

Dialog før og under udbuds- processen

Februar 2018



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Dialog før og under udbudsprocessen

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby
Tlf.: +45 41 71 50 00
E-mail: kfst@kfst.dk

Online ISBN 978-87-7029-692-2

Vejledningen er udarbejdet af
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Februar 2018

Indhold

Kapitel 1	
Indledning.....	4
Kapitel 2	
Markedsdialog før udbuddet.....	8
2.1 Markedsdialog kan optimere udbudsmaterialet.....	8
2.2 Hvad siger reglerne om mulighederne for dialog?	10
2.3 Hvordan kan dialogen foregå?.....	12
2.4 Dialog i praksis – hvor går grænsen?	14
Kapitel 3	
Dialog efter offentliggørelse – før fristens udløb	20
3.1 Behov for dialog efter offentliggørelse.....	20
3.2 Hvad siger reglerne om at supplere og ændre i udbudsmaterialet?	21
3.3 Hvordan suppleres udbudsmaterialet?.....	25
3.4 Ændringer i udbudsmaterialet i praksis – hvor går grænsen?.....	29
Kapitel 4	
Dialog under de fleksible udbudsprocedurer	35
4.1 Behov for dialog	35
4.2 Hvad siger reglerne?	36
4.3 Hvordan kan dialogen under de fleksible udbudsprocedurer foregå?.....	38
4.4 Dialog i praksis – hvor går grænsen?	39
Kapitel 5	
Dialog efter tilbudsfristens udløb, og indtil kontraktens indgåelse.....	41
5.1 Behov for dialog efter modtagelse af tilbud	41
5.2 Hvad siger reglerne om mulighederne for dialog?	42
5.3 Hvordan kan dialogen efter tilbudsfristen foregå?.....	46
5.4 Dialog efter modtagelse af tilbud – hvor går grænsen?	46

Kapitel 1

Indledning

Dialog med markedet er vigtigt for at skabe en effektiv konkurrence om offentlige opgaver. Du kan have en dialog med virksomheder, før du udarbejder udbudsmaterialet og helt frem til, at du offentliggør udbudsbekendtgørelsen.

Med udbudsloven er der skabt vide og klare rammer for markedsdialogen mellem ordregivere og leverandører. Det gælder især, før udbuddet offentliggøres. Dialogen kan her antage mange former og være både mundtlig og skriftlig, men skal foregå under overholdelse af principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Dialogen kan foregå som et enkelt spørgsmål til en virksomhed om faktuelle oplysninger om fx en opgave eller et produkt, eller den kan forløbe som samtaler med flere virksomheder, om hvad markedet aktuelt kan tilbyde. Den kan også foregå som et egentligt rådgivningsarbejde, hvor ordregiveren betaler en virksomhed for at udarbejde fx forundersøgelser i forbindelse med et udbud.

Dialog med markedet før udbuddet kan bl.a. give ordregiver en indsigt i, hvordan markedet fungerer, og hvilke krav markedet kan leve op til. Informationerne kan bruges til at udarbejde et udbudsmateriale, hvor ordregivers behov matches bedst muligt med det, markedet kan levere. Dette kan være med til at afhjælpe, at ordregiver stiller for dyre eller for høje krav, som markedet ikke kan efterleve. Stiller ordregiver højere krav, end hvad der er nødvendigt i forhold til den konkrete opgave, kan det resultere i højere priser, og at ordregiver evt. ender med at annullere udbuddet. Dette kan resultere i unødigt høje transaktionsomkostninger for både ordregiver og tilbudsgivere.

Under udbudsprocessen og efter modtagelsen af tilbud er muligheden for dialog mere begrænset. Rammerne for denne dialog er reguleret i udbudsloven. Loven regulerer, i hvilket omfang ordregiver har mulighed for at supplere eller lave ændringer i et offentliggjort udbudsmateriale, samt hvilke muligheder ordregiver har for at få rettet eventuelle fejl og mangler i de indkomne tilbud. Hvis ordregiver gør brug af disse muligheder for dialog, kan det i nogle situationer være med til at afhjælpe, at det ikke bliver nødvendigt at annullere et udbud.

Dialog med markedet før og under udbudsprocessen er som udgangspunkt et godt redskab til at sikre en effektiv konkurrence, hvis dialogen er tilrettelagt under hensyntagen til den konkrete opgave, både set i forhold til opgavens værdi og opgavens kompleksitet. En dialog, der ikke tilfører opgaven eller udbudsprocessen værdi, vil resultere i unødvendige transaktionsomkostninger for både ordregivere og tilbudsgivere.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplever ofte, at virksomheder og ordregivere er tilbageholdende med at indgå i dialog. Det kan medføre, at mulighederne i udbudsloven for dialog går tabt. Formålet med denne vejledning er at udviske usikkerheden og derved fremme dialogen mellem ordregiverne og virksomhederne før og under udbudsprocessen.

Vejledningen indeholder en gennemgang af, hvordan du som ordregiver udnytter mulighederne for at indhente informationer fra virksomheder før et udbud, samt hvilke muligheder og rammer der er for dialog under selve udbudsprocessen, og indtil kontrakten indgås.

Der kan dog opstå situationer, hvor man som ordregiver kan komme i tvivl, om dialogen kan favorisere enkelte virksomheder. For hvornår fører dialogen til en konkurrencefordel for den virksomhed, man taler med? Og hvilken type dialog er tilladt under udbudsprocessen? Hvilke

ændringer må man fx foretage i det offentliggjorte udbudsmateriale? Og hvilke rammer er der for at kunne få berigtiget eventuelle fejl eller mangler i et modtaget tilbud? De spørgsmål giver denne vejledning bl.a. svar på.

Vejledningen skal med andre ord bidrage til en forståelse af, hvordan, hvornår og under hvilke omstændigheder dialogen kan foregå.

Målgruppen for vejledningen er primært ansatte hos ordregivere. Det vil sige offentlige indkøbere og udbudskonsulenter i alle typer af offentlige myndigheder og offentligretlige organer, dvs. staten, regioner, kommuner, uddannelsesinstitutioner m.v. Virksomheder, der byder på offentlige opgaver, vil også finde vejledningen relevant i situationer, hvor der opstår tvivl om, hvor meget dialog virksomheden må have med en ordregiver.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i denne udgave af vejledningen ændret formuleringen i boks 5.4 om "Forbehold om leveringsomkostninger" på side 47. I vejledningen fra januar 2018 stod der:

"Forbeholdet om betaling for tillægsleverancer vedrører ikke et grundlæggende element, og ordregiveren kan derfor ikke afvise tilbuddet, men må i stedet prissætte forbeholdet."

Det er nu rettet til:

"Forbeholdet om betaling for tillægsleverancer vedrører ikke et grundlæggende element, og ordregiveren har derfor ikke pligt til at afvise tilbuddet. Ordregiver har ret til ikke at tage tilbuddet i betragtning. Vælger ordregiver at tage tilbuddet i betragtning, skal forbeholdet prissættes."

Vejledningens opbygning og indhold

Vejledningen er opdelt i kapitler, der beskriver mulighederne for dialog i tre forskellige faser i en udbudsproces, jf. figur 1.1. Den første fase er før udbuddet igangsættes og er ordregiverens planlægningsfase. Derefter kommer fasen efter offentliggørelse af udbuddet, men før tilbud er afgivet, dvs. den periode, hvor tilbudsgiverne udarbejder deres tilbud. Det er særskilt beskrevet, hvordan dialogen under de fleksible udbudsprocedurer kan foregå. Tredje fase er efter modtagelse af tilbud, men før der indgås kontrakt. Kapitlerne kan læses hver for sig alt efter, hvilken fase af et udbud man befinder sig i.

Figur 1.1 Faser og mulighed for dialog før og under et udbud



Boks 2.1

**Hovedbudskaber
Dialog før og under ud-
budsprocessen****Bred adgang til dialog før udbuddet**

- » Ordregivere har en bred adgang til dialog med markedet forud for et udbud. Det er tilladt at søge eller modtage rådgivning fra virksomheder til brug for udarbejdelse af udbudsmaterialet. Dialog kan anvendes til at afdække forhold, der kan bidrage til et bedre udbudsmateriale.
- » Dialogen skal ske under overholdelse af principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Dialogen må ikke føre til at en eller flere virksomheder opnår en konkurrencefordel, der ikke kan udlignes.
- » I langt de fleste situationer kan en konkurrencefordel udlignes ved, at ordregiver gør relevant materiale tilgængeligt for alle tilbudsgiverne og forlænger tidsfristerne. Hvis en virksomhed får en konkurrencefordel der ikke kan udlignes, skal virksomheden udelukkes fra at deltage i udbuddet.
- » Der er ingen formelle krav til hvordan dialogen skal foregå, men har ordregiver dialog med flere virksomheder kan det være med til at sikre at enkelte virksomheder ikke bliver favoriseret.

Dialog efter offentliggørelse, men før fristens udløb

- » Efter offentliggørelse af udbudsmaterialet er der en begrænset adgang til dialog. Ordregivere kan meddele supplerende oplysninger eller supplerende dokumenter til udbudsmaterialet. Disse skal meddeles tilbudsgiverne senest seks dage før tilbudsfristens udløb.
- » Dialogen skal være skriftlig, og alle potentielle tilbudsgivere skal have de samme informationer. Supplerende oplysninger kan både være i form af oplysninger, der supplerer eller præciserer udbudsmaterialet.
- » Der er også mulighed for at foretage visse ændringer i udbudsmaterialet. Uvæsentlige ændringer er tilladte, mens væsentlige ændringer kræver en forlængelse af fristen. Det er ikke muligt at foretage ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Grundlæggende ændringer vil kræve et nyt udbud.
- » Hvad der i et udbud udgør en grundlæggende ændring, vil bero på en konkret vurdering af ændringen, og hvorvidt ændringen vil påvirke feltet af potentielle ansøgere eller tilbudsgivere eller fordreje konkurrencen.
- » Ændringer af mindstekrav er ikke i sig selv i strid med udbudsreglerne – de vil bero på en vurdering af ændringens betydning i det konkrete udbud.

De fleksible udbudsprocedurer

- » De fleksible udbudsprocedurer giver mulighed for dialog under selve udbudsprocessen. Her kan man som udgangspunkt forhandle eller have en dialog om alt, dog med undtagelse af grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.
- » Ved udformningen af udbudsmaterialet er det afgørende at ordregiver nøje overvejer, hvilke krav der fastsættes som mindstekrav, og hvilke elementer man ønsker at forhandle om.
- » Det vil være en konkret vurdering, hvad der udover mindstekrav og kriterier for tildeling udgør grundlæggende elementer. De elementer som ordregiver har indikeret, at man vil forhandle om, kan ikke anses som grundlæggende elementer.
- » Under forhandlingerne skal alle behandles lige. Alle tilbudsgivere gives de samme muligheder for at forbedre deres tilbud inden for de rammer, som ordregiver har sat for forhandlingerne. Ordregiver skal også sikre tilstrækkelig dokumentation af forhandlingsmøderne, som dokumenterer ligebehandling af tilbudsgiverne fx ved referater, lyd- eller videooptagelser.

Adgang til dialog om de modtagne tilbud

- » Ordregiver har begrænset adgang til dialog efter modtagelse af tilbud. Ordregiver har mulighed for dialog med tilbudsgiverne i forhold til at få rettet eventuelle fejl og mangler i de modtagne tilbud.
- » Der er mulighed for at få præciseret, suppleret eller fuldstændiggjort oplysninger i et tilbud. Dette skal ske under overholdelse af principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Alle tilbudsgivere skal gives de samme muligheder for at rette eventuelle fejl.

- » Ordregiver må have dialog med henblik på at få rettet fejl i tilbud, når det er åbenlyst, at der er behov for afklaring, eller der er tale om åbenlyse indholdsmæssige fejl. Muligheden for at rette fejl må ikke føre til, at der fremsættes et nyt tilbud.
- » Det er ordregivers ret, men ikke pligt, at få præciseret, suppleret eller fuldstændiggjort et tilbud.
- » Dialogen skal foregå skriftlig af bevismæssige årsager. Det er dog muligt at afholde tilbudspræsentationer inden for rammerne af ligebehandlingsprincippet, men præsentationerne må ikke introducere nye elementer i tilbuddene. Ordregiver skal kunne dokumentere at forhandlingsforbuddet ikke er overtrådt under et præsentationsmøde.

Kapitel 2

Markedsdialog før udbuddet

Figur 2.1 Markedsdialog før udbuddet



Under forberedelsen af et udbud kan en markedsdialog med potentielle leverandører hjælpe med at afdække forhold, der kan bidrage til at optimere udbudsmaterialet. Det er fuldt ud tilladt, at ordregiver har en dialog med markedet enten for at opnå et markedskendskab eller for at søge egentlig rådgivning i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmaterialet.

Dialogen må ikke føre til, at en eller flere virksomheder opnår en væsentlig konkurrencefordel. En virksomhed kan opnå en væsentlig fordel, hvis den kommer i besiddelse af flere relevante oplysninger end de øvrige virksomheder. I langt de fleste situationer kan ordregiveren afhjælpe dette ved at gøre relevant materiale tilgængeligt for alle tilbudsgiverne og give længere frister, så alle tilbudsgivere får lige muligheder og tid til at sætte sig ind i materialet. Har en tilbudsgiver fået en væsentlig konkurrencefordel, der ikke kan afhjælpes, er ordregiver forpligtet til at udelukke virksomheden fra at deltage i udbuddet.

Der er ingen formelle krav til, hvordan en dialog skal foregå, men dialog med flere virksomheder kan være med til at forebygge at enkelte virksomheder bliver favoriseret.

2.1 Markedsdialog kan optimere udbudsmaterialet

En konstruktiv dialog mellem ordregivere og virksomheder er vigtig for at skabe en effektiv konkurrence om en offentlig kontrakt. Før udbuddet offentliggøres, kan ordregiveren foretage en såkaldt markedsundersøgelse¹. Ordregiver kan fx kontakte virksomheden, som hidtil har haft kontrakten for at få faktuelle oplysninger om opgaven, eller tage kontakt til konkurrenterne for at afdække, om der er opstået nye måder at løse opgaven på siden sidste udbud.

¹ Jf. udbudslovens § 39.

Ordregivere kan have et behov for at indgå dialog med en eller flere virksomheder for at få overblik over, hvilke produkter, ydelser eller bygge- og anlægsarbejder der er på et bestemt marked. Det kan fx være for at få nye ideer til løsning af en bestemt opgave. Samtidig kan det også være relevant at finde ud af, hvordan selve markedet fungerer: om der fx er mange konkurrenter, om markedet bærer præg af en hurtig udvikling, hvilke krav der kan fordyre indkøbet m.v.

Dialog kan også tage afsæt i, at en virksomhed kontakter ordregiveren for at gøre opmærksom på nye løsninger, nye produkter eller alternative opgaveløsninger.

Boks 2.1 Eksempel

Bygningsstyrelsen opfordrer til dialog med markedet

Bygningsstyrelsen opfordrer direkte leverandører og brancheorganisationerne til dialog om kommende indkøb på Bygst.dk:

The screenshot shows the website for Bygningsstyrelsen. The header includes navigation links like 'KUNDER', 'VIDEN OM', 'PROJEKTER', 'EJENDOMME', and 'UDBUD'. A search bar is present with the text 'Jøg leder efter:'. The main content area is titled 'Dialog med Bygningsstyrelsen' and contains the following text:

Bygningsstyrelsen ønsker fortsat at udvikle sig som byggherre og blive bedre. Vi vil være bedre til at lære af egne projekter. Men vi vil også lære ved at være i dialog med vores leverandører og brancheorganisationerne om, hvad vi gør godt, og hvor vi kan forbedre os. Vi er også interesseret i andres gode erfaringer, kontakt til samarbejdspartnere i forhold til kommende projekter og i at blive klogere på særlige kompetencer og nykvaliteter i branchen.

Udfyld blanketten under Anmod om dialog, og vi kontakter dig så vidt muligt inden for 10 arbejdsdage. Alle får svar, men Bygningsstyrelsen forbeholder sig generelt ret til at prioritere og sortere i henvendelserne ud fra den merværdi, vi vurderer at kunne få ud af en dialog om et givent emne. Henvendelsers relevans vurderes efter to kriterier:

- Henvendelser om invitation til at byde på projekter
- Dialog om fx brancheudfordringer, ny viden, produkter eller ydelser, som kan nyttiggøres på tværs af Bygningsstyrelsens projekter.

Vær opmærksom på, at Bygningsstyrelsen normalt ikke går i dialog om konkrete projekter, der sættes i udbud inden for fire uger. Det skyldes hensyn til det EU-retlige ligestillingsprincip.

Har du spørgsmål, er du også velkommen til at skrive til dialog@bygst.dk.

Denne side er opdateret den 28. juli 2017 af Peter Eg Pedersen

➤ ABONNER PÅ DENNE SIDE

Læs nærmere på www.bygst.dk

En opgaves tekniske kompleksitet kan betyde, at ordregiveren får et behov for viden fra markedet for at kunne beskrive opgaven tilstrækkelig præcist. Det kan ske via dialog med virksomheder, eller at man indgår aftale om et rådgivningsarbejde, hvor en eller flere virksomheder udfører et forberedende rådgivningsarbejde i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsmaterialet. Det kan være fx udførelse af studier, forskning, undersøgelser eller udvikling.

Ordregiveren kan bruge dialogen med virksomhederne til at afdække, hvilken udbudsprocedure der vil være bedst egnet til at udbyde en opgave. Er der fx mange potentielle tilbudsgivere på markedet, kan et begrænset udbud være den bedst egnede procedure. Dialogen kan også bruges til at skabe klarhed over, om løsningen kræver tilpasning til ordregivers konkrete behov, så opgaven fx kan udbydes efter proceduren *udbud med forhandling* eller som *konkurrencepræget dialog*.

Den indledende markedsundersøgelse er en forudsætning, hvis man vil anvende proceduren innovationspartnerskaber. Ordregiveren skal for at kunne anvende proceduren have et behov

for at udvikle en innovativ vare, tjenesteydelse eller bygge- og anlægsarbejde, der ikke allerede findes på markedet. Formålet med markedsundersøgelsen er for det første at afdække, om der allerede eksisterer løsninger på markedet, som kan imødekomme ordregiverens behov, og for det andet at medvirke til at konkretisere det behov ordregiver har, således at det kan danne grundlaget for et udbud.²

2.2 Hvad siger reglerne om mulighederne for dialog?

Den indledende markedsundersøgelse er direkte reguleret i udbudslovens § 39. Det fastlægges indledningsvist, at ordregiver før udbuddet kan gennemføre en markedsundersøgelse med henblik på at udforme udbuddet og informere virksomheder om ordregiverens indkøbsplaner og krav i forbindelse med udbuddet. I den forbindelse kan ordregiver have dialog med virksomheder på markedet.

