Udbudsloven

Vejledning om udbudsreglerne

December 2024

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Udbudsloven
Vejledning om udbudsreglerne

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

Online ISBN 978-87-7029-841-4

Vejledningen er udarbejdet af
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Version 2 - December 2024

Indhold

Kapitel 1 9
Indledning 9

1.1 Formålet med vejledningen 9
1.2 Indhold og brug af vejledningen 9

Kapitel 2 12
Ændringer af udbudsloven siden lovens ikrafttræden 12

Kapitel 3 14
Generelle principper 14

3.1 Indledning 14
3.2 Ligebehandlingsprincippet 14
3.3 Gennemsigtighedsprincippet 15
3.4 Proportionalitetsprincippet 16
3.5 Forbud mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet 16

Kapitel 4 18
Anvendelsesområdet for udbudsloven 18

4.1 Indledning 18
4.2 Er indkøbet en gensidigt bebyrdende aftale? 18
4.3 Hvem gælder udbudsreglerne for? 21
4.3.1 Statslige, regionale og kommunale myndigheder 21
4.3.2 Offentligretlige organer 21
4.4 Hvilke kontrakter gælder udbudsreglerne for? 24
4.4.1 Bygge- og anlægskontrakter 24
4.4.2 Vareindkøbskontrakter 25
4.4.3 Tjenesteydelseskontrakter 25
4.4.4 Ikke-offentlige kontrakter 26
4.4.5 Blandede anskaffelser 27
4.5 Tærskelværdier 32
4.5.1 Beregning af kontraktens værdi 35
4.6 Undtagelser fra udbudslovens anvendelsesområde 41
4.6.1 Ordregiverinterne aftaler (inhouse-aftaler) 41
4.6.2 Kontrakter vedrørende forsyningsvirksomheder 45
4.6.3 Kontrakter vedrørende elektronisk kommunikation 46
4.6.4 Kontrakter, som afholdes i henhold til internationale regler 46
4.6.5 Særligt for visse tjenesteydelseskontrakter 47
4.6.6 Kontrakter om forsvar og sikkerhed 48

Kapitel 5 50
Udbudsprocedurerne 50

5.1 Indledning 50
5.2 Offentligt udbud 52

5.2.1 Hvornår kan offentligt udbud anvendes? 52
5.2.2 Fremgangsmåde 53
5.3 Begrænset udbud 53
5.3.1 Hvornår kan begrænset udbud anvendes? 54
5.3.2 Fremgangsmåde 54
5.3.3 Antal ønskede tilbudsgivere 56
5.4 Udbud med forhandling 56
5.4.1 Hvornår kan udbud med forhandling anvendes? 57
5.4.2 Fremgangsmåde ved udbud med forhandling 61
5.4.2.1 Antal ønskede tilbudsgivere 63
5.4.2.2 Tildeling på baggrund af de indledende tilbud 64
5.4.2.3 Udvælgelse af tilbudsgivere til forhandling 64
5.4.2.4 Forhandlingsfasen 65
5.4.2.5 Opmærksomhedspunkter under forhandlingerne 68
5.4.2.6 Afgivelse af endeligt tilbud 71
5.5 Konkurrencepræget dialog 71
5.5.1 Hvornår kan konkurrencepræget dialog anvendes? 72
5.5.2 Fremgangsmåde ved konkurrencepræget dialog 73
5.5.2.1 Antal ønskede deltagere 74
5.5.2.2 Dialogfasen 74
5.5.2.3 Fremgangsmåde ved gennemførelse af dialogmøder 75
5.5.2.4 Opmærksomhedspunkter under dialogmøderne 77
5.5.2.5 Tilbudsfasen 80
5.5.2.6 Forhandling efter tildeling 80
5.6 Innovationspartnerskaber 82
5.6.1 Hvornår kan man anvende innovationspartnerskaber? 82
5.6.2 Fremgangsmåde 83
5.6.2.1 Afklarende markedsdialog 83
5.6.2.2 Udbudsmaterialet 84
5.6.2.3 Antal ønskede tilbudsgivere 85
5.6.2.4 Indledende tilbud 86
5.6.2.5 Forhandlingsfasen 86
5.6.2.6 Opmærksomhedspunkter under forhandlingerne 88
5.6.3 Afgivelse af endeligt tilbud 91
5.6.4 Innovationsfasen 91
5.6.5 Indkøbet 93
5.7 Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse 93
5.7.1 Hvornår kan udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse anvendes? 94
5.7.1.1 Situationer, som er fælles for bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter 94
5.7.1.2 Særlige situationer vedrørende navnlig vareindkøbskontrakter 96
5.7.1.3 Særlige betingelser vedrørende tjenesteydelses- og bygge- og anlægskontrakter 97
5.8 Projektkonkurrence 98
5.8.1 Hvornår kan projektkonkurrencer anvendes? 98
5.8.2 Fremgangsmåde 99
5.8.3 Udbud med forhandling i forlængelse af en projektkonkurrence 102

Kapitel 6 103
Indkøbsmetoder og fælles indkøb 103

6.1 Indledning 103
6.2 Rammeaftaler 104
6.2.1 Købsforpligtelse eller ej? 104
6.2.2 Hvornår kan rammeaftaler være en fordel? 105

6.2.3 Rammeaftalers maksimale løbetid ... 106
6.2.4 Parterne i rammeaftalen ... 106
6.2.5 Rammeaftalens maksimale omfang ... 107
6.2.6 Tildeling af kontrakter inden for en rammeaftale ... 109
6.2.6.1 Rammeaftale med én leverandør ... 109
6.2.6.2 Rammeaftale med flere leverandører ... 110
6.2.6.2.1 Direkte tildeling ... 110
6.2.6.2.2 Miniudbud ... 111
6.2.6.2.3 Direkte tildeling og miniudbud på samme rammeaftale ... 114
6.2.6.3 Mulighed for periodekøbskontrakter? ... 115
6.2.6.4 Anvendelse af parallelle rammeaftaler ... 116
6.3 Dynamiske indkøbssystemer ... 116
6.3.1 Oprettelse af et dynamisk indkøbssystem ... 117
6.3.2 Tildeling af kontrakter ... 118
6.3.3 Verificering af oplysninger i løbetiden ... 119
6.3.4 Ændringer og ophør ... 119
6.4 Elektroniske auktioner ... 119
6.4.1 Hvornår kan elektroniske auktioner anvendes? ... 120
6.4.2 Fremgangsmåde ... 121
6.4.2.1 Opfordring til at deltage i auktionen ... 122
6.4.2.2 Auktionens afslutning og tildeling af kontrakt ... 122
6.5 Elektroniske kataloger ... 124
6.5.1 Hvornår kan elektroniske kataloger anvendes? ... 124
6.5.2 Krav til de elektroniske kataloger ... 124
6.5.3 Opdatering af elektroniske kataloger ... 125
6.6 Fælles indkøb ... 125
6.6.1 Centraliserede indkøbsaktiviteter og indkøbscentraler ... 125
6.6.2 Fælles udbud ... 126
6.6.3 Udbud, der involverer ordregivere fra forskellige EU-medlemsstater ... 127

Kapitel 7 129
Udbudsmateriale og offentliggørelse ... 129

7.1 Indledning ... 129
7.2 Udbudsmaterialet – hvad består det af? ... 129
7.3 Markedsundersøgelser i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmaterialet ... 132
7.4 Udbudsmaterialet – udbudsbetingelser ... 133
7.4.1 Kriterier for udelukkelse, egnethed og udvælgelse ... 134
7.4.2 Kriterier for tildeling og evalueringsmodel ... 135
7.4.3 Underleverandører ... 136
7.4.3.1 Kontraktklausul ved brug af underleverandører ... 137
7.4.4 Delkontrakter ... 137
7.4.5 Alternative tilbud ... 141
7.4.6 Sideordnede tilbud ... 142
7.4.7 Reserverede kontrakter ... 144
7.5 Kravspecifikation ... 145
7.5.1 Anvendelse af mindstekrav ... 146
7.5.2 Tekniske specifikationer ... 146
7.5.2.1 Udformningen af de tekniske specifikationer ... 146
7.5.2.2 Specifikationsmetoder ... 148
7.5.2.2.1 Funktionskrav ... 149
7.5.2.2.2 Standarder ... 150
7.5.2.3 Forbud mod henvisning til bestemt fabrikat, oprindelse m.v. ... 152
7.5.2.4 Mærker ... 153
7.5.2.5 Dokumentation for opfyldelse af krav ... 155
7.5.3 Sortimentsudbud ... 156

7.6 Kontrakten – betingelser for kontraktens gennemførelse ... 157
7.6.1 Krav til kontraktens betingelser ... 158
7.6.2 Miljømæssige, sociale og beskæftigelsesrelaterede hensyn ... 159
7.6.2.1 Krav om anvendelse af personer under oplæring ... 160
7.7 Offentliggørelse af bekendtgørelser ... 162
7.7.1 Offentliggørelse af meddelelser og bekendtgørelser ... 162
7.8 Offentliggørelse af og adgang til det øvrige udbudsmateriale ... 166
7.8.1 Undtagelse fra offentliggørelse af det fulde udbudsmateriale ... 167
7.8.2 Supplerende oplysninger og ændringer til det offentliggjorte materiale ... 168

Kapitel 8 172
Tidsfrister ... 172

8.1 Indledning ... 172
8.2 Passende tidsfrist ... 173
8.3 Forkortelse af tidsfrist ... 174
8.4 Forlængelse af tidsfrist ... 176
8.5 Beregning af frister ... 178

Kapitel 9 181
Udelukkelse, egnethed, udvælgelse og dokumentation ... 181

9.1 Indledning ... 181
9.2 Udelukkelse – overordnet om regler og indhold ... 181
9.2.1 Hvornår er der pligt til at udelukke? (Obligatoriske udelukkelsesgrunde) ... 183
9.2.1.1 Gennemgang af de enkelte obligatoriske udelukkelsesgrunde ... 187
9.2.2 Hvornår har ordregiver mulighed for at udelukke? (Frivillige udelukkelsesgrunde) ... 193
9.2.2.1 Gennemgang af de enkelte frivillige udelukkelsesgrunde ... 195
9.2.3 Dokumentation for pålidelighed ... 200
9.3 Egnethed ... 202
9.3.1 Virksomheders retlige form ... 202
9.3.2 Egnethed til at udføre det pågældende erhverv ... 203
9.3.3 Økonomisk og finansiel formåen ... 204
9.3.4 Teknisk og faglig formåen ... 205
9.3.5 Mulighed for at basere sig på andre enheders formåen ... 206
9.4 Udvælgelse ... 208
9.5 Dokumentation ... 211
9.5.1 Det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) ... 214
9.5.2 Dokumentation for ikke at være omfattet af udelukkelsesgrundene ... 215
9.5.3 Dokumentation for økonomisk og finansiel formåen ... 216
9.5.4 Dokumentation for teknisk og faglig formåen ... 218
9.6 Har ordregiver en undersøgelsespligt? ... 219

Kapitel 10 221
Evaluering og tildeling ... 221

10.1 Indledning ... 221
10.2 Fremgangsmåde ved evaluering af tilbud ... 221
10.3 Kriterier for tildeling ... 222
10.3.1 Tildelingskriteriet pris ... 223
10.3.2 Tildelingskriteriet omkostninger ... 224
10.3.2.1 Totalomkostninger ... 225
10.3.2.2 Livscyklusomkostninger ... 225
10.3.2.3 Forholdet mellem totalomkostninger og livscyklusomkostninger ... 227
10.3.3 Tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet ... 228

10.3.3.1 Under- og delkriterier ... 228
10.3.3.2 Forbundet med kontraktens genstand ... 230
10.3.3.3 Beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ... 230
10.3.3.4 Vægtning af under- og delkriterier ... 231
10.4 Evalueringsmodel ... 234
10.4.1 Muligheden for at klage over en offentliggjort evalueringsmodel ... 237
10.5 Tildeling af kontrakt ... 237
10.5.1 Åbning af tilbud ... 238
10.5.2 Verifikation af tilbuddenes indhold ... 238
10.5.3 Rettelse af fejl og mangler i ansøgninger eller tilbud ... 239
10.5.4 Effektiv kontrol af tilbuddets indhold ... 240
10.5.5 To-kuvert-system ved visse bygge- og anlægskontrakter ... 241
10.5.6 Unormalt lave tilbud ... 242
10.5.7 Vurdering af forbehold i tilbudsmaterialet ... 244
10.6 Underretning af ansøgere og tilbudsgivere ... 246
10.6.1 Underretning ved udvælgelse af ansøgere ... 247
10.6.2 Underretning ved begrænsning af antal tilbud og løsninger ... 247
10.6.3 Underretning ved tildeling af kontrakt eller rammeaftale ... 247
10.6.4 Underretning ved optagelse i et dynamisk indkøbssystem ... 250
10.6.5 Underretning ved aflysning af en udbudsprocedure ... 250
10.6.6 Oplysninger, der kan undtages i underretningen ... 251
10.6.7 Standstill-perioden ... 251
10.7 Tilbagekaldelse af tildelingsbeslutningen ... 252
10.8 Ordregivers rapporteringspligt og dokumentation af udbudsprocessen ... 254

Kapitel 11 257
Ændring, aflysning og ophævelse ... 257

11.1 Indledning ... 257
11.2 Ændring og udskiftning af ansøger eller tilbudsgiver ... 257
11.3 Ændringer af kontrakten ... 261
11.3.1 Ændringsklausuler ... 266
11.3.2 Mindre kontraktændringer ... 267
11.3.3 Supplerende leverancer ... 268
11.3.4 Udskiftning af den oprindelige leverandør ... 269
11.3.5 Uforudsete omstændigheder ... 269
11.3.6 Beregning af en kontraktændrings værdi ved brug af prisindekseringsklausuler ... 270
11.4 Aflysning af udbudsproceduren ... 271
11.4.1 Hvornår kan der ske aflysning? ... 271
11.4.2 Hvordan skal aflysningen foregå? ... 272
11.5 Ophør af en kontrakt ... 272
11.5.1 Ordregivers ret til at bringe en kontrakt til ophør ... 272
11.5.2 Ordregivers pligt til at bringe en kontrakt til ophør ... 273

Kapitel 12 275
Light-regimet ... 275

12.1 Indledning ... 275
12.2 Tjenesteydelser omfattet af light-regimet ... 276
12.3 Procedureregler i light-regimet ... 279
12.3.1 Indholdet af proceduren ... 280
12.3.1.1 Formelle krav til proceduren ... 282
12.3.2 Undtagelser fra light-regimets regler ... 284
12.4 Reserverede kontrakter under light-regimet ... 285

Kapitel 13 287
Kontrakter under tærskelværdierne 287

13.1 Indledning 287
13.2 Kontrakter under tærskelværdierne 288
13.2.1 Vurderingen af klar grænseoverskridende interesse 289
13.3 Kontrakter med klar grænseoverskridende interesse 293
13.3.1 Tilrettelæggelse af annonceringsproceduren 293
13.4 Kontrakter uden grænseoverskridende interesse 296
13.4.1 Tildeling på markedsmæssige vilkår 296
13.4.2 Indhentning af tilbud 298

Kapitel 1
Indledning

1.1 Formålet med vejledningen

Udbudsloven sætter rammerne for, hvordan offentlige ordregivere skal købe ind. Formålet med en dansk udbudslov er at sikre den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler gennem en effektiv konkurrence om opgaverne.

I denne omfattende vejledning gennemgås udbudsreglerne ud fra et praktisk perspektiv.

Vejledningen er udformet, så den kan læses i sin helhed eller anvendes som et opslagsværk.

Fremgangsmåden er valgt på baggrund af en lang række interviews med indkøbere i stat, regioner og kommuner. Alle har givet udtryk for, at vejledningen bedst understøtter arbejdet med tilrettelæggelse af indkøb, hvis der er et konkret fokus på, *hvad man skal, hvilke muligheder der er, og hvad man ikke må*. Derudover har der været et udbredt ønske om en vejledning, der forklarer og fortolker konkrete praktiske og juridiske problemstillinger.

Vejledningen er i 2024 opdateret med den nyeste lovgivning og praksis samt suppleret og præciseret på områder, som har givet anledning til spørgsmål.

1.2 Indhold og brug af vejledningen

Vejledningens struktur følger fra og med kapitel 4 den rækkefølge, som udbudsprocesser normalt forløber i.

Kapitel 2 giver et kortfattet overblik over de ændringer i udbudsloven, som er sket, siden udbudsloven trådte i kraft, og første udgave af vejledningen udkom i 2016. Kapitlet er primært relevant som et overblik over de ændringer i reglerne, der er sket.

Kapitel 3 indeholder en kort gennemgang af de grundlæggende principper, som gælder for alle kontrakter omfattet af udbudsloven. Principperne er vigtige, da de udgør et "sikkerhedsnet" under de specifikke udbudsregler. Det skal forstås sådan, at det er de grundlæggende principper, der er ledetråden, hvis der opstår konkret tvivl eller uklarhed om reglernes betydning.

Kapitel 4 behandler anvendelsesområdet for udbudsloven. Dvs. hvem og hvilke kontrakter udbudsreglerne gælder for, samt tærskelværdierne.

Kapitel 5 gennemgår udbudsprocedurerne. Hvert afsnit indledes med en grafisk oversigt over udbudsproceduren. Figurerne viser på en tidslinje de hovedopgaver, som proceduren indeholder, såvel som de frister, ordregiver skal være opmærksom på. Hver opgave i det visuelle overblik har en henvisning til det kapitel i vejledningen, der behandler emnet.

Kapitel 6 behandler indkøbsmetoder, som fx rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer. Derudover behandler kapitlet reglerne om fælles indkøb.

Kapitel 7 omhandler udarbejdelse af udbudsmaterialet, herunder hvilke dokumenter m.v. et udbudsmateriale består af, og reglerne om offentliggørelse af udbud.

Kapitel 8 gennemgår tidsfrister, herunder hvad der ligger i en passende tidsfrist, forkortelse og forlængelse af tidsfrister samt beregning af tidsfrister.

Kapitel 9 behandler reglerne om udelukkelse, egnethed og udvælgelse, og hvad der nærmere ligger heri.

Kapitel 10 omhandler evaluering af tilbuddene, herunder fastsættelse af evalueringsmodel, den efterfølgende tildeling af kontrakt og de pligter, som ordregiver har ved afslutning af udbudsproceduren.

Kapitel 11 gennemgår reglerne for ændringer og aflysning og for ordregivers ret og pligt til at bringe en indgået kontrakt til ophør. Ændringsreglerne angår både reglerne for ændringer af ansøgere og tilbudsgivere under udbudsproceduren og reglerne for ændringer af kontrakter.

Kapitel 12 behandler reglerne for light-regimet, dvs. den særlige lempelige fremgangsmåde, der skal følges, når man køber sociale og andre specifikke tjenesteydelser, som fx sundheds- eller uddannelsesmæssige tjenesteydelser.

Slutteligt behandler **kapitel 13** reglerne for kontrakter under tærskelværdierne.

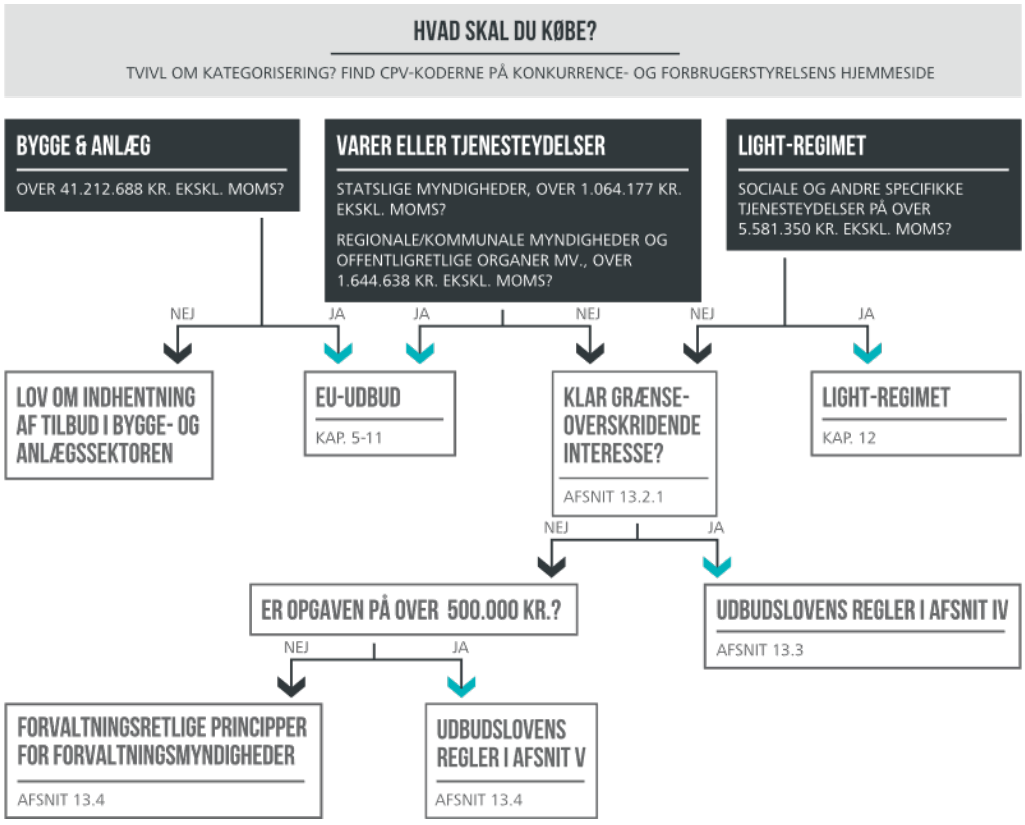
De enkelte kapitler kan læses og benyttes hver for sig, alt efter hvor i udbudsprocessen man befinder sig og har behov for vejledning.

Figur 1.1 nedenfor viser de elementer ved et indkøb, der afgør, hvilke regler i udbudsloven[1] der er relevante. Det afgørende er: 1) hvad der skal købes, 2) hvad det koster, og 3) om virksomheder i andre EU-lande kan være interesserede i at byde på opgaven.

Figuren viser også, hvor i vejledningen der er hjælp at hente i de forskellige situationer.

[1] Og i lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (tilbudsloven) for opgaver på under ca. 40 mio. kr.

Figur 1.1 **Hvilke regler – samlet oversigt**



Er der emner eller spørgsmål, som ikke behandles i vejledningen, kan der være yderligere hjælp at hente på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside, www.kfst.dk, hvor Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i en række specialvejledninger behandler forskellige emner mere dybdegående. Derudover findes der ofte stillede spørgsmål inden for udbud med styrelsens svar herpå.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fortolker og vejleder om udbudsreglerne. Klager over konkrete udbud behandles af Klagenævnet for Udbud.

Kapitel 2
Ændringer af udbudsloven siden lovens ikrafttræden

I dette kapitel gives der et overblik over, på hvilke områder udbudsloven er blevet ændret, siden loven trådte i kraft 1. januar 2016.

Udbudsloven er blevet ændret flere gange, i 2019[2] og 2022[3]. Disse lovændringer har givet anledning til opdatering af denne vejledning.

Nedenfor følger et overblik over, hvilke lovændringer der har medført ændringer i vejledningen, samt hvilke afsnit i vejledningen der er blevet påvirket som følge heraf:

» Præcisering af, at ordregiver ikke på forhånd skal have taget højde for anvendelsen af delydelsesreglen (afsnit 4.5).
» Hjemmel til, at statslige, regionale og kommunale ordregivere kan etablere samarbejder om kontrol med overholdelse af kontraktuelle forpligtelser (afsnit 4.6.1).
» Præcisering af, hvornår udbudsprocedurerne udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog kan anvendes (afsnit 5.4.1).
» Lettere adgang til overgang til udbud med forhandling ved mislykket offentligt eller begrænset udbud (afsnit 5.4.1).
» Mulighed for at udvælge tilbudsgivere til deltagelse i forhandlingerne på baggrund af indledende tilbud (afsnit 5.4.2).
» Fjernelse af generelt forbud mod at ændre mindstekrav og kriterier for tildeling ved udbudsproceduren konkurrencepræget dialog (afsnit 5.5.2).
» Indførelse af krav om anvendelse af personer under oplæring i visse kontrakter (afsnit 7.6.2.1).
» Præcisering af, hvornår ordregiver kan foretage ændringer af udbudsmaterialet (afsnit 7.8.2).
» Ny udelukkelsesgrund om etablering i et skattelyland (afsnit 9.2.1.1).
» Udelukkelsesgrunden om alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om virksomhedens integritet, er blevet gjort obligatorisk (afsnit 9.2.1.1).
» Udelukkelsesperioder ved såvel de obligatoriske som de frivillige udelukkelsesgrunde er blevet forlænget (afsnit 9.2.1 og 9.2.2).
» Pligt til at indhente en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om virksomhedens dokumentation af pålidelighed (afsnit 9.2.3).
» Begrænsning i muligheden for udvælgelse på baggrund af omsætning (afsnit 9.4).
» Præcisering af pligten til at fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen (afsnit 10.4).

[2] Ved lov nr. 204 af 5. marts 2019 om ændring af udbudsloven og ved lov nr. 1251 af 30. november 2019 om ændring af udbudsloven.
[3] Ved lov nr. 884 af 21. juni 2022 om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.

» Indførelse af en pligt til ved udbud af bygge- og anlægskontrakter med en værdi på over 350 mio. kr. at foretage kvalitetsvurderingen uden kendskab til prisevalueringen, når tildelingskriteriet "bedste forhold mellem pris og kvalitet" anvendes (afsnit 10.5.5).
» Mulighed for at bringe en kontrakt til ophør, hvis leverandøren i kontraktperioden bliver omfattet af en udelukkelsesgrund og ikke kan dokumentere sin pålidelighed (afsnit 11.5.1).

Bemærk, at ovenstående liste over ændringer i udbudsloven alene er tænkt som et overblik og således ikke er udtømmende. Når der skal planlægges et konkret udbud, vil der være behov for at dykke ned i vejledningens enkelte kapitler.

Foruden ændringerne som følge af ændringer af udbudsloven er vejledningen blevet opdateret med Klagenævnet for Udbuds og domstolenes senere praksis og med de forskellige problemstillinger, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har fået spørgsmål til efter vejledningens udgivelse. Vejledningen er endvidere blevet suppleret med flere eksempler og er blevet præciseret på en række punkter. Disse generelle ændringer er foretaget i samtlige af vejledningens kapitler.

Endelig er der foretaget en række redaktionelle ændringer. Som en større redaktionel ændring kan nævnes, at kapitel 12, som tidligere omhandlede såvel light-regimet som kontrakter under tærskelværdierne, er blevet delt op i hhv. kapitel 12 om light-regimet og kapitel 13 om kontrakter under tærskelværdierne.

Kapitel 3
Generelle principper

3.1 Indledning

I dette kapitel beskrives de generelle EU-retlige principper. En ordregiver skal altid overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet[4] samt forbuddet mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet[5]. Den eneste undtagelse er de tilfælde, hvor der er tale om indkøb under tærskelværdierne, og hvor tilbudsgivere i andre EU-lande ikke formodes at ville byde på opgaven.[6]

Når ordregiver fx skal offentliggøre visse centrale oplysninger i udbudsbekendtgørelsen samt sin evalueringsmodel, der benyttes til at vurdere tilbud efter, er det en følge af gennemsigtighedsprincippet. Og når ordregiver skal stille de samme oplysninger til rådighed for alle tilbudsgiverne, er det en følge af ligebehandlingsprincippet.

Det er ikke muligt i et stort regelsæt som udbudsloven at regulere alle tænkelige forhold, man som ordregiver kan komme til at stå over for. I sådanne situationer bliver man nødt til selv at finde svaret ved at foretage en vurdering af eksempelvis en påtænkt handling i forhold til de generelle principper.

Derfor – og fordi der henvises til principperne mange steder i denne vejledning – gennemgås disse principper nærmere i dette kapitel.[7]

3.2 Ligebehandlingsprincippet

Det følger af ligebehandlingsprincippet, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og at forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre det er objektivt begrundet og proportionalt. Det betyder, at der alene må ske forskelsbehandling mellem ansøgere og tilbudsgivere, når dette er sagligt begrundet.

Ligebehandlingsprincippet er afledt af Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) og udviklet af EU-Domstolen. Derfor skal princippet fortolkes i overensstemmelse med TEUF og udbudsdirektivet[8]. Det betyder fx, at et vilkår i udbudsmaterialet kan være i strid med ligebehandlingsprincippet, også selvom vilkåret formelt gælder for alle økonomiske aktører, hvis vilkåret har haft til formål eller følge at forskelsbehandle de økonomiske aktører uden saglig grund.

---

[4] Jf. udbudslovens § 2.
[5] Jf. udbudslovens § 3.
[6] Dvs. hvis indkøbet ikke har en klar grænseoverskridende interesse, jf. afsnit V i udbudsloven. Se kapitel 13 herom.
[7] Der findes også andre principper af betydning for udbud, fx princippet om gensidig anerkendelse. Disse behandles i de relevante konkrete sammenhænge i vejledningen.
[8] Direktiv 2014/24/EU.

Princippet gælder i forhold til både ansøgere og tilbudsgivere, som deltager i udbudsprocessen og dem, der ikke gør. Hensynet her er, at de potentielle ansøgere måske ville have deltaget i konkurrencen, hvis fx udbudsmaterialet eller udbudsprocessen havde været struktureret anderledes.

Ordregiver har pligt til igennem hele udbudsproceduren at behandle alle tilbudsgivere lige, hvilket betyder, at ordregiver lige fra de forberedende faser og til og med kontraktindgåelsen skal sikre, at alle tilbudsgiverne får mulighed for at konkurrere på lige fod. Der er hermed forbud mod forskelsbehandling pga. et hvilket som helst usagligt kriterie og ikke kun forbud mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet.

Ligebehandlingsprincippet stiller ikke krav om, at ethvert vilkår i udbudsmaterialet skal være konkurrenceneutralt for alle aktører på markedet. En ordregiver har derfor ikke pligt til at sænke sine krav til en ydelse, blot fordi kun en eller nogle få leverandører vil kunne levere det ønskede, hvis kravene i øvrigt er saglige.

Eksempelvis vil den eksisterende leverandør ofte have en betydelig, men lovlig, konkurrencefordel. Her vil ligebehandlingsprincippet kun medføre en pligt for ordregiveren til at udligne konkurrencefordelen i det omfang, det i teknisk henseende er enkelt at foretage en udligning, og udligningen er økonomisk rimelig og ikke indebærer en tilsidesættelse af andres rettigheder.

Kravet om saglighed i forhold til ligebehandlingsprincippet er et generelt krav om, at ordregiver skal agere sagligt ved håndtering af udbud. Det er fx relevant ved de beslutninger, herunder valg og fravalg, som ordregiveren træffer i relation til udbuddet. Eksempelvis kan det være en beslutning om ikke at opdele en kontrakt i delkontrakter.[9]

En særlig del af ligebehandlingsprincippet omhandler interessekonflikter. En ordregiver skal træffe passende foranstaltninger til at identificere, forebygge og afhjælpe interessekonflikter i forbindelse med gennemførelsen af et udbud m.v.[10] Med interessekonflikt forstås, at en person hos ordregiveren, eller som er tilknyttet ordregiveren, har personlige relationer eller interesser, som gør denne inhabil i forhold til det konkrete udbud. Ordregivers forpligtelse til at undgå interessekonflikter skal ses i sammenhæng med lovgivningens almindelige regler om inhabilitet. For ordregivere, som er omfattet af forvaltningsloven, gælder således også de almindelige regler om inhabilitet i forvaltningsloven.[11]

3.3 Gennemsigtighedsprincippet

Gennemsigtighedsprincippet er udviklet af EU-Domstolen på baggrund af ligebehandlingsprincippet.[12] Princippet om gennemsigtighed skal efter EU-Domstolens retspraksis gøre det muligt at fastslå, om ligebehandlingsprincippet er overholdt.[13]

Gennemsigtighedsprincippet medfører for det første, at der skal være offentlighed og åbenhed om selve udbuddet, så tilbudsgiverne får mulighed for at tilkendegive deres interesse i at

[9] Jf. udbudslovens § 49, stk. 2.
[10] Jf. udbudslovens § 4.
[11] Forvaltningslovens kapitel 2.
[12] Jf. EU-Domstolens dom C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*.
[13] Jf. EU-Domstolens dom C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI)*.

levere det udbudte indkøb til ordregiveren. Samtidig forhindres, at ordregiveren foretager indkøb fra leverandører, som ordregiveren på forhånd måtte have en særlig præference for.

Princippet betyder for det andet, at ordregiveren på forhånd i udbudsmaterialet skal beskrive kontraktens genstand og processen for udbuddet. Herefter skal ordregiver handle i overensstemmelse med beskrivelsen i udbudsmaterialet. Som følge heraf skal ordregiveren bl.a. sikre, at alle relevante oplysninger om den udbudte kontrakt er tilgængelige for tilbudsgiverne. Dernæst at tildelingen af kontrakten sker på en gennemsigtig måde, som sætter tilbudsgiverne i stand til at vurdere, om ordregiveren overholder de processer, kriterier og metoder, der er opstillet for tildelingen af kontrakten. Dette kommer bl.a. til udtryk ved, at ordregiver fx skal begrunde sin beslutning om tildeling af kontrakt over for de afviste tilbudsgivere.[14]

3.4 Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet betyder, at foranstaltninger skal være egnede, nødvendige og forholdsmæssige i forhold til det mål, som der ønskes opnået. Ordregiver er dermed forpligtet til at tilrettelægge og gennemføre sin udbudsproces på en proportional måde. Det betyder, at ordregiver igennem sin udbudsproces kun kan stille krav til ansøgere og tilbudsgivere, som står i et rimeligt forhold til det konkrete indkøb. Kravene må ikke gå videre, end hvad der er nødvendigt for at imødekomme ordregiverens konkrete, saglige behov.

Ovenstående gælder for samtlige krav, som ordregiveren stiller til interesserede tilbudsgivere, herunder tidsfrister for aflevering af ansøgning eller tilbud, krav til deltagernes egnethed, krav til kontraktens udførelse m.v.

Proportionalitetsprincippet finder ikke anvendelse i forhold til vurderingen af, om varetagelsen af de hensyn, der ligger bag et udbud, er de omkostninger værd, som et krav i udbudsmaterialet vil medføre. Princippet finder derimod anvendelse i forhold til vurderingen af, om et krav i udbudsmaterialet kunstigt indskrænker konkurrencen ved fx at afskære visse tilbudsgivere fra at deltage i udbuddet, uden at dette i øvrigt er sagligt begrundet.

Ordregiveren skal også varetage proportionalitetsprincippet i forbindelse med gennemførelsen af udbudsproceduren. Princippet betyder fx, at ordregiveren også skal vurdere proportionaliteten ved vurdering af, om en tilbudsgiver er omfattet af en udelukkelsesgrund.[15]

Ordregiver bør altid overveje omkostningerne forbundet med de stillede krav for at kunne vurdere, om den merpris, som betales for opfyldelsen af disse krav, er rimelig i forhold til det formål, som forfølges. Herunder skal der tages højde for den forvaltningsretlige forpligtelse til forsvarlig økonomisk forvaltning i forbindelse med ordregiverens fastsættelse af krav i udbudsmaterialet, i det omfang, ordregiveren er underlagt de almindelige forvaltningsretlige regler.

3.5 Forbud mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet

Forbuddet mod forskelsbehandling på baggrund af nationalitet er et diskriminationsforbud, hvorefter det er forbudt at behandle tilbudsgivere ringere pga. nationalitet.[16]

[14] Jf. udbudslovens § 171, stk. 4.
[15] Jf. EU-Domstolen i sag C-171/15, *Connexxion Taxi Services BV*, om udelukkelse pga. alvorlig fejl ved udøvelsen af sit erhverv.
[16] Jf. udbudslovens § 3.

Der sondres i forbuddet mellem direkte, indirekte og omvendt diskrimination pga. nationalitet.

Der foreligger direkte diskrimination, når en tilbudsgiver bliver behandlet ringere, end en anden tidbudsgiver bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation. Det kan fx være i form af vilkår i udbudsmaterialet, som direkte giver en fordel til nationale ansøgere eller tilbudsgivere, eller som medfører en ulempe for udenlandske ansøgere eller tilbudsgivere. Eksempelvis vil krav om anvendelse af danske materialer eller dansk arbejdskraft være direkte diskriminerende.[17]

Indirekte diskrimination foreligger, når en bestemmelse, et kriterie eller en praksis, som virker neutral, vil stille udenlandske tilbudsgivere ringere end nationale tilbudsgivere, medmindre det er objektivt begrundet i et sagligt formål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige. Indirekte diskrimination vil konkret fremtræde som vilkår i udbudsmaterialet, som gælder for alle uanset nationalitet, men som reelt har væsentligt forskellig betydning for nationale og udenlandske tilbudsgivere. Kriterier, som virker indirekte diskriminerende, er lovlige, hvis de forfølger et lovligt formål, og de er nødvendige for at realisere dette formål og ikke går videre end nødvendigt for at opfylde dette. Der er fx ikke noget til hinder for, at en ordregiver stiller krav om dansktalende personale, hvis det i den konkrete situation er sagligt og nødvendigt at stille sådan et krav.

Forbuddene mod direkte og indirekte diskrimination gælder ikke kun for tilbudsgivere fra lande, der er medlem af EU eller EØS-aftalen, men også for tilbudsgivere fra lande herudover, i det omfang, det følger af internationale forpligtelser. Dette skal navnlig ses i relation til overholdelse af aftalen indgået i regi af World Trade Organization (WTO) om offentlige udbud, Agreement on Government Procurement (GPA).

Aftalen indebærer, at medlemmerne skal foretage ikkediskriminerende udbud samt følge visse procedureregler m.v. i forhold til erhvervsdrivende i andre WTO-medlemslande, som har tiltrådt GPA-aftalen. EU har tiltrådt aftalen på medlemsstaternes vegne, og som udgangspunkt er alle EU-udbud på udbudslovens område omfattet af GPA-aftalen. Det betyder ikke, at ordregiver er forpligtet til at følge andre regler end udbudsloven. Det betyder blot, at ordregiver skal give tilbudsgivere fra lande, der har underskrevet denne aftale, en behandling, som ikke er mindre gunstig end den, der gives tilbudsgivere fra EU. Det betyder, at ordregiver hverken må fastsætte vilkår i udbudsmaterialet, som er diskriminerende over for ansøgere og tilbudsgivere fra WTO-medlemslande, som har tiltrådt GPA-aftalen, eller i øvrigt forskelsbehandle sådanne ansøgere og tilbudsgivere i forbindelse med gennemførelsen af udbudsproceduren, uden at der en saglig grund til denne forskelsbehandling.

Udbudsloven indeholder også et forbud mod omvendt diskrimination, dvs. et forbud mod, at danske ordregivere diskriminerer danske virksomheder pga. nationalitet. Forbuddet er alene et nationalt krav. Omvendt diskrimination er ligesom indirekte diskrimination tilladt i de tilfælde, hvor det er sagligt begrundet og proportionalt. Dette vil fx være tilfældet i et konkret udbud, hvor ordregiver vurderer, at det er vigtigt, at de ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud, er så differentierede som muligt. Her kan ordregiver tilkendegive, at der ved udvælgelsen bliver lagt vægt på, at der er udenlandske virksomheder blandt ansøgerne, som opfordres til at afgive tilbud.

[17] I sag C-243/89, *Kommissionen mod Danmark* (Storebælt-dommen), blev Danmark dømt for direkte diskrimination for at have stillet en betingelse om, at "Entreprenøren er forpligtet til i størst muligt omfang at anvende danske materialer og forbrugsgods, dansk arbejdskraft og materiel".

Kapitel 4
Anvendelsesområdet for udbudsloven

4.1 Indledning

Der er flere ting, der spiller ind, når man skal vurdere, om man er omfattet af udbudsreglerne. Dette kapitel gennemgår de grundlæggende forhold, man skal være opmærksom på som ordregiver, når man skal foretage et indkøb eller udbyde en opgave.

Fire spørgsmål er afgørende for, om et indkøb er omfattet af udbudsreglerne:

» Er indkøbet en gensidigt bebyrdende aftale?
» Hvem køber?
» Hvad skal der købes?
» Hvor meget skal der købes for?

Spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en *gensidigt bebyrdende aftale*, er afgørende for, om opgaven skal udbydes. Hvis opgaven fx skal udføres på et lovmæssigt grundlag, er den ikke omfattet af udbudsreglerne. Læs mere om gensidigt bebyrdende aftaler i afsnit 4.2.

Svaret på spørgsmålet om, *hvem der køber*, definerer, om der er tale om en ordregiver, som er omfattet af udbudsreglerne.[18] Dette behandles i afsnit 4.3.

Hvad der skal købes, har også betydning for, om indkøbet er omfattet af udbudsloven. Som udgangspunkt er kontrakter, der omfatter varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder, omfattet af udbudsloven.[19] Læs mere om dette emne i afsnit 4.4.

Endelig er det afgørende, *hvor meget der skal købes ind for*. Indkøbets værdi er afgørende for, efter hvilke regler indkøbet skal foretages. Udbudslovens afsnit II og III, som regulerer EU-udbud, gælder således kun for kontrakter over visse økonomiske værdier, også kaldet tærskelværdierne. Læs mere om tærskelværdierne og beregning af kontraktværdien i afsnit 4.5.

Der findes også kontrakter, der helt er undtaget fra udbudslovens anvendelsesområde, fx ordregiverinterne kontrakter, samt kontrakter, som er undtaget fra udbudslovens afsnit II og III, fx kontrakter om køb og leje af fast ejendom. Læs mere om de undtagne kontrakter i afsnit 4.6.

4.2 Er indkøbet en gensidigt bebyrdende aftale?

Udbudsreglerne regulerer indgåelse af offentlige kontrakter. For at der er tale om en offentlig kontrakt, skal der være tale om en gensidigt bebyrdende skriftlig aftale. Dvs. at der skal være tale om både en ydelse, fx bygge- og anlægsarbejde, og en modydelse, fx penge, når der indgås

[18] Jf. udbudslovens § 24, nr. 28.
[19] Jf. udbudslovens § 24, nr. 5 (bygge- og anlægsarbejder), nr. 25 (offentlige tjenesteydelseskontrakter) og nr. 26 (offentlige varekøbskontrakter).

kontrakt. Modydelsen fra ordregiveren behøver ikke at være et pengebeløb, men skal kunne opgøres i penge.[20]

Det er et krav, at ordregiveren skal have en direkte økonomisk interesse i den ydelse, som udføres mod ordregiverens vederlag. Bliver ordregiveren ejer af genstanden for kontrakten, vil den økonomiske interesse være godtgjort.[21]

Det er dog ikke et krav, at ordregiveren selv modtager den leverance, som kontrakten omfatter. Hvis en kommune fx indgår en kontrakt om transport af handikappede borgere, vil kommunen have en direkte økonomisk interesse i ydelsen, hvis kommunen er forpligtet til at sikre borgerne den pågældende transport. Selvom det er borgere, der modtager de konkrete leverancer, leveres ydelsen på kommunens vegne for at opfylde kommunens forpligtelse over for borgerne.

Omvendt vil den direkte økonomiske interesse ikke være til stede, hvis ordregiveren yder støtte til en borger, der selv anskaffer en vare eller en tjenesteydelse. Der vil fx ikke være tale om direkte økonomisk interesse, hvis en kommune yder tilskud til borgernes køb af handikapbiler, som borgerne selv bliver ejere af.[22]

Det er derudover et krav, for at der er tale om en offentlig kontrakt i udbudslovens forstand, at ordregiver foretager en form for udvælgelse blandt potentielle leverandører. Dette krav vil ofte være opfyldt, hvis der indgås aftale med en bestemt leverandør eller med nogle bestemte leverandører. Kravet vil også være opfyldt, hvis fx en kommune udvælger en enkelt eller et begrænset antal leverandører, som borgerne kan købe ind hos på kommunens regning.

Hvis kommunen derimod, i stedet for at udpege en nærmere afgrænset kreds af leverandører, godkender alle kvalificerede leverandører, som borgerne kan købe ind hos på kommunens regning, vil der ikke være tale om en offentlig kontrakt omfattet af udbudsreglerne, men om en såkaldt kvalifikationsordning. Dette er, fordi der i så fald ikke foretages en udvælgelse mellem potentielle leverandører.[23]

Ordregiver vil også have en direkte økonomisk interesse i ydelsen, hvis dens udførelse frigør ordregiver for en administrativ forpligtelse.[24] Hvis ordregiver fx er forpligtet til at administrere en forsikringsordning på vegne af sine ansatte, og ordregiver indgår en kontrakt med en privat leverandør om administrationen af denne ordning, vil ordregiver have en direkte økonomisk interesse i kontrakten. Selvom kontrakten umiddelbart alene vil gavne ordregivers ansatte, vil kontrakten frigøre ordregiveren fra en administrativ forpligtelse.

---

[20] Jf. de specielle lovbemærkninger til udbudslovens § 24, nr. 24.

[21] Jf. EU-Domstolens dom af 25. marts 2010 i sagen C-451/08, *Helmut Müller*.

[22] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 16. december 2014, *Handicare Auto A/S mod Ringkøbing-Skjern Kommune*. Klagenævnet for Udbud kom frem til samme resultat i sagen om tilskud til opbygning af handikapbiler i sin kendelse af 28. marts 2017, *Langhøj ApS mod KomUdbud v/Ikast-Brande Kommune*.

[23] Jf. EU-Domstolens dom af 2. juni 2016 i sagen C-410/14, *Falk Pharma* samt præambelbetragtning 4 til udbudsdirektivet.

[24] Jf. EU-Domstolens dom af 15. juli 2010 i sagen C-271/80, *Europa-Kommissionen mod Tyskland*.

Boks 4.1
Eksempel på ordregivers økonomiske interesse i ydelsen

En kommune indgår en aftale om levering af hjælpemidler til visiterede borgere. I dette tilfælde er det borgerne, der er de umiddelbart begunstigede ved aftalen. Det samme ville gøre sig gældende ved fx aftale om indsamling af husholdningsaffald.

Ydelsen er dog leveret på kommunens vegne, fordi kommunen efter lovgivningen eller en beslutning i kommunalbestyrelsen er forpligtet til at sikre borgerne bestemte ydelser. Her vil ordregiveren have den fornødne økonomiske interesse i ydelsen.

Hvis kommunen derimod ikke indgår en købsaftale med leverandøren, men indhenter priser med henblik på at fastsætte størrelsen af kommunens tilskud til borgere, vil kommunen ikke have den fornødne økonomiske interesse. I sådan en situation indgås aftalen direkte mellem borgeren og leverandøren, og kommunens tilbudsindhentning sker alene med henblik på at fastsætte størrelsen af den refusion, som borgeren har ret til at modtage fra kommunen.[25]

Kommer vederlaget fra andre end ordregiveren, og kan betaleren selv vælge, om han/hun vil modtage ydelsen, vil der ikke være tale om en udbudspligtig aftale, medmindre ordregiver har en direkte økonomisk interesse i aftalens udførelse. Har ordregiver en økonomisk interesse i aftalens udførelse, kan der være tale om en koncession. En koncession er en særlig aftaleform, som er kendetegnet ved, at vederlaget for det arbejde/den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i en ret til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet/tjenesteydelsen eller består i både retten til at udnytte disse og retten til betaling fra ordregiveren. Såfremt en koncessionsaftale indebærer, at leverandøren påtager sig en driftsrisiko ved udførelse af bygge- og anlægsarbejdet/tjenesteydelsen, vil den ikke være omfattet af udbudsloven, men i stedet være reguleret i direktivet om tildeling af koncessionskontrakter.[26] Hvis koncessionsaftalen ikke indebærer nogen reel driftsrisiko, skal den i stedet følge udbudslovens regler.

Aftaler, der indgås mellem to enheder inden for samme juridiske person, er ikke gensidigt forpligtende kontrakter og dermed ikke udbudspligtige. Staten betragtes i udbudsretlig forstand som en samlet enhed. Det indebærer, at aftaler om opgaveløsning m.v. mellem enheder inden for den statslige forvaltning ikke er omfattet af udbudspligten.[27] Denne type aftaler kaldes in-house-aftaler eller ordregiverinterne aftaler og er nærmere beskrevet i afsnit 4.6.1.

Det følger af gensidighedsbegrebet, at relationerne mellem parterne typisk vil hvile på et privatretligt grundlag, dvs. en aftale om indkøb. Udbudsreglerne finder kun anvendelse på ydelser, der udføres på grundlag af tildeling af ordrer. Ydelser, der udføres på et andet grundlag, fx love eller administrative bestemmelser eller arbejdsaftaler, er ikke omfattet, da opgaven i sådanne situationer ikke udføres på baggrund af en privatretlig aftale mellem parterne.

Gensidighedsbegrebet forudsætter derudover, at der modtages en ydelse mod ydelse. Ensidige dispositioner som gaver er således ikke omfattet af begrebet offentlig kontrakt. Modtager en offentlig myndighed eksempelvis hospitalsudstyr, undervisningsudstyr eller andet som gave, kan dette ske uden at følge udbudsreglerne.

Hvis fx en myndighed som en gave fra en velgørende fond får stillet et beløb til disposition til indkøb af maskinel – fx en scanner til sygehusvæsenet – vil udbudspligten afhænge af, om giveren har givet myndigheden et valg med hensyn til indkøbet eller ej. Såfremt der ikke er stillet krav om et bestemt mærke, vil udbudsreglerne finde anvendelse, såfremt de øvrige betingelser for udbudspligt i øvrigt er opfyldt. Hvis der er tale om en pengegave, der er øremærket

---

[25] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 21. august 2013, *Bandagist-Centret A/S m.fl. mod Haderslev Kommune m.fl.*
[26] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter.
[27] Jf. udbudslovens § 12.

til indkøb af både en bestemt genstand og et bestemt fabrikat, kan der, såfremt der er flere leverandører af det pågældende fabrikat på markedet, også være tale om, at anskaffelsen skal i udbud. Der vil derimod ikke være udbudspligt, hvis gaven er øremærket til et helt bestemt indkøb, som ordregiver kun kan foretage hos en bestemt forhandler.

Hvis giveren stiller vilkår i forbindelse med modtagelse af gaven, fx en pligt til at indgå kontrakt om vedligeholdelses-, drifts- eller serviceaftale for ordregiverens egen regning, vil sådan en aftale være en offentlig kontrakt i udbudslovens forstand.

Det skal bemærkes, at det forhold, at en tilbudsgiver i forbindelse med et udbud tilbyder 0 kr. for opfyldelse af kontrakten, ikke medfører, at kontrakten ikke længere skal anses som en offentlig kontrakt.[28]

4.3 Hvem gælder udbudsreglerne for?

Udbudsloven gælder kun, når opdragsgiveren kan betragtes som ordregiver ifølge den definition, som er fastlagt i udbudsloven.[29] Ordregiver defineres heri som staten, regionale og kommunale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller offentligretlige organer. Ordregiverbegrebet omfatter således ikke kun staten, regionerne og kommunerne men også en stor gruppe almennyttige organer, der på den ene eller den anden måde er kontrolleret af det offentlige. Det er denne gruppe, der i loven kaldes for offentligretlige organer.

4.3.1 Statslige, regionale og kommunale myndigheder

Udbudsloven gælder for alle myndigheder i den offentlige sektor, uanset om de fungerer på centralt, regionalt eller lokalt niveau. Bilag I til udbudsdirektivet[30] indeholder en liste over Danmarks statslige myndigheder. På listen findes bl.a. Folketinget og samtlige ministerier med tilhørende styrelser. Listen er ikke udtømmende og skal derfor kun læses vejledende.

Der gælder en lavere tærskelværdi for statslige myndigheder end for andre myndigheder og offentligretlige organer ved køb af varer og visse tjenesteydelser. Det skyldes, at EU på det statslige område har aftalt en særlig markedsåbning med WTO, som giver sig udslag i, at andre WTO-lande skal have adgang til de statslige kontrakter. Listen kan være en hjælp til at se, om ordregiver er omfattet af den lavere tærskelværdi, men da sammensætningen af ministerier og styrelser kan ændre sig meget, er listen kun vejledende. En ordregiver kan derfor være en statslig myndighed, selvom den ikke optræder på listen, fordi den fx har skiftet navn eller er blevet slået sammen med en anden myndighed.

4.3.2 Offentligretlige organer

Herudover gælder udbudsloven for organer, der er kontrolleret af det offentlige, medmindre de fuldt ud opererer på et kommercielt område – de såkaldte offentligretlige organer.

Ved offentligretlige organer forstås organer:

» Der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter,

[28] Jf. EU-Domstolens dom af 10. september 2020 i sagen C-367/19, *Tax-Fin-Lex*.
[29] Jf. udbudslovens § 24, nr. 28.
[30] Udbudsdirektivet fremgår som bilag 2 til udbudsloven.

- der er en juridisk person, og
- hvis drift er underlagt offentlig kontrol på en af følgende tre måder:
  - Driften finansieres for mere end halvdelens vedkommende af staten, regionale eller kommunale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller
  - driften er underlagt ledelsesmæssig kontrol fra staten, regionale eller kommunale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller
  - mere end halvdelen af medlemmerne i bestyrelsen, direktionen eller et tilsynsråd udpeges af staten, regionale eller kommunale myndigheder eller offentligretlige organer.[31]

Almenhedens behov

Den første betingelse for, at der er tale om et offentligretligt organ, er, at organet skal være oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov. Det vil som regel være opgaver, som generelt anses for at være varetaget af det offentlige. Det kan fx være opgaver inden for infrastruktur, uddannelse, beskæftigelsesindsats eller socialområdet.

Betingelsen vil være opfyldt, når organet faktisk udøver aktiviteter med henblik på imødekommelsen af sådanne behov. Dvs. at selvom organet oprindeligt blev oprettet med henblik på at varetage andre behov, men på et senere tidspunkt overgik til at varetage almenhedens behov, vil betingelsen være opfyldt.

Hvis et organs aktiviteter kun delvist angår almenhedens behov, vil betingelsen stadig være opfyldt.[32] Det betyder, at organet skal anvende udbudsreglerne ved alle sine indkøb, selv når størstedelen af dens aktiviteter er af industriel og kommerciel karakter, hvis de øvrige betingelser i øvrigt er opfyldt.

Et organ, der fungerer på normale markedsvilkår, og som har til formål at skabe gevinst og bære tab forbundet med udøvelsen af sine aktiviteter, skal ikke betragtes som et offentligretligt organ, da almenhedens behov, som det er oprettet til at varetage, i så fald skal anses for at have industriel eller kommerciel karakter. Dette på trods af at organet ikke nødvendigvis handler med en fortjeneste for øje.[33]

[31] Jf. udbudslovens § 24, nr. 27.

[32] Jf. de specielle lovbemærkninger til udbudslovens § 24, nr. 27.

[33] Jf. de specielle lovbemærkninger til udbudslovens § 24, nr. 27, samt EU-Domstolens dom af 10. maj 2001 i sagerne C-223/99 og C-260/99, *Agorá og Excelsior*.

Boks 4.2
Eksempel på hvornår et organ imødekommer almenhedens behov

Det kan i praksis være svært at afgøre, om et organ ved sin opgaveløsning varetager almenhedens behov, som ikke er behov af industriel eller kommerciel karakter. Følgende momenter kan indgå i vurderingen:

- Opererer organet i et konkurrencepræget miljø? (Dvs. inden for et felt, hvor der er mange aktører der udfører en tilsvarende aktivitet).
- Udøver organet sin virksomhed på normale markedsvilkår?
- Har organet til formål at skabe indtjening?
- Bærer organet selv de tab og de økonomiske risici, der er forbundet med udøvelsen af virksomheden? (Herved uden at organet er garanteret støtte fra en offentlig myndighed).
- Har organet en lovbestemt pligt til at sørge for at dække almenhedens behov?

Hvis der kan svares ja til de fire første spørgsmål, taler det for, at organet ikke varetager almenhedens behov, men nærmere varetager behov af industriel eller kommerciel karakter, og derfor ikke er et offentligretligt organ i henhold til udbudsreglerne. Hvis den femte indikator er til stede, trækker dette derimod i retning af, at betingelsen er opfyldt.

Det vil dog altid bero på en konkret vurdering, om et organ opfylder betingelsen om varetagelse af almenhedens behov.

Juridisk person
Den anden betingelse for, at der er tale om et offentligretligt organ, er, at organet skal være en juridisk person. Det betyder, at organet skal være i stand til at bære rettigheder og forpligtelser.

Selskaber og institutioner med et CVR-nummer vil være at betragte som en juridisk person. Interessentskaber vil også være omfattet.

Offentlig kontrol
Den sidste betingelse angår offentlig kontrol med organet. Som nævnt ovenfor er det tilstrækkeligt, at der udøves kontrol på én af de tre nævnte måder, for at betingelsen er opfyldt.

Den første mulighed for kontrol vedrører den offentlige finansiering. Hvis mere end halvdelen af driften er finansieret af offentlige midler, vil organet være omfattet. Her er det et krav, at finansieringen ikke har karakter af en modydelse eller et gensidigt forretningsforhold, fx offentlige betalinger for konkrete leverancer. Virksomheder, hvis drift hovedsageligt kommer af kontrakter med offentlige myndigheder, fx fordi de har vundet en række udbud, vil således ikke være omfattet.

Offentlig finansiering vil derfor kun være finansiering eller støtte, som ikke kræver en kontraktuel modydelse.

Den anden mulighed for kontrol går på ledelsesmæssig kontrol fra det offentlige. Organet skal således være underlagt intensiv regulering, tilsyn eller lignende, som giver den kontrollerende myndighed m.v. mulighed for at påvirke beslutninger vedrørende organets drift. Det kan fx være myndighedens kontrol over vedtægter, budget, personaleforhold eller tilsyn.

En virksomhed, som fx er underlagt en offentlig myndigheds budgetkontrol eller kontrol af regnskabsførelse, vil derimod ikke være underlagt offentlig kontrol, da den offentlige myndighed ikke herved kan påvirke virksomhedens beslutninger.

Den tredje mulighed for kontrol går på, at det offentlige har en bestemmende indflydelse på sammensætningen af organets bestyrelse, direktion eller tilsynsråd ved at udpege mere end halvdelen af medlemmerne. Statslige aktieselskaber, hvor ressortministeren kan vælge flertallet af bestyrelsesmedlemmerne, vil fx opfylde kriteriet om kontrol og vil være offentligretlige organer, hvis de ellers opfylder betingelsen om at varetage almenhedens behov.

Hvorvidt en enhed skal anses som et offentligretligt organ omfattet af udbudsreglerne, vil afhænge af en konkret vurdering. Her kan organets budgetter, vedtægter, ledende organer, evt. driftsoverenskomster eller andre aftaler med det offentlige, som ikke udgør indkøbskontrakter, samt evt. lovregulering spille en rolle.

Eksempler på offentligretlige organer
Som eksempler på offentligretlige organer kan nævnes TV 2, Sund & Bælt Holding A/S, Metroselskabet I/S, Staten og Kommunernes Indkøbsservice (SKI), Lønmodtagernes Dyrtidsfond, Naviair, de almene boligorganisationer og universiteterne.

4.4 Hvilke kontrakter gælder udbudsreglerne for?

Udbudsloven gælder for indgåelse af offentlige kontrakter, som vedrører udførelse af bygge- og anlægsarbejder eller levering af varer eller tjenesteydelser. Loven gælder kun for offentlige indkøb. Kontrakter om det offentliges salg er ikke omfattet. I dette afsnit gennemgås de forskellige typer af kontrakter, der er omfattet af udbudslovens anvendelsesområde.

Udbudsloven indeholder tre hovedkategorier, som kontrakter grupperes under:

» Bygge- og anlægskontrakter[34]
» Tjenesteydelseskontrakter[35]
» Vareindkøbskontrakter[36].

4.4.1 Bygge- og anlægskontrakter

Ved bygge- og anlægskontrakter forstås offentlige kontrakter om:

» Udførelse eller både projektering og udførelse af aktiviteter nævnt i bilag II til udbudsdirektivet,
» udførelse af eller projektering og udførelse af bygge- og anlægsarbejder, hvor et bygge- og anlægsarbejde defineres som resultatet af et sæt bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion,[37] eller
» udførelse af et bygge- og anlægsarbejde, der opfylder krav, som er specificeret af ordregiveren, og hvor ordregiveren har afgørende indflydelse på arbejdets art eller projektering (skræddersyet byggeri).[38]

Bilag II til udbudsdirektivet indeholder en række hovedkategorier af opgaver med dertilhørende underkategorier, der alle vedrører bygge- og anlægsvirksomhed. De enkelte opgaver er desuden kategoriseret under de såkaldte CPV-koder, som er en fortegnelse over opgavetyper. CPV-koderne er udviklet med henblik på, at ydelser skal kunne identificeres på en enkel og entydig måde. Se afsnit 7.7.1 om CPV-koder.

Hvis ydelserne i kontrakten er omfattet af bilaget, er der tale om en bygge- og anlægskontrakt. Det er ikke nødvendigt at foretage en vurdering af, om de øvrige kriterier ovenfor er opfyldt, fx om "resultatet af kontrakten i sig selv udfylder en økonomisk eller teknisk funktion". Vurderingen er derimod relevant, når en kontrakts ydelser ikke fremgår af bilaget. Ordregiver skal i

[34] Jf. udbudslovens § 24, nr. 23.
[35] Jf. udbudslovens § 24, nr. 25.
[36] Jf. udbudslovens § 24, nr. 26.
[37] Jf. udbudslovens § 24, nr. 5.
[38] Jf. udbudslovens § 24, nr. 23.

så fald konkret vurdere, om kontraktens ydelser i sig selv vil udfylde en økonomisk eller teknisk funktion.

Projekteringsydelser i forbindelse med byggeri
Kontrakter, der kun omfatter projekteringsydelser i forbindelse med et byggeri, er ikke bygge- og anlægskontrakter, men tjenesteydelseskontrakter. Hvis en udbyder derimod anvender totalentreprise, betyder det imidlertid, at projekteringsdelen ikke skal i selvstændigt udbud som en tjenesteydelse. Projekteringsdelen skal indgå som et element i definitionen af bygge- og anlægsopgaven. Dette gælder også, hvis værdien af totalentreprisekontrakten ligger under tærskelværdien for bygge- og anlægsarbejder, men hvor projekteringsdelen i sig selv overstiger tærskelværdien for tjenesteydelser. Her udbydes den samlede totalentreprise, inkl. projekteringsdelen, i stedet efter tilbudsloven.

Skræddersyet byggeri
Det sidstnævnte punkt i definitionsbestemmelsen om bygge- og anlægsarbejder indebærer, at begrebet offentlige bygge- og anlægskontrakter også omfatter kontrakter om såkaldt skræddersyet byggeri. Dvs. kontrakter i forbindelse med et byggeri, der finansieres af en privat entreprenør, der skal enten sælge eller udleje bygningen til ordregiveren, men hvor byggeriet er tilrettelagt ud fra ordregiverens behov. Det er et krav, at ordregiveren har afgørende indflydelse på arbejdets art eller projektering. Derfor er det afgørende for vurderingen af, om der er tale om et skræddersyet byggeri, om byggeriet for hovedpartens vedkommende opføres og indrettes til ordregiverens brug, og at ordregiveren har specificeret krav til byggeriet.

Kontrakter om såvel leje som køb af skræddersyet byggeri udgør således offentlige bygge- og anlægskontrakter.

4.4.2 Vareindkøbskontrakter

Ved vareindkøbskontrakter forstås kontrakter, som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer. Når en kontrakt om levering af varer accessorisk omfatter andre tillægsydelser, som derved følger med efter det egentlige køb (såsom monterings- og installationsarbejder), betragtes den samlede kontrakt som en vareindkøbskontrakt.

Kontrakten vil blive betragtet som en vareindkøbskontrakt, hvis en ordregiver fx køber byggematerialer og stiller dem til rådighed for en entreprenør, som udfører bygge- og anlægsarbejdet. Den type leverance kaldes også en bygherreleverance.

4.4.3 Tjenesteydelseskontrakter

Tjenesteydelseskontrakter omfatter offentlige kontrakter, der vedrører tjenesteydelser, bortset fra udførelse af bygge- og anlægsarbejder.

Tjenesteydelser kan overordnet betragtes som "alt det andet", der ikke er omfattet af varekontrakter eller bygge- og anlægskontrakter. Der er dog to typer afgrænsninger af tjenesteydelser, som ordregiver skal være opmærksom på:

» Tjenesteydelser, der ikke er omfattet af udbudspligten
» Tjenesteydelser, der er omfattet af det såkaldte light-regime.

Tjenesteydelser, der ikke er omfattet af udbudspligten i udbudslovens afsnit II og III, er oplistet i udbudsloven.[39] Her er tale om en række nærmere afgrænsede aftaler som fx leje af fast ejendom, visse juridiske ydelser og finansiel virksomhed. Læs mere om de aftaler i afsnit 4.6.

Herudover findes der en gruppe af specifikke tjenesteydelser, der kan udbydes efter det, der kaldes light-regimet.

Light-regimet omfatter indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser som fx sundhedsydelser, uddannelse og undervisning og hotel- og restaurationsydelser. Light-tjenesteydelser er generelt kendetegnet ved, at de ikke har den samme grad af grænseoverskridende interesse som de øvrige tjenesteydelser. Derfor gælder der både en højere tærskelværdi på 5.581.350 kr. (2024/2025-værdier)[40] og mere fleksible procedureregler for indkøb af disse ydelser i udbudslovens afsnit III. Bilag XIV til udbudsdirektivet opremser, hvilke specifikke ydelser der er omfattet af light-regimet. Læs mere om light-regimet i kapitel 12.

4.4.4 Ikke-offentlige kontrakter[41]

Udbudsloven gælder også for visse ikke-offentlige bygge- og anlægskontrakter og visse tjenesteydelseskontrakter, der har forbindelse til bygge- og anlægsarbejder. Udbudsreglerne skal anvendes, når der er tale om sådanne kontrakter, selvom de tildeles af en privat virksomhed, som ellers ikke er underlagt udbudsloven.

De ikke-offentlige kontrakter, der er omfattet af udbudsloven, er kontrakter, hvor ordregiver yder et direkte tilskud på mere end 50 procent, og hvor kontrakten kan henføres til en af to kategorier:

- Bygge- og anlægsarbejder, der er omfattet af bilag II til udbudsdirektivet, eller kontrakter om opførelse af hospitaler, sportsanlæg, rekreative anlæg, anlæg til fritidsformål, skole- og universitetsbygninger eller bygninger til administrative formål, som har en kontraktværdi på mindst 41.212.688 kr. ekskl. moms (2024/2025-værdier).[42]
- Tjenesteydelseskontrakter, der har forbindelse til en bygge- og anlægskontrakt omfattet af ovenstående punkt, og som har en kontraktværdi på mindst 1.644.638 kr. ekskl. moms (2024/2025-værdier).[43]

Direkte tilskud
Som nævnt ovenfor skal visse ikke-offentlige bygge- og anlægskontrakter udbydes efter reglerne i udbudslovens afsnit II, hvis de overstiger tærskelværdien, og der er tale om et direkte tilskud på mere end 50 procent.

Begrebet "direkte tilskud" skal forstås snævert. Dermed ment, at det alene er direkte pengetilskud, der er omfattet af begrebet. Begrebet omfatter eksempelvis ikke indirekte tilskudsformer som rentefrie lån m.v.

[39] Jf. udbudslovens § 21.
[40] Jf. udbudslovens § 7.
[41] Jf. udbudslovens § 6, stk. 3, nr. 1.
[42] Jf. udbudslovens § 6, stk. 3, nr. 1.
[43] Jf. udbudslovens § 6, stk. 3, nr. 2.

Desuden skal tilskuddet vedrøre den konkrete anskaffelse. Det kan derfor eksempelvis ikke være generel støtte til en virksomhed, der medfører, at en kontrakt er omfattet af udbudsreglerne.

Ordregiveren, som yder direkte tilskud, skal sikre, at udbudsreglerne overholdes ved tildeling af de ovennævnte kontrakter.[44] Det kan gøres ved at indføre kontrolforanstaltninger, fx ved at kræve, at tilskudsmodtageren oplyser ordregiver om, hvilken udbudsprocedure der anvendes til at finde den vindende tilbudsgiver.

4.4.5 Blandede anskaffelser[45]

Der er ikke altid en skarp opdeling af den type ydelser, der udbydes i samme kontrakt. En kontrakt kan fx godt indeholde en kombination af bygge- og anlægsopgaver, tjenesteydelser og varer. Hvis der forekommer flere typer ydelser i en kontrakt, betegnes det som en blandet kontrakt.

I udbudsloven sondres der mellem fem typer blandede kontrakter. Det drejer sig om kontrakter, der:

- Alene vedrører ydelser, der er omfattet af lovens afsnit II eller III, dvs. kontrakter, der vedrører en kombination af bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser og varer.
- Vedrører ydelser, der er omfattet af lovens afsnit II eller III, og ydelser, der ikke er omfattet af lovens afsnit II eller III, men fx afsnit IV eller V eller tilbudsloven.
- Vedrører ydelser, der er omfattet af udbudslovens afsnit IV og V og/eller af tilbudsloven.
- Vedrører ydelser omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.
- Vedrører forsvars- og sikkerhedsmæssige aspekter.

Blandede kontrakter, der alene vedrører ydelser, der er omfattet af lovens afsnit II eller III

For blandede kontrakter, der indeholder en kombination af bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser og varer, og som er omfattet af udbudslovens afsnit II eller III, dvs. hvor alle ydelser overstiger de gældende tærskelværdier, er det kontraktens hovedformål, der bestemmer, efter hvilke regler kontrakten skal udbydes.[46]

Hvis en kontrakt fx vedrører bygge- og anlægsarbejder og varekøb, og ordregiveren vurderer, at hovedformålet med kontrakten er varekøbet, udgør kontrakten en vareindkøbskontrakt. Kontrakten skal udbydes efter udbudslovens afsnit II, såfremt kontraktværdien overstiger tærskelværdierne for vareindkøbskontrakter (se afsnit 4.5 om tærskelværdier).

Offentlige tjenesteydelseskontrakter, herunder kontrakter vedrørende forvaltning af ejendomme, kan i visse tilfælde omfatte bygge- og anlægsarbejder. Hvis bygge- og anlægsarbejderne er tillægsydelser i forhold til kontraktens hovedformål og dermed udgør en mulig følge heraf eller et supplement, vil der ikke være tale om en offentlig bygge- og anlægskontrakt men om en tjenesteydelseskontrakt.

[44] Jf. udbudslovens § 6, stk. 4.
[45] Jf. udbudslovens §§ 25-28.
[46] Jf. udbudslovens § 25, stk. 1.

