforløbet i Klagenævnets kendelse af 8. januar 1997, Det Danske Handelskammer mod Rigshospitalet omtalt i afsnit 4.2.2.

bestemt virksomhed, fordi den er etableret i udlandet eller har tilknytning til en udenlandsk koncern.

Det følger af denne begrænsede analyse, at antagelsen om, at ordregiverne forholdsvis ofte har til hensigt at forskelsbehandle, tilsyneladende er korrekt, men at tilbudsgivers nationalitet ikke tilnærmelsesvis har den afgørende betydning, som det er blevet lagt til grund ved reguleringen af udbudsområdet.

7.2.6.2. Overdrevne forventninger til grænseoverskridende budgivning

Som det blev fremhævet indledningsvis, har udbudsreglerne ikke ført til den forventede eksplosive stigning i antallet af grænseoverskridende bud ved EU-udbud. Praksis ved Klagenævnet for Udbud synes at afspejle dette fænomen, da det stik imod alle forventninger er en absolut undtagelse, at klageren er en udenlandsk virksomhed.⁴⁷⁵

Meget tyder på, at forventningen om grænseoverskridende budgivning er urealistisk i forhold til en lang række produkter og tjenesteydelser, fordi kontrahering alene er mulig eller økonomisk interessant for en virksomhed, hvis den pågældende virksomhed er etableret i den medlemsstat, hvor kontrakten skal opfyldes.⁴⁷⁶

En stor del af forklaringen på udbudsreguleringens manglende gennemslagskraft må derfor antages at skyldes *markedsøkonomiske forhold* og ikke blot ordregivernes intentioner om at diskriminere udenlandske tilbudsgivere og/eller intentioner om at favorisere tilbudsgivere med en særlig tilknytning til den pågældende ordregiver.

7.2.7. Egnethed til privat autonomi versus offentlig regulering

I det følgende behandles spørgsmålet om, hvorvidt det ville være mere hensigtsmæssigt at skabe så vide rammer som muligt for ordregiveren til at fastlægge vilkårene for indgåelsen af den offentlige kontrakt og afskaffe den for tiden indgribende og omfattende regulering af udbudsområdet.

Flere forfattere har gjort gældende, at der er behov for øget fleksibilitet i forbindelse med reguleringen af offentlige indkøb i EU, og det er navnlig forhandlingsforbudet,

⁴⁷⁵ Se Klagenævnets kendelse af 18. november 1996, European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S og Klagenævnets kendelse af 18. marts 1999, Seghers Better Technology Group mod I/S Amagerforbrændingen. Det er bemærkelsesværdigt, at de udenlandske klager tabte begge sager, og at ordregiverne blev fuldstændig frifundet.

⁴⁷⁶ Se Poul Thøis Madsen, Offentlige indkøb og det indre marked - konsekvenser af EU-udbud med særligt henblik på innovations- og integrationsprocesser, Ph.D.-afhandling, Aalborg Universitet, 1996. Det påvises i denne afhandling, at næsten alle relevante udenlandske leverandører til den offentlige sektor er til stede på det danske marked.

der har været udsat for kritik som følge af forbudets formalisme, der i flere tilfælde fører til uhensigtsmæssige resultater i forhold til den konkrete indkøbsaftale.

For nylig har Sue Arrowsmith stillet spørgsmålet på spidsen ved at hævde,⁴⁷⁷ at udbudsreglerne grundlæggende er en anakronisme, der afspejler det offentlige indkøb i 1970'erne, men ikke den nuværende situation, og at det bedste indkøb ("value for money") i højere grad opnås ved at overlade professionelle indkøbere udstrakte skønsmålinger. I sammenhæng hermed anfører forfatteren, at udbudsdirektiverne snarere modvirker end fremmer den mest hensigtsmæssige afvikling af det offentlige indkøb ("best practice"), og at kontrol med indkøberens adfærd mere hensigtsmæssigt kan udøves ved revision og benchmarking.⁴⁷⁸

Der tages i afsnit A) først stilling til, om det generelt kan antages at være hensigtsmæssigt at deregulere udbudsområdet som hævdet af Arrowsmith. Under afsnit B) diskuteres spørgsmålet om behovet for større fleksibilitet i forhold til teknisk dialog med virksomheder, der har interesse i den offentlige kontrakt.

A) Generel deregulering

Sue Arrowsmiths antagelse bygger navnlig på en antagelse om, at den offentlige indkøbssektor i dagens Europa normalt vil lade sig styre af markedøkonomiske hensyn i stedet for den traditionelle anvendelse af indkøbspolitikken som et økonomisk redskab til at beskytte national industri mod udenlandske konkurrenter samt som et redskab til favorisering af lokale eller regionale virksomheder og de øvrige bredere samfundspolitiske mål, der typisk har gjort sig gældende, jf. herved kapitel 2.2.

Denne antagelse forekommer yderst optimistisk set i forhold til erfaringerne fra dansk udbudspraksis, hvor ordregiverne i en række sager har tilsigtet favorisering af en bestemt tilbudsgiver, jf. herved afsnit 7.2.6. Der ses ikke at være grundlag for at gå ud fra, at ordregivere på nuværende tidspunkt i tilstrækkelig grad vil lade sig styre af markedøkonomiske hensyn.

Sue Arrowsmith lægger vægt på, at indkøbene i 1990'erne overvejende foretages eller bør foretages af professionelle indkøbere. I dansk udbudspraksis er det vanskeligt at se en sammenhæng mellem medvirken af professionelle rådgivere og efterlevelsen af udbudsreglerne. I flere tilfælde har ordregivere, der har modtaget professionel rådgivning, begået grove og fundamentale overtrædelser af udbudsreglerne, og det er vanskeligt at tro, at dette skyldes rådgivernes manglende kompetence.

⁴⁷⁷ Jf. Sue Arrowsmith, CMLR 1999 s. 13 på s. 17.

⁴⁷⁸ Se nærmere om benchmarking i Konkurrenceredegørelsen 1999 udgivet af Konkurrencestyrelsen. Benchmarking er, forenklet sagt, kontrol ved sammenligning af resultaterne fra én offentlig enhed med resultaterne fra en tilsvarende enhed.

Et andet forhold er, at ordregivernes stræben efter “value for money” tilsyneladende er en af de hyppigste årsager til danske ordregiveres overtrædelse af udbudsreglerne. Selv om denne form for overtrædelse er begrundet i kommercielle hensyn, viser praksis, at der er et *behov for regulering og effektiv kontrol*, idet ordregivernes fremgangsmåde indebærer en tilsidesættelse af de konkurrerende virksomheders interesse i og berettigede forventninger til, at konkurrencen om en offentlig kontrakt er lige. Hvis de konkurrerende virksomheder i det væsentlige savner garantier for lige konkurrence, er det tvivlsomt, om et tilstrækkeligt antal virksomheder er interesserede i at ofre betydelige ressourcer på tilbudsgivning eller kontraktsforhandlinger med offentlige ordregivere.