Det er også reguleret i bestemmelsen, at det er muligt at modtage rådgivning i forbindelse med planlægning og til gennemførelsen af udbuddet, så længe det sker inden for rammerne af de grundlæggende principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.³

Ligebehandlingsprincippet medfører, at en virksomhed ikke kan udelukkes fra et udbud alene, fordi den har ydet ordregiveren rådgivning før udbuddet af en opgave. Det vil være i strid med ligebehandlingsprincippet. I praksis fra Klagenævnet for Udbud er det slået fast, at ordregiveren skal godtgøre, at en virksomhed gennem den rådgivning, den har ydet, har opnået en væsentlig konkurrencefordel i forhold til andre interesserede virksomheder, før virksomheden kan og skal udelukkes fra at deltage i udbuddet, såkaldt rådgiverinhabilitet. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at Klagenævnet vil foretage samme vurdering efter mulighederne for markedsdialog er blevet direkte reguleret i udbudslovens § 39.

Bestemmelsen om indledende markedsundersøgelser tager både afsæt i retspraksis fra EU-domstolen og i praksis fra Klagenævnet for Udbud. Denne praksis bygger på, at dialog med markedet kan ske under overholdelse af de grundlæggende EU-retlige principper. Dialog med markedet er derfor muligt, uanset efter hvilke regler – over eller under EU-tærskelværdierne – kontrakten skal udbydes.

Ordregiver skal iagttage de grundlæggende principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Det følger derfor af udbudslovens § 39, stk. 2, at ordregiver skal træffe passende foranstaltninger for at undgå, at der sker en konkurrencefordrejning til fordel for den eller de virksomheder, der har ydet rådgivning eller på anden måde deltaget i en indledende markedsundersøgelse, såfremt de også deltager i udbuddet.

En virksomhed kan blandt andet opnå en væsentlig konkurrencefordel ved at have fået en særlig indsigt i den udbudte opgave. Eller den kan have præget ordregiverens valg af produkter eller udformning af udbudsmaterialet. Dette kan komme til udtryk både i form af fordele i forbindelse med at opfylde ordregiverens tekniske krav eller i forbindelse med en tidsmæssig fordel ved udarbejdelsen af tilbud.

Konkurrencefordelen kan opstå, hvor virksomheden har ydet ordregiveren egentlig rådgivning omkring udarbejdelse af udbudsmaterialet (fx fastlæggelse af de tekniske krav eller tilde-

² Du kan læse nærmere om de fleksible udbudsprocedurer og betingelserne for at anvende disse i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*, kapitel 5.

³ Jf. udbudslovens § 2.

lingskriterierne), eller hvor virksomheden har foretaget et forberedende arbejde (fx undersøgelser og forsøg) for ordregiveren til brug for udarbejdelse af udbudsmaterialet.

Ordregiveren skal altid foretage en konkret vurdering af, om den rådgivende virksomhed har opnået en væsentlig konkurrencefordel, der ikke kan afhjælpes med mindre indgribende foranstaltninger end ved udelukkelse fra udbuddet.

Det fremgår af bestemmelsen, at passende foranstaltninger som minimum omfatter, at ordregiver så vidt muligt skal sikre:

- » At de relevante oplysninger, der er udvekslet under dialogen med virksomheden, indgår i udbudsmaterialet, således at alle virksomheder har lige adgang til den samme information.
- » At fastsætte tidsfristerne for modtagelse af ansøgninger og tilbud, så de udligner den tidsmæssige fordel, som en virksomhed kan have opnået ved involvering i forberedelsen af udbuddet – enten ved at de har deltaget i en dialog eller har ydet rådgivning.

Det følger af udbudslovens § 39, stk. 3, at dialog i udbuddets forberedende fase i visse situationer kan føre til udelukkelse af en virksomhed. Hvis ordregiver vurderer, at en virksomhed har opnået en væsentlig konkurrencefordel, og der dermed er skabt en konkurrencefordrejning som ikke kan afhjælpes med mindre indgribende foranstaltninger, er ordregiver forpligtet til at udelukke virksomheden i medfør af udbudslovens § 136, nr. 2.⁴ Dvs. når udelukkelse er den eneste måde, hvorpå ordregiveren kan sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet.

En udelukkelse medfører, at den pågældende virksomhed ikke må deltage i konkurrencen og dermed afgive tilbud på opgaven. Det er ordregiver, der skal bevise, at konkurrencefordrejningen som følge af den indledende markedsundersøgelse ikke kan afhjælpes med mindre indgribende foranstaltninger.

Inden en eventuel udelukkelse, skal ordregiver give virksomheden mulighed for at godtgøre, at deltagelsen i forberedelsen af udbudsproceduren ikke har givet den en fordel, der resulterer i en fordrejning af konkurrencen.⁵ Denne mulighed kaldes i daglig tale "self-cleaning". Det er ordregiver, der ud fra en konkret vurdering tager stilling til, om virksomheden har dokumenteret sin "pålidelighed" tilstrækkeligt.⁶

Udelukkes en virksomhed fra at deltage i et udbud, er det muligt at påklage ordregiverens beslutning om udelukkelse til Klagenævnet for Udbud, hvis virksomheden vurderer, at der er sket en overtrædelse af udbudsreglerne.⁷

⁴ For en nærmere gennemgang af reglerne om udelukkelse af tilbudsgivere se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*, kapitel 9.

⁵ Jf. udbudslovens § 138, stk. 2.

⁶ For en nærmere gennemgang af reglerne om "self-cleaning" henvises til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*, kapitel 9.

⁷ Jf. Lov om Klagenævnet for Udbud, samt www.klfu.dk.

Boks 2.2 Opsummering

Hvad siger reglerne?

- » Det er fuldt ud tilladt, og ofte særdeles nyttigt, at føre dialog med virksomheder for at opnå et markedskendskab eller søge rådgivning til udarbejdelse af udbudsmaterialet.
- » Dialogen må ikke føre til, at en eller flere virksomheder opnår en væsentlig konkurrencefordel, fx ved at være i besiddelse af flere relevante oplysninger end de øvrige tilbudsgivere.
- » En virksomhed, der har opnået en væsentlig konkurrencefordel, der ikke kan afhjælpes, skal udelukkes. En konkurrencefordel kan i nogle situationer afhjælpes fx ved at gøre relevant materiale tilgængeligt og forlænge fristerne.

2.3 Hvordan kan dialogen foregå?

Der er få formelle krav til, hvordan en dialog i udbuddets forberedende fase skal foregå, eller i hvilket omfang en ordregiver kan have dialog med virksomheder, der potentielt kan have interesse i at afgive tilbud på en udbudt opgave. Ordregiver kan derfor selv tilrettelægge, om dialogen skal foregå mundtlig eller skriftlig, om der skal indledes dialog med en enkelt virksomhed, med flere virksomheder eller med samtlige virksomheder på det pågældende marked.

Ordregiveren bestemmer også selv, om dialogen skal ske enkeltvis med hver virksomhed eller ved at samle alle virksomhederne til et fælles dialogmøde. Man skal dog som ordregiver være opmærksom på, at der kan være en risiko for, at virksomhederne koordinerer deres tilbud, hvis de samles⁸. Virksomhederne kan også være tilbageholdende med at give oplysninger på fællesmøder, da de risikerer, at konkurrenterne får adgang til følsomme informationer om produkter, strategier eller lign. Det kan derfor være en fordel at afholde individuelle møder med virksomhederne. Ordregiveren kan også overveje at rette henvendelse til brancheorganisationerne i stedet for virksomhederne.

Ordregiver skal tilrettelægge dialogen mest hensigtsmæssigt, så det er muligt at indhente den nødvendige information uden at påføre virksomheden unødige transaktionsomkostninger.

Udbudsloven § 5, stk. 3, fastsætter den formelle begrænsning for den mundtlige kommunikation. Heraf fremgår det, at kommunikation om grundlæggende elementer ikke må være mundtlig. Med grundlæggende elementer menes fx, at afgivelse af udbudsmaterialet, ansøgninger og tilbud ikke kan ske mundtligt⁹. Der må gerne kommunikeres mundtligt om elementer, der ikke er grundlæggende, og en dialog forud for et udbud vil som udgangspunkt ikke være om grundlæggende elementer. Afholder ordregiver en mundtlig dialog i denne fase, anbefales det, at der bliver skrevet referater eller lavet lydoptagelser af møderne, så det kan dokumenteres, hvad der er blevet drøftet. Det vil kun være i sjældne tilfælde, at sådanne referater har et indhold, der gør dem relevante at inddrage i udbudsmaterialet.

For at skabe en god og konstruktiv dialog må virksomhederne, der melder sig til at deltage i en dialog, også være indstillet på at bidrage med input. Hvis ikke virksomhederne er det, risikerer fordelene ved dialogen at blive forpasset.

⁸ Se i øvrigt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Bliver din kommune snydt?* for yderligere anbefalinger til, hvordan man undgår karteller, monopoler og unødvendige omkostninger. Vejledningen kan findes her: <http://www.kfst.dk>

⁹ Ansøgninger eller tilbud kan dog godt indeholde dele der ikke karakteriseres som skriftlige, jf. bl.a. lovbemærkningerne til udbudsloven § 5, stk. 3.

Dialog med én eller enkelte bestemte virksomheder kan synes som en fordel på markeder, hvor de enkelte virksomheder tilbyder mere eller mindre de samme løsninger. Når ordregiveren vælger kun at søge rådgivning hos én virksomhed med henblik på at fastlægge de tekniske specifikationer eller udformning af udbudsmaterialet, er der imidlertid en risiko for, at ordregiveren uforvarende kommer til at udarbejde sine krav til produkter, ydelser eller bygge- og anlægsarbejder eller udformning af udbudsmaterialet på en måde, der udgør en væsentlig konkurrencefordel for virksomheden.

Det anbefales derfor, at man trods en vis ensartethed i markedsydelseerne alligevel søger dialog med et bredere udsnit af markedet og overvejer, om det kan være relevant at gå i dialog med udenlandske virksomheder.

Ønsker ordregiveren et bredt kendskab til de løsninger, som markedet kan tilbyde, vil det være en fordel for ordregiveren at rette henvendelse til en større kreds af virksomheder. Det kan fx ske ved, at ordregiveren via en forhåndsmeddelelse i EU-tidende opfordrer interesserede virksomheder til at deltage i et møde, hvor de får mulighed for at præsentere mulige løsninger. Er der tale om et marked med mange potentielle leverandører, kan man evt. angive, hvordan man vil udvælge de virksomheder, der inviteres til dialog.

Boks 2.3 Eksempel

Bygningsstyrelsen inviterer til markedsdialog

Bygningsstyrelsen bruger forhåndsmeddelelsen til at indkalde interesserede markedsaktører og potentielle tilbudsgivere til en indledende markedsdialog om udbud af konkrete byggeprojekter. Markedsdialogen kan ske med henblik på, at udbuddet kan tilrettelægges og gennemføres, så udbuddet dels opfylder de forventninger og behov som bygherren har, og dels svarer til de muligheder som markedet kan tilbyde.

Markedsdialogen kan fx være som et to timers plenummøde, hvor man fx starter med en gennemgang af projektet efterfulgt af en åben dialog om de udfordringer og fordele som markedsaktørerne ser ved diverse udbudsstrategier.

Et sådant plenummøde kan også efterfølges af, at interesserede markedsaktører tilkendegiver deres interesse for, om de kan være interesserede i at deltage i individuelle møder.

En anden mulighed er, at ordregiveren via en vejledende forhåndsmeddelelse opfordrer alle interesserede virksomheder til at komme med kommentarer til en foreløbig beskrivelse af den udbudte opgave. Herved sikrer ordregiveren, at alle interesserede virksomheder har mulighed for at blive hørt om specifikke dele af udbudsmaterialet, og at udbudsmaterialet ikke bliver skræddersyet til en enkelt virksomheds løsninger. Ordregiveren kan fx anmode virksomhederne om, at kommentarerne sendes skriftligt til ordregiveren eller gives mundtligt på et fælles møde, hvor alle interesserede virksomheder får mulighed for at deltage.

Boks 2.4 Opsummering

Hvordan kan dialogen foregå?

- » Der er ingen formelle krav til, hvordan en dialog skal foregå.
- » Dialog med flere virksomheder kan afhjælpe favorisering af enkelte virksomheder.
- » De fastsatte krav skal gøre det muligt for flere virksomheder at afgive tilbud.
- » Alle relevante oplysninger, fx resultater fra rådgivning forbundet med opgaven, skal være tilgængelige for alle.
- » Fastsættelse af en passende tidsfrist for aflevering af tilbud kan være med til at udligne eventuelle konkurrencefordele.

2.4 Dialog i praksis – hvor går grænsen?

Det er tilladt for ordregivere at have en dialog med markedet under forberedelsen af et udbud, forudsat at det ikke medfører en væsentlig konkurrencefordrejning.

I praksis kan der dog opstå en række spørgsmål om, hvor grænserne går for en kontakt med markedet. I det følgende beskrives nogle af de typiske situationer, hvor man som ordregiver kan blive i tvivl om, hvem man må føre dialog med, hvor grænsen for dialog før udbuddet går, samt hvilke forholdsregler man kan tage for at udjævne eventuelle konkurrencefordele.

Er det tilladt at føre dialog med den eksisterende leverandør?

Det kan være svært for en ordregiver at vurdere, hvor meget dialog man må have med den eksisterende leverandør inden et nyt udbud iværksættes. Leverandøren vil ofte have oparbejdet særlig viden om den pågældende opgave, der kan være nødvendig viden for ordregiveren for forberedelsen af det nye udbud.

Der er typisk en tæt dialog mellem en ordregiver og en leverandør i forbindelse med selve udførelsen af den eksisterende kontrakt. Dette vil i manges øjne opfattes som en fordel i forhold til de øvrige potentielle tilbudsgivere, og den tætte forbindelse mellem ordregiver og den eksisterende leverandør kan medføre bekymringer i markedet.

Dialog forbundet med udførelsen af den eksisterende kontrakt er naturligvis tilladt, og der er ingen begrænsninger forbundet hermed. Problemet opstår kun i forbindelse med iværksættelsen af nyt udbud, hvor den eksisterende leverandør kan være i besiddelse af vigtige oplysninger om den opgave der skal udbydes.

For at sikre ligebehandlingen i konkurrencen om en kommende kontrakt skal ordregiveren sikre sig, at dialogen med en eksisterende leverandør udelukkende har til formål at skaffe de nødvendige faktuelle oplysninger om varetagelsen af opgaven eller oplysninger om markedet. Denne form for dialog er tilladt og medfører, at ordregiver hverken er berettiget eller forpligtet til at udelukke en tilbudsgiver, der har deltaget i en sådan dialog.

En eksisterende leverandør er ikke udbudsretligt forpligtet til at udlevere alle oplysninger om varetagelsen af en opgave. Ordregiveren kan derfor overveje at indføre en forpligtelse i kontrakten om, at leverandøren skal udlevere specifikke og relevante oplysninger til brug ved ordregiverens næste udbud. Leverandøren skal samtidig være opmærksom på, at der gennem det hidtidige samarbejde kan være særlig viden om den udbudte opgave, der giver leverandøren en konkurrencefordel. For ikke at blive udelukket fra at deltage i udbuddet bør virksomheden derfor levere de efterspurgte oplysninger, hvis de har relevans for den udbudte opgave.

Boks 2.5 Eksempel

Den tidligere leverandør har særlig viden, der ikke offentliggøres

En ordregiver udbyder en tjenesteydelseaftale om tømning af spildevandstanke. Det fremgår af udbudsmaterialet, at virksomhederne både skal afgive tilbud på ordinære tømninger (dvs. tømninger efter en forud fastlagt plan) og ekstraordinære tømninger (dvs. tømninger efter særlig bestilling). Det forventede antal af ekstraordinære tømninger fremgår ikke af udbudsmaterialet.

Kun den virksomhed, som ordregiveren hidtil har haft kontrakt med om udførelse af den udbudte opgave, har en viden om antallet af ekstraordinære tømninger. Idet antallet af ekstraordinære tømninger er relevant for virksomhedernes afgivelse af tilbud, opnår virksomheden en konkurrencefordel i forhold til andre virksomheder.

Ordregiveren overtræder dermed ligebehandlingsprincippet, hvis ikke den relevante information offentliggøres.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. september 2000, Svend B. Thomsen A/S mod Blåvandshuk Kommune. Se også Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. juni 2009, Eurest A/S mod Copenhagen Business School der vedrører den situation, hvor ordregiveren ikke har oplyst om de medarbejdere, som skal overdrages i henhold til virksomhedsoverdragelsesloven.

Ligebehandlingsprincippet indebærer, at ordregiveren skal sikre, at alle nødvendige oplysninger gøres tilgængelige for samtlige interesserede virksomheder, så de ligestilles i konkurrencen.

Den eksisterende leverandør har dog ret til at tilbageholde fortrolige oplysninger, fx tekniske hemmeligheder og forretningshemmeligheder. Der kan også opstå situationer, hvor det vil være enten umuligt eller urimeligt at bede ordregiveren om at udjævne den fordel, som en eksisterende leverandør har. Dette gør sig gældende i tilfælde, hvor en udligning er teknisk kompliceret, uforholdsmæssig dyr, eller hvor den eksisterende leverandørs rettigheder til-sidesættes.¹⁰ I sidstnævnte tilfælde tænkes hovedsageligt på beskyttelsen af fortrolige oplysninger såsom knowhow, virksomhedshemmeligheder etc.

Må ordregiver have dialog om tekniske krav og udformning af udbudsmaterialet?

Hovedformålet med en dialog om tekniske krav er at tilrettelægge et udbudsmateriale, der bidrager til en effektiv konkurrence og et indkøb af den bedst mulige kvalitet til den lavest mulige pris. Det er derfor helt naturligt, at en ordregiver fastsætter de tekniske krav og i det hele taget tilrettelægger udbudsmaterialet på baggrund af en dialog med markedet.

Baserer ordregiveren de tekniske krav på baggrund af oplysninger fra en enkelt eller meget få virksomheder, er der en risiko for, at enkelte virksomheder opnår konkurrencemæssige fordele.

Boks 2.6 Eksempel

Rådgivning, der ikke er sket til gunst for virksomheden

En ordregiver overvejer at udbyde distribution af medicin til de enkelte hospitaler. Ordregiveren går i dialog med en virksomhed om opgavens indhold. Virksomheden anbefaler ordregiveren, at opgaven vedrører distribution af varer fra ca. 70 nærmere angivne mindre virksomheder. Endvidere anbefaler virksomheden, at udbudsmaterialet indeholder en tilbudsliste med en oversigt over de 70 virksomheder og stikprøve på de varer, der skal distribueres.

Trods en ret tæt kontakt mellem ordregiveren og virksomheden, og at virksomheden har haft indflydelse på udformningen af udbudsmaterialet, vurderer Klagenævnet for Udbud, at ligebehandlingsprincippet ikke er overtrådt. Udbudsmaterialet var ikke udformet i et egentligt samarbejde med den rådgivende virksomhed, og virksomheden havde ikke andre oplysninger end de øvrige deltagere i udbuddet.

Den rådgivende virksomhed er i en sådan situation ikke inhabil og skal derfor ikke udelukkes fra at deltage i udbuddet.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 8. januar 1997, Det Danske Handelskammer mod Rigshospitalet. Se også kendelse af 26. marts 2010, Einar Kornerup Jylland A/S mod Ejerforeningen Parkvænget.