Hvis en kontrakt derimod alene vedrører varer og tjenesteydelser, er det ydelsen med den højeste værdi, der afgør, om det er en vareindkøbskontrakt eller en tjenesteydelseskontrakt.[47]

Det samme er tilfældet, hvis en kontrakt alene omfatter almindelige tjenesteydelser (udbudslovens afsnit II) samt sociale og andre specifikke tjenesteydelser (udbudslovens afsnit III). Her er det ligeledes ydelsen med den højeste værdi, der afgør, om det er en almindelig eller en light-tjenesteydelseskontrakt, og dermed hvilket regelsæt der skal anvendes.[48] Dvs. hvis kontrakten vedrører både almindelige tjenesteydelser og light-tjenesteydelser og ordregiveren skønner, at light-ydelserne har den højeste værdi, skal kontrakten udbydes efter reglerne i udbudslovens afsnit III, dvs. efter light-regimet.

Blandede kontrakter, der vedrører ydelser omfattet af lovens afsnit II og III og ydelser, der ikke er omfattet af lovens afsnit II og III

Hvis den blandede kontrakt vedrører både ydelser, som er omfattet af udbudslovens afsnit II eller III, og ydelser, der isoleret set ikke er omfattet, fx ydelser omfattet af udbudslovens afsnit IV og V, af tilbudsloven, forsyningsvirksomhedsdirektivet, koncessionsdirektivet, forsvars- og sikkerhedsdirektivet, eller som er undtaget fra udbudsloven,[49] skal ordregiver foretage følgende vurderinger:

Opdeling i særskilte kontrakter

Ordregiver kan vælge at tildele særskilte kontrakter for særskilte dele af indkøbet, hvis indkøbet objektivt kan adskilles. Sådan kan de udbudspligtige dele af kontrakten udbydes, hvis de overstiger tærskelværdien herfor.[50]

Hvis den blandede kontrakt fx indeholder bygge- og anlægsarbejder, hvis værdi er under udbudslovens tærskelværdi (omfattet af tilbudsloven), og et varekøb over tærskelværdien og dermed omfattet af lovens afsnit II, kan ordregiver vælge at tildele særskilte kontrakter for hhv. bygge- og anlægsarbejdet og varekøbet. Den særskilte kontrakt for bygge- og anlægsarbejdet kan herefter tildeles efter reglerne i tilbudsloven, og kontrakten for varekøbet skal så udbydes efter procedurereglerne i udbudslovens afsnit II.

Samlet kontrakt

Hvis en ordregiver vælger at udbyde kontrakten samlet, selvom det er objektivt muligt at foretage en adskillelse af de forskellige dele af kontrakten, skal den samlede kontrakt udbydes efter udbudslovens afsnit II eller III.[51] Dette gælder også, selvom værdien af de ydelser, der ikke er omfattet af afsnit II eller III, langt overstiger værdien af de ydelser, der er omfattet af afsnit II eller III.

Hvis ordregiver fx vælger at tildele en samlet kontrakt, som indeholder bygge- og anlægsarbejder under tærskelværdien for bygge- og anlægskontrakter og varekøb, som er over tærskelværdien for vareindkøbskontrakter, selvom det er objektivt muligt at adskille de forskellige dele af kontrakten, skal hele kontrakten udbydes efter udbudslovens afsnit II, da vareindkøbet

[47] Jf. udbudslovens § 25, stk. 2.
[48] Jf. udbudslovens § 25, stk. 2.
[49] De undtagne kontrakter gennemgås i afsnit 4.6 nedenfor.
[50] Jf. udbudslovens § 26, stk. 1 og 2.
[51] Jf. udbudslovens § 26, stk. 3.

overstiger den relevante tærskelværdi. Også selvom værdien af bygge- og anlægsarbejder langt overstiger værdien af varekøbet.

Samlet værdi og tildeling efter hovedformålet

Hvis det ikke er objektivt muligt at foretage en adskillelse af de forskellige dele af en kontrakt, skal ordregiver tildele kontrakten efter de regler, der gælder for den type ydelse, der kan betragtes som kontraktens hovedformål.[52]

Et eksempel kan være en blandet kontrakt, der indeholder tjenesteydelser vedrørende forskning og udvikling, som er undtaget fra udbudsloven i medfør af udbudslovens § 22, og almindelige tjenesteydelser over tærskelværdien, omfattet af lovens afsnit II. Hvis sådanne ydelser ikke objektivt kan adskilles og ordregiver vurderer, at hovedformålet med kontrakten er udførelse af forsknings- og udviklingsydelserne, kan ordregiver undlade at udbyde kontrakten. Hvis hovedformålet med den blandede kontrakt omvendt er udførelse af de almindelige tjenesteydelser, skal hele kontrakten udbydes efter udbudslovens afsnit II, uagtet at værdien af forsknings- og udviklingsydelser evt. overstiger værdien af de almindelige tjenesteydelser.

Den manglende mulighed for at opdele den blandede kontrakt i særskilte kontrakter skal være underbygget af konkrete objektive forhold. Disse forhold kan være af såvel teknisk som økonomisk karakter.[53] Det er således ikke tilstrækkeligt, at den samlede tildeling af kontrakt er hensigtsmæssig for ordregiver – den manglende adskillelse skal være konkret begrundet i, at de enkelte dele af en kontrakt ud fra en teknisk eller økonomisk betragtning er uadskilleligt forbundne.[54]

Blandede kontrakter, der omfatter ydelser omfattet af lovens afsnit IV og V og/eller tilbudsloven[55]

Der gælder også særlige regler for karakterisering af kontrakter, som enten udelukkende er omfattet af udbudslovens afsnit IV og afsnit V[56] eller er omfattet af afsnit IV eller V og tilbudsloven.

Vedrører en blandet kontrakt alene ydelser, der er omfattet af udbudslovens afsnit IV og afsnit V, bliver det også afgørende, om ydelserne objektivt kan adskilles, og om de i så fald bliver adskilt og indkøbet foretaget ved særskilte kontrakter. Hvis ydelserne i så fald indkøbes i særskilte kontrakter, skal hver kontrakt følge de relevante regler. Hvis kontrakten fx bliver opdelt i en tjenesteydelseskontrakt uden en klar grænseoverskridende interesse og en varekontrakt med en klar grænseoverskridende interesse, skal tjenesteydelseskontrakten foretages efter reglerne i udbudslovens afsnit V, og varekøbet skal i stedet følge reglerne i udbudslovens afsnit IV.

Hvis det ikke er objektivt muligt at opdele ydelserne, eller hvis det er muligt, men ordregiver vælger ikke at opdele ydelserne i særskilte kontrakter, skal hele kontrakten følge reglerne i

---

[52] Jf. udbudslovens § 26, stk. 4.

[53] Jf. præambelbetragtning 11 til udbudsdirektivet.

[54] Jf. EU-Domstolens dom i sagen C-215/09, *Mehiläinen and Terveystalo Healthcare*, præmis 46. Klagenævnet for Udbud kom i kendelse af 26. januar 2021, *Ishøj Ny Antenneforening mod Ishøj Kommune*, frem til, at en kontrakt, som indebar et salg af dele af kommunens netværk (ikke udbudspligtig ydelse) og drift og vedligeholdelse af dele af et netværksanlæg (lyslederkabler), som kommunen beholdt ejerskabet af, ikke skulle udbydes, jf. udbudslovens § 26, stk. 4, idet hovedformålet med transaktionen var at sælge anlægget, og drift og vedligeholdelse af lyslederkabler ikke teknisk og økonomisk rimeligt kunne adskilles fra køberens drift og vedligeholdelse af de dele af netværket, som blev frasolgt.

[55] Jf. udbudslovens § 26, stk. 5.

[56] Du kan læse mere om, hvilke kontrakter der er omfattet af udbudslovens afsnit IV og V, i kapitel 13 nedenfor.

udbudslovens afsnit IV, når kontrakten omfatter ydelser omfattet af udbudslovens afsnit IV, dvs. med en klar grænseoverskridende interesse.

For en kontrakt, som alene omfatter ydelser omfattet af afsnit IV eller V og ydelser omfattet af tilbudsloven, er det kontraktens hovedformål, som bestemmer, hvilke regler som kontrakten skal indgås efter. Dog gælder, at afsnit IV finder anvendelse for den samlede kontrakt, uanset værdien af de dele, der er omfattet af tilbudsloven, når den samlede kontrakt indeholder ydelser omfattet af afsnit IV og kontrakten objektivt kan adskilles.

Vedrører kontrakten alene ydelser, som er omfattet af udbudslovens afsnit V, og ydelser, som er omfattet af tilbudsloven, vil tilbudsloven finde anvendelse for den samlede kontrakt, uanset værdien af de dele, som er omfattet af afsnit V, når kontrakten objektivt kan adskilles.

Blandede kontrakter med ydelser omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet
Hvis kontrakten omfatter ydelser, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal ordregiver vurdere sin kontrakt efter bestemmelser i forsyningsvirksomhedsdirektivet.[57] Forsyningsvirksomhedsdirektivet foreskriver de nærmere rammer for, hvilket regelsæt der gælder for tildeling af en kontrakt, der omfatter ydelser, som er omfattet af udbudsloven, og ydelser, som er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.[58]

Blandede kontrakter med forsvars- og sikkerhedsmæssige aspekter[59]
Denne form for blandet kontrakt skal i hovedtræk vurderes ligesom blandede kontrakter, der vedrører ydelser, som er omfattet af udbudslovens afsnit II og III, og ydelser, som ikke er omfattet, som er beskrevet ovenfor.

Dog skal ordregiver være opmærksom på to forhold:

» Er dele af kontrakten omfattet af artikel 346 i TEUF?
» Er dele af kontrakten omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet[60]?

TEUF's artikel 346 er en undtagelse fra TEUF og de underliggende direktiver, herunder til udbudsdirektiverne, som bl.a. giver adgang til at undtage offentlige kontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet, når dette er påkrævet af hensyn til væsentlige sikkerhedsinteresser. Bestemmelsen giver mulighed for at undtage kontrakter i følgende situationer:

1. Hvis anvendelsen af udbudsdirektiverne vil forpligte ordregiveren til at meddele oplysninger, hvis udbredelse vil stride mod Danmarks væsentlige sikkerhedsinteresser[61]
2. Når det er nødvendigt at undtage et indkøb af våben, ammunition eller krigsmateriel fra udbudsdirektiverne for at beskytte Danmarks væsentlige sikkerhedsinteresser, og når dette ikke forringer konkurrencevilkårene inden for det indre marked for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål.[62]

Forsvars- og sikkerhedsdirektivet finder anvendelse for kontrakter, der indgås på forsvars- og sikkerhedsområdet, og som vedrører de ydelser, som er nævnt i direktivets artikel 2, litra a-d.

[57] Jf. udbudslovens § 27.
[58] Jf. direktiv 2014/25/EU, artikel 5 og 6.
[59] Jf. udbudslovens § 28.
[60] Jf. direktiv 2009/81/EU.
[61] Jf. TEUF, artikel 346, stk. 1, litra a.
[62] Jf. TEUF, artikel 346, stk. 1, litra b.

Fx er kontrakter vedrørende militærudstyr, følsomt udstyr samt bygge- og anlægsarbejder og varer og tjenesteydelser direkte knyttet hertil omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet.[63]

Hvis kontrakten omfatter ydelser omfattet af udbudsloven og ydelser omfattet af TEUF, artikel 346, eller af forsvars- og sikkerhedsdirektivet, kan ordregiver, hvis det er objektivt muligt at adskille indkøbet, tildele særskilte kontrakter for de særskilte dele af indkøbet. Tildelingen for hver enkelt særskilt kontrakt sker efter de regler, der omfatter kontraktens ydelse.[64]

Ordregiver kan også vælge at udbyde kontrakten samlet. Her vil en konkret vurdering af, om kontraktens hovedformål objektivt kan adskilles, være afgørende for, hvilke regler kontrakten skal følge.

Hvis ordregiver objektivt kan adskille kontraktens forskellige dele men vælger at tildele en samlet kontrakt, kan tildeling ske, uden at udbudsloven finder anvendelse, når dele af kontrakten er omfattet af artikel 346 i TEUF.[65] Det er dog en forudsætning, at tildelingen af en samlet kontrakt er berettiget af objektive grunde og ikke sker med det formål at omgå udbudsreglerne.

Det indebærer, at reglen i TEUF's artikel 346, stk. 1, litra b, som omhandler varer bestemt specielt til militære formål, også kan hjemle indkøb af varer, som delvist er omfattet af udbudsloven. Et eksempel kunne være tillægsydelser, fx almindeligt GPS-udstyr, i forbindelse med indkøb af orlogsfartøjer, pansrede mandskabsvogne eller lignende udstyr, som klart klassificeres som våben, ammunition eller krigsmateriel, og hvori det almindelige udstyr skal integreres i forbindelse med leverancen.

Når dele af en kontrakt i stedet er omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet, kan tildeling ske efter dette direktiv, hvis tildelingen af en samlet kontrakt er berettiget af objektive grunde.[66] Dette berører ikke de tærskler og udelukkelser, som gælder for forsvars- og sikkerhedsdirektivet. En kontrakt, der indeholder dele, der er omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet, men som er undtaget fra samme direktiv eller er under tærskelværdierne i direktivet, skal derfor ikke udbydes efter udbudsloven, hvis ordregiveren af objektive grunde er berettiget til at holde kontrakten samlet.

Hvis en samlet kontrakt indeholder både dele, der er omfattet af udbudsloven, dele, der er omfattet af artikel 346 i TEUF, og dele, der er omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet, bestemmer udbudsloven, at tildelingen skal ske efter forhold, der omhandler artikel 346 i TEUF, såfremt tildelingen af en samlet kontrakt er berettiget af objektive grunde.[67] Derfor vil en sådan kontrakt kunne tildeles, uden at udbudsloven finder anvendelse. Det samme gør sig gældende, hvis kontrakten alene omfatter dele, der er omfattet af udbudsloven, og dele, der er omfattet af artikel 346 i TEUF, og det ikke er muligt objektivt at adskille kontraktens ydelser. Hvis kontrakten alene omfatter dele omfattet af udbudsloven og dele omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet, og en objektiv adskillelse heraf ikke er mulig, skal kontrakten følge bestemmelserne i forsvars- og sikkerhedsdirektivet.[68]

---

[63] Jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 2, litra a-c.
[64] Jf. udbudslovens § 28, stk. 1 og 2.
[65] Jf. udbudslovens § 28, stk. 3, nr. 1.
[66] Jf. udbudslovens § 28, stk. 3, nr. 2.
[67] Jf. udbudslovens § 28, stk. 4.
[68] Jf. udbudslovens § 28, stk. 5.

4.5 Tærskelværdier

Udbudsloven implementerer udbudsdirektivet, der regulerer offentlige indkøb over visse beløbsgrænser. Disse beløbsgrænser kaldes også tærskelværdier, og de er forskellige, afhængigt af om ordregiveren er en del af staten eller en anden offentlig myndighed m.v., og hvilken type kontrakt der er tale om.

Europa-Kommissionen offentliggør hvert andet år de fastsatte tærskelværdier i EU-medlemsstaternes valuta. De aktuelle tærskelværdier svarer til tærsklerne i WTO's GPA-aftale.[69] De gældende tærskelværdier kan findes på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside, www.kfst.dk.

Udbudsdirektivet regulerer kun offentlige indkøb over tærskelværdierne. Med implementeringen af udbudsdirektivet i udbudsloven valgte man, at udbudsloven også skulle regulere indkøb under disse tærskelværdier, og der er også indført en ren dansk tærskelværdi for kontrakter, der ikke vurderes til at have klar grænseoverskridende interesse.[70]

Når en ordregiver skal vurdere, hvilken tærskelværdi der er relevant for en given kontrakt, sker det på baggrund af følgende forhold:

» Hvad er kontraktens anslåede værdi?
» Hvilke ydelser omfatter kontrakten?

Som ordregiver skal man vurdere "den anslåede værdi" af kontrakten ekskl. moms.[71] Dvs. at man efter bedste skøn skal vurdere kontraktens samlede værdi for at afklare, om kontraktværdien ligger over eller under tærskelværdien. Læs mere om beregning af kontraktværdien i afsnit 4.5.1 nedenfor.

Derudover gælder der også forskellige tærskelværdier for forskellige typer af ydelser. Ordregiver skal herefter vurdere, om anskaffelsen er en bygge- og anlægskontrakt eller en vare- eller tjenesteydelseskontrakt. Afsnit 4.4.5 ovenfor beskriver, hvordan ordregiver skal karakterisere blandede kontrakter, som omfatter flere forskellige ydelser.

I Figur 4.1 nedenfor ses en oversigt over de gældende tærskelværdier for 2024-2025 for statslige, regionale og kommunale myndigheder.

[69] Læs om GPA-aftalen i afsnit 3.5.
[70] Læs mere om vurderingen af, om en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse, i kapitel 13.
[71] Jf. udbudslovens § 6, stk. 1.

Figur 4.1 **Tærskelværdier – samlet oversigt**

Tærskelværdier 2024 og 2025 i udbudsloven Tærskelværdierne er ekskl. moms		
Udbud over EU-tærskelværdierne	**Statslige myndigheder**	**Regionale/kommunale myndigheder og offentligretlige organer mv.**
Varer og tjenesteydelser		
Vareindkøb og tjenesteydelser	1.064.177 kr.	1.644.638 kr.
Delkontrakter	595.344 kr.	595.344 kr.
Vareindkøb på forsvarsområdet omfattet af bilag III til udbuds-direktivet	1.064.177 kr.	
Vareindkøb på forsvarsområdet ikke omfattet af bilag III til udbudsdirektivet	1.644.638 kr.	
Sociale og andre specifikke tjenesteydelser		
Light-regimet, tjenesteydelser omfattet af bilag XIV til udbuds-direktivet	5.581.350 kr.	5.581.350 kr.
Projektkonkurrencer	1.064.177 kr.	1.644.638 kr.
Bygge- og anlægsarbejder		
Bygge og anlæg	41.212.688 kr.	41.212.688 kr.
Koncessioner	41.212.688 kr.	41.212.688 kr.
Delarbejder	7.441.800 kr.	7.441.800 kr.
Ikke-offentlige kontrakter, hvor der ydes et tilskud på mere end 50 pct.		
Bygge- og anlægsarbejder omfattet af bilag II til udbudsdirektivet	41.212.688 kr.	41.212.688 kr.
Kontrakter om opførelse af hospitaler, sportsanlæg, rekreative anlæg, anlæg til fritidsformål, skole- og universitetsbygninger eller bygninger til administrative formål	41.212.688 kr.	41.212.688 kr.
Tjenesteydelseskontrakter med forbindelse til en bygge- og anlægskontrakt omfattet af ovenstående kontrakter	1.644.638 kr.	1.644.638 kr.
Indkøb under EU-tærskelværdierne – varer og tjenesteydelser		
Med klar grænseoverskridende interesse (udbudslovens afsnit IV)	0 kr.	0 kr.
Uden klar grænseoverskridende interesse (udbudslovens afsnit V)	500.000 kr.	500.000 kr.

Kontrakter over EU-tærskelværdierne

Kontraktens værdi har som nævnt betydning for, hvilke regler i udbudsloven kontrakten skal følge, og ved vurdering heraf er ordregiveren forpligtet til at anvende de til enhver tid

gældende tærskelværdier.[72] Kontrakter med en anslået værdi over EU-tærskelværdierne vil være omfattet af udbudslovens afsnit II.[73]

Tærskelværdi for light-regimet

Der gælder en særlig tærskelværdi for sociale og andre specifikke tjenesteydelser, der er angivet i bilag XIV til udbudslovens bilag II, også kaldet light-tjenesteydelser.

Kontrakter vedrørende sådanne tjenesteydelser vil være udbudspligtige, hvis de har en værdi svarende til eller over tærskelværdien på 5.581.350 kr. ekskl. moms.

Kontrakter omfattet af light-regimet skal ikke udbydes efter de almindelige procedureregler i udbudslovens regler i afsnit II om offentlige kontrakter. Derimod skal de udbydes efter de mere lempelige regler i udbudslovens afsnit III.[74]

Delkontrakter

Tildeler ordregiver bygge- og anlægsarbejder, levering af tjenesteydelser eller køb af ensartede varer som separate delkontrakter, gælder udbudslovens almindelige procedureregler (afsnit II) samt light-regimet (afsnit III) for hver af de indgåede delkontrakter, hvis den samlede værdi af alle delkontrakterne mindst svarer til den gældende tærskelværdi.[75]

Værdien af delkontrakterne skal lægges sammen, når de vedrører det samme indkøb. Læs mere om beregning af værdi af indkøb, som er delt op i særskilte delkontrakter, i afsnit 4.5.1 nedenfor.

Som ordregiver skal man være opmærksom på den såkaldte "delydelsesregel"[76], som er en undtagelse fra ovenstående. Delydelsesreglen giver ordregiver mulighed for at tildele særskilte delkontrakter uden at anvende procedurerne i udbudslovens afsnit II og III, hvis to betingelser er opfyldt:

» Den anslåede værdi af den pågældende delkontrakt for varer eller tjenesteydelser skal være på under 595.344 kr. ekskl. moms, og for bygge- og anlægsarbejder skal den være på under 7.441.800 kr. ekskl. moms.[77]
» Den samlede værdi af de delkontrakter, der tildeles, må ikke overstige 20 procent af den samlede værdi af alle delkontrakter, som det påtænkte arbejde, det påtænkte køb af ensartede varer eller den påtænkte levering af tjenesteydelser er opdelt i.

Delydelsesreglen giver ordregiver en fleksibilitet og mulighed for at håndtere uforudsete behov i løbet af et projekts levetid ved at kunne indgå delkontrakter, som ikke er underlagt reglerne i afsnit II og III, så længe de to betingelser for anvendelse af reglen er opfyldt.

Endelig kan delydelsesreglen anvendes ved rammeaftaler, hvis de to ovenfor angivne betingelser for delydelsesreglen er opfyldt. Bl.a. må den samlede værdi af delkontrakterne ikke overstige 20 procent af de samlede delkontrakter, hvis tildelingen heraf skal ske uden anvendelse

[72] Jf. udbudslovens § 9.
[73] Disse regler gennemgås i kapitel 5-11.
[74] Disse regler gennemgås i kapitel 12.
[75] Jf. udbudslovens § 8, stk. 1.
[76] Jf. udbudslovens § 8, stk. 2.
[77] Tærskelværdierne for delkontrakter er for 2024-2025.

af udbudslovens afsnit II eller III. Da rammeaftaler som udgangspunkt ikke er forpligtende for ordregiver i forhold til, hvor meget ordregiver skal købe for på rammeaftalen, kan delydelsesreglen kun bruges, hvis ordregiver har forpligtet sig til at købe for en bestemt værdi. Samtidig må delydelseskontraktens værdi ikke overstige 20 procent af den samlede værdi af det forpligtede indkøb.

Kontrakter under tærskelværdierne
Hvis kontrakten er under tærskelværdien, skal ordregiver være opmærksom på, om kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse eller ej. Hvis det vurderes, at der foreligger en klar grænseoverskridende interesse, vil kontrakten være omfattet af udbudslovens afsnit IV. Vurderes det derimod, at der ikke foreligger en klar grænseoverskridende interesse, vil kontrakten være omfattet af udbudslovens afsnit V. Læs mere om kontrakter under tærskelværdierne i kapitel 13.

4.5.1 Beregning af kontraktens værdi

Det er vigtigt at kende en kontrakts forventede værdi, da den er afgørende for, hvordan en opgave skal udbydes. Dvs. hvis en given kontrakt ligger over tærskelværdien for fx vare- eller tjenesteydelseskontrakter, så vil kontrakten som udgangspunkt være udbudspligtig.

Tidspunktet er afgørende for, hvornår værdien af en kontrakt kan fastslås. Det følger af udbudsloven, at kontraktens værdi er den anslåede værdi på tidspunktet for afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen. Hvis ordregiveren ikke sender en udbudsbekendtgørelse af sted, skal kontraktens værdi beregnes på det tidspunkt, hvor udbudsproceduren indledes af ordregiveren.[78]

Kontraktens værdi skal anslås på baggrund af følgende beregninger:

- Det samlede beløb, som skal betales til leverandøren, og som fastsættes på grundlag af ordregivers saglige skøn.
  Herunder skal medregnes enhver form for:
  - Optioner, herunder forlængelser af kontrakten.
  - Præmier eller betalinger til ansøgere eller tilbudsgivere, der er fastsat i udbudsmaterialet.
- Værdien af kontrakten, skal opgøres ekskl. moms.[79]

I tvivlstilfælde kan der være behov for, at ordregiver undersøger markedet nærmere. Ordregiver vil også kunne inddrage andre indkøberes erfaring i vurderingen. Det er dog ordregiverens eget ansvar at tilvejebringe et tilstrækkeligt grundlag for vurderingen.

Hvis ordregiveren kan dokumentere at have udvist et fornuftigt skøn, påvirker det ikke udbudsforretningens lovlighed, hvis det vindende bud til overraskelse for ordregiver ligger over tærsklen. Hvis ordregiver fx sagligt har vurderet, at kontraktens anslåede værdi er under tærskelværdien for et EU-udbud, og har gennemført en tilbudsindhentning efter udbudslovens afsnit V (fordi udbuddet ikke blev vurderet til at have en klar grænseoverskridende interesse) og i forbindelse med denne tilbudsindhentning har modtaget to tilbud med en kontraktsum, som begge overstiger tærskelværdien, er ordregiver således ikke forpligtet til at aflyse tilbudsindhentningen og gennemføre et EU-udbud.

[78] Jf. udbudslovens § 29.
[79] Jf. udbudslovens § 30, stk. 1.

Sagligt skøn af kontraktens værdi[80]
Det saglige skøn, som ordregiveren skal foretage, kan foregå på flere forskellige måder. Ordregiver kan fx ved at anvende rådgivere med branchekendskab fremskaffe oplysninger om markedets generelle prisniveau for den konkrete anskaffelse, indhente prisoplysninger hos økonomiske aktører m.v. Der kan tilsvarende indhentes historiske oplysninger, altså oplysninger fra tidligere udbud, som kan indgå i vurderingsgrundlaget. Disse oplysninger vil sjældent kunne stå alene i vurderingen af kontraktens værdi. Desuden skal ordregiver huske at medtage evt. betalinger fra tredjemand i kontraktens anslåede værdi.[81] Med andre ord skal samtlige betalinger til leverandøren medregnes.

Da ordregiver selv foretager det saglige skøn, er det også ordregiver, der har ansvaret for, at det er foretaget på et tilstrækkeligt grundlag.

Ordregiver skal ved skønnet over kontraktens anslåede værdi foretage en forsigtig vurdering.[82] Det betyder, at såfremt ordregiver er i tvivl om, hvorvidt kontraktværdien overskrider tærskelværdien, skal ordregiver som udgangspunkt udbyde kontrakten efter udbudslovens afsnit II eller III.[83] Ordregiver skal derudover basere sin vurdering af kontraktens anslåede værdi på markedets generelle prisniveau og ikke på markedets billigste løsning.[84]

Har ordregiver foretaget sit skøn af kontraktens værdi på et velovervejet grundlag, hvor skønnet fører til, at den gældende tærskelværdi for fx vare- eller tjenesteydelseskontrakter ikke er oversteget, kan ordregiver undlade at sende kontrakten i udbud efter udbudslovens afsnit II eller III, men skal i stedet indgå kontrakten efter lovens afsnit IV eller V.[85]

Optioner skal medregnes i kontraktens værdi[86]
Alle optioner skal medregnes i kontraktens værdi. En option kan fx gå på kontraktens løbetid i form af en forlængelse af kontrakten eller på udvidelse af kontraktens omfang i kvalitativ eller kvantitativ henseende. Dvs. enten mere af den samme ydelse eller i en bedre kvalitet.

Selvom en option kan udformes på mange måder, skal værdien af den altid medregnes. Optionen skal medregnes, også selvom det er usandsynligt, at den konkrete option vil blive udnyttet.

Tilsvarende skal alle præmier eller betalinger til ansøgere eller tilbudsgivere, som nævnt ovenfor, også medregnes. Hvis ordregiver fx ved anvendelsen af udbudsproceduren konkurrencepræget dialog giver betaling i form af vederlag til tilbudsgiverne for deres indsats, skal dette vederlag medregnes i kontraktværdien.

---

[80] Jf. udbudslovens § 30, stk. 1.

[81] Jf. udbudslovens § 30.

[82] Jf. kendelse fra Klagenævnet for Udbud af 24. maj 2016, *Danske Care A/S mod Egedal Kommune*.

[83] Jf. kendelser fra Klagenævnet for Udbud af 27. juli 2009, *Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab A/S*, og af 7. juni 2010, *PlayTech Limited mod Danske Spil A/S*.

[84] Jf. kendelser fra Klagenævnet for Udbud af 16. december 2003, *Bilhuset Randers A/S mfl. mod Sønderhald Kommune*, og af 27. juli 2009, *Alfa Laval Nordic A/S mod Odense Vandselskab A/S*. Indeholder kontrakten en mulighed for prisregulering, skal værdien af denne også medtages i ordregivers opgørelse af kontraktens forventede værdi, jf. kendelse fra Klagenævnet for Udbud af 26. august 2024, *Mediq Danmark A/S mod Roskilde Kommune*.

[85] Disse regler gennemgås i kapitel 13.

[86] Jf. udbudslovens § 30, stk. 1, 2. led.

Hele myndighedens forbrug[87]
Når ordregiver skal beregne kontraktens værdi, er udgangspunktet, at der skal tages hensyn til hele myndighedens forbrug af det konkrete indkøb. Det betyder, at indkøb, der foretages af forvaltninger og andre institutioner, som hører under den pågældende myndighed, som udgangspunkt skal medregnes.

Decentrale enheder[88]
Har en ordregiver decentrale enheder, skal ordregiveren være opmærksom på det ved beregning af kontraktens værdi. Som udgangspunkt skal man som ordregiver tage hensyn til den samlede anslåede værdi for alle de enkelte enheder.

Hvis en decentral driftsenhed selv er ansvarlig for det konkrete indkøb, kan den samlede værdi heraf anslås for den pågældende enhed alene. En decentral enhed, der er omfattet af udbudspligten, er selv ansvarlig for en udbudspligtig kontrakt, når alle tre nedenstående betingelser er opfyldt:

» Enheden står selv for gennemførelse af udbudsforretningen, dvs. at enheden selv står for at vurdere, om opgaven er udbudspligtig, gennemføre udbuddet og træffe beslutning herom,
» enheden har et selvstændigt budget for det konkrete udbud, som enheden råder over, og
» enheden benytter sig ikke af en overordnet ordregivers eksisterende indkøbsaftaler på det konkrete område.

Opdeling af kontrakter i mindre dele[89]
Ordregiver kan vælge at opdele kontrakter eller projekter i mindre dele, hvis der foreligger en saglig begrundelse for at gøre det. Ordregiver skal desuden være opmærksom på "opdel eller forklar-princippet", der påser, at ordregiver så vidt muligt altid opdeler de relevante store kontrakter i mindre delkontrakter. Læs mere om dette princip i afsnit 7.4.4.

En opdeling af en kontrakt i mindre dele medfører dog ikke nødvendigvis, at delkontrakternes værdi skal beregnes hver for sig. Ordregiver skal beregne den anslåede værdi af et indkøb som den sammenlagte værdi af alle delkontrakterne, som det pågældende indkøb er delt op i.[90]

Ved vurdering af, om delkontrakterne vedrører samme indkøb, skal der tages hensyn til opgavernes indhold og formål samt den tidsmæssige sammenhæng mellem delkontrakterne. Det kan fx spille ind på vurderingen af, om der er indholdsmæssig sammenhæng mellem de enkelte delkontrakter, om anskaffelserne foretages under det samme projekt eller sker til opfyldelse af det samme behov hos ordregiveren, om anskaffelserne skal opfylde tilsvarende tekniske krav eller anvendes i sammenhæng med hinanden, samt om alle anskaffelser kan foretages hos de samme leverandører. Den tidsmæssige sammenhæng kan efter en konkret vurdering afgøres på baggrund af tidspunktet for indgåelse eller udførelse af de relevante kontrakter eller på baggrund af ordregiverens beslutningsproces. Hvis ordregiver fx træffer afgørelse om indgåelse af forskellige kontrakter samtidig, vil det tale for tidsmæssig sammenhæng, også selvom kontrakterne skal indgås og udføres på forskellige tidspunkter.[91]

[87] Jf. udbudslovens § 30, stk. 1.
[88] Jf. udbudslovens § 31.
[89] Jf. udbudslovens § 30, stk. 2.
[90] Jf. udbudslovens § 8, stk. 1.
[91] Jf. kendelse fra Klagenævnet for Udbud af 17. juni 2005, *Gladsaxe Kommune mod Den selvejende institution Hareskovbo m.fl.*

Ordregiver skal foretage en konkret vurdering af, hvorvidt der foreligger en sådan indholdsmæssig og tidsmæssig sammenhæng mellem delkontrakterne, at de kan anses for at vedrøre det samme indkøb.

Såfremt den samlede værdi af delkontrakterne, som indkøbet er delt op i, overstiger den relevante tærskelværdi, finder reglerne anvendelse for hver delkontrakt, dvs. at alle delkontrakter skal udbydes. Dog med undtagelse af de situationer, hvor ordregiver vælger at gøre brug af delydelsesreglen, som er gennemgået ovenfor i afsnit 4.5.

Den valgte beregningsmetode må ikke være begrundet i ordregivers forsøg på at udelukke den konkrete kontrakt fra udbudslovens anvendelsesområde.[92] Ordregiver må derfor ikke dele en kontrakt i mindre delkontrakter med det formål at omgå udbudsreglerne.

Værdien for rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer[93]
Når ordregiver skal beregne den anslåede værdi for hhv. rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer, er det den anslåede maksimale værdi af samtlige kontrakter, som forventes tildelt inden for rammeaftalen eller inden for det dynamiske indkøbssystems løbetid, der skal sammenlægges. Ordregiver skal også her medregne alle optioner, herunder på udvidelser, forlængelser m.v. Den anslåede værdi skal således beregnes på baggrund af ordregivers maksimale indkøbsbehov på rammeaftalen/det dynamiske indkøbssystem.

Hvis den anslåede værdi overstiger den relevante tærskelværdi, skal rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem udbydes efter udbudslovens afsnit II eller III.

Er ordregiverens maksimale indkøbsbehov på rammeaftalen fx 10 indkøb, der hver anslås at have en maksimal værdi på 500.000 kr., er den anslåede værdi af rammeaftalen 5.000.000 kr.

Værdien af et innovationspartnerskab[94]
Når ordregiver skal beregne kontraktværdien for et innovationspartnerskab, er det den højest anslåede værdi af aktiviteterne i alle innovationspartnerskabets faser. Tilsvarende skal medregnes værdien af alle varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder, som forventes udviklet eller indkøbt ved partnerskabets ophør.

Den anslåede værdi sammenholdes herefter med den gældende tærskelværdi.

Værdien af bygge- og anlægskontrakter[95]
Ordregiver skal ved beregning af bygge- og anlægskontrakters værdi medregne både den anslåede værdi af bygge- og anlægsarbejderne og den samlede højeste anslåede værdi af de varer og tjenesteydelser, der knytter sig til bygge- og anlægsarbejdernes udførelse, og som ordregiver stiller til entreprenørens rådighed (også kaldet bygherreleverancer).

Når ordregiver har sammenlagt disse værdier, kan de sammenholdes med tærskelværdien.

Vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter, der indgås med regelmæssige mellemrum[96]
Ved vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter, der indgås med regelmæssige mellemrum, eller som skal fornyes inden for et bestemt tidsrum (også kaldet *successive indkøb*), skal

[92] Jf. udbudslovens § 30, stk. 2.
[93] Jf. udbudslovens § 32.
[94] Jf. udbudslovens § 33.
[95] Jf. udbudslovens § 34.
[96] Jf. udbudslovens § 35.

ordregiver sammenlægge værdien af sådanne indkøb ved beregningen af indkøbenes anslåede værdi. Den anslåede værdi kan beregnes på en af to måder.

Ordregiver kan ved beregning af kontraktværdien for successive indkøb kigge på:

» Den faktiske værdi af lignende kontrakter, som er tildelt i de forgangne 12 måneder eller det foregående regnskabsår. Denne værdi skal så vidt muligt være korrigeret for alle de forventede ændringer i mængde eller værdi i løbet af de 12 måneder, der følger efter indgåelsen af kontrakten, eller
» den samlede anslåede værdi af de successive kontrakter, som vil blive tildelt i løbet af de 12 måneder, som følger efter den første levering. Eller i løbet af regnskabsåret, hvis det er over 12 måneder.

Ordregiver kan som udgangspunkt frit vælge imellem disse to beregningsmetoder. Valget mellem beregningsmetoderne må dog ikke foretages med henblik på at udelukke udbuddet fra udbudslovens anvendelsesområde.[97] Det indebærer, at i situationer, hvor en ordregiver ved brug af en af disse to beregningsmetoder anslår kontraktens værdi til at ligge tæt på, men under den relevante tærskelværdi, vil ordregiveren være forpligtet til at foretage beregningen efter den anden metode for at sikre sig, at den anslåede kontraktværdi faktisk ligger under tærskelværdien.

Hvis de to metoder giver forskellige resultater, så den anslåede kontraktværdi er over tærskelværdien ved den ene metode, men under tærskelværdien ved brug af den anden, vil ordregiver være forpligtet til at udbyde kontrakten i henhold til udbudsloven, medmindre der er konkrete og saglige grunde til, at den ene beregningsmetode giver et mere præcist resultat end den anden.

Når kontrakterne indgås med regelmæssige mellemrum, indebærer det, at de skal indgås med jævne mellemrum eller regelmæssigt fornyes ved deres udløb, førend der kan være tale om successive indkøb.

Ved regelmæssighed skal der være en tidsmæssig sammenhæng samt en vis grad af forudsigelighed. Ordregiveren må derfor undersøge, om indkøbene hidtil har haft eller fremover vil have et fast mønster, fx ugentlige eller månedlige indkøb. Hvis det ikke er forudsigeligt for ordregiveren, om der vil blive indgået flere lignende kontrakter inden for det samme år, vil kravet om regelmæssighed næppe være opfyldt.

Ved successive indkøb skal kontrakten være en af flere kontrakter, som indgås af samme ordregiver. Den pågældende kontrakt skal ligne ordregiverens øvrige kontrakter, og disse skal indgås med regelmæssige mellemrum. Det er en konkret vurdering ud fra alle dele af det samlede indkøb, om en kontrakt er lignende. Herunder er det relevant at undersøge kontraktens genstand og vilkår, leverandørfeltet samt markedet. Ordregiver skal derfor undersøge, om de successive kontrakter ligner hinanden indholdsmæssigt og tilsvarende for de øvrige vilkår. Det skal desuden undersøges, om den samme type leverandører kan levere indkøbene, eller om indkøbene kan foretages hos forskellige markedsaktører.

Såfremt den sammenlagte værdi af successive indkøb overstiger tærskelværdien, skal alle sådanne kontrakter udbydes efter udbudslovens afsnit II eller III. Dette selvom værdien af den enkelte kontrakt isoleret set er under tærskelværdien. Ordregiver kan her overveje at indgå

[97] Jf. udbudslovens § 30, stk. 2.

en rammeaftale eller et dynamisk indkøbssystem af hensyn til transaktionsomkostningerne ved sådanne indkøb.

Værdi af vareindkøbskontrakter om leasing eller leje[98]
Den anslåede værdi af vareindkøbskontrakter om leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer kan beregnes på flere måder. Beregningen afhænger af, hvor lang aftalens løbetid er:

- Hvis en leasing- eller lejeaftale har en løbetid på 12 måneder eller derunder, skal ordregiver, når kontraktværdien beregnes, tage hensyn til alle de enkeltydelser, der skal betales i kontraktens løbetid.
- Hvis leasing- eller lejeaftalen er tidsbegrænset, men har en løbetid på over 12 måneder, skal ordregiver ved beregning af kontraktværdien tage hensyn til både de enkelte ydelser, som betales i kontraktens løbetid, og den evt. overskydende restværdi, som varen har ved kontraktens ophør. Dette gælder, uanset om ordregiver har ret til at erhverve varen ved kontraktens ophør eller ej.
- Hvis en leasing- eller lejeaftale har en ubegrænset eller ikke nærmere fastsat løbetid, skal ordregiver beregne kontraktværdien ud fra den månedlige værdi ganget med 48.

Værdien af tjenesteydelseskontrakter om forsikrings- og banktjenesteydelser og andre finansielle tjenesteydelser[99]
Beregningen af kontraktværdien for kontrakter om forsikrings- og banktjenesteydelser og andre finansielle tjenesteydelser samt projektering skal ske på følgende måde:

- Ved forsikringstjenesteydelser beregnes kontraktens anslåede værdi på baggrund af den præmie, som ordregiver skal betale til leverandøren af ydelserne, og evt. andre former for vederlag. Selve forsikringssummen indgår ikke i kontraktens anslåede værdi.
  - Ovenstående betyder, at forsikrer ordregiver bygninger til 150 mio. kr. med en årlig præmie på 2 mio. kr., så er det den årlige præmie, der skal indgå i beregningen af kontraktværdien.
- For banktjenesteydelser og andre finansielle tjenesteydelser beregnes kontraktens anslåede værdi på baggrund af honorarer, provisioner, renter og andre former for vederlag, som ordregiver skal betale til leverandøren.
- Ved projekteringsopgaver skal kontraktens anslåede værdi også beregnes på baggrund af honorarer, fx til arkitekter, provisioner og andre former for vederlag. Dog vil udlæg, som fx en arkitekt har gjort på vegne af ordregiveren, ikke skulle medregnes.

Offentlige tjenesteydelseskontrakter uden en angivet samlet pris[100]
Ved offentlige tjenesteydelseskontrakter uden en angivet samlet pris sondres der imellem kontrakter med en løbetid på hhv. over og under 48 måneder. Tjenesteydelseskontrakter, hvor der ikke er fastsat en samlet pris, kan fx være en fast aftale om konsulentrådgivning.

I de tilfælde, hvor tjenesteydelseskontrakten er tidsbegrænset og højst løber over 48 måneder, er det den samlede værdi for hele løbetiden, der er afgørende. Fx skal kontrakter om specifik assistance til et bestemt projekt vurderes ud fra et skøn over, hvor meget assistance der er nødvendig for projektets udførelse. Er tjenesteydelseskontrakten tidsubegrænset eller har en løbetid på over 48 måneder, skal den samlede kontraktværdi beregnes ud fra den månedlige værdi ganget med 48.

[98] Jf. udbudslovens § 36.
[99] Jf. udbudslovens § 37.
[100] Jf. udbudslovens § 38.

Offentlige varekøbskontrakter uden en angivet samlet pris
Er der tale om en såkaldt "tidsubegrænset varekøbskontrakt", er der i loven ikke taget konkret stilling til kontraktberegningen. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at principperne for beregning af kontraktværdien for "tidsubegrænsede tjenesteydelseskontrakter", jf. ovenfor, kan anvendes analogt til beregning af værdien for tidsubegrænsede varekontrakter.

4.6 Undtagelser fra udbudslovens anvendelsesområde

Udbudsloven indeholder en række undtagelser fra enten lovens anvendelsesområde eller til udbudspligt efter udbudslovens afsnit II eller III.[101] I de følgende afsnit gennemgås de enkelte undtagelsesmuligheder.

4.6.1 Ordregiverinterne aftaler (inhouse-aftaler)[102]

Udbudsloven gælder kun for indgåelse af gensidigt bebyrdende aftaler, dvs. kontrakter, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivere. Aftaler mellem to separate enheder inden for samme ordregiver er ikke omfattet af udbudsloven. Denne type aftaler kaldes også inhouse-aftaler, da der er tale om, at ordregiver opfylder sine behov vha. egne ressourcer.

Der kan dog opstå situationer, hvor en ordregiver indgår en aftale med en fra ordregiveren juridisk forskellig person, der til trods herfor kontrolleres af eller har en særlig tilknytning til ordregiveren. Denne kontrol eller tilknytning kan være så stor, at det reelt svarer til, at ordregiveren foretager en intern arbejdsdeling, og der derfor ikke er tale om en gensidigt bebyrdende aftale. Udbudsloven indeholder nærmere regler for, hvornår sådanne ordregiverinterne aftaler er undtaget fra udbudslovens anvendelsesområde.[103]

I bemærkningerne til udbudslovens definition af offentlige kontrakter betragtes staten eksempelvis som en enhed i udbudsretlig forstand.[104] Dette indebærer, at aftaler om opgaveløsning mellem forskellige enheder inden for den statslige forvaltning ikke vil være omfattet af udbudspligten.

Der er tre betingelser, som skal være opfyldt, for at en kontrakt, som udføres af en fra ordregiver forskellig enhed, kan anses for at være udført inhouse og dermed kan undtages fra udbudsloven:[105]

1. Ordregiveren skal **udøve en kontrol** over den berørte enhed (juridisk person), som svarer til den kontrol, ordregiveren udøver over egne organisatoriske enheder.

    a. Betingelsen er opfyldt, når ordregiveren eller en anden juridisk person, som kontrolleres af ordregiveren, udøver en bestemmende indflydelse på strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger hos den berørte juridiske person.
    b. For at kunne vurdere kontrollen skal relevante lovbestemmelser, der regulerer forholdet mellem ordregiveren og den juridiske person, tages i betragtning sammen med de faktiske relevante omstændigheder.

[101] Jf. udbudslovens §§ 12-23.
[102] Jf. udbudslovens §§ 12-16.
[103] Jf. udbudslovens §§ 12-16.
[104] Jf. udbudslovens § 24, nr. 24.
[105] Jf. udbudslovens § 12.

2. **Mere end 80 procent** af den juridiske persons aktiviteter skal udføres i forbindelse med gennemførelsen af de opgaver, der er blevet betroet til den juridiske person af ordregiveren eller andre juridiske personer, der kontrolleres af ordregiveren.[106]

    a. Med i vurderingen af de 80 procent skal alle aktiviteterne – såvel kvantitativt som kvalitativt – tages i betragtning.
    b. Når procentdelen skal fastsættes, skal der tages hensyn til den gennemsnitlige samlede omsætning eller andre passende indikatorer for aktiviteterne hos den kontrollerede juridiske person.[107]
    c. Har ordregiver flere inhouse-enheder, som kan udføre opgaver for hinanden, skal de opgaver, som den kontrollerede juridiske person udfører for sådanne inhouse-enheder, også medregnes i de 80 procent af aktiviteterne.

3. Der må ikke være direkte private kapitalandele i den juridiske person. Private kapitalandele kan fx være, når en privat virksomhed ejer aktier i den juridiske person. Betingelsen gælder enhver privat deltagelse, selv en minoritetsandel, med undtagelse af ikkekontrollerende eller ikkeblokerende former for private kapitalandele, som kræves i henhold til lovgivning, og som ikke udøver en afgørende indflydelse på den juridiske person.

    a. Situationer, hvor en privat økonomisk aktør deltager direkte i kapitalandelene i den kontrollerede juridiske person, stiller den private økonomiske aktør mere fordelagtigt end konkurrenterne, eftersom tildeling af kontrakt under sådanne omstændigheder sker uden udbudsprocedure.
    b. Privat kapitaldeltagelse er mulig i situationer, hvor en bestemt privat økonomisk aktørs deltagelse i kapitalandelene i den kontrollerede juridiske person er tvungen i henhold til lovgivning, og såfremt en sådan deltagelse ikke er kontrollerende, ikke er blokerende og ikke har afgørende indflydelse på den kontrollerede juridiske persons beslutninger.
    c. Kravet om ingen privat kapitaldeltagelse gælder kun den kontrollerede juridiske person. Den ordregiver, som tildeler kontrakten, må derimod godt være delvist privat ejet, fx fordi ordregiver er et offentligretligt organ.

Det skal for en god ordens skyld nævnes, at den vurdering, der skal foretages af inhouse-aftaler, er svær og kræver flere konkrete vurderinger af navnlig kontrol- og aktivitetsforhold. I nogle tilfælde kan der findes klare eksempler, men som udgangspunkt er det altså en konkret vurdering.

Undtaget fra udbudspligten, når "datter-enheden" tildeler en kontrakt til den kontrollerende "moder-enhed" eller en "søster-enhed"

Tilsvarende gælder udbudsloven ikke for kontrakter, der tildeles en juridisk person, som kontrollerer ordregiveren.[108] Dvs. at kontrakter, som tildeles opad i en given kontrolkæde, vil være undtaget fra udbudspligt. Det kunne fx være et kommunalt ejet forsyningsselskab, der tildeler en ellers udbudspligtig kontrakt til ejerkommunen. Det lægges til grund i eksemplet, at de ovenstående betingelser er opfyldt i det pågældende ejerforhold.

[106] Ved opgørelsen af procentdelen af aktiviteterne skal ordregiveren i henhold til § 16 i udbudsloven tage hensyn til den gennemsnitlige samlede omsætning eller et hensigtsmæssigt alternativt aktivitetsbaseret mål såsom omkostninger, som den pågældende juridiske person eller ordregiveren har haft i forbindelse med tjenesteydelser, varer og bygge- og anlægsarbejder i tre år forud for kontrakttildelingen. Når omsætningen eller alternative aktivitetsbaserede mål ikke foreligger, eller når denne omsætning eller de aktivitetsbaserede mål ikke længere er relevante, er det tilstrækkeligt at påvise, at målingen af aktiviteten er troværdig.

[107] Jf. udbudslovens § 12, nr. 2, og § 16.

[108] Jf. udbudslovens § 13.

Endvidere er kontrakter, som tildeles horisontalt i kontrolkæden, undtaget fra udbudspligten. Dvs. kontrakter, som tildeles af den kontrollerede enhed (som er ordregiver for den pågældende kontrakt) til andre inhouse-enheder under den samme kontrollerende juridiske enhed. Dvs. hvis den kontrollerende enhed fx er en kommune, som ejer flere kommunale forsyningsselskaber på forskellige områder, vil kontrakttildelinger imellem disse forsyningsselskaber være undtaget, hvis ellers betingelserne for at indgå inhouse-aftaler mellem kommunen og forsyningsselskaberne er opfyldt.

Det afgørende i disse to undtagelsessituationer er, at alle tre betingelser for, at der er tale om en ordregiverintern aftale, som beskrevet ovenfor, er opfyldt.

Ordregiverinterne kontrakter, hvor kontrollen udøves af flere ordregivere[109]
Udbudsloven finder heller ikke anvendelse på kontrakter, som tildeles af en ordregiver, der ikke på egen hånd udøver en kontrol, der lever op til de tre betingelser nævnt ovenfor, men som udøver en sådan kontrol sammen med andre ordregivere.

De grundlæggende krav til anvendelsen af denne undtagelse er de samme, som er angivet i afsnittet om ordregiverinterne aftaler ovenfor. Dvs. at de tre betingelser om kontrol, aktiviteter, og ingen private kapitalandele, som er gennemgået ovenfor, skal være opfyldt, for at kontrakten kan undtages fra udbudspligten.

Der stilles dog yderligere krav til udøvelsen af den kontrol, der udøves af flere ordregivere tilsammen:[110]

1. For det første skal den juridiske persons beslutningstagende organer være sammensat af repræsentanter fra alle deltagende ordregivere. Flere ordregivere kan dog vælge af udpege en fælles repræsentant.
2. Det er endvidere en betingelse, at ordregiverne i fællesskab kan udøve en bestemmende indflydelse på de strategiske målsætninger og væsentlige beslutninger i den kontrollerede juridiske person.
3. Endelig er det et krav, at den kontrollerede juridiske person ikke varetager interesser, som står i modsætning til de kontrollerende ordregiveres interesser.[111]

Punkt 1 og 2 er af mere formel karakter og har til formål at sikre, at ordregiverne sammen udfører en effektiv kontrol, som svarer til kontrollen med egne tjenestegrene.

Kravene angivet i punkt 1-3 er begrundet i, at kontrollen kan blive utilstrækkelig, hvis den kontrollerede juridiske person agerer mere markedsorienteret. Herved kan der opstå en risiko for, at samarbejdet mellem enhederne fører til konkurrencefordrejning til ulempe for private økonomiske aktører. Hvis ordregiverne tildeler kontrakter uden udbud til sådanne markedsorienterede enheder, som konkurrerer på markedet med private aktører, vil det kunne føre til en uretmæssig fordel for enheden og dermed en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.[112]

[109] Jf. udbudslovens § 14.
[110] Jf. udbudslovens § 14, stk. 1, nr. 1.
[111] Jf. udbudslovens § 14, stk. 2.
[112] Jf. udbudslovens § 14, stk. 2, nr. 3.

Horisontale samarbejdsaftaler mellem flere ordregivere om offentlige forpligtelser[113]
Det er fastlagt i retspraksis, at ordregivere kan indgå aftaler om levering af offentlige tjenesteydelser med andre ordregivere på visse betingelser uden at anvende udbudsreglerne. I en sådan situation er ordregiverne ikke forpligtet til at anvende nogen bestemt retlig form, dvs. fx etablere et I/S. De forskellige ordregiveres tjenesteydelser behøver heller ikke at være identiske, men kan være komplementære.

Muligheden er fastlagt i udbudsloven, hvorefter kontrakter mellem ordregivere er undtaget fra udbudspligten, når visse betingelser er opfyldt:[114]

» Kontrakten skal etablere eller gennemføre et samarbejde mellem de deltagende ordregivere med det formål at sikre, at de offentlige tjenester, som skal udføres, bliver leveret med henblik på at realisere fælles målsætninger.
» Gennemførelsen af samarbejdet skal være udelukkende underlagt hensyn, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse.
» De deltagende ordregivere skal samlet udføre mindre end 20 procent af de aktiviteter, der berøres af samarbejdet, på det åbne marked.[115] Her er der ikke tale om, at der ikke må være private leverandører af de ydelser, som de deltagende ordregivere udfører, men om, at ordregivernes aktiviteter i samarbejdet, som udføres for andre end for ordregiverne selv i konkurrence med de private aktører, skal være mindre end 20 procent Det er kun ydelser, som ordregiverne udfører for andre end sig selv, der udføres på "det åbne marked".[116]

For at opfylde disse betingelser skal samarbejdet baseres på et reelt samarbejde, hvor alle de deltagende parter bidrager til gennemførelse af de ydelser, som samarbejdet angår. Der vil fx ikke være tale om et horisontalt samarbejde, hvis kun én af de deltagende ordregivere udfører ydelserne, og de andre deltagende ordregivere alene bidrager hertil ved at betale et vederlag.[117] Alle de deltagende ordregivere skal bidrage til samarbejdet, om end det ikke er et krav, at de bidrager ligeligt. Det kræves heller ikke, at alle de deltagende ordregivere påtager sig udførelse af kontraktmæssige hovedforpligtelser i samarbejdet, så længe ordregiverne har forpligtelser, som bidrager til den fælles gennemførelse af den pågældende offentlige tjenesteydelse. Hvis samarbejdet fx vedrører udbringning af mad til visiterede borgere, er det ikke et krav, at begge ordregivere skal stå for selve madudbringningen. De enkelte ordregiveres ydelser kan også være komplementære, som udvikling af madtilbuddet, produktion af maden, administration af ordningen m.v.

Endelig bør gennemførelsen af samarbejdet, herunder enhver form for finansiel overførsel mellem ordregiverne, udelukkende være underlagt hensyn af almen interesse. Det betyder, at

---

[113] Jf. udbudslovens § 15.
[114] Jf. udbudslovens § 15.
[115] Ved opgørelsen af procentdelen af aktiviteterne skal ordregiveren i henhold til § 16 i udbudsloven tage hensyn til den gennemsnitlige samlede omsætning eller et hensigtsmæssigt alternativt aktivitetsbaseret mål såsom omkostninger, som den pågældende juridiske person eller ordregiveren har haft i forbindelse med tjenesteydelser, varer og bygge- og anlægsarbejder i tre år forud for kontrakttildelingen. Når omsætningen eller alternative aktivitetsbaserede mål ikke foreligger, eller når denne omsætning eller de aktivitetsbaserede mål ikke længere er relevante, er det tilstrækkeligt at påvise, at målingen af aktiviteten er troværdig.
[116] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 22. marts 2018, *Det Danske Madhus A/S mod Norddjurs Kommune*. I kendelsen fandt Klagenævnet for Udbud, at de samarbejdende kommuners madudbringning til borgere ikke udgjorde aktiviteter "på det åbne marked", selvom der var private leverandører, der kunne tilbyde tilsvarende ydelser. Klagenævnet fandt dog, at kommunernes "madtilbud", som lå ud over den lovpligtige madordning, som fx tilbud om ekstra kartofler, frugt, dessert m.v. mod merbetaling, var aktiviteter, der blev udført på det åbne marked.
[117] I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. februar 2014, *Sønderborg Affald A/S mod Affaldsregion Nord I/S*, kom Klagenævnet for Udbud frem til, at der ikke var tale om et reelt samarbejde i en situation, hvor den gensidige forpligtelse alene angik levering af affald mod betaling.

enhver betaling mellem de deltagende ordregivere ikke må gå ud over omkostningsdækning i forbindelse med udførelse af opgaven.[118]

Det fremgår også udtrykkeligt af udbudsloven, at statslige, regionale og kommunale ordregivere kan etablere samarbejder som et led i kontrollen med overholdelsen af kontraktuelle forpligtelser.[119] Muligheden for at samarbejde om kontrol med overholdelse af kontraktuelle forpligtelser medfører, at de statslige, regionale og kommunale ordregivere ikke nødvendigvis hver især skal foretage opfølgning med overholdelsen af kontraktuelle forpligtelser, men i stedet kan løfte opgaven via et samarbejde på tværs af myndighederne. Et sådant samarbejde skal være i overensstemmelse med de tre ovennævnte betingelser.

Tjenesteydelseskontrakter tildelt på grundlag af eksklusive rettigheder
Udbudsloven finder ikke anvendelse på tjenesteydelseskontrakter, som en ordregiver tildeler en anden ordregiver eller en sammenslutning af ordregivere på grundlag af en eksklusiv rettighed i henhold til lov eller offentliggjorte administrative bestemmelser, som er forenelige med TEUF.[120]

Undtagelsen er tiltænkt den situation, hvor en bestemt ordregiver er den eneste kilde til en bestemt tjenesteydelse, som ordregiveren har eneret til at levere i henhold til lov eller administrative bestemmelser.

4.6.2 Kontrakter vedrørende forsyningsvirksomheder

Udbudslovens afsnit II og III, der indeholder reglerne om EU-udbud, gælder ikke for kontrakter og projektkonkurrencer, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet[121], eller som er undtaget herfra i henhold til artikel 18, 23 og 34.[122] En kontrakt, som er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal følge reglerne i direktivet, hvis den har en værdi, der overstiger forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdier.

Desuden er fire nærmere bestemte tjenestetyper også undtaget fra udbudslovens afsnit II og III, når de indkøbes af ordregivere, som leverer posttjenester, der består i indsamling, sortering, transport og omdeling af postforsendelser.[123] Det drejer sig om:

- Kontrakter, der tildeles med henblik på værdiforøgende tillægstjenester, som har forbindelse med, og som udelukkende udføres med, elektroniske hjælpemidler, herunder sikret fremsendelse af kodede dokumenter via elektronisk vej og adressestyring.
- Kontrakter, som tildeles med henblik på finansielle tjenesteydelser, som er omfattet af CPV-koderne 66100000-1 til 66720000-3 samt artikel 21, litra d, i forsyningsvirksomhedsdirektivet, navnlig postanvisninger og gireringer.
- Kontrakter, der tildeles med henblik på filatelitjenester.
- Kontrakter, som tildeles med henblik på logistiske tjenester – hermed menes tjenester, som kombinerer fysisk omdeling og/eller oplagring med funktioner, der ikke omfatter posttjenester.

[118] Jf. EU-Domstolenes dom af 9. juni 2009 i C-480/06, *Europa-Kommissionen mod Tyskland*.
[119] Jf. udbudslovens § 5 b.
[120] Jf. udbudslovens § 17.
[121] Direktiv 2014/25/EU.
[122] Jf. udbudslovens § 18, stk. 1.
[123] Jf. forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 13, stk. 2, litra b og udbudslovens § 18, stk. 2, nr. 1-4.

Forsyningskontrakter under tærskelværdien
Kontrakter omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivets område, hvis værdi er under direktivets tærskelværdi, vil være omfattet af udbudslovens afsnit IV eller V, afhængigt af om kontrakten har klar grænseoverskridende interesse. Det gælder dog kun, hvis kontrakten indgås af en ordregiver, som også er ordregiver efter udbudsloven, dvs. af en offentlig myndighed eller af et offentligretligt organ.[124]

4.6.3 Kontrakter vedrørende elektronisk kommunikation

Udbudslovens afsnit II og III omfatter ikke kontrakter og projektkonkurrencer, som hovedsageligt har til formål at sætte ordregiveren i stand til at stille et offentligt kommunikationsnet[125] til rådighed eller drive et sådant net eller til at levere elektroniske kommunikationstjenester[126] til offentligheden.

4.6.4 Kontrakter, som afholdes i henhold til internationale regler

Offentlige kontrakter og projektkonkurrencer, som er underlagt specifikke internationale regler, er undtaget fra udbudsloven (dvs. fra såvel lovens udbudspligt i afsnit II og III som andre forpligtelser i loven). De internationale regler, som kan begrunde en undtagelse, kan opdeles i tre kategorier. Kategorierne er følgende:

» En international forpligtelse indgået mellem Danmark og et eller flere lande, som ikke er medlem af EU, vedrørende levering af bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser med henblik på fælles gennemførelse eller udnyttelse af et projekt. Den internationale forpligtelse skal udspringe fra et juridisk instrument, hvorved der skabes en international retlig forpligtelse, fx en international aftale eller overenskomst mellem de nævnte parter, som er i overensstemmelse med EU-traktaterne. Endelig skal aftalen foreskrive anvendelsen af et andet sæt procedureregler end udbudsloven til brug for at opnå formålet med det fælles projekt.
» Ordregiveren er forpligtet til at anvende en international organisations regler i stedet for udbudsloven. Omfattet er de situationer, hvor en forpligtelse til at følge en international organisations regler kan opstå.
» En international aftale eller overenskomst i forbindelse med udstationering af tropper, hvis aftalen vedrører virksomheder i en medlemsstat eller i et tredjeland, som tildeles aftalen. Også her er det en forudsætning, at ordregiver i medfør af aftalen er forpligtet til at anvende andre regler end udbudslovens.

Derudover gælder udbudsloven ikke for offentlige kontrakter og projektkonkurrencer, hvis en international organisation eller en international finansieringsinstitution fuldt finansierer kontrakten og har fastsat andre regler end reglerne i udbudsloven.[127]

Hvis en kontrakt eller projektkonkurrence i overvejende grad medfinansieres af en international organisation eller international finansieringsinstitution, skal det aftales mellem parterne,

[124] Læs mere om reglerne for indgåelse af kontrakter under forsyningsvirksomhedsdirektivets tærskelværdier i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat *Regelgrundlag for indgåelse af forsyningskontrakter under tærskelværdien*.
[125] Begrebet har samme betydning som angivet i direktiv 2002/21/EF, artikel 1, litra d (rammedirektivet).
[126] Begrebet har samme betydning som angivet i direktiv 2002/21/EF, artikel 1, litra c (rammedirektivet).
[127] Jf. udbudslovens § 20, stk. 2.

hvilke udbudsprocedurer der skal anvendes.[128] Det må derfor forudsættes, at parterne kan aftale at følge reglerne i udbudsloven, eller andre procedureregler.

4.6.5 Særligt for visse tjenesteydelseskontrakter[129]

Visse offentlige tjenesteydelser er undtaget fra udbudslovens afsnit II og III. Det drejer sig om følgende tjenesteydelser:

- Erhvervelse eller leje af fast ejendom uanset finansieringsformen og de dertilhørende rettigheder. Undtagelsen finder ikke anvendelse på skræddersyet byggeri. Se afsnit 4.4.1 for en nærmere forklaring på skræddersyet byggeri.
- Offentlige tjenesteydelseskontrakter tildelt af medietjenesteudbydere selv med henblik på køb, udvikling, produktion eller samproduktion af programmer, som er klar til brug, samt andre forberedende tjenester, fx manuskripter, som er nødvendige for programmets tilblivelse. Undtagelsen gælder både for radio- og TV-medietjenester og for on demand-tjenester. Undtagelsen gælder ikke for levering af teknisk materiale til produktion, samproduktion og udsendelse af disse programmer, fx kameraudstyr eller mikrofoner.
- Voldgifts- og mæglingstjenesteydelser samt lignende former for alternativ tvistbilæggelse, som leveres af organer eller enkeltpersoner, der ikke er udnævnt eller udvalgt på en sådan måde, at de kan underlægges udbudsreglerne.
- Visse juridiske tjenesteydelser:
  - Juridisk repræsentation, som leveres af en advokat, fx i forbindelse med en verserende retssag eller en voldgiftssag. Det er et krav, at bistand vedrører en sag, der konkret er anlagt eller vil blive anlagt.
  - Juridisk rådgivning, som leveres af en advokat som forberedelse af sager omfattet af ovenstående punkt, eller hvor der er høj sandsynlighed for, at det, rådgivningen vedrører, bliver genstand for en retssag. Betingelsen opfyldes ikke, blot fordi en sag er kontroversiel, eller fordi retsområdet ofte fører til sager.
  - Dokumentcertificerings- og autentificeringstjenester, som skal ydes af notarer.
  - Juridiske tjenesteydelser, som ydes af formueforvaltere eller udpegede værger, eller andre juridiske tjenesteydelser, som ydes af personer udpeget af en domstol eller en ret eller udpeget ved lov til at udføre særlige opgaver i forbindelse med tilsynet med sådanne domstole eller retter. Det kan fx være ydelser, som i Danmark udføres af bobestyrere eller kuratorer.
  - Juridiske tjenesteydelser, som er forbundet med udøvelsen af offentlig myndighed. Af retspraksis kan udledes, at disse skal være forbundet med udstedelsen af forvaltningsakter eller anden offentlig myndighedsudøvelse, også selvom denne kun er lejlighedsvis. Det vil bero på en konkret vurdering, om tjenesteydelsen er omfattet af bestemmelsen.

De juridiske tjenesteydelser, der ikke er omfattet af ovenstående punkter, er omfattet af udbudslovens afsnit III om sociale og andre specifikke tjenesteydelser, hvis den konkrete kontrakt overstiger tærskelværdien for sådanne ydelser.

- Finansielle tjenesteydelser i forbindelse med udstedelse, salg, køb eller overførsel af værdipapirer eller andre finansielle instrumenter,[130] centralbankers tjenesteydelser samt operationer, som udføres med den europæiske finansielle stabilitetsfacilitet og den europæiske stabilitetsmekanisme.

[128] Jf. udbudslovens § 20, stk. 3.

[129] Jf. udbudslovens § 21.

[130] Finansielle tjenesteydelser, som er omfattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/39/EF af 21. april 2004 om markeder for finansielle instrumenter, er omfattet.

- Lån, uanset om der i forbindelse med lånet udstedes eller handles med værdipapirer m.v.
- Ansættelseskontrakter.
- Nærmere bestemte beredskabstjenester, som udføres af nonprofitorganisationer, og som er omfattet af en af følgende CPV-koder: 75250000-3, 7525100-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 og 85143000-3, undtagen ambulancetjeneste, der transporterer patienter.
- Offentlig personbefordring med jernbane eller metro.
- Politiske kampagnetjenester, der er omfattet af CPV-koderne 79341400-0, 92111230-3 og 92111240-6, hvis de tildeles af et politisk parti i forbindelse med en valgkampagne. Danske politiske partier er ikke ordregivere, hvorfor bestemmelsen ikke er relevant i Danmark.

Når de ovennævnte ydelser er undtaget udbudspligt efter udbudslovens afsnit II eller III, betyder det, at udbudslovens afsnit IV eller V – afhængigt af om kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse eller ej – fortsat finder anvendelse ved indgåelse af kontrakter om sådanne ydelser. Læs mere om udbudslovens afsnit IV og V i kapitel 13.

Tjenesteydelseskontrakter om forskning og udvikling
Udbudsloven gælder kun for offentlige tjenesteydelseskontrakter om forskning og udvikling, hvis kontrakten er omfattet af en af følgende CPV-koder: 73000000-2 til 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 og 73430000-5, såfremt udbyttet udelukkende tilhører ordregiveren til brug for egen virksomhed, og tjenesteydelsen fuldt ud betales af ordregiveren.

At udbyttet udelukkende skal tilhøre ordregiveren til brug for egen virksomhed, betyder, at leverandørens evt. ret til offentliggørelse af forsknings- og udviklingsaktiviteten samt resultater heraf ikke i sig selv medfører en undtagelse fra udbudsloven. Betingelsen vil være opfyldt, så længe ordregiveren bevarer eneretten til at anvende resultatet af forskningen og udviklingen i egen virksomhed, uanset om tjenesteyderen er indrømmet en sådan ret til offentliggørelse. Videregående rettigheder til andre end ordregiveren vil derimod føre til, at udbudsloven ikke finder anvendelse.

At tjenesteydelsen skal betales i fuldt omfang af ordregiveren, kan ikke omgås ved en samfinansiering af symbolsk karakter. Hvis betaling fra andre end ordregiver er så beskeden i forhold til den samlede betaling, vil udbudsloven alligevel finde anvendelse.

4.6.6 Kontrakter om forsvar og sikkerhed

Der er en række kontrakttyper om forsvar og sikkerhed, hvor udbudsloven ikke finder anvendelse. Nedenfor angives de forskellige kontrakttyper, og hvad de nærmere indeholder/indebærer.

Udbudsloven finder ikke anvendelse på kontrakter, hvor forsvars- og sikkerhedsdirektivet[131] anvendes. Fx ved indkøb af militært udstyr,[132] defineret som udstyr specielt udformet eller tilpasset til militære formål og bestemt til brug som våben, ammunition eller krigsmateriel.[133]

[131] Direktiv 2009/81/EF.
[132] Sådant udstyr vil være omfattet af forsvars- og sikkerhedsdirektivet, jf. direktivets artikel 2, litra a.
[133] Jf. forsvars- og sikkerhedsdirektivets artikel 1, nr. 6.

Udbudsloven finder heller ikke anvendelse, når der er tale om en kontrakt på forsvars- og sikkerhedsdirektivets område, som dog er undtaget fra direktivet i medfør af direktivets artikel 8, 12 eller 13.[134]

Andre kontrakter og projektkonkurrencer end de nævnte kan undtages fra udbudsloven i det omfang, at beskyttelsen af væsentlige sikkerhedsinteresser ikke kan sikres ved mindre indgribende foranstaltninger.[135] Det kan fx være, hvis oplysninger i udbuddet skal holdes fortrolige af hensyn til beskyttelsen af væsentlige sikkerhedsinteresser, og fortrolighed ikke kan sikres ved mindre indgribende foranstaltninger som fx udbredelse af de relevante oplysninger til en gruppe sikkerhedsgodkendte økonomiske aktører.