Endelig er de foreslåede alternativer til kontrol med ordregiverne ikke overbevisende, da hverken revision eller benchmarking forekommer at være et tilnærmelsesvis effektivt værn mod usaglig forskelsbehandling af tilbudsgiverne henset til den hyppige frekvens af denne form for overtrædelser.

B) Inhabilitet og forhandlingsforbud

Lovgivningsprocessen i forbindelse med indsættelsen af betragtningen om den tekniske dialog peger i retning af større fleksibilitet i forhold til teknisk dialog forud for udbudsprocedurens start. Hvis der skal konkurreres om en offentlig kontrakt i forbindelse med en udbudsprocedure, er det imidlertid af afgørende betydning, at de konkurrerende virksomheder har tiltro til, at konkurrencen er lige, og at forudgående teknisk dialog med en potentiel tilbudsgiver ikke indebærer, at den pågældende virksomhed har en væsentlig konkurrencefordel eller i værste fald, at udfaldet af udbudsproceduren er givet på forhånd!

Der synes derimod at være behov for større fleksibilitet i forhold til den tekniske dialog efter udbudsprocedurens start som erkendt af Kommissionen selv og påpeget af en række forfattere. Forhandlingsforbudet forekommer at være en for unuanceret regulering, der ikke i tilstrækkelig grad tager hensyn til det ofte betydelige behov for dialog om den nærmere udformning af kontrakten, f.eks. i forhold til en kompliceret tjenesteydelse eller levering af moderne teknisk materiel.

Kommissionen har imidlertid, som tidligere fremhævet, erkendt disse mangler ved den nuværende regulering og har til hensigt at indlægge større fleksibilitet gennem introduktionen af en ny udbudsform med betegnelsen “konkurrencepræget dialog”.

7.2.8. Behovet for grundlæggende ændringer

Det synes klart, at reguleringen af udbudsområdet både er og har været påkrævet for at fremme lige konkurrence på området for offentlige kontrakter. Der er imidlertid et helt grundlæggende behov for en strukturændring i regelsættet, hvis opbygning og udformning ikke fuldt ud lever op til de krav, der bør stilles til klarhed og stringens i en lovgivning, der både er indgribende og berører et betragteligt antal ordregivere og virksomheder i EU.

Det er derfor ønskeligt, at udbudsdirektiverne blev taget op til grundlæggende revision. Hovedvægten burde i denne forbindelse lægges på at klargøre de bærende principper om ligebehandling og gennemsigtighed og på at sikre, at de vigtigste konsekvenser af disse principper, navnlig i relation til inhabilitet, forhandling og ordregiverens annullation af udbudsproceduren, blev indskrevet i udbudsdirektiverne.

Summary in English

The Principle of equal treatment of tenderers in the E.C. public procurement rules

1. Introduction

The purpose of this dissertation has been to analyse, to concretize and to systematize the requirements following from the principle of equal treatment of tenderers in the E.C. public procurement rules.

It is only a few years ago that the European Court of Justice held in Case C-243/89, *Commission v. Denmark* [1993] ECR I-3353 (the *Storebaelt* case) that the E.C. public procurement rules must be interpreted in the light of the principle of equal treatment of tenderers and there is still an evident need for clarification of the requirements following from this very fundamental but broad legal principle.

The principle is now expressly mentioned in specific provisions of the E.C. procurement Directives, but the number of cases interpreting the principle are highly limited when the case law from the Court of Justice and the case law on public procurement in most Member States are considered even though the number of cases concerning public procurement has increased during the last few years.

The case law from the Danish Complaints Board for Public Procurement (abbreviated to the Complaints Board) is a clear exception to this pattern as the Complaints Board has made several interpretations on the principle of equal treatment of tenderers and the principle has been invoked in more and more cases with increasing success. The analysis in the dissertation is therefore to a wide extent inspired by the Danish experience as expressed in the case law from the Complaints Board.

Another feature that makes the case law from the Complaints Board even more interesting is the Danish method of implementation of the E.C. public procurement Directives. Denmark has chosen to maintain the exact text of the Directives when implementing the Directives and has thereby refrained in practice from making any substantial changes to the Directives. This means that the questions of interpretation put before the Complaints Board are as closely linked to the E.C. public procurement Directives as they can possibly be. The Complaints Board has the privilege of interpreting the procurement rules without the usual interference and qualifications to the interpretations made by the Danish legislator.

Finally the Complaints Board is a review board with a very high quality. This consideration applies both for the composition of the Board and its procedural rules. The Board has 19 members where 3 are judges and the rest are experts on public procurement.

Each case is decided by one judge chairing the proceedings and two expert members, and the procedure before the Board resembles the ordinary court procedures in Denmark on several points. The Board has ruled in more than 80 cases.

2. The structure of the analysis

Chapter 1 is an introduction corresponding the one above and chapter 2 is a presentation of the key concepts of E.C. public procurement law including an examination of the Danish review system focussing on the competences of the Complaints Board but also dealing with the role of the Competition Council Secretariat and the role of the ordinary courts.

In chapter 3 the principle of equal treatment is placed in a legal context. The principle is compared with the principle of equal treatment in E.C. law and in particular with the Treaty provisions on the free movement of goods and services. It is also compared with the general principle of equal treatment which is unwritten but placed in the legal hierarchy on the same level as the Treaty. The principle is finally compared with the principle of equal treatment in Danish constitutional and administrative law.

Chapters 4 to 6 are an analysis of the requirements of the principle of equal treatment in relation to three key areas which call for special attention. These areas are 1). Technical dialogue between the contracting authority and a potential tenderer on specifications 2). The ban on negotiations and 3). The termination of the tender procedure without an award.

These areas have a number of essential features in common, one of them being that the requirements that follow from the principle of equal treatment are particular extensive. Another feature is that it is highly complicated to establish the state of the law regarding the key areas as the public procurement Directives, the other sources of law and legal literature to a considerable extent does not consider the relevant issues. This is of utmost importance as the key areas are of concern to everybody who regularly tenders out according to the E.C. public procurement rules.

Chapter 7 is the conclusions. The purpose of the conclusions is, first to summarize the results of the analysis of chapters 1 to 6, and secondly, to extend the analysis further by addressing a number of general problems posed by the application of the public procurement rules.

3. Results

3.1. The principle of equal treatment affects the balancing of interests

From the principle of equal treatment of tenderers a substantial number of requirements follows to the behaviour of the contracting authority and the firms involved in the tender

procedures. The command for equal treatment which follows from the E.C. public procurement rules is so pronounced that the principle influences both the delimitation of the objective reasons which have the potential to justify different treatment and the balancing of interests when it is considered which weight a concrete difference must be given.

3.2. Equality and transparency are more weighty than the interests of the contracting authority

The public procurement Directives are based on the assumption that the contracting authorities *in general* are secured the best contract by following the detailed procedures in the procurement Directives, which ensures a very high degree of equality and transparency, but this is partly on the expense of the interests of the contracting authority as regards the *concrete* contract.