Det er fuldt ud tilladt at føre dialog med virksomheder om tekniske krav til den efterspurgte anskaffelse og dermed indirekte også om udformningen af udbudsmaterialet. Ordregiveren bestemmer selv, hvilke tekniske krav der skal stilles i udbuddet. Som hovedregel vil Klagenævnet for Udbud ikke gøre indsigelser i de situationer. Undtagelsen er dog, hvis ordregiveren ikke kan angive en saglig og proportional begrundelse for de tekniske krav, der er stillet hen-set til den begrænsning af konkurrencen, som kravene medfører.

En fordrejning af konkurrencen kan eksempelvis opstå, hvis en ordregiver uden saglig grund fastsætter sine krav til den pågældende ydelse således, at kun en enkelt virksomhed er i stand til at byde på kontrakten.

¹⁰ Se for eksempel sag T-345/03 EuroPaiki Dynamiki mod Kommissionen.

**Boks 2.7
Eksempel****Rådgivning, der er sket til gunst for virksomheden**

En ordregiver overvejer at udbyde en kontrakt om levering af inventar til en bygning. Ordregiveren kontakter en virksomhed for at få input til udformningen af udbudsmaterialet. Virksomheden udarbejder blandt andet en inventarfortegnelse. Denne inventarfortegnelse svarer helt overvejende til de produkter, som den rådgivende virksomhed forhandler.

Virksomhedens påvirkning af ordregiverens valg af produkter og udformningen af udbudsmateriale er sket til gunst for virksomheden. I en sådan situation er virksomheden inhabil, og er derved udelukket fra at deltage i udbuddet.

Note: Klagenævnet for Udbud kendelse af 23. august 1995, B4 ApS mod Holbæk Kommune. Se også kendelse af 13. januar 2004, Pihl & Søn mod Hadsund Kommune, og kendelse af 24. marts 2009, FMT mod Vestforbrænding.

Ordregiveren gør derfor klogt i ikke at basere sine krav på en dialog med en enkelt virksomhed, men bør i stedet sikre sig et repræsentativt billede af markedet ved at inddrage flere virksomheder.

Må virksomheder, der har ydet rådgivning, deltage i det efterfølgende udbud?

Ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet kan ordregiver have behov for at modtage mere konkret rådgivning.

Ved konkret rådgivning anmoder ordregiveren en virksomhed om assistance mod betaling for den pågældende ydelse. Når virksomheden modtager betaling, kan den pågældende rådgivningsydelse være udbudspligtig, hvis den overstiger EU-tærskelværdien eller den kan kræve offentliggørelse, hvis den har klar grænseoverskridende interesse. Der kan fx i forbindelse med bygge- og anlægsopgaver være behov for indledende tekniske undersøgelser, som ordregiver køber af virksomheder, der udover den indledende rådgivning også vil være både kompetent til og interesseret i at deltage i det efterfølgende udbud.

Indledende tekniske undersøgelser kan for eksempel være udarbejdelsen af en bygningsmæssig funktionsanalyse, tilstandsvurdering af eksisterende bygninger, skitseforslag for ombygninger, byggetekniske undersøgelser, grafiske fremstillinger og lignende. Det vil være nærliggende for forbigåede tilbudsgivere at antage, at et sådant rådgivningsforhold har medført en væsentlig konkurrencefordel, og at det således udgør brud på ligebehandlingsprincippet.

En virksomhed, som yder rådgivning for en ordregiver til brug for udarbejdelse af udbudsmaterialet, kan blive udelukket fra efterfølgende at deltage i udbuddet. Det følger dog af praksis fra Klagenævnet for Udbud, at der skal en del til, før et rådgivningsarbejde fører til krav om udelukkelse ved et efterfølgende udbud.

Ordregivere har også rig mulighed for at udjævne eventuelle opståede konkurrencefordele. Man behøver derfor ikke af disse grunde være tilbageholdende med at modtage rådgivning i tilknytning til et udbud.

Boks 2.8 Eksempel

Forudgående rådgivning gav ikke virksomhed fordel

En ordregiver udbyder energibesparende foranstaltninger i en række af ordregiverens bygninger. En rådgiver havde lavet et forstudie, som angik en mindre del af de bygninger, der var omfattet udbuddet.

Rapporten fra forstudiet indgik i udbudsmaterialet, og ordregiveren havde udjævnet konkurrencefordelen ved at fastsætte en længere tilbudsfrist. Rådgiveren havde ikke opnået en konkurrencefordel.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. marts 2011, YIT mod Skov- og Naturstyrelsen.

Jo mere omfattende rådgivningsarbejdet er, jo større risiko er der for, at virksomheden har opnået særlig viden om det efterfølgende udbud, som de øvrige tilbudsgivere ikke er i besiddelse af.

Ved særlig viden forstås viden, der er konkret for den pågældende udbudte anskaffelse. Har en virksomhed opnået viden, eksempelvis gennem et tidligere kontraktforhold med den samme ordregiver om en tilsvarende eller helt ens opgave, henhører det under virksomhedens generelle kompetence og kan ikke medføre udelukkelse fra konkurrencen.

Tidligere udført rådgivning kan være så omfattende, at bevisbyrden vendes om, så ordregiveren skal godtgøre, at den pågældende virksomhed ikke har opnået en væsentlig fordel i forbindelse med samarbejdet. Det kan for eksempel være, hvis en ordregiver udbyder omfattende totalrådgivning, og en potentiel tilbudsgiver udfører rådgivning for ordregiveren, der består af udarbejdelse af en tilbudsangående byggeteknisk undersøgelse, en helhedsplan samt deltagelse i den gruppe, der styrer projektet.

I sådan en situation betragtes virksomheden som rådgiver gennem hele forberedelsen af udbuddet. På denne måde modtager rådgivervirksomheden en overordentlig stor mængde oplysninger, som øvrige tilbudsgivere ikke kan være i besiddelse af. Et omfattende og tæt samarbejde af den karakter vil udelukke en virksomhed fra at blive udvalgt eller fra, at deres tilbud kan tages i betragtning. Dette til trods for, at ordregiveren gør rapporterne fra rådgivningen samt mødereferater tilgængelige for alle.

Boks 2.9 Eksempel

Rådgivningens omfang gav konkurrencefordel

En ordregiver udbyder totalrådgivning i forbindelse med en omfattende renovering af et større antal etagehuse. Under hele forberedelsen af udbuddet havde ordregiver modtaget rådgivning fra to virksomheder, der fungerede som henholdsvis totalrådgiver og rådgivende ingeniør. Virksomhederne deltog aktivt i møderne i projektgruppen, og de løste en række mangeartede opgaver. Virksomhederne modtog en overordentlig stor mængde oplysninger, og de udarbejdede flere rapporter om vitale dele af renoveringsarbejdet, herunder økonomien.

Det materiale, der endte med at være en del af udbudsmaterialet, var ikke tilstrækkeligt til, at udligne konkurrencefordelene. De rådgivende virksomheder var derfor inhabile og skulle have været udelukket fra deltagelse i udbuddet.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. maj 2006, Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening.

I vurderingen skal ordregiveren se på, om den udførte rådgivning afdækker alle relevante problemstillinger i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsmaterialet, eller om rådgivningen er begrænset til en mindre del heraf. Jo tættere samarbejdet er, og jo længere tid det strækker sig over, des større er risikoen også for en formodning om, at rådgivningsvirksomheden har opnået en væsentlig konkurrencefordel igennem samarbejdet.

Hvad er relevant materiale, når en konkurrencefordel skal udlignes?

Eventuelle konkurrencefordele kan udlignes ved, at ordregiveren gør den særlige viden, som en rådgiver kommer i besiddelse af, tilgængelig for alle. Informationsgrundlaget for udarbejdelsen af tilbud er af afgørende betydning, og offentliggørelsen af relevant materiale fra den tidligere udførte rådgivning tillægges stor betydning i klagesager. Hvor det er relevant, skal ordregiver videregive oplysninger. Man kan således også godt forestille sig situationer forud for et udbud, hvor der er foretaget undersøgelser og udarbejdet dokumentationsmateriale i forbindelse med rådgivningen, uden at dette materiale har afgørende relevans for deltagelse i udbuddet.

Ordregiveren skal finde den rette balance i forhold til, hvad der udgør relevante oplysninger, som bør offentliggøres, og hvad der ikke er relevante oplysninger, som derimod medfører et unødigt stort dokumentationsmateriale, der svækker gennemsigtigheden.

Boks 2.10 Eksempel

Ingen fordel – resultatet af det forberedende arbejde er gjort tilgængeligt for alle

En ordregiver udbyder totalrådgivning i forbindelse med renovering af en bygning. Forud for udbuddet får ordregiveren en virksomhed til at foretage en tilstandsvurdering af den eksisterende bygning. Informationerne udgives i en rapport. Rapporten vedlægges udbudsmaterialet, og alle relevante informationer, der er tilvejebragt i forbindelse med undersøgelsen af bygningen er tilgængelige for alle interesserede virksomheder.

Den rådgivende virksomhed har derfor ikke en konkurrencefordel i form af særlig viden om den udbudte opgave. Virksomheden er derfor ikke inhabil og kan ikke udelukkes fra at deltage i udbuddet.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 1. juli 1998, Arkitektfirmaet C.F. Møllers Tegnastue mod Vestsjællands Amt. Se også Klagenævnet for Udbuds kendelse af 13. juni 1996, Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Roskilde Kommune.

Fastsættelsen af en passende tidsfrist kan ligeledes bruges til at udligne den tidsmæssige fordel, som en tidligere rådgiver har opnået. Det er ikke muligt generelt at fastsætte, hvad der udgør en passende tidsfrist. Det kommer an på omfanget og karakteren af det forberedende arbejde. Når ordregiveren fastsætter tidsfristen for tilbudsafgivelse, skal der tages højde for den tid, det tager de øvrige tilbudsgivere at oparbejde det samme vidensgrundlag, som rådgiveren har opnået.

Har ordregiver gjort de væsentligste resultater af den tidligere rådgivning tilgængelige og taget højde for den rådgivende virksomheds tidsmæssige fordel ved at fastsætte en passende frist for afgivelse af tilbud, vil virksomheden i en sådan situation som udgangspunkt ikke være inhabil og må ikke udelukkes fra at deltage i udbuddet.

Kun i helt særlige tilfælde vil disse forholdsregler ikke være tilstrækkelige til at udjævne konkurrencefordelene, der er opstået ved den tidligere rådgivning. Eksempelvis, hvor samarbejdet er forløbet over en længere årrække, hvor rådgiveren har fungeret som rådgiver igennem hele forberedelsen af udbuddet og deltaget aktivt i styringen af projektet, eller hvis ordregiver har tilrettelagt udbudsmaterialet således, at rådgiveren opnår en væsentlig konkurrencemæssig fordel.

Boks 2.11
Opsummering**Hvor går grænsen for dialog?**

- » Et udbudsmateriale, der er udarbejdet på baggrund af oplysninger indhentet fra en dialog med eksisterende leverandør, medfører som udgangspunkt ikke væsentlige konkurrencefordele.
- » Relevante oplysninger og resultater af en forudgående rådgivning skal være tilgængelige, så alle potentielle tilbudsgivere har samme informationsgrundlag.
- » En passende frist for afgivelse af tilbud, kan være med til at udligne en rådgivers eventuelle konkurrencemæssige fordel.
- » En konkurrencefordel, der ikke kan udlignes, resulterer i, at virksomheden er inhabil og skal udelukkes fra at deltage i det pågældende udbud.

Kapitel 3

Dialog efter offentliggørelse – før fristens udløb

Figur 3.1 Dialog efter offentliggørelse – før fristens udløb



Efter udbuddet er offentliggjort, har ordregiver mulighed for at meddele supplerende oplysninger til udbudsmaterialet. Dette kan bl.a. ske på baggrund af spørgsmål fra tilbudsgiverne. Supplerende oplysninger skal meddeles senest seks dage før tilbudsfristens udløb. Denne dialog skal være skriftlig, og alle potentielle tilbudsgivere skal have de samme informationer. Supplerende oplysninger kan både være oplysninger, der supplerer eller præciserer udbudsmaterialet.

Ordregiver har i denne fase også mulighed for at foretage visse ændringer i udbudsmaterialet. Uvæsentlige ændringer er tilladte, mens væsentlige ændringer kræver en forlængelse af fristen. Det er ikke muligt at foretage ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Grundlæggende ændringer vil kræve et nyt udbud.

Det vil bero på en konkret vurdering, hvad der i et udbud udgør en grundlæggende ændring, og hvorvidt ændringen vil påvirke feltet af potentielle ansøgere eller tilbudsgivere eller fordreje konkurrencen. Ændringer af mindstekrav er ikke i sig selv i strid med udbudsreglerne – men vil bero på en vurdering af ændringens betydning i det konkrete udbud.

3.1 Behov for dialog efter offentliggørelse

Når ordregiveren har offentliggjort udbuddet og før tilbudsfristens udløb, vil virksomhederne ofte have et behov for at stille ordregiveren spørgsmål om forståelsen af udbudsmaterialet. Det kan for eksempel være spørgsmål til de krav eller ønsker, som ordregiveren har stillet til den udbudte ydelse, eller spørgsmål til de krav, der er stillet til virksomhedernes egnethed til at deltage i udbuddet.

En ordregiver kan også have behov for at vurdere, om man kan rette eventuelle fejl eller mangler i det offentliggjorte udbudsmateriale. Jo bedre dialog man har haft før udbuddet, des bedre forebygger man dog disse situationer.

Muligheden for at få afdækket eventuelle misforståelser eller uklarheder af udbudsmaterialet er central. For det første medvirker det til at sikre flest mulige forskriftsmæssige tilbud, hvilket øger konkurrencen om opgaven, og dermed sikrer den bedst mulige pris og kvalitet i de tilbudte løsninger. For det andet er det centralt for at forebygge en ellers øget risiko for at skulle annullere udbuddet.

Det er ikke usædvanligt, at en ordregiver gennem spørgsmål fra virksomhederne bliver gjort opmærksom på, at udbudsmaterialet indeholder fejl eller mangler. Det kan fx være upræcise formuleringer eller uhensigtsmæssige krav til den udbudte opgave. Ordregiver kan derfor have behov for at præcisere, supplere eller ændre oplysningerne i udbudsmaterialet.

Det kan være vanskeligt at vurdere, hvornår og i hvilket omfang det er tilladt at rette udbudsmaterialet under udbuddet. Mange ordregivere vælger derfor at annullere udbuddet i stedet for at rette eventuelle fejl og mangler. En analyse fra Rådet for Offentlig Privat Samarbejde viste, at hvert sjette udbud af offentlige kontrakter i Danmark blev annulleret, og at godt halvdelen af disse annullationer skyldtes fejl og mangler i udbudsmaterialet.¹¹

Det kan være dyrt for både ordregiverne og leverandørerne, hvis udbud annulleres unødigt. Selv om et udbud annulleres, inden der er afgivet tilbud, har leverandørerne haft omkostninger i form af den tid, de har brugt på udarbejdelse af tilbuddet og andet forberedende arbejde. For ordregiveren betyder et annulleret udbud, at man – i det omfang de fortsat ønsker opgaven udført eksternt – skal bruge tid og ressourcer på at genudbyde kontrakten.

Det er derfor vigtigt, at ordregiverne undersøger mulighederne for at præcisere, supplere eller ændre i udbudsmaterialet under udbudsprocessen i stedet for unødigt at annullere udbuddet.

3.2 Hvad siger reglerne om at supplere og ændre i udbudsmaterialet?

Det følger af udbudslovens § 134, at ordregiver har mulighed for at meddele eventuelle supplerende oplysninger om udbudsmaterialet og supplerende dokumenter senest seks dage før udløbet af både ansøgnings- eller tilbudsfristen.¹²

Herudover følger det af udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2, at ordregiver kan foretage visse ændringer i udbudsmaterialet. Ved ændringer, der karakteriseres som *væsentlige ændringer*, er ordregiver forpligtet til at forlænge ansøgnings- eller tilbudsfristen, mens det ikke er tilladt at foretage ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

I det følgende redegøres for, hvad der menes med supplerende oplysninger, samt forskellen på *uvæsentlige*, *væsentlige* og *grundlæggende ændringer*. Til slut beskrives reglerne for beregning af seks-dages-fristen.

Supplerende oplysninger

Udbudslovens § 134 vedrører meddelelse af supplerende oplysninger om udbudsmaterialet og supplerende dokumenter, men bestemmelsen fastsætter alene den tidsmæssige ramme for ordregivers mulighed for at meddele supplerende oplysninger. Det er derimod en vurdering i henhold til de generelle principper i udbudslovens § 2, hvorvidt ordregiver kan meddele konkrete supplerende oplysninger eller dokumenter.

¹¹ Rådet for Offentlig-Privat Samarbejde: *Analyse af annullationer af EU-udbud* fra den 31. oktober 2014.

¹² Ved brug af hasteprocedure er fristen fire dage jf. udbudslovens § 134, stk. 2.

Endvidere vil det være en konkret vurdering under hensyntagen til de generelle principper, hvorvidt ordregiver er forpligtet til at meddele supplerende oplysninger. Ordregiver kan fx være forpligtet hertil, hvis de supplerende oplysninger om udbudsmaterialet sikrer, at ansøgere eller tilbudsgiverne har de samme oplysninger, eller at de supplerende oplysninger sikrer en ens forståelse af udbudsmaterialet. Ordregiveren giver supplerende oplysninger i de situationer, hvor udbudsmaterialet mangler oplysninger, som kan være relevante for leverandørernes afgivelse af tilbud.

Fristen for meddelelse af supplerende oplysninger omfatter tilføjelse af både oplysninger, der ikke tidligere var tilgængelige, og oplysninger, der præciserer udbudsmaterialet, hvor noget er uklart beskrevet.

Som ordregiver giver man typisk præciserende oplysninger i situationer, hvor udbudsmaterialet viser sig at være uklart beskrevet. Det kan være en nærmere beskrivelse af, hvad der forstås ved de enkelte krav i kravspecifikationen, hvilke krav der er mindstekrav, henholdsvis krav, hvor der konkurreres på en meropfyldelse, og denne meropfyldelse er en del af kriterierne for tildeling, og hvilke kriterier der hører til hvilke underkriterier.¹³

Boks 3.1 Eksempel

Supplerende oplysninger

Supplerende oplysninger kan fx være oplysninger om det forventede omfang, fx baseret på ordregivers skøn eller opgørelse over den nuværende leverandørs leverancer, som ordregiver har glemt at angive i udbudsmaterialet.

Spørgsmål, der ikke giver anledning til præciseringer, men som alene er henvisninger til tydelige dele af udbudsmaterialet, vil ikke være supplerende oplysninger om udbudsmaterialet i henhold til denne bestemmelse. Sådanne præciseringer må godt foretages efter udløbet af seks-dages-fristen.¹⁴ Det kan fx være spørgsmål om, hvor tilbuddet skal afleveres, forudsat at det tydeligt fremgår af udbudsmaterialet, og at der ikke er behov for yderligere præciseringer.

Fristen for supplerende oplysninger

En ordregiver skal senest seks dage før udløbet af fristen for afgivelse af ansøgning eller tilbud meddele eventuelle supplerende oplysninger om udbudsmaterialet og supplerende dokumenter.¹⁵ Denne frist skal sikre, at ansøgere eller tilbudsgivere som minimum får seks hele dage til at forholde sig til supplerende oplysninger og supplerende dokumenter, som ordregiveren meddeler forud for fristens udløb.