Endelig kan kontrakter og projektkonkurrencer undtages fra udbudsloven, hvis det konkrete indkøb og kontrakten eller projektkonkurrencen er erklæret hemmelig, eller hvis den skal ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger.[136] Undtagelsen kan bruges, hvis selve indkøbet (udbuddet) er erklæret hemmeligt eller er ledsaget af sådanne sikkerhedsforanstaltninger, at gennemførelse af et udbud efter udbudsloven er umuliggjort. Det er ordregiveren, der vurderer, om de berørte væsentlige sikkerhedsinteresser ikke kan sikres ved mindre indgribende foranstaltninger. Særlige sikkerhedsforanstaltninger kan fx fastsættes af en efterretningstjeneste, som af hensyn til disses hemmeligholdelse ikke kan angives i udbudsmaterialet.

[134] Jf. udbudslovens § 23, nr. 2.
[135] Jf. udbudslovens § 23, nr. 3.
[136] Jf. udbudslovens § 23, nr. 4.

Kapitel 5
Udbudsprocedurerne

5.1 Indledning

I dette kapitel beskrives de forskellige procedurer, man som ordregiver kan anvende ved gennemførelsen af et udbud.

Det er vigtigt, at man fra begyndelsen vælger den rigtige udbudsprocedure, da man efter afsendelse af udbudsbekendtgørelsen ikke kan ændre proceduren.

Hver udbudsprocedure har sine fordele og ulemper, og nogle udbudsprocedurer kan kun anvendes, hvis særlige betingelser er opfyldt.

Valg af procedure afhænger bl.a. af karakteren af den konkrete opgave, opgavens kompleksitet, dvs. hvorvidt der er tale om køb af en standardvare eller specialudvikling af et produkt eller en ydelse, samt det relevante marked for den udbudte vare eller ydelse.

I forbindelse med overvejelser om valg af procedure kan ordregiver også overveje følgende:

» Hvilken udbudsform sikrer den bedst mulige konkurrence om den konkrete anskaffelse?
» Hvilken udbudsform minimerer de administrative byrder og transaktionsomkostningerne for såvel ordregiver som tilbudsgivere?

Der skal anvendes en af følgende procedurer i forbindelse med gennemførelse af et EU-udbud:

» Offentligt udbud
» Begrænset udbud
» Udbud med forhandling
» Konkurrencepræget dialog
» Innovationspartnerskab
» Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse
» Projektkonkurrence.

Procedurernes forskellige anvendelsesmuligheder fremgår af skemaet i Figur 5.1 nedenfor:

Figur 5.1 **Oversigt over procedurerne**

Procedure	Betingelser for anvendelse	Antal bydende	Opgavens karakter
Offentligt udbud Afsnit 5.2	Fri adgang	Ubegrænset	Indkøb, som ordregiver klart definerer indholdet af, på markeder, hvor der er et begrænset antal virksomheder
Begrænset udbud Afsnit 5.3	Fri adgang	Mulighed for begrænset felt af tilbudsgivere, dog mindst 5	Indkøb, som ordregiver klart definerer indholdet af, på markeder, hvor der er mange virksomheder
Udbud med forhandling Afsnit 5.4	- Løsningen skal udvikles eller tilpasses - Indkøbet er komplekst - Uafsluttet procedure	Mulighed for begrænset felt af 3-5 tilbudsgivere	Opgaver, hvor der konkret vurderes at være behov for at forhandle om tilbuddene
Konkurrencepræget dialog Afsnit 5.5	- Løsningen skal udvikles eller tilpasses - Indkøbet er komplekst - Uafsluttet procedure	Mulighed for begrænset felt af 3-5 tilbudsgivere	Opgaver, hvor ordregiver har behov for dialog for at fastlægge sine krav til indkøbet
Innovationspartnerskab Afsnit 5.6	Løsninger, som ikke allerede er tilgængelige på markedet	Udvælgelse af mindst 3 deltagere	Ordregiver har behov for at udvikle en innovativ ydelse, som ikke er tilgængelig på markedet
Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse Afsnit 5.7	Undtagelsesbestemmelse, som kun kan bruges i helt særlige situationer	Forhandling med én eller flere leverandører	Helt særlige indkøb, hvor udbud enten ikke er muligt eller ikke er hensigtsmæssigt, fx af tvingende grunde
Projektkonkurrence Afsnit 5.8	- Ikke et udbud, men en konkurrence om et projekt - Kan frit anvendes for visse specifikke projekter - Mulighed for at indgå kontrakt med vinderprojektet	Åben eller begrænset konkurrence	Opgaver, hvor der ønskes konkurrence om løsningsforslag inden for planlægnings- eller projekteringsydelser, som fx en arkitektkonkurrence

Er ordregiver i tvivl om antallet af potentielle tilbudsgivere, eller mangler ordregiver på anden måde kendskab til markedet i forhold til at kunne foretage et valg af, hvilken

udbudsprocedure der vil være bedst egnet til en konkret anskaffelse, anbefales det, at ordregiver foretager en indledende undersøgelse af markedet.[137]

Nedenfor følger en gennemgang af de forskellige udbudsprocedurer.

5.2 Offentligt udbud[138]

Offentligt udbud er kendetegnet ved, at alle interesserede tilbudsgivere kan afgive tilbud. Offentligt udbud er derfor den procedureform, der giver den bredeste konkurrence om en anskaffelse. Ordregiver skal dog være opmærksom på, hvilke anskaffelser proceduren egner sig bedst til, da proceduren ellers kan blive meget ressourcekrævende, hvis der modtages mange tilbud.

5.2.1 Hvornår kan offentligt udbud anvendes?

Der er fri adgang til anvendelsen af proceduren offentligt udbud. Ordregiver vil derfor altid kunne vælge at benytte denne procedure, men ordregiver bør i forbindelse med valget af procedure overveje følgende forhold:

Antallet af aktører
Offentligt udbud er særligt velegnet, hvis ordregiver har et godt kendskab til antallet af potentielle tilbudsgivere på markedet for den konkrete anskaffelse. Anvendelsen af offentligt udbud på et marked med mange potentielle tilbudsgivere kan medføre et uhensigtsmæssigt højt ressourceforbrug, dels for ordregiver, der skal gennemgå mange tilbud, og dels for tilbudsgiverne, der forgæves bruger ressourcer på at udarbejde tilbud på en opgave, hvor de er i konkurrence med mange tilbudsgivere og dermed kun har en lille sandsynlighed for at få tildelt opgaven. Ordregiver bør først og fremmest anvende offentligt udbud, hvis ordregiver vurderer, at der er et begrænset antal tilbudsgivere på markedet.

Ved anskaffelser, hvor der potentielt kan være mange tilbudsgivere, bør ordregiver i stedet overveje at benytte udbudsproceduren begrænset udbud, jf. afsnit 5.3.

Kompleksiteten af anskaffelsen
Det er dog ikke alene markedsforholdene, der skal tages i betragtning, men også karakteren af den konkrete anskaffelse. Er der tale om en simpel anskaffelse, fx en standardvare, eller en anskaffelse, der kan beskrives så præcist, at den fx kan udbydes i en priskonkurrence, kan det være en fordel at vælge et offentligt udbud, da der derved modtages flest mulige tilbud.

Eksempler på opgaver, hvor offentligt udbud med fordel kan anvendes:

» Udbud af specifikt udstyr på markeder med få tilbudsgivere, fx specifikt laboratorieudstyr, lægemidler eller medicinsk udstyr, og særligt hvor der tildeles på baggrund af kriteriet pris.
» Tekniske undersøgelser og rådgivningsopgaver inden for specifikke fagområder, hvor der er et begrænset antal tilbudsgivere.
» Simple varekøbskontrakter på enkelte ydelser, der kan beskrives klart og præcist, fx fejemaskiner eller rengøringsmaskiner.

Ovenstående skal udelukkende ses som eksempler. Der kan være forhold ved de konkrete

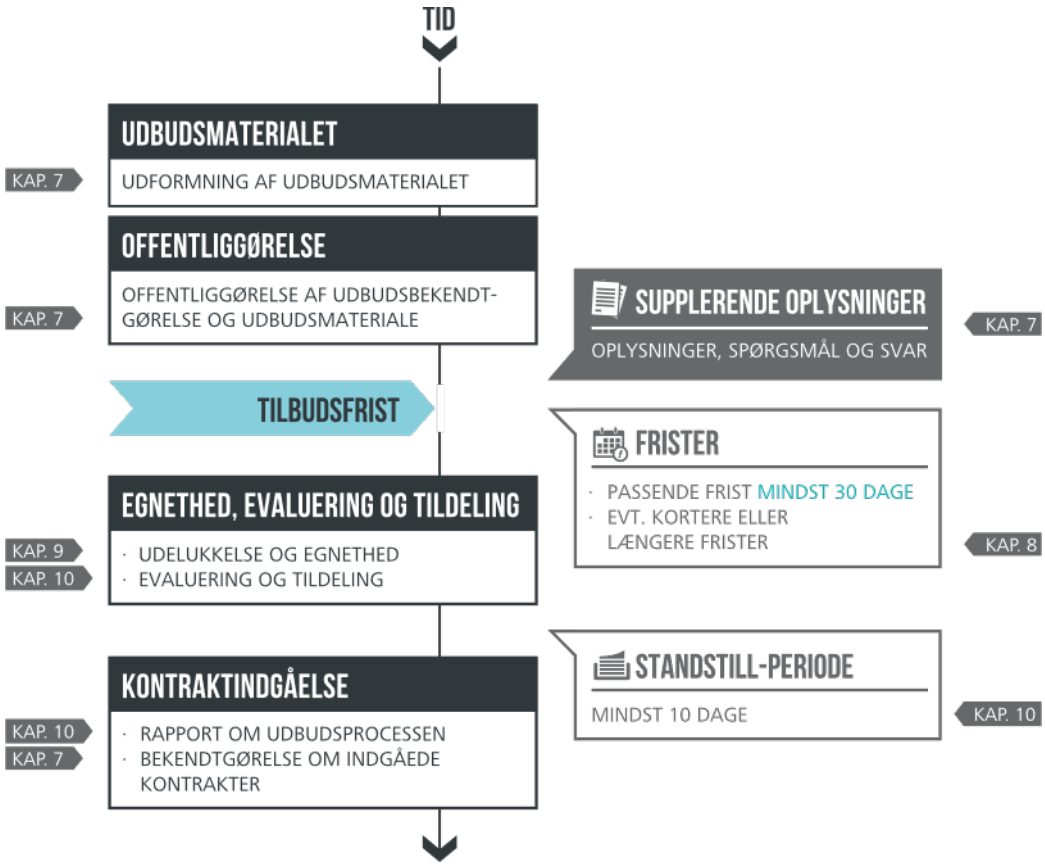
[137] Læs mere om markedsundersøgelse i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmaterialet i afsnit 7.3.
[138] Jf. udbudslovens §§ 56-57.

anskaffelser, der gør, at en anden procedure kan være bedre egnet.

5.2.2 Fremgangsmåde

Processen ved et offentligt udbud er illustreret i Figur 5.2. Af figuren fremgår de forskellige faser, som en ordregiver skal igennem ved gennemførelsen af et offentligt udbud.

Figur 5.2 **Processen for et offentligt udbud**



Ordregiver kan også vælge at evaluere tilbuddene, før ordregiver verificerer, at tilbudsgiveren er egnet til at udføre den udbudte kontrakt.[139] Denne fremgangsmåde kan i visse tilfælde minimere ressourcerne ved vurderingen af tilbud, navnlig hvis der er tale om en simpel vurdering, som fx en ren priskonkurrence.

5.3 Begrænset udbud[140]

Begrænset udbud er kendetegnet ved, at udbudsproceduren er opdelt i to faser: en ansøgningsfase og en tilbudsfase. Enhver virksomhed kan deltage i ansøgningsfasen, men kun de

[139] Jf. udbudslovens § 159, stk. 4.
[140] Jf. udbudslovens §§ 58-60.

tilbudsgivere, der af ordregiveren modtager opfordring hertil, kan afgive tilbud. Ordregiveren kan således begrænse antallet af tilbudsgivere.

5.3.1 Hvornår kan begrænset udbud anvendes?

Der er fri adgang til at benytte proceduren begrænset udbud. Ordregiver vil derfor altid kunne vælge at benytte denne procedure, men ordregiver bør i forbindelse med valget af procedure overveje følgende forhold:

Antallet af aktører
Begrænset udbud er særligt velegnet, hvis ordregiver ønsker at begrænse antallet af tilbud. Ved anskaffelser fra et marked med mange potentielle tilbudsgivere vil en begrænsning i antallet af tilbudsgivere medføre et mindre ressourceforbrug, da færre tilbud skal udarbejdes og efterfølgende vurderes.

Motivationen for tilbudsgiverne til at bruge ressourcer på udformningen af et tilbud kan øges ved anvendelsen af et begrænset udbud, da konkurrencen foregår i en mindre kreds, og chancen for at vinde derved er større.

Kompleksiteten af anskaffelsen
Markedsforholdene bør også tages i betragtning ved overvejelsen om begrænset udbud. Ved omfattende anskaffelser, hvor afgivelse af tilbud kan være meget ressourcekrævende, vil begrænset udbud være velegnet.

Eksempler på opgaver, hvor begrænset udbud er anvendt eller kan overvejes anvendt:

» Ved omfattende anskaffelser, eksempelvis inden for bygge- og anlæg og ved indkøb af standard-IT-systemer, kan det begrænsede udbud anvendes. Med henblik på at foretage det bedste indkøb bør ordregiver i den forbindelse overveje, om der er fuldstændig klarhed over, hvad der skal indkøbes. Hvis ordregiver præcist kan beskrive kravene til anskaffelsen, vil begrænset udbud med fordel kunne anvendes. Kan ordregivers indkøbsbehov imidlertid ikke imødekommes uden en forhandling om forskellige mulige løsninger, kan udbud med forhandling overvejes. Hvis ordregiver ikke med klarhed kan fastlægge sine behov uden en dialog, kan konkurrencepræget dialog overvejes.[141]
» Indkøb af varer på markeder med mange tilbudsgivere kan med fordel gennemføres som begrænset udbud. Det kan være udbud af kontorartikler, kontormøbler, fødevarer m.v.
» Ved opgaver om videnrådgivning, dvs. hvor der købes rådgivning, strategiprocesser eller kreative løsninger fra fx kommunikationsbureauer eller managementkonsulenter, vil det i mange situationer være en fordel, at begrænset udbud anvendes for at minimere transaktionsomkostningerne hos både ordregiver og tilbudsgivere samt for at sikre en effektiv konkurrence om opgaverne.

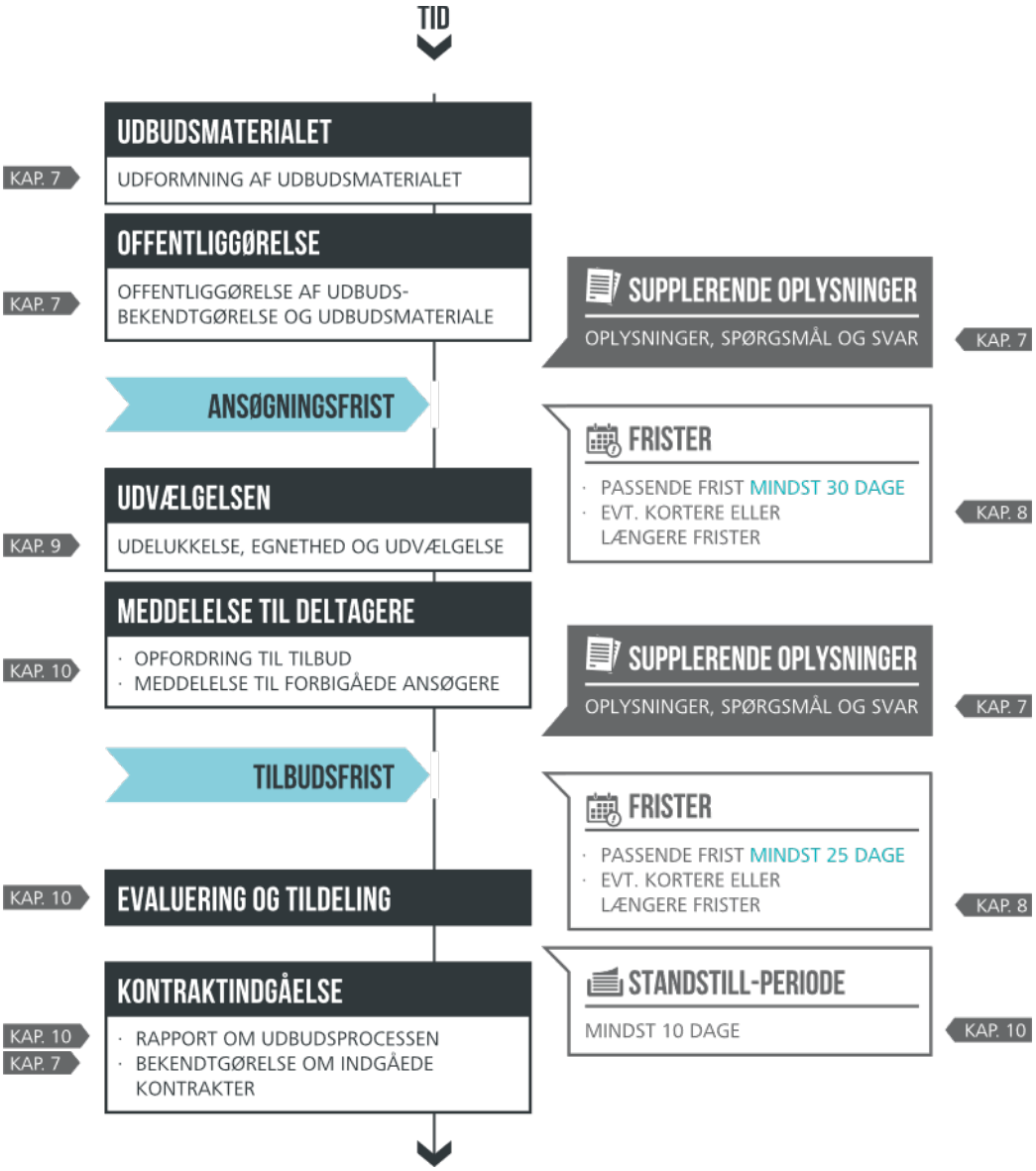
Ovenstående skal udelukkende ses som eksempler. Der kan være forhold ved de konkrete anskaffelser, der gør, at en anden procedure kan være bedre egnet.

5.3.2 Fremgangsmåde

Processen ved et begrænset udbud er illustreret i Figur 5.3. Af figuren fremgår de forskellige faser, som en ordregiver skal igennem ved gennemførelsen af et begrænset udbud.

[141] Læs om udbud med forhandling i afsnit 5.4og konkurrencepræget dialog i afsnit 5.5.

Figur 5.3 **Processen for et begrænset udbud**



Et begrænset udbud er opdelt i to faser: en ansøgningsfase og en tilbudsfase. I den første fase ansøger alle interesserede virksomheder om at deltage i udbuddet. Ordregiver vurderer, om der er virksomheder, der er omfattet af en udelukkelsesgrund, samt om virksomhederne lever op til kriterierne for egnethed. Blandt de egnede ansøgere udvælger ordregiver et på forhånd fastsat antal ansøgere på baggrund af de offentliggjorte kriterier for udvælgelse.[142] Ordregiver

[142] I praksis benyttes udtrykket "prækvalifikation" om denne fase. Hverken i udbudsdirektivet eller udbudsloven benyttes udtrykket. Derfor benyttes udtrykket ikke i denne vejledning.

opfordrer herefter de udvalgte til at afgive tilbud på opgaven – og herefter er anden fase, tilbudsfasen, indledt.

I forhold til ved offentligt udbud skal ordregiver i forbindelse med processen for et begrænset udbud være opmærksom på tidshorisonten. Ansøgnings- og tilbudsfasen er tidsmæssigt adskilte, og udbudsloven fastsætter de minimumsfrister, som ordregiver skal overholde.[143]

5.3.3 Antal ønskede tilbudsgivere[144]

Ved et begrænset udbud skal ordregiver tage stilling til, hvor mange ansøgere man vil udvælge og opfordre til at afgive tilbud. Dette skal angives i udbudsbekendtgørelsen.

Ordregiver skal udvælge mindst fem ansøgere, men der er ikke fastsat en øvre grænse for, hvor mange der må udvælges.

Har ordregiver fx angivet, at ordregiver vil udvælge fem ansøgere, men det efterfølgende viser sig, at antallet af ansøgere er lavere end fem, kan ordregiver gå videre i processen med det antal, der lever op til de fastsatte krav til egnethed. Er der flere end fem ansøgere, men kun fx tre ansøgere, der lever op til de fastsatte krav til egnethed, kan ordregiver gå videre og opfordre de tre ansøgere til at afgive tilbud.

Ordregiver har mulighed for at sætte en øvre og nedre grænse for, hvor mange ansøgere der vil blive opfordret til at afgive tilbud, men den nedre grænse må ikke være under fem.

Hvis det eksempelvis er fastsat, at der vil blive udvalgt maksimalt syv ansøgere, og der modtages 10 ansøgninger, skal det kunne påvises, hvordan ansøgningerne er blevet vurderet i forhold til hinanden, og dermed hvorfor tre af ansøgerne er blevet sorteret fra. Udvælgelsen skal ske på baggrund af de objektive og ikkediskriminerende kriterier, der er angivet i udbudsbekendtgørelsen.

Er der i udbudsbekendtgørelsen ikke angivet et tal for, hvor mange ansøgere ordregiver vil opfordre til at afgive tilbud, skal ordregiver opfordre alle de tilbudsgivere, der ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund og lever op til kravene til egnethed, til at afgive tilbud.

Det er alene de tilbudsgivere, der har modtaget en opfordring til at afgive tilbud, der kan afgive tilbud. Ordregiver kan dog i særlige situationer acceptere ændringer hos ansøgere eller tilbudsgivere under overholdelse af principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.[145]

5.4 Udbud med forhandling[146]

Udbud med forhandling er en fleksibel udbudsform, der giver ordregiver mulighed for, på baggrund af et indledende tilbud, at gennemføre forhandlinger eller drøftelser med tilbudsgiverne med henblik på at forbedre indholdet af tilbuddet, så anskaffelsen bliver tilpasset ordregivers behov.

---

[143] Læs om tidsfrister i kapitel 8.
[144] Jf. udbudslovens § 59, stk. 4.
[145] Læs om ændringer af ansøgere og tilbudsgivere i afsnit 11.2.
[146] Jf. udbudslovens §§ 61-66.

Det er ikke et krav, at den samlede anskaffelse skal være genstand for forhandling. I forbindelse med et bygge- og anlægsprojekt kan der eksempelvis gennemføres forhandlinger om specifikke elementer ved byggeriet, som ordregiver gerne vil have klarhed over, hvordan kan løses.

I forbindelse med anvendelsen af proceduren udbud med forhandling er det vigtigt, at ordregiver planlægger forhandlingsforløbet under hensyntagen til den konkrete anskaffelse, i forhold til karakteren og omfanget af de elementer, der er til forhandling, samt i forhold til værdien af den konkrete anskaffelse.

Særligt ved komplekse anskaffelser må muligheden for forhandling ses som en fordel, da muligheden for at kunne tilpasse en løsning fuldstændigt til ordregivers behov i mange situationer vil kunne føre til de bedste resultater.

5.4.1 Hvornår kan udbud med forhandling anvendes?[147]

I modsætning til procedurerne offentligt udbud og begrænset udbud er der ikke fri adgang til at benytte proceduren udbud med forhandling.

Betingelserne for at anvende proceduren udbud med forhandling kan deles ind i to kategorier:

- Betingelser vedrørende anskaffelsens karakter:
  - Ordregivers behov forudsætter tilpasning af tilgængelige løsninger.
  - Anskaffelsen omfatter design eller innovative løsninger.
  - Der er særlige omstændigheder knyttet til anskaffelsens kompleksitet eller retlige og finansielle forhold eller risici.
  - Tekniske specifikationer kan ikke fastlægges tilstrækkeligt præcist.
- Betingelser vedrørende en allerede gennemført, men uafsluttet procedure:
  - Ikkeforskriftsmæssige tilbud.
  - Uacceptable tilbud.

Betingelser vedrørende anskaffelsens karakter[148]
Ordregiver kan anvende udbud med forhandling i følgende tilfælde:

- *Ordregivers behov forudsætter tilpasning af tilgængelige løsninger*.[149]

Kan ordregiverens behov ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger, kan ordregiveren anvende udbud med forhandling. Allerede tilgængelige løsninger er løsninger, som allerede findes på markedet, og som ikke kræver tilpasning for at opfylde ordregiverens behov.[150] Allerede tilgængelige løsninger vil være standardvarer, standardtjenesteydelser eller standardløsninger i forbindelse med bygge- og anlægsopgaver, dvs. løsninger, der har karakter af at være "hyldevarer".

En anskaffelse, der forudsætter tilpasning af allerede tilgængelige løsninger, kan eksempelvis være en tilgængelig IT-løsning, der forudsætter en tilpasning til ordregivers tekniske platforme, konvertering af data, integration med øvrige IT-systemer m.v. eller avanceret teknisk udstyr eller medicinsk udstyr, der skal tilpasses ordregivers behov for uddannelse af

[147] Jf. udbudslovens § 61.
[148] Jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 1.
[149] Jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 1, litra a.
[150] Jf. udbudslovens § 24, nr. 2.

personale, eller driftsrelaterede logistiske ydelser. Der kan også være tale om anskaffelser af avancerede produkter, intellektuelle tjenesteydelser, fx konsulent-, arkitekt- eller ingeniørvirksomhed, hvor forhandlinger kan være nødvendige for at sikre, at anskaffelsen svarer til ordregivers behov.

Der vil også være tale om tilpasning af tilgængelige løsninger, hvis ordregiver har behov for nye funktioner til en allerede tilgængelig løsning.

Hvis ordregiver fx udbyder et varekøb, hvor der skal kunne forhandles om tilbud på forskellige løsningsforslag med henblik på bedst muligt at tilpasse løsningen til ordregivers behov, vil udbud med forhandling kunne anvendes. Hvis ordregiver derimod udbyder hyldevarer, hvor ordregiver præcist specificerer indkøbet, skal der ikke ske tilpasning af løsningen. Betingelsen for at anvende udbud med forhandling vil således ikke være opfyldt.

Det er ikke en forudsætning for at anvende proceduren, at ordregiver ikke kan lave en detaljeret beskrivelse af en løsning. Det afgørende ved vurderingen må være, om ordregiver vurderer, at der er behov for at forhandle om forskellige løsninger. Ved forhandlingerne kan tilbudsgiverne komme med forslag til, hvordan en løsning bedst muligt tilpasses ordregivers behov, og der kan forhandles om en sådan løsning. Dette kan føre til en bedre og/eller billigere løsning, end hvad ordregiver havde været i stand til at beskrive på forhånd, og dermed et mere tilfredsstillende resultat.

» *Anskaffelsen omfatter design eller innovative løsninger*.[151]

Omfatter en anskaffelse design eller innovative løsninger, kan udbud med forhandling anvendes. Afgørende for at kunne anvende proceduren er, at det er tilbudsgiver, der kommer med et løsningsforslag, og at det ikke er ordregiver, der på forhånd har præsenteret et færdigt løsningsforslag. Designløsninger kan eksempelvis vedrøre æstetik eller teknisk design. Dermed kan både produktets æstetiske egenskaber og produktets funktionelle egenskaber, herunder brugervenlighed, materialevalg og levetid, inddrages i forhandlingerne. Innovative løsninger kan fx være indførelsen af en ny eller betydeligt forbedret vare, tjenesteydelse eller proces, herunder produktions-, bygge- og anlægsaktiviteter, en ny metode, som fx en organisatorisk metode inden for forretningspraksis eller en ny markedsføringsmetode.[152]

Det er ikke en forudsætning for at anvende proceduren, at hele ydelsen skal bestå af design eller innovative løsninger. Det er således nok, at et væsentligt element af anskaffelsen omfatter design eller en innovativ løsning.

» *Der er særlige omstændigheder knyttet til anskaffelsens kompleksitet eller retlige og finansielle forhold eller risici*.[153]

Der kan være særlige omstændigheder ved en anskaffelse, som gør, at kontrakten ikke kan tildeles uden forudgående forhandling, og derved berettiger til anvendelse af udbud med forhandling. De særlige omstændigheder skal være knyttet til anskaffelsens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed.

---

[151] Jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 1, litra b.

[152] Jf. udbudslovens § 24, nr. 17, som definerer begrebet "innovation".

[153] Jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 1, litra c.

Behovet for forhandling kan fx være en følge af en kompleks struktureret finansiering af anskaffelsen, hvis finansielle og juridiske forhold bedst sikres gennem forhandling.

Et eksempel på behov for tilpasning af tilbuddene til kontraktens særlige omstændigheder kan være særligt komplekse kontraktvilkår om ansvar og risici tilknyttet anskaffelsen i henhold til kontrakten.

Udbud af standardbygninger, -tjenesteydelser eller -varer giver generelt ikke ordregivere adgang til at anvende udbud med forhandling. Dog kan der være særlige omstændigheder forbundet med sådanne kontrakter, som berettiger til en forhandlingsprocedure. I denne forbindelse vil hensynet til tilbudsgivernes mulighed for at tilpasse tilbuddet kunne inddrages som et af elementerne i vurderingen, når det skal konstateres, hvorvidt kontrakten indeholder særlige omstændigheder, der medfører, at kontrakten ikke kan tildeles uden forudgående forhandling.

» *Tekniske specifikationer kan ikke fastlægges tilstrækkeligt præcist.*[154]

Hvis de tekniske specifikationer ikke kan fastlægges tilstrækkeligt præcist med henvisning til en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference, kan ordregiver anvende udbud med forhandling.[155]

Hvis ordregiver således kan fastlægge kontraktens ydelse tilstrækkeligt præcist med henvisning til fx en standard, kan forhandlingsudbud ikke anvendes efter denne bestemmelse. Bestemmelsen udelukker derimod ikke anvendelse af udbud med forhandling, hvor ordregiver vil kunne udforme de tekniske specifikationer på baggrund af funktionskrav.

Betingelser vedrørende en allerede gennemført, men uafsluttet procedure[156]
Ordregiveren har mulighed for at anvende udbud med forhandling, hvis ordregiveren i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun har modtaget ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud.

Det er en betingelse for at anvende bestemmelsen, at *alle* de modtagne tilbud i den forudgående proces var ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable. Dette betyder, at bestemmelsen ikke kan anvendes, hvis ordregiver modtog et eller flere tilbud, der var forskriftsmæssige eller acceptable under den forudgående proces. I denne situation vil de ikkeforskriftsmæssige og uacceptable tilbud skulle afvises, medmindre der er mulighed for at afhjælpe evt. mangler ved tilbuddene.[157]

I den situation, hvor alle de modtagne tilbud er ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable, skal ordregiver være opmærksom på, at der kun er tale om en mulighed for at overgå til udbud med forhandling, og ikke en pligt. Ordregiver har således ret til at annullere og genudbyde opgaven.

Ved ikkeforskriftsmæssige tilbud forstås navnlig:

» Tilbud, der ikke lever op til kravene i udbudsmaterialet
» tilbud, der er modtaget for sent

[154] Jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 1, litra d.
[155] Disse begreber er nærmere defineret i udbudsdirektivets bilag VII, punkt 2-5.
[156] Jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2.
[157] Jf. udbudslovens § 159, stk. 5.

» tilbud, hvor der foreligger bevis for ulovlig samordning eller bestikkelse
» tilbud, der er unormalt lave.[158]

Et tilbud lever eksempelvis ikke op til kravene i udbudsmaterialet, hvis tilbuddet indeholder forbehold for grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Dette kan eksempelvis være et fastsat mindstekrav. I denne situation kan ordregiver anvende udbud med forhandling med henblik på, at tilbudsgiver frafalder forbeholdet.

Hvis der foreligger bevis for ulovlig samordning eller bestikkelse, kan dette ligeledes udgøre grundlaget for et udbud med forhandling. En endelig dom eller et vedtaget bødeforlæg for bestikkelse er en obligatorisk udelukkelsesgrund.[159] Selvom tilbudsgiveren endnu ikke er dømt for bestikkelse, vil beviser for bestikkelse være omfattet af den obligatoriske udelukkelsesgrund om alvorlige forsømmelser. Det samme vil være tilfældet ved beviser for ulovlig samordning.[160] En tilbudsgiver, som har udøvet sådanne forsømmelser, vil som udgangspunkt være ikkeforskriftsmæssig, medmindre tilbudsgiveren har fremlagt dokumentation for pålidelighed.[161]

Et unormalt lavt tilbud kan først betegnes som ikkeforskriftsmæssigt, når den pågældende tilbudsgiver har haft mulighed for at redegøre for tilbudsprisen, og tilbuddet fortsat betragtes som unormalt lavt.[162]

Ovenstående angivelse af eksempler på ikkeforskriftsmæssige tilbud skal ikke anses som en udtømmende liste.

Ved uacceptable tilbud forstås bl.a.:

» Tilbud indgivet af tilbudsgivere, som ikke lever op til de fastsatte minimumskrav til egnethed.
» Tilbud, der overstiger det fastsatte budget.[163]

Ordregiver kan kun afvise et tilbud som uacceptabelt, fordi det overstiger ordregivers budget, hvis budgettet har været fastsat, inden udbudsproceduren blev indledt. Budgettet kan fx fremgå af udbudsmaterialet. Det er ikke et krav, at det fremgår af udbudsmaterialet, men det er ordregiveren, der har bevisbyrden for at kunne dokumentere det fastsatte budget, og at budgettet er fastsat klart, præcist og før offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen. Denne dokumentation kan fx have form af et notat, der journaliseres forud for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen m.v.

Ovenstående angivelse af eksempler på uacceptable tilbud skal ikke anses som en udtømmende liste.

---

[158] Jf. udbudslovens § 61, stk. 2, nr. 1-4.
[159] Jf. udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 2.
[160] Jf. udbudslovens § 136, nr. 4. Læs mere om udelukkelsesgrundene i afsnit 9.2.
[161] Læs om adgangen til at dokumentere sin pålidelighed i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens *Vejledning om vurdering af pålidelighed*.
[162] Læs om unormalt lave tilbud i afsnit 10.5.6.
[163] Jf. udbudslovens § 61, stk. 3, nr. 1-2.

Overgang til forhandling med eller uden fornyet udbudsbekendtgørelse[164]
Når der har været gennemført et offentligt eller begrænset udbud, hvor ordregiver kun har modtaget ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud, kan ordregiver overgå til udbud med forhandling, uden at der offentliggøres en ny udbudsbekendtgørelse. Ordregiver kan i så fald kun overgå til udbud med forhandling med tilbudsgivere, som:

» Afgav tilbud i overensstemmelse med udbudsprocedurens formelle krav,
» opfylder minimumskravene til egnethed og evt. er blevet udvalgt, og
» ikke skal udelukkes.

Vælger ordregiver at overgå til udbud med forhandling, skal samtlige tilbudsgivere, som opfylder ovenstående krav, deltage i den nye forhandlingsprocedure.

Formelle krav er krav, der ikke vedrører tilbuddets indhold, og det kan fx være manglende underskrift, forkert fremsendt antal eksemplarer eller manglende sidetal, stempling eller lignende. For sent afleveret tilbud er ikke et brud på et formelt krav, da et sådant tilbud betragtes som ikke indleveret.

Ordregiver kan anmode tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre tilbuddet, hvis betingelserne herfor er til stede.[165] En sådan berigtigelse kan anvendes til at rette evt. formelle fejl med henblik på at indlede forhandlinger med den berørte tilbudsgiver/de berørte tilbudsgivere fra det forudgående udbud. Hvis de formelle fejl kan berigtiges, kommer tilbuddet i overensstemmelse med de formelle krav, og den pågældende tilbudsgiver kan dermed indgå i forhandlingerne, forudsat at tilbudsgiveren opfylder kravene til egnethed og udvælgelse og ikke skal udelukkes.

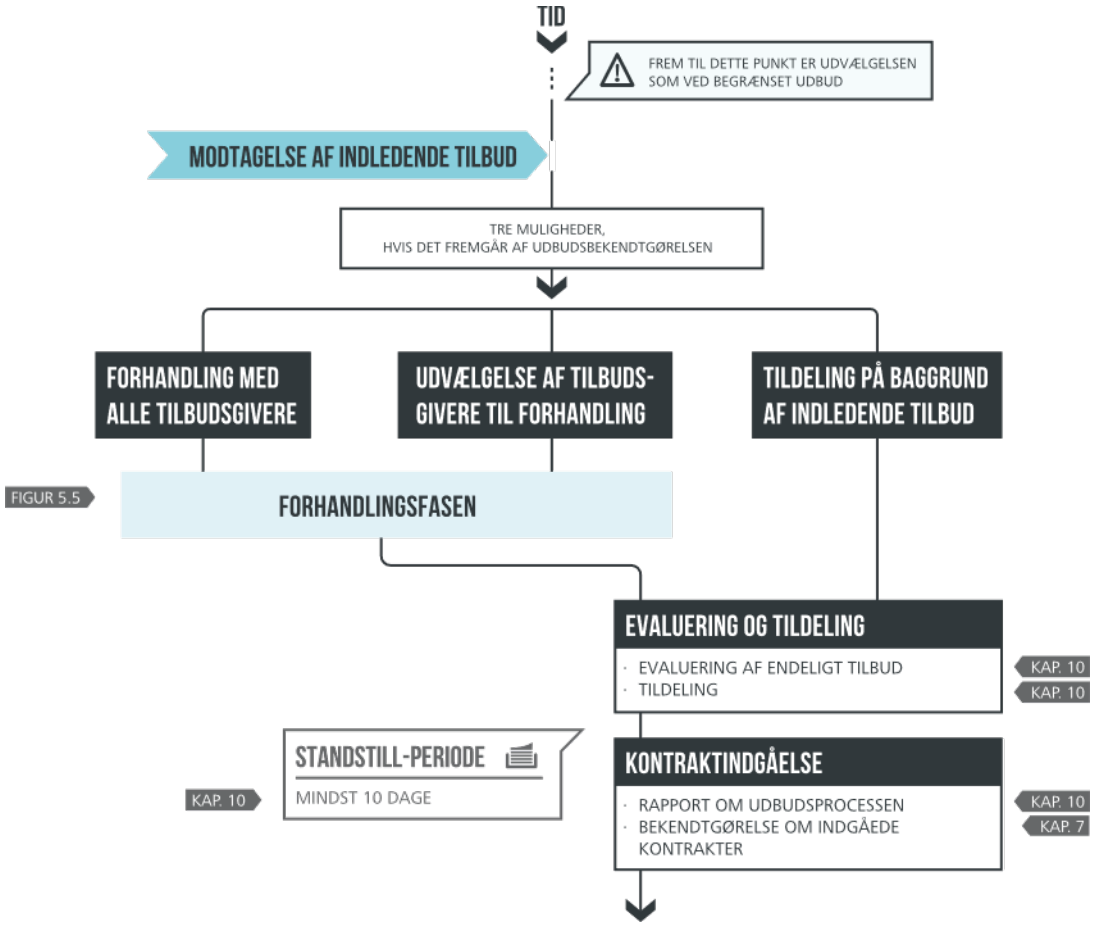
5.4.2 Fremgangsmåde ved udbud med forhandling

Proceduren ved udbud med forhandling fremgår af Figur 5.4. Af figuren fremgår de forskellige faser, som en ordregiver skal igennem ved gennemførelsen af et udbud med forhandling.

Har ordregiver allerede gennemført et begrænset eller offentligt udbud, som førte til en uafsluttet procedure, fordi ordregiver kun modtog ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud, og betingelserne for at overgå til udbud med forhandling uden fornyet offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse er til stede, vil nedenstående proces først skulle følges fra "forhandlingsfasen".

[164] Jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, og § 61, stk. 2-4.
[165] Læs om rettelse af fejl og mangler hos tilbudsgiver i afsnit 10.5.3.

Figur 5.4 **Processen ved udbud med forhandling**



Forhandlingsfasen uddybes i afsnit 5.4.2.4 nedenfor.

Et udbud med forhandling indledes med en ansøgningsfase. Med udbudsbekendtgørelsen annoncerer ordregiver efter interesserede tilbudsgivere. Efter modtagelse af ansøgninger vurderer ordregiver, om der er virksomheder, der er omfattet af en udelukkelsesgrund, samt om virksomhederne lever op til kriterierne for egnethed. Blandt de egnede ansøgere udvælger ordregiver et på forhånd fastsat antal ansøgere på baggrund af de i udbudsbekendtgørelsen offentliggjorte kriterier for udvælgelse. Ordregiver opfordrer herefter de udvalgte til at afgive et indledende tilbud og efterfølgende deltage i en evt. forhandlingsfase.

5.4.2.1 Antal ønskede tilbudsgivere[166]

Ved udbud med forhandling skal ordregiver tage stilling til, hvor mange ansøgere ordregiver vil udvælge og opfordre til at afgive tilbud. Dette skal angives i udbudsbekendtgørelsen.

Ordregiver skal udvælge mindst tre ansøgere. Hvis der modtages færre end tre ansøgninger, kan ordregiver opfordre den eller de egnede ansøgere til at afgive indledende tilbud. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens anbefaling, at ordregiver bør vurdere, om det er hensigtsmæssigt at indlede et forhandlingsforløb med to tilbudsgivere, af hensyn til at sikre tilstrækkelig konkurrence om opgaven. Ordregiver kan i den forbindelse overveje, om kravene til egnethed har været for strenge og derved udelukket andre ellers relevante aktører på markedet fra konkurrencen.

Hvis ordregiver ønsker at udvælge flere end fem ansøgere, skal det begrundes i udbudsmaterialet. Baggrunden for begrundelsespligten er, at ordregiver skal overveje, om de gevinster, der er forbundet med at involvere mere end fem tilbudsgivere i processen, opvejer de transaktionsomkostninger, der er forbundet hermed. Ordregiver bør i den forbindelse have for øje, at gennemførelsen af et udbud med forhandling kan være ressourcekrævende for ordregiver, men også for tilbudsgiverne. Det er ikke hensigten, at ordregiver skal afskæres fra at udvælge mere end fem tilbudsgivere, men ordregiver bør afveje fordelene og ulemperne ved at involvere flere virksomheder i forhandlingerne. Det mindste og største antal ønskede deltagere i proceduren skal angives i udbudsbekendtgørelsen.

Ordregiver skal sikre konkurrence om opgaven ved at udvælge et tilstrækkeligt antal tilbudsgivere. At der er fastsat et minimumskrav om tre tilbudsgivere i loven, er ikke nødvendigvis ensbetydende med, at tre tilbudsgivere er tilstrækkeligt til at sikre konkurrencen om opgaven. Forholdene på det konkrete marked bør tages med i overvejelserne om, hvordan den bedste konkurrence sikres, samtidig med at der tages hensyn til omkostningerne for både ordregiver og tilbudsgivere. Ordregiver bør også tage med i overvejelserne, om ordregiver ønsker at udskille tilbudsgivere undervejs i forhandlingsfasen. Ordregiver har her muligheden for at foretage udskillelsen på baggrund af de indledende tilbud eller på baggrund af de efterfølgende tilbud. Hvis ordregiver ønsker at udskille tilbudsgivere undervejs i proceduren, skal dette angives i udbudsbekendtgørelsen.[167] Ved udskillelse af tilbudsgivere skal ordregiver fortsat sikre en vis konkurrence ved den endelige tildeling. Hvis ordregiver beslutter at udskille tilbudsgivere undervejs i proceduren, kan et højere antal end fem deltagere i proceduren være berettiget for at sikre tilstrækkelig konkurrence om opgaven.

Er der flere ansøgere end det antal, som ordregiver har angivet, der vil blive opfordret til at afgive tilbud, skal ordregiver foretage udvælgelsen på baggrund af de objektive og ikkediskriminerende kriterier, der er angivet i udbudsbekendtgørelsen.[168]

Det er alene de tilbudsgivere, der har modtaget en opfordring hertil, der kan afgive et indledende tilbud. Ordregiver kan dog i særlige situationer acceptere ændringer hos ansøgere eller tilbudsgivere under overholdelse af principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.[169]

---

[166] Jf. udbudslovens § 64.

[167] Jf. udbudslovens § 62, stk. 2, nr. 1, og udbudsdirektivets bilag V, del C, punkt 16.

[168] Læs om udelukkelse, egnethed og udvælgelse i kapitel 9.

[169] Læs om ændring og udskiftning af ansøger eller tilbudsgiver i afsnit 11.2.

5.4.2.2 Tildeling på baggrund af de indledende tilbud[170]

Ved udbud med forhandling skal de udvalgte tilbudsgivere afgive et indledende tilbud.

Ordregiver har mulighed for at forbeholde sig ret til at tildele kontrakten på grundlag af de indledende tilbud, hvis det er angivet i udbudsbekendtgørelsen. Der er for så vidt ingen begrænsninger i ordregivers ret til at tildele kontrakten på grundlag af de indledende tilbud. Retten til at forbeholde sig ret til at tildele kontrakten på dette tidspunkt må dog ikke forfølge et usagligt formål.

Det kan på den ene side være en fordel, at ordregiver forbeholder sig retten til at tildele kontrakten på grundlag af de indledende tilbud. En sådan mulighed kan være med til at lægge pres på tilbudsgiverne, så de afgiver deres bedste tilbud fra start frem for at afgive et tilbud med henblik på forhandling. Modtager ordregiver de bedste tilbud fra start, og tildeles kontrakten ikke på grundlag af det indledende tilbud, kan det under forhandlingsfasen betyde færre forhandlingsrunder, hvilket er med til at reducere transaktionsomkostningerne for begge parter. På den anden side kan det være svært at vurdere, om det indledende tilbud er det bedste tilbud for ordregiver. Forhandlingsfasen kan være med til at sikre, at der skabes bedre og billigere løsninger på ordregivers behov.

Vælger ordregiveren at tildele kontrakten på grundlag af de indledende tilbud, går ordregiveren direkte til tildelingen af kontrakten, og forhandlingsfasen bliver ikke aktuel. Tildeling på grundlag af de indledende tilbud er ikke til hinder for, at der kan foretages almindelige afklaringer og præciseringer af de indledende tilbud.[171] Disse afklaringer og præciseringer må ikke have karakter af at være forhandlinger mellem ordregiver og den vindende tilbudsgiver, da ordregiver i så fald har pligt til at forhandle med alle og gå til forhandlingsfasen i stedet for at tildele på grundlag af de indledende tilbud.

Det er i den forbindelse vigtigt at være opmærksom på, at ordregiver ikke må tildele kontrakten på baggrund af et indledende tilbud, der indeholder forbehold for grundlæggende elementer. Hvis ordregiver ønsker at forhandle et evt. forbehold væk, skal der gennemføres forhandlinger med alle tilbudsgiverne. Det ville stride mod ligebehandlingsprincippet og være egnet til at fordreje konkurrencen, hvis ordregiver havde adgang til dette.

5.4.2.3 Udvælgelse af tilbudsgivere til forhandling[172]

Udgangspunktet er, at ordregiver skal forhandle med alle tilbudsgivere om deres indledende tilbud, medmindre ordregiver har besluttet at udvælge tilbudsgivere til forhandling på baggrund af de indledende tilbud. Hvis ordregiver ønsker at benytte sig af denne mulighed, skal det angives i udbudsbekendtgørelsen.

Fordelen ved at benytte sig af muligheden for at udvælge tilbudsgivere til forhandling på baggrund af de indledende tilbud er, at man kan mindske transaktionsomkostningerne forbundet med gennemførelsen af forhandlinger med tilbudsgivere, som kun har ringe chance for at få tildelt kontrakten. En udvælgelse på baggrund af de indledende tilbud kan her sikre, at forhandlingerne koncentreres om færre konkurrencedygtige tilbudsgivere. Fremgangsmåden kan dog have den ulempe, at det på baggrund af de indledende tilbud kan være svært at vurdere, hvilke løsninger der bedst vil kunne opfylde ordregivers behov, og der er således en

[170] Jf. udbudslovens § 66, stk. 1.
[171] Jf. udbudslovens § 159, stk. 5. Læs mere om muligheden for afklaringer og præciseringer i afsnit 10.5.3.
[172] Jf. udbudslovens § 66, stk. 1, sidste led.

risiko for, at ordregiver frasorterer tilbud, som kunne have vist sig at være mere konkurrencedygtige efter forhandlingerne.

Hvis ordregiver vælger at frasortere tilbudsgivere på baggrund af de indledende tilbud, skal ordregiver sikre, at der gennemføres forhandlinger med et tilstrækkeligt antal tilbudsgivere, for at sikre konkurrence om opgaven.

Udvælgelsen af tilbudsgivere til forhandling skal ske på grundlag af de kriterier for tildeling og efter den evalueringsmodel, som skal være angivet i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet.

Ordregiver skal hurtigst muligt og samtidig underrette tilbudsgiverne om sin beslutning vedrørende udvælgelsen af tilbudsgivere til forhandling samt angive en begrundelse for sin beslutning.[173]

5.4.2.4 Forhandlingsfasen[174]

Forhandlingsfasen starter efter modtagelsen af de indledende tilbud, medmindre ordregiveren ønsker at tildele kontrakten på baggrund af de indledende tilbud, jf. afsnit 5.4.2.2 ovenfor, eller skal udvælge tilbudsgivere til forhandling, jf. ovenstående afsnit.

De indledende tilbud baseres på udbudsmaterialets angivelser. Ordregiver skal forhandle på grundlag af de indledende tilbud for at forbedre tilbuddenes indhold med henblik på at opnå et indkøb, der passer til ordregivers behov.

Hvad må der forhandles om?
Forhandlingerne gennemføres med henblik på at drøfte, hvordan de enkelte tilbud kan optimeres i forhold til ordregivers krav og behov.

Der må som udgangspunkt forhandles om alt, dog med undtagelse af:

» Grundlæggende elementer
» kriterier for tildeling
» mindstekrav
» de endelige tilbud.

Der må under forhandlingerne ikke ændres i grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Hvorvidt et element er grundlæggende, beror på en konkret vurdering fra udbud til udbud. Vurderingen skal ske ud fra spørgsmålet om, hvorvidt en ændring kan have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgivere fra at deltage i udbudsproceduren eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere og tilbudsgivere.[175]

Kriterier for tildeling er et grundlæggende element, som skal forblive uændret under hele proceduren.

Det samme er tilfældet for mindstekrav, som ligeledes skal forblive uændret under udbudsproceduren.[176] Mindstekrav er udtryk for de centrale krav til egenskaber ved anskaffelsen eller

[173] Jf. udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 2, og stk. 3.
[174] Jf. udbudslovens § 66.
[175] Jf. udbudslovens § 24, nr. 37.
[176] Jf. udbudslovens § 66, stk. 2.

kontraktens udførelse. En ændring af et fastsat mindstekrav vil ofte medføre en ændring af grundlæggende elementer, der ikke vil kunne foretages uden en fornyet udbudsprocedure. Udbudsloven forhindrer dog ændringer af mindstekrav i forbindelse med forhandlingerne, uanset om de konkret er udtryk for grundlæggende elementer i udbuddet eller ej. Det er derfor vigtigt, at ordregiver i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsmaterialet og fastsættelsen af mindstekrav nøje overvejer, hvilke mindstekrav ordregiver stiller, og om mindstekravene reelt er udtryk for krav, der er af afgørende betydning for ordregiver, eller de blot er udtryk for noget, der er ønskeligt eller vigtigt, da sådanne ikke bør angives som mindstekrav. Ordregiver bør ikke stille flere mindstekrav, end hvad der er strengt nødvendigt, da fleksibiliteten i proceduren og de muligheder, der ligger i forhandlingsfasen, ellers let kan blive undermineret.

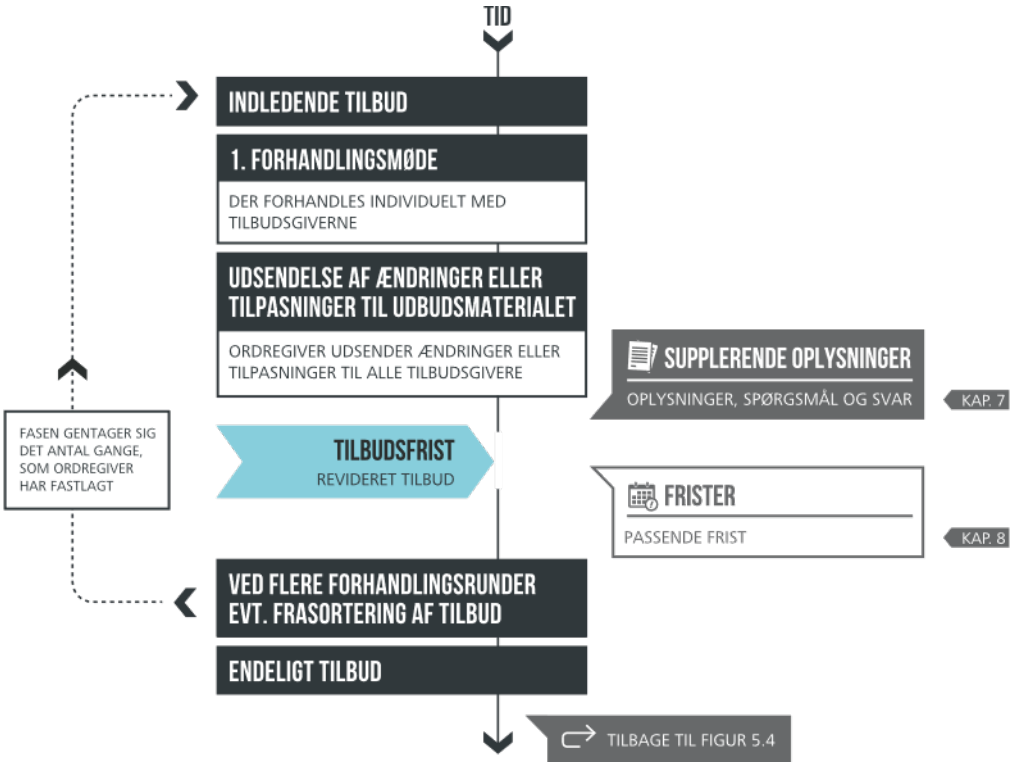
Ordregiver må gerne indlede forhandlinger med en tilbudsgiver, der har afgivet tilbud med forbehold for mindstekrav, medmindre ordregiver har angivet andet i udbudsmaterialet. Forhandlingerne må dog ikke føre til ændringer i mindstekrav, men skal føre til, at tilbudsgiveren i det endelige tilbud har frafaldet ethvert forbehold over for mindstekrav.

Under hensyntagen til ovenstående begrænsninger i forhandlingsfriheden kan der forhandles om anskaffelsens karakteristika som fx kvalitet, mængde, handelsklausuler samt sociale, miljømæssige og innovative aspekter. Det er desuden tilladt at forhandle om priselementer, ligesom ordregiver har ret til at oplyse en tilbudsgiver om, at vedkommendes tilbud i visse sammenhænge er ringere stillet i konkurrencen i forhold til andre tilbud. Det er i den forbindelse væsentligt at huske på, at der ikke må videregives fortrolige oplysninger, jf. nedenfor.

Fremgangsmåde ved gennemførelse af forhandlinger
Forhandlingerne skal gennemføres individuelt med hver enkelt tilbudsgiver. Ordregiver skal i udbudsmaterialet beskrive, hvordan forhandlingsforløbet forventes at forløbe. Beskrivelsen af forhandlingsforløbet skal bidrage til, at ansøgere og tilbudsgivere kan planlægge og strukturere tiden bedst muligt, og sikre ligebehandling og gennemsigtighed.

Fremgangsmåden ved gennemførelse af forhandlinger er illustreret i Figur 5.5.

Figur 5.5 **Forhandlingsfasen**



Udbudsbekendtgørelsen skal indeholde oplysninger om det forventede forhandlingsforløb, herunder hvor mange forhandlingsrunder som skal afholdes, samt om der ved en eller flere af forhandlingsrunderne kan ske en begrænsning i antallet af tilbudsgivere. Beskrivelsen af det forventede forhandlingsforløb udelukker imidlertid ikke, at ordregiver undervejs i proceduren kan ændre i forhandlingsforløbet. Hvis ordregiver i udbudsmaterialet eksempelvis har beskrevet et forhandlingsforløb med tre forhandlingsmøder og efter den første forhandlingsrunde vurderer, at det kun er nødvendigt med to forhandlingsrunder samlet, vil der ikke være noget til hinder for, at ordregiver afviger fra den oprindelige plan. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det vil være i strid med gennemsigtighedsprincippet, hvis ordregiver ændrer planen for forhandlingsforløbet på en sådan måde, at forhandlingsfasen i sidste ende gennemføres på en måde, der er grundlæggende forskellig fra den oprindeligt beskrevne plan. En evt. ændring i forhandlingsforløbet må endvidere ikke være udtryk for en usaglig forskelsbehandling af tilbudsgiverne.

Ønsker ordregiver en begrænsning af antallet af tilbudsgivere undervejs i forhandlingsfasen, skal dette være angivet i udbudsbekendtgørelsen. Har ordregiver angivet, at der kan ske en begrænsning af tilbudsgiverne i løbet af forhandlingerne, er ordregiver ikke forpligtet til at begrænse antallet af tilbudsgivere, men omvendt vil det af hensyn til gennemsigtighedsprincippet ikke være muligt at begrænse antallet af tilbudsgivere under proceduren, medmindre det er angivet i udbudsbekendtgørelsen.

Ordregiver kan vælge at yde vederlag til de tilbudsgivere, der deltager i forhandlingerne. Vederlaget kan være et fast vederlag eller løbende betalinger. Der er tale om en procedure, der kan være omkostningstung for tilbudsgiverne at deltage i, og derfor kan det være hensigtsmæssigt at afsætte et beløb til de tilbudsgivere, der deltager i forhandlingerne, da et vederlag

kan gøre det mere attraktivt at deltage i processen. Såfremt ordregiver vælger at yde et vederlag til de tilbudsgivere, som deltager i forhandlingerne, skal dette oplyses i udbudsbekendtgørelsen.[177]

Udbud med forhandling kan være en omkostningstung procedure, og det er i den forbindelse vigtigt at gøre opmærksom på, at ordregiver skal planlægge forhandlingsforløbet under hensyntagen til anskaffelsens genstand, både i forhold til karakteren af de elementer, der er til forhandling, og i forhold til værdien af den konkrete anskaffelse.

I forbindelse med mindre udbud kan ordregiver vælge at føre et kort forhandlingsforløb, der består af en enkelt forhandlingsrunde. Forhandlingsmøderne kan i den forbindelse begrænse sig til en generel tilbagemelding på de indledende tilbud eller en evt. afklaring af forbehold i tilbuddene. Dette medfører, at der kan gennemføres et forhandlingsforløb, der ikke forudsætter et specielt omfattende forbrug af ordregivers og tilbudsgivernes ressourcer. Et kort forhandlingsforløb kan endvidere anvendes, hvis det eksempelvis kun er et enkelt specifikt element af indkøbet, der skal forhandles om.

Ordregiver skal føre individuelle forhandlinger med alle tilbudsgivere. Disse forhandlinger skal tage afsæt i de enkelte tilbud. På forhandlingsmøderne drøftes det, hvordan tilbuddet kan tilpasses for bedst muligt at imødekomme ordregivers behov, ligesom tilbudsgiver kan gives mulighed for at kommentere på udbudsmaterialet ved fx at identificere omkostnings- og risikofaktorer. Ordregiver kan på forhandlingsmøderne også give sin generelle feedback på tilbuddet.

5.4.2.5 Opmærksomhedspunkter under forhandlingerne

Forhandlingerne skal overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Forhandlingerne skal desuden være ledsaget af tilstrækkelige sikkerhedsforanstaltninger, som særligt ordregiver skal være opmærksom på. Disse opmærksomhedspunkter uddybes nedenfor.

Tilpasninger eller ændringer i udbudsmaterialet
På baggrund af de individuelle forhandlinger med tilbudsgiverne har ordregiver mulighed for at foretage ændringer eller tilpasninger i udbudsmaterialet. Ændringerne kendes først, når ordregiver har gennemført en forhandlingsrunde med alle tilbudsgiverne og besluttet, hvilke dele der skal ændres eller tilpasses. Evt. ændringer skal oplyses samtidig og skriftligt til alle tilbudsgiverne, og ordregiver skal give tilbudsgiverne en passende frist til at indarbejde ændringerne og indgive et ændret tilbud.

Ordregiver bestemmer, hvordan udbudsmaterialet tilpasses, så det bedst tilgodeser ordregivers behov. Dette gælder også, selvom en ændring af udbudsmaterialet vil gøre det lettere for visse tilbudsgivere at opfylde ordregivers behov end for andre tilbudsgivere. Hvis der foretages en ændring, der tilgodeser visse tilbudsgivere, skal ordregiver kunne redegøre for, at ændringen skyldes saglige og ikkediskriminerende hensyn. Et sagligt krav kan eksempelvis være, at en ændring medfører, at der kan opnås en væsentligt lavere pris, også selvom det ikke er alle tilbudsgiverne, som er i stand til at levere til den lavere pris.

En tilpasning må selvsagt ikke ændre på et grundlæggende element i udbudsmaterialet, mindstekrav eller kriterierne for tildeling.

[177] Jf. udbudslovens § 62, stk. 2, nr. 3.

Fortrolighed
Ordregiver bør være særligt opmærksom på at sikre fortroligheden i forhold til de oplysninger, som tilbudsgiverne afgiver under forhandlingerne. Spørgsmålet om fortrolighed bør adresseres allerede i udbudsmaterialet med henblik på at forsikre tilbudsgiverne om, at evt. følsomme oplysninger behandles fortroligt af ordregiver.

Ordregiver må under forhandlingerne godt oplyse, at et tilbud i visse sammenhænge er dårligere stillet i konkurrencen i forhold til de andre tilbud. Det er derimod ikke tilladt, at ordregiver afslører fortrolige oplysninger om de andre deltagere i konkurrencen. Ordregiver må ikke videregive informationer, som tilbudsgiverne har fremsendt, og som de har betegnet som fortrolige, herunder tekniske hemmeligheder, forretningshemmeligheder og fortrolige aspekter af tilbud.

Ved behandlingen af forretningshemmeligheder eller forretningsforhold bør ordregiver være særligt opmærksom på at forsikre tilbudsgiveren om, at disse oplysninger ikke bliver videregivet til andre, da dette vil stille tilbudsgiveren i en konkurrencemæssigt ugunstig situation, der kan have stor økonomisk betydning for den pågældende virksomhed. Forretningsforhold omfatter eksempelvis produktionsmetoder, produktionsforhold, forretningsmæssige strategier, kontraktvilkår og markedsføringstiltag. Det er særligt vigtigt, at tilbudsgiverne kan deltage i forhandlingerne med vished om, at løsningsbeskrivelserne præsenteret i tilbuddene og prisforhandlingerne holdes hemmelige under hele forhandlingsforløbet.

Ordregiver skal iagttage fortrolighed under hele forhandlingsforløbet. I den forbindelse opstår spørgsmålet om, hvordan ordregiver kan udnytte den viden, der er opnået under forhandlingerne. Tilbudsgivernes vilje til at deltage i forhandlinger kan afhænge af deres mulighed for at få fordele i konkurrencen af de idéer og løsningsforslag, som de selv har udviklet. Dette står i modsætning til ordregivers interesse i at få den samlet set bedste løsning ved at kombinere de forskellige bidrag og den viden, som ordregiver har fået under forhandlingerne.

Fortroligheden sikres ved, at ordregiver ikke må videregive fortrolige oplysninger, som udleveres under proceduren, uden tilbudsgivers samtykke.[178] 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 specifikke oplysninger.

Tilbudsgiverne skal forud for deltagelse i et udbud med forhandling overveje, at der under processen kan være behov for, at man giver samtykke til, at ordregiver kan anvende enkelte idéer eller dele af løsningsforslag, som kan være med til, at der kan skabes et fælles grundlag for afgivelse af et endeligt tilbud. Dette kan være nødvendigt for, at ordregiver får de bedste løsninger til den bedste pris.

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 kan og må anvende løsningsforslag fra tilbudsgiverens tilbud.

[178] Jf. udbudslovens § 5, stk. 1.

Begrænsning af antallet af tilbudsgivere[179]
Forhandlingerne kan finde sted i flere forhandlingsrunder med henblik på at begrænse antallet af tilbud, der skal forhandles om. En sådan løbende begrænsning kan kun anvendes, hvis det er anført som en mulighed i udbudsbekendtgørelsen.

Dette indebærer, at ordregiver i løbet af forhandlingsfasen og i overensstemmelse med den forventede tidsplan for forhandlingerne kan indskrænke antallet af tilbud, der forhandles om. Vurderingen af, hvilke tilbud der skal udvælges, og hvilke tilbud der skal vælges fra, skal baseres på de kriterier for tildeling og evalueringsmodel, som skal være angivet i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet.

Ordregiver skal hurtigst muligt og samtidig underrette tilbudsgiverne om sin beslutning vedrørende indskrænkning af antallet af tilbud, der forhandles om, samt angive en begrundelse for sin beslutning.[180]

Sikring af konkurrence[181]
Når ordregiver begrænser antallet af tilbud, der forhandles om, skal ordregiver sikre, at der er et tilstrækkeligt antal tilbudsgivere i procedurens sidste fase, med henblik på at sikre konkurrencen om kontrakten. Denne pligt kan have indflydelse på ordregivers handlefrihed i alle stadier af proceduren.

Ordregiver kan for det første komme i en situation, hvor ansøgningsfasen kun udmønter sig i to egnede ansøgere. I disse situationer er ordregiver ikke afskåret fra at indlede forhandlinger med de pågældende ansøgere. Eftersom der er tale om et snævert konkurrencefelt, er ordregiver afskåret fra at begrænse antallet af ansøgere yderligere i forbindelse med forhandlingerne, idet det må lægges til grund, at en enkelt tilbudsgivers tilbud ikke kan sikre konkurrencen om den endelige kontrakt.

I en situation, hvor ordregiver har udvalgt fx fire virksomheder, vil det afhænge af en konkret vurdering, om man kan skære antallet af tilbudsgivere ned til to inden afgivelsen af det endelige tilbud. Der vil være tale om en konkret vurdering, hvor bl.a. antallet af potentielle tilbudsgivere på det relevante marked skal inddrages. Derudover skal det også tages i betragtning, hvor mange ressourcer der bliver brugt på at gennemføre forhandlinger med de pågældende tilbudsgivere, idet transaktionsomkostningerne for både ordregiver og tilbudsgiver bør være proportionale i forhold til fordelene ved at have en flerhed af tilbudsgivere.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at pligten til at sikre konkurrence ikke omfatter situationer, som er uden for ordregivers kontrolsfære. Det betyder, at hvis der ikke er et tilstrækkeligt antal kvalificerede ansøgere, eller hvis der ikke modtages mere end et eller to indledende tilbud, er ordregiveren ikke forpligtet til at annullere udbudsproceduren, men kan fortsætte udbudsproceduren med den eller de pågældende tilbudsgivere. På samme måde er ordregiver ikke forpligtet til at sikre konkurrence i den afsluttende fase, hvis en eller flere tilbudsgivere vælger at trække sig fra udbudsprocessen. Det er alene forhold, der kan tilskrives ordregiveren, som kan medføre, at ordregiveren ikke har sikret tilstrækkelig konkurrence. Som følge heraf vil det være sagligt at have én tilbudsgiver i den afsluttende fase, hvis ordregiveren objektivt kan konstatere, at det alene er denne ene tilbudsgiver, der kan opfylde de af ordregiverens sagligt stillede krav.

[179] Jf. udbudslovens § 66, stk. 3.
[180] Jf. udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 2, og stk. 3.
[181] Jf. udbudslovens § 146.

Som følge heraf må ordregiver ikke tilrettelægge processen på en måde, hvor der alene er én tilbudsgiver tilbage i den afsluttende fase, medmindre det beror på forhold, som ikke kan tilskrives ordregiveren.

Dokumentation af forhandlingsforløbet[182]
Ordregiver skal sikre gennemsigtighed i forhandlingsforløbet, og ordregiver skal dokumentere alle faser af forhandlingsforløbet samt sikre, at alle (tilbageværende) tilbudsgivere underrettes skriftligt om alle ændringer i udbudsmaterialet, som forhandlingerne har ført til. Desuden skal alle tilbud, der afgives under forløbet, afgives skriftligt.

Ordregiver skal dokumentere afviklingen af udbuddet og opbevare tilstrækkelig dokumentation til at begrunde beslutninger, der træffes på alle stadier af udbudsprocessen.

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.

Skriftlighedskravet er afgørende i forhold til at kunne dokumentere forløbet af proceduren i forbindelse med en evt. klagesag.[183]

5.4.2.6 Afgivelse af endeligt tilbud

Når ordregiver vil afslutte forhandlingerne, meddeles dette til de tilbageværende tilbudsgivere, og der fastsættes en passende frist for afgivelse af endeligt tilbud.[184] Efter afgivelse af endeligt tilbud er der ikke mulighed for at forhandle med tilbudsgiverne, men der er intet til hinder for, at der kan foretages almindelige afklaringer og præciseringer af det endelige tilbud.[185] Disse afklaringer og præciseringer må dog ikke give anledning til forskelsbehandling mellem tilbudsgiverne eller føre til, at tilbudsgiverne fremsætter et nyt tilbud.

Tilbudsevalueringen sker herefter på baggrund af kriterierne for tildeling og den evalueringsmodel, som skal være angivet i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet. Se afsnit 10.5 om tildeling af kontrakt.

5.5 Konkurrencepræget dialog[186]

Konkurrencepræget dialog er en fleksibel udbudsform, der giver ordregiver og tilbudsgivere mulighed for at føre en dialog om løsningen af en opgave med henblik på at fastlægge, hvorledes ordregivers behov bedst kan opfyldes. Proceduren kan siges at være en konkurrence om udviklingen af udbudsgrundlaget.

Ved konkurrencepræget dialog er der, i lighed med udbud med forhandling, adgang til dialog mellem parterne.

I forbindelse med anvendelsen af proceduren konkurrencepræget dialog er det vigtigt, at ordregiver planlægger dialogfasen under hensyntagen til karakteren af den konkrete

---

[182] Jf. udbudslovens § 66, stk. 4.
[183] Læs om dokumentation af processen i afsnit 10.8.
[184] Jf. udbudslovens § 66, stk. 6.
[185] Jf. udbudslovens § 159, stk. 5.
[186] Jf. udbudslovens §§ 67-72.

anskaffelse. Ordregiver bør planlægge fremgangsmåden i lyset af indkøbets karakter, omfanget af den påkrævede dialog samt anskaffelsens værdi.

Ved komplekse anskaffelser må muligheden for dialog ses som en fordel, da muligheden for at kunne have en dialog om en løsning, der bedst muligt kan opfylde ordregivers behov i mange situationer, vil kunne føre til de bedste resultater.