The requirements following from the principles of equal treatment and transparency are substantial and normally leave no room for exceptions. This even apply when the contracting authority has an evident commercial interest in deviation from the rules in the concrete case since the restrictive interpretation of the principles leads to a result which is clearly unfavourable or less satisfying for the contracting authority.

This follows from the fact that the considerations to efficient competition generally carry more weight than the considerations to the interests of the contracting authority and the firms which participate in the tender procedures. The interests of the contracting authority and of the firms participating in the tender procedures will often not be weighty enough to justify a difference in treatment. It is of utmost importance to be aware of this feature which fundamentally deviates from the general tendency in the balancing of interests in areas of national law closely related to the E.C. procurement rules i.e. national administrative law and national procurement law.

3.3. Increased strength compared to the provisions of the Treaty and the principle of equal treatment in Danish law

There is a clear link between the provisions in the Treaty concerning the internal market and the public procurement rules as both set of rules aim at the realisation of the internal market and the procurement directives functions in prolongation of the Treaty provisions on the free movement of goods and services. However, the protection following from the principle of equal treatment of tenderers is extended compared to the Treaty provisions in various respects.

It follows from the principle of equal treatment that the contracting authority has to take *concrete action* in order to ensure equality of treatment and transparent procedures and that the principle protects against *difference in treatment of any kind* and not only against difference in treatment due to nationality or the origin of goods. The principle can even be invoked *if all tenderers are of the same nationality* as the contracting authority, contrary to the state of law according to the Treaty provisions where nationals are not protected unless there is cross-border activity.

Finally it should be mentioned that the principle of equal treatment ensures equal treatment to a much higher degree than the principle of equal treatment in Danish administrative law which presumably does not influence the balancing of interests.

3.4. The public procurement Directives lacks in clarity

There are several unclear or misleading formulations of provisions in the public procurement Directives, and this feature also apply to some of the most fundamental provisions in the set of rules. The legislator has also generally neglected to insert provisions on the most fundamental principles and on the most important consequences of the principles of equal treatment and transparency and has in stead given priority to provisions of lesser importance. This leads to legal uncertainty and to difficulties for the interpreter of the public procurement rules.

3.5. The enforcement of the Complaints Board

Denmark has one of the most efficient enforcement systems in the EU. The Complaints Board has interpreted the principle of equal treatment on various occasions in a manner which promotes equality and transparency in the field of public procurement to a high degree. The Board has often applied a style of interpretation which very much resembles the style of interpretation of the European Court of Justice.

However, there is also a strong tendency to a certain upgrading of the considerations to the public interest, as the Complaints Board normally refrains from annulment of the decisions of the contracting authority, even in the case of severe and fundamental violations of the principle of equal treatment. It is the main rule that the Board exclusively establishes that the principle has been violated and this tendency weakens the enforcement of the principle of equal treatment.

3.6. The need for restrictive interpretation of the principle of equal treatment

The Danish experience has shown that there is a clear need for a restrictive interpretation of the principle of equal treatment as the case law from the Complaints Board indicates that the contracting authorities relatively frequently intent to discriminate the firms participating in the tender procedures. This is often a consequence of intent to favour a

particular firm or of promoting the commercial interests of the contracting authority itself in order to ensure “value for money” to the highest extent possible.

3.7. The need for fundamental changes in the regulation of public procurement

There is a fundamental need for a change in the structure of the public procurement rules. The structure and content do not fulfil the demands for clarity and cogency taking into consideration the importance of the regulation in the field of public procurement. It is to be wished for that the public procurement Directives are revised. Emphasis ought to be placed on clarification of the fundamental principles of equal treatment and transparency, and in particular on ensuring that the most important consequences, with regard to technical dialogue and termination of the tender procedure without an award, are spelled out in the Directives.

Forkortelser

CMLR	Common Market Law Review
EFT	EF-tidende (afdeling C: meddelelser, afdeling L: regler)
EMK	Den europæiske Menneskerettighedskonvention
EF	Det Europæiske Fællesskab
EU	Den Europæiske Union
FT	Folketingstidende
GPA	The Government Procurement Agreement (GATT/WTO regi)
H	Højesterets dom eller kendelse
KOM	Arbejdsdokumenter udstedt af Kommissionen (inkl. direktivforslag)
PPLR	Public Procurement Law Review
Saml.	Samlingen af afgørelser fra EF-domstolen og Retten i Første Instans
Traktaten	EU's Traktatgrundlag efter ikrafttræden af Amsterdam-Traktaten. Der henvises alene til bestemmelser i Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (TEF) i fremstillingen, og der er således ikke henvist til bestemmelser i Traktaten om oprettelse af Den Europæiske Union (TEU).
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
WTO	The World Trade Organisation
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Ø	Østre Landsrets dom eller kendelse

Litteratur

1) Litteratur angivet ved forkortelser

Sue Arrowsmith	The Law of Public and Utilities Procurement, Sweet & Maxwell, 1996.
Dorthe Dahlgaard Dingel	Public Procurement, A Harmonisation of the National Judicial Review of the Application of European Community Law, Kluwer, 1999.
Erik Hørlyck	EU-udbud, Nyt Juridisk Forlag, 1997.
Peter Lund Meyer	EU's Udbudsregler, GadJura, 1998.
Ruth Nielsen	Udbud af offentlige kontrakter, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998.
Lasse Simonsen	Prekontraktuelt ansvar, Det almindelige prekontratuelt ansvar, Ansvar ved gennemførelse af anbudskonkurranser, Universitetsforlaget, Oslo, 1997.

2) Litteraturliste

(der henvises i øvrigt til afhandlingens fodnoter)

A

Sue Arrowsmith, A Guide to the Procurement Cases of the Court of Justice, Earls Gate Press, 1992

Sue Arrowsmith (ed.), Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules, Earls Gate Press, 1993.

Sue Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, Sweet & Maxwell, 1996.

Sue Arrowsmith & Arwel Davies (eds.), Public Procurement: Global Revolution, Kluwer, 1998.

Sue Arrowsmith, "The Problem of Discussions with Tenderers under the E.C. Procurement Directives: the Current Law and the Case for Reform", PPLR 1998 s. 65 ff.

Sue Arrowsmith, "The Community's Legal Framework on Public Procurement: "The Way Forward" At Last?", CMLR 1999 s. 13 ff.

B

Arnold Boesen, "Vergaberechtliche Entscheidungssammlung" Sammlung und Aufbereitung von Entscheidungen der EG-Gerichte, deutscher Gerichte sowie der Vergabeüberwachungsausschüsse des Bundes und der Länder auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge, Bundesanzeiger Verlag 1998.

Adrian Brown, "Effectiveness of Remedies at National Level in the Field of Public Procurement", PPLR 1998 s. 89 ff.

D

Alan Dashwood & Síofra O'Leary (eds.), The Principle of Equal Treatment in E.C. Law, Sweet & Maxwell, 1997.