Frister skal beregnes i henhold til fristforordningen¹⁶. Fristen for supplerende oplysninger er angivet i dage, og den skal derfor beregnes efter reglerne for beregning af frister i dage¹⁷. Frister i dage skal beregnes fra det øjeblik, hvor en begivenhed indtræffer, eller en handling foretages, men den dag, i løbet af hvilken begivenheden eller handlingen sker, skal ikke medregnes.

¹³ Se eksempel på præciserende oplysninger i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. september 2012, Responce A/S mod Region Midtjylland. Se også Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. august 2009, Mölnlycke Health Care ApS mod Region Hovedstaden. I sagen havde ordregiver ikke tilstrækkeligt klart beskrevet, hvad der var minimumskrav hhv. konkurrencekrav. Desuden var det ikke tilstrækkeligt klart beskrevet i udbudsmaterialet, hvilke delkriterier, som hørte til hvilke underkriterier, kvalitet hhv. funktionalitet.

¹⁴ Jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 134.

¹⁵ Ved brug af hasteprocedure er fristen fire dage, jf. udbudslovens § 134, stk. 2.

¹⁶ Rådets forordning nr. 1182/71 af 3. juni 1971.

¹⁷ Fristforordningens artikel 3, stk. 1, 2. pkt., og stk. 2, litra b.

Det fremgår desuden af fristforordningen, at en tidsfrist angivet i dage indledes med begyndelsen af den første dag, og udløber med udgangen af den sidste time på fristens sidste dag.

Når ansøgere eller tilbudsgivere skal have seks dage til at forholde sig til supplerende oplysninger, vil en tilbudsfrist, fx den 10. januar kl. 12.00, betyde, at den 9. januar er fristens første dag. For at få seks fulde dage vil fristens sidste dag - og dermed fristen for meddelelse af supplerende oplysninger - være den 3. januar med udgangen af dagen (kl. 23.59). Tilbudsgiverne får dermed den 4. 5. 6. 7. 8. 9. januar til at forholde sig til oplysningerne.¹⁸

Falder den sidste dag af en frist angivet i dage på en lørdag, søndag eller helligdag er udgangspunktet, at fristen først udløber med udgangen af den følgende arbejdsdags sidste time. Dette gælder ikke ved frister, hvor der regnes tilbage fra en bestemt dato eller begivenhed.¹⁹ Ved fastsættelsen af fristen for supplerende oplysninger regnes der tilbage fra en bestemt dato. Dette betyder, at fristens sidste dag (i eksemplet den 3. januar) gerne falde på en lørdag, søndag eller helligdag.

Ændringer i udbudsmaterialet

Visse oplysninger kan umiddelbart opfattes som supplerende oplysninger, men udgør reelt en ændring af udbudsmaterialet. Det gælder fx nye krav til den udbudte opgave eller til leverandørernes egnethed.²⁰

En ændring af udbudsmaterialet skal forstås som en erstatning af oplysninger med nye oplysninger, tilføjelse af nye oplysninger eller at oplysninger udgår. Oplysningerne af denne type ændrer indholdet i udbudsmaterialet. Det kan både være oplysninger i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale. Og det kan være ændringer i kontraktens genstand, fx krav om, at de udbudte kuglepenne skal være røde i stedet for blå, eller at en bygning skal opføres i tre etager i stedet for to, eller ændringer i kontraktvilkårene, fx at en misligholdelse af kontrakten kan medføre pålægning af dagsbod eller ophævelse af kontrakt.

I forbindelse med ændringer i udbudsmaterialet sondres der mellem uvæsentlige ændringer, væsentlige ændringer og ændringer af grundlæggende elementer.²¹ Det er ikke alle ændringer, der er tilladte at foretage i henhold til udbudsloven. Uvæsentlige ændringer er tilladte, mens væsentlige ændringer kræver en forlængelse af fristen for aflevering af ansøgninger eller tilbud, og ændringer af grundlæggende elementer kan ikke foretages uden en fornyet udbudsprocedure.

¹⁸ Hvis fristens sidste dag havde været den 4. januar kl. 23.59, ville tilbudsgiverne kun have fået 5 ½ dag til at forholde sig til oplysningerne. For at tilbudsgiverne kan få seks fulde dage til at forholde sig til oplysningerne, vil fristens sidste dag være den 3. januar. Denne beregning af fristen afviger fra den beregning, der fremgår af lovbemærkningerne til udbudslovens § 134, hvor principperne bag beregningsmetoden i fristforordningens artikel 3, stk. 2, litra a, om beregning af frister i timer, er anvendt til at beregne fristen, for at sikre at tilbudsgiverne får mindst seks fulde dage til at forholde sig til supplerende oplysninger. Dette betyder, at der af lovbemærkningerne fremgår det eksempel, hvor en tilbudsfrist udløber den 10. januar kl. 12.00, så skal supplerende oplysninger være meddelt senest kl. 10.59 den 4. januar. Frister skal beregnes efter bestemmelserne i fristforordningen. Fristforordningen tager ikke eksplicit stilling til, hvordan frister i dage beregnes, når et specifikt tidspunkt på dagen er fastsat til at være afgørende. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har derfor forelagt spørgsmålet, om beregning af seks-dagesfristen for EU-Kommissionen, som har bekræftet, at fristen skal beregnes efter fristforordningens regler for beregning af frister i dage (Fristforordningens artikel 3, stk. 2, litra b), og tilbudsgiverne skal have seks hele dage. Halve dage indgår således ikke i beregningen. Lovbemærkningerne er derfor på dette punkt ikke i overensstemmelse med fristforordningens beregning af frister i dage. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at denne beregningsmetode for frister angivet i dage også skal anvendes ved beregningen af frister i henhold til § 93.

¹⁹ Jf. Rådets forordning nr. 1182/71 af 3. juni 1971, artikel 3, stk. 4.

²⁰ Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. marts 2008, AV Form A/S mod Esbjerg Kommune m.fl., hvori klagenævnet udtalte, at ordregivers eftersendelse af tilbudsliste tre uger før tilbudsfrist ikke kunne anses for en supplerende oplysning.

²¹ Jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 2.

Hvorvidt en ændring er grundlæggende, væsentlig eller uvæsentlig beror i alle tilfælde på en konkret vurdering.

Uvæsentlige ændringer

Uvæsentlige ændringer i udbudsmaterialet er mindre justeringer og tilpasninger, der ikke påvirker den tid, som en ansøger eller tilbudsgiver skal bruge på at forstå og udarbejde en ansøgning eller et tilbud. Derudover kan uvæsentlige ændringer heller ikke have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Særligt vil ændringer i oplysninger, der ikke vedrører den udbudte ydelse eller leverandørernes egnethed, være uvæsentlige, fx hvor ordregiver ændrer til, at der kræves en underskrift på ESPD'et.

En uvæsentlig ændring vil ikke medføre et reelt behov for en udskydelse af tidsfristen for at neutralisere ændringens betydning for konkurrencen.

Væsentlige ændringer

Væsentlige ændringer skal forstås som ændringer, der indebærer, at leverandørerne har brug for længere tid til at forstå udbudsmaterialet og udforme ansøgninger eller tilbud. Som følge heraf skal væsentlige ændringer i henhold til § 93, stk. 4, nr. 2, medføre, at fristen for modtagelse af ansøgning eller tilbud skal forlænges.

Væsentlige ændringer kan eksempelvis være nye oplysninger til udbudsmaterialet.

Boks 3.2 Eksempel

Væsentlige ændringer

Ændringer i form af frafald af tekniske krav til den udbudte ydelse er som udgangspunkt grundlæggende, men kan i konkrete tilfælde betragtes som en ændring, der ikke er grundlæggende.

Ordregivers frafald af et teknisk krav til nogle udbudte høreapparater udgjorde ikke en ændring af et grundlæggende element, da det ikke blev sandsynliggjort, at kravet havde haft indvirkning på potentielle tilbudsgiveres beslutning om at deltage i udbuddet. Ved frafald af kravet havde ordregiver forlænget tilbudsfristen.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. maj 2013, Widex DK A/S mod Kommunernes Landsforening. Se også kendelse af 17. juni 2014, GN ReSound Danmark A/S mod Amgros I/S.

Væsentlige ændringer er således tilladte, men kræver, at tidsfristerne for ansøgning eller tilbud forlænges. Forlængelse af en ansøgnings- eller tilbudsfrist skal være passende og skal ske under hensyntagen til karakteren af ændringen, således at potentielle ansøgere eller tilbudsgivere har tilstrækkelig tid til at tilpasse deres ansøgning eller tilbud. Jo mere omfattende eller kompleks en ændring er, des længere skal fristen forlænges.

Ændringer af grundlæggende elementer

Ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet er ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, hvis de havde kendt til ændringerne på tidspunktet for offentliggørelse af udbuddet.

Ændringer af grundlæggende elementer er derfor ikke tilladt, og en sådan ændring vil derfor kræve en fornyet udbudsprocedure.

Især ændringer, der foretages i udbudsbekendtgørelsen, indebærer risiko for at være grundlæggende, idet udbudsbekendtgørelsen udgør det primære redskab for potentielle leverandører til at vurdere, om de har lyst til at deltage i udbuddet.

**Boks 3.3
Eksempel****Grundlæggende ændringer**

Udbudsbekendtgørelsen indeholder en række oplysninger, der er centrale for udbuddet. Fx vil ændringer i minimumskrav til leverandørernes egnethed, ændringer af den udbudte ydelse og kontraktens omfang ofte være udslagsgivende for, om leverandørerne vil byde på opgaven.

De centrale oplysninger i udbudsbekendtgørelsen vil ofte være grundlæggende. Ændringer i udbudsbekendtgørelsen af, om tilbuddene ikke må overskride en bestemt økonomisk ramme, vil som udgangspunkt også være grundlæggende.

En ændring af mindstekrav vil som klart udgangspunkt karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer. Mindstekrav er centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde.

Ligebehandlingsprincippet udelukker dog ikke ændringer af mindstekrav, hvis ændringen ikke påvirker potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure og ikke fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

I procedureerne *udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse* og *konkurrencepræget dialog* vil en ændring af mindstekrav dog altid udgøre en ændring af grundlæggende elementer.

**Boks 3.4
Opsummering****Hvad siger reglerne om at supplere og ændre?**

- » Det er tilladt at føre en skriftlig dialog med henblik på at supplere udbudsmaterialet.
- » Supplerende oplysninger skal meddeles skriftligt til alle potentielle ansøgere eller tilbudsgivere senest seks dage før fristens udløb.
- » Uvæsentlige ændringer af udbudsmaterialet er tilladt.
- » Væsentlige ændringer kræver en forlængelse af fristen for aflevering af ansøgninger eller tilbud.
- » Ændringer af grundlæggende elementer kan ikke foretages uden en fornyet udbudsprocedure.

3.3 Hvordan suppleres udbudsmaterialet?

Som tidligere nævnt skal ordregiver senest seks dage før udløbet af fristen for afgivelse af ansøgning eller tilbud meddele eventuelle supplerende oplysninger om udbudsmaterialet.

Denne frist gælder for supplerende oplysninger og for de ændringer, der er uvæsentlige, dvs. ændringer, der er mindre justeringer og tilpasninger i udbudsmaterialet. Er der tale om væsentlige ændringer, skal fristen forlænges.

Supplerende oplysninger kan både være oplysninger, som ordregiver meddeler på eget initiativ, eller som ordregiver meddeler som svar på spørgsmål fra ansøgere eller tilbudsgivere.

Uanset om ordregiver ønsker at meddele en ændring til udbudsmaterialet eller ønsker at afgive præciserende eller supplerende oplysninger, er det et krav, at meddelelsen af oplysningerne sker under overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Ordregiveren skal altid sikre sig, at alle leverandører får lige adgang til oplysningerne og på samme tid.

Meddelelse af supplerende oplysninger er et supplement til de øvrige dele af udbudsmaterialet.

Skriftlige spørgsmål

Princippet om ligebehandling medfører, at alle potentielle tilbudsgivere skal informeres om alle stillede spørgsmål og alle besvarelser heraf.²² Man må således ikke undlade at give meddelelse til enkelte af de potentielle tilbudsgivere, fordi man eksempelvis ikke finder et spørgsmål relevant. Samtidig skal både spørgsmål og svar meddeles i den form, de er modtaget i. Man må altså ikke omformulere de spørgsmål, man har modtaget fra virksomhederne eller sammenkrive flere spørgsmål til et enkelt spørgsmål.²³

For virksomheder kan det umiddelbart virke tillokkende at ringe direkte til ordregiveren, når man sidder med et spørgsmål vedrørende forståelsen af udbudsmaterialet, idet man dermed får mulighed for at få svar på sine spørgsmål straks. Det påhviler ordregiveren at bevise både, hvad der præcis er blevet spurgt om, og hvad der præcis er blevet svaret, og denne bevisbyrde kan efter Klagenævnet for Udbuds opfattelse ikke løftes i praksis ved mundtlig besvarelse af spørgsmål.²⁴ I tilfælde af mundtlig modtagelse af spørgsmål bør ordregiveren derfor bede om spørgsmålene på skrift.

Afholdelse af spørgemøde

Ordregiveren kan vælge at afholde et såkaldt spørgemøde, hvor alle virksomheder, som kan have interesse i at afgive tilbud, indbydes til at deltage for at stille spørgsmål til indholdet af udbudsmaterialet. Ved afholdelse af sådanne spørgemøder kan der dog være en risiko for, at leverandørerne koordinerer deres tilbud, hvilket ikke er lovligt.²⁵

Ordregiveren bør informere om spørgemødet, så alle interesserede virksomheder bliver gjort opmærksom på det. En invitation til sådan et spørgemøde kan skrives ind i udbudsmaterialet. Bliver ordregiveren opmærksom på, at det er nødvendigt med et spørgemøde efter offentliggørelsen af udbudsmaterialet, bør det annonceres samme sted, hvor det samlede udbudsmateriale er gjort tilgængeligt og fremgå klart.

Uanset om spørgemødet er annonceret i god tid, bør ordregiveren altid udarbejde et referat af både spørgsmål og svar og gøre det tilgængeligt for alle virksomheder, der kan have interesse i at afgive tilbud. Dermed har de virksomheder, der ikke har haft mulighed for at deltage på spørgemødet, mulighed for at give tilbud på samme vilkår som de deltagende virksomheder. Alternativt kan ordregiveren filme spørgemødet og efterfølgende gøre dette tilgængeligt samme sted som det øvrige udbudsmateriale.

Hvordan meddeles supplerende oplysninger?

Ordregiver skal indsende en bekendtgørelse med oplysninger til TED, når der sker ændringer, eller når der føjes supplerende oplysninger til indholdet i den offentliggjorte udbudsbekendtgørelse. Bekendtgørelsen er en del af bekendtgørelse om indgåede kontrakter (bekendtgørelsens del VI, supplerende oplysninger). Ordregiver kan i eNotice i forlængelse af den bekendtgørelse, der skal ændres eller suppleres, gå direkte til berigtigelsen. Bekendtgørelsen sendes via eNotice til offentliggørelse i TED.

²² Spørgsmål, der ikke giver anledning til præciseringer, men som alene er henvisninger til tydelige dele af udbudsmaterialet, vil ikke være supplerende oplysninger, der skal meddeles inden for seks-dages-fristen, jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 134. Det kan fx være spørgsmål om hvor tilbuddet skal afleveres.

²³ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. februar 2009, CLS Communication A/S mod Miljøstyrelsen.

²⁴ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. februar 2009, CLS Communication A/S mod Miljøstyrelsen.

²⁵ Se i øvrigt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Bliver din kommune snydt?* for yderligere anbefalinger til, hvordan man undgår karteller, monopoler og unødvendige omkostninger. Vejledningen kan findes her: <http://www.kfst.dk>

Er der derimod tale om ændringer eller supplerende oplysninger til det øvrige udbudsmateriale, gælder der ingen formkrav til meddelelsen.²⁶ Oplysningerne kan bl.a. meddeles i et rettelsesblad eller i et andet supplerende dokument, som offentliggøres samme sted som det øvrige udbudsmateriale. Ved udbud med en ansøgningsfase, fx begrænset udbud, hvor ansøgerne er udvalgt, kan oplysningerne sendes direkte til de udvalgte.

Boks 3.5 Eksempel

Meddelelestyper

Bekendtgørelse til TED: Ved ændringer eller suppleringer af oplysningerne til indholdet af den offentliggjorte udbudsbekendtgørelse, skal der sendes en supplerende bekendtgørelse med ændringerne til offentliggørelse i TED.

Rettelsesblad: Supplerende dokument til udbudsmaterialet, hvori ordregiver kan meddele tilbudsgiverne ændringer samt supplerende og præciserende oplysninger til udbudsmaterialet. Rettelsesbladet kan offentliggøres samme sted som det øvrige udbudsmateriale. Hvis der er tale om et udbud med en ansøgningsfase, fx et begrænset udbud, kan det sendes direkte til de udvalgte tilbudsgivere.

Spørgsmål og svar: Supplerende dokument til udbudsmaterialet, der indeholder ordregivers svar på de spørgsmål, som tilbudsgiverne stiller under udbudsprocessen. Spørgsmål-svarene kan både indeholde ændrede, supplerende og præciserende oplysninger til udbudsmaterialet. Spørgsmål-svarene offentliggøres samme sted som det øvrige udbudsmateriale eller ved et udbud med en ansøgningsfase, fx kan det ved et begrænset udbud sendes direkte til de udvalgte tilbudsgivere.

Når ordregiver meddeler supplerende oplysninger, hvad enten det er ved en supplerende bekendtgørelse eller som rettelsesblad, skal det fremtræde tilstrækkelig klart, om en supplerende oplysning gælder i stedet for eller som supplement til oplysninger i det oprindelige udbudsmateriale.

Fristen for besvarelse af spørgsmål

Det er afgørende for tilbudsgiverne, at der er tilstrækkelig tid til udarbejdelse af tilbud. Det gælder både i forhold til det oprindelige udbudsmateriale, men også i forhold til eventuelle rettelser eller besvarelser af spørgsmål stillet af de potentielle tilbudsgivere. Udbudsloven indeholder derfor også bestemmelser om, at ansøgere eller tilbudsgivere, der i tide anmoder om supplerende oplysninger, kan få svar på spørgsmål senest seks dage før ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.

Der er derimod ingen regel, der sikrer ordregiverne et tilsvarende specifikt antal dage til at besvare disse anmodninger om supplerende oplysninger, og en sådan bestemmelse må heller ikke indføres i udbudsmaterialet. Ordregivere kan altså ikke afkorte den periode, hvor virksomhederne kan stille spørgsmål, og må derfor acceptere, at der bliver stillet opklarende spørgsmål helt op til seks dage før tilbudsfristen.²⁷ Dog kan ordregiver undlade at fremsende de supplerende oplysninger/svare på spørgsmålet, hvis dette ikke er fremsendt i tide. Hvorvidt et spørgsmål er ankommet i tide, kommer an på omstændighederne og kan således variere fra situation til situation. Et meget simpelt spørgsmål må forventes at kunne besvares af ordregiveren meget hurtigt, hvorimod mere komplicerede spørgsmål medfører, at ordregiveren må have spørgsmålet i bedre tid før seks-dages-fristen for meddelelse af supplerende oplysninger.