Anvendelsen af konkurrencepræget dialog begrænser sig imidlertid ikke til komplekse anskaffelser. Ordregiver kan således anvende konkurrencepræget dialog ved mindre komplekse udbud, hvor der konkret skønnes at være et behov for at føre en dialog om mulige løsninger på ordregivers behov. Ordregiver kan dog ikke anvende proceduren, hvis ordregiver i udbudsmaterialet præcist har defineret det påtænkte indkøb.

Det er endvidere muligt at begrænse dialogen til at vedrøre enkelte dele af indkøbet, hvor ordregiver finder, at en dialog om mulige løsninger vil føre til en bedre kvalitet af anskaffelsen.

5.5.1 Hvornår kan konkurrencepræget dialog anvendes?[187]

Konkurrencepræget dialog kan for det første anvendes, hvor ordregiver ikke er i stand til at fastlægge de krav og behov, der kan opfylde ordregivers behov.

Konkurrencepræget dialog kan anvendes i de situationer, hvor ordregiver har behov for dialog med tilbudsgiverne for at indkredse og fastslå, hvorledes ordregivers krav og behov bedst kan opfyldes. Det er altså ikke et krav, at ordregiver ikke har viden om de tilgængelige løsninger på markedet. Konkret kan ønsket om dialog være baseret på et ønske om at få mulighed for at vurdere, hvordan behovet bedst løses, før det bliver fastsat i udbudsmaterialet.

Det overordnede anvendelsesområde for procedurerne konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling er sammenfaldende. Der vil dog være tale om, at procedurerne hver især er egnede til forskellige typer af anskaffelser inden for det overordnede anvendelsesområde. 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 behov bedst kan opfyldes. Udbud med forhandling er derimod rettet mod anskaffelser, hvor der på baggrund af et indledende tilbud forhandles med henblik på at forbedre indholdet af tilbuddet for at opnå et indkøb, der er tilpasset ordregivers behov.

Ordregiver kan anvende konkurrencepræget dialog i følgende tilfælde:

- Betingelser vedrørende anskaffelsens karakter:
  - Ordregivers behov forudsætter tilpasning af tilgængelige.
  - Anskaffelsen omfatter design eller innovative løsninger.
  - Der er særlige omstændigheder knyttet til anskaffelsens kompleksitet eller retlige og finansielle forhold eller risici.
  - Tekniske specifikationer kan ikke fastlægges tilstrækkeligt præcist.
- Betingelser vedrørende en allerede gennemført, men uafsluttet procedure:
  - Ikkeforskriftsmæssige tilbud.
  - Uacceptable tilbud.

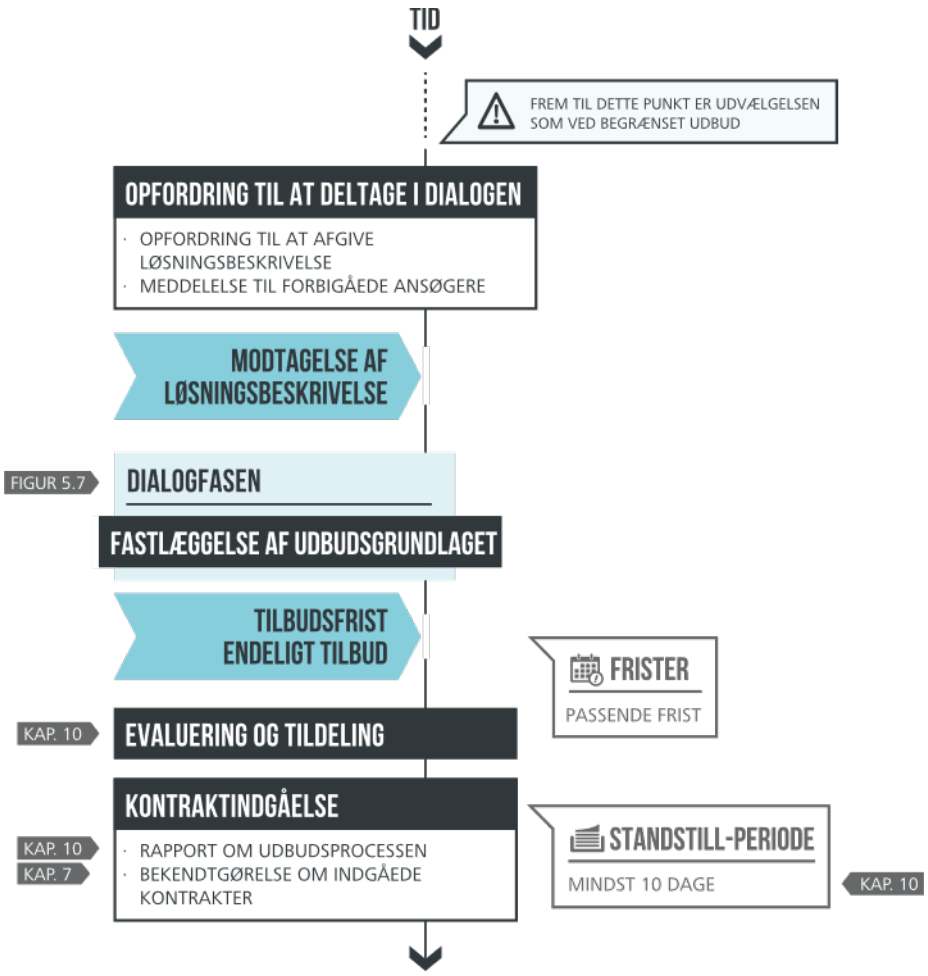
[187] Jf. udbudslovens § 67.

Der henvises derfor til afsnit 5.4.1 for en nærmere gennemgang af de anførte muligheder for at anvende konkurrencepræget dialog.

5.5.2 Fremgangsmåde ved konkurrencepræget dialog

Processen ved konkurrencepræget dialog fremgår af Figur 5.6. Af figuren fremgår de forskellige faser, som en ordregiver skal igennem ved gennemførelsen af en konkurrencepræget dialog. Har ordregiver allerede gennemført et begrænset eller offentligt udbud, som førte til en uafsluttet procedure, fordi ordregiver kun modtog ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud, og betingelserne for at gå i dialog uden fornyet offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse er til stede, vil nedenstående proces først skulle følges fra "dialogfasen".

Figur 5.6 **Processen ved konkurrencepræget dialog**



Dialogfasen uddybes i afsnit 5.5.2.2.

En konkurrencepræget dialog indledes med en ansøgningsfase. Med udbudsbekendtgørelsen annoncerer ordregiver efter interesserede deltagere. På baggrund af de modtagne ansøgninger vurderer ordregiver, om der er virksomheder, der er omfattet af en udelukkelsesgrund, samt om virksomhederne lever op til kriterierne for egnethed. Blandt de egnede ansøgere udvælger ordregiver et på forhånd fastsat antal ansøgere på baggrund af de i udbudsbekendtgørelsen offentliggjorte kriterier for udvælgelse. Ordregiver opfordrer herefter de udvalgte til at deltage i dialogen. Udbudsbekendtgørelsen skal endvidere angive kriterierne for tildeling.

Det øvrige udbudsmateriale skal offentliggøres på samme tid, som udbudsbekendtgørelsen offentliggøres. Ordregiver skal ved konkurrencepræget dialog ikke udarbejde et almindeligt udbudsmateriale, men et beskrivende dokument, da konkurrencepræget dialog netop anvendes i situationer, hvor ordregiver gennem dialog med tilbudsgiverne skal skabe klarhed over, hvilke løsninger, herunder både tekniske, finansielle og juridiske, markedet kan levere. I forbindelse med konkurrencepræget dialog vil de endelige krav først blive fastlagt efter dialogfasen.

5.5.2.1 Antal ønskede deltagere[188]

Ved konkurrencepræget dialog skal ordregiver tage stilling til, hvor mange ansøgere ordregiver vil udvælge og opfordre til at deltage i dialogen. Dette skal angives i udbudsbekendtgørelsen.

Ordregiver skal udvælge mindst tre ansøgere, som ordregiver opfordrer til at deltage i dialogen. At der er fastsat et minimumskrav om tre tilbudsgivere i loven, er ikke nødvendigvis ensbetydende med, at tre tilbudsgivere er tilstrækkeligt til at sikre konkurrencen om opgaven. Forholdene på det konkrete marked bør tages med i overvejelserne om, hvordan den bedste konkurrence sikres, samtidig med at der tages hensyn til omkostningerne for både ordregiver og tilbudsgivere. Hvis der modtages færre end tre ansøgninger, kan ordregiver opfordre den eller de egnede ansøgere til at deltage i dialogen. Det er dog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens anbefaling, at ordregiver bør vurdere hensigtsmæssigheden af at indlede et dialogforløb med to tilbudsgivere. Ordregiver kan i den forbindelse overveje, om kravene til egnethed har været for strenge og derved udelukket andre aktører på markedet fra konkurrencen.

Ordregiver kan som udgangspunkt ikke udvælge flere end fem ansøgere. Hvis ordregiver alligevel ønsker at udvælge flere end fem, skal det begrundes i udbudsmaterialet.

Ordregiver kan tilrettelægge proceduren således, at der sker en udskillelse af antallet af løsninger undervejs i dialogen.[189] Det er dog ikke muligt at begrænse antallet af tilbudsgivere undervejs i proceduren. Ordregiver skal således opfordre alle tilbudsgivere, som ikke har trukket sig fra proceduren, til at afgive et endeligt tilbud, selvom ordregiveren har indsnævret løsningen i forbindelse med dialogfasen.[190]

Der er i øvrigt tale om de samme krav og overvejelser i forhold til antallet af ønskede tilbudsgivere som ved udbud med forhandling.[191]

5.5.2.2 Dialogfasen

Dialogfasen indledes med, at de udvalgte tilbudsgivere indleverer en løsningsbeskrivelse. Løsningsbeskrivelsen er tilbudsgivernes bud på, hvordan ordregivers behov bedst imødekommes. Den følgende dialog skal tage udgangspunkt i de indleverede løsningsbeskrivelser.

Formålet med dialogen er at få et indblik i de tekniske løsningsmuligheder samt de økonomiske og juridiske vilkår for at kunne indkredse og fastslå, hvordan ordregivers behov bedst kan imødekommes. I princippet kan alle dele af kontrakten drøftes, men det kan være hensigtsmæssigt, hvis dialogen ikke berører alle elementer af anskaffelsen. Ordregiver bør fokusere

[188] Jf. udbudslovens § 69.
[189] Jf. udbudslovens § 70, stk. 3.
[190] Jf. udbudslovens § 71, stk. 1.
[191] Læs om antal ønskede tilbudsgivere under udbud med forhandling i afsnit 5.4.2.1.

processen og overveje, hvilke elementer dialogen skal vedrøre, så dialogfasen ikke bliver for lang og ressourcekrævende.

Ordregiver skal invitere alle tilbudsgivere til dialog, og dialogmøderne skal afholdes individuelt med hver enkelt deltager.

Hvad må dialogen vedrøre?
Dialogen kan vedrøre alle aspekter vedrørende anskaffelsen, herunder tekniske forhold, priser, omkostninger, fordeling af risiko, begrænsning af ansvar, garantier og øvrige økonomiske forhold. Formålet med dialogen er at indkredse og fastslå, hvordan ordregivers behov bedst kan opfyldes.

Dialogen kan vedrøre alle aspekter af udbuddet, men må ikke medføre ændringer i de krav og vilkår, som er udtryk for grundlæggende elementer. Der er således ved konkurrencepræget dialog ikke et generelt forbud mod ændringer af mindstekrav og kriterier for tildeling, der ikke udgør grundlæggende elementer.[192] Hvorvidt en ændring er en ændring af et grundlæggende element, beror på en konkret vurdering.[193]

Der må ved konkurrencepræget dialog – til forskel fra udbud med forhandling – gerne forhandles om det endelige tilbud, jf. nedenfor.

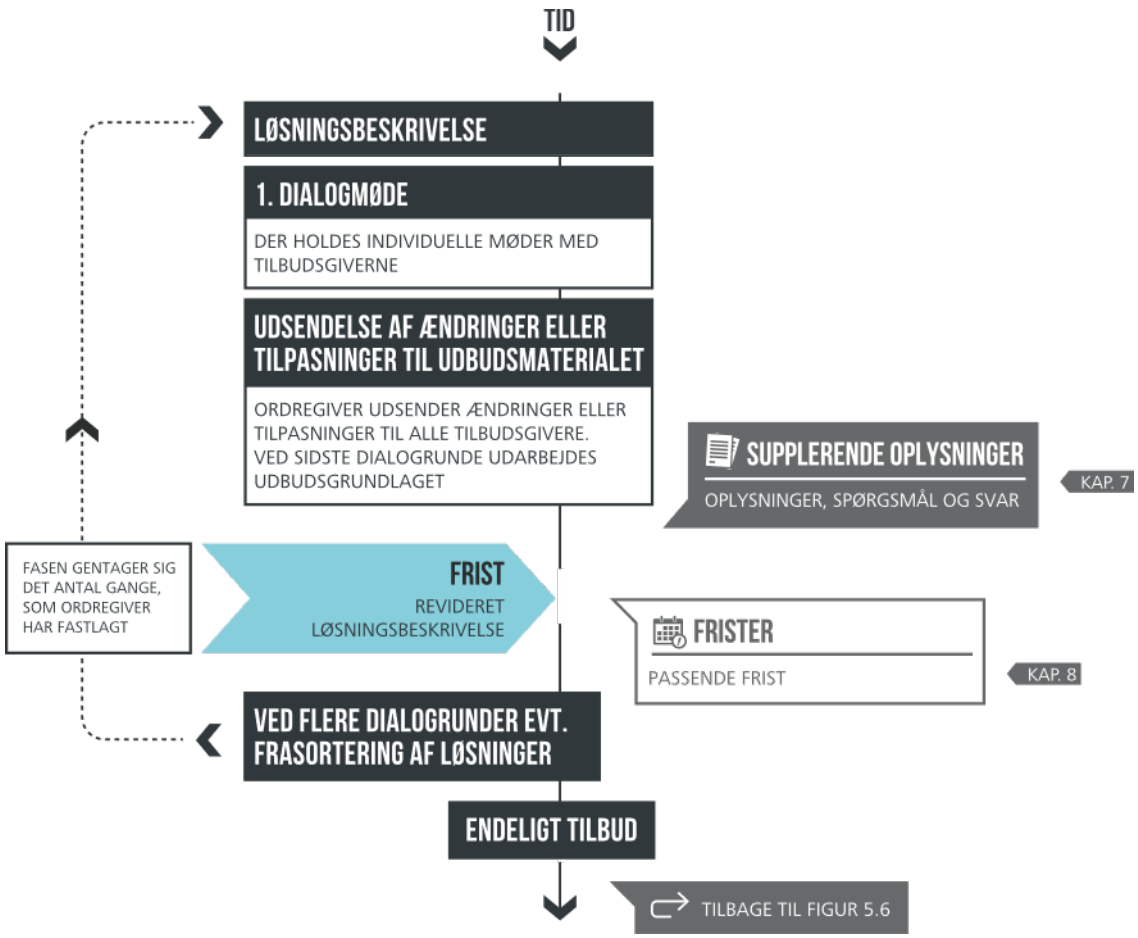
5.5.2.3 Fremgangsmåde ved gennemførelse af dialogmøder

Ordregiver skal i udbudsbekendtgørelsen beskrive, hvordan dialogforløbet forventes at forløbe, herunder angive en vejledende tidsramme. Beskrivelsen af dialogforløbet skal bidrage til, at ansøgerne kan planlægge og strukturere forløbet bedst muligt.

Dialogfasen er illustreret i Figur 5.7. Af figuren fremgår de forskellige faser, som ordregiver skal igennem ved gennemførelsen af dialogen.

[192] Jf. udbudslovens § 70, stk. 2.
[193] Det fremgår af udbudslovens § 24, nr. 37, hvilke ændringer der udgør ændringer af grundlæggende elementer.

Figur 5.7 **Fremgangsmåde ved gennemførelse af dialogen**



Ordregiver har mulighed for at ændre dialogforløbet undervejs i proceduren. Hvis ordregiver i udbudsmaterialet eksempelvis har beskrevet et dialogforløb med tre dialogmøder og efter den første dialogrunde vurderer, at det kun er nødvendigt med to dialogrunder samlet, vil der altså ikke være noget til hinder for, at ordregiver afviger fra den oprindelige plan. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det vil være i strid med gennemsigtighedsprincippet, hvis ordregiver ændrer planen for dialogfasen, således at dialogfasen i sidste ende gennemføres på en måde, der er grundlæggende forskellig fra den oprindeligt beskrevne plan. En evt. ændring i dialogforløbet må endvidere ikke være udtryk for en usaglig forskelsbehandling af tilbudsgiverne.

Det er vigtigt at bemærke, at det ved konkurrencepræget dialog er antallet af løsninger, der kan begrænses, og ikke antallet af tilbudsgivere. Formålet med dialogmøderne er at få fastlagt udbudsgrundlaget med henblik på, at der afgives tilbud. Alle udvalgte tilbudsgivere, der har interesse i at afgive tilbud, skal således have mulighed for det, jf. nedenfor om afgivelse af tilbud.

Ordregiver kan vælge at yde vederlag til de tilbudsgivere, der deltager i dialogmøderne. Vederlaget kan være et fast vederlag eller løbende betalinger. Der er tale om en procedure, der kan være omkostningstung for tilbudsgiverne at deltage i, og det kan derfor være hensigtsmæssigt at afsætte et beløb til de tilbudsgivere, der deltager i dialogmøderne, da et vederlag

også kan være med til at gøre det attraktivt at deltage i processen. Såfremt ordregiver vælger at yde et vederlag til de tilbudsgivere, som deltager i dialogforløbet, skal dette oplyses i udbudsbekendtgørelsen.

Konkurrencepræget dialog kan være en omkostningstung procedure, men det er i den forbindelse vigtigt at gøre opmærksom på, at ordregiver skal planlægge dialogforløbet under hensyntagen til anskaffelsens genstand, både i forhold til karakteren af de løsninger, der er dialog om, og i forhold til værdien af den konkrete anskaffelse. Proceduren kan anvendes på løsninger, der kræver en tilpasning til ordregiverens specifikke behov. Der kan være tale om enkelte, specifikke løsninger, som i nogle situationer vil kunne afklares ved et enkelt dialogmøde med hver tilbudsgiver. Proceduren kan også anvendes ved meget dyre og komplekse løsninger, som vil kræve flere dialogmøder med hver tilbudsgiver og en betydelig ressourceindsats fra både ordregiver og tilbudsgivere. Det må være i sådanne situationer, at ordregiver kan overveje at yde vederlag til tilbudsgiverne.

Et udbudsgrundlag, der er specifikt tilpasset ordregivers behov, kan fx føre til en mere simpel, billigere eller bedre løsning og et mere tilfredsstillende resultat. Muligheden for at kunne tilpasse ordregivers behov understøtter også i større grad innovative løsninger. Ordregiver bør ved anvendelsen af proceduren overveje, om de meromkostninger, der er forbundet med proceduren, kan opvejes ved, at opgaveløsningen kan resultere i et mere tilfredsstillende resultat.

Ordregiver skal afholde individuelle dialogmøder med alle tilbudsgivere. På dialogmøderne drøftes, hvilke løsninger der vil kunne opfylde ordregivers specifikke behov bedst muligt.

5.5.2.4 Opmærksomhedspunkter under dialogmøderne

Dialogmøderne skal overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Møderne skal endvidere være ledsaget af tilstrækkelige sikkerhedsforanstaltninger, som særligt ordregiver skal være opmærksom på. Disse opmærksomhedspunkter uddybes nedenfor.

Tilpasninger eller ændringer i udbudsmaterialet
På baggrund af de individuelle dialogmøder med tilbudsgiverne har ordregiver mulighed for at foretage ændringer eller tilpasninger i forhold til de krav og ønsker, som ordregiver har angivet i udbudsbekendtgørelsen eller det beskrivende dokument. Ændringerne kendes først, når ordregiver har gennemført dialog med alle tilbudsgiverne og besluttet, hvilke dele der skal ændres eller tilpasses, samt evt. hvilke løsninger der arbejdes videre med. Evt. ændringer skal oplyses samtidig og skriftligt til alle tilbudsgiverne, inden en evt. ny dialogfase igangsættes.

Det er ordregiver, der bestemmer, hvordan udbudsmaterialet udformes, så det bedst tilgodeser ordregivers behov. Dette gælder også, selvom en ændring af udbudsmaterialet vil gøre det lettere for visse tilbudsgivere at opfylde ordregivers behov end andre tilbudsgivere. Hvis der foretages en ændring, der tilgodeser visse tilbudsgivere, skal ordregiver kunne redegøre for, at ændringen skyldes saglige og ikkediskriminerende hensyn. Et sagligt krav kan eksempelvis være, at en ændring medfører, at der kan opnås en væsentligt lavere pris, også selvom det ikke er alle tilbudsgiverne, som er i stand til at levere til den lavere pris.

Fortrolighed
Ordregiver bør være særligt opmærksom på at sikre fortroligheden i forhold til de oplysninger, som tilbudsgiverne afgiver under dialogmøderne. Spørgsmålet om fortrolighed bør adresseres allerede i udbudsmaterialet med henblik på at forsikre tilbudsgiverne om, at evt. følsomme oplysninger behandles fortroligt af ordregiver.

Ordregiver må under dialogmøderne oplyse, at en tilbudsgivers løsningsforslag i visse sammenhænge er dårligere stillet i konkurrencen i forhold til de andre tilbudsgiveres løsningsforslag. Det er derimod ikke tilladt, at ordregiver over for andre deltagere afslører fortrolige

oplysninger om de andre deltagere i konkurrencen. Ordregiver må ikke videregive informationer, som tilbudsgiverne har afleveret, eller som de har oplyst på dialogmøderne, og som de har betegnet som fortrolige, herunder, men ikke begrænset til, tekniske hemmeligheder, forretningshemmeligheder og fortrolige aspekter af tilbud.

Ved behandlingen af forretningshemmeligheder eller forretningsforhold bør ordregiver være særligt opmærksom på at forsikre tilbudsgiveren om, at disse oplysninger ikke bliver videregivet til andre, da dette vil stille tilbudsgiveren i en konkurrencemæssigt ugunstig situation, der kan have stor økonomisk betydning for den pågældende virksomhed. Forretningsforhold omfatter eksempelvis produktionsmetoder, produktionsforhold, forretningsmæssige strategier, kontraktvilkår og markedsføringstiltag. Det er særligt vigtigt, at tilbudsgiverne kan deltage i dialogmøderne med vished om, at løsningsbeskrivelserne præsenteret i løsningsforslagene samt oplysninger om evt. priser holdes hemmelige i hele dialogforløbet.

Ordregiver skal iagttage fortrolighed under hele dialogforløbet. I den forbindelse opstår spørgsmålet om, hvordan ordregiver kan udnytte den viden, der er opnået under dialogmøderne. Tilbudsgivernes vilje til at deltage i en konkurrencepræget dialog kan afhænge af deres mulighed for at få fordele i konkurrencen af de idéer og løsningsforslag, som de selv har udviklet. Dette står i modsætning til ordregivers interesse i at få den samlet set bedste løsning ved at kombinere de forskellige bidrag og den viden, som ordregiver har fået under dialogmøderne.

Denne fortrolighed sikres ved, at ordregiver ikke må videregive fortrolige oplysninger, som udleveres eller oplyses på møderne, uden tilbudsgivers samtykke.[194] 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 specifikke oplysninger.

Tilbudsgiverne skal forud for deltagelse i en konkurrencepræget dialog overveje, at der under processen kan være behov for, at man giver samtykke til, at ordregiver kan anvende enkelte idéer eller dele af løsningsforslag, som kan være med til, at der kan skabes et fælles udbudsgrundlag for afgivelse af tilbud. Dette kan være nødvendigt for at udvikle de bedste løsninger til den bedste pris.

Det er vigtigt, at ordregiver respekterer denne fortrolighed og ikke videregiver eller anvender fortrolige oplysninger uden tilbudsgivers samtykke. Det kan være en god idé, at ordregiver og tilbudsgiver under dialogfasen løbende har en dialog om, hvordan ordregiver kan anvende idéer og løsningsforslag, som tilbudsgiver oplyser.

Fortrolighed under en udbudsprocedure skal sikres, uanset hvilken procedure der anvendes, men det er særligt relevant ved de fleksible udbudsprocedurer som udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber, da der er mulighed for forhandling eller dialog med tilbudsgiverne. Ved konkurrencepræget dialog er tilbudsgivers bekymringer i praksis størst, da der er tale om en dialog om løsninger i forhold til, hvordan ordregivers specifikke behov kan imødekommes bedst muligt. De idéer og løsningsforslag, der kommer frem på møderne, skal være med til at danne udbudsgrundlaget for afgivelse af tilbud. Ordregiver er forpligtet til at sikre fortrolighed og kun anvende de informationer, ordregiver har fået samtykke til. Det vil være svært for ordregiver at udarbejde et udbudsgrundlag på baggrund af

[194] Jf. udbudslovens § 5, stk. 1.

dialogmøderne, hvis tilbudsgiverne ikke samtykker til, at nogle oplysninger, idéer og løsninger anvendes.

Vurderer ordregiver, at der er tilbudsgivere, der ved konkrete projekter vil afholde sig fra at deltage i en konkurrencepræget dialog pga. dialogen om idéer og løsninger, kan ordregiver overveje, om udbud med forhandling i stedet for kunne være en mulighed. Ved udbud med forhandling udarbejder ordregiver et udbudsgrundlag forud for processen, og forhandlingerne gennemføres på baggrund af tilbudsgivernes indledende tilbud. Forhandlingerne skal resultere i, at udbudsgrundlaget ændres og tilpasses, således at tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud i forhold til ordregivers behov. Det vil ved udbud med forhandling ikke på samme måde være tilbudsgivernes idéer og konkrete løsningsforslag, der danner udbudsgrundlaget, som ved konkurrencepræget dialog. Ønsker ordregiver derimod en innovativ løsning, der ikke allerede er tilgængelig på markedet, kan udbudsproceduren innovationspartnerskaber overvejes, jf. afsnit 5.6.

Begrænsning af antallet af løsninger[195]
Dialogfasen kan bestå af flere faser med dialogmøder med henblik på at begrænse antallet af løsninger, der skal drøftes under dialogforløbet. Muligheden for en sådan løbende begrænsning af løsninger skal være anført i udbudsbekendtgørelsen. Der er tale om en begrænsning af løsninger og ikke antallet af tilbudsgivere.

Begrænsningen af løsninger skal ske på grundlag af kriterierne for tildeling og den evalueringsmodel, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen eller det beskrivende dokument.

Sikring af konkurrence om løsninger[196]
Når ordregiver under dialogfasen ønsker at begrænse antallet af løsninger, der drøftes, skal ordregiver sikre, at der er konkurrence om kontrakten i procedurens sidste fase. Der er dog intet til hinder for, at ordregiver begrænser dialogen til en eller flere udvalgte løsninger.

Der er tale om begrænsning af løsninger og ikke tilbudsgivere. Men en begrænsning af løsninger kan dog føre til, at konkurrencen begrænses, hvis flere tilbudsgivere ikke vil kunne levere de tilbageværende løsninger. Ordregiver vil ikke være afskåret fra at foretage begrænsninger i antallet af løsninger, der fører til begrænsning i antallet af tilbudsgivere, hvis begrænsningen af antallet af løsninger beror på ordregivers saglige behov.

Dokumentation af dialogfasen[197]
Ordregiver skal sikre gennemsigtighed i dialogfasen, og ordregiver skal dokumentere alle faser af forløbet samt sikre, at alle tilbudsgivere underrettes skriftligt om alle ændringer i udbudsmaterialet, som dialogmøderne har ført til. Desuden skal løsningsbeskrivelser, der afgives under forløbet, afgives skriftligt.

Ordregiver skal dokumentere afviklingen af udbuddet og opbevare tilstrækkelig dokumentation til at begrunde beslutninger, der træffes på alle stadier af udbudsprocessen.

Under dialogfasen 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.

---

[195] Jf. udbudslovens § 70, stk. 3.
[196] Jf. udbudslovens § 146, stk. 2.
[197] Jf. udbudslovens § 70, stk. 6.

Skriftlighedskravet er afgørende i forhold til at kunne dokumentere, at der er sket ligebehandling af tilbudsgiverne.

5.5.2.5 Tilbudsfasen

Dialogfasen fortsætter, indtil ordregiver har indkredset den eller de løsninger, der bedst kan imødekomme ordregivers behov. Ordregiver erklærer herefter dialogen for afsluttet.

Ordregiver udarbejder udbudsgrundlaget på baggrund af dialogmøderne. Herefter opfordres alle tilbageværende deltagere til at afgive endeligt tilbud. Med de tilbageværende deltagere menes deltagere, som ikke aktivt har trukket sig fra konkurrencen inden dialogfasens afslutning, da ordregiver undervejs i dialogfasen kun må sortere løsninger fra og ikke tilbudsgivere. Alle deltagerne skal således have mulighed for at afgive endeligt tilbud. Ordregiver skal fastsætte en passende frist for afgivelse af tilbud.[198]

Ordregiver skal tildele kontrakten på grundlag af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet. Tildelingskriterierne pris og omkostninger kan ikke anvendes ved konkurrencepræget dialog.

Ordregiver har mulighed for, at de afgivne tilbud kan afklares, præciseres eller optimeres. Processen må ikke medføre, at der foretages væsentlige ændringer i tilbuddet eller udbudsgrundlaget. Processen må ikke medføre konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling.

Tilbudsevalueringen sker herefter på baggrund af kriterierne for tildeling og den evalueringsmodel, som skal være angivet i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet. Se afsnit 10.5 om tildeling af kontrakt.

5.5.2.6 Forhandling efter tildeling[199]

Ordregiver kan 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, som tilbuddet er afgivet på baggrund af. Forhandlingerne må altså ikke medføre konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling.

Boks 5.1
Eksempel på konkurrencepræget dialog

En styrelse har et behov for at få effektiviseret myndighedens eksisterende sagsstyringssystem med henblik på at få optimeret arbejdsgangene og gøre myndighedens sagsbehandling mere effektiv.

For at understøtte målet om en mere effektiv sagsbehandling skal det nye system bl.a. understøtte de relevante processuelle skridt og derved minimere risikoen for sagsbehandlingsfejl. Derudover skal systemet have en overskuelig og lettilgængelig brugerflade.

Styrelsen vurderer, at konkurrencepræget dialog giver den bedste mulighed for at anskaffe et system, der lever op til effektivitetsmålsætningen, da der vil være tale om en tilgængelig løsning på markedet, som skal tilpasses styrelsens behov. Styrelsen ønsker en dialog om en tilpasning, der passer fuldstændigt til styrelsens behov.

Med henblik på at sikre en effektiv konkurrence om kontrakten har styrelsen fastsat, at der skal udvælges minimum fire og maksimalt seks virksomheder. Beslutningen er begrundet i, at

[198] Jf. udbudslovens § 71, stk. 2.
[199] Jf. udbudslovens § 72, stk. 2 og 3.

der skønnes at være en flerhed af IT-virksomheder, som potentielt kan levere det ønskede produkt.

Styrelsen vurderer, at det som udgangspunkt ikke er nødvendigt med mere end to dialogrunder, idet det ikke forventes at tage lang tid at indkredse de brugbare løsninger. De individuelle dialogmøder er fastsat til at vare ca. to timer hver. Styrelsen har beskrevet den nærmere fremgangsmåde i udbudsbekendtgørelsen. Det er i øvrigt oplyst, at der tages referat af de individuelle møder, som holdes fortrolige, med henblik på at sikre, at de bedste løsningsforslag bliver diskuteret. Det er også oplyst, at fortrolighed og evt. samtykke til at anvende løsningsforslag og idéer vil blive drøftet på alle dialogmøder. Desuden er det oplyst i udbudsbekendtgørelsen, at der ikke ydes vederlag til de deltagende virksomheder, da de relativt få dialogmøder ikke skønnes at påføre virksomhederne væsentlige omkostninger ved deltagelse.

Det er angivet i udbudsbekendtgørelsen, at udvælgelsen af ansøgere sker på baggrund af ansøgernes kompetencer inden for levering af sagsstyringssystemer. Udvælgelsen vil ske på baggrund af de oplyste referencer for gennemførelse af lignende ydelser inden for de seneste tre år. Referencerne skal dokumentere erfaring med drift og implementering af lignende opgaver i større organisationer.

Tildelingskriteriet er bedste forhold mellem pris og kvalitet og bliver vurderet efter underkriterierne pris (30 procent), service (20 procent), brugervenlighed (20 procent), effektivitet (20 procent) og driftssikkerhed (10 procent).

Ansøgningsfristen bliver fastsat til 30 dage efter afsendelse af udbudsbekendtgørelsen, idet udfærdigelsen af ansøgningen ikke forudsætter et forøget ressourceforbrug hos de potentielle ansøgere.

Efter ansøgningsfristens udløb er der blevet modtaget fem egnede ansøgninger. Eftersom udbudsbekendtgørelsens maksimumsantal er seks, er der ikke grund til at foretage en egentlig udvælgelse blandt ansøgerne. Ingen af ansøgerne er omfattet af en udelukkelsesgrund, og de lever alle op til kravene for egnethed. Alle fem ansøgere inviteres til at deltage i dialogfasen.

Hele formålet med dialogfasen er at få indblik i de tekniske løsningsmuligheder samt de økonomiske og juridiske vilkår, der bedst opfylder styrelsens behov og ønsker. I princippet kan alle dele af kontrakten drøftes, men det vil i de fleste tilfælde være mest hensigtsmæssigt, hvis dialogen ikke kommer til at berøre alle elementer af anskaffelsen. Det skal i den forbindelse holdes for øje, at dialogen ikke skal føre til et endeligt løsningsforslag, idet dette i højere grad er en karakteristik ved proceduren udbud med forhandling.

Inden de første individuelle forhandlingsmøder udsender styrelsen en dagsorden, som bestemmer, hvorledes møderne skal afholdes. Dagsordenen angiver længden af mødet, samt hvilke temaer der skal drøftes på mødet. På baggrund af dagsordenen anmoder styrelsen den enkelte virksomhed om at udarbejde en skriftlig løsningsbeskrivelse, som skal danne grundlag for de konkrete drøftelser. For at sikre, at der ikke er tvivl om, at styrelsen har sikret ligebehandling mellem virksomhederne, udfærdiges der et referat for hvert individuelt møde. Referatet af de enkelte møder sendes ikke til alle virksomhederne, men kun den virksomhed, der har deltaget i det pågældende møde.

På baggrund af den første dialogrunde foretager styrelsen enkelte ændringer i det beskrivende dokument, som alle virksomhederne orienteres om. Orienteringen suppleres med en kort redegørelse om baggrunden for de pågældende ændringer. Derudover angiver orienteringen også, på hvilke punkter styrelsen er indstillet på at justere og supplere materialets tekniske, økonomiske og juridiske vilkår m.v., samt hvor der kan tages forbehold for angivelser i materialet.

I det konkrete udbud ser styrelsen ikke et behov for at indskrænke antallet af løsninger. Hvis ændringerne havde givet grundlag for dette, skulle styrelsen foretage denne begrænsning efter de førnævnte kriterier for tildeling.

Ændringen af det beskrivende dokument har imidlertid haft som konsekvens, at en virksomhed ikke ønsker at deltage i dialogen. Den pågældende virksomhed meddeler derfor styrelsen beslutningen. Virksomheden udgår dermed af proceduren og inddrages ikke yderligere i processen.

På det andet individuelle møde er målet at få afklaret, om de enkelte løsningsforslag kan imødekomme styrelsens behov. Styrelsen benytter endvidere det andet møde til at få klarhed over, hvordan virksomhederne vil disponere opgaven.

Efter det andet dialogmøde vurderer styrelsen, at flere dialogrunder ikke vil være påkrævet. Styrelsen erklærer på den baggrund dialogen for afsluttet og udarbejder udbudsgrundlaget. Herefter opfordres de resterende fire virksomheder til at afgive tilbud på kontrakten. Pga. anskaffelsens komplicerede tekniske karakter sammenholdt med den omstændighed, at virksomhederne allerede har arbejdet med mulige løsninger igennem et længere stykke tid, skønner styrelsen, at en tilbudsfrist på 40 dage må være passende.

Efter tilbudsfristens udløb foretager styrelsen en tilbudsevaluering på baggrund af de angivne kriterier for tildeling og den offentliggjorte evalueringsmodel. Herefter tildeles kontrakten til den virksomhed, der har afgivet det tilbud, der vurderes til at have det bedste forhold mellem pris og kvalitet.

5.6 Innovationspartnerskaber[200]

Innovationspartnerskaber er en fleksibel udbudsprocedure, der giver mulighed for at indgå en eller flere længerevarende partnerskabskontrakter med henblik på udvikling og efterfølgende indkøb af nye, innovative varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder, uden at det er nødvendigt at gennemføre en separat udbudsprocedure for indkøbet.

Kendetegnende for et innovationspartnerskab er, at ordregiver har en udfordring, der søges løst, men mangler indsigt i, hvordan dette skal ske i praksis. Innovationspartnerskabet kan eksempelvis gå ud på at udvikle nye produkter, processer eller arbejdsformer og har bl.a. til formål at bidrage til at løse samfundsmæssige udfordringer.

5.6.1 Hvornår kan man anvende innovationspartnerskaber?[201]

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

Innovationspartnerskabet er en procedure, hvor udvikling af en løsning med efterfølgende anskaffelse af den udviklede løsning er tænkt sammen i ét samlet udbud.

Innovationspartnerskabet giver ordregiver mulighed for at samle udbuddet, innovationsforløbet og et evt. efterfølgende indkøb i én procedure. Når udviklingen af en ny, innovativ løsning kan kombineres med den efterfølgende anskaffelse af løsningen i én samlet kontrakt, vil incitamentet øges for flere private leverandører til at deltage i udviklingen af de nye løsninger. Det skyldes først og fremmest udsigten til et salg af løsningerne til de offentlige myndigheder, men også at det samlede udbud af både udvikling og køb af løsningen eliminerer leverandørernes frygt for, at de efter at have gennemført udviklingsarbejdet bliver afskåret fra at deltage i et efterfølgende udbud om anskaffelse af løsningen som følge af udbudsretlig inhabilitet.

---

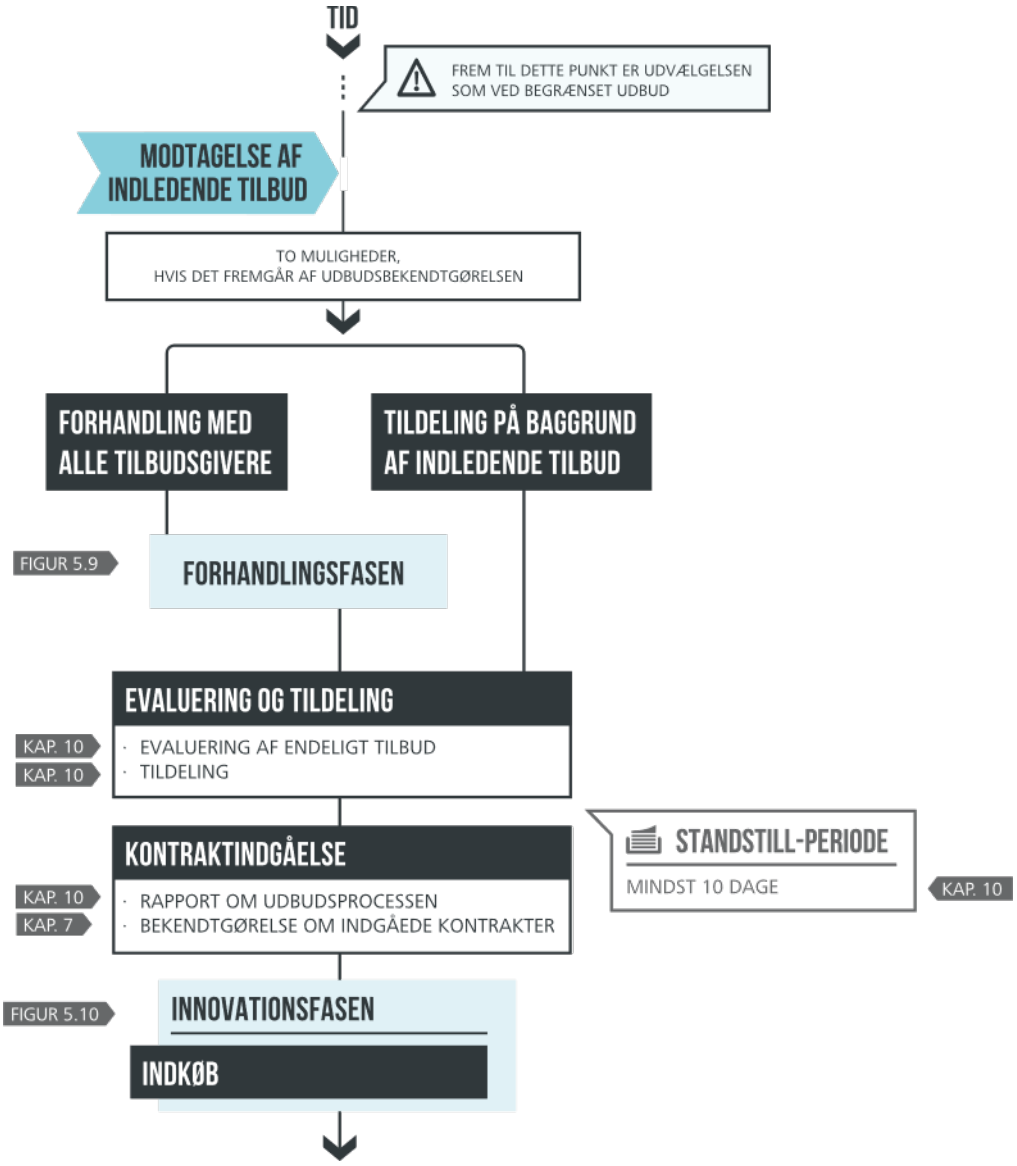
[200] Jf. udbudslovens §§ 73-79.

[201] Jf. udbudslovens § 73.

5.6.2 Fremgangsmåde

Processen ved et innovationspartnerskab er illustreret i Figur 5.8. Af figuren fremgår de forskellige faser, som en ordregiver skal igennem ved gennemførelsen af et innovationspartnerskab.

Figur 5.8 **Processen ved et innovationspartnerskab**



Forhandlingsfasen uddybes i afsnit 5.6.2.5, og innovationsfasen uddybes i afsnit 5.6.4.

5.6.2.1 Afklarende markedsdialog

Anvendelsen af proceduren innovationspartnerskab forudsætter, at ordregiver har identificeret et behov eller en problemstilling, som ordregiver søger at få løst, og at der ikke allerede findes en tilgængelig løsning på markedet, der kan dække ordregivers behov. Ordregivers afklaring heraf kan ske via en forudgående markedsdialog.

For så vidt angår de identificerede behov, bør disse til at starte med ikke afgrænses alt for snævert, for ikke at begrænse mulige innovative løsninger. Behovene bør i højere grad identificeres generelt og kan til inspiration fx omhandle følgende:

» Den stigende andel af ældre borgere medfører et øget pres på de kommunale plejehjem. Der er derfor et behov for at finde løsninger på, hvordan man sikrer, at de ældre borgere kan forblive i eget hjem så lang tid som muligt.
» De ansatte på landets plejehjem bruger i højere og højere grad tid på administrativt arbejde. Dette tager tid fra den direkte omsorg for beboerne. Der er derfor et behov for løsninger på, hvordan man kan lette de administrative byrder for det kommunalt ansatte plejehjemspersonale.

På den anden side bør problemstillingen ikke defineres alt for bredt. Dette skyldes, at den efterfølgende markedsdialog derved let kan blive alt for omfangsrig og ressourcekrævende, hvis man opstiller en problemstilling, som er for vag eller meget overordnet.

Ved markedsdialogen kan interesserede virksomheder og offentlige myndigheder deltage. Formålet med dialogen er for det første at udelukke, at der eksisterer løsninger på markedet, som kan imødekomme ordregivers behov.[202] Hvis en forudgående markedsundersøgelse afslører, at der findes løsninger, der kan imødekomme ordregivers behov, forsvinder den grundlæggende forudsætning for, at proceduren kan anvendes. En markedsdialog er med til at sikre, at der ikke investeres for mange ressourcer i et projekt, før det er undersøgt, om der findes tilgængelige løsninger. Løsninger, der allerede sælges i et andet land, og som kun kræver nationale tilpasninger for at kunne anvendes efter danske forhold, anses ikke for at have karakter af reel innovation. Er dette tilfældet, kan ordregiver i stedet overveje procedurerne udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog.

For det andet skulle markedsdialogen gerne medvirke til en konkretisering af formålet med innovationspartnerskabet og af udbudsgrundlaget, fx fastlæggelsen af kriterier for evaluering af tilbud og mindstekrav. Der kan i den forbindelse udarbejdes en behovsbeskrivelse og en konkretiseret beskrivelse af den pågældende problemstilling.

5.6.2.2 Udbudsmaterialet

Når ordregiver har afsøgt markedet, udfærdiges en behovsbeskrivelse, da dette udgør grundlaget for hele innovationspartnerskabet. Behovsbeskrivelsen skal offentliggøres på samme tid som udbudsbekendtgørelsen, som en del af det øvrige udbudsmateriale. Udbudsmaterialet skal derudover angive evt. mindstekrav og kriterierne for tildeling. Endelig er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at behovsbeskrivelsen eller udbudsmaterialet bør indeholde en redegørelse for baggrunden for at gennemføre et innovationspartnerskab, herunder at der ikke eksisterer tilgængelige løsninger på markedet.

Regulering af rettigheder
Der bør som en del af udbudsmaterialet vedlægges et udkast til en partnerskabskontrakt. Partnerskabskontrakten skal fastsætte de juridiske vilkår for gennemførelsen af et innovationspartnerskab. Evt. immaterielle rettigheder bør adresseres, da der er tale om et vigtigt forhold at få reguleret i partnerskabskontrakten. I den forbindelse bør ordregiver være opmærksom på, at innovationspartnerskabet skal struktureres, så der er et incitament for tilbudsgiverne til at udvikle en innovativ løsning, da virksomhederne har en interesse i at kunne

[202] Læs om markedsundersøgelse i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmaterialet i afsnit 7.3.

kapitalisere på udviklingen af et produkt, uagtet om dette rent faktisk ender med at blive købt af ordregiver.

Det skal reguleres, hvordan rettighederne til det, der evt. bliver udviklet, skal fordeles mellem parterne. Den private part i innovationspartnerskabet har et naturligt ønske om at kapitalisere på den udviklede idé. Ordregiver bør have dette for øje i forbindelse med rettighedsspørgsmålet, da chancen for et succesfuldt innovationspartnerskab må antages at blive forbedret, jo flere økonomiske aktører der finder deltagelsen attraktiv. Der vil være mulighed for at forhandle de immaterielle rettigheder under forhandlingsfasen, medmindre rettighederne er formuleret som mindstekrav i udbudsmaterialet.

5.6.2.3 Antal ønskede tilbudsgivere

Ved innovationspartnerskaber skal ordregiver tage stilling til, hvor mange ansøgere ordregiver vil opfordre til at afgive indledende tilbud. Dette skal angives i udbudsbekendtgørelsen.

Ordregiver skal udvælge mindst tre ansøgere, som ordregiver opfordrer til at afgive indledende tilbud. At der er fastsat et minimumskrav om tre tilbudsgivere i loven, er ikke nødvendigvis ensbetydende med, at tre tilbudsgivere er tilstrækkeligt til at sikre konkurrencen om opgaven. Forholdene på det konkrete marked bør tages med i overvejelserne om, hvordan den bedste konkurrence sikres, samtidig med at der tages hensyn til omkostningerne for både ordregiver og tilbudsgivere. Ordregiver bør også tage med i overvejelserne, om ordregiver ønsker at udskille tilbudsgivere undervejs i forhandlingsfasen. Ved udskillelse undervejs i forhandlingsforløbet skal ordregiver fortsat sikre en vis konkurrence ved den endelige tildeling.

Hvis der modtages færre end tre ansøgninger, kan ordregiver opfordre den eller de egnede ansøgere til at afgive indledende tilbud. Det er dog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens anbefaling, at ordregiver bør vurdere hensigtsmæssigheden af at indlede et forhandlingsforløb med to tilbudsgivere. Ordregiver kan i den forbindelse overveje, om kravene til egnethed har været for strenge og derved udelukket andre aktører på markedet fra konkurrencen.

Ved proceduren innovationspartnerskab findes der ikke nogen begrænsning for, hvor mange ansøgere der kan udvælges. Men der stilles krav om, at det mindste og største antal ønskede deltagere skal angives i udbudsbekendtgørelsen.

Der er tale om de samme overvejelser i forhold til antallet af ønskede tilbudsgivere som ved udbud med forhandling. Der henvises derfor til afsnit 5.4.2.1 under udbud med forhandling for uddybning heraf.

Ordregiver har mulighed for at indgå en eller flere partnerskabskontrakter på baggrund af udbuddet. Hvorvidt ordregiver vil indgå en eller flere partnerskabskontrakter, vil også have indflydelse på antallet af tilbudsgivere. Ordregiver skal angive i udbudsbekendtgørelsen, om ordregiver ønsker at indgå en eller flere partnerskabskontrakter.

Ved udvælgelsen er ordregiver underlagt en pligt til, som minimum, at lægge vægt på kriterier vedrørende ansøgernes kapacitet inden for området forskning og udvikling eller udvikling og gennemførelse af innovative løsninger. Der kan fx lægges vægt på, at ansøgere har erfaring eller kapacitet og kompetencer inden for udvikling og gennemførelse af innovative løsninger.

Dette vil kunne efterspørges som en del af kriterierne for ansøgernes tekniske og faglige formåen.[203]

5.6.2.4 Indledende tilbud

Ved innovationspartnerskabet skal de udvalgte tilbudsgivere afgive et indledende tilbud.

Ordregiver kan forbeholde sig ret til at tildele kontrakten på grundlag af de indledende tilbud. Dette skal i givet fald være angivet i udbudsbekendtgørelsen. Der er for så vidt ingen begrænsninger i ordregivers ret til at tildele kontrakten på grundlag af de indledende tilbud. Ordregivers beslutning skal dog bygge på en saglig grund, der ikke er udtryk for en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.

Det må på den ene side ses som en fordel, at ordregiver angiver i udbudsbekendtgørelsen, at ordregiver forbeholder sig retten til at tildele kontrakten på grundlag af de indledende tilbud. En sådan mulighed kan være med til at lægge pres på tilbudsgiverne, så de afgiver deres bedste tilbud fra start frem for at afgive et tilbud med henblik på forhandling. Modtager ordregiver de bedste tilbud fra start, og tildeles kontrakten ikke på grundlag af det indledende tilbud, kan det under forhandlingsfasen betyde færre forhandlingsrunder, hvilket er med til at reducere transaktionsomkostningerne for begge parter. På den anden side kan det være svært at vurdere, om det indledende tilbud er det bedste tilbud for ordregiver. Forhandlingsfasen kan være med til, at der skabes bedre og billigere løsninger på ordregivers behov. Vælger ordregiver at tildele kontrakten på grundlag af de indledende tilbud, går ordregiveren direkte til tildelingen af kontrakten, og forhandlingsfasen bliver ikke aktuel. Tildeling på grundlag af de indledende tilbud er ikke til hinder for, at der kan foretages almindelige afklaringer og præciseringer af det indledende tilbud. Disse afklaringer og præciseringer må ikke have karakter af at være forhandlinger mellem ordregiver og den vindende tilbudsgiver, da ordregiver i så fald har pligt til at forhandle med alle og, i stedet for at tildele på grundlag af de indledende tilbud, skal gå til forhandlingsfasen.

5.6.2.5 Forhandlingsfasen

Forhandlingsfasen starter efter modtagelsen af de indledende tilbud, og efter at ordregiver har konstateret, at kontrakten ikke skal tildeles på baggrund af de indledende tilbud.

Ordregiveren skal føre individuelle forhandlinger med alle tilbudsgivere. Forhandlingerne skal tage afsæt i de indledende tilbud med henblik på at tilpasse de udviklingsaktiviteter, som skal udføres, til ordregiverens konkrete behov og krav. På forhandlingsmøderne drøftes, hvordan udbudsmateriale, partnerskabskontrakt og tilbud kan tilpasses for at opnå et bedre tilbud fra den enkelte tilbudsgiver.

Hvad må der forhandles om?
Det indledende tilbud baseres på udbudsmaterialets angivelse af ordregivers behov. Det er i den forbindelse vigtigt, at ordregiver i videst muligt omfang formulerer funktionelle krav, som giver tilbudsgiver et frit rum for opfyldelsen og plads til at skabe innovation. Det kan dog være en god idé, at ordregiver fastsætter rammerne for projektet vha. mindstekrav. Ordregiver skal samtidig være opmærksom på, at mindstekrav ikke kan ændres ved forhandlingerne.

Der må som udgangspunkt forhandles om alt, dog med undtagelse af følgende:

[203] Læs om kriterierne for teknisk og faglig formåen i afsnit 9.3.4.

» Grundlæggende elementer
» kriterier for tildeling
» mindstekrav
» de endelige tilbud.

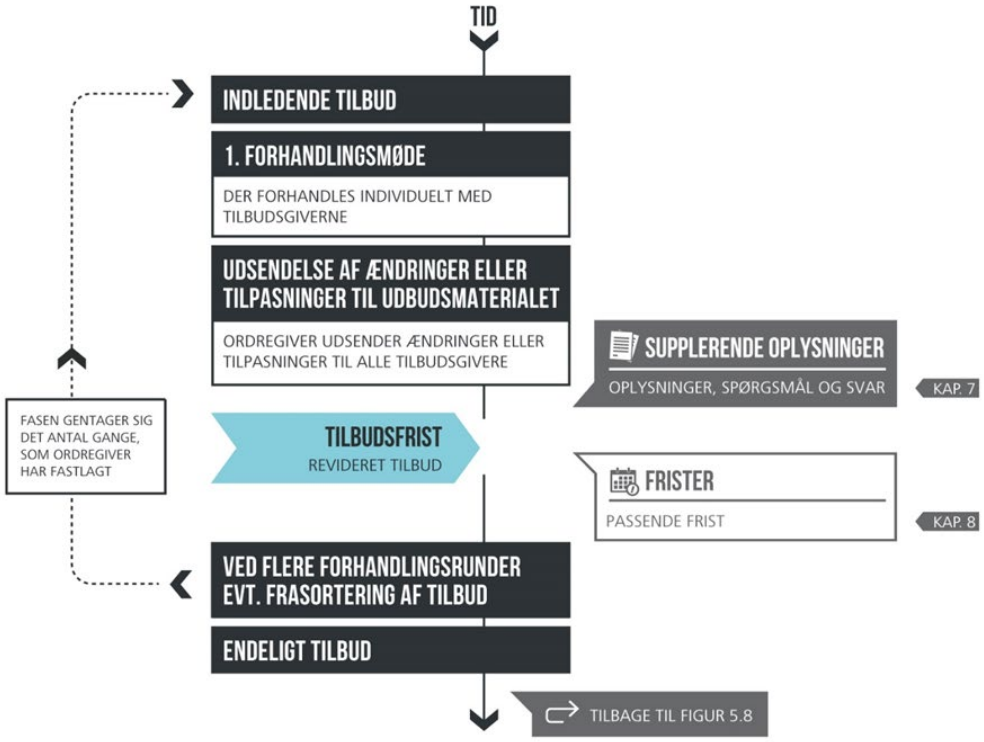
Disse begrænsninger svarer til de begrænsninger, forhandlingerne er underlagt ved anvendelse af proceduren udbud med forhandling i afsnit 5.4.2.4.

Forhandlingerne kan vedrøre alle aspekter vedrørende anskaffelsen, herunder udviklingsforløbet, fremstilling af den påtænkte innovative løsning, betingelser og juridiske konsekvenser, der knyttes til hvert af de fastsatte resultatniveauer, m.v. Der er tillige adgang til at forhandle om priselementer, så længe ordregiver overholder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Vilkårene for partnerskabskontrakten skal endvidere fastsættes i forbindelse med forhandlingerne, herunder resultatniveauer og maksimumsomkostninger. Ved resultatniveau forstås det niveau, som den innovative løsning skal være på ved udløbet af hvert delmål. Ved maksimumsomkostninger forstås de omkostninger, der maksimalt må være forbundet med udvikling af den innovative løsning eller det efterfølgende indkøb.

Fremgangsmåde ved gennemførelse af forhandlinger
Ordregiver skal i udbudsmaterialet beskrive, hvordan forhandlingsforløbet forventes at forløbe. Der er tale om en beskrivelse af forhandlingsforløbet, som ordregiver undervejs i proceduren har mulighed for at ændre. Forhandlingsforløbet er illustreret nedenfor i Figur 5.9. Figuren illustrerer, hvilke proceduremæssige skridt ordregiver skal igennem i forbindelse med forhandlingerne og tildelingen.

Figur 5.9 **Forhandlingsfasen ved et innovationspartnerskab**



Ordregiver skal beskrive det forventede forhandlingsforløb, herunder hvor mange forhandlingsrunder som skal afholdes, samt om der ved en eller flere af forhandlingsrunderne kan ske en begrænsning i antallet af tilbudsgivere. Beskrivelsen af det forventede forhandlingsforløb udelukker imidlertid ikke, at ordregiver undervejs i proceduren kan ændre i forhandlingsforløbet. Hvis ordregiver i udbudsmaterialet eksempelvis har beskrevet et forhandlingsforløb med tre forhandlingsmøder og efter den første forhandlingsrunde vurderer, at det kun er nødvendigt med to forhandlingsrunder samlet, vil der altså ikke være noget til hinder for, at ordregiver afviger fra den oprindelige plan. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det vil være i strid med gennemsigtighedsprincippet, hvis ordregiver ændrer planen for forhandlingsforløbet på en sådan måde, at forhandlingsfasen i sidste ende gennemføres på en måde, der er grundlæggende forskellig fra den oprindeligt beskrevne plan. En evt. ændring i forhandlingsforløbet må endvidere ikke være udtryk for en usaglig forskelsbehandling af tilbudsgiverne.

Ønsker ordregiver en begrænsning af antallet af tilbudsgivere undervejs i forhandlingsfasen, skal dette være angivet i udbudsbekendtgørelsen. Har ordregiver angivet, at der kan ske en begrænsning af tilbudsgiverne i løbet af forhandlingerne, er ordregiver ikke forpligtet til at begrænse antallet af tilbudsgivere. Omvendt vil det ikke være muligt at begrænse antallet af tilbudsgivere under proceduren, medmindre det er angivet i udbudsbekendtgørelsen.

Ordregiver kan vælge at yde vederlag til de tilbudsgivere, der deltager i forhandlingerne. Vederlaget kan være et fast vederlag eller løbende betalinger. Der er tale om en procedure, der kan være omkostningstung for tilbudsgiverne at deltage i, og derfor kan det være hensigtsmæssigt at afsætte et beløb til de tilbudsgivere, der deltager i forhandlingerne, da et vederlag også kan være med til at gøre det attraktivt at deltage i processen. Såfremt ordregiver vælger at yde et vederlag til de tilbudsgivere, som deltager i forhandlingerne, skal dette oplyses i udbudsbekendtgørelsen.

Innovationspartnerskaber kan anvendes, hvis der er tale om udviklingen af en kompleks og omfattende ydelse eller vare. Det er imidlertid ikke udelukket at anvende proceduren innovationspartnerskab i forbindelse med mindre udbud, hvor innovationsgraden ikke forventes at være omfattende. Der kan i den forbindelse tilrettelægges et forløb, som tager hensyn til dette. Der kan i disse situationer føres et kort forhandlingsforløb, der består af en enkelt forhandlingsrunde. Forhandlingsmøderne kan i den forbindelse begrænse sig til en generel tilbagemelding på de indledende tilbud eller en evt. afklaring af forbehold i tilbuddene. Dette medfører, at der kan gennemføres et forhandlingsforløb, der ikke forudsætter et specielt omfattende forbrug af ordregivers og tilbudsgiveres ressourcer.

Ordregiver skal føre individuelle forhandlinger med alle tilbudsgivere. Disse forhandlinger skal tage afsæt i de enkelte tilbud. På forhandlingsmøderne skal det drøftes, hvordan udbudsmaterialet og tilbuddet kan tilpasses for at opnå et bedre tilbud fra den enkelte tilbudsgiver.

5.6.2.6 Opmærksomhedspunkter under forhandlingerne

Ud over at sikre, at principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet iagttages under forhandlingerne, er der i det følgende opstillet en række punkter, som ordregiver skal være opmærksom på i forbindelse med forhandlingerne. Disse opmærksomhedspunkter uddybes nedenfor.

Tilpasninger eller ændringer i udbudsmaterialet
På baggrund af de individuelle forhandlinger med tilbudsgiverne har ordregiver mulighed for at foretage ændringer eller tilpasninger i udbudsmaterialet. Ændringerne kendes først, når ordregiver har gennemført en forhandlingsrunde med alle tilbudsgiverne og besluttet, hvilke dele der skal ændres eller tilpasses. Evt. ændringer skal oplyses samtidig og skriftligt til alle tilbudsgiverne, og ordregiver skal give tilbudsgiverne en passende frist til at indarbejde ændringerne og indgive et ændret tilbud.

Det er ordregiver, der bestemmer, hvordan udbudsmaterialet udformes, så det bedst tilgodeser ordregivers behov. Dette gælder også, selvom en ændring af udbudsmaterialet vil gøre det lettere for visse tilbudsgivere at opfylde ordregivers behov end for andre tilbudsgivere. Hvis der foretages en ændring, der tilgodeser visse tilbudsgivere, skal ordregiver kunne redegøre for, at ændringen skyldes saglige og ikkediskriminerende hensyn. Et sagligt krav kan eksempelvis være, at en ændring medfører, at der kan opnås en væsentligt lavere pris, også selvom det ikke er alle tilbudsgiverne, der rent faktisk kan levere til den lavere pris.

Fortrolighed

Ordregiver bør være særligt opmærksom på at sikre fortroligheden i forhold til de oplysninger, som tilbudsgiverne afgiver under forhandlingerne. Spørgsmålet om fortrolighed bør adresseres allerede i udbudsmaterialet med henblik på at forsikre tilbudsgiverne om, at evt. følsomme oplysninger behandles fortroligt af ordregiver.

Ordregiver må under forhandlingerne godt oplyse, at et tilbud i visse sammenhænge er dårligere stillet i konkurrencen i forhold til de andre tilbud. Det er derimod ikke tilladt, at ordregiver over for andre deltagere afslører fortrolige oplysninger om de andre deltagere i konkurrencen. Ordregiver må ikke videregive informationer, som tilbudsgiverne har fremsendt, og som er betegnet som fortrolige, herunder, men ikke begrænset til, tekniske hemmeligheder, forretningshemmeligheder og fortrolige aspekter af tilbud.

Ved behandlingen af forretningshemmeligheder eller forretningsforhold bør ordregiver være særligt opmærksom på at forsikre tilbudsgiveren om, at disse oplysninger ikke bliver videregivet til andre, da dette vil stille tilbudsgiveren i en konkurrencemæssigt ugunstig situation, der kan have stor økonomisk betydning for den pågældende virksomhed. Forretningsforhold omfatter eksempelvis produktionsmetoder, produktionsforhold, forretningsmæssige strategier, kontraktvilkår og markedsføringstiltag. Det er særligt vigtigt, at tilbudsgiverne kan deltage i forhandlingerne med vished om, at løsningsbeskrivelserne præsenteret i tilbuddene og prisforhandlingerne holdes hemmeligt under hele forhandlingsforløbet.

Ordregiver skal iagttage fortrolighed under hele forhandlingsforløbet. I den forbindelse opstår spørgsmålet om, hvordan ordregiver kan udnytte den viden, der er opnået under forhandlingerne. Tilbudsgivernes vilje til at deltage i forhandlinger kan afhænge af deres mulighed for at få fordele i konkurrencen af de idéer og løsningsforslag, som de selv har udviklet. Dette står i modsætning til ordregivers interesse i at få den samlet set bedste løsning ved at kombinere de forskellige bidrag og den viden, som ordregiver har fået under forhandlingerne.

Denne fortrolighed sikres ved, at ordregiver ikke må videregive fortrolige oplysninger, som udleveres under proceduren, uden tilbudsgivers samtykke.[204] 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 specifikke oplysninger.

Tilbudsgiverne skal forud for deltagelse i forhandlingerne overveje, at der under processen kan være behov for, at man giver samtykke til, at ordregiver kan anvende enkelte idéer eller dele af løsningsforslag, som kan være med til, at der kan skabes et fælles grundlag for afgivelse af endeligt tilbud. Dette kan være nødvendigt, for at ordregiver får de bedste løsninger til den bedste pris.

[204] Jf. udbudslovens § 5, stk. 1.

Det er vigtigt, at ordregiver respekterer denne fortrolighed og ikke videregiver eller anvender fortrolige oplysninger uden tilbudsgivers samtykke. Det kan således være en god idé, at ordregiver og tilbudsgiver under forhandlingsfasen løbende har en dialog om, hvordan ordregiver kan og må anvende løsningsforslag fra tilbudsgiverens tilbud.

Begrænsning af antallet af tilbudsgivere[205]
Forhandlingerne kan finde sted i flere forhandlingsrunder med henblik på at begrænse antallet af tilbud, der skal forhandles om. En sådan løbende begrænsning kan kun anvendes, hvis det er anført som en mulighed i udbudsbekendtgørelsen.

Dette indebærer, at ordregiver i løbet af forhandlingsfasen og i overensstemmelse med den forventede tidsplan for forhandlingerne kan indskrænke antallet af tilbud, der forhandles om. Vurderingen af, hvilke tilbud der skal udvælges, og hvilke tilbud der skal vælges fra, skal baseres på de kriterier for tildeling og den evalueringsmodel, som skal være angivet i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet.

Sikring af konkurrence[206]
Når ordregiver i løbet af forhandlingsfasen begrænser antallet af tilbud, der forhandles om, skal ordregiver sikre, at der er et tilstrækkeligt antal tilbudsgivere i procedurens sidste fase, med henblik på at sikre konkurrencen om kontrakten. Denne pligt kan have indflydelse på ordregivers handlefrihed i alle stadier af proceduren.

Ordregiver kan for det første komme i en situation, hvor ansøgningsfasen kun udmønter sig i to egnede ansøgere. I disse situationer er ordregiver ikke afskåret fra at indlede forhandlinger med de pågældende ansøgere. Eftersom der er tale om et snævert konkurrencefelt, er ordregiver afskåret fra at begrænse antallet af ansøgere yderligere i forbindelse med forhandlingerne, idet det må lægges til grund, at en enkelt tilbudsgivers tilbud ikke kan sikre konkurrencen om den endelige kontrakt.

I en situation, hvor ordregiver har udvalgt fx fire virksomheder, vil det afhænge af en konkret vurdering, om man kan skære antallet af tilbudsgivere ned til to inden afgivelsen af det endelige tilbud. Der vil være tale om en konkret vurdering, hvor bl.a. ordregivers og tilbudsgivernes ressourceforbrug kan indgå. Derudover kan kontraktens værdi samt innovationshøjden inddrages i vurderingen.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at pligten til at sikre konkurrence ikke omfatter situationer, som er uden for ordregivers kontrolsfære. Det betyder, at hvis der ikke er et tilstrækkeligt antal kvalificerede ansøgere, eller hvis der ikke modtages mere end et eller to indledende tilbud, er ordregiveren ikke forpligtet til at annullere udbudsproceduren, men kan fortsætte udbudsproceduren med den eller de pågældende tilbudsgivere.

På samme måde er ordregiveren ikke forpligtet til at sikre konkurrence i den afsluttende fase, hvis en eller flere tilbudsgivere vælger at trække sig fra udbudsprocessen, så der ikke er mulighed for konkurrence. Det er alene forhold, der kan tilskrives ordregiveren, som kan medføre, at ordregiveren ikke har sikret tilstrækkelig konkurrence. Som følge heraf vil det være sagligt at have én tilbudsgiver i den afsluttende fase, hvis ordregiveren objektivt kan konstatere, at det alene er denne ene tilbudsgiver, der kan opfylde de af ordregiverens sagligt stillede krav.

[205] Jf. udbudslovens § 77, stk. 4.
[206] Jf. udbudslovens § 146.

Som følge heraf må ordregiver ikke tilrettelægge processen på en måde, hvor der alene er én tilbudsgiver tilbage i den afsluttende fase, medmindre det beror på forhold, som ikke kan tilskrives ordregiveren.

Dokumentation af forhandlingsforløbet[207]
Ordregiver skal sikre gennemsigtighed i forhandlingsforløbet, og ordregiver skal dokumentere alle faser af forhandlingsforløbet samt sikre, at alle (tilbageværende) tilbudsgivere underrettes skriftligt om alle ændringer i udbudsmaterialet, som forhandlingerne har ført til. Desuden skal alle tilbud, der afgives under forløbet, afgives skriftligt.

Ordregiver skal dokumentere afviklingen af udbuddet og opbevare tilstrækkelig dokumentation til at begrunde beslutninger, der træffes på alle stadier af udbudsprocessen.

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.

Skriftlighedskravet er afgørende i forhold til at kunne dokumentere forløbet af proceduren i forbindelse med en evt. klagesag.

5.6.3 Afgivelse af endeligt tilbud

Når ordregiver vil afslutte forhandlingerne, meddeles dette til de tilbageværende tilbudsgivere, og der fastsættes en passende frist for afgivelse af endeligt tilbud.

Ordregiver skal tildele kontrakten på grundlag af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet. Tildelingskriterierne pris og omkostninger kan ikke anvendes ved innovationspartnerskaber.

Efter afgivelse af endeligt tilbud er der ikke mulighed for at forhandle med tilbudsgiverne, men der er intet til hinder for, at der kan foretages almindelige afklaringer og præciseringer af det endelige tilbud.[208] Disse afklaringer og præciseringer må dog ikke give anledning til forskelsbehandling mellem tilbudsgiverne.

Tilbudsevalueringen sker herefter på baggrund af kriterierne for tildeling og den evalueringsmodel, som skal være angivet i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet. Se afsnit 10.5 om tildeling af kontrakt.

5.6.4 Innovationsfasen

Når den eller de vindende tilbudsgivere er valgt, og partnerskabskontrakten eller partnerskabskontrakterne er endeligt indgået, starter innovationsfasen, hvor den eller de tilbudte løsninger skal udvikles.