Dorthe Dahlgaard Dingel, Public Procurement, A Harmonisation of the National Judicial Review of the Application of European Community Law, Kluwer, 1999.

Peter Dethlefsen, se under Konkurrencestyrelsen.

Lee Digings & John Bennett, EC Public Procurement Law and Practice, Sweet & Maxwell, til og med 11. opdatering i 1998.

Ole Due, "Hvad mener de dog? (Om læsning af EF-domstolens afgørelser)", Lyng Andersen, Lennart, Fejøl, Jens, and Nielsen, Ruth (eds.), Festschrift til Ole Lando, Gad Jura, 1997.

Ole Due, "The Law-making Role of the European Court of Justice Considered in Particular from the Perspective of Individuals and Undertakings", Nordic journal of international Law 1994 s. 123 ff.

E

Erhvervsministeriet, KonkurrenceSekretariatet, "Princippet om ligebehandling af tilbudsgivere, herunder reglerne om teknisk dialog", december 1996.

F

Jacob Federspiel og Ulf Lund, "Klagenævnet for Udbud som værn mod overtrædelse af EU's udbudsregler", UfR 1996 B s. 414 ff.

Jens Fejø, “ Vedrørende retsvirkningen af bestemmelser i direktivpræambler, specielt vedrørende Rdir 93/93 om udbud i forbindelse med forsyningsvirksomheder”, Juridisk Institut - Julebog 1997 s. 239 ff, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 1997.

Jens Fejø, EU-konkurrenceret, Jurist -og Økonomforbundets Forlag, 2. udg. 1997.

Niels Fenger, Fællesskabsrettens påvirkning af dansk forvaltningsret, 1996, 1. udg. (foreligger i 2. udg.)

Niclas Forsberg, Offentlig upphandling i praktiken, Norstedts Juridik AB, 1998.

G

Andrew Geddes, Public and Utilities Procurement, A Practical Guide to the U.K. Regulations and Associated Community Rules, Sweet & Maxwell, 2. udg., 1997.

Laurence Gormley (ed.), Gordian Knots in European Public Procurement Law, Vol 24, Series of Publications by the Academy of European Law in Trier, Bundesanzeiger Verlag, 1997.

Lose Groesmeyer og Henriette R. Søltoft, “Mere om EU’s udbudsregler i dansk ret - kendelser fra Klagenævnet for Udbud”, UfR 1997 B s. 195 ff.

Claus Gulmann, Handelshindringer i EF-retten, Juristforbundets Forlag, 1980.

Claus Gulmann & Karsten Hagel-Sørensen, EU-ret, Jurist-og Økonomforbundets Forlag, 3. udg. 1995

H

Kim Lundgaard Hansen, Lars Kjølbye, Henrik Saugmandsgaard Øe, EU-konkurrenceretten, GadJura, 1998

Margretha Henze og Hans Sylvén, Offentlig upphandling, Norstedts Juridik AB, 1998.

Katja Høegh, “Anvendelse af udbudsdirektiverne i praksis”, UfR 1997 B s. 151 ff.

Erik Hørlyck, EU-udbud, Nyt Juridisk Forlag, 1997.

J

Preben Klit Jakobsen, “Under Tærskelværdien”, Statsindkøb 1994, nr. 2 s. 54.

Preben Klit Jakobsen, Offentlige indkøb, Schultz, december 1997 og oktober 1998.

K

KonkurrenceStyrelsen, "Danske virksomheders muligheder ved offentlige EU-udbud i udlandet", 1996.

Konkurrencestyrelsens vejledning, EU's udbudsdirektiver (v. Peter Dethlefsen), 1998.

Kai Krüger, "The scope for Post-Tender Negotiations in International Tendering Procedures" i Sue Arrowsmith & Arwel Davies (eds.), *Public Procurement: Global Revolution*, Kluwer, 1998.

Kai Krüger, "Kommunale anbudskonkurranser etter EØS-reglerne", *Lov og Rett* 1996 s. 627 ff.

Kai Krüger, Ruth Nielsen og Niklas Bruun, *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998

L

Philip Lee, *Public Procurement*, Butterworths, 1992.

M

Poul Thøis Madsen, *Offentligt indkøb og det indre marked - konsekvenser af EF-udbud med særligt henblik på innovations og integrationsprocesser*, Aalborg Universitet 1996.

José María Fernández Martín, "Case C-243/89, Commission v. Denmark (The Storebaelt Case), Judgment of June 22, 1993", *PPLR* 1993 CS 153 ff.

José María Fernández Martín, *The EC Public Procurement Rules. A Critical Analysis*, Clarendon Press, 1996.

José María Fernández Martín, "Recent Case Law of the European Court of Justice in the Area of Public Procurement", *PPLR* 1996 CS 120 ff.

Peter Lund Meyer, *EU's Udbudsregler*, GadJura, 1998.

N

Ruth Nielsen, *Retskilderne*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udg. 1997.

Ruth Nielsen, "GPA og EU-reglerne om offentlige udbud", *Juridisk Instituts Julebog* 1997 s. 219 ff, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 1997.

Ruth Nielsen, *Udbud af offentlige kontrakter*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998.

P

Peter Pagh, Offentlige kontrakter og EF-retten, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1992.

Martin Platzer, EU-konforme Ausschreibungen. Ein praxisorientierter Leitfaden, 1997.

Sune Troels Poulsen, "Offentlige udbud - lighed som grundlag for konkurrence", UfR 1998 B 61 ff.

Sune Troels Poulsen,, "Offentlige udbud og samspillet med den private sektor - belyst ved anmeldelse af 4 bøger", Juristen 1999 nr. 4 s. 155 ff.

Hans Joachim Priess, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, Carl Heymanns Verlag KG, 1994.

R

Hjalte Rasmussen, EU-ret i kontekst, GadJura, 3. udg. 1998.

Hjalte Rasmussen, On law and Policy in the European Court of Justice, Martinus Nijhoff Publisheres, 1986.

Anne Rubach-Larsen og Birte Rasmussen, "EU-udbudsreglerne: Hvornår foreligger der ulovlig forhandling", Juristen 1997 s. 315 ff.

S

Jürgen Schwarze, European Administrative Law, Sweet & Maxwell, 1992.

Lasse Simonsen, Prekontraktuel ansvar. Det almindelige prekontraktuelle ansvar. Ansvar ved gennemførelse af anbudskonkurranser, Universitetsforlaget, Oslo, 1997.

Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, EU-retten, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udg. 1999.

Michael Steinicke, Udbud og forhandling - perspektiver for fremtiden, i Juridiske Emner ved Syddansk Universitet, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.

Michael Steinicke, Forbehold i EU-udbud, EU-ret og Menneskeret 1999 s. 109 ff.

T

Peter-Armin Trepte, Public Procurement in the EC, CCH Ed. Ltd., 1993.

Steen Treumer, "EU-udbud og Prækvalifikation", UfR 1997 B 237 ff.