²⁶ Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 31. oktober 2014, Akzo Nobel Industrial Chemicals B.V. mod Vejdirektoratet.

²⁷ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. november 2009, Yding A/S mod Viborg Kommune.

Forlængelse af ansøgnings- eller tilbudsfristen

Meddeler ordregiveren supplerende oplysninger eller supplerende dokumenter senere end seks dage inden fristen for afgivelse af tilbud, skal fristen for modtagelse af tilbud forlænges for at give alle potentielle tilbudsgivere kendskab til samtlige oplysninger, der er nødvendige for at udarbejde tilbud.²⁸ Fristen skal som minimum forlænges, så der skabes en ny periode på seks dage for at tilbudsgivere kan indrette sig efter de nye oplysninger. Den nye frist fastsættes i henhold til omfanget og relevansen af de supplerende oplysninger eller supplerende dokumenter og under hensyntagen til den tid, det vurderes, at tilbudsgiverne skal bruge til at afgive tilbud.

Herudover har ordregivere relativt vide rammer for at udsætte tilbudsfristen. Fristudsættelsen er således tilladt, medmindre begrundelsen er usaglig, fx hvis en ordregiver ønsker at tage hensyn til en enkelt tilbudsgiver. En forlænget tidsfrist vil modsat være tilladt, såfremt ordregiveren ønsker at besvare et spørgsmål fra en virksomhed, som ordregiveren ikke kan nå at besvare inden for seks-dages-fristen. Det er tilladt for en ordregiver at forlænge tilbudsfristen helt op til tidspunktet for den oprindelige tilbudsfrist, så længe dette sker under hensyntagen til de generelle principper i udbudslovens § 2. Som følge heraf skal baggrunden for at forlænge fristen være saglig og behandle de økonomiske aktører lige.

Ved offentligt udbud kender ordregiveren ikke kredsen af potentielle tilbudsgivere, og forlængelse af tilbudsfristen kræver derfor en berigtigelse til udbudsbekendtgørelsen, som offentliggøres i TED. Det samme gælder ved ændring af ansøgningsfrist i *begrænsede udbud*, *konkurrencepræget dialog* og *udbud med forhandling* samt *innovationspartnerskaber*. Foretages disse ændringer umiddelbart inden ansøgnings- eller tilbudsfristen, anbefales det, at ordregiveren udover at indsende en supplerende bekendtgørelse til TED også offentliggør ændringen sammen med det øvrige udbudsmateriale efter 48 timer fra bekræftelsen på modtagelsen af den supplerende bekendtgørelse. Der vil nemlig gå nogle dage, fra man indsender den supplerende bekendtgørelse til TED, frem til den bliver offentliggjort.²⁹

Er der tale om ændring af tilbudsfristen ved et *begrænset udbud*, *konkurrencepræget dialog* og *udbud med forhandling* samt *innovationspartnerskaber*, kender ordregiver kredsen af tilbudsgivere, da de er udvalgt til at afgive tilbud. Ved disse procedurer er det kun ansøgningsfristen, der skal angives i udbudsbekendtgørelsen. Tilbudsfristen vil fremgå af udbudsmaterialet. Ændringen af tilbudsfristen i udbudsmaterialet kan derfor ske fx i et rettelsesblad, som udsendes i en mail direkte til alle tilbudsgivere.

²⁸ Jf. Udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 1. Se afsnit 3.2 om ordregivers frist for at meddele supplerende oplysninger samt om beregning af frister i dage.

²⁹ Jf. Klagenævnet for Udbud kendelse af 23. december 2011, Elite Miljø A/S mod Odense Kommune. I sagen havde ordregiver ved en fejl i udbudsbekendtgørelsen angivet en tilbudsfrist på 39 i stedet for 40 dage. To dage før tilbudsfristen indsendte ordregiver en supplerende bekendtgørelse til TED. Desuden offentliggjorde ordregiver et rettelsesblad om fristforlængelsen på ordregivers hjemmeside 11 dage før tilbudsfristen. Klagenævnet udtalte i sagen, at dette var i overensstemmelse med udbudsreglerne.

Boks 3.6 Opsummering

Hvordan meddeles supplerende oplysninger?

- » Ansøgere eller tilbudsgivere har adgang til at stille spørgsmål til udbudsmaterialet.
- » Princippet om ligebehandling medfører, at alle potentielle tilbudsgivere skal informeres om alle stillede spørgsmål og alle besvarelser heraf.
- » Supplerende oplysninger til udbudsbekendtgørelsen kræver en berigtigelse, der offentliggøres i TED.
- » Der er ingen formkrav til supplerende oplysninger eller ændringer af oplysninger, der fremgår af udbudsmaterialet – det kan fx være som spørgsmål og svar og rettelsesblad.
- » Fristen for modtagelse af ansøgninger eller tilbud kan forlænges, medmindre begrundelsen for at gøre det er usaglig.

3.4 Ændringer i udbudsmaterialet i praksis – hvor går grænsen?

Det er muligt for ordregivere i et vist omfang at foretage ændringer i udbudsmaterialet, efter udbuddet er offentliggjort og indtil fristens udløb. Uvæsentlige ændringer er tilladte, mens væsentlige ændringer kræver en forlængelse af fristen, og ændringer af grundlæggende elementer kan ikke foretages uden en fornyet udbudsprocedure.

I praksis kan der dog opstå en række spørgsmål i forbindelse med, hvor grænserne går, for hvornår der er tale om en ændring af et grundlæggende element.

Kan man ændre et mindstekrav under en udbudsproces?

Ordregiver kan godt komme i den situation, at man under en udbudsproces enten selv eller via spørgsmål bliver bevidst om, at man i det offentliggjorte udbudsmateriale har stillet for høje krav i forhold til ordregivers behov eller stillet krav, som ikke kan imødekommes af markedet. I en sådan situation kan ordregiver have behov for at ændre eller justere i udbudsmaterialet.

I den situation skal ordregiver vurdere, om den specifikke ændring, man ønsker at foretage i forhold til det konkrete udbud, udgør en uvæsentlig ændring, en væsentlig ændring eller ændring af grundlæggende elementer. Som tidligere beskrevet vil ændringer af kontraktens genstand og krav til udførelsen af kontrakten kunne være ændringer af grundlæggende elementer. Kontraktens genstand beskrives ofte ved mindstekrav, som alle tilbud skal opfylde. Som følge heraf vil ændring af mindstekrav som klart udgangspunkt kunne karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure.

EU-Domstolen har slået fast, at EUF-traktatens grundlæggende principper om ligebehandling og ikke-diskrimination samt gennemsigtighed indebærer, at kontraktens genstand samt kriterierne for tildeling skal defineres klart lige fra begyndelsen af procedurerne for indgåelsen af en offentlig kontrakt.³⁰ Dette kan læses som et udtryk for, at Domstolen mener, at kriterier for tildeling og den tekniske specifikation altid udgør et grundlæggende element, som derfor ikke må ændres af ordregiver. Domstolen slår dog samtidig fast, at dette gælder "i princippet"³¹, hvilket må forstås som en klar hovedregel, der forudsætningsvis derfor også indebærer visse undtagelser.

³⁰ Jf. EU-Domstolens dom i sag C-298/15 af 5. april 2017, "borta" UAB mod Klaipėdos valstybinio juru uosto direkcija VI, præmis 69, samt EU-Domstolens dom i sag C-368/10 af 10. maj 2012, "Max Havelaar", Kommissionen mod Nederlandene.

³¹ Jf. EU-Domstolens dom i sag C-298/15 af 5. april 2017, "borta" UAB mod Klaipėdos valstybinio juru uosto direkcija VI, præmis 70.

EU-Domstolens udtalelse kan godt læses som at være i strid med bemærkningerne til udbudslovens § 2, hvoraf følgende fremgår: "Ligebehandlingsprincippet udelukker derimod ikke ændringer af mindstekrav, hvis ændringen ikke vil kunne påvirke potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure og ikke fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere." Bemærkningerne til udbudsloven er således udtryk for det synspunkt, at hvis et mindstekrav efter en konkret vurdering ikke lever op til definitionen af grundlæggende elementer, så udgør det ikke en grundlæggende ændring og kan derfor ændres af ordregiver.

Klagenævnet for Udbud har i flere kendelser i relation til ændringer af mindstekrav anlagt en konkret fortolkning af, hvorvidt et mindstekrav udgjorde et grundlæggende element. Det er vigtigt at bemærke, at EU-Domstolen udtaler sig principielt om fortolkningen af reglerne, mens Klagenævnet for udbud udtaler sig i forhold til en konkret sag, og hvorvidt en konkret ændring udgør en grundlæggende ændring. Klagenævnet har udtalt, at "det beror på en konkret vurdering, om en givne ændring af udbudsbetingelserne ligger inden for rammerne af de udbudsretlige regler, eller om der er tale om en ændring af de grundlæggende betingelser for udbuddet, der indebærer, at ordregiveren har været forpligtet til at annullere udbuddet og efter omstændighederne foranstalte nyt udbud."³²

I de konkrete kendelser har Klagenævnet lagt vægt på, at ændringerne – som udgjorde ændringer af mindstekrav og krav, der var betegnet som ufravigelige krav – ikke i sig selv er i strid med udbudsreglerne, da de ikke udgjorde grundlæggende elementer. Der blev i kendelserne lagt vægt på bevisbyrden, og afgørende var, at det ikke var sandsynliggjort, at ændringerne kunne påvirke feltet af potentielle tilbudsgivere eller forrykkede konkurrencen blandt de deltagende virksomheder.

Med kendelserne har Klagenævnet tilkendegivet, at ændring af et mindstekrav ikke nødvendigvis udgør en ændring af et grundlæggende element, men at det derimod beror på en konkret vurdering af den givne ændring.

Hvorvidt der kan foretages ændringer i kontraktens genstand, fx ændringer af krav betegnet som mindstekrav under en udbudsproces, vil således bero på en konkret vurdering af, om den pågældende ændring er grundlæggende. Ordregiver skal således foretage en konkret vurdering af en givne ændring i forhold til, hvorvidt ændringen påvirker feltet af potentielle ansøgere eller tilbudsgivers deltagelse i det pågældende udbud eller fordrejer konkurrencen blandt deltagerne. Hvis ordregiver vurderer, at en givne ændring påvirker feltet eller fordrejer konkurrencen, vil der være tale om en grundlæggende ændring, som ikke kan foretages uden et fornyet udbud. Det afgørende er således et forholds realitet – uanset dets betegnelse i udbudsmaterialet.

Kan der foretages ændringer i kriterier for tildeling?

Kriterier for tildeling skal være affattet således, at det gøres muligt for alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige bydende at kende rækkevidden heraf og således fortolke dem på samme måde³³.

Ændringer i kriterierne for tildeling vil som klart udgangspunkt være ændringer af grundlæggende elementer. Det fremgår af lovbemærkningerne til udbudslovens § 2, at kriterierne for

³² Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 7. juli 2017, Inventarland ApS mod Region Sjælland. Se også kendelse af den 6. maj 2013, Widex DK A/S mod Kommunernes Landsforening, samt kendelse af den 17. juni 2014, GN ReSound Danmark A/S mod Amgros I/S.

³³ Jf. Domstolens dom af den 10. maj 2012 i sag C-368/10, Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene, præmis 88.

tildeling og deres vægtning skal forblive stabile under hele udbudsprocessen. Det fremgår også, at der er tale om en ændring af grundlæggende elementer, hvis kriterier for tildeling tilføjes, fjernes eller rækkevidden heraf på andre måder ændres.

Det vil bero på en konkret vurdering af den pågældende ændring i kriterierne for tildeling, hvorvidt der er tale om en ændring, der resulterer i, at kriterierne tilføjes, fjernes eller rækkevidden på anden måde ændres og dermed udgør en grundlæggende ændring, som påvirker feltet af potentielle ansøgere eller tilbudsgivers deltagelse i det pågældende udbud eller fordrejer konkurrencen blandt deltagerne.

Det følger af praksis fra Klagenævnet for Udbud, at kriterierne for tildeling kan præciseres og suppleres med henblik på at gøre rækkevidden af kriterierne klar for deltagerne i udbuddet.³⁴

Kan der foretages ændringer af egnethedskrav og udvælgelseskriterier?

I udbudsbekendtgørelsen skal det fremgå, hvilke minimumskrav til egnethed leverandørerne eventuelt skal opfylde for at kunne deltage i udbuddet. Det skal også angives, hvilken dokumentation de skal indsende som bevis for, at de opfylder kravene. Desuden skal ordregiver angive eventuelle udvælgelseskriterier i de situationer, hvor ordregiver vil benytte sig af muligheden for at begrænse antallet af ansøgere, som vil blive opfordret til at afgive tilbud.

Ændringer i egnethedskrav og udvælgelseskriterier vil som klart udgangspunkt være ændringer af grundlæggende elementer. Det fremgår af lovbemærkningerne til udbudslovens § 2, at der er tale om ændringer af grundlæggende elementer, hvis minimumskrav til egnethed vedrørende den økonomiske og finansielle formåen og tekniske og faglige formåen tilføjes, fjernes eller rækkevidden heraf på andre måder ændres.

Det vil således også for egnethedskrav og udvælgelseskriterierne bero på en konkret vurdering af den pågældende ændring, hvorvidt ændringen resulterer i, at minimumskrav til egnethed eller udvælgelseskriterierne tilføjes, fjernes eller rækkevidden på anden måde ændres og dermed udgør en grundlæggende ændring, som påvirker feltet af potentielle ansøgere eller tilbudsgivers deltagelse i det pågældende udbud eller fordrejer konkurrencen blandt deltagerne.

Kriterier for egnethed og udvælgelse må kunne præciseres og suppleres, hvis ordregivers præcisering ikke tilføjer, fjerner eller rækkevidden af kriterierne ændres.

En ændring af et krav til leverandørernes minimumsomsætning vil være en ændring af rækkevidden af kriteriet og vil således kræve, at udbuddet annulleres og genudbydes.

Kan ændringer i udbudsmaterialet vurderes efter reglerne om kontraktændringer?

I lovbemærkningerne til udbudslovens § 2 er der i beskrivelsen af rammerne for ændringer af et grundlæggende element i udbudsmaterialet trukket på samme elementer, som udgør rammerne for ændringer af et grundlæggende element i en indgået kontrakt. Definitionen heraf er også den samme og findes i udbudslovens § 24, nr. 37. Det kan derfor være nærliggende at overveje, om de ændringer, der kan foretages efter kontraktens indgåelse, uden videre kan anvendes ved bedømmelsen af lovligheden af ændringer i udbudsmaterialet undervejs i udbuddet.

³⁴ Jf. Klagenævnet for udbud i kendelse af den 2. september 2015, Visma Consulting A/S mod Danmarks Miljøportal samt kendelse af 19. august 2015, Avaleo Aps mod Slagelse Kommune.

Klagenævnet for Udbud har indikeret at anvendelsen af reglerne om kontraktændringer, kan anvendes ved ændringer i udbudsmaterialet. I en konkret kendelse³⁵ fandt Klagenævnet, at det ikke var sandsynliggjort, at ændringerne af udbudsmaterialet, som vedrørte en forlængelse af varigheden af to delaftaler, ville have medført, at andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte ville have ansøgt om deltagelse, hvis ændringerne havde været kendt fra starten.³⁶ Klagenævnet udtalte i sagen, at de ændringer i angivelsen af kontraktperioden i hvert fald lovligt kunne foretages, hvis ændringerne lovligt ville kunne være foretaget efter kontraktindgåelse, da kravene om, at balancen ikke må forrykkes til fordel for én tilbudsgiver, og om at der ikke må inkluderes ydelser, som ikke var udbudt, var klart opfyldt.³⁷

Udtalelsen kan læses, som om Klagenævnet mener, at samtlige ændringer af indgåede kontrakter, der vil kunne foretages i henhold til udbudslovens §§ 178-184, også vil kunne foretages som ændringer af udbudsmaterialet under en udbudsprocedure.

Det er imidlertid Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at Klagenævnets udtalelse skal læses således, at Klagenævnet efter en konkret vurdering blot har fundet, at ændringerne af kontraktlængden i de to delaftaler i henhold til udbudslovens § 178, stk. 2, ikke udgør en ændring af grundlæggende elementer.³⁸

Klagenævnet er i en anden kendelse³⁹ kommet frem til, at udbudslovens regler vedrørende ændringer af kontrakten efter kontraktindgåelse også finder anvendelse på ændringer efter kontrakten er tildelt men før indgåelse af kontrakt. I den pågældende sag accepterede Klagenævnet ændringer på en værdi under 15 procent af den udbudte kontrakts værdi, med henvisning til udbudslovens § 180.

Denne kendelse kan læses som, at Klagenævnet tillægger det mindre betydning, om kontrakten ændres lige før eller efter kontraktens indgåelse, og at ændringer efter tildeling derfor kan ske efter regler om ændringer af kontrakter. Klagenævnet udtalte, at alle tilbudsgivere havde afgivet tilbud på samme grundlag, da ændringerne først var sket efter, at det var meddelt de deltagende virksomheder, hvilken tilbudsgiver der havde afgivet tilbuddet med den laveste pris.

Det er således Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at Klagenævnet ikke har taget direkte stilling til, om ændringer, der ville kunne foretages i medfør af udbudslovens §§ 180-183, også vil kunne foretages som ændringer af udbudsmaterialet under en udbudsprocedure.

³⁵ Kendelse fra Klagenævnet for Udbud af den 12. april 2016, Joint Venture Salini-Impregilo-Samsung-Bunte mod Femern A/S.

³⁶ Klagenævnet lagde i vurderingen vægt på, at der var tale om Nordeuropas hidtil største anlægsprojekt, at ansøgerlisten omfattede alle kendte aktører på det relevante marked, at forlængelserne skyldes forhold knyttet til kendte betingelser om myndighedsgodkendelse, og at kontraktforlængelser er helt sædvanlige i infrastrukturprojekter og andre større anlægsbyggerier.

³⁷ Der blev i kendelsen henvist til de krav, der er opstillet i EU-domstolens retningsgivende dom af 19. juni 2008, Pressetext, sag C-454/06, jf. artikel 72 i det nye udbudsdirektiv (direktiv 2014/24/EU) og udbudslovens §§ 178-184.

³⁸ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen lægger vægt på, at Klagenævnet, selv om der henvises både til artikel 72 i udbudsdirektivet og samtlige bestemmelser om ændring af kontrakter m.v., udelukkende fremhæver elementer vedrørende vurderingen af, om en ændring anses for en ændring af grundlæggende elementer, dvs. den manglende forrykkelse af balancen til fordel for én tilbudsgiver i § 178, stk. 2, nr. 2, samt at der ikke er inkluderet ydelser, som ikke har været udbudt i § 178, stk. 2, nr. 3. Hertil kommer, at der udelukkende er tale om en delkendelse vedrørende opsættende virkning, og at klagen vedrører gennemførelsen af en konkurrencepræget dialog efter det forhenværende udbudsdirektiv fra 2004, der muligvis tillader en større adgang til ændring af udbudsmaterialet end de øvrige udbudsprocedurer.