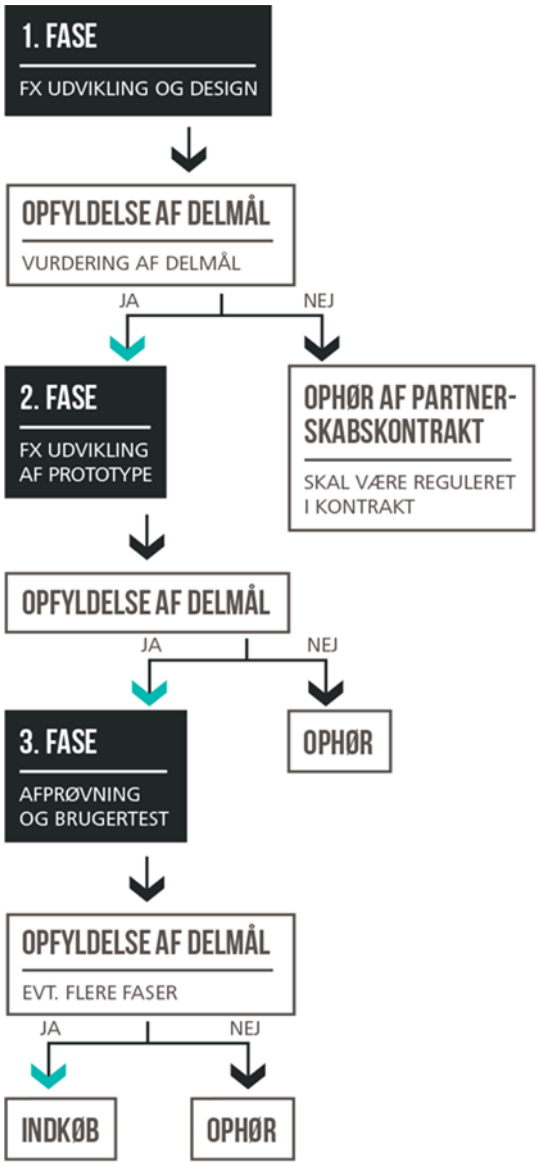
Udviklingsarbejdet skal være opdelt i faser, der afspejler innovationsprocessen og karakteren af den eller de løsninger, der skal udvikles, dvs. hvorvidt det er en vare, en tjenesteydelse eller et bygge- og anlægsarbejde, der skal udvikles. Der skal til hver fase være defineret et eller flere delmål. Delmålene fastsættes under forhandlingerne.

---

[207] Jf. udbudslovens § 77, stk. 5.
[208] Jf. udbudslovens § 159, stk. 5.

Innovationsfasen tilrettelægges og tilpasses den innovative løsning, der skal udvikles. Selve forløbet af en innovationsfase er ikke reguleret i udbudsloven, og Figur 5.10 nedenfor skal ses som et eksempel på et forløb af en innovationsfase.

Figur 5.10 **Innovationsfasen**



Varigheden af de enkelte faser under innovationsfasen skal fremgå af partnerskabskontrakten. Der bør endvidere formuleres bestemmelser i partnerskabskontrakten, der giver rum for ændringer eller justeringer af de aftalte faser og delmål, som må antages at være sædvanlige i et udviklingsforløb.

Ordregiver skal i partnerskabskontrakten sikre, at man efter hver fase kan bringe en partnerskabskontrakt til ophør, hvis partneren ikke har opnået de aftalte delmål, dvs. at den innovative løsning ikke er på det aftalte resultatniveau ved afslutningen af en fase. Muligheden for at kunne afslutte et innovationspartnerskab er nødvendig, da det kan vise sig, at udviklingsarbejdet ikke vil føre til de aftalte resultatniveauer, eller at omkostningerne ikke vil stå mål med den endelige løsning.

Pga. innovationspartnerskabernes ofte langvarige karakter er ordregiver underlagt en pligt til at betale vederlag i passende rater.[209] Et innovationspartnerskab kan, som tidligere nævnt, være forbundet med væsentlige omkostninger for den eller de private parter. Samtidig kan en ratevis betaling også begrænse ordregivers udgifter, såfremt partnerskabet skal afbrydes i utide. Det vil være en konkret vurdering, hvad der er passende rater. De fastsatte delmål og delmålenes tidsmæssige placering kan indgå i vurderingen af, hvad der må være passende rater.

Ordregiveren skal så vidt muligt sikre, at innovationspartnerskabets eller innovationspartnerskabernes struktur og løbetid og værdien af de forskellige faser afspejler innovationsgraden af den eller de ønskede løsninger, og at rækkefølgen af forsknings- og innovationsaktiviteterne er nødvendige for udviklingen af en innovativ løsning.

Den anslåede værdi af det påtænkte indkøb af varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder skal være proportional i forhold til den nødvendige investering, der er i at udvikle løsningen. Vurderingen af proportionaliteten kan både vedrøre de forventede omkostninger, der er forbundet med udviklingen af løsningen, og også vedrøre den værdi, som løsningen vil have for ordregiverne, samt hvad løsningen vil medføre af bredere økonomiske, miljømæssige og samfundsmæssige fordele.

Ordregiverne skal endvidere strukturere partnerskabet på en sådan måde, at konkurrencen ikke hindres, begrænses eller fordrejes.[210]

5.6.5 Indkøbet

Når innovationsfasen er afsluttet, starter indkøbsfasen. Købet af den endelige løsning skal være reguleret i partnerskabskontrakten og formuleret enten som en option eller som en købsforpligtelse.

Hvordan indkøbene mest hensigtsmæssigt foretages, kan aftales under forhandlingsfasen og kan bl.a. også afhænge af, om der indgås flere partnerskabskontrakter, særligt hvis partnerskabskontrakterne og de udviklede løsninger dækker de samme behov hos ordregiveren. Ved flere partnerskabskontrakter, der dækker samme behov, kunne indkøbene fordeles ligeligt mellem partnerne, eller der kunne iværksættes miniudbud mellem partnerne.[211]

5.7 Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse[212]

Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse er en undtagelse i forhold til de øvrige udbudsprocedurer og må derfor kun anvendes i ganske særlige tilfælde.

At betegne udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse som en udbudsprocedure er på sin vis misvisende, idet proceduren er kendetegnet ved ikke at være underlagt lovens procedureregler, hvad angår fremgangsmåde, tidsfrister m.v.

---

[209] Jf. udbudslovens § 78, stk. 3.
[210] Jf. udbudslovens § 79, stk. 2.
[211] Læs om miniudbud under en rammeaftale i afsnit 6.2.6.2.2.
[212] Jf. udbudslovens §§ 80-83.

Er en anskaffelse omfattet af bestemmelsens anvendelsesområde, kan ordregiver frit bestemme, hvilke og hvor mange tilbudsgivere man ønsker at forhandle med, eller om kontrakten skal tildeles direkte uden gennemførelse af egentlige forhandlinger.

5.7.1 Hvornår kan udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse anvendes?

Proceduren kan kun anvendes i helt særlige tilfælde. Eftersom der er tale om en procedure, der kun rent undtagelsesvist kan benyttes, skal tilfældene fortolkes indskrænkende. Ordregiver har bevisbyrden for, at de særlige betingelser for at tildele en kontrakt efter udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse er til stede. Ordregiver skal altid foretage en konkret vurdering af, om betingelserne for at anvende proceduren er opfyldt, ligesom ordregiver bør dokumentere denne vurdering.

Udbudsloven oplister de tilfælde, hvor proceduren kan anvendes. Listen er udtømmende. Mulighederne afhænger af, hvilken ydelse indkøbet vedrører. Disse er derfor inddelt i forskellige afsnit nedenfor.

5.7.1.1 Situationer, som er fælles for bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter[213]

Ingen eller kun irrelevante ansøgninger og tilbud
Hvis der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud ikke er modtaget ansøgninger eller tilbud, eller hvis de modtagne ansøgninger eller tilbud er irrelevante i forhold til kontrakten, kan ordregiver indgå kontrakt uden forudgående offentliggørelse.

En ansøgning om deltagelse anses for irrelevant, når en ansøger skal udelukkes eller ikke opfylder de fastsatte minimumskrav til egnethed.

Et tilbud anses som irrelevant, når det er åbenbart, at tilbuddet ikke uden væsentlige ændringer kan opfylde ordregiverens behov som angivet i udbudsmaterialet.

Det er en betingelse for anvendelsen af denne undtagelse, at der ikke foretages ændringer i grundlæggende elementer i det oprindelige udbudsmateriale under de forhandlinger, som ordregiveren gennemfører. En ændring vil være grundlæggende, hvis ændringen kunne have påvirket potentielle ansøgeres eller tilbudsgiveres deltagelse, såfremt ændringen var fremgået i forbindelse med den oprindelige udbudsprocedure.

Kun én økonomisk aktør
Hvis en kontrakt kun kan opfyldes af én bestemt aktør på hele det indre marked, kan proceduren anvendes, hvis betingelserne nedenfor er opfyldt.

Der skal være tale om en situation, hvor der kun ville være én tilbudsgiver, hvis der blev gennemført en udbudsprocedure, hvilket derfor vil gøre proceduren unødvendig. Det er afgørende, om der er andre forsyningskilder på markedet. I den forbindelse er det ikke tilstrækkeligt, at en bestemt leverandør anses for at være bedst egnet til at løse opgaven. Den pågældende leverandør skal være den eneste kilde til den pågældende ydelse.

Ordregiver skal i sin vurdering af forsyningskilder inddrage såvel aktuelle som potentielle leverandører inden for det indre marked. Der vil fx ikke være tale om den eneste

[213] Jf. udbudslovens § 80.

forsyningskilde, hvis der findes alternative leverandører, som ikke p.t. leverer til det konkrete marked, eller hvis eneproducenten har et netværk af forhandlere.

Ordregiver kan ikke tilrettelægge sine krav sådan, at der kun er én bestemt leverandør, der kan opfylde dem. Kravene skal således udspringe fra ordregivers saglige behov, som ikke vil kunne opfyldes på andre måder end ved den konkrete anskaffelse.

Bestemmelsen kan anvendes i følgende tilfælde:

» Hvis formålet med udbuddet er at skabe eller erhverve et unikt kunstværk eller en unik kunstnerisk optræden.
» Hvis der af tekniske årsager er manglende konkurrence.
» Hvis der er tale om beskyttelse af eksklusive rettigheder, herunder intellektuelle ejendomsrettigheder.

Den første situation opstår, hvis formålet er at skabe eller erhverve et unikt kunstværk eller en unik kunstnerisk optræden, dvs. hvor kunstnerens identitet i sig selv bestemmer selve kunstværkets unikke karakter og værdi.

Den anden og tredje situation opstår, hvis der er tale om manglende konkurrence eller beskyttelse af eksklusive rettigheder. Tekniske årsager skal dokumenteres grundigt og kan eksempelvis bestå i, at det vil være nærmest umuligt for en anden tilbudsgiver at sikre den krævede gennemførelse, eller at det er nødvendigt at anvende specifik viden eller specifikke redskaber eller midler, som kun en enkelt tilbudsgiver har til rådighed. Tekniske årsager kan endvidere være krav om specifik interoperabilitet, der skal opfyldes for at sikre funktionsdygtighed af det pågældende indkøb. Eksklusive rettigheder kan fx være ophavsretlig beskyttelse.

Det er kun situationer med objektiv eksklusivitet, der kan betinge anvendelsen af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse, hvor situationen med eksklusivitet ikke er skabt af ordregiver selv med henblik på den fremtidige udbudsprocedure.

Tvingende grunde
Ordregiver kan anvende proceduren, hvis der foreligger tvingende grunde, som ikke gør det muligt at overholde fristerne for brug af andre udbudsprocedurer. De tvingende grunde skal følge af begivenheder, som ordregiver ikke har kunnet forudse. Indkøbets hastende karakter som følge af de tvingende grunde skal gøre det umuligt at overholde fristerne for offentligt udbud, begrænset udbud eller udbud med forhandling, selv med fristerne for hasteprocedurer.[214]

Tvingende grunde udgør ekstraordinære situationer, som under ingen omstændigheder må kunne tilskrives ordregiver, og som heller ikke har været forudsigelige for denne. Det er derudover et krav, at indkøbsbehovet skal være opstået som følge af den ekstraordinære begivenhed eller situation. Dette kan fx være tilfældet, hvor naturkatastrofer eller pludseligt opstået pandemi eller epidemi kræver øjeblikkelig handling af hensyn til menneskers liv og sundhed, som fx indkøb af inddæmnings- og/eller værnemidler.

Ved vurdering af, om der er tale om tvingende grunde, foretages en vurdering af arten og omfanget af den skade, som kan indtræde, og risikoen for, at den rent faktisk indtræder, hvis indkøbet skal afvente, at der gennemføres en almindelig procedure, selv med forkortede frister.

[214] Læs om tidsfrister i kapitel 8.

Det er et krav, at den kontrakt, der indgås af tvingende grunde, begrænses til det nødvendige. Kan kontrakten opdeles, omfattes kun de dele af kontrakten, som de tvingende grunde er knyttet til, mens de øvrige udbydes efter de sædvanlige regler. Kontrakter, der indgås pga. tvingende grunde, bør som udgangspunkt kun have en varighed svarende til den tid, det vil tage at udbyde opgaven.

Boks 5.2
Eksempel ifm. en flygtningekrise[215]

I en situation, hvor der over kort tid ankommer et stort antal asylansøgere til medlemsstaterne, kan der opstå et akut behov for at foretage indkøb, som ikke kan afvente gennemførelsen af en almindelig udbudsprocedure. Der kan eksempelvis opstå behov for opførelse eller renovering af bygninger, indkøb af varer (fx telte, containere, tøj, tæpper, senge, mad) samt tjenesteydelser (fx rengøring, sundhedsydelser, catering, sikkerhed). Det må lægges til grund, at ordregiver ikke har kunnet forudse det pludselige behov, der er opstået for at hjælpe det forøgede antal asylansøgere, og at den pludselige og akutte situation gør de almindelige udbudsprocedurer uanvendelige. Undtagelsen kan kun anvendes, hvis det ikke er muligt at gennemføre en udbudsprocedure efter hasteproceduren. Undtagelsen kan også kun anvendes, indtil der findes en vedvarende løsning – fx indgåelse af rammeaftale.

5.7.1.2 Særlige situationer vedrørende navnlig vareindkøbskontrakter

Ordregiver kan anvende proceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i forbindelse med vareindkøbskontrakter (og tjenesteydelseskontrakter, for så vidt angår indkøb ved indstilling af erhvervsvirksomhed eller konkurs, jf. nedenfor), hvis den konkrete anskaffelse er omfattet af et af de følgende tilfælde:

Varen er alene fremstillet med henblik på forskning, forsøg, undersøgelse eller udvikling[216]
Omfattet af denne bestemmelse vil være indkøb af fx en prototype, men det vil ikke være muligt at tildele kontrakter, der omfatter serieproduktion til påvisning af varens handelsmæssige levedygtighed eller til dækning af forsknings- og udviklingsomkostninger. Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med bestemmelsen om, at køb af forsknings- og udviklingstjenesteydelser er undtaget fra udbudslovens anvendelsesområde i visse situationer.[217] Denne bestemmelse bringer således et forsknings- og udviklingsprojekt et skridt videre, ved at ordregiver kan få fremstillet en prototype uden udbud.

Ved supplerende vareleveringer fra den oprindelige leverandør[218]
Bestemmelsen kan anvendes ved supplerende leveringer fra den oprindelige leverandør til delvis fornyelse af leveringer eller installationer eller til udvidelse af allerede foretagne leveringer eller installationer.

Det er dog et krav, at et leverandørskifte konkret ville gøre det nødvendigt for ordregiver at anskaffe varer, som pga. en forskel i den tekniske beskaffenhed ville medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse.

Ved anvendelsen af denne bestemmelse er der tale om leverancer til supplering af en kontrakt, der er udløbet. Er der derimod tale om supplerende leveringer under en igangværende

[215] Eksemplet er udformet med inspiration i *Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet – om regler for offentlige udbud i forbindelse med den aktuelle asylkrise*.
[216] Jf. udbudslovens § 81, stk. 1, nr. 1.
[217] Læs om forsknings- og udviklingstjenesteydelser i afsnit 4.6.5.
[218] Jf. udbudslovens § 81, stk. 1, nr. 2.

kontrakt i kontraktens løbetid, henvises der til afsnit 11.3, som vedrører ændringer i kontrakter.

Løbetiden for kontrakter indgået på baggrund af denne bestemmelse må generelt som udgangspunkt ikke overstige tre år.[219] Betydelige investeringer mht. forrentningen kan konkret retfærdiggøre en længere løbetid.

Køb på varebørs[220]
Bestemmelsen kan anvendes ved indkøb af varer, der noteres og købes på en varebørs. Ved en varebørs forstås en markedsplads, fx en handelsplatform, som er tilgængelig for alle relevante leverandører, og hvor gennemsigtighed mht. pris og andre vilkår er sikret. Som eksempel kan nævnes landbrugsvarer og råvarer og energibørser, hvor den regulerede multilaterale handelsstruktur, som der føres tilsyn med, garanterer markedspriser.[221]

Køb af varer eller tjenesteydelser i forbindelse med konkurs eller lignende[222]
Bestemmelsen kan anvendes ved indkøb af varer eller tjenesteydelser på særligt fordelagtige vilkår som led i afviklingen af en virksomhed. Det kan fx være ved tilbudsgivers indstilling af sin erhvervsvirksomhed eller hos en likvidator i en konkursbehandling, tvangsakkord eller tilsvarende behandling. Med særligt fordelagtige vilkår menes, at indkøbet ikke sker på almindelige konkurrencevilkår.

5.7.1.3 Særlige betingelser vedrørende tjenesteydelses- og bygge- og anlægskontrakter[223]

Ordregiver kan anvende proceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i forbindelse med nye bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, der er en gentagelse af tilsvarende tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder, dvs. at genstanden for en ny kontrakt indgik også i den oprindelige kontrakt. Den nye kontrakt skal tildeles den leverandør, der blev tildelt den oprindelige kontrakt.

Bestemmelsen indeholder en række betingelser, der skal være opfyldt:

» Der skal være overensstemmelse med et grundlæggende projekt.

Dette betyder, at der skal være en tilknytning mellem de oprindelige bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser og de gentagelsesarbejder eller -ydelser, der tildeles på baggrund af denne bestemmelse.

» Den oprindelige kontrakt skal være tildelt efter en af udbudslovens udbudsprocedurer.[224]
» Muligheden for gentagne ydelser skal fremgå af det oprindelige udbudsmateriale.

Dette betyder, at der i udbudsmaterialet til det oprindelige udbud skal være angivet omfanget af evt. yderligere bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser og betingelserne for tildeling af de gentagne ydelser. Omfanget af de gentagne ydelser kan være angivet i form af fx en option. Betingelserne for tildeling skal i denne forbindelse forstås som de faktorer, der udløser

[219] Jf. udbudslovens § 81, stk. 2.
[220] Jf. udbudslovens § 81, stk. 1, nr. 3.
[221] Jf. udbudsdirektivets præambelbetragtning 50.
[222] Jf. udbudslovens § 81, stk. 1, nr. 4.
[223] Jf. udbudslovens § 83.
[224] Jf. udbudslovens § 55.

de gentagne ydelser, fx at der opnås en ekstra finansiering under et projekt. Den forventede værdi af de gentagne ydelser skal desuden være medtaget i den samlede kontraktværdi, der har dannet grundlag for, efter hvilke regler den oprindelige opgave skulle udbydes.[225]

Muligheden for at benytte proceduren uden offentliggørelse kan kun anvendes inden for en tidsbegrænset periode på tre år efter indgåelsen af den oprindelige kontrakt.

5.8 Projektkonkurrence[226]

Ved en projektkonkurrence forstås en fremgangsmåde, hvor en ordregiver kan få planlægnings- eller projektarbejder bedømt af en bedømmelseskomité efter udskrivning af en konkurrence med eller uden præmiering.

Projektkonkurrencer kan være særligt velegnede, hvis ordregiver ønsker at give tilbudsgiverne en stor frihed til at komme med forslag til, hvordan en opgave kan løses. Ordregiver beskriver de behov, der ønskes dækket, og overlader det til konkurrencens deltagere at foreslå løsninger, der kan imødekomme behovet.

Projektkonkurrencer kan ikke betegnes som en egentlig udbudsprocedure, og selve projektkonkurrencen er ikke et udbud, der selvstændigt kan resultere i indgåelsen af en kontrakt.[227] Ordregiver har dog mulighed for på baggrund af projektkonkurrencen at tildele en kontrakt om gennemførelse af vinderprojektet på baggrund af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.[228]

5.8.1 Hvornår kan projektkonkurrencer anvendes?[229]

Projektkonkurrencer kan anvendes for tjenesteydelseskontrakter vedrørende planlægnings- og projekteringsarbejde. Projektkonkurrencer kan fx anvendes inden for fysisk planlægning, byplanlægning, arkitekt- og ingeniørarbejde eller databehandling og ses i praksis især anvendt i forbindelse med arkitektkonkurrencer og byplanlægning.

Projektkonkurrencer kan anvendes på følgende måder:

» Projektkonkurrence med henblik på tilvejebringelse af et planlægnings- eller projekteringsforslag med eller uden konkurrencepræmie eller betaling til deltagerne.
» Projektkonkurrence med henblik på at tildele en offentlig tjenesteydelseskontrakt om gennemførelse af vinderprojektet med eller uden konkurrencepræmie eller betaling til deltagerne.

En projektkonkurrence kan kun resultere i tildelingen af en tjenesteydelseskontrakt og ikke en varekøbs- eller bygge- og anlægskontrakt.

---

[225] Læs nærmere om beregning af kontraktværdi i afsnit 4.5.1.
[226] Jf. udbudslovens §§ 84-92.
[227] I udbudslovens kapitel 7 er overskriften "Udbudsprocedurer og projektkonkurrencer". Projektkonkurrencer er således adskilt fra de øvrige udbudsprocedurer. Derudover præciseres det i § 84 om projektkonkurrencer, at §§ 84-92 gælder for projektkonkurrencer.
[228] Jf. udbudslovens § 82.
[229] Jf. udbudslovens § 84.

Ordregiver kan afholde en projektkonkurrence med henblik på efterfølgende at indgå en tjenesteydelseskontrakt gennem udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.[230] Hvis ordregiver ønsker at gøre brug af denne mulighed, skal det være angivet allerede i bekendtgørelsen om projektkonkurrencen. Baggrunden for dette er, at det er af afgørende betydning for deltagerne i konkurrencen at vide, om kontrakten vil blive tildelt uden igangsættelse af en ny procedure, når de skal beslutte, om de vil deltage i projektkonkurrencen. Hvis ordregiver vil have mulighed for at indgå en tjenesteydelseskontrakt om vinderprojektet, skal værdien af den efterfølgende kontrakt indgå i beregningen af kontraktens værdi, der danner grundlag for, efter hvilke regler konkurrencen skal udbydes.

Ordregiver skal desuden være opmærksom på, at når der afholdes en projektkonkurrence med konkurrencepræmier eller betalinger til deltagerne, skal præmier eller betalinger også indgå i beregningen af kontraktens værdi.

5.8.2 Fremgangsmåde[231]

Ordregiver kan udskrive en projektkonkurrence ved at offentliggøre en *bekendtgørelse om projektkonkurrence*.[232]

Ordregiver skal desuden udarbejde et materiale i form af fx et konkurrenceprogram med de krav og behov, som ordregiver har til projektet. Ordregiver bør desuden tage stilling til rettighederne til de indkomne projektforslag, dvs. i form af en rettighedsfordeling mellem deltageren og ordregiveren.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at der ved projektkonkurrencer ikke er en pligt til at offentliggøre udbudsmaterialet på datoen for offentliggørelse af bekendtgørelse om projektkonkurrence. Dette betyder, at udbudsmaterialet kan offentliggøres, når deltagerne er udvalgt.[233]

Antal ønskede deltagere
Ordregiver skal i forbindelse med en projektkonkurrence tage stilling til, hvorvidt der skal være tale om en åben eller lukket projektkonkurrence.

Ved en åben projektkonkurrence kan alle interesserede, som overholder fastsatte minimumskrav til egnethed, aflevere deres projektforslag. Ved en lukket projektkonkurrence udvælges deltagerne af ordregiveren på baggrund af kriterier, der er fastsat i bekendtgørelsen.

Der er ikke krav om et bestemt minimum af deltagere ved en projektkonkurrence, men antallet af deltagere skal fastsættes, så der sikres reel konkurrence.

Ved fastsættelse af kriterier for egnethed er ordregiver ikke bundet af udbudslovens bestemmelser om krav til egnethed. Ordregiver kan frit opstille kriterier for egnethed, som denne

---

[230] Jf. udbudslovens § 82. Læs mere om selve proceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i afsnit 5.8.3.
[231] Jf. udbudslovens §§ 84-92.
[232] Jf. udbudslovens § 85. Læs mere om offentliggørelse i afsnit 7.7.
[233] I henhold til udbudslovens § 132, stk. 1, skal en ordregiver give fri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsmaterialet fra datoen for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen. Det præciseres i § 84 om projektkonkurrencer, at §§ 84-92 gælder for projektkonkurrencer. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at § 84 skal forstås således, at det alene er §§ 84-92, der finder anvendelse i forhold til projektkonkurrencer. Det betyder modsætningsvis, at der ikke vil være andre bestemmelser end §§ 84-92, der finder anvendelse i forhold til projektkonkurrencer, medmindre der eksplicit er henvist til bestemmelserne i §§ 84-92. Der er i §§ 84-92 ingen eksplicit henvisning til bestemmelsen i § 132, stk. 1.

finder relevant, når blot principperne om ligebehandling og gennemsigtighed er overholdt. Kriterierne for egnethed skal være klare og ikkediskriminerende, og ved begrænsning af antallet af deltagere skal de klare og ikkediskriminerende kriterier for egnethed danne grundlag for udvælgelsen.[234] Ordregiver har mulighed for at bestemme, at virksomheder for at kunne deltage ikke må være omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde. De obligatoriske udelukkelsesgrunde finder dog anvendelse ved projektkonkurrencer på samme måde som ved øvrige udbudsprocedurer. Ordregiver kan vælge at stille de samme krav til egnethed og kræve den samme dokumentation, som kræves ved de øvrige udbudsprocedurer. Ordregiver skal dog, hvis der skal ske udvælgelse fra forskellige faggrupper, fx arkitekter og ingeniører, sikre, at udvælgelsen omfatter en vurdering af kvalifikationerne for hver af disse faggrupper.

Ordregiver har mulighed for på forhånd at udpege deltagere til projektkonkurrencen, når der er tale om en begrænset procedure. Disse deltagere skal i så fald opfylde de udvælgelseskrav, som ordregiver måtte have opstillet. Deltagerfeltet må ikke alene udgøre ansøgere, som ordregiver selv har forhåndsudpeget. Det skal desuden fremgå af bekendtgørelsen om projektkonkurrence, hvorvidt ordregiver på forhånd har udpeget nogle deltagere, og navnene på evt. udpegede deltagere skal også fremgå.

Ved udvælgelsen af deltagere må ordregiver ikke diskriminere virksomheder fra andre EU-medlemsstater, men skal tilbyde lige adgang for alle virksomheder til at deltage projektkonkurrencen.

Bedømmelseskomitéen[235]

Når ordregiver afholder en projektkonkurrence, skal der nedsættes en bedømmelseskomité med henblik på at finde en vinder af projektkonkurrencen.

Der er ikke krav om, hvor mange medlemmer en bedømmelseskomité skal bestå af.

Hvis der kræves bestemte faglige kvalifikationer for at deltage i en konkurrence, skal mindst en tredjedel af bedømmelseskomitéens medlemmer have samme eller tilsvarende kvalifikationer. Hvor der kræves flere forskellige typer faglige kvalifikationer hos deltagerne, er det tilstrækkeligt, at det samlede antal særlige kompetencer i komitéen udgør mindst en tredjedel. Det er formentlig et krav, at samtlige af de særlige kompetencer er repræsenteret af mindst ét medlem i bedømmelseskomitéen. Hvis en bedømmelseskomité består af seks medlemmer, og der kræves ingeniør- og arkitektfaglige kompetencer for at deltage i konkurrencen, er det tilstrækkeligt, at der medvirker en fagdommer med arkitektfaglige kompetencer og en fagdommer med ingeniørfaglige kompetencer.

Bedømmelseskomitéen må kun bestå af fysiske personer, der er uafhængige af deltagerne i projektkonkurrencen. Bedømmelseskomitéen skal være uafhængig i sine afgørelser og udtalelser. Det er dog muligt for ordregiver at udpege egne medarbejdere som medlemmer af bedømmelseskomitéen, men kravet om uafhængighed i afgørelserne skal stadig iagttages, også i forhold til at bedømmelseskomitéen skal agere uafhængigt af både deltagerne og ordregiveren.

---

[234] Jf. udbudslovens § 88, stk. 2. Det er et krav i henhold til bestemmelsen, at der opstilles klare og ikkediskriminerende kriterier for egnethed, hvilket adskiller sig fra § 145, hvorefter udvælgelse i forbindelse med begrænset udbud, udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber kan ske på baggrund af objektive og ikkediskriminerende kriterier, men hvor der ikke er et krav om tilknytning til egnethed, som der er ved projektkonkurrencer.

[235] Jf. udbudslovens §§ 89-92.

Bedømmelse og bedømmelseskriterier
Ordregiver skal i bekendtgørelsen om projektkonkurrencen fastsætte de bedømmelseskriterier, som konkurrenceforslagene vil blive bedømt på baggrund af.[236] Ordregiver er ved fastsættelsen af bedømmelseskriterier ikke bundet af udbudslovens kriterier for tildeling. Det gælder dog, at de fastsatte kriterier ikke må forfølge usaglige formål og ikke må stride imod principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Ordregiver behøver heller ikke at vægte eller rangordne kriterierne. Ordregiver er dog forpligtet til at se bort fra forslag, der strider mod grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne.

Ordregiver kan fx angive, at forslagene vil blive bedømt på baggrund af forslagenes evne til at imødekomme de krav og ønsker, som ordregiver har anført inden for arkitektur, funktion, teknik og økonomisk løsning. Ordregiver bør supplere bedømmelseskriterierne med, hvad der særligt vil blive lagt vægt på inden for de enkelte kriterier, af hensyn til gennemsigtigheden. Det kan fx ved en arkitektkonkurrence om tegning af et byggeri være "Arkitektur, herunder det samlede bygningsforslags design og oplevelse såvel i detaljen som i forhold til det overordnede krav om byggeriets indlejring i den naturmæssige og kulturhistoriske ramme", "Teknik, herunder bæredygtighed, driftsomkostninger og mulighed for, at byggeriet realiseres ved miljørigtig projektering". De offentliggjorte kriterier kan ikke fraviges under bedømmelsen.

Vil ordregiver gøre brug af muligheden for at udpege flere vindere af konkurrencen, som der efterfølgende skal forhandles med, med henblik på at indgå en tjenesteydelseskontrakt om gennemførelse af vinderprojektet, vil det være nødvendigt, at der er fastsat kriterier for tildeling af kontrakten. Disse kriterier skal følge udbudslovens regler om kriterier for tildeling af kontrakter.[237]

Ordregiver skal desuden beslutte og angive i bekendtgørelsen om projektkonkurrence, om bedømmelseskomitéens afgørelser skal være bindende for ordregiver. Hvis ikke bedømmelseskomitéens afgørelser er bindende for ordregiveren, er det ordregiveren selv, der kårer vinderen eller vinderne af konkurrencen.

Krav om anonymitet
Bedømmelseskomitéen må ikke have kendskab til deltagernes identitet. Kravet om anonymitet i relation til bedømmelseskomitéen gælder, indtil der foreligger en udtalelse eller afgørelse fra bedømmelseskomitéen.

Denne anonymitet kan fx sikres ved et to-kuvert-system, hvor konkurrenceforslaget afleveres med et nummer, og dette nummer kædes sammen med deltagerens identitet i en anden kuvert. Kuverten med deltagerens identitet afleveres sammen med projektforslaget, men åbnes først af bedømmelseskomitéen, når deres afgørelse foreligger, forudsat at deres afgørelse er bindende. Her sammenholdes numrene på konkurrenceforslagene med deltagernes identitet.

Afsløres en deltagers identitet ved en fejl under konkurrencen, er ordregiveren forpligtet til at se bort fra forslaget, hvis afsløringen kan tilskrives den pågældende deltager. Skyldes afsløringen af en deltagers identitet derimod ordregiveren eller bedømmelseskomitéens sekretariat, er ordregiveren forpligtet til at annullere konkurrencen og begynde en ny.

Konkurrencens afgørelse
Bedømmelseskomitéen skal bedømme projekterne anonymt og fremlægge en rapport, som rangordner projekterne og indeholder komitéens bemærkninger og punkter, der evt. skal

[236] Jf. udbudslovens § 90, stk. 2.
[237] Disse kriterier skal være inden for rammen af udbudslovens § 159, jf. de specielle bemærkninger til udbudslovens § 90.

klarlægges. Denne rapport underskrives af komitéen, og herefter ophæves anonymiteten, og der kan ske dialog mellem deltagerne og bedømmelseskomitéen. Deltagerne kan anmodes om at besvare spørgsmål, men kun med henblik på, at deltagerne kan præcisere deres projektforslag. Deltagerne må ikke få mulighed for at foretage ændringer i deres projektforslag.

Ordregiver skal udarbejde en fuldstændig rapport over dialogen mellem bedømmelseskomitéens medlemmer og deltagerne i konkurrencen. Rapporten skal indeholde alle forhold, der har været relevante i forhold til konkurrencen og afgørelsen heraf.

Ordregiver skal fremsende en meddelelse til de tilbudsgivere, der har deltaget i konkurrencen, når projektkonkurrencen er afholdt. Ordregiver skal desuden offentliggøre en bekendtgørelse om resultater af projektkonkurrencen.[238]

5.8.3 Udbud med forhandling i forlængelse af en projektkonkurrence[239]

En projektkonkurrence er ikke et udbud, der selvstændigt kan resultere i indgåelsen af en kontrakt. Har ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen angivet muligheden for at kunne tildele en tjenesteydelseskontrakt ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i forlængelse af en projektkonkurrence, kan disse forhandlinger igangsættes med den eller de vindere, der er udpeget under projektkonkurrencen.

Udpeges der flere vindere, skal alle vinderne opfordres til at deltage i forhandlingerne. Der stilles ikke noget formelt krav om, at der skal gennemføres en egentlig forhandling, og ofte ses det blot, at der er vedlagt en kontrakt til konkurrencematerialet. Men udpeges der flere vindere, ligger der heri en forudsætning om, at der gennemføres en forhandling med alle vinderne, således at der kan indgås en kontrakt med en af dem.

[238] Jf. udbudslovens § 86. Læs om offentliggørelse i afsnit 7.7.
[239] Jf. udbudslovens § 82.

Kapitel 6
Indkøbsmetoder og fælles indkøb

6.1 Indledning

I dette kapitel er der fokus på de såkaldte "indkøbsmetoder" og fælles indkøb. Indkøbsmetoder er en fællesbetegnelse for de forskellige kontrakt- og tildelingsformer, som ordregiver kan anvende i forbindelse med et udbud. Fælles indkøb er en betegnelse for indkøb, der foretages af indkøbscentraler, indkøb, der foretages af flere ordregivere i fællesskab, eller indkøb, der involverer ordregivere fra forskellige EU-medlemsstater.

Udbudsloven giver mulighed for at bruge følgende indkøbsmetoder:

» Rammeaftaler
» dynamiske indkøbssystemer
» elektroniske auktioner
» elektroniske kataloger.

Rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer er særlige måder at indgå kontrakter på. En rammeaftale er en løbende aftale mellem en eller flere ordregivere på den ene side og en eller flere leverandører på den anden. En rammeaftale har til formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der kan tildeles på rammeaftalen i aftalens løbetid. Kontrakterne kan typisk vedrøre mere standardiserede indkøb.

Dynamiske indkøbssystemer er en elektronisk indkøbsproces, som kan anvendes til indkøb af ydelser, der er generelt tilgængelige på markedet, og som opfylder ordregiverens krav. Til forskel fra rammeaftaler er der ikke begrænsninger på løbetiden af de dynamiske indkøbssystemer, ligesom egnede tilbudsgivere kontinuerligt skal have mulighed for at blive optaget i indkøbssystemet.

En af fordelene ved rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer er, at ordregiver ikke skal gennemføre et nyt udbud, hver gang der skal foretages et indkøb.

Elektroniske auktioner er en form for tildelingsmetode, hvor ordregiver i forbindelse med tildelingen kan skærpe konkurrencen yderligere ved en elektronisk auktion.

Elektroniske kataloger er en måde at systematisere oplysninger på, med henblik på at ordregiver kan foretage en elektronisk behandling. Elektroniske kataloger vil typisk være velegnede, når der er behov for en systematisering af mange varelinjer eller priser.

I dette kapitel vil rammeaftaler blive gennemgået i afsnit 6.2, dynamiske indkøbssystemer i afsnit 6.3, elektroniske auktioner i afsnit 6.4, og elektroniske kataloger i afsnit 6.5.

Kapitlet vil endvidere redegøre for udbudslovens regler om fælles indkøb i afsnit 6.6.

6.2 Rammeaftaler[240]

En rammeaftale er en løbende aftale mellem en eller flere ordregivere på den ene side og en eller flere leverandører på den anden. Formålet med rammeaftalen er at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal indgås i løbet af en nærmere fastsat periode, navnlig mht. pris og mængder.[241]

En rammeaftale er ikke en udbudsprocedure, men en kontraktform. Ved indgåelse af en rammeaftale skal ordregiver, når kontraktværdien for rammeaftalen overstiger tærskelværdien, følge udbudslovens procedureregler i alle faser af udbudsprocessen frem til tildelingen af de kontrakter, der indgås på baggrund af rammeaftalen.

Når en rammeaftale skal udbydes, kan en ordregiver frit anvende udbudsprocedurerne offentligt eller begrænset udbud. For at ordregiver kan anvende de øvrige udbudsprocedurer, skal betingelserne herfor være opfyldt.[242]

Når selve rammeaftalen har været udbudt, kan de konkrete kontrakter, der indgås på baggrund af rammeaftalen, indgås uden et nyt udbud, selvom kontraktværdien af den konkrete kontrakt overstiger tærskelværdien. En rammeaftale afløfter derved ordregivers udbudspligt for anskaffelser, der er omfattet af rammeaftalen.

6.2.1 Købsforpligtelse eller ej?

En rammeaftale indebærer som udgangspunkt ikke en forpligtelse for ordregiver til rent faktisk at benytte rammeaftalen eller til at aftage en bestemt mængde af ydelser. Ordregiver vil kunne vælge at benytte rammeaftalen eller vælge at gennemføre en ny udbudsproces for den konkrete anskaffelse. Når der ikke er tale om en købsforpligtelse for ordregiver, vil rammeaftalen betragtes som et "stående tilbud", som ordregiver kan vælge at benytte sig af. Leverandøren vil derimod være forpligtet til at levere de varer eller ydelser, der er omfattet af rammeaftalen.

Ordregiver kan vælge at forpligte sig til at anvende en rammeaftale ved at indgå en aftale om købsforpligtelse. Købsforpligtelsen kan være i form af, at ordregiver forpligter sig til at købe en vis minimumsmængde eller forpligter sig til, at alle ordregivers indkøb af de varer eller ydelser, der er omfattet af rammeaftalen, vil blive foretaget på rammeaftalen i dennes løbetid.[243]

En købsforpligtelse kan give leverandøren et incitament til at tilbyde gunstigere priser, som følge af at ordregiver forpligter sig til en vis omsætning i rammeaftalens løbetid. En købsforpligtelse kan således resultere i bedre priser.

På den anden side kan en købsforpligtelse medføre mindre fleksibilitet og en risiko for at udbetale erstatning, hvis ordregiver ikke har aftaget den aftalte mængde ifølge rammeaftalen.

---

[240] Jf. udbudslovens §§ 95-100.

[241] Jf. udbudslovens § 24, nr. 30.

[242] Læs om de forskellige udbudsprocedurer i kapitel 5.

[243] Sådan en rammeaftale, hvor ordregiver er forpligtet til udelukkende at bruge den pågældende rammeaftale til de af rammeaftalen omfattede indkøb, omtales typisk som en "eksklusiv rammeaftale".

Ønsker ordregiver at indgå en rammeaftale med købsforpligtelse, bør det klart fremgå af udbudsmaterialet, da dette også kan være afgørende for tilbudsgivernes interesse for at afgive tilbud på en rammeaftale.

Boks 6.1
Eksempel på spørgsmål om rammeaftale eller kontrakt

Ligesom en rammeaftale kan indebære visse forpligtelser for ordregiveren, kan en kontrakt også have variable elementer, fx optioner eller afregning efter medgået tid. Derfor kan det i praksis være vanskeligt at sondre mellem, om der er tale om en rammeaftale eller om en kontrakt.

I en konkret sag har Klagenævnet for Udbud taget stilling til sondringen mellem en kontrakt og en rammeaftale.[244] Sagen vedrørte en kommunes udbud af en aftale om affaldstømning, hvor den valgte leverandør skulle stå for indsamling af dagrenovation til de tilbudte enhedspriser. Selve omfanget og indholdet af leverandørens ydelse og vederlaget herfor ville i henhold til udbudsmaterialet afhænge af og variere med de valg, som borgerne skulle træffe med hensyn til antal tømninger, beholdere m.v. Derudover skulle leverandøren uden ændring af enhedspriser acceptere de ændringer, som en evt. ny national regulering på affaldsområdet kunne indebære.

Klagenævnet fandt, at der med den pågældende aftale var tale om en gensidigt bebyrdende kontrakt.[245] Klagenævnet lagde i den forbindelse vægt på, at den valgte leverandør havde sikkerhed for at skulle foretage afhentning af dagrenovation i det givne omfang til de enhedspriser, som leverandøren havde tilbudt, og som kommunen var forpligtet til at betale for.

Der var således ikke grundlag for at tilsidesætte kommunens klassificering af aftalen som en kontrakt og ikke en rammeaftale. Som kendelsen illustrerer, skal ordregiver karakterisere en aftale som enten en kontrakt eller en rammeaftale på baggrund af en konkret vurdering af parternes forpligtelser i henhold til aftalen.

6.2.2 Hvornår kan rammeaftaler være en fordel?

En rammeaftale sætter rammerne for de indkøb, der kan foretages i aftalens løbetid. Når der hos ordregiver opstår et konkret behov for de varer eller ydelser, der er omfattet af rammeaftalen, kan ordregiver afgive en bestilling – enten i form af en direkte tildeling eller i form af et miniudbud, jf. nedenfor om tildeling af kontrakter under en rammeaftale.

Det kan være nyttigt at anvende rammeaftaler, når der er tvivl om, hvor stor en mængde af et givent produkt eller en given ydelse ordregiver har behov for at indkøbe, og på hvilket tidspunkt behovet må forventes at indtræde.

Rammeaftaler anvendes typisk ved mere standardprægede anskaffelser som fx kontorartikler, fødevarer, kontorinventar, køretøjer, værktøjer, byggemateriel og lignende. Også ved anskaffelser af fx arkitekt-, revisions-, rengørings- og vikarydelser kan rammeaftaler være en fordel, hvis ordregiver ikke kender det konkrete behov og de konkrete tidspunkter, hvor behovet indtræder.

Rammeaftaler kan således være med til at give ordregiveren fleksibilitet i indkøbsprocessen, ved at der ikke skal iværksættes et selvstændigt udbud, hver gang der opstår et konkret behov. Rammeaftaler kan være med til at reducere transaktionsomkostningerne for både ordregiverne og tilbudsgiverne, ved at der ikke skal bruges ressourcer på løbende at gennemføre

[244] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. oktober 2020, *Remondis A/S mod Hedensted Kommune*.
[245] Jf. udbudslovens § 24, nr. 24.

selvstændige udbudsprocesser og udarbejdelse af tilbud. Hvor stor reduktion af transaktionsomkostningerne der kan opnås, vil dog afhænge af, om tildelingen af kontrakter under rammeaftalen vil foregå ved direkte tildeling, eller ved at der gennemføres miniudbud.

6.2.3 Rammeaftalers maksimale løbetid[246]

En rammeaftale kan, som udgangspunkt, højst have en løbetid på fire år. Kun i ekstraordinære tilfælde kan løbetiden overstige fire år. Ekstraordinære tilfælde skal være behørigt begrundet i rammeaftalens formål, og vurderingen af, om der foreligger ekstraordinære tilfælde, må ikke være baseret på usaglige hensyn. Ekstraordinære tilfælde kan fx foreligge, hvis leverandørerne har brug for at indkøbe udstyr, hvis afskrivningsperiode er længere end fire år, eller leverandørernes indtjeningsperiode vil blive afkortet som følge af den tid, der skal bruges på udvikling af den udbudte opgave.

Det vil være i strid med udbudslovens regler at indgå tidsubegrænsede rammeaftaler.

Kontrakter, der indgås på grundlag af en rammeaftale, skal indgås i rammeaftalens løbetid. Disse kontrakter må dog godt have en gyldighed, der rækker ud over rammeaftalens løbetid. Denne mulighed må ikke misbruges til at indgå ekstraordinært lange kontrakter på baggrund af en rammeaftale i slutningen af en rammeaftales gyldighedsperiode med det formål at omgå udbudsreglerne.

6.2.4 Parterne i rammeaftalen[247]

En rammeaftale kan indgås mellem en eller flere ordregivere på den ene side og en eller flere tilbudsgivere på den anden.

Der kan således være tale om flere ordregivere, der går sammen ved en konkret rammeaftale, eller flere ordregivere, der går sammen i et indkøbsfællesskab af mere varig karakter, fx de kommunale indkøbsfællesskaber, hvor en række kommuner er gået sammen om at udbyde varer og ydelser, som alle kommunerne har behov for at indkøbe. Tilsvarende udbyder Statens Indkøb rammeaftaler på vegne af hele staten, og SKI er et eksempel på en indkøbscentral, der udbyder rammeaftaler, der kan anvendes af den offentlige sektor, dvs. både statslige, kommunale og regionale ordregivere.

Det er ikke muligt for nye ordregivere eller nye virksomheder at tilslutte sig en allerede eksisterende rammeaftale. En rammeaftale kan kun anvendes af ordregivere, der har været part i aftalen fra begyndelsen, dvs. kun de ordregivere, der er klart identificeret i udbudsbekendtgørelsen. Identifikationen kan ske ved navn eller på anden måde, såsom ved angivelse af en reference til en given kategori af ordregivere inden for et klart afgrænset geografisk område. Dette kan fx ske ved angivelse af, at rammeaftalen omfatter "samtlige statslige forvaltningsmyndigheder i Region Hovedstaden", "samtlige kommuner", "samtlige regioner" eller "samtlige institutioner, der er omfattet af lov om almene gymnasier". Identifikation kan også ske ved henvisning til en indkøbscentrals offentliggjorte registre over de ordregivere eller kategorier af ordregivere, som kan anvende den pågældende rammeaftale. Sker en identifikation ved en henvisning til fx et offentliggjort register over ordregivere, skal det være muligt at kontrollere identiteten af den pågældende ordregiver og den dato, hvorfra ordregiveren kan anvende de

[246] Jf. udbudslovens § 95, stk. 2 og 3.
[247] Jf. udbudslovens § 96.

enkelte rammeaftaler, da det er denne dato, der bestemmer, hvilke specifikke rammeaftaler en ordregiver har ret til at anvende.

Ved omlægninger i det offentlige system, hvor kompetencer overføres fra én myndighed til en anden, kan der opstå spørgsmål om, hvorvidt der kan ske en overførsel af retten til at anvende rammeaftalen. Ved ressortændringer, ændringer i den kommunale inddeling eller lignende kan de indgåede aftaler anvendes af de fortsættende myndigheder. Dvs. ved ressortændringer, hvor eksempelvis to ministerier bliver slået sammen, vil det nye ministerie blive part i rammeaftalerne. Overføres kun et meget begrænset område fra en myndighed, der er part i en rammeaftale, til en anden allerede eksisterende myndighed, vil denne myndighed ikke kunne anvende aftalen, medmindre den selv var oprindelig part i aftalen, eller hvis aftalen indeholder en klar og præcis ændringsklausul, som giver mulighed for overdragelse af rammeaftalen til den nye myndighed i sådan en situation.[248] Sker der derimod overførsel af et meget stort område fra en myndighed, der er part i en aftale, til en myndighed, der ikke er part, kan det medføre, at den modtagende myndighed får partsstatus. Den endelige vurdering vil bero på en vurdering af de konkrete omstændigheder.

Ordregiver kan ved brug af klare, præcise og entydige ændringsklausuler i udkastet til rammeaftalen, som indgår som en del af udbudsgrundlaget, på forhånd tage stilling til problemstillingen ved at medtage en ændringsklausul, som skal finde anvendelse ved ressortomlæggelser m.v.

Det er under en rammeaftales løbetid ikke muligt for nye virksomheder at tilslutte sig rammeaftalen, og der kan som udgangspunkt ikke ske ændringer i de virksomheder, der er part i en rammeaftale. Det er dog i særlige situationer muligt at lade en ny leverandør indtræde i den oprindelige leverandørs rettigheder, fx som følge af omstruktureringer i virksomheden i form af overtagelser, fusioner m.v.[249] eller som følge af klare, præcise og entydige ændringsklausuler.

6.2.5 Rammeaftalens maksimale omfang

Ordregiver skal fastlægge rammeaftalens maksimale omfang og angive det i udbudsbekendtgørelsen.[250] Det maksimale omfang er den maksimale grænse for, hvor meget ordregiver kan trække på rammeaftalen, og dermed for leverandørens leveringsforpligtelse. Når ordregiver har trukket den maksimale mængde eller værdi på rammeaftalen, har rammeaftalen udtømt sin virkning. Dette betyder, at ordregiver ikke lovligt kan foretage flere indkøb på rammeaftalen, medmindre rammeaftalen er blevet ændret, således at omfanget er blevet udvidet.[251]

Ordregiver kan frit vælge, om aftalens maksimale omfang skal angives ved henvisning til mængder, fx maksimalt antal varer eller maksimalt antal timer, som kan købes, eller ved at angive en samlet maksimal værdi for, hvor meget ordregiver kan trække på rammeaftalen. Det kan være en fordel at angive rammeaftalens maksimale omfang ved at fastsætte en maksimal mængde, da denne ofte vil være en mere stabil grænse for forbruget på rammeaftalen, fordi mængden er baseret på ordregiverens konkrete indkøbsbehov. Den maksimale værdi vil derimod ofte være fastsat på baggrund af en forventning til prisniveauet, mens det reelle

[248] Læs mere om ændringsklausuler i afsnit 11.3.1.

[249] Læs om udskiftning af den oprindelige leverandør i afsnit 11.3.4.

[250] Denne forpligtelse udspringer af EU-Domstolens dom af 17. juni 2021 i sag C-23/20, *Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark*. Selvom det fremgår af præmis 71, at angivelse af aftalens maksimale omfang kan ske i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, så fremgår det af dommens præmis 74 samt af besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål, at det skal angives i udbudsbekendtgørelsen.

[251] Læs om muligheder for at foretage ændringer af kontrakter og rammeaftaler i afsnit 11.3.

prisniveau, som først bliver kendt efter modtagelse af tilbud, kan vise sig at være anderledes end forventet. Hvis ordregiverens behov derimod er baseret på et maksimalt budget for indkøbene, vil det i stedet være en fordel at angive rammeaftalens maksimale omfang med henvisning til en maksimal værdi.

Såfremt rammeaftalen omfatter flere ordregivere, er ordregiver ikke forpligtet til at angive maksimal mængde eller maksimal værdi for hver deltagende ordregiver, men kan nøjes med at angive et samlet omfang. Ordregiver kan dog vælge at angive oplysningerne for hver deltagende ordregiver, hvilket navnlig kan være relevant i situationer, hvor der gælder særlige vilkår for leverancer til de forskellige ordregivere. Såfremt ordregiver har angivet maksimal mængde eller værdi for de enkelte ordregivere, vil sådan en angivelse imidlertid efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering være bindende for ordregiverne.[252]

Ordregiver har et betydeligt skøn ved fastlæggelsen af rammeaftalens maksimale mængde eller værdi, men skønnet skal være sagligt begrundet. Ordregiver må her ikke kunstigt forhøje rammeaftalens samlede maksimale mængde eller værdi i forhold til sit behov. Det vil imidlertid være inden for skønnet at tillægge de forventede konkrete behov for anskaffelser en vis "usikkerhedsmargin" for senere potentielle behov for udvidelser, såfremt dette er sagligt begrundet.

Boks 6.2
Eksempel på ordregivers skøn ved fastlæggelsen af maksimal mængde eller værdi

Klagenævnet for Udbud har i en konkret sag taget stilling til, om en ordregiver havde overskredet sit skøn ved fastsættelsen af maksimal mængde, når den maksimale mængde lå knap 70 procent over den estimerede mængde.[253]

En region havde udbudt to delaftaler vedrørende forskellige former for kirurgi med en estimeret maksimal mængde af udredninger/behandlinger på hhv. 6.000 og 4.000. Det blev samtidig i udbudsbekendtgørelsen oplyst, at den forventede mængde af udredninger/behandlinger var på hhv. 3.600 og 2.400.

Klagenævnet for Udbud fandt, at ordregiver ikke havde overskredet sit skøn ved fastlæggelsen af rammeaftalens maksimale mængde. Klagenævnet lagde i den forbindelse vægt på, at regionen forud for iværksættelsen af udbuddet havde udarbejdet et notat om baggrund for estimeret og maksimal mængde, hvor ordregiver havde begrundet forskellen i uforudsigeligheden på sundhedsområdet, som kunne øge behovet for privat kapacitet.

Klagenævnet fandt på baggrund af regionens oplysninger ikke grundlag for at konstatere, at maksimummet var fastsat usagligt, eller at det overskred den usikkerhedsmargin, som regionen var berettiget til at inddrage ved udøvelsen af sit skøn.

Foruden rammeaftalens maksimale mængde eller værdi skal ordregiver ligeledes angive rammeaftalens forventede mængde eller værdi i udbudsbekendtgørelsen.[254] Den forventede værdi kan være udtryk for forbrugsestimater, dvs. den forventede mængde eller værdi af de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, som ordregiver konkret forventer at anskaffe ved brug af rammeaftalen.

[252] Dette følger af ordregivers generelle forpligtelse til at overholde de vilkår, som denne har fastlagt for udbudsproceduren, jf. EU-Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sagen C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, præmis 40 og den deri nævnte praksis.

[253] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. februar 2022, *Capio A/S mod Region Midtjylland*.

[254] Også denne forpligtelse følger af EU-Domstolens dom af 17. juni 2021 i sag C-23/20, *Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark*.

Er rammeaftalen delt op i flere delaftaler, opstår spørgsmålet om, hvorvidt ordregiver skal angive maksimal og anslået mængde og/eller værdi for hver enkelt delaftale eller for delaftalerne samlet. Klagenævnet for Udbud har i en konkret kendelse anerkendt, at den anslåede og maksimale værdi kunne fastlægges samlet.[255] Det er imidlertid Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregiver skal angive den maksimale og den anslåede mængde og/eller værdi for hver enkelt delaftale, da hver delaftale udgør en selvstændig kontraktuel ramme for forholdet mellem ordregiveren og den leverandør, som får tildelt rammeaftalen.[256] Derudover følger forpligtelsen til at angive oplysningerne for hver delaftale efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af udbudslovens regler om, hvilke oplysninger der skal angives i udbudsbekendtgørelsen.[257]

6.2.6 Tildeling af kontrakter inden for en rammeaftale

Tildeling af kontrakter på grundlag af en rammeaftale kan ske på to forskellige måder – enten ved direkte tildeling eller ved en genåbning af konkurrencen (miniudbud). Der skal i denne forbindelse skelnes mellem en rammeaftale indgået med én leverandør og en rammeaftale indgået med flere leverandører.

6.2.6.1 Rammeaftale med én leverandør[258]

Tildeling af en kontrakt på grundlag af en rammeaftale, der er indgået med én leverandør, skal ske på grundlag af de vilkår, som er fastsat i rammeaftalen. Hvis alle vilkår er fastsat i rammeaftalen, indgås kontrakten ved en direkte henvendelse til leverandøren med henblik på at foretage det konkrete indkøb, fx ved fremsendelse af en bestilling eller en ordre.

Er ikke alle vilkår fastsat i rammeaftalen, kan ordregiver skriftligt anmode leverandøren om at fuldstændiggøre (komplettere) sit tilbud. Vilkårene kan eksempelvis relatere sig til leveringstid, leveringssted, kvalitet, behov for service eller mængde. Kontrakten skal dog tildeles i overensstemmelse med betingelserne i rammeaftalen. Dette vil sige, at hvis tilbuddet skal fuldstændiggøres, skal det være angivet i rammeaftalen, hvilke vilkår der skal fuldstændiggøres i forbindelse med de konkrete anskaffelser. Det er vigtigt at understrege, at de konkrete kontrakter skal holdes inden for rammeaftalens omfang, herunder sortiment af produkter og mængder. Evt. udskiftninger eller ændringer i leverandørens sortiment kan accepteres, hvis der er taget højde for dette i rammeaftalen.[259]

En fordel ved en rammeaftale med én leverandør er, at et træk på rammeaftalen kan ske nemt og hurtigt. Ordregiver kan foretage de enkelte bestillinger direkte hos den leverandør, der er part i aftalen.

Til gengæld er disse typer af rammeaftaler statiske. Det indebærer, at man ved træk på rammeaftalen inden for dennes løbetid alene har mulighed for at købe hos den ene leverandør, der

---

[255] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. april 2024, *Plandent A/S mod Indkøbscirkel Øst ved Gentofte Kommune*. Kendelsen er klagenævnets delkendelse om opsættende virkning og er dermed afsagt på et foreløbigt grundlag. Da klagen efterfølgende blev trukket tilbage, er kendelsen klagenævnets endelige afgørelse.

[256] Jf. EU-Domstolens dom af 17. juni 2021, *Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark*, præmis 63-64.

[257] Det følger af udbudslovens § 128, stk. 2, at udbudsbekendtgørelsen skal indeholde de i udbudsdirektivets bilag V, del C, anførte oplysninger. Det fremgår af udbudsdirektivets bilag V, del C, punkt 7 og 8, at ordregiver, for så vidt angår oplysninger om beskrivelse af kontrakten og det anslåede samlede omfang af kontrakten, skal angive oplysningerne for hver delleverance, når kontrakten er opdelt i delleverancer.

[258] Jf. udbudslovens § 97.

[259] Læs om ændringer af kontrakt som følge af ændringsklausuler i afsnit 11.3.1.

er med i rammeaftalen. Der er endvidere ikke mekanismer for at skabe en ny konkurrencesituation i aftalens løbetid.

Alle vilkår for de konkrete indkøb skal fremgå af aftalen. Disse vilkår gælder i hele aftalens løbetid og må som udgangspunkt ikke ændres. Selvom der er mulighed for, at leverandøren kan komplettere sit tilbud, skal man være opmærksom på, at denne mulighed er begrænset. En sådan komplettering må nemlig ikke føre til en væsentlig ændring af vilkårene i aftalen, fx den fastsatte pris.

6.2.6.2 Rammeaftale med flere leverandører[260]

Tildeling af kontrakter på grundlag af en rammeaftale, der er indgået med flere leverandører, kan ske enten ved direkte tildeling eller efter en genåbning af konkurrencen (herefter benævnt miniudbud). Ved flere leverandører forstås blot mere end én part.

Antallet af leverandører skal være angivet i udbudsbekendtgørelsen, og det skal desuden være angivet i udbudsmaterialet, om tildeling vil ske på baggrund af direkte tildeling, miniudbud eller en kombination heraf.

6.2.6.2.1 Direkte tildeling[261]

En direkte tildeling på baggrund af en rammeaftale med flere leverandører skal ske på grundlag af rammeaftalens bestemmelser og de objektive kriterier, der er fastsat i udbudsmaterialet. Kravet om, at tildelingen skal ske på baggrund af objektive kriterier, indebærer, at ordregiver ikke frit kan vælge, hvem af rammeaftalens parter der skal indgås kontrakt med.

Der stilles store krav til gennemsigtighed og ligebehandling i forbindelse med tildelingen af de konkrete kontrakter. Udbudsmaterialet for rammeaftalen skal fastlægge de objektive kriterier for direkte tildeling af en kontrakt.

Der kan bl.a. anvendes forskellige modeller for direkte tildeling af en kontrakt. Nedenfor er to modeller omtalt:

» Kaskademodellen – rangordning af leverandørerne.
» Behovsmodellen – ordregivers konkrete behov.

Der kan også anvendes en kombination af kaskademodellen og behovsmodellen. Her skal det klart fremgå af udbudsmaterialet, i hvilke situationer hhv. kaskademodellen og behovsmodellen kan anvendes.

Efter kaskademodellen rangordnes leverandørerne på baggrund af den tilbudsevaluering, der er foretaget af tilbuddene indgivet på rammeaftalen. Den bedst placerede leverandør skal først tilbydes den konkrete kontrakt, og kun hvis denne ikke kan levere, kan man gå videre til den næste leverandør i rækken. Fordelen ved denne model er, at den er simpel at anvende, da de enkelte bestillinger kan foretages umiddelbart på grundlag af aftalens vilkår, svarende til en rammeaftale med én leverandør.

En uhensigtsmæssig følge af kaskademodellen kan dog være, at de lavere placerede leverandører ikke bliver tildelt kontrakter. Ordregiver skal generelt ved indgåelse af rammeaftaler

[260] Jf. udbudslovens § 98.
[261] Jf. udbudslovens § 99.

overveje antallet af leverandører, der antages på en rammeaftale, og særligt hvor kaskademodellen anvendes, bør ordregiver ikke antage flere leverandører, end hvad der reelt vurderes at være behov for.

Ved behovsmodellen indgår ordregiver aftale ud fra sit konkrete behov i forhold til anskaffelsen. Ordregivers konkrete indkøbsbehov kan fx tilsige, at kontrakten tildeles den leverandør, der kan levere alle de varer, som ordregiver har behov for. Her kan ordregivers behov være udslagsgivende for, hvilken leverandør der tildeles en konkret kontrakt. Ordregiver må dog ikke opgøre sit behov på baggrund af usaglige hensyn, sådan at konkurrencen hindres, begrænses eller fordrejes.

Eksempler på objektivt begrundede behov:

» Ordregiver har en rammeaftale med flere leverandører om serviceydelser til ordregivers maskinpark. Her vil det være objektivt i forhold til ordregivers behov at tildele en ordre til den virksomhed, som har kompetence til at reparere den maskine, der aktuelt er i uorden. I denne situation skal ordregiver angive i rammeaftalen, at et objektivt behov for direkte tildeling er, at "ordregiver kan gå direkte til den leverandør, der har de specifikke kompetencer til at reparere den maskine, der er i uorden".
» Ordregiver har en rammeaftale med flere leverandører med et bredt sortiment af varer, men der er blandt leverandørerne afvigelser i deres sortiment. Her vil det være objektivt i forhold til ordregivers behov at angive i rammeaftalen, at et objektivt behov for direkte tildeling er, at "ordregiver kan gå direkte til den leverandør, som kan levere alle de varer, som ordregiver konkret efterspørger i forbindelse med en konkret bestilling".
» Ordregiver har en rammeaftale med flere leverandører om operationsudstyr, og leverandørernes udbud af skalpeller afviger fra hinanden. Her vil det være objektivt at angive i rammeaftalen, at valget mellem de forskellige leverandører baserer sig på en objektiv lægefaglig vurdering af, hvilket produkt der bedst imødekommer ordregivers saglige behov i forbindelse med det konkrete indkøb.

Når den direkte tildeling er begrundet i ordregivers objektive behov, betyder det, at forskellige enheder inden for samme ordregiver kan foretage direkte tildelinger med forskellige leverandører begrundet i hver enheds konkrete og saglige behov og ud fra de objektive kriterier, der er angivet i rammeaftalen.

Fremgangsmåden ved kontrakttildelingen skal være klart beskrevet i udbudsmaterialet, da det ellers vil være en overtrædelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Ordregiver skal i forbindelse med udbuddet af rammeaftalen overveje, hvilke behov rammeaftalen skal dække, samt hvordan man gerne vil kunne anvende rammeaftalen ved direkte tildeling.

6.2.6.2.2 Miniudbud[262]

En tildeling på baggrund af en rammeaftale med flere leverandører kan ske ved en fornyet konkurrence i form af et miniudbud. Et miniudbud skal baseres på:

» De samme vilkår, som var gældende i forbindelse med tildelingen af rammeaftalen
» mere præcist formulerede vilkår
» andre vilkår, der er fastsat på forhånd i udbudsmaterialet for rammeaftalen.[263]

[262] Jf. udbudslovens § 100.
[263] Jf. udbudslovens § 100, stk. 1.

Udgangspunktet er, at konkurrencen ved et miniudbud baseres på de samme vilkår, som anvendes ved tildelingen af rammeaftalen. Hvis ordregiver finder det nødvendigt, kan vilkårene præciseres yderligere, eller hvor det er relevant, kan ordregiver basere miniudbuddet på andre vilkår, som der henvises til i udbudsdokumenterne.

Ønsker ordregiver ved et miniudbud at have mulighed for at kunne præcisere vilkår, skal det fremgå af udbudsmaterialet for rammeaftalen, at det er en mulighed, samt hvilke vilkår det er muligt at præcisere. Muligheden for at kunne præcisere vilkår kunne fx være, at en rammeaftale er udbudt med mulighed for forskellige serviceniveauer eller forskellige leveringstider, og ordregiver skal således ved miniudbuddet præcisere, hvilket serviceniveau eller hvilken leveringstid miniudbuddet skal baseres på. Der kan også være tale om, at kriterierne for tildeling kan præciseres indholdsmæssigt i forhold til, hvad der, under de i rammeaftalen angivne underkriterier, tillægges betydning i forhold til det konkrete miniudbud.

Ønsker ordregiver et miniudbud baseret på andre vilkår, skal disse vilkår på forhånd være fastsat i udbudsmaterialet for rammeaftalen. Det er op til ordregiver at vurdere, hvornår det er relevant at tildele kontrakter på andre vilkår. Der er ikke nogen grænser for, hvilke vilkår der kan stå åbne i rammeaftalen og dermed kan danne grundlag for et miniudbud. Det er blot en betingelse, at vilkårene er anført så klart, at der skabes den gennemsigtighed, der er nødvendig for, at alle tilbudsgivere er rimeligt informerede om vilkårene for miniudbud allerede i forbindelse med udbudsmaterialet for rammeaftalen. At ordregiver kan basere et miniudbud på andre vilkår, betyder bl.a., at ordregiver har mulighed for at fastsætte andre kriterier for tildeling af kontrakter på miniudbud, som er væsentligt anderledes end kriterierne for tildeling af rammeaftalen, når blot disse vilkår fremgår af udbudsmaterialet for rammeaftalen. Der er ikke noget til hinder for, at ordregiver tildeler rammeaftalen på baggrund af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet og efterfølgende ved miniudbud tildeler de enkelte kontrakter på baggrund af tildelingskriteriet pris.

Når ordregiver har mulighed for at præcisere vilkår eller basere sit miniudbud på andre vilkår, betyder det, at ordregiver har mulighed for at opstille vilkår, som kan justeres, eller som kan til- eller fravælges af ordregiver ved et konkret miniudbud. Ordregiver skal dog være opmærksom på, at miniudbud skal ske under iagttagelse af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet. Der må ikke foretages præciseringer eller fastsættes vilkår i forbindelse med et miniudbud, som kan karakteriseres som ændringer af et grundlæggende element.

Som et eksempel på, hvornår miniudbud kan anvendes, kan nævnes en situation, hvor ordregiver har indgået en rammeaftale med tre leverandører om rengøringsydelser. I rammeaftalen er kvalitetsstandarden for rengøringen fastsat, og leverandørerne har afgivet en timepris. Rammeaftalen regulerer imidlertid ikke timeforbruget for de konkrete rengøringsopgaver. Miniudbuddet skal bestå af en konkret beskrivelse, evt. med tegninger og mulighed for besigtigelse af de konkrete lokaler, der skal rengøres. Det er timeforbruget i forhold til den konkrete anskaffelse, der bliver et element i konkurrencen om den konkrete kontrakt, fx ved at kriteriet pris anvendes, således at der afgives en fast pris på den konkrete rengøringsopgave.

En rammeaftale med miniudbud giver mulighed for løbende at skabe en ny konkurrencesituation mellem leverandørerne på rammeaftalen, hvor bl.a. prisen kan være genstand for fornyet konkurrence. Ordregiver bør ved en rammeaftale med miniudbud tilrettelægge udbuddet på en sådan måde, at miniudbuddene gøres så simple som muligt, for at minimere ressourceforbruget for både ordregiver og tilbudsgiverne. Dette kan bl.a. ske ved kun at fastsætte kriterier for tildeling, herunder under- og delkriterier, der er nødvendige ved en genåbning af konkurrencen, og derved minimere antallet af kriterier. Ressourceforbruget kan også reduceres ved, at miniudbud udelukkende gennemføres som en ren priskonkurrence. Det er dog afgørende for at skabe den bedste konkurrence, at ordregiver fastsætter de kriterier, der er egnede og relevante i forhold til den konkrete rammeaftale og de anskaffelser, der skal foretages under rammeaftalen.

Proceduren ved miniudbud[264]

Proceduren ved miniudbud er, at ordregiver for hver kontrakt, der skal indgås under rammeaftalen, skriftligt og på samme tid skal opfordre de leverandører, der er i stand til at udføre kontrakten, til at afgive tilbud. Leverandører, der fx ikke kan tilbyde levering af en eller flere af de efterspurgte varer, behøver således ikke modtage en opfordring.

Den skriftlige opfordring til afgivelse af tilbud skal indeholde følgende:

» Angivelse af passende frist
» nødvendige oplysninger, evt. præcisering af vilkår
» kriterier for tildeling og evalueringsmodel.

Opfordringen skal angive fristen for at afgive tilbud. Fristen skal være passende, og den skal fastsættes under hensyntagen til elementer såsom kontraktens kompleksitet og den tid, det tager at udarbejde og fremsende et tilbud.[265]

Opfordringen skal indeholde de oplysninger, som ordregiver finder nødvendige, og der kan ske præcisering eller tilføjelse af andre vilkår, hvis dette er angivet i udbudsmaterialet for rammeaftalen, jf. ovenfor.

Opfordringen skal desuden indeholde kriterier for tildeling. Kriterierne for tildeling behøver ikke at være de samme som for tildeling af rammeaftalen, men det er en betingelse, at kriterierne for tildeling af kontrakter under rammeaftalen skal være angivet i udbudsmaterialet for rammeaftalen. Der vil dog ved det konkrete miniudbud være mulighed for at præcisere kriterierne, jf. ovenfor. Ordregiver har alene mulighed for at præcisere kriterierne. Der kan ikke efterfølgende foretages ændringer i kriterierne eller tilføjes nye kriterier.