Steen Treumer, "The Selection of Qualified Firms to be Invited to Tender under the EC Procurement Directives", PPLR 1998, nr. 6, s. 147 ff.

Steen Treumer, "Technical Dialogue Prior to Submission of Tenders and the Principle of Equal Treatment of Tenderers", PPLR 1999, nr. 3, s. 147 ff.

Alan Tyrell & Becket Bedford (eds.), Public Procurement in Europe: Enforcement and Remedies, 1997.

W

Morten Wegener, Juridisk Metode, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udg. 1994. (3. udgaven er under udgivelse)

Peter Wengler-Jørgensen & Katja Høegh, "Tjenesteydelsesdirektivets anvendelse inden for bygge- og anlægssektoren", UfR 1994 B s. 311 ff.

Erik Werlauff, Fælleseuropæisk procesret, Europaretlige krav til dansk retspleje, Jurist og Økonomforbundets Forlag, 1997.

Friedl Weiss, Public Procurement in European Community Law, The Athlone Press, 1993

Domsregister

EF-Domstolen og Retten i Første Instans

C-33/74, van Binsbergen, Saml. 1974 s. 1299
71

C-114, 116, 119 og 120/96, Bela Mühle, Saml. 1977 s. 1211
65

C-117/76 & 16/77, Albert Ruckdeschel & Co. Saml. 1977 s. 1753
65

C-124/76 & 20/77, S.A. Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson, Saml. 1977 s. 1795
65, 66, 79

C-274/83, Kommissionen mod Italien, Saml. 1985 s. 1077
41, 43

C-199/85, Kommissionen mod Italien, Saml. 1987 s. 1039
36

C-201 og 202/85, Klensch, Saml. 1986 s. 3477
66

C-312/85, Villa Banfi, Saml. 1986 s. 4039
64

C-119/86, Spanien mod Rådet og Kommissionen, Saml. 1987 s. 4154
232

C-27-29/86, Bellini, Saml. 1987 s. 3347
272

C-31/87, Beentjes, Saml. 1988 s. 4635
32, 38, 74, 243, 272

C-45/87, Kommissionen mod Irland (Dundalk-sagen), Saml. 1988 s. 4929
20, 77

C-3/88, Kommissionen mod Italien, Saml. 1989 I s. 4035

71

C-21/88, Du Pont de Namours Italiana SpA, Saml. 1990 I s. 889

246

C-215/88, Casa Fleischhandels-GmbH, Saml. 1989 I s. 2789

93

C-360/89, Kommissionen mod Italien, Saml. 1992 I s. 3401

71

C-243/89, Kommissionen mod Danmark (Storebælt-sagen), Saml. 1993 I s. 3353

13, 14, 15, 20, 60, 93, 140, 145, 146, 148, 152, 166 ff, 176 f, 179, 265, 284

C-41/90, Höfner, Saml. 1991 I s. 1979

71

C-71/92, Kommissionen mod Spanien, Saml. 1993 I s. 5923

36

C-328/92, Kommissionen mod Spanien, Saml. 1994 I s. 1569

36

C-389/92, Ballast Nedam Groep (I), Saml. 1994 I s. 1289

133

C-55/94, Gebhard, Saml. 1995 I s. 4165

71, 268

C-57/94, Kommissionen mod Italien, Saml. 1995 I s. 1249

36

C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Saml. 1996 I s. 2043

14, 15, 23, 24, 25, 37, 43, 48, 73, 145, 146, 147, 182 ff, 211 ff, 221, 242

C-318/94, Kommissionen mod Tyskland, Saml. 1996 I s. 1949

36

C-321/94, Pistre, Saml. 1997 I s. 2343

72

T-19/95, Adia Interim, Saml. 1996 II s. 321

14, 15, 146, 188 ff, 194, 196, 198 ff

C-73/95 P, Viho (Parker-sagen), Saml. I 1996 s. 5457
133

C-236/95, Kommissionen mod Grækenland, Saml. 1996 I s. 4459
46

C-265/95, Kommissionen mod Frankrig, Saml. 1997 I s. 6959
70

C-44/96, Mannesmann, Saml. 1998 I s. 73
32, 33

C-54/96, Dorsch, Saml. 1997 I s. 4961
59

C-184/96, Kommissionen mod Frankrig, dom af 22. oktober 1998
72

T-203/96, Embassy Limousines & Services, dom af 17. december 1998
14, 15, 225, 254

C-353/96, Kommissionen mod Irland, dom af 17. december 1998
64, 74

C-360/96, Arnhem, dom af 10. november 1998
33, 62, 72

C-5/97, Ballast Nedam Groep (II), Saml. 1997 I s. 7549
133

C-212/97, Centros Limited, dom af 9. marts 1999
72

C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, dom af 18. november 1999
58

Kendelser fra Klagenævnet for Udbud

Alfabetisk

Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby Kommune (13/9 96) 47, 60, 225, 228 *f*, 239, 251, 255 *ff*, 280, 284

Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnestue mod Vestsjællands Amt (1/7 98) 53, 90, 104 *ff*, 109, 126, 130, 131, 132, 136

A/S Iver Pedersen mod I/S Reno Syd (30/5 96) 40

B4 ApS mod Holbæk Kommune (23/8 95) 92, 99, 100 *ff*, 129, 134

Cand. polit Lars Drejer, Skævinge mod Driftsselskabet Grenå-Hundested A/S (31/5 95) 49

Dafeta Trans Aps, Horsens mod Lynettefællesskabet I/S, København (10/2 97) 42, 43, 48, 55, 56

Dansk Industri mod Kolding Kommune (4/6 96) 171 *f*, 209, 238 *f*

Det Danske Handelskammer mod Danmarks Statistik (27/4 98) 186

Det Danske Handelskammer mod Horsens Kommune (7/6 96) 226 *f*

Det Danske Handelskammer mod Rigshospitalet (8/1 97) 111 *ff*, 127, 128, 135, 150, 162 *f*, 285

ELFO og Dansk VVS mod Københavns Lufthavne A/S (9/10 96) 51, 58

Enemærke & Petersen A/S mod Fællesorganisationens Boligforening, Slagelse (1/3 99) 77

Entreprenørforeningens Miljøsektion mod I/S Sønderborg Kraftvarmeværk (12/12 96) 55, 56, 57, 60

E. Pihl og Søn A/S mod I/S Avedøre Kloakværk (26/4 96) 53, 175

Esbjerg Andels Renovationsselskab A/S mod Rødning Kommune (29/10 97) 56, 253

Esbjerg Oilfield Services A/S mod Svendborg Kommune (2/4 96) 228, 246

European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S (18/11 96) 105, 108 ff, 130, 159, 181, 286

Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Frederiksberg Kommune (18/9 98) 229, 236 f

Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Kulturministeriet (8/6 95) 102, 219

Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Roskilde Kommune (13/6 96) 87, 102 ff, 119, 126