³⁹ Kendelse af 9. december 2016, TL Byg A/S mod Region Midtjylland.

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

Kan udbudsproceduren ændres?

Ordregiver skal i udbudsbekendtgørelsen angive udbudsproceduren, fx begrænset udbud eller offentligt udbud.

Ændring af udbudsproceduren har grundlæggende betydning for leverandørernes incitament til at byde på en opgave. Det gælder særligt inden for områder, hvor der typisk er mange potentielle leverandører, fx opgaver vedr. videnrådgivning. Jo flere om budet, jo mindre er chancen for at vinde udbuddet.

En ændring af udbudsproceduren fra offentligt udbud til begrænset udbud må som udgangspunkt betragtes som grundlæggende, hvis kredsen af potentielt interesserede virksomheder påvirkes ved valg af udbudsprocedure.

Kan der foretages en ændring af regelgrundlaget?

Anvendelse af forkert retsgrundlag kan betragtes som en fejl, der skal ændres. Det gælder fx, hvor ordregiver har angivet, at bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (forsyningsvirksomhedsdirektivet) finder anvendelse i stedet for udbudsloven. En sådan ændring må som udgangspunkt betragtes som ikke-væsentlig, idet det valgte direktiv normalt ikke kan have betydning for leverandørernes beslutning om at afgive tilbud eller udarbejdelsen af tilbuddene.

Hvis fejlen imidlertid indebærer, at andre elementer i forbindelse med udbuddet skal ændres, fx udbudsproceduren eller antal prækvalificerede, kan ændringen derimod være væsentlig eller grundlæggende.⁴⁰

Er man som ordregiver fejlagtigt kommet til at udbyde en bygge- og anlægskontrakt efter tilbudsloven, hvor den skulle have været udbudt efter udbudsloven, kan fejlen ikke ændres. Her skal udbuddet annulleres og genudbydes efter de rigtige regler.⁴¹ Det gælder fx, hvor ordregiver ved en fejl ikke har medregnet en del af de udbudte ydelser til den samlede kontrakt og derfor fejlagtigt har vurderet, at kontraktværdien er under EU-tærskelværdien for bygge- og anlægsopgaver.

Har ordregiver derimod foretaget et sagligt skøn ved beregning af en kontrakts anslåede værdi – eventuelt på baggrund af dialog med markedet – og vurderet, at en kontrakt falder under EU-tærskelværdien, skal udbuddet ikke annulleres, hvis det efterfølgende ved tilbudsafgivelsen viser sig, at tilbuddene overstiger tærskelværdien.

⁴⁰ Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. februar 2013, Droskeselskabet Odense Taxa a.m.b.a. mod Midttrafik, FynBus og Sydtrafik, hvori klagenævnet udtalte, at et forkert anvendt direktiv ikke kunne føre til annullation af tildelingsbeslutningen, idet det ikke havde betydning for ordregivers tildeling, at forsyningsvirksomhedsdirektivet var blevet anvendt i stedet for udbudsdirektivet.

⁴¹ Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. september 2010, Getinge Danmark A/S mod Region Midtjylland, hvori klagenævnet udtalte, at i en situation, hvor en kontrakt udbydes efter tilbudslovens afsnit I om bygge- og anlægskontrakter, men som rettelig skulle have været udbudt efter udbudsdirektivet, idet der er tale om en vareindkøbskontrakt, er ordregiver forpligtet til at aflyse udbuddet.

Boks 3.7
Opsummering**Hvor går grænsen i praksis?**

- » Der kan ikke foretages grundlæggende ændringer i et udbudsmateriale.
- » Ændringer af mindstekrav er ikke i sig selv i strid med udbudsreglerne, medmindre de udgør grundlæggende elementer.
- » Hvad der er en grundlæggende ændring, beror på en konkret vurdering af den givne ændring, og hvorvidt ændringen har påvirket feltet af potentielle ansøgere eller tilbudsgivere eller fordrejet konkurrencen blandt deltagerne.

Kapitel 4

Dialog under de fleksible udbudsprocedurer

Figur 4.1 Dialog under fleksible udbudsprocedurer



De fleksible udbudsprocedurer er kendetegnet ved, at der er mulighed for dialog under selve udbudsprocessen. Her kan man som udgangspunkt forhandle eller have en dialog om alt, dog med undtagelse af grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.

Det er derfor afgørende, at ordregiver ved udformningen af udbudsmaterialet nøje overvejer, hvad der udgør mindstekrav, og hvilke elementer man ønsker at forhandle om. Det vil være en konkret vurdering, hvad der udover mindstekrav og kriterier for tildeling udgør grundlæggende elementer. De elementer, som ordregiver har indikeret, at man vil forhandle om, kan ikke anses som grundlæggende elementer.

Ordregiver skal under forhandlingerne sikre, at alle behandles lige. Det sker ved, at alle tilbudsgivere gives de samme muligheder for at forbedre deres tilbud inden for de rammer, som ordregiver har sat for forhandlingerne. Ordregiver skal også sørge for, at der foreligger tilstrækkelig dokumentation af forhandlingsmøderne, som dokumenterer ligebehandling af tilbudsgiverne, som fx referater, lyd- eller videooptagelser.

4.1 Behov for dialog

Udbudsloven regulerer, hvilke udbudsprocedurer ordregivere kan anvende ved indgåelse af offentlige kontrakter, herunder de såkaldte fleksible procedurer⁴². De fleksible udbudsprocedurer er *udbud med forhandling*, *konkurrencepræget dialog* samt udbud af *innovationspartner-*

⁴² Jf. udbudslovens afsnit II, kapitel 7.

skaber.⁴³ Fælles for disse udbudsformer er, at forhandling og dialog er et tilladt og fastlagt element i processen.

Muligheden for at anvende de fleksible procedurer afhænger af anskaffelsens karakter. Betingelserne for at anvende *udbud med forhandling* og *konkurrencepræget dialog* er:

- » at ordregiver har et behov, der forudsætter tilpasning af allerede tilgængelige løsninger,
- » at der er tale om anskaffelse af design og innovative løsninger,
- » at der er tale om en anskaffelse af særlig kompleksitet eller
- » at ordregiver ikke kan fastlægge de tekniske specifikationer tilstrækkelig præcist⁴⁴.

Det overordnede anvendelsesområde for procedurerne *konkurrencepræget dialog* og *udbud med forhandling* er sammenfaldende. Procedurerne er dog hver især egnede til forskellige typer af anskaffelser. Det er derfor afgørende, at ordregiver overvejer, hvilket behov for dialog man har i forhold til en konkret anskaffelse, og ud fra dette behov vurderer, hvilken procedure der vil være bedst egnet.

Den konkurrenceprægede dialog er rettet mod anskaffelser, hvor der er behov for dialog om løsningen af en opgave med henblik på at fastlægge, hvorledes ordregivers udbudsmateriale skal udformes for, at ordregivers konkrete behov kan opfyldes bedst muligt. Det kan fx være anskaffelser, der omfatter komplekse tekniske områder, hvor ordregiver har behov for dialog om mulige løsningsforslag.

Udbud med forhandling er derimod rettet mod anskaffelser, hvor der på baggrund af et indledende tilbud forhandles med henblik på at forbedre indholdet af tilbuddene for at opnå et indkøb, der er tilpasset ordregivers behov som angivet i udbudsmaterialet.

Proceduren *innovationspartnerskab* kan anvendes, hvis ordregiver vil udvikle en innovativ vare, tjenesteydelse eller bygge- og anlægsarbejde, som ikke allerede er tilgængelig på markedet. Der skal være tale om reel innovation, dvs. at der ikke findes tilgængelige løsninger på markedet, som kan opfylde ordregivers behov⁴⁵.

Proceduren *innovationspartnerskaber* giver herudover mulighed for et længere samarbejde mellem ordregiver og tilbudsgivere om udvikling og efterfølgende køb af nye innovative varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder. Selve udbudsprocessen forløber som et *udbud med forhandling*, og proceduren behandles derfor ikke særskilt i denne vejledning.⁴⁶

4.2 Hvad siger reglerne?

Ordregiver har ved anvendelse af de fleksible procedurer som udgangspunkt mulighed for at have en dialog under procedurens forløb. Det er under de fleksible procedurer muligt at forhandle om alt, undtagen grundlæggende elementer – herunder kriterier for tildeling og mind-

⁴³ Læs nærmere om reglerne for de fleksible udbudsprocedurer i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*, kapitel 5.

⁴⁴ Læs nærmere om betingelserne for at anvende *udbud med forhandling* i udbudslovens § 61 og *konkurrencepræget dialog* i udbudslovens § 67.

⁴⁵ Jf. udbudslovens § 73.

⁴⁶ Læs mere om proceduren *innovationspartnerskaber* i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*, kapitel 5.

stekrav samt det endelige tilbud.⁴⁷ Ved *konkurrencepræget dialog* har ordregiver mulighed for at forhandle med den tilbudsgiver, der har afgivet det vindende tilbud⁴⁸.

Hvad er grundlæggende elementer?

Grundlæggende elementer skal forstås i forhold til de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed. En ændring er en ændring af grundlæggende elementer, hvis ændringen kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den pågældende udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Hvis en forhandling fører til, at ordregiver ændrer et element i udbudsmaterialet, der påvirker, hvem der kan være potentielle ansøgere eller tilbudsgivere, er der blevet ændret i et grundlæggende element. Påvirkningen af kredsen kan både være negativ, således at kredsen af potentielle ansøgere eller tilbudsgivere indskrænkes på grund af ændringen, eller positiv, hvis virksomheder uden for kredsen pludselig kunne have deltaget i udbuddet, hvis ændringen havde været fastlagt fra starten.

Da formålet med anvendelsen af konkurrencepræget dialog som nævnt er at indkredse og fastslå, hvorledes ordregiverens krav og behov bedst kan opfyldes, vil indholdet i det offentliggjorte materiale ved denne procedure som udgangspunkt være mindre detaljeret, og der vil ofte være færre konkrete krav, der kan udgøre grundlæggende elementer.

Det vil være en konkret vurdering, hvad der udover mindstekrav og kriterier for tildeling i det konkrete udbud udgør grundlæggende elementer. Ordregiver skal således foretage en konkret vurdering af en given ændring i forhold til, om der er tale om et grundlæggende element. Vurderer ordregiver, at en given ændring påvirker feltet eller fordrejer konkurrencen, vil der være tale om en grundlæggende ændring, som ikke kan foretages uden et fornyet udbud. Det afgørende er således et forholds realitet – uanset dets betegnelse i udbudsmaterialet, dog med undtagelse af krav, der er angivet som mindstekrav.

En ordregiver må gerne forhandle med en tilbudsgiver, der har taget forbehold for et mindstekrav, medmindre andet fremgår af udbudsmaterialet. Forhandlingerne må dog ikke føre til en ændring af mindstekravet, og tilbudsgiver skal i det endelige tilbud have frafaldet ethvert forbehold for mindstekrav.

Overordnet betyder det, at forhandlingerne kan vedrøre alle de indkøbte ydelsers karakteristika, herunder blandt andet kvalitet, mængde, handelsklausuler samt sociale, miljømæssige og innovative aspekter, for så vidt de ikke udgør mindstekrav eller på anden måde udgør grundlæggende elementer.

Boks 4.1 Opsummering

Hvad siger reglerne?

- » Der kan forhandles om alt – dog ikke grundlæggende elementer.
- » Ved de fleksible procedurer defineres mindstekrav, kriterier for tildeling, samt det endelige tilbud som grundlæggende elementer.

⁴⁷ Jf. udbudslovens § 66, stk. 2, 2. pkt. og § 70, stk. 2.

⁴⁸ Jf. udbudslovens § 72, stk. 2. Se yderligere kapitel 5, afsnit 5.2.

4.3 Hvordan kan dialogen under de fleksible udbudsprocedurer foregå?

I forbindelse med forhandlingsmøderne skal ordregiver være særligt opmærksom på at sikre fortroligheden i forhold til de oplysninger, som tilbudsgiverne afgiver under møderne.⁴⁹ Desuden skal ordregiveren sikre, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed overholdes.

Afvikling af forhandlingsmøder

Det følger af udbudsloven, at ordregiver skal dokumentere afviklingen af alle udbud og opbevare tilstrækkelig dokumentation til at begrunde de beslutninger, der træffes på alle stadier af udbudsproceduren⁵⁰. Ordregiveren kan dokumentere forløbet via referater, notater eller på andre måder, der opregner hovedelementerne fra faserne i forhandlingsforløbet.

Forhandlingerne skal afholdes som individuelle møder med den enkelte tilbudsgiver. Ordregiver skal sikre, at alle tilbudsgivere bliver behandlet lige. Ordregivers dokumentation skal derfor kunne dokumentere, hvad der er foregået under forhandlingerne, som bevis for at ligebehandlingsprincippet er overholdt. Dokumentationen kan være i form af et referat, eller det kan være en lyd- eller videoptagelse. Ordregiver skal ikke offentliggøre denne dokumentation.

Dialogen vil ofte være mundtlig under en forhandlingsfase, men der kan sagtens føres en skriftlig dialog, hvor alt foregår pr. skriftlig korrespondance. Skriftlig dialog vil bedst egne sig, hvis der er få elementer til forhandling, mens det i mere komplekse udbud vil stille store krav til ordregivers formulering af spørgsmålene, så uddybning og præcisering ikke bliver for tidskrævende.

I praksis arbejder ordregiver med en forudgående gennemsigtighed, således at ordregiver først udsender en dagsorden for, hvad der skal tales om på mødet, fx hvis der er nogle specifikke emner, man gerne vil have svar på med sine spørgsmål. Efter mødet udarbejder ordregiver sin dokumentation for, at mødet har overholdt rammerne for forhandlingen, herunder at der ikke er blevet forhandlet om grundlæggende elementer, og at enkelte tilbudsgivere ikke er kommet i besiddelse af oplysninger, der kan forvride konkurrencen.

Hvis en dialog fører til ændringer af udbudsmaterialet, har ordregiver pligt til at udsende meddelelse herom til dem, der deltager i forhandlinger eller dialog, således at alle får kendskab til ændringen, i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.

Fortrolighed

Endelig skal ordregiver sikre fortroligheden, dels ved i udbudsmaterialet at gøre opmærksom på, at tilbudsgiver kan angive, hvad der udgør fortrolige oplysninger, og dels ved at forsikre tilbudsgiverne om, at evt. følsomme oplysninger behandles fortroligt af ordregiver.

Hvis tilbudsgiver har fremsendt oplysninger, som de har betegnet "fortrolige", må ordregiver ikke videregive disse oplysninger på noget tidspunkt i forhandlings- eller dialogprocessen. Det er vigtigt, at ordregiver respekterer denne fortrolighed og ikke videregiver eller anvender fortrolige oplysninger uden tilbudsgivers samtykke. Det kan være hensigtsmæssigt, at ordregiver og tilbudsgiver under forhandlingsfasen løbende har en dialog om, hvordan ordregiver eventuelt må anvende løsningsforslag fra tilbudsgiverens tilbud.

⁴⁹ Jf. udbudslovens § 5, stk. 1.

⁵⁰ Jf. udbudslovens § 174, stk. 4.

Tilbudsgiver kan give samtykke til, at de øvrige tilbudsgivere bliver oplyst om forhold, der ellers ville have været fortrolige. Samtykket må ikke være et generelt afkald på rettigheder, men skal vedrøre de specifikke oplysninger.

Boks 4.2 Opsummering

Hvordan kan dialogen foregå?

- » Ordregiver skal udarbejde og opbevare tilstrækkelig dokumentation til at begrunde de beslutninger, der træffes på alle stadier af udbudsproceduren, herunder dokumentation af forhandlingsmøderne.
- » Dokumentation af forhandlingsmøderne kan være i form af et referat, eller det kan være lyd- eller videooptagelse.
- » Ved ændringer af udbudsmaterialet skal alle tilbudsgivere, der er udvalgt til forhandling, have meddelelse herom.
- » Ordregiver skal sikre fortrolighed og må ikke videregive fortrolige oplysninger, uden et samtykke hertil.

4.4 Dialog i praksis – hvor går grænsen?

I praksis kan selve forhandlingsfasen give anledning til en række spørgsmål, særligt i forhold til at der ikke kan ændres på fx mindstekrav under forhandlingerne samt i forhold til at sikre overholdelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet under et forhandlingsforløb.

Hvordan udformes udbudsmaterialet, så det kan rumme ændringer?

Når ordregiver skal udarbejde et udbudsmateriale, har man selv indflydelse på, hvornår et givent forhold kan anses for at være et grundlæggende element, som ikke kan ændres under forhandlingerne.

Når udbudsmaterialet udformes ved et *udbud med forhandling*, skal ordregiveren fastsætte udbuddets genstand, mindstekrav og kriterierne for tildelingen⁵¹.

Det følger af udbudsloven, at ordregiver i udbudsmaterialet skal fastsætte udbuddets genstand, samt angive hvilke dele af beskrivelsens elementer der definerer de mindstekrav, der skal opfyldes af tilbudsgiverne. Disse oplysninger skal være tilstrækkeligt præcise til, at potentielle tilbudsgivere kan identificere udbuddets karakter og omfang og dermed beslutte, hvorvidt de vil deltage i proceduren.

Det vil være en konkret vurdering, hvad der udover mindstekrav og kriterier for tildeling udgør grundlæggende elementer. Udgangspunktet er, at de forhold, som ordregiver på forhånd tydeligt angiver, vil være genstand for forhandling, ikke kan anses for grundlæggende elementer.

Mindstekrav er grundlæggende elementer, som ikke kan ændres. Det er derfor centralt, at ordregiver på forhånd nøje gennemtænker udformningen af mindstekrav og ikke stiller flere mindstekrav end nødvendigt. Men omvendt kan ordregiver ikke undlade at fastsætte mindstekrav og overlade alt i udbudsmaterialet til forhandling, da mindstekrav er centrale krav til egenskaber ved den udbudte ydelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde. Ordregiver skal derfor finde den rette balance

⁵¹ Jf. udbudslovens § 62, stk. 3. For *konkurrencepræget dialog* er der tale om et beskrivende dokument jf. udbudslovens § 68, stk. 3. Her udarbejdes det egentlige udbudsmateriale først under dialogen.

imellem på den ene side at stille de mindstekrav, der er nødvendige for at tiltrække de rigtige deltagere i udbuddet, og på den anden side sikre den fleksibilitet, der ligger i proceduren.

Hvordan sikres ligebehandling under forhandlingerne?

Under forhandlingsfasen skal ordregiver sikre, at alle tilbudsgivere behandles ens. Der må ikke udøves forskelsbehandling ved at give oplysninger, som kan stille nogle tilbudsgivere bedre end andre.

At overholde ligebehandlingsprincippet under de individuelle forhandlingsmøder betyder ikke, at ordregiver under møderne skal stille samme spørgsmål til tilbudsgiverne. Tilbuddenes indhold er forskellige, og der vil være forskellige styrker og svagheder ved tilbuddene. For at sikre ligebehandling af tilbudsgiverne skal alle tilbudsgivere gives de samme muligheder for at forbedre deres tilbud inden for de rammer, som ordregiveren har angivet for forhandlingerne. Har en tilbudsgiver fx beskrevet opfyldelsen af én teknisk specifikation uklart, mens en anden har nogle uklare forretningsbetingelser, kan ordregiver spørge den enkelte tilbudsgiver om den relevante uklarhed og stadig holde sig inden for rammerne af ligebehandlingsprincippet, hvis disse emner var til forhandling.