Kriterierne for tildeling ved miniudbud skal vægtes, og denne vægtning skal som udgangspunkt fremgå af udbudsmaterialet for rammeaftalen.[266] Er en vægtning af objektive årsager ikke mulig, skal ordregiver angive underkriterierne i prioriteret rækkefølge med det vigtigste kriterie først.[267] De konkrete anskaffelser, som skal være genstand for et miniudbud, er ofte ikke kendt ved udformningen af udbudsmaterialet for rammeaftalen, og det vil derfor i nogle situationer ikke være muligt at angive en vægtning af underkriterierne allerede i udbudsmaterialet for rammeaftalen. I disse situationer skal vægtningen oplyses i det materiale, som ordregiver sender i forbindelse med opfordringen til at afgive tilbud på miniudbuddet.

Ordregiver har mulighed for at fastsætte vægtningen af underkriterier ved brug af et passende interval.[268] Når der er angivet en vægtning i intervaller for kriterierne ved miniudbud i rammeaftalen, kan intervaller også anvendes ved vægtningen af kriterierne ved de konkrete miniudbud. Dette skal dog ske inden for rammerne af de intervaller, der er oplyst for kriterierne for miniudbud i udbudsmaterialet for rammeaftalen. Se afsnit 10.3.3.4. om intervaller til brug for vægtningen.

Evalueringsmodellen for tildeling af en rammeaftale skal være oplyst som en del af udbudsmaterialet for rammeaftalen. Den evalueringsmodel, som skal anvendes ved tildeling af de konkrete kontrakter på rammeaftalen ved miniudbud, skal først oplyses og beskrives i det

[264] Jf. udbudslovens § 100, stk. 2.
[265] Læs om passende tidsfrister i afsnit 8.2.
[266] Jf. udbudslovens § 165, stk. 1, jf. § 100, stk. 3.
[267] Jf. udbudslovens § 165, stk. 3.
[268] Jf. udbudslovens § 165, stk. 2.

materiale, som ordregiver sender ud i forbindelse med opfordringen til at afgive tilbud på et miniudbud.[269]

6.2.6.2.3 Direkte tildeling og miniudbud på samme rammeaftale

Ordregiver har mulighed for på samme rammeaftale at tildele kontrakter på baggrund af både direkte tildeling og miniudbud. Ordregiver skal i udbudsmaterialet for rammeaftalen fastsætte de objektive kriterier for valget mellem de to tildelingsformer. Det skal klart fremgå, hvad der er afgørende for valget mellem de to tildelingsformer. Det er afgørende, at ordregiver ikke har et frit valg mellem de to tildelingsformer.

Som eksempel på, hvad der kan være afgørende for valget mellem de to tildelingsformer, kan nævnes de pågældende bygge- og anlægsarbejders, varers eller tjenesteydelsers kvantitet, værdi eller karakteristika.[270]

Valget mellem de to tildelingsformer kan således bestå i, at ordregiver ved køb under en vis værdi eller mængde kan foretage en direkte tildeling og ved køb over den fastsatte værdi eller mængde skal gennemføre miniudbud. Ordregiver skal samtidig angive, hvordan den direkte tildeling skal foregå, om det fx er efter kaskademodellen, samt hvilke kriterier der skal anvendes ved miniudbud.

Boks 6.3
Eksempel på direkte tildeling og miniudbud på samme rammeaftale

Staten har indgået en rammeaftale med flere leverandører om flytteydelser. Rammeaftalen er indgået med fem geografiske delaftaler. Kontrakter under rammeaftalen kan tildeles ved direkte tildeling eller miniudbud.

Det fremgår af udbudsmaterialet for rammeaftalen, at der kan ske direkte tildeling ved flytteopgaver på under 50.000 kr. Her tildeles kontrakterne efter kaskademodellen, således at den billigste leverandør inden for den delaftale, ordregiver er omfattet af, skal tildeles opgaven. Kun hvis denne leverandør ikke kan løse opgaven, kan man gå videre til den leverandør, der er nummer to på den pågældende delaftale, osv.

For flytteopgaver på over 50.000 kr. skal der gennemføres miniudbud blandt de leverandører, der er antaget som leverandører inden for den delaftale, ordregiver er omfattet af. Kontrakten tildeles herefter på baggrund af kriteriet pris.

Kravet om, at der skal gælde objektive kriterier for valget mellem de to tildelingsformer, udelukker ikke, at det afgørende for valget mellem de to tildelingsformer kan være ordregi-vers behov. Det skal dog være beskrevet i udbudsmaterialet, hvad der nærmere forstås ved ordregivers behov i forhold til karakteren af de anskaffelser, der er omfattet af rammeaftalen, jf. ovenfor, afsnit 6.2.6.2.1 om direkte tildeling. Ordregiver må ikke opgøre sit behov på baggrund af usaglige hensyn, så konkurrencen hindres, begrænses eller fordrejes.

[269] Læs mere om evalueringsmodeller i afsnit 10.4.
[270] Jf. udbudsdirektivets præambelbetragtning 61.

Boks 6.4
Eksempel på direkte tildeling og miniudbud på samme rammeaftale

En kommune har en rammeaftale med flere leverandører om levering af serviceydelser til dennes maskinpark. Kontrakter under rammeaftalen kan tildeles ved direkte tildeling eller miniudbud.

Det fremgår af udbudsmaterialet for rammeaftalen, at der kan ske direkte tildeling, når der kun er én leverandør på rammeaftalen, der har kompetencer til at servicere og reparere den maskine, der aktuelt er i uorden.

Er der flere leverandører på rammeaftalen, der har kompetencer til at servicere eller reparere den maskine, der aktuelt er i uorden, skal ordregiver gennemføre miniudbud blandt alle de leverandører, der har kompetencer til at servicere eller reparere maskinen. Kontrakten tildeles herefter på baggrund af kriteriet pris.

6.2.6.3 Mulighed for periodekøbskontrakter?

Der kan på grundlag af en rammeaftale indgås kontrakter, der har karakter af at være løbende forhold – de såkaldte periodekøbskontrakter eller rammekontrakter. Dette indebærer, at ordregiver kan indgå kontrakter, der alene angiver et estimat af det forventede køb på aftalen, og som ikke nødvendigvis medfører pligt til at aftage et bestemt antal. Det skal bemærkes, at sådanne periodekøbskontrakter ikke har karakter af en rammeaftale, dvs. af en aftale uden en aftageforpligtelse for ordregiver, men af en kontrakt med fleksible vilkår. For sondringen mellem en rammeaftale og en kontrakt med fleksible vilkår, se eksemplet i afsnit 6.2.1 ovenfor.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at periodekøbskontrakter kan indgås på grundlag af alle typer rammeaftaler. Periodekøbskontrakter vil kunne indgås både ved direkte tildeling eller ved miniudbud, og uanset om der er indgået rammeaftale med en eller flere leverandører.[271]

En periodekøbskontrakt skal tildeles i overensstemmelse med de betingelser, som rammeaftalen angiver for tildeling af kontrakter på grundlag af rammeaftalen. Det skal fremgå af udbudsmaterialet for rammeaftalen, hvorvidt man forventer at indgå periodekøbskontrakter, og hvilken løbetid sådanne kontrakter forventes at have.

En periodekøbskontrakt kan også indeholde optioner med mulighed for forlængelse. Der gælder de samme regler for løbetiden af periodekøbskontrakter som for andre kontrakter, der indgås på grundlag af en rammeaftale, dvs. at periodekøbskontrakterne gerne må række ud over rammeaftalens løbetid. Denne mulighed må dog ikke misbruges til at indgå ekstraordinært lange aftaler på baggrund af en rammeaftale i slutningen af en rammeaftales gyldighedsperiode med det formål at omgå udbudsreglerne.

---

[271] Muligheden for periodekøbskontrakt fremgår ikke direkte af udbudslovens bestemmelser, men er anført som en mulighed i lovbemærkningerne til udbudslovens § 97, som vedrører tildeling af kontrakter på grundlag af en rammeaftale med en leverandør.

Boks 6.5
Eksempel på periodekøbskontrakt

En ordregiver har indgået rammeaftale om indkøb af rengøringsartikler. Et træk på rammeaftalen kan ske ved en direkte tildeling enten som enkeltkøb eller som en periodekøbskontrakt.

Periodekøbskontrakten anvendes i de tilfælde, hvor ordregiver har kendskab til myndighedens behov over en længere periode og ønsker at have den samme leverandør i denne periode. Enkeltkøb anvendes i forbindelse med supplerende leverancer.

Periodekøbet indebærer, at der indgås en kontrakt over enten 12, 24, 36 eller 48 måneder med én leverandør om nogle specifikke varer og mængder under rammeaftalen, dog maksimalt 24 måneder ud over rammeaftalens løbetid. Ordregiver kan herefter i denne periode foretage bestillinger vedrørende periodekøbskontraktens varer hos den leverandør, der er indgået periodekøbskontrakt med.

6.2.6.4 Anvendelse af parallelle rammeaftaler

Den samme ordregiver kan godt indgå eller anvende flere rammeaftaler, der har et sammenfaldende sortiment – såkaldte parallelle rammeaftaler.[272] Ved parallelle rammeaftaler skal der forstås flere rammeaftaler, der er indgået på baggrund af forskellige gennemførte udbud. De kan være gennemført tidsforskudt og kan fx have et sortiment, der er enten helt eller delvist sammenfaldende. Der er her ikke tale om en rammeaftale med flere leverandører.

Ordregiver må ikke misbruge eller anvende parallelle rammeaftaler på en sådan måde, at konkurrencen hindres, begrænses eller fordrejes. Adgangen til at indgå eller anvende parallelle rammeaftaler må ikke udnyttes med henblik på varetagelse af usaglige hensyn – fx med henblik på at indgå kontrakt med en bestemt leverandør.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det vil være de samme overvejelser, der gør sig gældende ved valget mellem parallelle rammeaftaler, som gør sig gældende ved rammeaftaler med flere leverandører, hvor der er mulighed for direkte tildeling[273] eller både direkte tildeling og miniudbud.[274]

Dette betyder, at valget mellem parallelle rammeaftaler skal ske på baggrund af objektive kriterier.

6.3 Dynamiske indkøbssystemer[275]

Dynamiske indkøbssystemer er en elektronisk indkøbsproces til indkøb af ydelser, der er generelt tilgængelige på markedet og opfylder ordregiverens krav. Dynamiske indkøbssystemer kan anvendes til alle typer indkøb, dvs. indkøb af varer, bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser. Dynamiske indkøbssystemer kan med fordel anvendes ved mere standardiserede indkøb som fx fødevarer eller kontorartikler. Anvendelsen er dog ikke begrænset til standardiserede indkøb, men vil også kunne omfatte fx almindeligt anvendte konsulentopgaver.

Indkøbscentraler kan desuden oprette dynamiske indkøbssystemer og stille dem til rådighed for deres brugere.

---

[272] Muligheden for parallelle rammeaftaler fremgår af lovbemærkningerne til udbudslovens § 95.
[273] Læs om direkte tildeling i afsnit 6.2.6.2.1.
[274] Læs om direkte tildeling og miniudbud på samme rammeaftale i afsnit 6.2.6.2.3.
[275] Jf. udbudslovens §§ 101-108.

6.3.1 Oprettelse af et dynamisk indkøbssystem[276]

Etableringen af et dynamisk indkøbssystem sker ved et begrænset udbud.[277] Ordregiver er ved oprettelsen af et dynamisk indkøbssystem forpligtet til at følge reglerne for begrænset udbud i alle faser indtil tildelingen af de konkrete kontrakter, dog med den undtagelse, at ordregiver ved dynamiske indkøbssystemer ikke kan begrænse antallet af ansøgere, der optages i systemet. Alle ansøgere, der opfylder minimumskravene til egnethed og ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde, skal derfor optages i systemet.

Ved etableringen af et dynamisk indkøbssystem skal ordregiver i udbudsbekendtgørelsen oplyse følgende:

» Løbetiden for det dynamiske indkøbssystem
» hvilke minimumskrav til egnethed der gælder for optagelse i indkøbssystemet
» de kriterier for tildeling, der gælder ved tildeling af kontrakter på grundlag af det dynamiske indkøbssystem.

Der er ingen begrænsning på det dynamiske indkøbssystems løbetid. At der ingen begrænsning er i løbetiden, skal ses i sammenhæng med, at der i hele det dynamiske indkøbssystems løbetid er adgang for alle, som opfylder minimumskravene til egnethed og ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde.

Ordregiver har mulighed for at opdele det dynamiske indkøbssystem i kategorier af varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder. Kategorierne skal være objektivt defineret på grundlag af de karakteristika, som definerer den enkelte kategori. En opdeling kan eksempelvis ske på grundlag af kvalitetsforskelle, fx kuglepenne af høj kvalitet kontra lav kvalitet, størrelsen på den enkelte kontrakt, inden for hvilket geografisk område kontrakten skal gennemføres, forskellige leveringvilkår eller særlige juridiske forhold.

Hvis ordregiver vælger at opdele det dynamiske indkøbssystem i flere kategorier, skal udbudsbekendtgørelsen specificere minimumskravene til deltagernes egnethed i forhold til hver kategori. Ordregiver skal anvende minimumskrav til egnethed, som står i rimeligt forhold til den pågældende kategoris karakteristika.

Ordregiver kan også vælge at angive forskellige kriterier for tildeling af kontrakter for hver enkelt kategori. I så fald skal disse kriterier angives i udbudsbekendtgørelsen.

I udbudsmaterialet skal ordregiver desuden oplyse følgende:

» Arten og den anslåede mængde af planlagte indkøb
» alle nødvendige oplysninger om det dynamiske indkøbssystem.

Dette skal som minimum omfatte oplysninger om, hvordan det dynamiske indkøbssystem fungerer, hvilket elektronisk udstyr der anvendes, samt tekniske ordninger og specifikationer for tilslutning.

Hvilke oplysninger der ud over de ovenfor angivne er nødvendige, vil bero på en konkret vurdering. Det, der vil være afgørende, er, om de oplysninger, der er angivet i udbudsmaterialet

[276] Jf. udbudslovens §§ 102-104.
[277] Læs om begrænset udbud i afsnit 5.3.

om det dynamiske indkøbssystem, er tilstrækkelige til, at alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere kan forstå oplysningerne og fortolke dem på samme måde.

Ved etableringen af det dynamiske indkøbssystem skal fristen for indgivelse af en ansøgning om optagelse i det dynamiske indkøbssystem være mindst 30 dage fra dagen efter udbudsbekendtgørelsens afsendelse. Ordregiver kan tidligst anvende det dynamiske indkøbssystem, når denne frist er udløbet, og de ansøgninger, der er modtaget inden for fristen, er færdigbehandlede.

Løbende optagelse i et dynamisk indkøbssystem
Et dynamisk indkøbssystem kan betegnes som en slags åben rammeaftale med flere leverandører, idet alle, der opfylder minimumskravene til egnethed og ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde, skal optages i systemet. Ordregiver er forpligtet til løbende at optage nye deltagere i systemet og kan ikke begrænse antallet af deltagere. Ordregiver meddeler hurtigst muligt ansøgeren, hvorvidt denne er optaget i det dynamiske indkøbssystem.

Ordregiver kan ikke opsætte yderligere frister for optagelse i systemet end minimumsfristen på 30 dage ved oprettelsen af det dynamiske indkøbssystem. Ansøgninger om deltagelse i et dynamisk indkøbssystem skal som hovedregel behandles inden for 10 arbejdsdage efter modtagelsen af ansøgningen. Denne frist kan forlænges til 15 dage i konkrete sager, hvor ordregiver finder det berettiget, herunder hvis ordregiver fx har behov for at verificere, om minimumskravene til egnethed er opfyldt.

Fristen på 10 dage for vurdering af ansøgninger kan også forlænges, når opfordringen til at afgive tilbud for det første specifikke indkøb, som ønskes foretaget under det dynamiske indkøbssystem, endnu ikke er udsendt. Ordregiver må dog ikke udsende opfordringer til at afgive tilbud i løbet af den forlængede vurderingsperiode.

6.3.2 Tildeling af kontrakter[278]

Et konkret indkøb under et dynamisk indkøbssystem iværksættes ved, at ordregiver opfordrer alle de optagne virksomheder til at afgive tilbud. Hvis ordregiver har benyttet sig af muligheden for at opdele det dynamiske indkøbssystem i flere kategorier, skal kun de optagne virksomheder inden for den relevante kategori opfordres til at afgive tilbud.

Ordregiver skal fastsætte en passende tidsfrist for indgivelse af tilbud.[279] Fristen skal som minimum være 10 dage regnet fra dagen efter afsendelse af opfordringen til at afgive tilbud.

Selve tildelingen skal ske på grundlag af kriterierne for tildeling, som er fastsat i udbudsbekendtgørelsen om indgåelse af det dynamiske indkøbssystem. Ordregiver har dog mulighed for at præcisere kriterierne for tildeling i opfordringen til at afgive tilbud. Det er op til ordregiver at vurdere, hvornår en præcisering er relevant. Ordregiver er tillagt et ganske vidt skøn ved vurderingen, så længe præciseringen ikke forfølger et usagligt hensyn, er i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet eller ændrer på et grundlæggende element. Ordregiver skal i opfordringen til at afgive tilbud oplyse den evalueringsmodel, som skal anvendes til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af tildelingskriterierne.[280]

[278] Jf. udbudslovens § 105.
[279] Læs om tidsfrister i kapitel 8.
[280] Læs om evalueringsmodeller i afsnit 10.4.

Efter ordregiver har besluttet, hvilken tilbudsgiver der skal tildeles kontrakten, skal alle berørte tilbudsgivere samtidig og skriftligt have meddelelse herom, og ordregiver skal udarbejde en rapport over udbudsprocessen.[281] Desuden skal ordregiver senest 30 dage efter udgangen af hvert kvartal fremsende bekendtgørelser om de kontrakter, der er indgået på grundlag af det dynamiske indkøbssystem.[282]

6.3.3 Verificering af oplysninger i løbetiden[283]

Grundet det dynamiske indkøbssystems potentielt langvarige karakter kan ordregiver have et behov for løbende at sikre sig, at de oplysninger, som deltagerne i det dynamiske indkøbssystem har givet, stadig er korrekte.

Ordregiver har derfor ret til at kræve, at deltagerne inden for fem arbejdsdage fra anmodningen herom indsender et nyt og ajourført ESPD.[284]

Ordregiver har som udgangspunkt alene en ret til at kræve, at deltagerne indsender et nyt og ajourført ESPD, og ikke en pligt hertil. Ordregiver er alene underlagt en pligt til at indhente oplysningerne i de situationer, hvor der er tvivl om, hvorvidt deltagerne er omfattet af en obligatorisk udelukkelsesgrund og, hvis relevant, af en frivillig udelukkelsesgrund. Det samme gør sig gældende, hvis ordregiver er i tvivl om, hvorvidt deltagerne opfylder minimumskravene til egnethed. Ordregiveren har her pligt til at foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som er indsendt.

Ordregiver kan derudover på ethvert tidspunkt i løbet af det dynamisk indkøbssystems løbetid kræve, at deltagerne fremlægger dokumentation for egnethed samt for, at de ikke er omfattet af én af udbudslovens udelukkelsesgrunde, når dette er nødvendigt for at sikre, at udbudsproceduren gennemføres korrekt.[285]

6.3.4 Ændringer og ophør[286]

Hvis ordregiver ønsker at ændre i løbetiden af det dynamiske indkøbssystem, skal der offentliggøres en udbudsbekendtgørelse. Dette medfører ikke, at der etableres et nyt dynamisk indkøbssystem, og deltagerne behøver således ikke at søge om optagelse på ny.

Hvis ordregiver ønsker at bringe indkøbssystemet til ophør, skal ordregiver offentliggøre en bekendtgørelse om indgåede kontrakter.

6.4 Elektroniske auktioner[287]

En elektronisk auktion er defineret som en gentagen elektronisk proces, der anvendes til klassificering af tilbud på grundlag af automatiske vurderingsmetoder.[288] Mere præcist er der tale om en automatiseret elektronisk overbygning på eksempelvis et offentligt udbud, hvor tilbudsgiverne efter en indledende vurdering af tilbuddene får mulighed for at afgive nye og

[281] Jf. udbudslovens § 174, stk. 1.
[282] Jf. udbudslovens § 129, stk. 4. Læs om underretning i afsnit 10.6.4 og om ordregiveres rapporteringspligt i afsnit 10.8.
[283] Jf. udbudslovens § 106.
[284] Læs om ESPD i afsnit 9.5.1.
[285] Jf. udbudslovens § 151, stk. 2. Læs om fremlæggelse af dokumentation i afsnit 9.5.
[286] Jf. udbudslovens § 107.
[287] Jf. udbudslovens §§ 109-115.
[288] Jf. udbudslovens § 24, nr. 8.

lavere priser. Når kontrakten tildeles på baggrund af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet, er der ligeledes mulighed for at forbedre andre elementer i tilbuddet end prisen.

Fordelen ved elektroniske auktioner er bl.a., at tilbudsgiverne får mulighed for at konkurrere videre, efter at de er blevet bekendt med, hvor de står i konkurrencen, efter deres tilbud er blevet indledende vurderet forud for auktionen.

6.4.1 Hvornår kan elektroniske auktioner anvendes?[289]

Elektroniske auktioner skal ses som en form for tildelingsmetode. Dette betyder, at ordregiver, frem til før auktionen sættes i gang, skal følge reglerne for den udbudsprocedure, der anvendes. Elektroniske auktioner kan anvendes i forbindelse med:

» Offentligt udbud
» begrænset udbud
» udbud med forhandling
» miniudbud i henhold til en rammeaftale
» tildeling af en kontrakt inden for et dynamisk indkøbssystem.

Ordregiver skal i udbudsbekendtgørelsen angive, om elektronisk auktion vil blive anvendt i forbindelse med tildeling af kontrakten.[290]

Den elektroniske auktion gør det muligt for tilbudsgiverne at konkurrere ud fra priser eller andre kvantificerbare elementer. Med kvantificerbare elementer menes forhold, der fx kan udtrykkes i tal eller procenter.[291] Kravet om, at der skal konkurreres ud fra kvantificerbare elementer, forudsætter, at der er tale om ydelser, som kan beskrives nøjagtigt. Et kvantificerbart element kunne fx være leveringsfrister udtrykt i antal dage fra afgivelse af en bestilling.

Elektroniske auktioner kan være komplicerede rent teknisk. Ordregiver skal derfor overveje, om anskaffelsen vil være egnet til en elektronisk auktion, samt om anskaffelsens værdi, prisdannelsen på markedet m.v. berettiger til en elektronisk auktion.

Elektroniske auktioner kan som udgangspunkt ikke anvendes ved tjenesteydelseskontrakter og bygge- og anlægskontrakter, hvis kontrakterne omfatter en intellektuel indsats, der ikke kan klassificeres på grundlag af automatiske vurderingsmetoder og dermed gøres til genstand for auktion.

Det beror på en konkret vurdering af karakteren af den evt. intellektuelle indsats, som er omfattet af kontrakten, om kontrakten kan gøres til genstand for elektronisk auktion. Rådgivnings- og konsulentydelser har ofte et stort indhold af viden og kræver fra opgave til opgave en tilpasning til den konkrete kundes behov. Sådanne opgaver kan derfor i mange tilfælde ikke gøres til genstand for elektroniske auktioner. Det kan eksempelvis dreje sig om kommunikationsopgaver, analyseopgaver, økonomisk rådgivning, procesoptimering, energieffektivisering, ledelsesudvikling, arbejdsmiljørådgivning, klimaløsninger og design. Tilsvarende gør sig ofte gældende, for så vidt angår bygge- og anlægsarbejder.

[289] Jf. udbudslovens § 109.
[290] Jf. udbudslovens § 111.
[291] Jf. direktiv 2014/24/EU, betragtning 67.

Den konkrete vurdering må bl.a. bero på, hvor kvantificerbare kriterierne for tildeling er. Ordregiver skal desuden være opmærksom på, at der ikke er nogen forpligtelse til at anvende elektroniske auktioner. Ordregiver skal derfor kun anvende elektroniske auktioner, hvor det skønnes at være hensigtsmæssigt.

6.4.2 Fremgangsmåde

En elektronisk auktion kan vedrøre kvantificerbare elementer i de afgivne tilbud, fx priser, men en elektronisk auktion kan også anvendes, når tildelingen består af både priser, andre kvantificerbare elementer og kvalitative elementer. Tilbuddene vurderes forud for auktionen, og er der kvalitative elementer, der ikke kan gøres til genstand for auktion, skal disse vurderinger indgå med faste værdier i den matematiske formel, som danner grundlag for auktionen. Disse vurderinger skal indgå i formlen, da det under auktionen så vil være muligt for tilbudsgiverne at se, hvordan de er placeret i konkurrencen.

Elektroniske auktioner skal gennemføres i et elektronisk system, dvs. at tilbudsgiverne elektronisk afgiver bud i form af nye priser eller andre værdier, der undergives en automatisk elektronisk behandling. Denne behandling skal resultere i en ny klassificering af tilbuddet, som omgående kommer til auktionsdeltagernes kendskab. Der skal være tale om en samlet og automatiseret elektronisk proces.

Anvendelsen af elektroniske auktioner forudsætter, at det i udbudsbekendtgørelsen er anført, at der vil blive anvendt elektronisk auktion i forbindelse med tildelingen af kontrakt. Når ordregiver har tilkendegivet i udbudsbekendtgørelsen, at der vil blive anvendt elektronisk auktion, kan ordregiver ikke undlade det. Ordregiver skal allerede ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet have lagt sig fast på, hvordan den elektroniske auktion skal forløbe.

Ved anvendelse af elektronisk auktion skal ordregiver iagttage en række formkrav. Udbudsmaterialet skal indeholde følgende oplysninger om den elektroniske auktion:

- De kvantificerbare elementer, som auktionen vil omfatte.
- Oplysninger om evt. grænser for de værdier, som kan fremlægges, sådan som de fremgår af specifikationer af kontraktens genstand.
- Oplysninger, der vil blive stillet til tilbudsgivernes rådighed under den elektroniske auktion, og om, på hvilket tidspunkt de i givet fald stilles til rådighed.
- Relevante oplysninger for afviklingen af den elektroniske auktion.
- Betingelserne, på hvilke tilbudsgiverne kan byde, herunder navnlig de mindste udsving mellem buddene, som i givet fald kræves for at byde.
- De relevante oplysninger om det elektroniske system, der anvendes, og om betingelser og tekniske specifikationer for tilslutningen.

Ovenstående oplysninger skal sikre, at ordregiver i udbudsmaterialet har præciseret, hvilke kvantificerbare elementer der afholdes auktion over, og at ordregiver har oplyst, hvordan selve auktionen vil blive afviklet, herunder om der er evt. mindstekrav til de ændringer, tilbudsgiverne kan byde ind med, fx for at undgå, at der konkurreres på decimaler.

Ordregiver skal give alle de oplysninger, der er nødvendige for tilbudsgiverne i forhold til afholdelse af auktionen, således at tilbudsgiverne er forberedt på, hvordan auktionen vil forløbe.

Ordregiver skal inden afholdelsen af den elektroniske auktion foretage en fuldstændig vurdering af de modtagne tilbud på grundlag af de fastsatte kriterier for tildeling og den fastsatte evalueringsmodel.

6.4.2.1 Opfordring til at deltage i auktionen[292]

Ordregiver skal efter tilbudsvurderingen sende en opfordring til alle tilbudsgivere, der har afgivet antagelige tilbud. Kravet om antagelighed gælder for hele tilbuddet, også for de dele af tilbuddet, som gøres til genstand for konkurrence under auktionen.

Opfordringen til at deltage i elektronisk auktion skal udsendes elektronisk, og den skal sendes samtidig til alle relevante tilbudsgivere. Ordregiver kan under den elektroniske auktion ikke begrænse antallet af tilbudsgivere. Antallet af tilbudsgivere kan således kun reduceres ved, at en tilbudsgiver melder sig ud af konkurrencen, fx fordi tilbudsgiveren ikke kan forbedre sit tilbud yderligere.

Auktionen må tidligst finde sted to hverdage efter afsendelsen af opfordringen. Fristen skal beregnes i overensstemmelse med fristforordningen.[293]

Opfordringen til at deltage i den elektroniske auktion skal indeholde:

- Resultatet af vurderingen af tilbuddene, hvilket indebærer oplysning om den præcise rangorden fra den foretagne tilbudsvurdering.
- Dato og klokkeslæt for, hvornår den elektroniske auktion finder sted.
- Oplysninger om en evt. faseopdeling af auktionen og tidsplanen for denne. Faserne kan opdeles rent tidsmæssigt eller vedrøre enkelte delelementer i de afgivne tilbud.
- Den matematiske formel, der automatisk bestemmer den nye klassificering af tilbuddet på grundlag af de nye priser og/eller nye værdier.[294] Undtagen i tilfælde, hvor det økonomisk mest fordelagtige tilbud alene identificeres på grundlag af prisen, skal denne formel indeholde vægtningen af alle de kriterier, der er fastsat med henblik på at afgøre, hvilket tilbud der er mest fordelagtigt. Er der anvendt intervaller for vægtningen, skal disse være præciseret, inden formlen udarbejdes.
- Angivelse af, hvilke oplysninger der vil blive givet under auktionen.
- Oplysninger om auktionens afslutning.

Under den elektroniske auktion skal ordregiveren omgående give alle tilbudsgiverne tilstrækkelige oplysninger til, at de på ethvert tidspunkt kan kende deres placering i forhold til de andre tilbudsgivere.

Ordregiver må ikke give oplysninger om tilbudsgivernes identitet over for de øvrige tilbudsgivere under auktionen. Ordregiver kan dog på et hvilket som helst tidspunkt oplyse antallet af deltagere i auktionen.

6.4.2.2 Auktionens afslutning og tildeling af kontrakt[295]

Auktionen afsluttes i overensstemmelse med, hvad ordregiver har angivet i opfordringen til deltagelse. Ordregiver kan eksempelvis bestemme, at auktionen afsluttes på et bestemt klokkeslæt. Afslutningen kan også udskydes, såfremt der indkommer et nyt tilbud inden for en nærmere angivet frist forud for auktionens afslutning.

---

[292] Jf. udbudslovens § 113.

[293] Jf. forordning 1182/71. Læs om tidsfrister i kapitel 8.

[294] Såfremt alternative tilbud er tilladt, skal den matematiske formel, der bestemmer den automatiske omklassificering, angives særskilt for hvert alternativt tilbud, jf. udbudslovens § 113, stk. 3. Læs om alternative tilbud i afsnit 7.4.5.

[295] Jf. udbudslovens § 115.

Ordregiver kan også vælge, at auktionen skal afsluttes, når der ikke modtages flere nye priser eller værdier, der imødekommer de krav til mindsteudsving, der er anført i opfordringen. Der kan fx være angivet, at nye priser, der afgives under auktionen, skal være et vist interval, fx 10 kr. eller 2 procent bedre end det sidst afgivne bud, og at auktionen afsluttes, når ordregiver ikke modtager flere nye bud, der opfylder de fastlagte krav. Her skal der angives den tid, som ordregiver vil vente på at modtage et bud, der er bedre end det sidst afgivne.

Hvis auktionen foregår i faser, afsluttes auktionen, når alle faserne er afsluttet.

Når den elektroniske auktion er afsluttet, tildeler ordregiver kontrakten til den tilbudsgiver, der er bedst placeret ved auktionens afslutning.

Herefter følger ordregiver igen reglerne for den udbudsprocedure, der anvendes.

Boks 6.6
Eksempel på elektronisk auktion

En ordregiver skal indkøbe kopimaskiner. Ordregiver gennemfører et begrænset udbud, hvor der udvælges fem tilbudsgivere. Det er oplyst i udbudsbekendtgørelsen, at der vil blive anvendt elektronisk auktion. Ved tildeling af kontrakten lægger ordregiver vægt på pris (30 procent), leveringstid (30 procent), strømforbrug (20 procent), kopieringshastighed (10 procent) og leverandørens service i forbindelse med reparationer (10 procent). Fem tilbudsgivere, A, B, C, D og E, afgiver tilbud.

Efter tilbudsevalueringen er tilbudsgiverne placeret i følgende rækkefølge: B, C, E, A og D. Tilbudsgiver B står således til at vinde kontrakten. Ordregiver iværksætter nu en elektronisk auktion.

Vurderingen af strømforbrug og kopieringshastighed ligger fast for det konkrete produkt, leverandørerne hver især har tilbudt. Disse faktorer vil derfor ikke indgå som elementer i auktionen, men som en del af den matematiske formel, som danner grundlag for tilbudsgivernes automatiske placering under auktionen.

Pris, leveringstid og leverandørens tilkaldetid ved reparationer kan leverandøren derimod ændre på uden at ændre ved produktet. Samtidig er det elementer, som er målbare, og som kan evalueres automatisk. Disse elementer sættes på auktion.

Før auktionen er situationen følgende:
- Tilbudsgiver B er billigst
- Tilbudsgiver C er dyrere, men har samme leveringstid og tilkaldetid
- Tilbudsgiver E er dyrere og har langsommere leveringstid og tilkaldetid
- Tilbudsgiver A og D's tilbud er væsentligt dårligere end de øvrige tilbud på alle punkter

Auktionen er aftalt til at foregå i tre budrunder.
- Første budrunde: C sænker sin pris. Hermed ligger C i spidsen efterfulgt af B og E
- Anden budrunde: E sænker sin pris og tilbyder en hurtigere tilkaldetid ved reparationer. B sænker sin pris. Det betyder, at B igen ligger på førstepladsen, mens E rykker op foran C.
- Tredje budrunde: E forbedrer sin leveringstid. Hverken B eller C ændrer deres bud. Da leveringstid vægter 30 procent i vurderingen, sker der en markant forbedring af E's tilbud. Hermed bliver E den endelige vinder af kontrakten.

I eksemplet fik ordregiver et bedre tilbud i kraft af auktionen. Fordelen for tilbudsgiverne var, at de fik lejlighed til at optimere deres tilbud. Når det er sagt, kan det naturligvis ikke udelukkes, at en tilbudsgiver i første omgang undlader at afgive det bedst mulige tilbud, fordi der senere bliver en mulighed for at forbedre tilbuddet. Det kan derfor ikke konkluderes, at en auktion i alle tilfælde vil føre til et bedre resultat end almindelig tilbudsgivning.

6.5 Elektroniske kataloger[296]

Et elektronisk katalog defineres som et format til fremlæggelse og systematisering af oplysninger på en måde, der er fælles for alle deltagende tilbudsgivere, og som er egnet til elektronisk behandling. Som eksempel herpå kan nævnes tilbud, som fremlægges i form af et regneark.[297] I praksis vil elektroniske kataloger typisk være velegnede, når der er behov for en systematisering af mange varelinjer eller priser, og elektroniske kataloger er særligt relevante ved fx varekøb, som består af et bredt sortiment og dermed mange varelinjer.

Anvendelsen af elektroniske kataloger er en del af den overordnede målsætning om at fremme elektroniske udbud med henblik på at nedsætte de transaktionsomkostninger, der er forbundet med gennemførelse af udbud.

6.5.1 Hvornår kan elektroniske kataloger anvendes?[298]

En ordregiver kan i forbindelse med alle udbudsprocedurer og ved anvendelse af dynamiske indkøbssystemer samt ved miniudbud under en rammeaftale acceptere eller kræve, at der ved tilbudsafgivelsen anvendes elektroniske kataloger. Et tilbud, der afgives ved elektroniske kataloger, kan suppleres af yderligere dokumenter, der fuldstændiggør tilbuddet.

Ordregiver kan bestemme, at der skal anvendes opdaterede elektroniske kataloger i forbindelse med miniudbud ved en rammeaftale, der er indgået med flere tilbudsgivere ved anvendelse af elektroniske kataloger. Ordregiver kan også bestemme, at der skal anvendes opdaterede elektroniske kataloger i forbindelse med tildeling af kontrakter på grundlag af et dynamisk indkøbssystem, hvor ansøgningen om deltagelse i indkøbssystemet har været ledsaget af et elektronisk katalog.[299]

Det skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen, om ordregiver accepterer eller kræver anvendelse af elektroniske kataloger.

6.5.2 Krav til de elektroniske kataloger[300]

Ordregiver kan stille krav til udformningen af de elektroniske kataloger. Ordregiver kan fastsætte tekniske ordninger og specifikationer og andre formkrav til udarbejdelse af elektroniske kataloger.

Tilbudsgiver skal udarbejde de elektroniske kataloger i overensstemmelse med kravene til elektroniske kommunikationsværktøjer samt yderligere krav, der fastsættes af ordregiveren – herunder de krav, der gælder for elektronisk kommunikation i udbud.[301]

Derudover kan Europa-Kommissionen vedtage retsakter, som kan stille yderligere krav til udarbejdelsen af de elektroniske kataloger.

---

[296] Jf. udbudslovens §§ 116-118.

[297] Jf. udbudslovens § 24, nr. 9.

[298] Jf. udbudslovens § 116.

[299] Jf. udbudslovens § 116, stk. 3, nr. 2.

[300] Jf. udbudslovens § 117.

[301] Jf. udbudslovens § 194, stk. 1. De nærmere regler om elektroniske kommunikationsmidler findes i bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016 om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse, som ændret ved bekendtgørelse nr. 1094 af 29. juni 2022. Læs mere om kravene til elektroniske kommunikationsmidler i afsnit 7.8 nedenfor.

De konkrete krav til elektroniske kataloger skal fremgå af udbudsmaterialet.

6.5.3 Opdatering af elektroniske kataloger[302]

Opdateringen af de elektroniske kataloger i forbindelse med et miniudbud og anvendelsen af dynamiske indkøbssystemer skal ske, ved at:

» Tilbudsgiverne indgiver deres elektroniske kataloger på ny, så de er tilpasset den pågældende kontrakt, eller
» ordregiveren indsamler oplysninger fra de allerede fremsendte elektroniske kataloger

Hvis ordregiveren indsamler oplysninger fra de allerede fremsendte elektroniske kataloger, skal ordregiveren på forhånd underrette tilbudsgiverne om tidspunktet for indsamling af oplysninger og om deres mulighed for at afvise ordregiverens indsamling af oplysninger og dermed afvise at afgive tilbud på den konkrete kontrakt. Tilbudsgiver kan også afvise at afgive tilbud ved at undlade at fremsende et opdateret katalog, dog ikke hvis en pligt hertil fremgår af rammeaftalen.

Der skal være et passende tidsrum mellem ordregiverens underretning om tidspunktet for indsamling af oplysninger og selve indsamlingen af oplysningerne.

Ordregiver skal angive, hvilken af de to opdateringsformer ordregiver vil anvende. Ved rammeaftaler skal dette fremgå af udbudsmaterialet, og ved dynamisk indkøbssystem skal det fremgå af udbudsbekendtgørelsen.

Når ordregiver indsamler oplysninger fra de allerede indsendte elektroniske kataloger, skal ordregiver forelægge resultatet for den pågældende tilbudsgiver, så tilbudsgiveren får mulighed for at påpege evt. fejl i de indsamlede oplysninger. Hvis der konstateres indholdsmæssige fejl, skal ordregiveren rette fejlene, inden der sker tildeling af kontrakten.

Ved indholdsmæssige fejl forstås bl.a. objektive eller helt åbenbare fejl, fx hvor ordregiver har trukket prisoplysninger fra en forkert varelinje i det elektroniske katalog. Men det kan også blot være, hvor tilbudsgiver konkret har behov for at foretage ændringer i det oprindeligt indgivne elektroniske katalog for at gøre sit tilbud så konkurrencedygtigt som muligt.

6.6 Fælles indkøb

6.6.1 Centraliserede indkøbsaktiviteter og indkøbscentraler[303]

Ordregivere kan købe varer og tjenesteydelser ved centraliserede indkøbsaktiviteter. Centraliserede indkøbsaktiviteter er aktiviteter, der udføres på vedvarende basis, og som vedrører enten indkøb til brug for andre ordregivere eller tildeling af offentlige kontrakter eller indgåelse af rammeaftaler til brug for andre ordregivere.[304] Disse aktiviteter foretages af indkøbscentraler. I Danmark er det eksempelvis Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI), der foretager centraliserede indkøbsaktiviteter.

Centraliserede indkøbsaktiviteter kan foretages, så indkøbscentralen fungerer som grossist ved at købe varer og tjenesteydelser, som efterfølgende sælges videre til andre ordregivere.

---

[302] Jf. udbudslovens § 118.
[303] Jf. udbudslovens §§ 119-122.
[304] Jf. udbudslovens § 24, nr. 6.

Alternativt kan centraliserede indkøbsaktiviteter foretages ved at tildele offentlige kontrakter eller rammeaftaler, som andre ordregivere kan benytte sig af. Indkøbscentraler kan herudover foretage etablering og drift af dynamiske indkøbssystemer til brug for andre ordregivere. I så fald skal det fremgå af udbudsbekendtgørelsen, at det dynamiske indkøbssystem drives af indkøbscentralen, med henblik på at andre ordregivere kan anvende det.[305]

Hvis en ordregiver har behov for at indgå en gensidigt bebyrdende kontrakt med en indkøbscentral om levering af centraliserede indkøbsaktiviteter, kan dette gøres uden gennemførelse af et udbud.[306] Sådanne kontrakter kan også omfatte accessoriske indkøbsaktiviteter, som er aktiviteter, der omfatter ydelse til støtte for indkøbsaktiviteter.[307] Det kan eksempelvis være rådgivning om udførelsen eller udformningen af offentlige udbudsprocedurer eller udarbejdelse og forvaltning af udbudsprocedurer på en ordregivers vegne og for dennes regning.

Det er et krav, at de accessoriske indkøbsaktiviteter har tilknytning til kontrakten om levering af centraliserede indkøbsaktiviteter. De skal være en naturlig forlængelse af indkøbscentralens øvrige centraliserede indkøbsaktiviteter og have en tilknytning til de konkrete ydelser, som ydes af indkøbscentralen samt udføres i forbindelse hermed. Aktiviteterne kan derfor ikke have karakter af fx generel rådgivning og vejledning om forståelsen af udbudsregler.

Når ordregivere køber ind via indkøbscentraler, er de kun ansvarlige for de dele af indkøbsprocessen, som de selv udfører. Når en ordregiver eksempelvis tildeler en kontrakt på baggrund af en rammeaftale, som indkøbscentralen har udbudt og indgået, er ordregiveren kun ansvarlig for, at tildelingen gennemføres i overensstemmelse med rammeaftalen. Ansvaret for, at den bagvedliggende rammeaftale er i overensstemmelse med udbudsloven, ligger derimod hos indkøbscentralen. Det samme gælder, når der i stedet for en rammeaftale er tale om tildeling af en kontrakt på baggrund af et dynamisk indkøbssystem, der drives af en indkøbscentral.

6.6.2 Fælles udbud[308]

Ordregivere kan vælge at gennemføre udbud i fællesskab med andre ordregivere. Det kan både indebære, at to eller flere ordregivere indgår et samarbejde om et konkret udbud, og indebære, at ordregiverne indgår et mere formaliseret og længerevarende samarbejde om gennemførelsen af udbud i fællesskab. Sådanne formaliserede og længerevarende samarbejder kaldes også indkøbsfællesskaber.

Udbudsloven opstiller ikke nogen grænser for, hvilke konkrete samarbejdsformer der kan aftales mellem ordregivere. Ordregivere kan eksempelvis foretage samordnede udbud, hvor flere ordregivere i fællesskab udarbejder en teknisk specifikation angående et indkøb af bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, men hvor ordregiverne hver især gennemfører en separat udbudsprocedure. Ordregivere kan også gennemføre udbud i fællesskab, hvor flere ordregivere enten gennemfører udbudsproceduren i fællesskab eller overdrager gennemførelsen af udbudsproceduren til en ordregiver, der indkøber på vegne af alle de deltagende ordregivere.

Det skal være muligt at identificere deltagerne i et fælles udbud. Navnet på ordregiveren skal derfor angives i udbudsbekendtgørelsen. Herudover skal udbudsbekendtgørelsen indeholde

[305] Jf. udbudslovens § 120, stk. 1.
[306] Jf. udbudslovens § 122.
[307] Jf. udbudslovens § 24, nr. 1.
[308] Jf. udbudslovens § 123.

oplysninger, der gør det muligt at identificere samtlige deltagende ordregivere i det fælles udbud. Det kan ske ved at angive navnene eller andet på de deltagende ordregivere, så de pågældende ordregivere let og entydigt kan identificeres. Derudover skal det fremgå af udbudsmaterialet, hvilke dele af udbudsprocessen den enkelte ordregiver er ansvarlig for.

Ansvarsfordeling imellem de deltagende ordregivere[309]
De deltagende ordregivere er i fællesskab ansvarlige for overholdelsen af forpligtelserne i udbudsloven, når et udbud i sin helhed gennemføres i fællesskab i alle de deltagende ordregiveres navne og på disses vegne. Det samme gør sig gældende, når en eller flere ordregivere er udvalgt blandt de deltagende ordregivere til at gennemføre udbuddet og handle i eget navn og på vegne af de andre deltagende ordregivere.

Når et udbud ikke i sin helhed gennemføres i fællesskab, er ordregiverne kun fælles ansvarlige for overholdelse af forpligtelserne i udbudsloven for de dele, der gennemføres i fællesskab. For de dele, som den enkelte ordregiver gennemfører i eget navn og på egne vegne, har ordregiveren det fulde ansvar for overholdelsen af forpligtelserne i udbudsloven.

6.6.3 Udbud, der involverer ordregivere fra forskellige EU-medlemsstater[310]

En ordregiver i en EU-medlemsstat kan benytte centraliserede indkøbsaktiviteter tilbudt af indkøbscentraler, der er beliggende i en anden EU-medlemsstat.[311] Den ordregiver, der ønsker at trække på en rammeaftale, der er indgået af en indkøbscentral beliggende i en anden EU-medlemsstat, skal dog på forhånd være defineret som part på den pågældende rammeaftale.[312] Indkøbscentraler skal foretage indkøb i henhold til de nationale regler der, hvor de er beliggende. Som følge heraf vil de nationale regler i det land, hvor indkøbscentralen er hjemmehørende, finde anvendelse i alle led af udbudsprocessen.

Ordregivere fra to eller flere EU-medlemsstater kan i fællesskab tildele en offentlig kontrakt, indgå en rammeaftale eller drive et dynamisk indkøbssystem.[313] De deltagende ordregivere skal dog forud for gennemførelsen af en sådan udbudsprocedure indgå en indbyrdes aftale, der fastlægger fordelingen af ordregivernes forpligtelser, og hvilken national lovgivning der finder anvendelse i forbindelse med det påtænkte indkøb, samt den interne organisering af udbudsproceduren. Fordelingen af ansvarsområder og den nationale lovgivning, der finder anvendelse, skal anføres i udbudsbekendtgørelsen. Herudover skal udbudsmaterialet indeholde oplysninger, der gør det muligt for virksomhederne at identificere, hvilke dele af udbudsprocessen den enkelte ordregiver er ansvarlig for.

De deltagende ordregivere er ikke forpligtede til at indgå denne aftale forud for udbudsprocessen, hvis de nødvendige elementer er reguleret af en international aftale mellem de pågældende EU-medlemsstater, hvori ordregiverne er hjemmehørende.

En deltagende ordregiver anses for at opfylde sine forpligtelser, når der foretages en anskaffelse hos en ordregiver, der er ansvarlig for udbudsproceduren. Ordregivere er derfor kun ansvarlige for de dele af en udbudsprocedure, som de selv er ansvarlige for at udføre.

---

[309] Jf. udbudslovens § 123, stk. 2-4.
[310] Jf. udbudslovens §§ 124-126.
[311] Jf. udbudslovens § 124.
[312] Jf. udbudslovens § 96.
[313] Jf. udbudslovens § 125, stk. 1.

Ordregivere fra forskellige EU-medlemsstater, der etablerer en fælles enhed, skal træffe beslutning om, hvilket nationalt regelsæt der skal være gældende.[314] Der kan vælges mellem de nationale bestemmelser i den medlemsstat, hvor den fælles enhed har sit hjemsted, eller de nationale bestemmelser i den medlemsstat, hvor den fælles enhed udfører sine aktiviteter.

Aftalen vedrørende valg af regelsæt kan gælde i enten en ubestemt periode eller en afgrænset periode. Indholdet af den konkrete aftale er ikke begrænset. Som følge heraf kan aftalen eksempelvis gælde for en bestemt periode for visse typer af kontrakter eller for visse individuelle kontrakttildelinger. Den nærmere afgrænsning af aftalen om valg af regelsæt kan være fastsat i stiftelsesakten for den fælles enhed eller vedtages af de deltagende ordregivere i det kompetente organ i den fælles enhed.

[314] Jf. udbudslovens § 126.

Kapitel 7
Udbudsmateriale og offentliggørelse

7.1 Indledning

Dette kapitel fokuserer på udarbejdelsen af udbudsmaterialet. Hvad består et udbudsmateriale af, hvilke krav stiller loven til indholdet, og hvordan offentliggør man et udbud?

Kapitlet gennemgår også overordnet, hvordan man via dialog med markedet kan optimere sit udbudsmateriale, og hvordan det kan foregå, så der senere hen sikres en fair konkurrence om opgaveløsningen. For en mere dybdegående gennemgang af muligheder for dialog med markedet kan der henvises til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Dialog før og under udbudsprocessen*.

Desuden gennemgår kapitlet kravene til udbudsmaterialets forskellige dele, fx hvordan man fastsætter udbudsbetingelser og skriver fyldestgørende kravspecifikationer. Der er en række opmærksomhedspunkter i forhold til detaljeringsniveauet og de krav, man ønsker, en leverance eller et produkt skal leve op til.

Udbudsmaterialet danner grundlag for både anskaffelsen og processen. I lovens bemærkninger er anført et krav om, at udbudsmaterialet skal skrives klart og præcist. Ordregiver skal derfor udforme materialet, så tilbudsgiverne kan få en tilstrækkelig forståelse af opgaven. Tilbudsgiverne skal kunne se både indkøbets omfang, hvilken proces der købes ind efter, og hvilke specifikke krav der er til udførelse og endelig leverance. Et klart og præcist udbudsmateriale er afgørende for en god udbudsproces og et godt indkøb.

Til slut i kapitlet gennemgås reglerne for offentliggørelse og kravene om, at en udbudsproces skal gennemføres elektronisk.

7.2 Udbudsmaterialet – hvad består det af?

Når ordregiver har fastslået, at anskaffelsen er omfattet af udbudspligten i udbudsloven, og der er valgt en udbudsprocedure[315], er næste skridt for ordregiveren at udarbejde et udbudsmateriale.

Når man taler om "udbudsmaterialet", er det i loven defineret som en samlet betegnelse for de dokumenter, som ordregiveren udarbejder eller henviser til for at beskrive eller fastlægge elementer i et udbud eller en procedure for tildeling af en kontrakt.[316]

Et udbudsmateriale kan indeholde:

1. Udbudsbekendtgørelse
2. tekniske specifikationer

[315] Udbudsprocedurerne beskrives i kapitel 5.
[316] Jf. udbudslovens § 24, nr. 36.

3. et beskrivende dokument[317]
4. foreslåede kontraktbetingelser
5. format for ansøgernes og tilbudsgivernes fremlæggelse af dokumenter
6. oplysninger om almindeligt gældende forpligtelser
7. evt. supplerende dokumenter[318].

Derudover vil det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD)[319], i det omfang, det skal benyttes i udbuddet, være en del af udbudsmaterialet.

Udbudsmaterialet er således et overordnet begreb, der dækker over alle udbuddets dokumenter.

Ordregiver *skal* anvende en udbudsbekendtgørelse til offentliggørelse af et udbud over tærskelværdierne, men der stilles i loven ikke yderligere krav til, hvordan man opbygger sit udbudsmateriale.

Udbudsbekendtgørelsen
Udbudsbekendtgørelsen er en del af det samlede udbudsmateriale og er det dokument, man offentliggør sit udbud med. Den indeholder de overordnede oplysninger, der som minimum skal offentliggøres, for at potentielle tilbudsgivere bliver i stand til at vurdere deres muligheder for at byde på opgaven. Det er bl.a. oplysninger om opgaven, udbudsproceduren, egnethedskrav, evt. udvælgelseskriterier, tildelingskriterier, tidsfrister for fx afgivelse af tilbud, ordregivers kontaktoplysninger samt oplysninger om klageproceduren. Det øvrige udbudsmateriale specificerer og uddyber disse rammer.

Ved bekendtgørelse af et EU-udbud skal ordregiver benytte de standardformularer, som Europa-Kommissionen har udarbejdet til brug for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelser.

Udbudsbekendtgørelsen og de øvrige obligatoriske bekendtgørelser og meddelelser omtales nærmere i afsnit 7.7.

Det øvrige udbudsmateriale
Der bør som udgangspunkt udarbejdes et udbudsmateriale i forbindelse med alle typer udbud. Man kan undtagelsesvist forestille sig, at et udbud er så ukompliceret, at alle oplysninger kan fremgå af udbudsbekendtgørelsen.

Denne vejledning tager udgangspunkt i, at kravene til indholdet i det øvrige udbudsmateriale beskrives førend selve udfyldelsen af en udbudsbekendtgørelse.

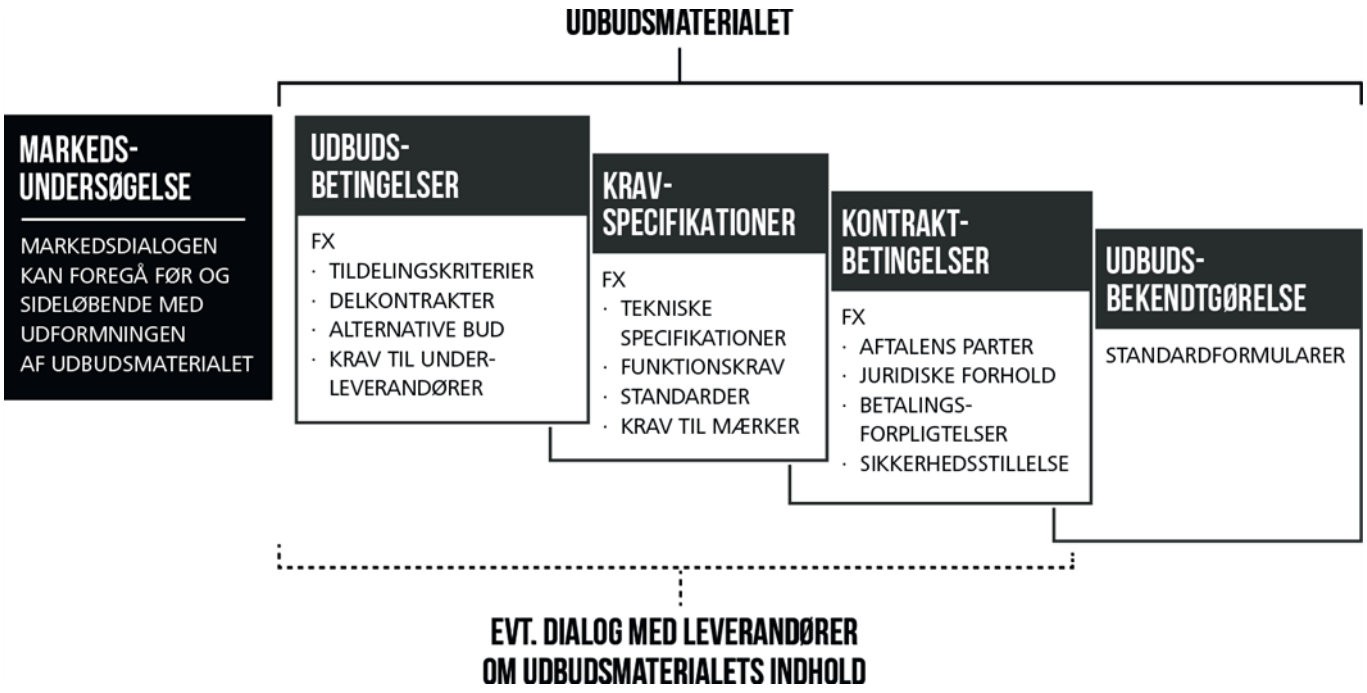
Gennemgangen af lovens krav til indholdet af et udbudsmateriale i de følgende afsnit er derfor opbygget ud fra en betragtning om, at udbudsmaterialet består af følgende dokumenter:

» Udbudsbetingelser
» kravspecifikation
» kontraktbetingelser
» udbudsbekendtgørelsen.

[317] Et beskrivende dokument kan alene anvendes ved udbudsproceduren konkurrencepræget dialog. Se afsnit 5.5.
[318] Jf. udbudslovens § 24, nr. 36.
[319] Læs mere om ESPD i afsnit 9.5.1.

I Figur 7.1 nedenfor illustreres de forskellige dokumenter, som udbudsmaterialet består af.

Figur 7.1 **Udbudsmaterialet**



Omfanget af det øvrige udbudsmateriale afhænger af den konkrete opgave, der skal løses. Indholdet og opbygningen af materialet vil også i nogen grad være påvirket af, hvilken udbudsprocedure der anvendes. Dette kapitel har hovedsigte på et offentligt eller begrænset udbud. Men mange af elementerne vil også kunne anvendes til udformningen af udbudsbetingelser ved de øvrige udbudsprocedurer.

Det er som sagt ikke et krav, at udbudsmaterialet opbygges eller udarbejdes som illustreret ovenfor. Det er dog vigtigt med et struktureret udbudsmateriale, der sikrer overblikket over processen og det samlede udbudsmateriale. Der er ikke nogen bestemt rækkefølge, som dokumenterne med fordel kan udarbejdes i. Da dokumenterne ofte udarbejdes samtidig og af forskellige fagpersoner, bør der sikres en sammenhæng mellem de enkelte dele af materialet for at undgå overlap og modstridende oplysninger.

Der må ikke være uoverensstemmelser mellem indholdet i udbudsbekendtgørelsen og indholdet i det øvrige udbudsmateriale. Ordregiver bør altid nøje overveje, hvad der skal anskaffes, og få det beskrevet grundigt i udbudsmaterialet. Da alt udbudsmateriale skal offentliggøres, samtidig med at udbudsbekendtgørelsen offentliggøres i EU-Tidende, vil det være en fordel, at det øvrige udbudsmateriale udarbejdes, før man udfylder udbudsbekendtgørelsen. På den måde kan man sikre sig, at de oplysninger, der henvises til i udbudsbekendtgørelsen, er i overensstemmelse med det øvrige udbudsmateriale.

Ordregiver skal give fri, direkte og elektronisk adgang til udbudsmaterialet fra datoen for udbudsbekendtgørelsens offentliggørelse i EU-Tidende – uanset udbudsproceduren.[320] Det betyder, at ordregiver skal offentliggøre hele udbudsmaterialet, når udbudsbekendtgørelsen offentliggøres, samt give vederlagsfri adgang hertil.

Et fyldestgørende udbudsmateriale er afgørende for en god udbudsproces, et godt indkøb og det fremtidige samarbejde med leverandøren. Det er vigtigt med et fyldestgørende og struktureret udbudsmateriale, da man ellers kan risikere, at der dukker uventede problemstillinger op, som i værste fald kan føre til, at udbuddet skal annulleres, eller en kontrakt efterfølgende må opsiges og genudbydes.

7.3 Markedsundersøgelser i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmaterialet[321]

Dialog mellem ordregiverne og virksomhederne er vigtig for at skabe den mest effektive konkurrence om en offentlig kontrakt. Dialog kan derfor være et godt redskab i forbindelse med udarbejdelsen af et udbudsmateriale.

I dette afsnit gennemgås reglerne om markedsdialog overordnet. Du kan læse mere om markedsdialog i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Dialog før og under udbudsprocessen*.

Boks 7.1
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Dialog før og under udbudsprocessen*

Denne vejledning gennemgår, hvilke regler der gælder for markedsdialog, hvordan dialogen kan gennemføres, og hvad ordregivere skal være opmærksomme på for ikke at give nogle virksomheder en fordel, ved at de har deltaget i en dialog forud for gennemførelsen af et udbud.

Det fremgår af vejledningens kapitel 2, "Markedsdialog før udbuddet", hvordan markedsdialog kan bruges til at optimere udbudsmaterialet.

Udbudsloven giver en bred adgang til at foretage markedsundersøgelser for at få input til udarbejdelsen af udbudsmaterialet.[322] Ordregiveren kan fx undersøge, hvilke løsninger der er på markedet, hvordan markedet fungerer m.v., og kan fx få input fra potentielle tilbudsgivere, uafhængige eksperter eller myndigheder. Der er ingen formelle krav til gennemførelse af markedsundersøgelsen.

I situationer, hvor ordregiver ikke har den fornødne faglige kompetence til selv at foretage en tilstrækkelig teknisk beskrivelse af opgaven, kan viden fra virksomheder være en god hjælp. Der kan også opstå et behov for, at en eller flere virksomheder udfører forberedende arbejder i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmaterialet. Det kan være udførelse af studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling.

[320] Jf. udbudslovens § 132.
[321] Jf. udbudslovens § 39.
[322] Jf. udbudslovens § 39.

Som udgangspunkt er dialog tilladt, så længe den opfylder de grundlæggende principper om gennemsigtighed og ligebehandling. Det er derfor vigtigt at sørge for, at oplysninger ikke skaber konkurrencefordele.

Hvis en potentiel tilbudsgiver har rådgivet ordregiveren i forbindelse med en markedsundersøgelse, eller på anden måde været involveret i forberedelsen af udbudsproceduren, fx ved udarbejdelse af tilstandsvurderinger eller byggetekniske undersøgelser, skal ordregiveren træffe passende foranstaltninger for at undgå, at konkurrencen fordrejes af den pågældende virksomheds deltagelse i udbuddet. For at sikre, at den pågældende virksomhed ikke fordrejer konkurrencen, skal ordregiver som minimum:

- Så vidt muligt sikre, at relevante oplysninger, der er udvekslet i forbindelse med den pågældende virksomheds involvering i udbudsproceduren, indgår i udbudsmaterialet, og
- fastsætte tidsfristerne for modtagelse af ansøgninger og tilbud, så de udligner den tidsmæssige fordel, som virksomheden kan have opnået ved involvering i forberedelsen af udbuddet.

Også andre foranstaltninger kan konkret være passende for at sikre, at en evt. konkurrencefordel udlignes.

En anden måde at få markedets input på kan være at sende et udkast af fx kravspecifikationen i høring hos tilbudsgiverne. På den måde kan markedet få mulighed for at kommentere på de krav, der stilles, og ordregiver kan efterfølgende tilpasse kravene, hvis ordregiver fx bliver bekendt med krav, som markedet ikke kan leve op til, eller krav, der er fordyrende. Et materiale kan sendes i høring ved fx at sende en forhåndsmeddelelse om et kommende indkøb med henvisning til, at materialet sendes i høring på et angivet tidspunkt, samt hvor udkastet til materialet er tilgængeligt, fx i ordregivers udbudssystem.

7.4 Udbudsmaterialet – udbudsbetingelser

Udbudsbetingelsernes formål er primært at beskrive processen for udbuddets gennemførelse og fastsætte de krav, der er til udbudsproceduren. Flere af de oplysninger, der kan være indeholdt i udbudsbetingelserne, kan også være angivet i udbudsbekendtgørelsen. For at skabe det bedste overblik for tilbudsgiverne kan det være en fordel, at en række af de punkter, som kun overfladisk berøres i udbudsbekendtgørelsen, fremgår mere uddybet af udbudsbetingelserne.

Indholdet afhænger som sagt af, hvilken udbudsprocedure der er tale om, men udbudsbetingelserne bør som udgangspunkt indeholde:

- Kriterier for udelukkelse, egnethed og evt. udvælgelse
- kriterier for tildeling og evalueringsmodel
- regler vedrørende tilbuddet, fx:
  - Krav til oplysning om underleverandører
  - opdeling i delkontrakter
  - adgang til alternative bud
  - adgang til sideordnet tilbud.

Listen er ikke udtømmende, men er et udtryk for emner, der er reguleret i udbudsloven, og som ordregiver dermed bør overveje og tage stilling til i forbindelse med udarbejdelse af udbudsbetingelserne. Ud over disse emner kan udbudsbetingelserne indeholde mere formelle regler som formkrav til tilbudsgivers tilbud, tid og sted for tilbuddets indlevering, sprog, antal eksemplarer, adgangen til at stille spørgsmål, kontaktdata m.v. Der kan sagtens være udbud, der kræver beskrivelser af andre særlige emner, fx en beskrivelse af det forventede forhandlingsforløb ved proceduren udbud med forhandling.

7.4.1 Kriterier for udelukkelse, egnethed og udvælgelse

Ordregiver skal i udbudsbekendtgørelsen angive, hvilke kriterier ordregiver stiller til udelukkelse, egnethed og evt. udvælgelse.[323] Ordregiver kan i det øvrige udbudsmateriale, fx i udbudsbetingelserne, vælge at uddybe kriteriernes indhold, den krævede dokumentation m.v.

Udbudsloven indeholder både obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde.[324] De obligatoriske udelukkelsesgrunde indebærer, at virksomheder skal udelukkes, hvis de er omfattet af dem. De øvrige udelukkelsesgrunde er derimod frivillige at anvende. Det skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen, om man vil gøre brug af en eller flere af de frivillige udelukkelsesgrunde. Når en eller flere frivillige udelukkelsesgrunde er tilvalgt i det konkrete udbud, vil man som ordregiver være forpligtet til at udelukke virksomheder, der er omfattet af de pågældende udelukkelsesgrunde, medmindre virksomhederne kan dokumentere deres pålidelighed.[325]

At en ansøger eller tilbudsgiver er egnet til at gennemføre den udbudte kontrakt, indebærer, at virksomheden lever op til de minimumskrav til virksomhedens egnethed, som ordregiveren har opstillet. Sådanne krav skal relatere sig til enten udøvelsen af det pågældende erhverv, virksomhedens økonomiske og finansielle formåen eller virksomhedens tekniske og faglige formåen. Dette giver ordregiverne mulighed for at sikre sig, at ansøgerne eller tilbudsgiverne er i besiddelse af de nødvendige ressourcer til at gennemføre kontrakten, både i forhold til virksomhedens økonomi og i forhold til tekniske evner. Kriterierne for en virksomheds egnethed skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen.[326]

Ordregiver kan i alle procedurer – på nær offentligt udbud – vælge at begrænse antallet af egnede ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud, på baggrund af objektive og ikkediskriminerende kriterier. Ordregiver skal i udbudsbekendtgørelsen angive kriterier for udvælgelsen af ansøgere.

For en beskrivelse af ordregivers muligheder for at opstille krav og kriterier for udelukkelse, egnethed og udvælgelse henvises til kapitel 9.

Det fremgår af udbudsloven, at ordregiver skal kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere benytter det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD). ESPD er en egenerklæring, der fungerer som foreløbigt bevis for, at en ansøger eller tilbudsgiver opfylder kriterierne mht. udelukkelse, egnethed og udvælgelse.

Ordregiver skal klargøre et ESPD i forhold til, hvilke oplysninger man ønsker tilbudsgiver skal afgive i ESPD'et.[327] ESPD er et udbudsdokument, der udgør en del af det samlede udbudsmateriale. Det skal derfor offentliggøres på samme sted og samme tidspunkt som det øvrige udbudsmateriale.

Da udelukkelsesgrunde, egnetheds- og evt. udvælgelseskriterier skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen, er der nogle ordregivere, der ved procedurer med udvælgelse, fx begrænset udbud eller udbud med forhandling, foretrækker, at det kun er udbudsbekendtgørelsen, der

---

[323] Jf. udbudsdirektivets bilag V, del C, punkt 11 c.

[324] Der henvises til kapitel 9 om udelukkelse, egnethed, udvælgelse og dokumentation for en mere uddybende beskrivelse.

[325] Læs mere om dokumentation af pålidelighed i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens *Vejledning om vurdering af pålidelighed*.

[326] Jf. udbudslovens § 140, stk. 2.

[327] I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens guide *ESPD – det fælles europæiske udbudsdokument* gennemgås det, hvordan virksomheder, som deltager i udbud, skal udfylde ESPD.

danner grundlaget for en udvælgelse. Her vil det øvrige udbudsmateriale ikke vedrøre selve udvælgelsen, men kun den efterfølgende tilbudsfase.

7.4.2 Kriterier for tildeling og evalueringsmodel[328]

Ordregiver skal i udbudsbekendtgørelsen fastsætte kriterierne for tildeling af kontrakten. Ordregiver skal i udbudsmaterialet beskrive indholdet af kriterierne, og hvordan de indkomne tilbud vil blive evalueret. Tilbudsgiverne skal altså forud for udarbejdelsen af deres konkrete tilbud vide, hvordan evalueringen af tilbuddene vil foregå.

Når kriterierne for tildeling og evalueringsmodellen offentliggøres samtidig med udbudsmaterialet, er det med til at sikre en gennemsigtig udbudsproces, hvor tilbudsgiver får mulighed for at optimere sit tilbud. Samtidig vil tilbudsgiverne efterfølgende kunne kontrollere, om ordregiveren har foretaget evalueringen på baggrund af de offentliggjorte kriterier og den beskrevne evalueringsmodel.

I udbudsloven anvendes begrebet tildeling efter det økonomisk mest fordelagtige tilbud.[329] Begrebet anvendes som et overordnet begreb og betyder, at ordregiver skal finde frem til det økonomisk mest fordelagtige tilbud ved at vælge et af tre tildelingskriterier:

» Pris
» omkostninger
» bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Ved tildelingskriteriet pris evalueres tilbuddene alene ud fra en samlet pris, som kan være en opgørelse af flere priselementer. Tilbuddet med den laveste pris vinder udbuddet.

Ved tildelingskriteriet omkostninger evalueres tilbuddene ud fra de samlede omkostninger. Det er tilbuddet med de laveste omkostninger, som vinder udbuddet. Ordregiver har mulighed for at inddrage totalomkostninger (TCO) og livscyklusomkostninger (LCC). Totalomkostninger vedrører alle omkostninger i brugsperioden, bl.a. indkøbsprisen, driftsomkostningerne og bortskaffelsesværdien.[330] Ved livscyklusomkostninger kan der ud over omkostninger i brugsperioden også inddrages omkostninger, der ligger uden for brugsperioden, samt indirekte omkostninger, fx klimapåvirkning og miljøbelastning.

Ved tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet indgår der foruden økonomiske underkriterier som pris eller omkostninger også underkriterier om tilbuddets kvalitetsmæssige indhold. Det er vigtigt, at ordregiver får fastsat underkriterier, som er relevante og proportionale i forhold til kontraktens genstand. Dette gælder også for evt. delkriterier til underkriterierne, som skal have en naturlig forbindelse til det underkriterie, som de knytter sig til. Desuden skal det fremgå af udbudsmaterialet, hvad der tillægges betydning, hvordan de enkelte kriterier vil blive bedømt, og hvordan kriterierne vægtes.