H.C. Svendsen A/S mod Birkerød Kommune (23/1 96) 49

Henning Larsens Tegnestue mod Kulturministeriet (18/5 95) 174, 195, 217

Højgaard og Schultz A/S mod Hundested Almennyttige Boligselskab (22/5 97) 43, 54, 55, 56, 177 ff, 202 f, 206 ff, 246, 278

Højgaard og Schultz A/S mod Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet (19/6 97) 43, 54, 175, 218, 225, 230 ff, 245, 246, 248, 250, 251, 259 ff, 277, 280

IBF Nord A/S og Frejlev Cementstøberi A/S mod Aalborg Kommune (21/2 96) 60 f, 182 ff

Immuno Danmark A/S mod amterne samt Hovedstadens Sygehusfællesskab (14/3 97) 73

Kommunernes gensidige Forsikringsselskab mod Boligselskabet VIBO og Assurandør Gruppen København I/S (22/6 95) 42, 244 f, 246

Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune (25/2 98) 50, 58, 118

Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune (17/3 98) 50, 59, 87, 102, 117 ff, 131, 135, 239, 258

Landinspektørerne Steen Jørgensen og Meklenborg I/S mod Skov- og Naturstyrelsen (31/1 96) 191 f, 196 f, 199, 203

L.R.Service ApS mod Solrød Kommune (1/5 97) 240, 252

Miri Stål A/S mod Ringsted Kommune (31/8 98) 186

Poul Hansen Entreprenører A/S mod Vejdirektoratet (19/8 97) 144, 193 ff, 198, 277

Praktiserende Arkitekters Råd mod Glostrup Kommune (23/1 96) 40, 43, 55, 247, 284

Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium (8/10 97) 43, 160 f, 187, 189 ff, 199, 203, 204 ff, 208 f, 219, 233, 238

Praktiserende Arkitekters Råd mod Udenrigsministeriet (3/3 97)
57

Seghers Better Technology Group mod I/S Amagerforbrændingen (18/3 99) 286

Semco Energi A/S mod Brønderslev kommune (21/9 95) 60

Semco Energi A/S mod Brønderslev Kommune (31/10 96) 48, 147, 172 ff, 210, 212 ff, 219

Siemens A/S mod Esbjerg Kommune (25/9 95) 53, 57, 73, 155, 153, 248

Tømrermester Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup boligselskab (11/11 98) 68, 75, 76 ff

Unitron Scandinavia A/S og Danske Svineproducenters Servicesselskab mod Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri (22/1 98) 58

Valle Trans-Media Byudstyr og Udendørsreklamer K/S mod Københavns Kommune (7/7 95) 124 f, 127, 129

Vognmand Bomholt A/S mod Århus Kommune (9/7 97) 229, 247, 248, 250

Vognmand Kenn Sonne mod Bornholms Fælleskommunale Affaldsbortskaffelse (3/11 94) 60

Kronologisk

Vognmand Kenn Sonne mod Bornholms Fælleskommunale Affaldsbortskaffelse (3/11 94) 60

Henning Larsens Tegnastue mod Kulturministeriet (18/5 95) 174, 195, 217

Cand. polit Lars Drejer, Skævinge mod Driftsselskabet Grenå-Hundested A/S (31/5 95) 49

Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Kulturministeriet (8/6 95) 102, 219

Kommunernes gensidige Forsikringsselskab mod Boligselskabet VIBO og Assurandør Gruppen København I/S (22/6 95) 42, 244 f, 246

Valle Trans-Media Byudstyr og Udendørsreklamer K/S mod Københavns Kommune (7/7 95) 124 f, 127, 129

B4 ApS mod Holbæk Kommune (23/8 95) 92, 99, 100 ff, 129, 134

Semco Energi A/S mod Brønderslev kommune (21/9 95) 60

Siemens A/S mod Esbjerg Kommune (25/9 95) 53, 57, 73, 155, 153, 248

Praktiserende Arkitekters Råd mod Glostrup Kommune (23/1 96) 40, 43, 55, 247, 284

H.C. Svendsen A/S mod Birkerød Kommune (23/1 96) 49

Landinspektørerne Steen Jørgensen og Meklenborg I/S mod Skov- og Naturstyrelsen (31/1 96) 191 f, 196 f, 199, 203

IBF Nord A/S og Frejlev Cementstøberi A/S mod Aalborg Kommune (21/2 96) 60 f, 182 ff

Esbjerg Oilfield Services A/S mod Svendborg Kommune (2/4 96) 228, 246

E. Pihl og Søn A/S mod I/S Avedøre Kloakværk (26/4 96) 53, 175

A/S Iver Pedersen mod I/S Reno Syd (30/5 96) 40

Dansk Industri mod Kolding Kommune (4/6 96) 171 f, 209, 238 f

Det Danske Handelskammer mod Horsens Kommune (7/6 96) 226 f

Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Roskilde Kommune(13/6 96) 87, 102 ff, 119, 126

Arbejdsgiverforeningen for Handel, Transport og Service mod Tårnby Kommune (13/9 96) 47, 60, 225, 228 f, 239, 251, 255 ff, 280, 284

ELFO og Dansk VVS mod Københavns Lufthavne A/S (9/10 96) 51, 58

Semco Energi A/S mod Brønderslev Kommune (31/10 96) 48, 147, 172 ff, 210, 212 ff, 219

European Metro Group mod Ørestadsselskabet I/S (18/11 96) 105, 108 ff, 130, 159, 181, 286

Entreprenørforeningens Miljøsektion mod I/S Sønderborg Kraftvarmeværk (12/12 96) 55, 56, 57, 60

Det Danske Handelskammer mod Rigshospitalet (8/1 97) 111 ff, 127, 128, 135, 150, 162 f, 285

Dafeta Trans Aps, Horsens mod Lynettefællesskabet I/S, København (10/2 97) 42, 43, 48, 55, 56

Praktiserende Arkitekters Råd mod Udenrigsministeriet (3/3 97) 57

Immuno Danmark A/S mod amterne samt Hovedstadens Sygehusfællesskab (14/3 97) 73

L.R.Service ApS mod Solrød Kommune (1/5 97) 240, 252

Højgaard og Schultz A/S mod Hundested Almennyttige Boligselskab (22/5 97) 43, 54, 55, 56, 177 ff, 202 f, 206 ff, 246, 278

Højgaard og Schultz A/S mod Undervisningsministeriet, Byggedirektoratet (19/6 97) 43, 54, 175, 218, 225, 230 ff, 245, 246, 248, 250, 251, 259 ff, 277, 280

Vognmand Bomholt A/S mod Århus Kommune (9/7 97) 229, 247, 248, 250

Poul Hansen Entreprenører A/S mod Vejdirektoratet (19/8 97) 144, 193 ff, 198, 277

Praktiserende Arkitekters Råd mod Københavns Pædagogseminarium (8/10 97) 43, 160 f, 187, 189 ff, 199, 203, 204 ff, 208 f, 219, 233, 238

Esbjerg Andels Renovationsselskab A/S mod Rødning Kommune (29/10 97) 56, 253

Unitron Scandinavia A/S og Danske Svineproducenters Servicesselskab mod Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri (22/1 98) 58

Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune (25/2 98) 50, 58, 118

Konkurrencestyrelsen mod Tårnby Kommune (17/3 98) 50, 59, 87, 102, 117 ff, 131, 135, 239, 258

Det Danske Handelskammer mod Danmarks Statistik (27/4 98) 186

Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnastue mod Vestsjællands Amt (1/7 98) 53, 90, 104 ff, 109, 126, 130, 131, 132, 136

Miri Stål A/S mod Ringsted Kommune (31/8 98) 186

Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Frederiksberg Kommune (18/9 98) 229, 236 f

Tømrmester Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup boligselskab (11/11 98) 68, 75, 76 ff

Enemærke & Petersen A/S mod Fællesorganisationens Boligforening, Slagelse (1/3 99) 77

Seghers Better Technology Group mod I/S Amagerforbrændingen (18/3 99) 286

Stikordsregister

Aftalemodel bag udbudsdirektiverne 140 *f*, 150, 202, 210, 220, 281

Alternative bud 148, 165, 167, 173 *f*, 184 *ff*, 209, 266, 282

-fakultative alternative bud 185 *f*

-obligatoriske alternative bud 186 *f*

Analogier fra national ret 274 *f*

Annulation, kontrolorganers annulation af ordregivers beslutninger 45 *f*, 55 *ff*

-kontroldirektivernes regulering af annullationsbeføjelsen 45 *f*

-Klagenævnet for Udbuds annullationsbeføjelse 55 *ff*, 278 *ff*

Annulation, ordregivers annulation af udbudsproceduren 223 *ff*, 271, 280

-betydningen af at annulationen sikrer eller fremmer konkurrencen 251

-betydningen af begrundelses gennemsigthed 240 *f*

-betydningen af ordregiverens hensigt 250 *f*

-betydningen af tidspunktet for annulationen 249 *f*

-betydningen af værdispildsbetragtninger 252 *f*

-betydningen af forbehold for annulation i udbudsbetingelserne 253 *f*

-fordi budgetrammen overskrides 238

-fordi en anden ydelse er mere fordelagtig 238 *f*

-fordi en anden tilrettelæggelse af udbudsproceduren er ønskelig 239 *f*

-fordi kontrolbudet er bedst 235 *ff*

-fordi ordregiver har begået væsentlige fejl 241 *ff*

-formelle krav til begrundelsen 226 *f*, 276 *f*

-materielt krav om saglig begrundelse 228 *ff*, 276

-skærpelse af det materielle krav (kravet om korrekt begrundelse) 230 *ff*, 276

-uden efterfølgende indgåelse af aftale 233 *ff*

-omgørelse af udbudsproceduren 237 *ff*, 233 *f*

Begrundelseskrav ved ordregiverens annulation af udbudsproceduren

-formelle krav 226 *f*, 276 *f*

-kravet om korrekt begrundelse 230 *ff*, 276

-materielle krav 228 *ff*, 276

Beskæring af tilbud 203 *ff*

Blacklisting 49, 59

Budgetramme 186 *f*, 200, 201, 202, 203 *ff*, 238

-angivelse i udbudsbetingelserne 204

-annulation af udbudsproceduren fordi budgetrammen overskrides 238

Diskriminationsforbud

-lighedsgrundsætninger og diskriminationsforbud 63 *f*

-Traktatens diskriminationsforbud 20, 24, 64 *ff*, 267 *ff*

Diskriminationshensigt hos ordregivere 19, 42, 283 *ff*

Domstole, nationale

-beføjelser 45 f, 60 f

-dansk retspraksis på udbudsområdet 25 ff, 60 f, 83

Erstatning 21, 27 ff, 46, 51, 54, 56, 57, 60 f, 115, 157, 184, 210, 250, 254 ff, 258 f, 264, 279

EU's udbudsregler

-begreb 29 f

-formål 22 ff

-udvikling 19 ff

-vigtigste forpligtelser efter udbudsreglerne 34 ff

Fleksibilitet i udbudsproceduren 282

Forbehold, ordregivers

-for annulation af udbudsproceduren 253 f

-for beskæring af kontrakten 208 f

Tilbudsgivers forbehold, se Udbudsbetingelser, - afvigelser fra udbudsbetingelserne

Foreløbige forholdsregler 46, 51, 52 ff, 260, 263 f, 277, 278

Forhandlingsforbudet

-afvigelser fra udbudsbetingelserne (forbehold m.v.) 166 ff, 193 ff

-afvigelser fra materielle udbudsbetingelser 170 ff

-afvigelser fra formelle udbudsbetingelser 179 ff

-alternative bud 148, 165, 167, 173 f, 184 ff, 209, 266, 282

-alternative bud, fakultative 185 f

-alternative bud, obligatoriske 186 f

-beskæring af det bedste tilbud 203 ff

-forhandling (begreb) 143 ff

-forhandling efter tildeling af kontrakten 150 ff

-forhandling efter udbudsbekendtgørelsen indtil tildeling 149 f

-forhandling før udbudsbekendtgørelsen 148 f

-forhandling med bedste tilbudsgiver 200 ff

-forhandlingsforbudets formål 141, 142 f

-forsyningsvirksomheders adgang til forhandling 36 f, 141 f

-Fælleserklæringen om forhandling 139 f, 143, 145, 146 ff, 154, 162, 167, 169, 187, 198, 270

-præcisering 141, 144, 145, 147 ff, 156, 162, 164, 174, 187 ff, 204

-retsgrundlag 139 ff, 146 ff

-supplering 145

-tidsmæssig udstrækning af forhandlingsforbudet 148 ff

-udbud efter forhandling 15, 31, 35 ff, 108, 122 f, 139, 143, 149, 151, 152, 159, 174, 205, 212, 218 f, 270

-ændring af udbudsbetingelserne efter budgivningen 209 ff

Formål

-forhandlingsforbudet 141, 142 f

-udbudsreglerne 22 ff

Formålsfortolkninger i praksis fra Klagenævnet for Udbud 183, 276 f

Fælleserklæringen om forhandling 139 f, 143, 145, 146 ff, 154, 162, 167, 169, 187, 198, 270

Gennemførelseslovgivning

-dansk 17, 30, 52, 54, 55, 95, 201

-udenlandsk 45, 46, 95, 232

Gennemsigtighed ved annullation af udbudsproceduren 227, 233, 237 f, 240 f, 242, 244, 249, 252, 253

Gennemsigtighedsprincippet 23 ff, 164, 170, 200, 211 ff, 216, 219 f, 233, 244, 249

GPA-aftalens artikel VI, stk. 4 87, 92 ff, 100 f, 270 f

Grænseoverskridende aktivitet, kravet om 71 ff, 19, 268

Grænseoverskridende budgivning 19, 72, 286

Handlepligter 34 ff, 69 f, 267

Harmonisering af udbudsområdet 272 f

Hensigtens betydning

-for tilbudsgivers inhabilitet 129 f

-for ordregivers annullation af udbudsproceduren 250 ff

-ved afvigelser fra udbudsbetingelserne 168

Hypotetisk påvirkning af den fri bevægelighed 72 f, 268

Inhabilitet

-afhjælpning 138

-aftale om rådgiverens udelukkelse fra efterfølgende udbudsprocedure 105, 106, 136 f