Under forhandlingerne har ordregiveren også mulighed for at give de enkelte ordregivere feedback i forhold til, hvordan de er vurderet på kriterierne for tildeling. Ordregiver kan således i overordnede vendinger fx oplyse, at et tilbud i visse sammenhænge er dårligere stillet i konkurrencen i forhold til de andre tilbud. Denne feedback må dog ikke indeholde fortrolige oplysninger om andre tilbudsgivere, som en ansøger eller en tilbudsgiver, der deltager i forhandlingerne, har meddelt, uden at oplysningernes ejermand har givet samtykke til, at oplysningerne deles.

Boks 4.3 Opsummering

Hvor går grænsen i praksis?

- » Ordregiver skal ved udformning af udbudsmaterialet nøje overveje, hvilke krav der fastsættes som mindstekrav, og hvilke elementer ordregiver ønsker at forhandle om, da mindstekrav ikke kan ændres under udbudsprocessen.
- » Alle tilbudsgivere skal behandles ens og dermed gives de samme muligheder under forhandlingerne.

Kapitel 5

Dialog efter tilbudsfristens udløb, og indtil kontraktens indgåelse

Figur 5.1 Dialog efter tilbudsfristens udløb, og indtil kontraktens indgåelse



Efter modtagelse af tilbud har ordregiver mulighed for dialog med tilbudsgiverne i forhold til at få rettet eventuelle fejl og mangler i de indkomne tilbud. Ordregiver kan få præciseret, suppleret eller fuldstændiggjort oplysninger i et tilbud. Dette skal ske under overholdelse af principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, og det betyder, at alle tilbudsgivere skal gives de samme muligheder for at rette eventuelle fejl eller mangler. Ordregiver må have dialog med henblik på at få rettet fejl eller mangler i tilbud, når det er åbenlyst, at der er behov for afklaring, eller at der er tale om åbenlyse indholdsmæssige fejl. Muligheden for at rette fejl eller mangler må dog ikke føre til, at der fremsættes et nyt tilbud. Det er ordregivers ret, men ikke pligt, at få præciseret, suppleret eller fuldstændiggjort et tilbud.

Dialogen skal foregå skriftlig af bevismæssige årsager. Der er dog mulighed for at afholde tilbudspræsentationer inden for rammerne af ligebehandlingsprincippet, men præsentationerne må ikke introducere nye elementer i tilbuddene. Ordregiver skal kunne dokumentere, at forhandlingsforbuddet ikke er overtrådt under et præsentationsmøde.

5.1 Behov for dialog efter modtagelse af tilbud

Efter at virksomhederne har afgivet tilbud og indtil kontraktindgåelse, kan der være behov for dialog mellem tilbudsgiver og ordregiver. Det er meget almindeligt, at ordregiveren har behov for at indgå en dialog med en tilbudsgiver om forståelsen af uklarheder i tilbuddet. En tilbudsgiver kan på den anden side eventuelt have behov for at gå i dialog med ordregiveren med henblik på at rette fejl i tilbuddet.

Det er vigtigt, at ordregiver undersøger muligheden for at præcisere eller supplere de indkomne tilbud. Dette medvirker for det første til at sikre flest mulige forskriftsmæssige tilbud, hvilket øger konkurrencen om opgaven og dermed sikrer den bedst mulige pris og kvalitet i de tilbudte løsninger. For det andet er det centralt for at forebygge en ellers øget risiko for at skulle annullere udbuddet.

Efter tilbudsevalueringen skal der indhentes dokumentation for oplysningerne i ESPD'et. Når dokumentationen foreligger, foregår den endelige tildeling af kontrakten, og tilbudsgiverne skal skriftligt underrettes om resultatet af tildelingen.

Efter meddelt tildelingsbeslutning kan en virksomhed, som har deltaget i udbuddet, men ikke har fået kontrakten tildelt, have et behov for dialog med ordregiveren for at få oplyst, hvorfor man har valgt ikke at indgå aftale med den pågældende virksomhed. Virksomheden kan også have behov for dialog med ordregiveren om, hvad der skal til for, at virksomheden kan afgive et bedre tilbud ved et eventuelt nyt udbud. Denne dialog er også i ordregiverens interesse for at sikre konkurrencen ved kommende udbud.

5.2 Hvad siger reglerne om mulighederne for dialog?

Det følger af udbudslovens § 159, stk. 5, at ordregiver efter modtagelse af ansøgning eller tilbud har mulighed for at anmode ansøgere og tilbudsgivere om at præcisere, supplere eller fuldstændiggøre deres ansøgning eller tilbud.⁵²

Ordregiver har også ret til at få verificeret oplysningerne i ansøgningen eller tilbuddet, og har i tvivlstilfælde pligt til at foretage en effektiv kontrol af oplysninger og dokumentation i tilbuddet.⁵³ Derudover skal ordregiver være opmærksom på, at det følger af udbudslovens § 169, hvordan en dialog skal foregå i den specifikke situation, hvor en ordregiver modtager unormalt lave tilbud.

Det følger af udbudslovens § 5, stk. 3, at ordregiver har mulighed for at afholde præsentationsmøder.

Det er ikke muligt i denne fase at føre forhandlinger med tilbudsgiverne. Har man anvendt proceduren *konkurrencepræget dialog*, er der dog efter udbudslovens § 72, stk. 2, en mulighed for at føre forhandlinger med den tilbudsgiver, der har afgivet det vindende tilbud.

Når ordregiver har tildelt kontrakten, følger det af udbudslovens § 171, at ordregiver skriftligt skal underrette tilbudsgiverne om de beslutninger, der er foretaget.⁵⁴

Mulighed for at præcisere, supplere eller fuldstændiggøre oplysninger

Når tilbudsgiverne har afleveret deres tilbud, kan ordregiver henvende sig til tilbudsgiverne om uklarheder i det indleverede materiale. Det kan fx være for at få præciseret en beskrivelse i tilbuddet.

Det er også i overensstemmelse med udbudsloven at eftersende et dokument eller en oplysning, hvis det mangler i tilbuddet. Hermed er ordregiveren ikke begrænset til alene at kræve oplysninger, der supplerer eller præciserer allerede indsendte oplysninger og dokumentation. Ordregiveren kan også anmode tilbudsgiveren om at indsende relevante oplysninger og do-

⁵² Udbudslovens § 159, stk. 5 gælder både ansøgninger og tilbud. I dette kapitel behandles reglerne i forhold til tilbud. Se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *ESPD – Dokumentation og e-Certis*, juni 2017, kapitel 2.8, for mulighederne for at præcisere, supplere eller fuldstændiggøre oplysningerne i ESPD'et.

⁵³ Jf. udbudslovens § 159, stk. 3.

⁵⁴ Denne skriftlige underretning behandles ikke i denne vejledning, men der henvises til udbudslovens § 171, samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*, kapitel 10.

kumentation, der fuldstændiggør tilbuddet, selvom disse oplysninger ikke fremgik af tilbuddet.⁵⁵

Ordregiver skal overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. I situationer, hvor der er behov for at præcisere, supplere eller fuldstændiggøre, indebærer det, at en ordregiver skal rette en anmodning om relevante oplysninger eller dokumentation mod alle virksomheder i samme situation i samme udbud. Anmodningen skal angå alle de punkter i tilbuddet, der skal suppleres, præciseres eller fuldstændiggøres. Endvidere må ordregivers anmodning ikke føre til, at tilbudsgiveren fremsætter et nyt tilbud. Endelig skal ordregiveren behandle tilbudsgiverne ens og rimeligt.

At en anmodning skal rettes mod alle virksomheder i samme situation indebærer ikke, at ordregiver kun forpligtes til at rette henvendelse til alle virksomheder, der har begået præcis den samme fejl i forbindelse med afgivelse af et tilbud. Forpligtelsen vedrører virksomheder i samme situation, hvilket skal forstås sådan, at anmodninger om præcisering, uddybelse eller fuldstændiggørelse skal rettes mod alle virksomheder, der har begået en fejl, der kan rettes inden for udbudslovens rammer eller ingen.

Hvorvidt en anmodning om yderligere oplysninger fører til fremsættelse af et nyt tilbud, er det i den forbindelse afgørende, om det objektivt kan konstateres, at de eftersendte oplysninger forelå, forud for afsending af det mangelfulde tilbud. Det er ikke et krav, at selve dokumentet forelå forud for tilbudsfristens udløb, men det skal kunne konstateres, at oplysningerne forelå. Det kan fx være regnskabsmæssige oplysninger om omsætning og egenkapital. Afgørende er, at tilbudsgiver ikke har opnået en konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne til ordregiver efter fristens udløb.

Det er ordregivers valg, om fejl og mangler skal afhjælpes

Såfremt et tilbud indeholder fejl eller mangler, er ordregiveren ikke forpligtet til at anmode en tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgning eller tilbud. Det er således ordregivers ret, og ikke pligt, at afhjælpe fejl og mangler i et tilbud.⁵⁶ En sådan forpligtelse for ordregiveren vil kun opstå, hvis fejlen eller uklarheden i tilbuddet er en følge af ordregiverens handlinger. Dette kunne eksempelvis være en fejl eller uklarhed forårsaget af en tilsvarende uklarhed i ordregiverens udbudsmateriale.

Ordregiver er dog forpligtet til at sikre, at alle tilbudsgivere bliver behandlet lige. Som nævnt ovenfor må ordregiver således ikke kun anmode nogle af tilbudsgiverne om at afhjælpe fejl eller mangler.

I nogle tilfælde har ordregiver udtrykkeligt beskrevet i sit udbudsmateriale, at fejl, mangler og ufuldstændigheder i tilbuddet vil medføre afvisning. Hvis dette er tilfældet, må ordregiver ikke anmode om, at tilbuddene bliver rettet, men skal afvise i overensstemmelse med de betingelser, der er fastsat i udbudsmaterialet. Det påhviler således ordregiver at overholde de regler, som man selv har fastsat.⁵⁷

⁵⁵ Dette gælder også i forhold til de oplysninger, som ansøger eller tilbudsgiver har afgivet i ESPD'et. Se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *ESPD – Dokumentation og e-Certis*, juni 2017, kapitel 2.8, for mulighederne for at præcisere, supplere eller fuldstændiggøre oplysningerne i ESPD'et.

⁵⁶ Se sag C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s., præmis 38.

⁵⁷ Jf. udbudslovens § 159, stk. 6

Pligt til at verificere oplysninger i tvivlstilfælde

Der påhviler ikke ordregiveren en generel pligt til at undersøge rigtigheden af oplysningerne i de afgivne tilbud. Alene i de situationer, hvor der er tvivl om, hvorvidt tilbudsgiveren opfylder de krav der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale, har ordregiveren i medfør af udbudslovens § 159, stk. 3, en pligt til at foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som tilbudsgiveren har indsendt.

Ordregiveren har dog altid en ret til at undersøge og verificere, at oplysningerne i de afgivne tilbud er korrekte, såfremt dette sker i overensstemmelse med principperne i § 2.

Pligten til at foretage effektiv kontrol angår såvel ansøgninger og tilbud. Det betyder, at der vedrørende dokumentation for udelukkelsesgrundene, egnethedsvurderingen og udvælgelsen kan være en pligt til at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen.

Tvivlstilfælde kan fx opstå, hvis ordregiveren modtager oplysninger eller dokumentation fra tredjepart, der sår tvivl om rigtigheden af tilbudsgiverens oplysninger eller dokumentation. Det kan fx være oplysninger, der fremgår af ESPD'et. Dokumentation udstedt af en kompetent myndighed vil ordregiver i almindelighed kunne lægge til grund.⁵⁸ Det samme gør sig gældende i forbindelse med fremlæggelse af årsregnskaber. Ordregiver skal derfor være kommet i besiddelse af anden information, der kan skabe berettiget tvivl om, hvorvidt oplysningerne i dokumentationen er korrekte.

Unormalt lave tilbud

Ordregiver skal desuden være opmærksom på rammerne for dialog i den specifikke situation, hvor man modtager unormalt lave tilbud.⁵⁹ Bestemmelsen indebærer, at ordregiver ikke blot kan afvise et unormalt lavt tilbud, men i stedet skal vurdere sammensætningen af tilbuddet og gå i dialog med tilbudsgiver ved at anmode om en redegørelse for de priser og omkostninger, der er blevet præsenteret i tilbuddet.

Ordregiver skal således vurdere, om de priser og omkostninger, som tilbuddet indeholder, er unormalt lave under hensyntagen til den udbudte opgave, brancheforhold samt andre relevante faktorer, der kan have betydning for prisspændet.

Er der tale om et unormalt lavt tilbud, har ordregiver pligt til at bede tilbudsgiveren om at redegøre for priserne og omkostningerne inden for en passende tidsfrist. En ordregiver kan derfor ikke afvise et tilbud, der er unormalt lavt, før tilbudsgiveren har haft mulighed for at forklare tilbuddets priser eller omkostninger.

Når tilbudsgiver har redegjort for sine priser og omkostninger, kan ordregiveren endeligt vurdere, om tilbuddet er unormalt lavt eller ej. Er tilbuddet stadig unormalt lavt, kan ordregiver vælge at afvise det. Dette er en ret og ikke en pligt, medmindre grunden til det lave tilbud skyldes, at tilbudsgiver har tilsidesat gældende forpligtigelser inden for det miljø-, sociale- og arbejdsretlige område.

⁵⁸ Læs nærmere om dokumentation for oplysningerne i ESPD'et i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *ESPD – Dokumentation og e-Certis*, juni 2017 samt tilhørende notat om *Gennemgang af reglerne om dokumentation*.

⁵⁹ Jf. udbudslovens § 169. For en nærmere gennemgang af reglerne om unormalt tilbud, se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens *Udbudsloven – Vejledning om udbudsreglerne*, kapitel 10.5.5.

Der er ingen særlige formkrav til ordregivers anmodning om redegørelsen. Tilbudsgiveres redegørelse kan fx indeholde:

- » Oplysninger om besparelser ved produktionsmetoden for varerne, tjenesteydelserne eller byggemetoden.
- » Oplysninger om anvendte tekniske løsninger eller usædvanligt gunstige betingelser for tilbudsgiveren for at levere varerne, tjenesteydelserne eller byggemetoden eller for at udføre arbejdet.
- » Oplysninger om originaliteten af de tilbudte arbejder, varer eller tjenesteydelser.
- » Oplysninger om evt. statsstøtte til tilbudsgiveren.

Mulighed for tilbudspræsentation

Udbudslovens § 5, stk. 3 vedrører brug af mundtlig kommunikation om visse elementer i udbuddet. Den fastslår, at kommunikation om grundlæggende elementer ikke må være mundtlig. Kommunikation om ikkegrundlæggende elementer kan foretages mundtlig, hvis ordregiver foretager tilstrækkelig dokumentation af kommunikationen.

Bemærkningerne til bestemmelsen uddyber, at kommunikation om vigtige elementer ikke må være mundtlig. Især vil afgivelse af udbudsmaterialet, ansøgninger og tilbud være vigtige elementer.

Denne bestemmelse betyder umiddelbart, at det ikke er muligt for ordregivere at kræve en tilbudspræsentation, der skal indgå i tilbuddet. Det skyldes, at tilbudspræsentationen udgør en mundtlig kommunikation, der kan have væsentlig betydning for indholdet af tilbuddet og vurderingen heraf, og som følge heraf kan det karakteriseres som mundtlig kommunikation om vigtige elementer.

I forbindelse med udbudslovens ikrafttræden er det imidlertid blevet bekræftet af den daværende Erhvervs- og Vækstminister, at denne bestemmelse skal fortolkes udvidende.

Lovteksten skal forstås således, at tilbud ikke må indgives mundtligt, men mundtlig kommunikation, der kan have væsentlig betydning for indholdet af tilbuddet og vurderingen heraf, fx en tilbudspræsentation, er tilladt. Det er dog et krav for at tillade en sådan præsentation, at ordregiver foretager en tilstrækkelig dokumentation af præsentationen. Dokumentation kan fx bestå i skriftlige fortegnelser, lydoptagelser eller resuméer af hovedelementer i kommunikationen. Ordregiver har således mulighed for at anvende mundtlige tilbudspræsentationer, når disse udgør et supplement til et skriftligt afgivet tilbud og på betingelse af, at dokumentationen af præsentationen er tilstrækkelig.⁶⁰

Mulighed for slutforhandling ved konkurrencepræget dialog

Ved proceduren konkurrencepræget dialog har ordregiver mulighed for at føre forhandlinger med den vindende tilbudsgiver. Der kan føres forhandlinger med henblik på at bekræfte økonomiske forpligtelser eller andre vilkår i tilbuddet. Der må ikke føres forhandlinger, der medfører, at der ændres ved grundlæggende elementer i det vindende tilbud eller i det udbudsgrundlag, der er afgivet tilbud på baggrund af – herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.

Disse forhandlinger må således ikke resultere i ændringer, der fører til en konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling.

⁶⁰ Jf. udbudslovens bilag 2, erhvervs- og vækstministerens svar på udvalsspørgsmål nr. 3.

Boks 5.1 Opsummering

Hvad siger reglerne om dialog?

- » Ordregiver har ret – men ikke en pligt – til at få præciseret, suppleret eller fuldstændiggjort oplysninger i en ansøgning eller tilbud – under overholdelse af principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.
- » Hvis det er udtrykkeligt beskrevet i udbudsmaterialet, at fejl og mangler fører til afvisning, kan der ikke gives mulighed for at rette fejl og mangler.
- » Ordregiver har pligt til at verificere oplysninger i tilfælde af tvivl.
- » Ordregiver skal føre dialog med tilbudsgivere, der har afgivet et unormalt lavt tilbud med henblik på at undersøge, om tilbuddet er unormalt eller ej.
- » Ordregiver har ved proceduren *konkurrencepræget dialog* mulighed for at forhandle med den tilbudsgiver, der har afgivet det vindende tilbud – der må dog ikke ændres i grundlæggende elementer.

5.3 Hvordan kan dialogen efter tilbudsfristen foregå?

Kommunikationen mellem ordregiver og tilbudsgiver efter fristens udløb bør som udgangspunkt foregå skriftligt. Dette er til brug for eventuel bevisførelse for, hvad der har været drøftet, samt hvilke oplysninger eller dokumentation der er blevet suppleret eller indhentet efter tilbudsfristens udløb.

Vælger ordregiver at afholde tilbudspræsentationer, skal sådanne møder afholdes enkeltvis med tilbudsgiverne. De skal naturligvis tilbydes alle tilbudsgivere, der har afgivet et forskriftsmæssigt tilbud.

Ved møderne kan tilbudsgiverne præsentere deres tilbud nærmere, så misforståelser undgås og uklarheder kan imødekommes. Dette strider ikke imod forhandlingsforbuddet, så længe dialogen udelukkende har til formål at præcisere tilbuddet.