For en mere uddybende beskrivelse og forklaring af ovenfor anførte tildelingskriterier, underkriterier og delkriterier samt vægtningen heraf henvises til afsnit 10.3.

---

[328] Jf. udbudslovens §§ 161-168 om kriterier for tildeling af kontrakter samt § 160 om fremgangsmåde ved evaluering af tilbud.
[329] Jf. udbudslovens § 161.
[330] I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Totalomkostninger – praktisk vejledning til offentlige indkøbere* gennemgås det, hvordan totalomkostninger kan vurderes og opgøres, og hvilke overvejelser ordregivere bør gøre sig i den forbindelse.

Evalueringsmodellen skal også offentliggøres som en del af det samlede udbudsmateriale. Med begrebet evalueringsmodel menes de værktøjer, fx matematiske formler, som identificerer det økonomisk mest fordelagtige tilbud, uanset hvilket af de tre ovenfor nævnte tildelingskriterier der anvendes af ordregiver.

De valgte kriterier for tildeling og evalueringsmodellen er helt centrale for udbuddet og det endelige valg af leverandør. Det er derfor vigtigt, at man nøje overvejer, hvilke kriterier og metoder man opstiller, samt at det er klart og præcist beskrevet.

7.4.3 Underleverandører[331]

En ordregiver kan kræve, at tilbudsgiverne i deres tilbud anfører, på hvilke dele af kontrakten de har til hensigt at anvende underleverandører til at udføre arbejdet, samt hvilke underleverandører der foreslås, hvis de kendes på tidspunktet for tilbuddets afgivelse. Der vil som udgangspunkt ikke være en forpligtelse for tilbudsgiveren til at anvende de anførte underleverandører eller til at give konkrete dele i underleverance.

Man har dog som ordregiver mulighed for at fastsætte krav i udbudsmaterialet, så tilbudsgiver er forpligtet til at bruge de underleverandører, som tilbudsgiver har angivet i tilbuddet. Alternativt kan man i udbudsmaterialet kræve, at tilbudsgivers angivne underleverandører kun kan erstattes, hvis nogle i udbudsmaterialet nærmere angivne betingelser er opfyldt.

Ordregiver kan kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere i deres ansøgning eller tilbud skal erklære, at en underleverandør ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Underleverandørens erklæring kan fremsendes som et ESPD.[332] Hvis underleverandøren først udpeges, efter kontrakten er tildelt, fremlægges ESPD eller anden passende dokumentation af underleverandøren uden ugrundet ophold, efter denne er blevet udpeget.

Hvis en underleverandør er omfattet af en eller flere af de obligatoriske eller anvendte frivillige udelukkelsesgrunde, skal ordregiver kræve underleverandøren erstattet. Underleverandøren har samme muligheder som ansøgeren eller tilbudsgiveren for at dokumentere sin pålidelighed. Dvs. at underleverandøren skal have mulighed for at dokumentere sin pålidelighed, før denne erstattes.

Det er altså frivilligt for ordregiver, om ordregiver vil kræve, at tilbudsgivere og ansøgere i forbindelse med deres tilbud eller ansøgning skal erklære, at underleverandører ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Men når ordregiver har benyttet sig af denne mulighed, og en konkret underleverandør viser sig at være omfattet af en udelukkelsesgrund, skal ordregiveren kræve, at underleverandøren erstattes.

I den situation, hvor en tilbudsgiver har baseret sig på fx en underleverandørs uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer som en del af tilbudsgivers dokumentation for dennes faglige og tekniske formåen, er tilbudsgiver forpligtet til at anvende de angivne underleverandører.[333]

---

[331] Jf. udbudslovens § 177.

[332] I henhold til udbudslovens §§ 148-151.

[333] Jf. afsnit 9.3.5 om muligheden for at basere sig på andre enheders formåen.

7.4.3.1 Kontraktklausul ved brug af underleverandører

Ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter har ordregiver *pligt* til at indsætte en kontraktklausul, som forpligter den valgte leverandør til at oplyse navn, kontaktoplysninger og juridisk repræsentant for underleverandørerne, som skal anvendes til udførelse af kontrakten.[334] Pligten gælder alene for de underleverandører, der er direkte involveret i udførelsen af kontrakten. Ordregiver har dog *ret* til at kræve det for underleverandører længere nede i underleverandørkæden, dvs. en underleverandør til en underleverandør.

Ordregiver skal kræve, at den valgte tilbudsgiver skal indlevere de krævede oplysninger senest ved kontraktens påbegyndelse, hvis de kendes på det tidspunkt. Ordregiver skal ligeledes forpligte leverandøren til hurtigst muligt at oplyse om enhver ændring i underleverandørens oplysninger.

Hvis underleverandøren ikke er kendt på tidspunktet for kontraktens påbegyndelse, skal oplysningerne gives til ordregiveren, så snart de foreligger, når underleverandøren er udpeget. Dette gælder også i de tilfælde, hvor der udpeges nye underleverandører, som skal erstatte tidligere underleverandører.

Følgende skal oplyses om underleverandøren:

» Navn: virksomhedsnavn.
» Kontaktoplysninger: telefonnummer og/eller e-mailadresse, således at ordregiveren kan komme i direkte kontakt med underleverandøren.
» Juridisk repræsentant: en eller flere fysiske personer, der kan afgive juridisk bindende løfter på underleverandørens vegne, fx en tegningsberettiget person eller en person med en stillingsfuldmagt.

Ordregiveren skal sikre, at kontraktklausulen forpligter den valgte tilbudsgiver til at indlevere de krævede oplysninger om underleverandører og til løbende at indlevere evt. ændringer vedrørende underleverandører i løbet af kontraktens varighed.

Ved varekøbskontrakter har ordregiver *ret* til at kræve, at den valgte tilbudsgiver angiver de valgte underleverandørers navn, kontaktoplysninger og juridiske repræsentant. Det gælder også for underleverandører længere nede i underleverandørkæden, dvs. en underleverandør til en underleverandør.

Vælger ordregiver at kræve oplysninger om underleverandører ved en varekontrakt, skal der tilsvarende indarbejdes en kontraktklausul, som forpligter den valgte tilbudsgiver til at indlevere disse oplysninger.

7.4.4 Delkontrakter[335]

Ordregiver kan ved sin tilrettelæggelse af et udbud udbyde særskilte delkontrakter i stedet for at udbyde én samlet kontrakt. Hvis en udbudt opgave ikke opdeles i flere delkontrakter, skal ordregiveren i udbudsmaterialet oplyse hvorfor.

Det er vigtigt at være opmærksom på, at der er forbud mod at opdele en opgave i delkontrakter med henblik på at omgå udbudslovens tærskelværdier. Der er dog intet til hinder for, at en

[334] Jf. udbudslovens § 177, stk. 2.
[335] Jf. udbudslovens § 49.

kontrakt opdeles i mindre kontrakter, der alle udbydes efter de regler, som den samlede kontrakt er underlagt.[336]

Ordregiver skal foretage en vurdering af, om en kontrakt kan opdeles i delkontrakter. Opdelingen kan fx ske som en kvantitativ opdeling eller en geografisk opdeling, eller man kan opdele kontrakten i flere delkontrakter, der vedrører forskellige kontraktgenstande.

En opdeling af en kontrakt i delkontrakter betyder, at det kan blive nemmere for mindre og mellemstore virksomheder at afgive tilbud på opgaverne, frem for at de fx kun figurerer som underleverandører i kontrakten hos en totalleverandør. Ved en opdeling i delkontrakter kan opgaver passe bedre til mindre og mellemstore virksomheders produktionsapparat, deres sortiment eller deres geografiske placering. Ordregiveren skal derfor overveje, om en opdeling kan være med til at skabe et større konkurrencefelt, der kan påvirke konkurrencen om den enkelte kontrakt i en positiv retning, fx ved at der opnås lavere priser.

I planlægningen af et udbud skal ordregiver derfor overveje, om det er hensigtsmæssigt at opdele en kontrakt i delkontrakter. Nedenfor er oplistet en række kontrakttyper, hvor det bl.a. kan overvejes, om det kan være hensigtsmæssigt med en opdeling i delkontrakter.

Boks 7.2
Eksempel på opdeling af kontrakt i delkontrakter

Ved varekøbskontrakter med meget brede sortimenter, fx kontrakter om levering af fødevarer, kunne en opdeling fx være en delkontrakt om frugt og grønt, en delkontrakt om mejeriprodukter, en delkontrakt om kolonialvarer m.v.

Ved tjenesteydelseskontrakter kunne det for landsdækkende aftaler, fx aftaler om transport, foregå ved geografiske opdelinger.

Andre tjenesteydelser, fx håndværksydelser eller fagkonsulenter, kunne opdeles i delkontrakter efter konkrete fagområder.

Opdeling i delkontrakter om bygge- og anlægsarbejder kan foregå i fagentrepriser, fx tømrer, VVS eller el, i stedet for at udbyde et byggeri som en totalentreprise.

Ovenstående skal udelukkende ses som eksempler. Det er ordregiver, der vurderer, om en kontrakt skal opdeles, og hvordan en evt. opdeling skal foregå i forhold til størrelse og genstand.

Opdel eller forklar-princip[337]
Det er ordregivers vurdering, om en kontrakt skal opdeles. Det følger dog af udbudsloven, at ordregiver skal følge det såkaldte "opdel eller forklar-princip", da ordregiver, hvis kontrakten *ikke* opdeles i delkontrakter, skal oplyse om baggrunden herfor i udbudsmaterialet. Der stilles ikke yderligere krav til, hvad forklaringen skal indeholde, ej heller til forklaringens format. Det er derfor op til ordregiver selv at vurdere, hvordan forklaringen skal udarbejdes.

Hvis ordregiver undlader at forklare, hvorfor kontrakten ikke er opdelt i særskilte delkontrakter, kan ordregiver efter påstand fra en klager blive pålagt en økonomisk sanktion på 1 procent af værdien af den udbudte kontrakt eller rammeaftale, dog maksimalt 100.000 kr.[338]

[336] Jf. udbudslovens §§ 29-38 om beregning af en kontrakts anslåede værdi.
[337] Jf. udbudslovens § 49, stk. 2.
[338] Jf. Lov om Klagenævnet for Udbuds §§ 13 a og 13 b.

En grund til ikke at opdele en kontrakt kan fx være varetagelse af økonomiske eller markedsmæssige hensyn. Sådanne hensyn kan være relevante, hvis ordregiver vurderer, at der ikke vil være en konkurrence om delkontrakterne, hvis opgaven opdeles. Økonomiske hensyn kan være relevante, hvis ordregiver vurderer, at der eksempelvis kan opnås stordriftsfordele ved at udbyde opgaven samlet. Derudover kan der være forhold under selve udførelsen af opgaven eller interne forhold hos ordregiver, som kan begrunde en manglende opdeling af opgaven, såsom omkostninger forbundet med kontraktadministration, eller forhold, der gør, at ordregivers organisation ikke er gearet til at håndtere mange delkontrakter.[339]

Ordregivers skøn er meget bredt i forhold til vurderingen af, hvorvidt det er hensigtsmæssigt med en opdeling. Skønnet kan ikke tilsidesættes, medmindre der er sket en tilsidesættelse af de grundlæggende principper om ligebehandling og gennemsigtighed.

Boks 7.3
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens guide *Opdel kontrakten, eller forklar*

Denne guide giver et indblik i de overvejelser, ordregiver skal gøre sig ved vurderingen af, om det er hensigtsmæssigt at opdele en kontrakt i delkontrakter eller ej.

Brug guiden her til at få indblik i de overvejelser, der kan være udslagsgivende for, om det kan være hensigtsmæssigt at opdele kontrakten – eller undlade at gøre det.

Opdeling i delkontrakter

Skal en opgave opdeles i særskilte delkontrakter, kan det ske enten ved, at ordregiver gennemfører et udbud for hver delkontrakt, eller ved, at der gennemføres et udbud indeholdende flere delkontrakter. Gennemføres ét udbud med flere delkontrakter, er det nødvendigt, at ordregiver tager stilling til følgende:[340]

- Kan der afgives tilbud på en, flere eller alle delkontrakterne af én tilbudsgiver?
- Vil en tilbudsgiver kunne tildeles en, flere eller alle delkontrakter, samt hvordan kan delkontrakterne eller grupper af delkontrakter kombineres?
- Hvilke objektive og ikkediskriminerende kriterier eller regler er afgørende for tildelingen af delkontrakter, herunder hvordan delkontrakterne tildeles, når de opstillede kriterier vil resultere i, at én tilbudsgiver får tildelt flere kontrakter end det maksimale antal, der kan tildeles?

Disse oplysninger skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen.[341] Såfremt ordregiver fastsætter regler eller en fordelingsnøgle, hvor tilbudsgiver ikke kan få tildelt alle delkontrakter, men har mulighed for at afgive tilbud på alle, er ordregiver forpligtet til at anføre reglerne eller fordelingsnøglen i udbudsmaterialet. Reglerne eller fordelingsnøglen skal fastlægge, hvorledes delkontrakterne tildeles, når en tilbudsgiver i henhold til kriterierne for tildeling står til at vinde flere delkontrakter end det maksimale antal, som en enkelt tilbudsgiver kan blive tildelt. Endvidere er det muligt for ordregiveren at kombinere flere eller alle delkontrakter, således at der

[339] Læs mere om overvejelserne for eller imod opdeling af kontrakt i særskilte delkontrakter i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens guide *Opdel kontrakten, eller forklar*.
[340] Disse oplysninger skal bl.a. også fremgå af udbudsbekendtgørelsens punkt II.
[341] Jf. udbudslovens § 49, stk. 3.

er en sammenhæng mellem visse eller alle delkontrakter. Eksempelvis kan det betinges, at såfremt den vindende tilbudsgiver vinder en specifik delkontrakt, skal denne også tildeles en anden specifik delkontrakt. Reglerne eller fordelingsnøglen skal oplyse evt. kombinationer og sammenhænge mellem delkontrakterne.

Den fastsatte fordelingsnøgle skal være objektiv samt overholde principper om ligebehandling, proportionalitet og gennemsigtighed.

Boks 7.4
Eksempel på tildeling af delkontrakter med begrænsning af antal delkontrakter

En kommune har i forbindelse med et udbud af bustransport af børnehavebørn til skovbørnehaver udbudt tre specifikke delkontrakter om daglig buskørsel.

I udbudsbekendtgørelsen er det angivet, at:
» Tilbudsgiver kan afgive tilbud på én, flere eller alle delkontrakter.
» Tilbudsgiver kan maksimalt tildeles to delkontrakter.
» Tildelingskriteriet er pris.

Tildeling af delkontrakter: Hvis én tilbudsgiver afgiver den laveste pris på flere end to delkontrakter, vil tildelingen af de enkelte delkontrakter ske sådan, at ordregiveren opnår den laveste pris samlet set for de tre delkontrakter.

Kommunen modtog følgende tilbud på delkontrakterne:
Delkontrakt 1: tilbudsgiver B: 190.000 kr., tilbudsgiver A: 200.000 kr.
Delkontrakt 2: tilbudsgiver B: 225.000 kr., tilbudsgiver A: 250.000 kr.
Delkontrakt 3: tilbudsgiver B: 175.000 kr., tilbudsgiver A: 200.000 kr.

Tilbudsgiver B har afgivet den laveste pris på alle tre delkontrakter, men må kun tildeles to delkontrakter.

Den laveste samlede pris opnås ved, at tilbudsgiver A tildeles delkontrakt 1, og tilbudsgiver B tildeles delkontrakt 2 og 3.

Ordregiver kan give tilbudsgiverne mulighed for at give en rabat efter de af ordregiver fastsatte regler eller den af ordregiver fastsatte fordelingsnøgle. På den måde kan der fx ydes en rabat, hvis en tilbudsgiver tildeles flere delkontrakter eller tildeles specifikke delkontrakter. En opdeling i delkontrakter bør ikke ende med, at ordregiver kommer til at betale højere priser, men derimod at der skabes en mulighed for at opnå det fulde udbytte af mulige stordriftsfordele.

Boks 7.5
Eksempel på tildeling af delkontrakter med rabat

En kommune har i forbindelse med et udbud af bustransport af børnehavebørn til skovbørnehaver udbudt tre specifikke delkontrakter om daglig buskørsel.

I udbudsbekendtgørelsen er det angivet, at:
» Tilbudsgiver kan afgive tilbud på én, flere eller alle delkontrakter, og tilbudsgiver kan ved tilbud på alle tre delkontrakter samtidig give en rabatsats eller et samlet tilbud.
» Tildelingskriteriet er pris.
» Tildeling af delkontrakter: Hvis én tilbudsgiver afgiver en samlet rabatpris på alle tre delkontrakter, og denne pris samlet er den laveste pris, tildeles denne tilbudsgiver alle tre ruter, uanset at denne ikke har afgivet den laveste pris på alle ruter.

Kommunen modtog følgende tilbud på delkontrakterne:
Delkontrakt 1: tilbudsgiver A: 200.000 kr., tilbudsgiver B: 225.000 kr.
Delkontrakt 2: tilbudsgiver B: 175.000 kr., tilbudsgiver A: 200.000 kr.
Delkontrakt 3: tilbudsgiver B: 175.000 kr., tilbudsgiver A: 200.000 kr.

Tilbudsgiver A afgiver desuden en samlet pris på 525.000 kr. for alle tre ruter.

Den laveste pris samlede pris for de enkelte delaftaler bliver 550.000 kr.

Kontrakten tildeles samlet tilbudsgiver A, da denne har afgivet et samlet tilbud på 525.000 kr., og denne pris er lavere end den samlede laveste pris vurderet ud fra alle tre delaftaler.

7.4.5 Alternative tilbud[342]

Ordregiver skal i forbindelse med udarbejdelsen af sit udbudsmateriale forholde sig til, om ordregiver vil give tilbudsgiverne mulighed for at afgive alternative tilbud. Et alternativt tilbud er et tilbud, der på ordregivers opfordring indeholder alternative løsninger på ordregivers indkøbsbehov, og som afviger fra det, der er fastsat i udbudsmaterialet.[343]

Udviklingen af innovative løsninger er af stor vigtighed, og alternative tilbud kan medvirke til at fremme innovation og udvikling. Tilbudsgiverne kan være i besiddelse af viden om mulige løsninger, særlige egenskaber ved materialer m.v., som ordregiver ikke har. I sådanne situationer kan en ordregiver have en interesse i, at tilbudsgiverne kan afgive alternative tilbud.

Vil man gøre brug af alternative tilbud, er det et krav, at ordregiver i udbudsbekendtgørelsen enten har tilladt eller kræver alternative tilbud. Det er muligt at tillade eller kræve alternative tilbud, uanset om tilbuddene bedømmes på pris, omkostninger eller bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Krav til afgivelse af alternative tilbud
Hvis ordregiver kræver eller ønsker alternative tilbud, skal følgende fremgå af udbudsmaterialet:

» Hvilke mindstekrav der gælder for de alternative tilbud.
» Hvilke specifikke krav der stilles til afgivelse af alternative tilbud.

Har man som ordregiver ikke angivet mindstekrav til de alternative tilbud, må man ikke tage alternative tilbud i betragtning, da det ellers vil være uklart for tilbudsgiverne, hvad der konkurreres om.

Desuden skal specifikke krav vedrørende afgivelse af alternative tilbud stå tydeligt i udbudsmaterialet. Det kan fx være, at alternative tilbud kun kan afgives, når der også er afgivet et ordinært tilbud. I sådanne situationer må et alternativt tilbud ikke tages i betragtning, medmindre tilbudsgiveren samtidig har afleveret et ordinært tilbud. Det er derfor vigtigt at overveje, hvilke specifikke krav man stiller til afgivelse af alternative tilbud, og hvilke konsekvenser det kan have i forhold til de modtagne tilbud.

Hvis alternative tilbud tillades, kan enhver del af udbuddet gøres til genstand for et alternativt tilbud. Alternative tilbud kan eksempelvis indeholde fravigelser fra udbudsmaterialets krav til eller beskrivelse af den udbudte kontrakts genstand eller de juridiske, økonomiske eller andre vilkår for levering, så længe disse ikke er mindstekrav i forhold til det alternative tilbud.

Når man accepterer alternative tilbud, kan de ikke afvises med den begrundelse, at kontrakten ændrer karakter fra en varekøbskontrakt til en tjenesteydelseskontrakt eller omvendt.[344] Formålet med alternative tilbud er netop, at ordregiver bliver tilbudt en løsning, som

---

[342] Jf. udbudslovens §§ 50-52.
[343] Jf. udbudslovens § 24, nr. 3.
[344] Jf. udbudslovens § 52.

ordregiveren ikke havde forudset, selvom løsningen indebærer, at der skal leveres en vare i stedet for en tjenesteydelse eller omvendt.

Det er også et krav, at alternative tilbud skal have tilknytning til kontraktens genstand, for at sikre, at der i tilstrækkelig grad er sammenlignelighed mellem de ordinære og alternative tilbud. Når ordregiver tillader alternative tilbud, skal ordregiver sikre, at de valgte kriterier for tildeling muliggør en sammenligning mellem de ordinære og de alternative tilbud. De ordinære og de alternative tilbud skal indgå i tilbudsevalueringen på lige vilkår, således at det er muligt at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.[345]

Alternative tilbud vs. forbehold
Et alternativt tilbud indebærer afvigelser fra kravene til de ordinære tilbud. Der kan i praksis derfor opstå tvivl om, hvorvidt et tilbud, som afviger fra udbudsmaterialets krav, udgør et alternativt tilbud eller et tilbudsforbehold[346]. Det vil bero på en konkret vurdering, om ordregiver er forpligtet til at acceptere sådan et tilbud som et alternativt tilbud.

Såfremt det fremgår af udbudsbekendtgørelsen, at alternative tilbud accepteres, vil et tilbud, som ikke nødvendigvis opfylder kravene til de ordinære tilbud, men opfylder kravene til alternative tilbud, være et alternativt tilbud. Indeholder et alternativt tilbud afvigelser fra mindstekravene til de alternative tilbud, som er anført i udbudsmaterialet, vil dette være et tilbudsforbehold.

Er det i udbudsmaterialet præciseret, hvilke konkrete dele af udbuddet der kan være genstand for alternative tilbud, vil afvigelser fra øvrige dele af udbuddet ligeledes være et tilbudsforbehold.

7.4.6 Sideordnede tilbud[347]

Et sideordnet tilbud er defineret som et tilbud, hvor ordregiver i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet har fastsat, at der *kan* eller *skal* afgives flere tilbud på udførelsen af den udbudte opgave med forskellige udførelsesmetoder, materialer eller lignende.

Forskellen mellem alternative tilbud og sideordnede tilbud er, at det ved alternative tilbud overlades til tilbudsgiveren at foreslå andre måder at løse ordregivers behov på. Ved sideordnede tilbud er det ordregiver, der i udbudsmaterialet fastsætter, hvilke forskellige løsninger ordregiver ønsker tilbud på.

Proportionalitetsprincippet skal respekteres i forbindelse med anvendelsen af sideordnede tilbud. Det betyder, at ordregivers behov og tilbudsgivernes omkostninger ved at udarbejde tilbud skal tages i betragtning ved fastsættelsen af det krævede antal sideordnede tilbud. Ordregiveren kan kun kræve sideordnede tilbud i det omfang, der er tale om væsentlige forskelle, som imødekommer saglige behov.

For at undgå unødige transaktionsomkostninger må ordregiver som udgangspunkt ikke kræve, at der skal indgives mere end otte sideordnede tilbud. Ønsker ordregiver et tilbud på et produkt leveret i forskellige materialer eller en opgave udført på baggrund af forskellige metoder, vil hver løsningsmulighed betragtes som et tilbud. Hvis ordregiver har en saglig

[345] Jf. udbudslovens § 51, stk. 3.
[346] Læs om tilbudsforbehold i afsnit 10.5.7.
[347] Jf. definitionen i udbudslovens § 24, nr. 31, samt udbudslovens § 53.

begrundelse, kan der dog kræves flere end otte tilbud. Begrundelsen herfor skal anføres i udbudsmaterialet.[348]

Dialog og indledende markedsundersøgelser kan hjælpe til at afdække, hvad markedet aktuelt kan levere, og hvilke merudgifter der kan være ved forskellige løsninger. En aktuel og opdateret viden bidrager til, at man som ordregiver kan definere sine behov og pege på, hvilke løsningsmuligheder det kan være relevant at bede om et sideordnet tilbud på.

Tilbudsevalueringen af de sideordnede tilbud skal foretages på baggrund af de offentliggjorte kriterier for tildeling og den offentliggjorte evalueringsmodel.[349] Ordregiveren skal således på forhånd oplyse, hvordan sammenligningen mellem de forskellige sideordnede tilbud skal foretages. Dette kan fx ske ved, at evalueringsmodellen sammenstiller de forskellige udførelsesmetoder, materialer og lignende. Det samme gælder valget mellem forskellige former for entrepriser, der er kendetegnet ved forskellige vilkår for udførelsen, der ikke lader sig sammenligne på pris alene, men kræver nærmere sammenligning af vilkårene.[350]

Ordregiver kan eksempelvis anvende en evalueringsmodel, hvor der først foretages en tilbudsevaluering for hver løsningsmulighed, der er bedt om sideordnet tilbud på, som omfatter alle sideordnede tilbud på den specifikke løsning. Herefter foretages en sammenligning mellem de forskellige tilbud på de specifikke løsninger, eksempelvis efter en prioritering af, hvilke løsningsforslag ordregiver foretrækker under nogle givne forudsætninger. Fx at løsningsforslag X vil antages, hvis denne metode er mindre end x procent dyrere end den metode, der ellers er vurderet økonomisk mest fordelagtig på baggrund af tilbudsevalueringen.

Ordregivers fremgangsmåde til at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud blandt sideordnede tilbud skal således være fastlagt på forhånd og fremgå af udbudsmaterialet.

Det afgørende er, at ordregiver ikke frit kan kombinere de forskellige løsninger med det resultat, at ordregiveren opnår et frit valg mellem tilbuddene.

Ved sideordnet tilbud, fx på forskellige løsningsmetoder eller serviceniveauer ved den ønskede anskaffelse, vil det være i strid med reglerne, hvis man før evalueringen, og uden at det i øvrigt fremgår af udbudsmaterialet, beslutter sig for, hvilken løsningsmetode eller hvilket serviceniveau man ønsker, og derefter udelukkende evaluerer tilbuddene på den løsning eller det serviceniveau, man har besluttet sig for.[351]

Boks 7.6
Eksempel på sideordnet tilbud

Ordregiver ønsker tilbud på tre forskellige udførelsesmetoder. Ordregiver anmoder derfor tilbudsgiverne om at afgive tre sideordnede tilbud på metode 1, 2 og 3. Der indkommer tilbud fra fire tilbudsgivere, som alle afgiver tilbud på alle tre metoder.

Ordregiver er forpligtet til at vurdere alle 12 tilbud efter den offentliggjorte evalueringsmodel. Det kan eksempelvis ske ved, at modellen giver mulighed for at sammenstille samtlige 12 tilbud efter en række fastlagte kriterier og identificere det samlet set økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Et andet eksempel er, at ordregiver har valgt en evalueringsmodel, hvor der først foretages evaluering af tilbud for hver af de tre udførelsesmetoder. Herefter skal resultaterne af vurderingerne sammenlignes med henblik på valget af det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

[348] Jf. udbudslovens § 53, stk. 2.
[349] Jf. afsnit 10.3 om kriterier for tildeling og afsnit 10.4 om evalueringsmodeller.
[350] Jf. udbudslovens § 53, stk. 3.
[351] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. januar 2022, *Norsk Luftambulanse AS mod Region Nordjylland m.fl.*

Dette kan fx ske ved, at ordregiver i udbudsmaterialet har angivet, at metode 2 foretrækkes, og at ordregiver dermed vil antage det økonomisk mest fordelagtige tilbud på metode 2, hvis det økonomisk mest fordelagtige tilbud på metode 2 er maksimalt 5 procent dyrere end det tilbud, der samlet set blandt alle de modtagne tilbud er vurderet som det økonomisk mest fordelagtige.

Det vil derfor være i strid med udbudsloven, hvis ordregiver først beslutter sig for, at behovene bedst løses med metode 2, og derefter kun evaluerer de fire tilbud, der relaterer sig til metode 2, da ordregiver hermed får et frit valg mellem de sideordnede tilbud.

Det afgørende er således, at evalueringsmodellen klart fastlægger, hvordan evaluering af de sideordnede tilbud vil ske, og hvordan det økonomisk mest fordelagtige tilbud vil blive identificeret.

7.4.7 Reserverede kontrakter[352]

Udbudsloven giver mulighed for at forbeholde retten til at deltage i en udbudsprocedure for bestemte virksomheder. Det drejer sig om følgende virksomheder:

» Beskyttede værksteder eller
» virksomheder, hvis hovedformål er social og faglig integration af handikappede eller dårligt stillede personer.

Formålet med at reservere deltagelsen i en udbudsprocedure for bestemte virksomheder er at varetage sociale hensyn i forbindelse med udbuddet.[353]

Ordregiver kan fx stille som betingelse for deltagelsen i udbudsproceduren, at tilbudsgiver har som sit vigtigste mål socialt og fagligt at integrere handikappede eller dårligt stillede personer.

Det er uden betydning, hvordan virksomheden er organiseret. Afgørende er alene, om den kan karakteriseres som en af de to ovennævnte typer af virksomheder. For så vidt angår virksomheder, hvis hovedformål er social og faglig integration af handikappede eller dårligt stillede personer, er det dog et krav, at mindst 30 procent af de beskæftigede hos virksomhederne er enten handikappede eller dårligt stillede personer. De 30 procent skal beregnes ud fra antal beskæftigede eller ansatte i virksomheden. Hvis virksomheden har fem ansatte, og to er omfattet af førnævnte persongruppe, vil kravet derfor være opfyldt. Det er ved opgørelsen underordnet, om der er tale om hel- eller deltidsansatte. Det er desuden Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at personer ansat i løntilskud eller i fleksjob også indgår i forbindelse med beregningen.

Det er endvidere en forudsætning, at tilbudsgivers vigtigste mål er social og faglig integration af handikappede eller dårligt stillede personer. Målsætningen kan fx fremgå af vedtægter.

Med handikappede forstås personer, som på baggrund af arten eller omfanget af deres handikap ikke kan udøve erhvervsmæssig virksomhed på normale vilkår.

---

[352] Jf. udbudslovens § 54.

[353] Ordregiver skal dog være opmærksom på, om ordregiver er legitimeret i lov eller en anden retskilde til at fremme integrationen af handikappede, ledige eller dårligt stillede personer, jf. princippet om legalitet i forvaltningen.

Dårligt stillede personer kan være ledige og personer, der tilhører dårligt stillede mindretal, eller grupper, der på anden vis er marginaliseret. Dette kan eksempelvis være misbrugere.

Såfremt ordregiver ønsker at forbeholde deltagelsen i udbuddet til de pågældende værksteder eller virksomheder, skal ordregiver i udbudsbekendtgørelsen henvise til, at der er tale om sådan en reserveret kontrakt.

7.5 Kravspecifikation

Der er stor frihed til at vælge det, man ønsker at indkøbe, og der er vide rammer til at beskrive den ønskede anskaffelse. Man skal beskrive de egenskaber, man som ordregiver kræver ved et produkt, en tjenesteydelse eller ved et bygge- og anlægsprojekt, vha. tekniske specifikationer.[354] De tekniske specifikationer vil formelt set være indeholdt i den del af udbudsmaterialet, der ofte kaldes kravspecifikationen.

Kravspecifikationen kan, ud over de tekniske specifikationer, indeholde oplysninger, som ikke direkte vedrører ydelsens egenskaber, fx krav til leverandøren og personalet, leveringsfrister, oplysninger om ordregivers forhold eller politikker eller krav til samarbejdet.

Beskrivelsen af kravene skal være så præcise, at tilbudsgiverne får et klart billede af, hvad der skal indkøbes, og hvilke krav og ønsker ordregiver har til indkøbet. Er kravene uklare, kan der opstå tvivl om den udbudte ydelse, og der vil ikke kunne konkurreres på et ensartet grundlag. Er kravene ikke beskrevet præcist nok, kan man også risikere, at den leverede ydelse ikke kan opfylde ens behov.

Man skal være særligt opmærksom på, at der alene kan fastsættes krav, der er proportionale med den konkrete kontrakts værdi og mål. Derfor kan ordregiver kun fastsætte krav, som er nødvendige og passende for at kunne gennemføre de tilsigtede mål. Når kravene står mål med kontraktens omfang, opnår ordregiver ofte også en lavere pris, da tilbudsgiverne ikke skal bruge ressourcer på at opfylde krav, der går ud over det nødvendige set i forhold til indkøbets omfang.

Vælger ordregiver at tildele efter tildelingskriteriet pris eller omkostninger, bør kravspecifikationen som udgangspunkt være relativt detaljeret. Tildeler man på baggrund af bedste forhold mellem pris og kvalitet med en række underkriterier om fx funktionalitet og kvalitet, kan kravspecifikationen på sådanne punkter være mindre detaljeret, da tilbudsgiverne skal konkurrere om opfyldelsen af disse kriterier.

Dette indebærer dog ikke nødvendigvis, at kravspecifikationen altid behøver at være meget detaljeret. Der stilles ingen krav til detaljeringsniveauet, men materialet *skal* være klart og præcist. Ordregiver skal i forhold til det konkrete indkøb vurdere, hvor detaljeret kravspecifikationen skal være, ligesom det er muligt at formulere krav på forskellige måder. Man kan fx formulere funktionelle krav i stedet for at angive løsningen. På den måde overlader man det til tilbudsgiver selv at bestemme, hvordan kontrakten skal opfyldes.

Arbejdet med at udforme kravspecifikationen er en balancegang, hvor ordregiver skal formulere kravene så præcist, at den ydelse, man ønsker, er tilstrækkeligt beskrevet, uden at kravene bliver så detaljerede, at de unødigt begrænser tilbudsgiverne.

[354] Jf. udbudslovens § 40.

7.5.1 Anvendelse af mindstekrav

Der er mulighed for at anvende mindstekrav i kravspecifikation. Et mindstekrav er et krav til egenskaber ved den udbudte ydelse, der fastsætter karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal overholde. Hvis ordregiver anvender et mindstekrav, skal ordregiver sikre, at det er klart for tilbudsgiverne, hvad mindstekravet går ud på. Det skal desuden være klart, hvordan det i tilbuddet ønskes oplyst eller dokumenteret, at mindstekravet overholdes. Overholder et tilbud ikke et mindstekrav, skal tilbuddet afvises.

Tilbudsgiver kan ikke tage forbehold for et mindstekrav i tilbuddet, og der kan ikke konkurreres om opfyldelsen af et mindstekrav, da den tilbudte ydelse som minimum skal leve op til de stillede mindstekrav. Det vil dog være muligt at konkurrere om en meropfyldelse af et mindstekrav, hvis dette fremgår af udbudsmaterialet og er angivet som en del af tildelingen.

Som ordregiver skal man være opmærksom på kun at stille relevante og nødvendige mindstekrav til ydelsen. For mange og for høje krav kan betyde, at der afgives færre tilbud. Det kan skade konkurrencen, og unødvendige mindstekrav kan være med til at fordyre indkøbet.

Mindstekrav er centrale krav til egenskaber ved den udbudte ydelse, og 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

Ligebehandlingsprincippet udelukker derimod ikke ændringer af mindstekrav, hvis ændringerne ikke vil kunne påvirke potentielle ansøgeres eller tilbudsgiveres deltagelse i det konkrete udbud og ikke fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.[355]

7.5.2 Tekniske specifikationer[356]

De tekniske specifikationer er de egenskaber, som ordregiveren kræver ved den konkrete ydelse, der skal anskaffes. Tekniske specifikationer skal give tilbudsgiverne mulighed for at afgive tilbud, der opfylder ordregiverens krav. De skal angives i udbudsmaterialet og vil typisk udgøre en del af kravspecifikationen.

Tekniske specifikationer skal udformes, så de ikke medfører en kunstig indsnævring af markedet. Der må fx ikke henvises til, at arbejdskraft, materialer m.v. skal oprinde fra ordregiverens eget land. Ligeledes må de tekniske specifikationer ikke medføre diskrimination eller ubegrundede hindringer for konkurrencen.

7.5.2.1 Udformningen af de tekniske specifikationer[357]

De tekniske specifikationer skal fastsætte de ønskede egenskaber, som kræves af den konkrete anskaffelse. Ordregiver kan fx fastsætte egenskaber vedrørende miljø- og klimapræstation, adgangsmuligheder for mennesker med handikap, funktionsdygtighed, sikkerhed, kvalitetssikring, terminologi, symboler, afprøvning og afprøvningsmetoder, emballering, mærkning, brugsvejledning, produktionsprocesser og -metoder m.v. De fastsatte egenskaber vil afhænge af den konkrete anskaffelse, samt hvorvidt der er tale om en vare, en tjenesteydelse eller et bygge- og anlægsarbejde. Fx kan en teknisk specifikation ved et bygge- og anlægsarbejde

[355] Ændring af mindstekrav i forbindelse med udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse vil dog altid udgøre en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden fornyet udbudsprocedure.
[356] Jf. udbudslovens §§ 40-48.
[357] Jf. udbudslovens § 40.

endvidere indeholde regler for projektering og omkostningsberegning, betingelser for afprøvning, kontrol og aflevering samt konstruktionsteknik og konstruktionsmetoder m.v.

De ønskede egenskaber kan også vedrøre den specifikke fremstillingsproces, levering, handel eller en specifik proces for en anden fase i anskaffelsens livscyklus. Det er ikke et krav, at sådanne tekniske specifikationer skal udgøre en del af anskaffelsens materielle indhold, men de skal være forbundet med kontraktens genstand. Eksempelvis vil ordregiver kunne stille krav til produktionen af den konkrete anskaffelse, fx at der anvendes energieffektive produktionsmidler eller produktionsmetoder. De tekniske specifikationer til processer og metoder skal desuden være proportionale og svare til kontraktens værdi og mål. Ordregiver kan fx ikke stille så mange væsentlige krav til den specifikke proces eller metode, at den konkrete anskaffelse kun kan leveres ved brug af en bestemt fremstillingsproces, som kun én bestemt tilbudsgiver kan levere.

Ordregiver kan i de tekniske specifikationer angive sociale krav, som direkte karakteriserer den konkrete anskaffelse. Det kan fx være krav i de tekniske specifikationer til adgang for mennesker med handikap. Sociale hensyn knyttet til produktionsmetoden, fx arbejdsvilkår for de ansatte, der producerer de udbudte varer, kan derimod ikke anvendes som tekniske specifikationer, da de ikke relaterer sig til kvaliteten af den konkrete anskaffelse. Derimod kan sådanne sociale hensyn anvendes som kriterier i forbindelse med tildeling[358] eller som kontraktbetingelser[359].

I de situationer, hvor tilbudsgiver skal være med til at opfinde eller udvikle et produkt eller en ydelse, kan det være relevant at tage stilling til, hvordan de konkrete intellektuelle rettigheder (patenter, ophavsrettigheder m.v.) skal håndteres. Dette er særligt relevant, hvor kontraktens genstand er udvikling af IT-systemer, og hvor ordregiveren skal sikre sig de nødvendige rettigheder i forhold til brug og videreudvikling af systemet. Det samme gælder for innovationspartnerskaber, hvor de intellektuelle rettigheder til den udviklede løsning, fx patentrettigheder, bør være reguleret. Ordregiver kan i de tekniske specifikationer angive krav om overførelse af intellektuelle rettigheder, men en regulering af rettigheder vil også typisk være reguleret i kontrakten.

Ved alle indkøb, som er beregnet til anvendelse af fysiske personer, skal man være opmærksom på, at de tekniske specifikationer skal fastsættes under hensyntagen til adgangsmuligheder for mennesker med handikap eller design for samtlige brugere.[360] Dette gælder, uanset om det er ordregivers personale eller andre persongrupper, fx offentligheden i almindelighed, der skal anvende det indkøbte. Hvis der er vedtaget obligatoriske retsakter på EU-niveau, fx EU's tilgængelighedsdirektiv[361], kan kravet opfyldes ved at henvise til denne regulering i de tekniske specifikationer. Kravet om hensyntagen gælder ikke i de tilfælde, hvor ordregiver på saglig vis kan begrunde en undladelse, fx ved et udbud af vareindkøb, hvor ordregiver samtidig vil foretage særskilte indkøb til mennesker med handikap.

[358] Se afsnit 10.3.3.
[359] Se afsnit 7.6.2.
[360] Jf. udbudslovens § 40, stk. 3.
[361] Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv (EU) 2019/882 af 17. april 2019 om tilgængelighedskrav for produkter og tjenester.

Boks 7.7
Eksempel på henvisning til standard

Ved offentlige indkøb af IT og IT-løsninger, lige fra billetstandere, selvbetjeningsstandere, pc'er, tablets, smartphones og andet hardware til softwareprogrammer og hjemmesider, skal ordregiver være opmærksom på hensynet til, at disse løsninger skal være tilgængelige for mennesker med funktionsnedsættelse.

Dette skal ske ved, at der i de tekniske specifikationer henvises til, at standarden DS/EN 301 549 – accessibility requirements suitable for public procurement of ICT products and services in Europe – skal overholdes.

Gennemsigtighedsprincippet indebærer, at de tekniske specifikationer skal være klare og tydelige i forhold til, hvad der kræves, samt hvilke egenskaber de tilbudte løsninger skal indeholde, og hvilke egenskaber der kan danne grundlag for konkurrencen.

Ordregiver skal desuden være opmærksom på proportionalitetsprincippet i forbindelse med udarbejdelsen af de tekniske specifikationer, idet ordregiver i henhold til proportionalitetsprincippet alene kan fastsætte krav, der er proportionale med kontraktens mål. Ordregiver kan således kun fastsætte krav, der er passende for at kunne gennemføre kontraktens tilsigtede formål.

I forlængelse af ligebehandlingsprincippet må ordregiver ikke i de tekniske specifikationer skabe ubegrundede hindringer for konkurrencen eller på andre måder kunstigt indsnævre konkurrencen.[362] Det vil derfor alene være muligt at fastsætte krav med en konkurrencebegrænsende virkning, hvis man som ordregiver kan anføre saglige grunde til at stille kravene.

7.5.2.2 Specifikationsmetoder[363]

En ordregiver skal udarbejde de tekniske specifikationer på en af nedenstående måder, medmindre der er fastsat danske tekniske forskrifter, der er forenelige med EU-retten, og som ordregiveren er forpligtet til at anvende:

1. *Funktionsdygtighed eller funktionelle krav* – specifikation af kontraktens genstand ved en beskrivelse af den krævede funktionsdygtighed, funktionskrav, tekniske krav eller andre krav.
2. *Standarder m.v.* ved henvisning til en eller flere af standarderne.
3. *En kombination af standarder m.v. og funktionsdygtighed eller funktionelle krav.*

Der er ikke tale om en prioriteret rækkefølge.

Tekniske forskrifter
Hvis der i relation til den konkrete anskaffelse er fastsat danske tekniske forskrifter, skal disse anvendes ved udarbejdelsen af de tekniske specifikationer. Disse danske tekniske forskrifter skal være forenelige med EU-retten.

Der kan være områder, hvor ordregiverne er forpligtede til at benytte en af flere godkendte tekniske forskrifter. Dette kan eksempelvis ses på området for stikkontakter, hvor det er tilladt at anvende stikkontakter med forskellige ligestillede jordingssystemer. Der er tale om ligestillede jordingssystemer, men ikke tilsvarende systemer, idet der er forskelle mellem de enkelte systemer. Det er den enkelte ordregiver, der i forbindelse med et konkret udbud

[362] Jf. udbudslovens § 40, stk. 4.
[363] Jf. udbudslovens § 41.

foretager en vurdering af, hvilket system der passer bedst i forhold til ordregiverens konkrete behov.

Ordregiveren kan således som udgangspunkt stille krav om ét bestemt jordingssystem, men ordregiveren kan også vælge at acceptere alle lovlige jordingssystemer. Det er i denne forbindelse en betingelse, at der foretages en tilstrækkelig beskrivelse i henhold til de ovenfor anførte specifikationsmetoder.

I den situation, hvor der er flere ligestillede jordingssystemer, medfører proportionalitetsprincippet, at ordregiveren skal vurdere, hvorvidt det er nødvendigt og passende i forhold til gennemførelsen af det tilsigtede formål at kræve et bestemt jordingssystem. Det vil være en konkret vurdering, men en ordregiver kan eksempelvis i forbindelse med byggeri af et hospital have behov for at stille krav om et bestemt jordingssystem, hvis ordregiveren ved, at det udstyr, der skal bruges på sygehuset, i vidt omfang gør brug af et bestemt jordingssystem. I den situation vil det være hensigtsmæssigt, at stikkontakterne i byggeriet er baseret på det samme system, fordi stikprop og stikkontakt så umiddelbart passer sammen og skaber jordforbindelse uden brug af ekstra udstyr.

Endvidere kan eksempelvis praktiske udfordringer, der potentielt kan give sikkerhedsmæssige problemer, fremtidssikring af byggeriet og forsyningssikkerhed ligeledes medføre, at ordregiveren kan kræve et bestemt system. Omvendt kan det være unødigt i forhold til gennemførelsen af det tilsigtede formål, hvis ordregiveren kræver et bestemt jordingssystem i forbindelse med opførelsen af et hospital, hvis udstyret efterfølgende skal indkøbes, således at det passer til det valgte jordingssystem.

7.5.2.2.1 Funktionskrav

Funktionskrav beskriver krav til ydelsens funktion, herunder resultater og effekter, frem for at stille krav til den nøjagtige fremgangsmåde eller detaljerede specifikation.

Et funktionskrav i en vedligeholdelseskontrakt for grønne områder kan fx være et krav om, at græsset til enhver tid maksimalt må være x cm højt. Et sådant funktionskrav kan anvendes i stedet for at definere, hvor mange gange om ugen græsset skal slås.

Denne specifikationsmåde giver mulighed for at angive tekniske specifikationer som krav til anskaffelsens funktionsdygtighed eller som funktionelle krav. Ordregiver fastsætter selv de krav, som ordregiver ønsker at stille til ydelsen, i modsætning til at henvise til standarder.

Ordregiver kan foruden funktionskrav udarbejde sin beskrivelse ved brug af specifikke tekniske krav eller ved aktivitetsbaserede krav, hvor ordregiver beskriver de aktiviteter, der skal gennemføres, men ikke nødvendigvis beskriver de tekniske egenskaber eller de resultater, der skal opnås.

Ved udbud med funktionskrav har man ikke på forhånd detaljeret beskrevet, hvilke specifikke tekniske krav som skal opfyldes, eller hvilke aktiviteter der skal gennemføres for at løse opgaven, men har i stedet opstillet en række krav til opgaveløsningens resultater og/eller effekter. På den måde kan fokus rettes mod det resultat, man ønsker, og ikke den måde, leverandøren skal løse opgaven på. Her overlader man det til leverandøren selv at bestemme, hvordan kontrakten skal opfyldes, og hvilke aktiviteter der skal til for at opnå det krævede resultat. Funktionskrav kan være en fordel, da leverandøren netop får mulighed for at tænke kreativt i opgaveløsningen og komme med egne idéer til, hvordan en opgave bedst gribes an.

Funktionskrav kan give ordregiver mulighed for forskellige tekniske løsninger og åbner dermed for konkurrencen. De giver også større mulighed for innovation og for, at opgaven løses på andre måder, der er mere hensigtsmæssige end den hidtil anvendte fremgangsmåde.

Øget anvendelse af funktionskrav vil ikke nødvendigvis være en fordel på alle indkøbsområder. På nogle områder er ydelsen så fast defineret, fx gennem lovgivning, at der ikke er rum for alternative løsningsforslag. Det kan ofte være nødvendigt at kombinere de forskellige typer af krav for at sikre, at ydelsen bedst muligt imødekommer ordregivers behov.

Vigtigst er, at man som ordregiver får beskrevet kravene så præcist, at tilbudsgiverne kan identificere kontraktens genstand, og ordregiveren kan tildele kontrakten.

Udarbejder en ordregiver tekniske specifikationer ved beskrivelse af funktionskrav eller krav til funktionsdygtighed, kan ordregiveren ikke afvise et tilbud, der er i overensstemmelse med en af de nedenfor angivne specifikationer m.v., hvis specifikationerne opfylder de funktionskrav eller krav til funktionsdygtighed, som ordregiveren har fastsat i:[364]

1. En national standard til gennemførelse af en europæisk standard
2. en europæisk teknisk godkendelse
3. en fælles teknisk specifikation
4. en international standard eller
5. en teknisk reference udarbejdet af et europæisk standardiseringsorgan.

Ordregiveren kan således ikke afvise et tilbud, der indholdsmæssigt lever op til de krav, som ordregiveren har stillet i de tekniske specifikationer, selvom tilbudsgiveren godtgør at leve op til kravene ved en af ovenstående standarder m.v.

Tilbudsgiveren skal ved brug af passende midler kunne godtgøre, at den tilbudte løsning, der opfylder en af ovenstående standarder m.v., også opfylder de funktionskrav eller krav til funktionsdygtighed, som ordregiveren har fastsat. De passende midler kan eksempelvis være indlevering af testrapporter, certificering og anden passende dokumentation. Læs mere herom i afsnit 7.5.2.5.

7.5.2.2.2 Standarder

De tekniske specifikationer kan udarbejdes ved at henvise til standarder m.v., som indeholder de relevante krav til kontraktens genstand.

Ordregiver kan udarbejde de tekniske specifikationer ved at henvise til en eller flere af nedenstående standarder i prioriteret rækkefølge.

Vær opmærksom på, at hver henvisning skal følges op med udtrykket "eller tilsvarende".

1. Nationale standarder til gennemførelse af europæiske standarder
   Europæiske standarder, der betegnes EN, implementeres nationalt og betegnes herefter i Danmark DS/EN. Internationale standarder (ISO eller IEC), som implementeres af de europæiske standardiseringsorganer, implementeres ligeledes nationalt og betegnes i Danmark herefter DS/EN ISO eller DS/EN IEC.
2. Europæiske tekniske vurderinger
   Europæiske tekniske vurderinger betegnes ETA og udstedes af notificerede tekniske vurderingsorganer i henhold til byggevareforordningen. ETA-Danmark er Danmarks tekniske vurderingsorgan. Europæiske tekniske vurderinger kan kun udstedes for byggeprodukter eller byggesystemer og kun for produkter eller systemer, som ikke er omfattet af en europæisk standard.

[364] Jf. udbudslovens § 44.

3. Fælles tekniske specifikationer
   En fælles teknisk specifikation betegnes TS og udarbejdes af de(n) europæiske standardiseringsorganisation(er) efter samme princip som en europæisk standard (EN). CEN er den europæiske komité for standardisering, altså den organisation, der står bag hele det europæiske standardiseringsarbejde (EN). Der udarbejdes også internationale specifikationer i ISO og IEC med betegnelsen ISO/TS eller IEC/TS samt kombinationer af europæiske og internationale specifikationer.
4. Internationale standarder
   Internationale standarder er standarder, der er udviklet af de anerkendte uafhængige internationale organisationer ISO og IEC.
5. Andre tekniske referencer udarbejdet af europæiske standardiseringsorganer
   De europæiske standardiseringsorganisationer har også andre tekniske publikationer, fx TR (tekniske rapporter), CWA (CEN Workshop Agreements) samt guider, der alle karakteriseres som tekniske referencer.
6. Nationale standarder
   Nationale standarder udvikles og godkendes nationalt. De betegnes i Danmark med DS.
7. Nationale tekniske godkendelser
   Nationale tekniske godkendelser eller ordninger er en kategori af systemer, som udvikles nationalt, typisk ikke af en standardiseringsorganisation. Oftest har ordningerne til formål at dokumentere, at produkterne er egnet til anvendelsen og opfylder nationale anvendelsestekniske krav eller betingelser. Nationale tekniske godkendelser har fokus på konkrete løsninger som eksempelvis tage og undertage. Der kan være både obligatoriske og frivillige ordninger.
8. Nationale tekniske specifikationer for projektering, beregning og udførelse af arbejderne og anvendelse af varerne
   Der findes forskellige former for nationale tekniske specifikationer, fx energiberegninger, varmetabsberegninger (SBI-anvisninger), indeklima- og arbejdsmiljøvejledninger og andre vejledninger, fx Naturstyrelsens vejledning om kontrol med svømmebade, som kan anvendes, hvor de relevant kan supplere udbudsmaterialet.

Standarderne er som nævnt angivet i prioriteret rækkefølge. Det betyder, at man som ordregiver som udgangspunkt skal anvende nationale standarder til gennemførelse af europæiske standarder. Alene i de situationer, hvor der ikke er nationale standarder til gennemførelse af europæiske standarder, som er relevante i forhold til ordregiverens anskaffelse, kan man gå videre på listen til nr. 2 og benytte europæiske tekniske vurderinger osv.

Det er en forudsætning, at de nationale tekniske forskrifter er forenelige med EU-retten.

Den prioriterede rækkefølge er desuden med til at sikre mulighederne for at deltage i udbud i andre medlemslande, da nationale standarder og specifikationer alene kan anvendes, hvis der ikke eksisterer europæiske eller andre internationale standarder eller specifikationer.

Tilbudsgiveren skal i sit tilbud dokumentere, at den tilbudte løsning opfylder de krav, som ordregiveren har fastsat. Et tilbud, der indholdsmæssigt lever op til de krav, som ordregiveren har stillet i de tekniske specifikationer, må ikke afvises, selvom det ikke lever op til en krævet standard eller specifikation, hvis tilbudsgiveren i sit tilbud godtgør med passende midler, at den tilbudte løsning opfylder de af ordregiveren fastsatte krav. De passende midler kan eksempelvis være indlevering af testrapporter, certificering og anden passende dokumentation.[365] Læs mere herom i afsnit 7.5.2.5.

[365] Jf. udbudslovens § 43.

7.5.2.3 Forbud mod henvisning til bestemt fabrikat, oprindelse m.v.[366]

Det er i de tekniske specifikationer ikke tilladt at angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, som er kendetegnet for produkter eller ydelser fra en bestemt tilbudsgiver. De tekniske specifikationer må heller ikke henvise til et bestemt varemærke, et bestemt patent, en bestemt type, en bestemt oprindelse eller en bestemt produktion med det resultat, at visse tilbudsgivere eller varer favoriseres eller elimineres.

Formålet med et forbud mod denne type henvisninger er, at konkurrencen kan blive begrænset eller fordrejet, og at det kan blive uigennemsigtigt, hvilke krav der reelt stilles til indkøbet. Det kan skabe tvivl hos tilbudsgiverne om, hvornår et produkt, som ikke er af samme mærke som referenceproduktet, opfylder de behov, som ordregiver har.

Boks 7.8
Eksempel på forbud mod henvisning til et bestemt fabrikat

Som ordregiver må man i de tekniske specifikationer ikke angive, at man ønsker et bestemt vindue af et bestemt mærke, da der her vil være tale om et bestemt fabrikat.

Hvis der henvises til bestemte fabrikater, vil det ikke være gennemsigtigt for tilbudsgiver, hvilke specifikke krav der stilles til de vinduer, der ønskes indkøbt. Ordregiver skal i stedet ved tekniske specifikationer beskrive kravene til det vindue, man ønsker. Det kan være krav til vinduets størrelse, rammebredde, glastype, åbningsmekanismer m.v.

Hvis der er behov for, at den konkrete anskaffelse er kompatibel med eksisterende produkter hos ordregiveren, kan ordregiveren efter omstændighederne være berettiget til at henvise til det produkt, som anskaffelsen skal være kompatibel med. I en sådan situation vil ordregiveren kunne henvise til et specifikt varemærke med henblik på at tydeliggøre ordregiverens behov.

I særlige situationer kan en ordregiver henvise til et bestemt fabrikat eller lignende, hvis det ikke er muligt at lave en tilstrækkelig, nøjagtig og forståelig beskrivelse af den konkrete anskaffelses kompleksitet eller andre særegne forhold. I så fald skal ordregiver efterfølge en sådan henvisning med formuleringen "eller tilsvarende". Det er ordregiver, der har bevisbyrden for, at en tilstrækkelig, nøjagtig og forståelig beskrivelse ikke er mulig. Det kan i nogle situationer være hensigtsmæssigt at tydeliggøre eller eksemplificere, på hvilken måde et produkt kan være tilsvarende.

Et indkøbs kompleksitet eller særegne forhold kan undtagelsesvist tillade en henvisning til et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces efterfulgt af udtrykket "eller tilsvarende", når det ikke er muligt at formulere en tilstrækkeligt nøjagtig eller forståelig beskrivelse.

Boks 7.9
Eksempel på henvisning til oprindelse eller fremstillingsproces

I forbindelse med fx restaurering af fredede bygninger, hvor der i lovgivningen er et krav om, at bygningens æstetiske udtryk ikke må ændres, kan det ikke udelukkes, at det kan være relevant at henvise til, at visse produkter gerne må have en bestemt oprindelse med henblik på at bevare den fredede bygnings karakter.

Det vil dog være en forudsætning, at det bestemte oprindelsessted eller den bestemte fremstillingsproces medfører bestemte æstetiske eller andre egenskaber, der ikke kan imødekommes ved en generel beskrivelse af behovet. Ordregiver skal også i denne situation efterfølge henvisningen af "eller tilsvarende" og dermed acceptere tilbud med tilsvarende løsninger.

[366] Jf. udbudslovens § 42.

Det er ordregiver, der har bevisbyrden for, at ordregivers behov ikke kan imødekommes ved en generel beskrivelse.

7.5.2.4 Mærker[367]

Ordregiver har mulighed for at kræve, at et indkøb er forsynet med et specifikt mærke som dokumentation for specifikke egenskaber.

Mærket skal fungere som dokumentation for, at indkøbet svarer til de specifikke miljømæssige, sociale eller andre egenskaber, som ordregiver efterspørger i forbindelse med de tekniske specifikationer, kriterierne for tildeling eller vilkårene for kontraktens udførelse.

Et mærke er defineret som ethvert dokument, ethvert certifikat eller enhver attestering, der bekræfter, at et bygge- og anlægsarbejde, en vare eller en tjenesteydelse, en proces eller en procedure opfylder fastsatte mærkekrav.[368] Ved mærkekrav skal forstås de krav, der skal opfyldes af de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer, tjenesteydelser, processer eller procedurer for at opnå det pågældende mærke.[369]

Fordelen ved at kunne henvise til mærker er, at det er organisationen, der udsteder mærket, der kontrollerer overholdelsen af mærkekrav. Ordregiver skal ikke selv foretage en kontrol af, at kravene faktisk overholdes.

Ordregiver kan stille krav om mærker, når samtlige af nedenstående betingelser er opfyldt:[370]

1. Mærkekravene må kun vedrøre krav, der er forbundet med kontraktens genstand og er egnede til at definere egenskaberne ved denne. Eksempelvis kan et mærkekrav angå en vares emballage. Ordregiver kan omvendt ikke kræve et bestemt mærke, hvis mærket indeholder mærkekrav, som ikke er knyttet til kontraktens genstand. Det kan fx være krav til virksomhedens produktionsfaciliteter, som ikke er relevante for den udbudte kontrakt.
2. Mærkekravene skal være fastsat på grundlag af objektivt verificerbare og ikkediskriminerende kriterier. Det, at kriterierne skal være objektivt verificerbare, indebærer, at kriterier vedrørende fx virksomhedens omdømme eller andre subjektive vurderinger ikke kan danne grundlag for mærkekrav. Kravet om, at kriterierne skal være ikkediskriminerende, indebærer bl.a., at der ikke stilles krav om mærker, der kun kan tildeles virksomheder etableret i en bestemt medlemsstat, eller som er medlemmer af en bestemt brancheorganisation. Der kan endvidere ikke stilles krav om mærker, som kun kan opnås af en bestemt procentdel af de leverandører, der opfylder mærkekravene.
3. Mærkerne skal være udviklet på grundlag af en åben og gennemsigtig procedure, hvor alle relevante interessenter kan deltage. Interessenter kan være offentlige eller private organer, forbrugere, virksomheder, arbejdsmarkedets parter og ikkestatslige institutioner som fx NGO'er.
4. Mærkerne skal være tilgængelige for alle potentielle tilbudsgivere. Det skal være muligt for tilbudsgiverne at gøre sig bekendt med, hvilke krav der skal være opfyldt for at opnå et bestemt mærke. Disse krav vil være opfyldt, hvis oplysningerne er tilgængelige via internettet, eller hvis de bliver stillet til rådighed efter anmodning herom.

---

[367] Jf. udbudslovens § 46.
[368] Jf. udbudslovens § 24, nr. 21.
[369] Jf. udbudslovens § 24, nr. 22.
[370] Jf. udbudslovens § 46, stk. 1, nr. 1-5.

5. Mærkekravene skal være fastsat af en uafhængig tredjepart, som den økonomiske aktør, der ansøger om mærket, ikke udøver afgørende indflydelse på. Ved tredjemand kan her forstås offentlige eller private organer, virksomheder eller en anden form for ikkestatslig organisation.

Som eksempel på mærker kan nævnes EU-Blomsten og det nordiske miljømærke, Svanemærket. Disse miljømærker lever op til de ovenstående betingelser i punkt 2-5.

Anvendelsen af mærker vil afhænge af de krav, som mærkerne skal anvendes som dokumentation for, idet mærkekravene skal vedrøre krav, der er forbundet med kontraktens genstand, *og* være egnede til at definere egenskaberne ved denne, jf. betingelsernes punkt 1 ovenfor. Det vil derfor afhænge af, om man ønsker at anvende mærker som dokumentation for tekniske specifikationer, kriterierne for tildeling eller vilkårene for kontraktens udførelse. Dvs. at ønsker man fx at kræve, at en anskaffelse er forsynet med det nordiske miljømærke, Svanemærket, eller med EU-Blomsten, skal mærkekravene i disse mærker være forbundet med kontraktens genstand *og* være egnede til at definere egenskaberne ved kontraktens genstand.

Et mærkekrav skal ikke nødvendigvis vedrøre anskaffelsens materielle indhold for at være knyttet til kontraktens genstand. Mærkekravene kan fx også vedrøre den specifikke proces eller metode for produktion eller levering af anskaffelsen – eller en specifik proces for en anden fase i anskaffelsens livscyklus. Kravet om tilknytning til kontraktens genstand indebærer dog, at mærkekravene ikke må vedrøre en virksomheds generelle forhold, politikker eller andre forhold, som ikke har noget med ordregiverens konkrete kontrakt at gøre.

Mærkekravene skal desuden være egnede til at definere egenskaberne ved anskaffelsen. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at dette indebærer, at mærkekravene skal leve op til betingelserne for og definitionen af tekniske specifikationer.[371]

Hvis ordregiver ikke kan kræve, at en anskaffelse opfylder alle mærkekrav, fx fordi en række af mærkekravene ikke har tilknytning til kontraktens genstande eller ikke er egnede til at definere egenskaberne ved anskaffelsen, kan ordregiver i stedet vælge at henvise til de relevante mærkekrav, som skal opfyldes eller ikke opfyldes. Mærket kan dog anvendes som dokumentation for, at anskaffelsen lever op til de stillede krav.

Boks 7.10
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Gennemførelse af grønne udbud – vejledning om udbudslovens muligheder*

Denne vejledning gennemgår udbudslovens muligheder for at understøtte grønne offentlige udbud. I vejledningens kapitel 3, "Grønne hensyn i de tekniske specifikationer", gennemgås det, hvordan de grønne hensyn kan inddrages i de tekniske specifikationer, herunder muligheden for fx at stille krav om miljømærker. Der gennemgås her bl.a. en række eksempler på, hvornår og hvordan ordregiver kan stille krav om bestemte miljømærker eller om opfyldelsen af mærkekrav.

Selvom en ordregiver har krævet et bestemt mærke, skal alle de mærker, der opfylder tilsvarende mærkekrav, accepteres. Med tilsvarende mærkekrav menes mærkekrav, der opfylder det krævede eller et højere niveau af de egenskaber, som det krævede mærke er bevis for.

[371] Jf. udbudslovens § 40, stk. 1, jf. punkt 1 i udbudsdirektivets bilag VII.

Man skal alene acceptere andre mærker, der opfylder de fem ovennævnte krav. Det skal bemærkes, at tilbudsgiver har bevisbyrden for, at det pågældende mærke lever op til ordregivers krav.

Anden passende dokumentation for mærkekrav[372]
Når ordregiver kræver et mærke som dokumentation for specifikke krav, har ordregiver under visse betingelser pligt til at acceptere anden passende dokumentation.

Den anden passende dokumentation for opfyldelse af mærkekrav, som ordregiver har pligt til at acceptere, svarer til den anden passende dokumentation, som skal accepteres for opfyldelse af de tekniske specifikationer, kriterierne for tildeling eller vilkårene til kontraktens udførelse. De betingelser, der stilles til den anden passende dokumentation, behandles nedenfor.

7.5.2.5 Dokumentation for opfyldelse af krav

Testrapport eller certifikat[373]
Ordregiver kan som dokumentation for opfyldelse af de tekniske specifikationer, kriterier for tildeling eller vilkårene for kontraktens udførelse kræve, at en tilbudsgiver fremlægger en testrapport eller et certifikat fra et overensstemmelsesvurderingsorgan[374].

Kræver ordregiver, at der fremlægges testrapporter eller certifikater udstedt af et specifikt overensstemmelsesvurderingsorgan, skal ordregiver acceptere testrapporter eller certifikater, der indholdsmæssigt svarer til de krav, ordregiver har stillet, men hvor det er et andet tilsvarende overensstemmelsesvurderingsorgan, der har foretaget vurderingen.

Det kan være særligt relevant for ordregiver at kræve en sådan dokumentation, hvor der er tale om teknisk komplekse indkøb, og hvor ordregiveren ikke er i besiddelse af den fornødne ekspertise til at verificere, om de tilbudte løsninger lever op til udbudsmaterialets anførte krav og kriterier.

Det er tilbudsgiver, der vurderer, hvilket overensstemmelsesvurderingsorgan der skal udstede de konkrete testrapporter eller certifikater. Tilbudsgiveren skal dog påvise, at det valgte overensstemmelsesvurderingsorgan svarer til det af ordregiveren krævede overensstemmelsesvurderingsorgan.

Anden passende dokumentation[375]
Hvis tilbudsgiver ikke kan fremlægge de krævede testrapporter eller certifikater, har ordregiver under visse betingelser pligt til at acceptere anden passende dokumentation for opfyldelse af de tekniske specifikationer, kriterierne for tildeling eller vilkårene til kontraktens udførelse. Det er de samme betingelser, der gælder for anden passende dokumentation for opfyldelse af mærkekrav. Nedenfor er formuleringen i relation til mærkekrav angivet i parentes.

Anden passende dokumentation skal accepteres i følgende to situationer:[376]

---

[372] Jf. udbudslovens § 46, stk. 4.
[373] Jf. udbudslovens § 47.
[374] Et overensstemmelsesvurderingsorgan er et organ, der udfører overensstemmelsesvurderingsaktiviteter, fx kalibrering, afprøvning, certificering og inspektion, som er akkrediteret efter forordning (EF) nr. 765/2008 af 9. juli 2008 samt forordning (EØF) nr. 339/93 (EUT L 218 af 13. august 2008, s. 30).
[375] Jf. udbudslovens § 48.
[376] Jf. betænkning over Forslag til udbudsloven, bemærkninger til nr. 10 og 11.

Den første situation er, hvor tilbudsgiveren ikke har mulighed for at få de krævede testrapporter eller certifikater (mærker eller tilsvarende mærker) inden for den gældende frist af årsager, der ikke kan tilskrives den pågældende tilbudsgiver. I dette tilfælde anses dokumentationen for at være passende, hvis en rimeligt oplyst og normalt påpasselig ordregiver uden et uforholdsmæssigt stort ressourceforbrug kan konstatere, at kravene til tekniske specifikationer, kriterierne for tildeling eller vilkårene for kontraktens udførelse (mærkekravene) er opfyldt.

Årsager, som ikke kan tilskrives tilbudsgiver, kan fx være, hvis tilbudsfristen er kortere end den tid, det tager for tilbudsgiveren at opnå de krævede testrapporter eller certifikater (mærker). I denne situation anses anden dokumentation for at være passende, hvis en rimeligt oplyst og normalt påpasselig ordregiver uden et uforholdsmæssigt stort ressourceforbrug på baggrund af dokumentationen kan konstatere, at kravene er opfyldt.

Anden passende dokumentation kan eksempelvis være verificeret dokumentation eller erklæringer fra tredjepart eller dokumentation eller erklæringer fra producenten. Det er tilbudsgiveren, der vurderer, hvilken dokumentation der skal indleveres for at påvise, at tilbuddet lever op til de tekniske specifikationer, kriterierne for tildeling eller vilkårene for kontraktens udførelse (mærkekravene). Som følge heraf kan ordregiveren ikke fastsætte specifikke formkrav for den passende dokumentation. Det er tilbudsgiver, der har bevisbyrden for, at den anden dokumentation er passende i forhold til at påvise, at tilbuddet lever op til de fastsatte krav.

Den anden situation, hvor ordregiver skal acceptere anden passende dokumentation, er, hvor tilbudsgiveren ikke har de krævede testrapporter eller certifikater (mærker), selvom det har været muligt at opnå dem inden for den gældende frist, men hvor tilbudsgiveren på anden måde kan godtgøre at leve op til de stillede krav (mærkekrav). I denne situation skal ordregiveren ved den indsendte anden dokumentation kunne konstatere, at kravene er opfyldt, uden at de ressourcer, som ordregiveren skal bruge på at konstatere, om tilbudsgiveren opfylder kravene, i uhensigtsmæssigt omfang overstiger de ressourcer, som ordregiveren ville skulle bruge på at konstatere, at tilbudsgiveren er i besiddelse af de krævede testrapporter eller certifikater (mærker). Med ressourcer menes både administrative og økonomiske ressourcer.

Der vil således i denne situation ikke være krav om et "uforholdsmæssigt stort ressourceforbrug", som kræves i den første situation. Ordregiver kan således her afvise anden passende dokumentation, hvis ressourcerne efter en konkret vurdering i "uhensigtsmæssigt omfang" overstiger de ressourcer, der er forbundet med at konstatere, at tilbudsgiveren har de krævede testrapporter eller certifikater (mærker). I denne forbindelse vil det være forbundet med brugen af flere ressourcer i "uhensigtsmæssigt omfang", hvis ordregiveren for at konstatere, at en anden dokumentation er passende, skal bruge mere end en time pr. tilbud, ud over hvad ordregiveren skal bruge på at konstatere, at tilbudsgiveren er i besiddelse af de krævede testrapporter eller certifikater (mærker).

Ordregiver kan dog altid vælge at acceptere anden passende dokumentation uanset ressourceforbruget, forudsat at ligebehandlingsprincippet overholdes.