-begreb 88 f

-betragtningen om teknisk dialog i udbudsdirektivernes præambler 91, 92 ff, 270 f, 277, 288

-dialog med betalte rådgivere 99 ff

-dialog med den hidtidige leverandør 115 ff

-dialog med en rådgiver for både ordregiver og tilbudsgiver 87, 99, 105, 107 ff, 120, 130

-dialog med en virksomhed der har foretaget udviklingsarbejde 122 f

-dialog med kendte leverandører 111 ff

-forebyggelse 138

-forringelse af teknisk dialog grundet restriktiv fortolkning 87 f, 135 f

-hensigten med den tekniske dialog 129 f

-GPA-aftalens artikel IV, stk. 4 87, 92 ff, 100 f, 270 f

-inddragelse af andre rådgivere eller konkurrenter i dialogen 134

-informationsoverskud 86, 103 f, 107, 114, 126 f

- koncernselskabers inhabilitet 90, 132 f
- omfanget af rådgivningen 85, 109, 110, 111, 125, 130
- påvirkning af udbudsmaterialet til rådgivers fordel 38, 86, 94 ff, 99, 100, 101, 102, 107, 109, 112, 118, 120 ff, 123, 125, 128, 129, 134 f
- retsgrundlaget for inhabilitet efter udbudsreglerne 91 ff
- skræddersyede udbudsspecifikationer 38, 100 f, 107, 112, 118, 121, 134 f
- substitution af ordregiverens sagsbehandling 131
- substitution af medarbejdere hos den potentielle tilbudsgiver 90, 104 ff, 131 ff
- tid, fordel i 86, 102, 112 f, 127
- tilbudsgivernes tillid til ordregiveren 90 f, 127 f
- videreformidling af oplysninger til konkurrerende tilbudsgivere 126 f

Interesseafvejning

- ligebehandlingsprincippet relevans 26, 266
- lav vægtning af det offentliges interesse i udbudsreglerne 25 ff, 54, 266 f
- opprioritering af det offentliges interesse i dansk klagenævnspraksis 278 ff

Klagenævnet for Udbud

- annullation af ordregiverens beslutninger 55 ff, 225, 255 ff, 278 ff,
- gennemslagskraft 278 ff
- klageberettigede 49 f
- konstatering af overtrædelser 51, 278
- medlemmer 47 f
- officialprincippet, anvendelse af 40, 43, 50, 55, 191, 240, 246
- opsættende virkning 46, 51, 52 ff, 260, 263 f, 277, 278
- pragmatisk fortolkningsstil 48 f, 281 f
- procedure 47 ff
- præjudiciel forelæggelse 58 f
- pålæg om lovliggørelse 57 f
- sagsomkostninger 49

Kontraheringspligt 254 ff

Kontraheringsmodel bag udbudsdirektiverne 140 f, 150, 202, 210, 220, 281

Kontrolbud 235 ff, 253

Konkurrencestyrelsen

- beføjelser 59 f
- klager til Klagenævnet for Udbud 59, 117 ff
- Kvalifikation af tilbudsgivere 38 ff

Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler

- i EF-domstolens praksis 15
- i EU's udbudsdirektiver 13
- lighedsgrundsætning sui generis 68 ff, 267 ff

Lighedsgrundsætninger

- almindelig lighedsgrundsætning i dansk forvaltningsret 81 ff
- almindelig lighedsgrundsætning i dansk statsret 80 f
- almindelig lighedsgrundsætning i EU-retten 64 ff, 75 ff
- Lighedsgrundsætninger og diskriminationsforbud 63 f

Modsatningsslutninger fra udbudsdirektiverne 273 f

Mindstekrav i forbindelse med alternativt bud 182 f

Offentlig indkøber, se Ordregiverbegrebet

Officialprincippet 40, 43, 50, 55, 191, 240, 246

Ordregiverbegrebet 31 ff, 74

Pragmatisk fortolkningsstil, se Klagenævnet for Udbud

Prissætning af forbehold 176 ff

Prototyper, se Inhabilitet, -dialog med en virksomhed der har foretaget udviklingsarbejde

Præambel, betragtninger om teknisk dialog i 91, 92 ff, 270 f, 277, 288

Præcisering 141, 144, 145, 147 ff, 156, 162, 164, 174, 187 ff, 204

-af forbehold 193 ff

-af priser 188 ff

-af tilbudets omfang 196 f

Præjudiciel forelæggelse 58 f

Prækvalifikation (kvalifikation af tilbudsgivere) 38 ff

Rådgiver for ordregiver eller for både ordregiver og tilbudsgiver, se Inhabilitet

Sui generis, lighedsgrundsætning 68 ff, 267 ff

Spørgemøder (spørgerunder) 126, 134, 138, 155, 156, 164, 204

Teknisk dialog, Se Inhabilitet

Tildelingskriterier 23, 25, 29, 34, 38, 40, 41 ff, 49, 57, 69, 85, 109, 124, 125, 137, 138, 140, 167, 169, 185, 193, 197, 201, 208, 211, 238, 241 ff, 248, 259, 279, 280, 281, 282

-manglende bekendtgørelse 42 f, 241 f

-ulovlige tildelingskriterier 38, 40, 43, 241 f

Tidsfrister i udbudsdirektiverne 44 f

Tidsplaner i udbudsbetingelserne 174 ff, 217 ff, 260, 262 f

Tilbudsfristen 45, 150, 156, 179, 182 f

Tærskelværdier 33

Udbud efter forhandling 15, 31, 35 ff, 108, 122 f, 139, 143, 149, 151, 152, 159, 174, 205, 212, 218 f, 270

Udbudsbetingelser

- afvigelser fra formelle udbudsbetingelser 170 ff
- afvigelser fra materielle udbudsbetingelser 179 ff
- grundlæggende udbudsbetingelser 140, 144, 145, 148, 150, 151, 152, 166 ff, 193 ff, 198 f, 201 ff, 207, 214
- ændring af tidsplanen i udbudsbetingelserne 174 ff, 217 ff, 260, 262 f
- ændring af tildelingskriterier 211, 242 ff
- ændring af udbudsbetingelser efter budgivningen 209 ff
- ændring af vedståelsesfristen 216 f, 261 f

Udbudsformer 35 ff

Udviklingsarbejde, Se Inhabilitet, - dialog med en virksomhed der har foretaget udviklingsarbejde

Vedståelsesfristen, ændring af 216 f, 261 f

Værdispildsbetragtninger 180, 199, 243, 252 f, 281

Væsentlighedsvurdering, konkret 48, 97 f, 103 f, 144, 160, 168 f, 237, 278 ff