Tilbudsgiverne må ikke opnå mulighed for at introducere nye elementer i deres tilbud under møderne, og ligebehandlingsprincippet skal overholdes. Det indebærer, at dagsordenen for møderne med tilbudsgiverne skal være de samme og skal tjene samme formål. Det er ordregiveren, der skal kunne bevise, at forhandlingsforbuddet ikke er overtrådt og sikre dokumentation for kommunikationen. Ordregiver skal derfor kunne dokumentere møderne ved fx skriftlige referater, lyd- eller videooptagelse.

Boks 5.2 Opsummering

Hvordan kan dialogen foregå?

- » Dialogen efter modtagelse af tilbud skal af bevismæssige årsager, som udgangspunkt foregå skriftlig.
- » Det er muligt at holde præsentationsmøder inden for rammerne af ligebehandlingsprincippet, og præsentationerne må ikke introducere nye elementer i tilbuddene.
- » Ordregiver skal kunne dokumentere, at forhandlingsforbuddet ikke er overtrådt.

5.4 Dialog efter modtagelse af tilbud – hvor går grænsen?

Ordregivere befinder sig ikke sjældent i den situation, at et eller flere indkomne tilbud indeholder fejl eller uklarheder, og spørgsmålet opstår, hvorvidt det er tilladt at gå i dialog med tilbudsgiveren med henblik på at afklare fejlen eller uklarheden.

Det kan i praksis godt give anledning til en række spørgsmål i forhold til, hvor grænsen går, for at få præciseret oplysninger i tilbuddet eller ved indhentning af oplysninger.

Er det tilladt at afklare fejl og uklarheder i et tilbud?

Ordregiveren skal som udgangspunkt vurdere tilbuddene alene på grundlag af indholdet. Kun i begrænset omfang kan ordregiveren spørge en tilbudsgiver om, hvordan et tilbud skal forstås. Dette gælder også, selvom ordregiveren vælger at stille sit spørgsmål til alle tilbudsgivere.

En tilbudsgiver skal ved afgivelse af supplerende oplysninger samtidig være opmærksom på, at oplysningerne ligger inden for indholdet af det afgivne tilbud. Ordregiveren vil således være forpligtet til at afvise et tilbud, såfremt tilbudsgiver afgiver nye oplysninger, der ændrer tilbuddets indhold i en sådan grad, at der er tale om afgivelse af et nyt tilbud. Det er derfor også en betingelse for at anmode en tilbudsgiver om supplerende oplysninger, at ordregiveren med sikkerhed kan fastslå indholdet af tilbuddet, navnlig om tilbuddet er i overensstemmelse med de krav, der er fastsat i udbudsmaterialet.

Boks 5.3 Eksempel

Gennemgående regnefejl i tilbuddet

En ordregiver offentliggør udbud af en rammeaftale om udlejning af vikarer. Ordregiveren ønsker at indgå aftale med tre vikarbureauer. En tilbudsgiver afgiver tilbud, som indeholder en gennemgående regnefejl, der har indflydelse på den endelige tilbudspris. Tilbudsgiveren får derfor en dårlig placering i tilbudsevalueringen pga. regnefejlen til trods for, at ordregiver er opmærksom på, at der er sket en fejl. Ordregiveren er dog ikke i stand til at fastlægge fejlens nærmere karakter eller årsag. Med andre ord er fejlens omfang ikke åbenlys, til trods for at det er klart, at der er sket en fejl.

Under disse omstændigheder vil den kontakt, som ordregiveren har med tilbudsgiveren med henblik på at forsøge at afklare den gennemgående regnefejls nærmere karakter og årsag, indebære en risiko for tilpasning af andre faktorer, som har betydning ved fastlæggelsen af tilbudsprisen. Der vil derfor være tale om en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet til skade for de øvrige tilbudsgivere, der alle er undergivet samme pligt til at være omhyggelige ved udformningen af deres tilbud.

Note: Dom afsagt af Retten i første instans den 8. maj 1996 – Adia Interim SA mod Kommissionen, Sag T-19/95.

Henvendelser om priser kan kun ske uden, at ligebehandlingsprincippet tilsidesættes, når det efter vurderingen af samtlige tilbud er åbenbart, at der i et eller flere tilbud er en fejl.

Er det tilladt at føre dialog om grundlæggende forbehold og pris?

Ordregivere modtager ofte tilbud, der indeholder afvigelser fra beskrivelsen af den udbudte kontrakt i udbudsmaterialet. Sådanne afvigelser betragtes som forbehold, uanset om afvigelsen benævnes som sådan. En ordregiver er som udgangspunkt forpligtet til at vurdere tilbuddenes opfyldelse af kravene i udbudsmaterialet alene på grundlag af tilbuddenes indhold.

Tilbudsgiveren bærer således risikoen for uklarheder i sit tilbud, og er der tvivl om, hvorvidt en uklarhed skal forstås som et forbehold eller ej, er ordregiveren forpligtet til at betragte det som et forbehold.⁶¹ På samme måde medfører tvivl om forståelsen af et forbeholds indhold og rækkevidde en pligt til at afvise tilbuddet.⁶²

Det følger klart af retspraksis, at en ordregiver ikke må indlede dialog med tilbudsgiverne om tilbudsprisen, da dette giver tilbudsgiverne mulighed for at justere deres tilbud, hvilket vil være i strid med ligebehandlingsprincippet. Prissætning af forbehold i tilbud skal således også foretages af ordregiveren alene og uden assistance eller rådførelse hos den pågældende tilbudsgiver.

Boks 5.4 Eksempel

Forbehold om leveringsomkostninger

En ordregiver udbyder en vareindkøbskontrakt. Det fremgår af udbudsmaterialet, at tilbudsgiverne i tilbudslisten skal angive enhedspriserne som frit leveret. Endvidere fremgår det, at leverandørerne ikke kan påregne at kunne levere i hele læs. En virksomhed tager i sit tilbud forbehold for, at virksomhedens aftalevilkår skal gælde.

Af virksomhedens aftalevilkår fremgår det, at levering af virksomhedens produkter altid er baseret på en samlet leverance, og at tillægsleverancer sker efter regning. Forbeholdet om betaling for tillægsleverancer vedrører ikke et grundlæggende element, og ordregiveren har derfor ikke pligt til at afvise tilbuddet. Ordregiver har ret til ikke at tage tilbuddet i betragtning. Vælger ordregiver at tage tilbuddet i betragtning, skal forbeholdet prissættes.

Det er ordregiveren alene, som skal prissætte forbeholdet, og ordregiver må således ikke rette henvendelse til virksomheden med henblik på en prissætning af et forbehold.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. juli 2006, Logstor A/S mod Viborg Fjernvarme.

Ordregivere må heller ikke gå i dialog med tilbudsgivere, der har afgivet tilbud med forbehold for grundlæggende elementer i kontrakten. Fastlæggelsen af, hvad der forstås ved grundlæggende elementer beror på en konkret vurdering. Grundlæggende elementer defineres i udbudsloven som elementer der kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller have fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt disse udsættes for en ændring.⁶³ Det kan således både dreje sig om elementer, som har betydning for beslutningen om, hvilken tilbudsgiver der skal tildeles kontrakten samt kontraktvilkår, der fx bestemmer risikofordelingen mellem ordre- og tilbudsgiver.

⁶¹ Se for eksempel Kendelse fra Klagenævnet for Udbud af 25. juni 2012 FOF/HOF mod Københavns Kommune, Beskæftigelses- og Integrationsforvaltningen.

⁶² Se for eksempel Kendelse fra Klagenævnet for Udbud af 26. april 1996, E. Pihl og Søn A/S mod I/S Avedøre Kloakværk.

⁶³ Jf. udbudslovens § 24, nr. 37.

Boks 5.5 Eksempel

Forbehold om leveringstiden

En ordregiver udbyder en vareindkøbskontrakt. Det fremgår af udbudsmaterialet, at for mindre partier af alle materialer, som bruges af ordregiveren, skal leveringstiden være maksimal fem dage. En virksomhed tager i sit tilbud forbehold for, at virksomhedens aftalevilkår skal gælde. Det fremgår ikke af tilbuddet, om aftalevilkårene alene skal gælde, hvor vilkårene ikke er i strid med udbudsmaterialet.

Af virksomhedens aftalevilkår fremgår det, at medmindre der foreligger anden skriftlig aftale, leverer virksomheden på følgende vilkår: "Virksomheden kan kræve udskydelse af leveringstiden i tilfælde af manglende eller mangelfulde leverancer fra bekræftede underleverandører."

Forbehold om, at leveringstiden kan være længere end angivet i udbudsmaterialet udgør som udgangspunkt et grundlæggende element, og tilbuddet skal derfor afvises. Det er i den sammenhæng uden betydning, at det i indledningen til aftalevilkårene står "medmindre der foreligger anden skriftlig aftale", idet indgåelse af en sådan aftale kun kan ske efter gennemførelse af forhandlinger, der er i strid med forhandlingsforbuddet.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. juli 2006, Logstor A/S mod Viborg Fjernvarme.

At en ordregiver ikke må gå i dialog om grundlæggende elementer betyder også, at ordregiveren ikke må rette henvendelse til en virksomhed for at få afklaret uklare forhold i et tilbud, når forholdet vedrører grundlæggende elementer i kontrakten. Endvidere må ordregiveren ikke rette henvendelse til virksomheder, der har taget forbehold for grundlæggende elementer, med henblik på at få virksomhederne til at frafalde forbeholdet⁶⁴. I de fleksible udbudsprocedurer må ordregiver dog godt indgå i forhandling med en virksomhed der har taget forbehold, med henblik på, at få dem til at frafalde dette.⁶⁵

Boks 5.6 Eksempel

Forbehold vedrørende erstatningsansvar

En ordregiver udbyder en kontrakt om oversættelsesopgaver. I et afsnit af kontrakten fremgår det, at tilbudsgiverens erstatningsansvar over for ordregiveren, som følge af ansvarspådragende handlinger eller undladelser i forbindelse med opgavens løsning, er begrænset til kr. 2,5 mio., medmindre andet er aftalt mellem parterne. I et af tilbuddene er anført som forbehold, at tilbudsgiveren ikke har underskrevet ordregiverens udkast til kontrakt, da denne mener, at erstatningsansvaret er ubalanceret højt i forhold til kontaktens årlige forventede værdi. Tilbudsgiveren vil derfor gerne tale nærmere med ordregiveren om dette forhold, inden der skrives under på kontrakten.

Der er der tale om et forbehold over for bestemmelsen i kontrakten, om den beløbsmæssige begrænsning af erstatningsansvaret. Forbeholdet vedrører de økonomiske forpligtelser og dermed også tilbudsprisen. Ordregiveren må derfor ikke indlede dialog om dette forbehold, da forbehold vedrørende prisen på den udbudte opgave som klar hovedregel vil udgøre et grundlæggende element. Tilføjelsen i ordregiverens kontraktudkast "medmindre andet er aftalt mellem parterne" må forstås således, at dette vedrører situationer, hvor parterne i kontraktens løbetid i relation til helt konkrete arbejdsopgaver træffer en særlig aftale om en beløbsmæssig begrænsning af erstatningsansvaret.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. februar 2009, CLS Communication A/S mod Miljøstyrelsen.

⁶⁴ Se for eksempel Kendelse fra Klagenævnet for Udbud af 31. januar 2014, Avaleo Aps mod Vejle Kommune, samt Kendelse af 17. februar 2009, CLS Communication A/S mod Miljøstyrelsen.

⁶⁵ Se vejledningens kapitel 4 om dialog under de fleksible udbudsprocedurer.

Såfremt en virksomhed tager forbehold for elementer i kontrakten, påhviler risikoen for, at forbeholdet er formuleret på en sådan måde, at der opstår tvivl om forbeholdets rækkevidde, virksomheden. Er forbeholdet formuleret på en sådan måde, at ordregiveren er i tvivl om, hvorvidt forbeholdet vedrører et grundlæggende element, er ordregiveren forpligtet til ikke at tage tilbuddet i betragtning.

Dialog om forbehold for ikke-grundlæggende elementer, og som ikke medfører forhandlinger om pris, er tilladt i et vist omfang og vil tit være udtryk for en teknisk afklaring eller en afklaring af forbeholdets nærmere karakter.

Er det tilladt at indlede dialog for at afklare tekniske forhold?

Er der ikke tale om grundlæggende elementer, herunder forhandlinger om pris, kan ordregiveren indlede dialog om det pågældende forbehold. Dette vil typisk indebære en teknisk afklaring af et element i et tilbud eller en præcisering af et udsagn eller beskrivelse.

Vurderingen af, hvornår der er tale om simpel teknisk afklaring eller præcisering, og hvornår der vil være tale om grundlæggende elementer, foretages på samme måde som ovenfor, dvs. ved en vurdering af, hvorvidt der er tale om elementer, som ikke vil kunne ændres uden at have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller have fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Boks 5.7 Eksempel

Uklarhed i tilbuddet vedrørende et produkts tekniske egenskaber

En ordregiver udbyder opførelsen af en bygning. I udbudsmaterialet henviser ordregiveren til et særligt armatur som referenceprodukt. Referenceproduktet er ikke en katalogvare, men er udviklet til det aktuelle projekt med en påmonteret loftsplade. De pågældende loftsplader var også detaljeret beskrevet i udbudsmaterialet.

Et af tilbuddene indeholder et armatur, der afviger fra referencearmaturet, og ordregiveren antager, at det tilbudte produkt ikke omfatter en loftsplade, idet fabrikantens specifikationer ikke angiver, at dette er tilfældet. Ordregiveren betragter således dette som et forbehold i tilbuddet, hvilket prissættes.

Ordregiveren kan i en situation som denne i stedet indgå i dialog med tilbudsgiveren med henblik på at afklare, hvorvidt produktet indeholdt i tilbuddet faktisk indeholder en loftsplade eller ej.

Antagelser om et produkts tekniske egenskaber i en sådan situation – uden at indgå i dialog – kan omvendt medføre en risiko for, at ordregiverens prissætning kendes usaglig.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 15. august 2003, Bravida Danmark A/S mod Statens Forsknings og Uddannelsesbygninger.

En tilladt teknisk afklaring vil typisk indebære en dialog om, hvorvidt et givent tilbud lever op til de krav, som ordregiver har stillet. En sådan situation kan både opstå, fordi tilbudsgiveren har været uklar eller fordi der kan opstå uklarhed i forhold til ordregivers udbudsmateriale. Uklarheden kan for eksempel dreje sig om, hvorvidt et givent forhold eller kravopfyldelse er medregnet i tilbudsgiverens pris, eller simpelthen om den tilbudte ydelse lever op til de krav, som ordregiver har opstillet i udbudsmaterialet.

Boks 5.8 Eksempel

Afklaring af en vares funktionalitet ved test af vareprøve

En ordregiver udbyder et varekøb af produkter til behandling af sår med negativt tryk. Ordregiveren stiller blandt andet som krav til nogle forskellige pumper, at disse skal være udstyret med alarmsignal med lyd, der aktiveres, fx hvis undertryk ikke opretholdes. Ordregiveren stiller desuden krav om indsendelse af en vareprøve.

Ved test af den indsendte vareprøve fra en af tilbudsgiverne går alarmen ikke i gang. I en sådan situation må ordregiveren godt rette henvendelse til tilbudsgiveren med henblik på teknisk afklaring. Tilbudsgiveren kan således få lov til at indsende en ny vareprøve, idet denne kunne vise sig at være defekt.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. juli 2012, KCI Medical ApS mod Region Hovedstaden.

Ved vurderingen af muligheden for teknisk afklaring er det derfor afgørende, om det drejer sig om grundlæggende elementer eller ej, og hvorvidt det pågældende tilbud ændres ved gennemførelse af den tekniske afklaring. En tilbudsgiver må nemlig ikke opnå mulighed for at ændre i sit tilbud, men kun præcisere sit allerede afgivne tilbud.

Hvilke ændringer er det tilladt at foretage i kontrakten efter tildeling af kontrakten, men før kontraktens indgåelse?

Udbudslovens regler vedrørende ændringer af kontrakten efter kontraktindgåelse må antages også at finde anvendelse på ændringer, der foretages efter tildelingen af kontrakten men før der indgås kontrakt.⁶⁶

Dette er kommet til udtryk i en kendelse fra Klagenævnet for Udbud⁶⁷, hvor klagenævnet kom frem til, at det var tilladt at introducere en række besparelser i kontrakten og en ændring vedrørende leveringstid i perioden efter tildeling, men forud for kontraktindgåelsen.

Med henvisning til EU-domstolens praksis om efterfølgende kontraktændringer, og med henvisning til udbudslovens § 180 om ændringer af kontrakter, fastslog klagenævnet, at en ændring ikke kunne anses som en ændring af et grundlæggende element, når værdien af ændringen var lavere end 15 procent af værdien af den oprindelige bygge- og anlægskontrakt.

Må en tilbudsgiver yde rådgivning i forbindelse med tilbudsevalueringen?

En ordregiver må ikke anmode en virksomhed, som deltager i udbuddet, eller en underleverandør til virksomheden i det pågældende udbud, om at evaluere tilbuddene. Det er i den sammenhæng uden betydning, at det ikke har været gennemsigtigt for virksomheden eller underleverandøren, hvilke virksomheder der har afgivet de enkelte tilbud. Alene det forhold, at man deltager i evalueringen, medfører en risiko for, at der tages usaglige hensyn ved evalueringen.

Der er intet til hinder for, at ordregiver anvender en uvildig rådgiver til at bistå sig i forbindelse med tilbudsevalueringen.

⁶⁶ For yderligere betragtninger om anvendelse af bestemmelserne i udbudsloven om ændring af kontrakter henvises til kapitel 3, afsnit 3.4, *Ændringer i udbudsmaterialet i praksis - hvor går grænsen?*

⁶⁷ Jf. Kendelse fra Klagenævnet for Udbud af 9. december 2016, TL Byg A/S mod Region Midtjylland.

Er det tilladt at føre dialog om det gennemførte udbud?

En ordregiver må godt føre dialog med virksomhederne om det gennemførte udbud med henblik på en evaluering af forløbet af udbuddet og uddybe, hvorfor en tilbudsgiver har fået et afslag, og hvad denne evt. skulle have gjort bedre eller anderledes.

Det gælder også virksomheder, som under udbuddet har afstået fra at afgive tilbud. Derigennem kan ordregiveren få relevant viden, som kan være brugbar for ordregiveren i forbindelse med et eventuelt nyt udbud, når kontrakten fra det netop gennemførte udbud udløber. Ordregiver skal dog være opmærksom på ikke at dele fortrolige oplysninger, herunder forretningshemmeligheder, fra den vindende tilbudsgiver.

Boks 5.9 Opsummering

Hvor går grænsen?

- » Ordregivere må gerne føre dialog med henblik på at rette fejl i et tilbud, når:
 - » det er åbenlyst, at der er behov for afklaring,
 - » der er tale om en åbenlys indholdsmæssig fejl, eller
 - » når rettelsen af fejlen ikke derved indebærer, at tilbudsgiveren opnår mulighed for at fremsætte nyt tilbud,
- » Dialog om forbehold for grundlæggende elementer er ikke tilladt,
- » Dialog om priser er som udgangspunkt ikke tilladt, idet pris som klar hovedregel betragtes som et grundlæggende element.