7.5.3 Sortimentsudbud[377]

Ordregiver har mulighed for ved beskrivelsen af sin anskaffelse at henvise til specifikke produktkategorier. Om ordregiver er berettiget til at henvise til specifikke produktkategorier,

[377] Jf. udbudslovens § 45.

afhænger af, om denne beskrivelse udgør en tilstrækkeligt klar beskrivelse af det påtænkte indkøb. Det skal være tilstrækkeligt klart til, at potentielle tilbudsgivere kan vurdere, om de vil afgive tilbud, samt hvilke produkter der skal afgives tilbud på.

Henvisning til produktkategorier er særligt relevant ved udbud af offentlige kontrakter, der indeholder et stort antal varer eller ydelser, også kaldet sortimentsudbud. Dette beror på, at varelinjerne ved et sortimentsudbud kan være af en sådan størrelse, eller indkøbet kan have en sådan karakter, at det vil være omkostningstungt at udarbejde en udtømmende beskrivelse af kontraktens genstand gennem funktionskrav eller beskrivelse af funktionsdygtighed og/eller ved henvisning til standarder for hver enkelt vare.

Betegnelsen produktkategori er kendetegnet ved, at der ikke er tale om et specifikt produkt, men derimod en flerhed af produkter eller varianter heraf med samme grundlæggende karakteristika. Det er ordregiver, der skal vurdere, hvilke produktkategorier der skal anvendes. Ordregiver skal være opmærksom på, at en produktkategori ikke bliver for bred, så det bliver uklart for tilbudsgiver, hvilke produkter eller varianter heraf der kan blive omfattet af den konkrete anskaffelse. En produktkategori kunne fx være "kuglepenne", mens en produktkategori som "kontorartikler" vil være for bred, da det vil være uklart for tilbudsgiver, hvilke produkter der vil være omfattet af kontorartikler.

Ordregiver kan under tilsvarende betingelser anvende produkt- eller ydelseskategorier i relation til optionelle produkter eller ydelser i en konkret anskaffelse.

Hvis ordregiver benytter sig af produktkategorier i et sortimentsudbud, har ordregiver mulighed for at gennemføre sin tilbudsevaluering på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i den konkrete tilbudsgivers sortiment. Dette skal i så fald komme til udtryk i ordregivers evalueringsmodel.[378] Det repræsentative udsnit beror på ordregivers vurdering af de konkrete forhold i det enkelte tilfælde.

7.6 Kontrakten – betingelser for kontraktens gennemførelse

Kontraktbetingelserne skal være en del af det samlede udbudsmateriale, så tilbudsgiverne kan forholde sig til kontraktens betingelser i forbindelse med udarbejdelse af tilbud.

Kontraktbetingelserne er de vilkår, som ordregiver kræver, at tilbudsgiver forpligter sig til at opfylde i forbindelse med den konkrete anskaffelse. Kontraktvilkårene kan dreje sig om generelle juridiske forhold, som ikke varierer med kontraktens genstand. Dette kan fx angå vederlag og betalingsforpligtelser, sikkerhedsstillelse og forsikring, misligholdelsesbeføjelser eller force majeure. Kontraktbetingelserne regulerer den økonomiske balance mellem ordregiver og den valgte leverandør og er derfor af stor betydning for tilbudsgivers evne til at afgive et tilbud samt for dennes beregning af tilbudsprisen. I forhold til de generelle kontraktvilkår kan ordregiver overveje mulighederne for at tage udgangspunkt i evt. standardkontrakter, hvis der findes sådanne inden for det markedsområde, som kontrakten angår.[379] Fordelen ved standardkontrakter er, at de sikrer vilkår, som er forudsigelige og kan imødekommes af tilbudsgiverne, og som derfor ikke unødigt begrænser konkurrencen eller øger priserne. Der kan efter

[378] Læs om evalueringsmodeller i afsnit 10.4.

[379] Som eksempler på standardkontrakter kan nævnes AB18 på bygge- og anlægsområdet og K01, K02, K03 og K04 på IT-området. Ordregiver skal være opmærksom på standardkontrakternes anvendelsesområde, og hvorvidt de passer til den konkrete anskaffelse.

omstændighederne være behov for at tilpasse en standardkontrakt til ordregivers konkrete behov.

Kontraktbetingelserne vedrører også mere specifikke vilkår, som relaterer sig til den konkrete opgave. Disse vilkår skal overvejes nøje og formuleres i forhold til den konkrete anskaffelse. Her kan nævnes regulering af anvendelsen af underleverandører, udskiftning af medarbejdere,[380] regulering af immaterielle rettigheder, miljøkrav, oplæringsklausuler, arbejdsklausuler, evt. ændringsklausuler[381] m.v.

Udbudsloven indeholder enkelte regler for, hvilke krav en ordregiver må stille i kontrakten. Herudover har ordregiver stor frihed til at fastsætte kontraktvilkår. Ordregiver skal være opmærksom på at udforme kontrakten, så der sikres den bedst mulige konkurrence, dvs. at der kun stilles de nødvendige krav, samt at ordregiver overvejer, hvilke omkostninger der er forbundet med de krav, der stilles. Ordregiver kan evt. undersøge markedet med henblik på en afklaring heraf.[382] Et klart og præcist kontraktgrundlag er afgørende for et efterfølgende godt samarbejde mellem ordregiver og leverandør.

7.6.1 Krav til kontraktens betingelser[383]

Kontraktbetingelserne fastlægger de specifikke krav til kontraktens gennemførelse. Der er tale om objektive krav, som ikke har betydning for vurderingen af et tilbud. Som ordregiver kan man dog lade det fremgå af udbudsmaterialet, at tilbudsgiverne må tage forbehold for kontraktbetingelserne. Tilbudsgivernes forbehold vil herefter indgå i ordregivers evaluering af de konkrete tilbud.[384]

Der skal være sammenhæng mellem kontraktbetingelserne og kontraktens genstand. Man kan derfor ikke fastsætte kontraktbetingelser, der omhandler generelle forhold hos leverandøren, eller som vedrører andre opgaver, der udføres af den pågældende leverandør for ordregiveren. Ordregiveren kan fx ikke stille betingelser til en virksomheds generelle politik, da sådanne betingelser ikke kan betragtes som noget, der kan karakterisere den specifikke proces med fremstillingen eller leveringen af den konkrete anskaffelse. Kontraktbetingelserne skal være knyttet til den konkrete opgave, som skal udføres under kontrakten.

Kontraktbetingelserne skal være i overensstemmelse med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.[385] Proportionalitetsprincippet finder ikke anvendelse i forhold til vurderingen af, om varetagelsen af de hensyn, der ligger bag kravene til kontraktens gennemførelse, er de omkostninger værd, som et sådant krav vil medføre – dette er ordregivers vurdering. Man bør dog altid som ordregiver overveje, hvilke omkostninger der er forbundet med de krav, man vil stille til kontraktens gennemførelse, og om merprisen for et krav er rimelig i forhold til kontraktens formål.

---

[380] Det er et krav, at udskiftning af medarbejdere reguleres i kontrakten, hvis der som en del af tildelingen er lagt vægt på medarbejdernes faglige kvalifikationer.

[381] Se afsnit 11.3.1 om ændringsklausuler.

[382] Læs om markedsundersøgelser i afsnit 7.4.

[383] Jf. udbudslovens § 176.

[384] Se afsnit 10.5.7 om tilbudsforbehold.

[385] Jf. udbudslovens § 2.

Proportionalitetsprincippet gælder imidlertid i forhold til, om et krav til kontraktens gennemførelse kunstigt vil indskrænke konkurrencen. Det er kun muligt at stille sådanne krav, hvis de er konkret begrundet i ordregivers saglige behov.

7.6.2 Miljømæssige, sociale og beskæftigelsesrelaterede hensyn

Kontraktbetingelserne kan også indeholde miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn. Man kan stille krav til alle aspekter og ethvert trin i produkternes livscyklus – lige fra oprindelsen af råmaterialer til tidspunktet for bortskaffelse af produktet. Det gælder også, selvom de fastsatte betingelser ikke udgør en del af anskaffelsens materielle indhold. Eksempelvis kan et krav være, at de indkøbte tjenesteydelser skal leveres vha. energieffektive maskiner. Et andet eksempel kunne være, at der stilles krav om, at der skal leveres eller bruges fairtrade-produkter.

Betingelsen om, at der skal være sammenhæng mellem kontraktbetingelserne og kontraktens genstand, udelukker fastsættelse af betingelser om en virksomheds generelle politik. En ordregiver kan derfor ikke kræve, at en tilbudsgiver har en gældende virksomhedspolitik for socialt eller miljømæssigt ansvar. Den type krav betragtes ikke som en faktor, der karakteriserer den specifikke proces med fremstilling eller levering.

På samme måde skal betingelserne for gennemførelsen af kontrakten, som angår de sociale aspekter af fremstillingsprocessen, vedrøre de ydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten. Derudover skal sådanne betingelser være i overensstemmelse med udstationeringsdirektivet[386]. En ordregiver kan derfor ikke stille betingelser for kontraktens udførelse, der direkte eller indirekte diskriminerer tilbudsgivere fra andre EU-lande eller tredjelande, der er parter i WTO's Agreement on Government Procurement (GPA) eller i frihandelsaftaler, som EU er part i. Krav om de grundlæggende arbejdsvilkår, som er fastsat i udstationeringsdirektivet, fx om mindsteløn, bør forblive på det niveau, som er fastsat gennem national lovgivning eller kollektive aftaler, som gælder i overensstemmelse med EU-lovgivningen i forbindelse med udstationeringsdirektiver.

Det er også muligt at fastsætte kontraktbetingelser, som fx har til formål at fremme ligestilling mellem mænd og kvinder på arbejdspladsen eller fremme miljøbeskyttelse eller dyrevelfærd. Ordregiver kan fastsætte klausuler, fx arbejdsklausuler og øvrige klausuler, i det omfang, de ikke strider imod national ret eller EU-retten.

Ordregiver kan også gennem betingelser for kontraktens gennemførelse sikre helbredsbeskyttelse for personalet, som deltager i produktionen, eller fremme den sociale integration af dårligt stillede personer. Det kan fx være vilkår for ansættelse af langtidsledige eller iværksættelse af uddannelsesinitiativer for ledige og unge ved gennemførelsen af den konkrete kontrakt.

[386] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser (De Europæiske Fællesskabers Tidende nr. L 18 af 21. januar 1997, s. 1).

7.6.2.1 Krav om anvendelse af personer under oplæring[387]

Ordregiver skal i visse kontrakter indføre krav om, at virksomheder, der udfører kontrakten, anvender personer under oplæring ved gennemførelse af kontrakten.[388]

Boks 7.11
Hvilke kontrakter er omfattet af kravet om anvendelse af personer under oplæring?

Kravet om anvendelse af personer under oplæring omfatter offentlige *bygge- og anlægskontrakter*, som:
- Udføres i Danmark
- har en varighed på minimum seks måneder fra kontraktunderskrivelse til levering og
- har en kontraktværdi, som overstiger tærskelværdien for bygge- og anlægskontrakter.[389]

Desuden omfatter kravet offentlige *tjenesteydelseskontrakter*, som:
- Udføres i Danmark
- har en varighed på minimum seks måneder fra kontraktunderskrivelse til levering
- har en kontraktværdi på over 5 mio. kr. og
- er omfattet af en eller flere af følgende CPV-koder:
  - 50000000-50884000 (reparations- og vedligeholdelsestjenester)
  - 51000000-51900000 (installationstjenester)
  - 60000000-60651100 (transporttjenester – ikke affaldstransport)
  - 90910000-90919300 (rengøring).

Hvis kontrakten omfatter ydelser, som er omfattet af ovennævnte CPV-koder, og ydelser, som ikke er omfattet, skal ordregiver stille krav om anvendelse af personer under oplæring, hvis de omfattede ydelser opfylder de ovennævnte betingelser – dvs. udføres i Danmark, har en varighed på minimum seks måneder og har en kontraktværdi på over 5 mio. kr. Kravet skal i så fald vedrøre udførelsen af de omfattede ydelser.

Kravet om anvendelse af personer under oplæring gælder også for de kontrakter, der tildeles i medfør af en rammeaftale, såfremt den enkelte kontrakt opfylder ovenstående betingelser.

Såfremt kontrakten er omfattet af kravet om anvendelse af personer under oplæring, skal ordregiver indsætte kravet, uanset hvilken udbudsprocedure ordregiver har valgt. Kravet gælder således som udgangspunkt også, selvom ordregiver anvender proceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.[390]

Med personer under oplæring menes personer, der opererer under leverandørens opsyn, med henblik på at personerne opnår den nødvendige faglighed til efter endt oplæring at kunne varetage de pågældende opgaver selvstændigt. Det er imidlertid ikke et krav, at personerne færdiggør deres oplæring i løbet af den pågældende offentlige kontrakt.

Personer under oplæring kan være personer under uddannelser, der er godkendt af myndighederne eller arbejdsmarkedets parter, og hvor praktik-, elev- eller lærlingeforhold indgår som en del af uddannelsen. Kravet kan fx opfyldes ved anvendelse af personer omfattet af:

- Lov om erhvervsuddannelser

[387] Jf. udbudslovens § 176, stk. 2-4.

[388] De nærmere regler om, hvilke kontrakter der er omfattet af kravet, er fastsat i bekendtgørelse nr. 1079 af 29. juni 2022 om krav om anvendelse af personer under oplæring i offentlige kontrakter.

[389] Herudover gælder kravet om anvendelse af personer under oplæring også ved indkøb omfattet af tilbudsloven, når kontrakten udføres i Danmark, har en kontraktværdi på over 5 mio. kr. og har en varighed på mindst seks måneder fra kontraktunderskrivelse til levering.

[390] Læs om proceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i afsnit 5.7.

- lov om forberedende grunduddannelse
- AMU-kontraktuddannelser
- lov om integrationsgrunduddannelse
- øvrige oplæringsordninger, hvor personerne opnår den nødvendige faglighed til efter endt oplæring at kunne varetage de pågældende opgaver selvstændigt.

Kravet kan imidlertid ikke opfyldes ved anvendelsen af personer, som i kontraktperioden alene indgår i et oplæringsforløb, der har til formål at kvalificere personerne til at begå sig sikkert på en arbejdsplads eller lignende.[391]

Det er derimod ikke et krav, at oplæringen starter og færdiggøres i kontraktperioden. Oplæringskravet kan således opfyldes ved påbegyndte oplæringsforløb, som fortsætter i kontraktperioden, og ved oplæringsforløb, som først afsluttes efter kontraktperioden.

Boks 7.12
Kan fx nyansatte udgøre personer under oplæring?

Udbudsloven begrænser ikke "personer under oplæring" til bestemte typer af medarbejdere, som fx elever eller praktikanter. Personer under oplæring kan eksempelvis også være personer, som ikke umiddelbart ved ansættelsen selvstændigt kan varetage de relevante opgaver, men som vil kunne varetage opgaverne selvstændigt efter endt oplæring.

Oplæringen skal i så fald være afgørende for den selvstændige opgavevaretagelse. Hvis et oplæringsforløb for en nyansat opfylder kriteriet om, at oplæringen er nødvendig, for at personen opnår den nødvendige faglighed til efter endt oplæring at kunne varetage kontraktens opgaver selvstændigt, så vil den nyansatte være omfattet af begrebet "under oplæring".

Oplæringen kan dog ikke alene have til formål at kvalificere personer til at begå sig sikkert på en arbejdsplads eller lignende.

Udbudsloven regulerer ikke, hvor mange personer under oplæring ordregiver skal kræve. Antallet af personer under oplæring, som der kan stilles krav om, vil afhænge af den konkrete situation, herunder af genstanden for den udbudte kontrakt og andre relevante forhold, fx udbuddet af personer under oplæring inden for det relevante erhverv.

Det er ordregiver, der skal udforme oplæringskravet i kontraktbetingelserne. Det er således ordregiver, som skal fastsætte det nærmere indhold af kravet, herunder hvilken type oplæring og hvor mange personer under oplæring der kræves. Oplæringskravet skal være knyttet til kontraktens genstand. Det betyder, at kravet alene må vedrøre forholdene ved den konkrete kontrakt. Der kan fx alene stilles krav til anvendelse af personer under oplæring ved opfyldelse af den pågældende kontrakt – og ikke ved leverandørens øvrige kontrakter.

Oplæringskravet skal også overholde principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Kravet må således ikke forpligte leverandøren langt ud over, hvad der er nødvendigt for at imødekomme ordregivers behov, fx ved at forpligte leverandøren til at have 20 personer under oplæring til rådighed, hvis der alene forventes at skulle bruges fem personer til opfyldelse af kontrakten.

Kravet må desuden ikke føre til, at der sker diskrimination af virksomheder fra lande, som har andre oplæringssystemer end i Danmark.

[391] Jf. § 4 i bekendtgørelse nr. 1079 af 29. juni 2022 om krav om anvendelse af personer under oplæring i offentlige kontrakter.

Ordregiver kan undlade at bruge oplæringskravet, når anvendelse af personer under oplæring:

» Medfører en sikkerhedsrisiko
» ikke egner sig til gennemførelse af kontrakten, eller
» strider mod anden lovgivning.

Det er ordregiveren, der skal foretage en konkret vurdering af, om en af undtagelserne finder anvendelse for den pågældende kontrakt.[392] Kravet om anvendelse af personer under oplæring vil fx ikke være egnet, hvis der på et område er mangel på personer, som kan opfylde kravene, eller hvor gennemførelse af kontrakten ikke kræver kvalificeret arbejdskraft.

7.7 Offentliggørelse af bekendtgørelser

For at sikre den bedst mulige gennemsigtighed handler en del af udbudsprocessen om at offentliggøre udbudsmaterialet og de supplerende oplysninger på rette tid og sted. Tilbudsgiverne skal have ordentlig tid til at sætte sig ind i opgaven og udarbejde ansøgning og/eller tilbud. Alle tilbudsgivere i samtlige EU-medlemsstater skal have lige muligheder for at tilgå udbudsmaterialet på samme tid.

I dette afsnit behandles formålet med forhåndsmeddelelsen, udbudsbekendtgørelsen og bekendtgørelse om indgåede kontrakter, som anvendes i forbindelse med EU-udbud til hhv. at oplyse om kommende udbud, at bekendtgøre et konkret udbud og at bekendtgøre en indgået kontrakt.

Det er som ordregiver vigtigt at være opmærksom på, at der er oplysninger, der skal fremgå af bekendtgørelserne. I udbudsdirektivets bilag V, del A-J, fremgår de specifikke oplysninger, der skal angives i bekendtgørelser og meddelelser.

7.7.1 Offentliggørelse af meddelelser og bekendtgørelser

Ordregiver skal ved offentliggørelse af bekendtgørelser og meddelelser i forbindelse med EU-udbud benytte de formularer, som Europa-Kommissionen har udarbejdet og stiller til rådighed.

Formularerne udfyldes elektronisk, enten via et udbudssystem, som ordregiver har adgang til, eller via udbudsportalen eNotices2, som Europa-Kommissionen stiller til rådighed for medlemslandene. Når en formular er udfyldt, sender ordregiver den elektronisk til Den Europæiske Unions Publikationskontor (Publikationskontoret), og formularen offentliggøres på Tenders Electronic Daily (TED) – en online portal for offentlige udbudsmeddelelser fra hele EU – senest fem dage efter afsendelsen.

[392] Jf. udbudslovens § 176, stk. 3.

Boks 7.13
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *E-formularer – vejledning og opslagsværk til udfyldelse af e-formularer ved EU-udbud*

I denne vejledning gennemgås Europa-Kommissionens standardformularer til offentliggørelse af bekendtgørelser og meddelelser i forbindelse med EU-udbud.

Vejledningen er også tænkt som et opslagsværk for ordregiverne, som kan hjælpe med den praktiske håndtering, når de skal udfylde formularerne.

Ordregiveren vælger selv, hvilket EU-sprog bekendtgørelserne eller meddelelsen offentliggøres på. Et resumé af hver bekendtgørelse eller meddelelsens hovedpunkter offentliggøres på de øvrige af EU-institutionernes officielle sprog.

Der må ikke ske offentliggørelse på nationalt plan af en meddelelse, en bekendtgørelse eller øvrige dele af udbudsmaterialet, før Publikationskontoret har offentliggjort den pågældende meddelelse eller bekendtgørelse.[393] Dog kan en ordregiver offentliggøre meddelelser og bekendtgørelser, 48 timer efter at ordregiveren har modtaget en elektronisk bekræftelse på modtagelsen fra Publikationskontoret. Hvis en ordregiver benytter sig af denne mulighed, skal ordregiveren samtidig give adgang til udbudsmaterialet.[394] Offentliggørelsen af bekendtgørelser eller meddelelser på nationalt plan må ikke indeholde andre eller flere oplysninger end dem, der fremgår af de meddelelser eller bekendtgørelser, der er afsendt til Publikationskontoret til offentliggørelse.

Ordregiver har ikke pligt til at offentliggøre meddelelser eller bekendtgørelser på anden vis, fx på ordregiverens egen hjemmeside, før der er sket offentliggørelse i EU-Tidende. Ordregiver skal fra datoen for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen give fri, direkte og fuld elektronisk adgang til hele udbudsmaterialet. Se afsnit 7.8 om offentliggørelse og adgang til det øvrige udbudsmateriale.

Forhåndsmeddelelse[395]
En forhåndsmeddelelse indeholder oplysninger om kommende udbud. En forhåndsmeddelelse kan anvendes forud for konkrete udbud, eller ved at ordregiver meddeler de udbud, ordregiver planlægger at gennemføre i det kommende år. Meddelelsen har til formål at gøre tilbudsgiverne opmærksomme på kommende udbud. Det er frivilligt for ordregiver at afsende en forhåndsmeddelelse.

Det er muligt at anvende en forhåndsmeddelelse til at indkalde virksomheder til markedsdialog.[396] Forhåndsmeddelelsen kan også bruges til at oplyse virksomheder om, at et udbudsmateriale sendes i høring.

En forhåndsmeddelelse kan anvendes til at forkorte fristerne i forbindelse med et kommende udbud. Har ordregiver afsendt en forhåndsmeddelelse, kan ordregiver benytte sig af

---

[393] Jf. udbudslovens § 130.
[394] Jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 130.
[395] Jf. udbudslovens § 127.
[396] Læs om markedsundersøgelser i afsnit 7.3 ovenfor.

muligheden for at forkorte fristerne. Tilbudsfristen kan forkortes til 15 dage ved offentlige udbud og til 10 dage ved begrænset udbud og ved udbud med forhandling. Hvis en forhåndsmeddelelse skal give mulighed for at forkorte fristerne, skal den sendes til offentliggørelse, mindst 35 dage og højst 12 måneder før udbudsbekendtgørelsen sendes til offentliggørelse. Se nærmere om tidsfrister i kapitel 8.

En forhåndsmeddelelse er kun en varsling af et eller flere kommende udbud, og når en konkret udbudsproces sættes i gang, skal der afsendes en udbudsbekendtgørelse. Ved offentliggørelsen af en forhåndsmeddelelse er det ikke nødvendigt at have udarbejdet det øvrige udbudsmateriale, for det skal først offentliggøres, når udbudsbekendtgørelsen bliver offentliggjort.

Ved indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser, der er omfattet af reglerne i udbudslovens afsnit III (light-regimet), kan forhåndsmeddelelsen også anvendes til indkaldelse af tilbud. Ordregiver skal i så fald i bekendtgørelsen angive, at kontrakterne vil blive tildelt uden yderligere offentliggørelse, og opfordre interesserede tilbudsgivere eller ansøgere til skriftligt at tilkendegive deres interesse.[397] Her kan en forhåndsmeddelelse også dække en længere periode end 12 måneder. Se kapitel 12 om reglerne for kontrakter omfattet af light-regimet.

Køberprofil[398]

Forhåndsmeddelelsen kan også offentliggøres i den såkaldte køberprofil. En køberprofil er en præsentation på ordregiverens hjemmeside, som mindst indeholder de samme oplysninger som en forhåndsmeddelelse.

Hvis ordregiver vælger at offentliggøre sin forhåndsmeddelelse i køberprofilen, er det vigtigt, at ordregiver inden offentliggørelsen sender en meddelelse til EU's publikationskontor.

Når forhåndsmeddelelsen først er offentliggjort i køberprofilen på hjemmesiden, er det herefter tilladt at offentliggøre den på anden vis, fx i en pressemeddelelse, annonce eller lignende. Denne offentliggørelse skal dog indeholde de samme oplysninger som forhåndsmeddelelsen i køberprofilen. Ydermere skal ordregiver oplyse, hvilken dato der blev sendt meddelelse til EU om den forhåndsmeddelelse, der optræder i køberprofilen.

Udbudsbekendtgørelsen[399]

Udbudsbekendtgørelsen bekendtgør offentliggørelsen af et udbud og sætter den konkrete udbudsproces i gang.

Man skal som ordregiver altid benytte en udbudsbekendtgørelse til indhentning af tilbud eller ansøgninger ved alle udbudsprocedurer efter udbudslovens afsnit II, dog med undtagelse af udbudsproceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.[400] Man kan vælge at benytte en udbudsbekendtgørelse (en særlig bekendtgørelse) til indhentning af tilbud ved indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser over tærskelværdien, dvs. de opgaver, der er omfattet af reglerne i light-regimet.[401] Se nærmere om reglerne for opgaver omfattet af light-regimet i kapitel 12.

---

[397] Jf. udbudslovens § 187, stk. 3.

[398] Jf. udbudslovens § 131.

[399] Jf. udbudslovens § 128.

[400] Læs nærmere om denne procedure i afsnit 5.7.

[401] Ordregiver kan ved disse opgaver vælge at anvende enten forhåndsmeddelelse eller udbudsbekendtgørelse jf. udbudslovens § 187.

Hvorfor er CPV-koden vigtig?

I forbindelse med udfyldelsen af udbudsbekendtgørelsen skal man som ordregiver angive en eller flere CPV-koder. CPV står for Common Procurement Vocabulary og er et fælles referencesystem for udbudte opgaver i EU. CPV-koderne findes på alle EU's officielle sprog. Ved at henvise til en kode i stedet for et ord sikres en ensartet forståelse for den udbudte opgave. Der findes ca. 10.000 koder, og man kan søge i disse koder via en søgefunktion i den elektroniske version af udbudsbekendtgørelsen eller i Europa-Kommissionens forordning nr. 213/2008.

CPV-koderne er vigtige, da virksomhederne søger efter offentlige opgaver inden for deres forretningsområder vha. disse CPV-koder.

Det er derfor afgørende, at man som ordregiver finder den eller de CPV-koder, der er mest dækkende for den udbudte opgave, da det kan være med til at skabe den bedste konkurrence. Det kan imidlertid være vanskeligt at finde en kode, der er præcis og dækkende. Det er derfor en god idé, at man vælger en eller flere koder, der er bredt dækkende for ydelsen, dvs. står langt oppe i hierarkiet og indeholder mange 0'er (nuller) (jo flere 0'er en kode indeholder, jo mere generel er den). En meget specifik kode kan medføre, at leverandøren ikke bliver opmærksom på den udbudte opgave.

På Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside findes en oversigt over CPV-koderne samt en søgefunktion, hvor man kan søge efter CPV-koder vha. relevante nøgleord.

Bekendtgørelse om indgåede kontrakter
Som afslutning på en udbudsprocedure skal ordregiver offentliggøre en bekendtgørelse om indgåede kontrakter. Denne pligt gælder for alle udbudsprocedurer og pålægger ordregiver at indsende bekendtgørelsen til EU's publikationskontor senest 30 dage efter indgåelsen af kontrakten.

I særlige tilfælde kan ordregiver undlade at offentliggøre alle oplysninger i bekendtgørelsen om indgåede kontrakter. Der er tale om en undtagelsesbestemmelse, der bliver fortolket indskrænkende, og ordregiver må afveje proportionaliteten mellem behovet for hemmeligholdelse og gennemsigtighed. Særlige tilfælde kan fx være, hvis videregivelse af oplysningerne vil hindre retshåndhævelse eller på anden måde være i strid med offentlige interesser, vil være til skade for bestemte økonomiske aktørers legitime økonomiske interesser eller vil være til skade for konkurrencen mellem økonomiske aktører.[402]

Særligt for rammeaftaler

Ordregiver skal også offentliggøre en bekendtgørelse om indgået kontrakt ved indgåelse af en rammeaftale. Når man indgår de enkelte kontrakter på baggrund af rammeaftalen, er man derimod ikke forpligtet til at sende bekendtgørelsen om kontraktindgåelse til EU's publikationskontor.

Hvis man alligevel ønsker at sende en bekendtgørelse om de indgåede kontrakter, kan det ske ved, at ordregiveren senest 30 dage efter udgangen af hvert kvartal sender de samlede bekendtgørelser om resultaterne af udbudsproceduren for kontrakter baseret på rammeaftalen.

Dynamiske indkøbssystemer

[402] Jf. udbudslovens § 129.

Ordregiver er forpligtet til at sende en bekendtgørelse om indgået kontrakt for hver af de konkrete kontrakter, som bliver indgået på baggrund af et dynamisk indkøbssystem. Dette skal ske ved, at ordregiveren sender en bekendtgørelse senest 30 dage efter tildelingen af hver kontrakt.

Alternativt kan ordregiveren sende bekendtgørelserne samlet for et kvartal. Hvis denne mulighed vælges, skal ordregiveren sende de samlede bekendtgørelser senest 30 dage efter udgangen af hvert kvartal.

7.8 Offentliggørelse af og adgang til det øvrige udbudsmateriale[403]

Ordregiver skal give fri, direkte og fuld elektronisk adgang til hele udbudsmaterialet fra datoen for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen i EU-Tidende. Dette gælder, uanset hvilken udbudsprocedure der benyttes.[404]

Fri adgang indebærer krav om, at tilbudsgiverne kan tilgå materialet uden at skulle betale for adgangen. Direkte betyder det, at potentielle ansøgere eller tilbudsgivere skal have umiddelbar adgang til udbudsmaterialet uden at gennemgå en godkendelsesprocedure, der medfører en tidsmæssig forskydning i adgangen. Der er ikke noget til hinder for, at tilbudsgiverne skal oprette sig som brugere, fx i et elektronisk udbudssystem, hvis denne oprettelse eller godkendelsesprocedure automatisk genererer adgang til systemet, således at tilbudsgiverne umiddelbart herefter har adgang til systemet og kan tilgå udbudsmaterialet. Det afgørende er, at en sådan oprettelse eller godkendelsesprocedure ikke betyder en tidsforskydning, fx ved at tilbudsgiverne først dagen efter oprettelsen modtager et login til systemet. Endelig skal der være elektronisk adgang til udbudsmaterialet, og det skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen, på hvilket netsted der gives adgang til udbudsmaterialet.

Elektronisk kommunikation under udbudsprocessen
Ud over kravet om elektronisk adgang til udbudsmaterialet er det et krav, at al kommunikationsudveksling i forbindelse med en udbudsprocedure eller indkøbsmetode skal ske ved anvendelse af elektroniske kommunikationsmidler.[405] De krav, som de elektroniske kommunikationsmidler skal opfylde, er bl.a., at de anvendte elektroniske kommunikationsmidler skal være almindeligt tilgængelige, funktionelt kompatible med almindeligt anvendte elektroniske kommunikationsmidler og ikkediskriminerende og ikke må begrænse de økonomiske aktørers adgang til udbudsproceduren.[406]

Derudover skal de elektroniske kommunikationsmidler opfylde en række krav, som er relevante ved modtagelse af ansøgninger og tilbud. De elektroniske kommunikationsmidler skal således:

1. Med rimelighed sikre, at dataintegriteten og fortroligheden af ansøgninger og tilbud beskyttes.

[403] Jf. udbudslovens §§ 132 og 133.
[404] Jf. udbudslovens § 132, stk. 1.
[405] Jf. bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016 om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse, som ændret ved bekendtgørelse nr. 1094 af 29. juni 2022. Bekendtgørelsen gælder for udbud omfattet af udbudslovens afsnit II og III, forsyningsvirksomhedsdirektivet og koncessionsdirektivet, jf. bekendtgørelsens § 1.
[406] Jf. § 3 i bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016 om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse, som ændret ved bekendtgørelse nr. 1094 af 29. juni 2022. Bekendtgørelsen er udstedt med hjemmel i udbudslovens § 194, stk. 1.

2. Sikre, at kun bemyndigede personer kan fastsætte eller ændre datoerne for åbning af ansøgninger og tilbud.
3. Sikre, at kun bemyndigede personer må bemyndige andre adgang til indholdet af ansøgninger og tilbud.
4. Kunne fastslå det nøjagtige tidspunkt og den nøjagtige dato for modtagelse af ansøgninger og tilbud med sikkerhed.
5. Sikre, at kun bemyndigede personer har adgang til at gøre sig bekendt med indholdet af ansøgninger og tilbud efter åbningen af disse.
6. Give oplysninger om de specifikationer, der er nødvendige for elektronisk afgivelse af ansøgninger og tilbud, herunder kryptering og tidsstempling.
7. I forbindelse med overtrædelse eller forsøg på overtrædelse af kravene i nr. 1-5 i rimelig grad sikre, at overtrædelsen eller forsøget på overtrædelse klart kan spores.[407]

De ovenstående krav, som de elektroniske kommunikationsmidler skal leve op til, kan give visse udfordringer i forhold til kommunikation via almindelig e-mail. Fx kan kravene om, at der skal sikres fortrolighed og dataintegritet, være svære at opfylde ved eksempelvis modtagelse af tilbud via almindelig e-mail. I alle tilfælde skal ordregiver sikre, at det valgte kommunikationsmiddel opfylder de specifikke krav. Kravene til elektronisk kommunikation er som udgangspunkt opfyldt ved brug af et udbudssystem til gennemførelse af udbudsprocessen.

Pligten til at anvende elektronisk kommunikation gælder også ved anvendelsen af de forskellige indkøbsmetoder, herunder rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer. Eksempelvis skal ordregiver anvende elektroniske kommunikationsmidler ved miniudbud på rammeaftaler.

7.8.1 Undtagelse fra offentliggørelse af det fulde udbudsmateriale

Ordregiver skal som udgangspunkt give elektronisk adgang til det fulde udbudsmateriale, hvormed der menes alle de dokumenter, som ordregiver har udarbejdet eller henviser til for at beskrive eller fastlægge elementer i udbuddet eller i proceduren.[408] Alle dokumenterne skal offentliggøres, når udbudsbekendtgørelsen er offentliggjort.

Ordregiver kan dog pga. udbudsmaterialets særlige karakter eller pga. fortrolighed undlade at give fri, direkte og elektronisk adgang til dele af udbudsmaterialet.[409]

Er der dele i udbudsmaterialet, der kan undtages offentliggørelse, skal ordregiver angive det i udbudsbekendtgørelsen, samt hvor og hvordan tilbudsgiverne kan opnå adgang til materialet. Hvis ordregiver ikke inden for fem dage efter anmodning fremsender de tilbageholdte dokumenter, er ordregiveren forpligtet til at forlænge ansøgnings- eller tilbudsfristen.[410]

Ordregiver kan kun undlade at give adgang til de dokumenter, som er af en særlig karakter eller indeholder fortrolig information. Med særlig karakter menes alene følgende fire særlige situationer:

---

[407] Jf. § 4 i bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016 om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse, som ændret ved bekendtgørelse nr. 1094 af 29. juni 2022.

[408] Jf. definitionen af "udbudsmateriale" i udbudslovens § 24, nr. 36.

[409] Jf. udbudslovens § 132, stk. 2.

[410] Jf. udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 3. Se yderligere om forlængelse af tidsfrister i afsnit 8.4.

1. Hvis udbudsmaterialets særlige art medfører, at brugen af elektroniske kommunikationsmidler kræver særlige værktøjer, anordninger eller filformater, som ikke er almindeligt tilgængelige eller understøttes af almindeligt tilgængelige programmer.
2. Hvis de programmer, der understøtter filformater, som er egnede til beskrivelsen af tilbuddene, anvender filformater, der ikke vil kunne behandles af andre åbne eller almindeligt tilgængelige programmer eller er omfattet af en licensordning og ikke kan downloades eller fjernanvendes.
3. Hvis brugen af elektronisk kommunikation kræver særligt kontorudstyr, som ikke er almindelig tilgængeligt.
4. Hvis der er tale om fysiske modeller eller skalamodeller, som ikke kan fremsendes ved anvendelse af elektroniske midler.[411]

Desuden kan ordregiver undtage offentliggørelse af dele af udbudsmaterialet pga. fortrolighed. Hermed kan ordregiveren, medmindre andet følger af lovgivningen i øvrigt, pålægge fortrolighed over for tilbudsgivere og ansøgere mht. oplysninger, som stilles til rådighed af ordregiveren i en udbudsproces.

Det er ikke muligt for ordregiver at pålægge fortrolighed over for tilbudsgivere og ansøgere, hvis ikke oplysningerne er fortrolige. Det er alene i de særlige situationer, hvor der er et behov for fortrolighed, at dele af udbudsmaterialet bliver undtaget fra offentliggørelse.

Hvis ordregiveren er en offentlig forvaltningsmyndighed, gælder reglerne i forvaltningslovens § 27, stk. 6. Efter denne bestemmelse kan en forvaltningsmyndighed bestemme, at en person uden for den offentlige forvaltning har tavshedspligt om fortrolige oplysninger, som myndigheden videregiver til den pågældende uden at være forpligtet hertil. Bestemmelsen medfører, at der ikke kan gives fortrolighedspålæg ved oplysninger, der ikke er fortrolige.

Ordregiver skal være opmærksom på, at der er tale om en undtagelsesbestemmelse. Det er således kun, hvor materialet er af særlig karakter eller fortroligt, at dele af udbudsmaterialet kan undtages offentliggørelse.

7.8.2 Supplerende oplysninger og ændringer til det offentliggjorte materiale

Når ordregiver udarbejder udbudsmaterialet, er det vigtigt, at den konkrete anskaffelse beskrives på den bedst mulige måde. Ordregiver bør udarbejde sit udbudsmateriale klart og konsekvent, så der ikke opstår tvivl for tilbudsgiverne om, hvad ordregiver mener og ønsker. Ordregiver kan dog efter offentliggørelsen blive opmærksom på fejl og mangler, eller der kan indkomme spørgsmål fra tilbudsgiverne, som skal besvares og i nogle situationer kan give anledning til, at udbudsmaterialet skal suppleres, præciseres eller ændres.

Supplerende oplysninger til udbudsmaterialet[412]
Ordregiver har mulighed for at fremsende supplerende oplysninger til sit udbudsmateriale, efter materialet er offentliggjort. Et eksempel på supplerende oplysninger er spørgsmål fra ansøgere eller tilbudsgivere, som medfører et behov for at sende supplerende oplysninger eller dokumenter ud til ansøgerne eller tilbudsgiverne. Ordregiver må ikke meddele sådanne supplerende oplysninger eller dokumenter senere end seks dage inden ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb. For udbud, som gennemføres efter hasteproceduren, er fristen for meddelelse

[411] Jf. udbudslovens § 132, stk. 2, og bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016 om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse, som ændret ved bekendtgørelse nr. 1094 af 29. juni 2022.
[412] Jf. udbudslovens § 134.

af supplerende oplysninger senest fire dage før udløbet af ansøgnings- eller tilbudsfristen til tilbudsgiverne. Læs mere om fristen for meddelelse af supplerende oplysninger i afsnit 8.4.

Supplerende oplysninger kan både omfatte tilføjelse af oplysninger, der ikke tidligere var tilgængelige, og omfatte tilføjelse af oplysninger, der præciserer udbudsmaterialet, hvor noget er uklart beskrevet.

Spørgsmål, der ikke giver anledning til præciseringer, men som alene er henvisninger til tydelige dele af udbudsmaterialet, vil ikke være supplerende oplysninger om udbudsmaterialet, som skal meddeles inden for seksdagesfristen (eller firedagesfristen). Sådanne præciseringer må godt foretages efter udløbet af seksdagesfristen.[413] 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.

Ordregiver skal i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet vurdere, om ordregiver kan meddele konkrete supplerende oplysninger eller supplerende dokumenter, eller om ordregiver er forpligtet til det. Ordregiver kan fx være forpligtet til det, hvis de supplerende oplysninger om udbudsmaterialet sikrer, at ansøgerne eller tilbudsgiverne har de samme oplysninger, eller hvis de supplerende oplysninger sikrer ens forståelse af udbudsmaterialet.

Ordregiver er alene forpligtet til at meddele supplerende oplysninger efter anmodning herom fra en ansøger eller en tilbudsgiver, hvis anmodningen er kommet frem til ordregiver i tide, så ordregiver kan nå at fremskaffe de nødvendige oplysninger. Ved vurderingen af "i tide" skal man medregne oplysningernes omfang og kompleksitet.

Ordregiver er i ansøgningsperioden kun forpligtet til at besvare spørgsmål, der er direkte relevante for udarbejdelsen af ansøgningen. Ordregiver kan vente til tilbudsperioden med at besvare spørgsmål om de dele af udbudsmaterialet, der har direkte betydning for afgivelse af tilbud.

Når ordregiver afgiver supplerende oplysninger eller offentliggør supplerende dokumenter, skal ordregiver sikre, at alle ansøgere eller tilbudsgivere får de samme oplysninger på samme tid. Det kan ved et offentligt udbud fx ske ved at gøre oplysningerne tilgængelige på samme sted som det øvrige udbudsmateriale.

Ændringer af udbudsmaterialet[414]

Ordregiver kan i løbet af udbudsproceduren få behov for at ændre i udbudsmaterialet. Behovet for ændringen kan fx skyldes spørgsmål fra ansøgerne eller tilbudsgiverne, eller at ordregiver af egen drift opdager en fejl eller en unøjagtighed i udbudsmaterialet. Det er her uden betydning, om ændringen sker som led i meddelelsen af supplerende oplysninger eller ej. Ordregiver bør derfor særligt ved besvarelse af spørgsmål fra ansøgere og tilbudsgivere være opmærksom på, om besvarelsen indebærer en ændring af udbudsmaterialet.

En ændring af udbudsmaterialet skal forstås som en erstatning af oplysninger med nye oplysninger, en tilføjelse af nye oplysninger, eller at oplysninger udgår. Oplysningerne af denne type ændrer indholdet i udbudsmaterialet. Det kan være oplysninger i både udbudsbekendtgørelsen og det øvrige udbudsmateriale. Og det kan være ændringer i kontraktens genstand, fx

[413] Læs mere herom i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Dialog før og under udbudsprocessen*, afsnit 3.2.

[414] Jf. udbudslovens § 134, § 24, nr. 37, jf. § 93, stk. 4, nr. 2, og lovbemærkningerne til udbudslovens § 2.

krav om, at de udbudte kuglepenne skal være røde i stedet for blå, eller fx ændringer i kontraktvilkårene.

Ved ændringer af udbudsmaterialet sondres der mellem uvæsentlige ændringer, væsentlige ændringer og ændringer af grundlæggende elementer.[415]

En væsentlig ændring i udbudsmaterialet er en ændring, der medfører, at ansøgerne eller tilbudsgiverne skal bruge yderligere tid på at forstå og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet. Væsentlige ændringer kan fx være nye oplysninger, der skal tilføjes til udbudsmaterialet.

Uvæsentlige ændringer er modsat ændringer, der har en sådan karakter, at de ikke påvirker den tid, som ansøgerne eller tilbudsgiverne skal bruge på at udarbejde ansøgning eller tilbud. Derudover kan uvæsentlige ændringer heller ikke påvirke potentielle ansøgeres eller tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet eller fordreje konkurrencen.

Ændringer af grundlæggende elementer er ændringer, der kunne have påvirket potentielle ansøgeres eller tilbudsgiveres deltagelse i udbudsproceduren eller fordrejet konkurrencen, hvis ændringerne var fremgået af den oprindelige procedure. Det er ikke muligt at foretage ændringer af grundlæggende elementer i løbet af udbudsprocessen.

Der vil som udgangspunkt være tale om en ændring af et grundlæggende element, hvis ordregiver ændrer på den offentliggjorte evalueringsmodel, eller hvis ordregiver ændrer på minimumskrav til deltagelse i konkurrencen, fx ændring af omsætningskrav til tilbudsgivers virksomhed.

Ønsker ordregiver at ændre på grundlæggende elementer, vil ordregiver være nødt til at annullere det konkrete udbud og genudbyde opgaven med et justeret udbudsmateriale.

Ordregiver kan foretage ændringer af udbudsmaterialet, når følgende krav overholdes:

» Ændringerne skal offentliggøres på passende vis
» meddelelse om ændringerne skal ske under overholdelse af tidsfristerne for meddelelse af supplerende oplysninger, jf. ovenfor, og
» ændringerne må ikke udgøre ændringer af grundlæggende elementer.

At ændringerne skal offentliggøres på passende vis, indebærer, at alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere kan få kendskab til ændringerne under de samme omstændigheder og på samme tidspunkt.

For offentlige udbud kan offentliggørelse ske på samme måde som det øvrige udbudsmateriale. I procedurer, hvor der foretages en udvælgelse blandt de kvalificerede ansøgere, kan ordregiver nøjes med at offentliggøre ændringerne blandt de udvalgte deltagere.

Ordregiver skal være opmærksomme på, at såfremt ændringerne angår oplysningerne i udbudsbekendtgørelsen, skal ordregiver foretage ændringerne ved at offentliggøre en ændringsbekendtgørelse herom. Det samme er tilfældet, hvis ordregiver har behov for at supplere oplysningerne i udbudsbekendtgørelsen. Hvis ordregiver fx har behov for at forlænge fristen for modtagelse af ansøgninger eller tilbudsfristen ved et offentligt udbud eller for at præcisere kravene til ansøgers eller tilbudsgivers egnethed, skal ordregiver offentliggøre en

[415] Jf. lovbemærkninger til udbudslovens § 2.

ændringsbekendtgørelse herom. Ændringsbekendtgørelsen skal udfyldes via Europa-Kommissionens standardformularer og efterfølgende offentliggøres i EU-Tidende.

Ordregiver kan desuden i visse tilfælde være forpligtet til at forlænge fristen for modtagelse af ansøgninger eller tilbud som følge af ændringerne. Læs om, hvornår det er tilfældet, i afsnit 8.4.

Kapitel 8
Tidsfrister

8.1 **Indledning**

I dette kapitel er der fokus på udbudslovens tidsfrister. Fastsættelsen af tidsfrister er et vigtigt element ved gennemførelsen af en anskaffelse, da de på den ene side skal gøre det muligt for alle potentielle ansøgere og tilbudsgivere at tilkendegive deres interesse for en kontrakt og på den anden side kan gøre det muligt at gennemføre en hurtig udbudsproces.

Som hovedregel skal alle tidsfrister være "passende", men udbudsloven fastsætter samtidig en række minimumsfrister samt tilfælde, hvor en tidsfrist kan forkortes eller skal forlænges, hvis omstændighederne konkret tilsiger dette. Oversigt over minimumsfristerne fremgår af Figur 8.1.

Reglerne for tidsfrister i udbudsloven er opdelt i regler for:

» Passende tidsfrister
» minimumsfrister
» forkortelse af tidsfrister
» forlængelse af tidsfrister.

Derudover bliver beregningen af tidsfrister belyst i slutningen af dette kapitel. Man bør være opmærksom på, at fristerne skal beregnes i kalenderdage, og at de forskellige udbudsprocedurer ikke opererer med de samme tidsfrister i alle tilfælde.

Figur 8.1 **Oversigt over tidsfrister**

	Minimumsfrist – dog altid passende frist			Forhånds-meddelelse (minimumsfrist)	Hasteprocedure (minimumsfrist)	
Offentligt udbud	Tilbudsfrist			Tilbudsfrist	Tilbudsfrist	
	30 dage[1,2]			15 dage	15 dage	
Begrænset udbud	Ansøgningsfrist	Tilbudsfrist		Tilbudsfrist	Ansøgningsfrist	Tilbudsfrist
	30 dage	25 dage[1,2,3]		10 dage	15 dage	10 dage
Udbud med forhandling	Ansøgningsfrist	Frist for indledende tilbud	Frist for efterfølgende og endeligt tilbud	Frist for indledende tilbud	Ansøgningsfrist	Tilbudsfrist
	30 dage	25 dage[1,2,3]	Ordregiver skal fast-sætte en passende frist	10 dage	15 dage	10 dage
Konkurrence-præget dialog	Ansøgningsfrist	Løsningsbeskrivelse	Frist for endeligt tilbud			
	30 dage	Ordregiver skal fastsætte en passende frist	Ordregiver skal fast-sætte en passende frist	–	–	
Innovations-partnerskab	Ansøgningsfrist	Frist for indledende tilbud	Frist for efterfølgende og endeligt tilbud			
	30 dage	25 dage[1,2,3]	Ordregiver skal fast-sætte en passende frist	–	–	

Note 1: Fristen forlænges med fem dage, hvis tilbud ikke afgives via elektroniske midler. Læs mere herom i afsnit 8.4.

Note 2: Fristen forlænges med fem dage, hvis det fulde udbudsmateriale ikke er offentliggjort på tidspunktet for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen. Læs mere herom i afsnit 8.4.

Note 3: Fristen for ikkestatslige ordregivere kan reduceres til 10 dage i særlige tilfælde. Læs mere herom i afsnit 8.3.

8.2 Passende tidsfrist[416]

Udgangspunktet for fastsættelse af frister i udbudsprocessen er, at de skal være "passende". Ordregiver skal derfor foretage et skøn med henblik på at fastsætte en passende frist for fx modtagelse af ansøgninger eller tilbud. Den fastsatte tidsfrist skal dog overholde udbudslovens minimumsfrister. Ved offentlige udbud skal ordregiveren angive fristen for modtagelse af tilbud i udbudsbekendtgørelsen. Ved begrænsede udbud, udbud med forhandling,

[416] Jf. udbudslovens § 93, stk. 1.

konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber skal ordregiveren angive fristen for modtagelse af ansøgninger i udbudsbekendtgørelsen, og fristen for modtagelse af tilbud skal fremgå af det øvrige udbudsmateriale.[417]

Den passende frist skal tage hensyn til opgavens størrelse og kompleksitet, herunder antallet og omfanget af dokumentationskrav. Fristen skal gøre det muligt for en virksomhed at udarbejde en fyldestgørende ansøgning eller et fyldestgørende tilbud.

Udbudsloven fastsætter forskellige minimumsfrister. Selvom loven opstiller minimumsfrister, er dette ikke nødvendigvis ensbetydende med, at en minimumsfrist i det konkrete tilfælde er passende. En kontrakts kompleksitet kan altså medføre, at udbudslovens minimumsfrister ikke er tilstrækkelige, til at der kan udarbejdes brugbare tilbud. Det kan fx være tilfældet, hvis udbudsmaterialet er meget omfangsrigt, eller hvis der er omfattende krav til det tilbud, som skal udarbejdes. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis der som en del af tilbuddet skal leveres prøvevarer, som skal produceres. Det kan ved fastsættelsen af en passende frist også være relevant at tage hensyn til, om tilbudsgiver skal indgå aftaler med underleverandører eller indgå i en sammenslutning, fx et konsortium, for at kunne udarbejde ansøgning og tilbud på opgaven.

Det følger desuden af udbudsloven, at ordregiver i visse tilfælde skal fastsætte en frist, der er længere end lovens minimumsfrister. Det gælder fx, hvis afgivelsen af tilbud forudsætter besigtigelse af steder eller gennemsyn af bilagsmateriale hos ordregiver.[418]

En anden omstændighed, der kan medføre, at der skal fastsættes en længere tidsfrist, er, hvis ordregiver søger at udligne en evt. konkurrencefordel, som en virksomhed har fået i forbindelse med ordregivers gennemførelse af en indledende markedsundersøgelse eller ved forberedelsen af udbudsproceduren. Ved forberedelsen af eksempelvis udbudsproceduren kan der være et behov for at benytte sig af rådgivning fra en virksomhed, som også kan tænkes at være interesseret i at afgive tilbud på den endelige kontrakt. I disse tilfælde må den rådgivende virksomhed antages at have et vist kendskab til ordregivers behov og ønsker. Virksomheden har derved fået en konkurrencefordel, som ordregiver er forpligtet til at forsøge at udligne. Konkret er ordregiver forpligtet til at fastsætte tidsfristerne for modtagelse af ansøgninger og tilbud, så den tidsmæssige fordel, som virksomheden må antages at have, bliver udlignet i forhold til de øvrige potentielle ansøgere/tilbudsgivere.[419] Hvorvidt dette medfører, at der skal fastsættes længere tidsfrister end udbudslovens minimumsfrister, må bero på en konkret vurdering.

Selvom et angivet antal dage kan være passende i forhold til opgavens karakter, kan ordregiver også overveje at inddrage andre hensyn for at opnå flere tilbud. Det kan fx være hensyn til generel ferieafholdelse, så udbuddet ikke rammer industriferien, hvor potentielle tilbudsgivere kan være fraværende.

8.3 Forkortelse af tidsfrist

Selvom der er tale om en minimumsfrist, åbner udbudsloven i visse tilfælde mulighed for at forkorte fristen. Muligheden for at forkorte minimumsfristerne er ikke helt ensartet for alle udbudslovens procedurer. De forskellige muligheder for forkortelse bliver beskrevet

[417] Jf. udbudslovens § 93, stk. 3.
[418] Jf. udbudslovens § 93, stk. 2.
[419] Jf. udbudslovens § 39, stk. 2, nr. 2.

nedenfor, og fodnoterne vil redegøre for, hvilken procedure den pågældende forkortelse finder anvendelse på.

Ordregivere skal dog være opmærksomme på, at fristen skal være passende, selvom det er muligt at forkorte den. Fristen skal således fortsat give ansøgere eller tilbudsgivere tilstrækkelig tid til at udarbejde en fyldestgørende ansøgning eller et fyldestgørende tilbud.

Forhåndsmeddelelse[420]
Hvis ordregiver benytter sig af en forhåndsmeddelelse, kan tilbudsfristen reduceres til 15 dage ved offentlige udbud og 10 dage ved begrænsede udbud og udbud med forhandling. Det kræver dog, at en gyldig forhåndsmeddelelse bliver sendt til offentliggørelse mindst 35 dage og højst 12 måneder før afsendelsen af udbudsbekendtgørelsen. Desuden skal forhåndsmeddelelsen indeholde alle oplysninger i udbudsdirektivets bilag V, del B, afsnit I, hvis de foreligger på offentliggørelsestidspunktet.

Hasteprocedure[421]
Hvis ordregiver har et akut behov, kan fristerne forkortes. Afhængigt af udbudsproceduren kan et akut behov medføre, at fristen kan forkortes ned til 15 dage for modtagelse af ansøgninger og 10 dage for modtagelse af tilbud. I forbindelse med offentlige udbud, hvor der ikke er en ansøgningsfase, kan fristen kortes ned til 15 dage for modtagelse af tilbud. Et akut behov skal konstateres på baggrund af en konkret vurdering. Der må som hovedregel være tale om en situation, der ikke kan tilskrives ordregiver. Dog behøver situationen ikke være afledt af tvingende grunde som følge af begivenheder, som ordregiveren ikke kunne forudse. Det akutte behov skal medføre, at det ikke er muligt for ordregiver at gennemføre udbuddet ved brug af lovens minimumsfrister. Et akut behov kan eksempelvis være etableringen af midlertidige skolebygninger som følge af, at der er konstateret skimmelsvamp i skolens klasselokaler.

Ordregiver har bevisbyrden for, at betingelserne for anvendelsen af denne undtagelse er opfyldt. Ordregiver skal behørigt begrunde anvendelse af hasteproceduren. Blot fordi der foreligger et akut behov, kan ordregiver ikke nødvendigvis forkorte fristen helt ned til den kortest mulige frist. Hvis et udbud kan gennemføres med en længere tidsfrist i det konkrete tilfælde, kan ordregiver altså ikke forkorte fristen helt ned til 10/15 dage. Ordregiver skal således også i hasteprocedurer overveje, hvilken frist som konkret vil være passende.[422]

Særlige tilfælde for ikkestatslige ordregivere[423]
Ikkestatslige ordregivere, dvs. fx kommuner, regioner og offentligretlige organer, har mulighed for at afkorte tilbudsfristen helt ned til 10 dage fra dagen efter afsendelse af opfordringen til at afgive et tilbud. Fristen kan dog kun afkortes efter aftale mellem ordregiveren og de udvalgte ansøgere. Det er derudover en forudsætning, at der gives alle udvalgte ansøgere samme tid til at udarbejde og indsende tilbud.

---

[420] Finder anvendelse ved indgivelse af tilbud i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud, jf. udbudslovens § 57, stk. 3, og § 60, stk. 3, samt ved indgivelse af indledende tilbud ved udbud med forhandling, jf. udbudslovens § 65, stk. 2, jf. § 60, stk. 3.

[421] Finder anvendelse ved indgivelse af tilbud i forbindelse med et offentligt udbud, jf. udbudslovens § 57, stk. 5, ved indgivelse af ansøgning og tilbud i forbindelse med et begrænset udbud, jf. udbudslovens § 59, stk. 3, og § 60, stk. 6, samt ved indgivelse af ansøgning og afgivelse af indledende tilbud ved et udbud med forhandling, jf. udbudslovens § 63, stk. 2, jf. § 59, stk. 3, og § 65, stk. 2, jf. § 60, stk. 6.

[422] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. april 2023, *Meldgaard Miljø A/S mod Afatek A/S*.

[423] Finder anvendelse ved afgivelse af tilbud ved begrænset udbud, jf. udbudslovens § 60, stk. 5, ved afgivelse af indledende tilbud ved udbud med forhandling, jf. udbudslovens § 65, stk. 2, jf. § 60, stk. 5, samt ved innovationspartnerskaber, jf. udbudslovens § 76, stk. 2, jf. § 60, stk. 5.

8.4 Forlængelse af tidsfrist[424]

Ordregiver kan forlænge fristen for afgivelse af ansøgninger eller tilbud. Forlængelsen må ikke være usaglig. Fx vil en forlængelse af tidsfristen, som er udtryk for en favorisering af en bestemt tilbudsgiver, være usaglig. Det kan fx være for at sikre, at en bestemt tilbudsgiver ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund.[425]

Ordregiver er imidlertid i en række tilfælde forpligtet til at forlænge tidsfristen. Pligten til at forlænge tidsfristen gælder i følgende situationer:

» Hvis visse dele af udbudsmaterialet ikke kan offentliggøres.[426]
» Hvis meddelelse af supplerende oplysninger eller dokumenter sker efter fristen herfor.[427]
» Hvis ordregiver foretager væsentlige ændringer i udbudsmaterialet.[428]

Hvis visse dele af udbudsmaterialet ikke kan offentliggøres[429]
Selvom der er krav om, at ordregiver skal offentliggøre alt udbudsmaterialet elektronisk og samtidig med udbudsbekendtgørelsen, er der omstændigheder, hvor ordregiver kan undlade at give fuld elektronisk adgang til visse dele af udbudsmaterialet.

Ordregiver kan pga. udbudsmaterialets særlige karakter eller pga. fortrolighed undlade at give fri, direkte og elektronisk adgang til dele af udbudsmaterialet.[430] I disse tilfælde skal ordregiver forlænge tilbudsfristen med fem dage som følge af den ekstra tid, det tager at indhente de tilbageholdte oplysninger.[431]

Ordregiver skal være opmærksom på, at der er tale om en undtagelsesbestemmelse. Det er således kun, hvor materialet er af særlig karakter eller fortroligt, at dele af udbudsmaterialet kan undtages offentliggørelse. Læs nærmere om undtagelse fra offentliggørelse i afsnit 7.8.1.

Hvis det fulde udbudsmateriale ikke er frit elektronisk tilgængeligt ved offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, og ordregiver modtager en anmodning om at fremsende de tilbageholdte dokumenter, skal dette efterkommes inden fem dage efter anmodningen. Hvis ordregiver ikke efterkommer anmodningen rettidigt, skal ansøgnings- eller tilbudsfristen forlænges. Fristen skal som minimum forlænges i en periode, der svarer til ordregivers overskridelse af fristen på fem dage. Sender ordregiver først materialet efter syv dage, skal fristen derfor forlænges med minimum to dage.[432]

---

[424] Jf. udbudslovens § 93, stk. 4.
[425] Læs om udelukkelsesgrunde i afsnit 9.2.
[426] Jf. udbudslovens § 133 samt udbudslovens § 94, stk. 4, nr. 3.
[427] Jf. udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 1 og nr. 4.
[428] Jf. udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2.
[429] Jf. udbudslovens § 133.
[430] Jf. udbudslovens § 132, stk. 2.
[431] Jf. udbudslovens § 133.
[432] Jf. udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 3.

Boks 8.1
Eksempel på fristforlængelse, hvis udbudsmaterialet ikke fremsendes ved anmodning

Ordregiver har tilbageholdt fortrolige oplysninger i et offentligt udbud. Den 4. september sender tilbudsgiver en anmodning om at se de tilbageholdte dokumenter. Sent om aftenen den 10. september sender ordregiver oplysningerne. De fem dage skal regnes fra dagen efter anmodningen og til udløbet af den sidste time på den sidste dag. Dokumenterne skal være sendt ud senest inden udløbet af dagens sidste time den 9. september. Ordregiver er nu forpligtet til at forlænge tilbudsfristen med minimum én dag, som var den tid, ordregiver overskred svarfristen med.

Hvis meddelelse af supplerende oplysninger og dokumenter sker efter fristen[433]
Tilbudsgiverne har mulighed for at stille spørgsmål til udbudsmaterialet. Disse spørgsmål, eller det, at ordregiver selv er blevet opmærksom på et behov for uddybning af materialet, kan føre til et behov for at supplere eller præcisere de eksisterende oplysninger.[434]

Ordregiver skal meddele de supplerende oplysninger eller dokumenter senest seks dage før udløbet af ansøgnings- eller tilbudsfristen.

Har man som ordregiver behov for at udsende supplerende oplysninger senere end seks dage før ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb, er man forpligtet til at forlænge ansøgnings- eller tilbudsfristen. Fristen skal som minimum forlænges således, at der skabes en ny periode på seks hele dage, fra at de supplerende oplysninger er offentliggjort, og til at ansøgnings- eller tilbudsfristen udløber. Se mere om beregning af fristen i afsnit 8.5.

Den forlængede frist for modtagelse af ansøgninger eller tilbud skal i øvrigt fastsættes ved overholdelse af proportionalitetsprincippet. Dvs. at forlængelsen skal stå i rimeligt forhold til de supplerende oplysningers omfang og relevans og give ansøgerne og tilbudsgiverne passende tid til at afgive ansøgning eller tilbud.

Ordregiver har ikke pligt til at forlænge fristen, hvis der svares på spørgsmål, som ikke giver anledning til præciseringer, men hvor der i svaret alene henvises til tydelige dele af det offentliggjorte udbudsmateriale. Sådanne meddelelser betragtes ikke som supplerende oplysninger og må godt foretages efter udløbet af seksdagesfristen. Det kan fx være spørgsmål om, hvornår ansøgningen skal afleveres, forudsat at det tydeligt fremgår af udbudsmaterialet, og at der ikke er behov for yderligere præciseringer.

Hvis ordregiver offentliggør de supplerende oplysninger inden for seksdagesfristen, er ordregiver ikke forpligtet til at forlænge ansøgnings- eller tilbudsfristen, medmindre de supplerende oplysninger kan karakteriseres som væsentlige ændringer, jf. nedenstående afsnit om fristforlængelse ved væsentlige ændringer af udbudsmaterialet.

Boks 8.2
Eksempel på manglende direkte betydning

Hvis ordregiver to dage inden ansøgningsfristen kommer med en oplysning, som kun har relevans for tilbudsafgivelsen, vil der ikke være en pligt til at forlænge hverken ansøgnings- eller tilbudsfristen. Dette skyldes, at oplysningen ikke relaterer sig til ansøgningerne og derfor ikke har direkte betydning for indgivelsen af disse, og da den supplerende oplysning er givet tidligere end seks dage før tilbudsfristen.

---

[433] Jf. udbudslovens § 134.

[434] Læs mere om meddelelse af supplerende oplysninger og dokumenter til udbudsmaterialet i afsnit 7.8.2 ovenfor.

Særligt for supplerende oplysninger under hasteproceduren[435]

Ordregiver kan komme med supplerende oplysninger, selvom der er tale om en hasteprocedure. Den eneste forskel fra, hvad der er anført i foregående afsnit, er, at ordregiver skal offentliggøre supplerende oplysninger inden fire dage før ansøgnings- eller tilbudsfristen frem for seks dage, hvis en pligt til forlængelse skal undgås.

Hvis ordregiver foretager væsentlige ændringer i udbudsmaterialet[436]
Hvis ordregiver foretager væsentlige ændringer i udbudsmaterialet, medfører det en generel pligt til at forlænge ansøgnings- eller tilbudsfristen. Væsentlige ændringer i udbudsmaterialet skal forstås som ændringer, der medfører, at de økonomiske aktører skal bruge yderligere tid på at forstå og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet, hvorfor det vil tage længere tid at afgive en ansøgning eller et tilbud.[437]

Det er underordnet for pligten til at fristforlænge, hvornår i proceduren ændringen foretages. Ordregiver er således forpligtet til at forlænge fristen, selvom ændringen foretages, umiddelbart efter at udbudsmaterialet er offentliggjort.

Længden af forlængelsen vil afhænge af den konkrete situation. Forlængelsen skal stå i et rimeligt forhold til ændringens betydning for udarbejdelse af ansøgning eller tilbud, således at de berørte virksomheder har passende tid til at indgive ansøgning eller tilbud, efter at ændringen er foretaget.

Ordregiver skal være opmærksom på, at selvom ændringen meddeles som en supplerende oplysning, fx som svar på et spørgsmål fra en tilbudsgiver, vil ordregiver være forpligtet til at forlænge fristen, såfremt ændringen er væsentlig. Ordregiver er i en sådan situation forpligtet til at forlænge fristen, selvom ændringen foretages inden for seksdagesfristen for meddelelse af supplerende oplysninger.

Ordregiver er derimod ikke forpligtet til at forlænge fristen, hvis ændringen er uvæsentlig, dvs. ikke har nogen betydning for ansøgeres eller tilbudsgiveres udarbejdelse af ansøgninger eller tilbud.

Hvis ordregiver ændrer på grundlæggende elementer[438] i udbudsmaterialet, er det ikke nok at forlænge fristerne. Har ordregiver behov for at foretage en ændring af grundlæggende elementer, er ordregiver nødsaget til at gennemføre et nyt udbud.

8.5 Beregning af frister

Frister skal beregnes i overensstemmelse med fristforordningen.[439] Fristforordningen sondrer bl.a. mellem frister, der regnes frem til en bestemt begivenhed, fx ansøgnings- eller tilbudsfrist, og frister, som regnes tilbage fra en bestemt begivenhed, fx fristen for meddelelse af supplerende oplysninger.

[435] Jf. udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 4, og § 134, stk. 3
[436] Jf. udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2.
[437] Læs mere om, hvornår der vil være tale om væsentlige ændringer, i afsnit 7.8.2.
[438] Læs om, hvornår der vil være tale om ændringer af grundlæggende elementer, i afsnit 7.8.2.
[439] Rådets forordning nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter.

Beregning af ansøgnings- og tilbudsfrist
Det følger af fristforordningen, at dagen for afsendelse af udbudsmaterialet eller opfordring til at afgive tilbud ikke medregnes ved beregningen af minimumsfristen. Man regner fra dagen efter den dag, hvor fx udbudsbekendtgørelsen er afsendt, og til udløbet af den sidste time på den sidste dag.

I tidsfristerne medregnes helligdage, lørdage og søndage. Hvis den sidste dag af en frist falder på en lørdag, søndag eller helligdag, vil fristen dog først udløbe med udgangen af den efterfølgende arbejdsdag. Hvis fristens sidste dag eksempelvis falder på en lørdag, vil fristen først udløbe med udgangen af den sidste time om mandagen, dvs. ved midnat ved datoskiftet til tirsdag, da hele den dag, hvor minimumsfristen udløber, skal medregnes.

Boks 8.3
Eksempel på beregning af minimumsfrist for afgivelse af tilbud

I et offentligt udbud er minimumsfristen for afgivelse af tilbud som udgangspunkt 30 dage. Fristen regnes fra dagen efter afsendelse. Hvis en ordregiver vælger at sende udbudsbekendtgørelsen til EU's publikationskontor den 1. januar, vil dag nr. 1 i tilbudsfristen være den 2. januar. Tilbudsgiver skal herefter have som minimum 30 fulde kalenderdage til at udarbejde sit tilbud. Dvs. at tilbudsfristen udløber den 31. januar kl. 23.59, hvis den 31. januar er en hverdag. Tilbud modtaget efter datoskiftet fra den 31. januar til den 1. februar vil herefter være modtaget for sent.

Hvis den 31. januar eksempelvis falder på en søndag, vil fristen først udløbe ved udgangen af dagens sidste time den efterfølgende mandag, dvs. den 1. februar kl. 23.59.

Ordregiver kan have behov for at fastsætte tilbudsfristen til et bestemt klokkeslæt inden for almindelig kontortid. Dette kan også være en god idé af hensyn til tilbudsgiverne, som fx kunne have behov for teknisk support i forbindelse med tilbudsafgivelsen i ordregiverens udbudssystem. Da tilbudsgiverne har hele den dag, hvor minimumsfristen udløber ved udgangen af dagens sidste time, til at indlevere deres tilbud, kan sådan en frist først fastsættes til den efterfølgende dag. Hvis ordregiver i ovenstående eksempel ønsker at fastsætte tilbudsfristen til kl. 13.00, kan det tidligst være tirsdag den 2. februar kl. 13.00.

Beregning af fristen for meddelelse af supplerende oplysninger
Fristen for meddelelse af supplerende oplysninger skal regnes tilbage fra en bestemt begivenhed – ansøgnings- eller tilbudsfristen – og den dag, hvor ansøgnings- eller tilbudsfristen falder, skal ikke medtages. Selve tidsfristen indledes med begyndelsen af den første dag og udløber med udgangen af den sidste time på fristens sidste dag.

Det påvirker ikke fristen for meddelelse af supplerende oplysninger, om fristens sidste dag falder på en lørdag, søndag eller helligdag. Fristens sidste dag må derfor gerne falde på en lørdag, søndag eller helligdag.[440]

[440] Pligten til at fastsætte fristen til udgangen af den følgende arbejdsdags sidste time gælder ikke ved frister, der regnes tilbage fra en bestemt begivenhed, jf. fristforordningens artikel 3, stk. 4, 2. punkt.

Boks 8.4
Eksempel på beregning af fristen for meddelelse af supplerende oplysninger

I et offentligt udbud skal ordregiver meddele supplerende oplysninger til udbudsmaterialet i form af anonymiserede spørgsmål og svar på spørgsmålene senest seks dage inden udløbet af tilbudsfristen.

Tilbudsfristen er den 10. januar kl. 12.00. Det betyder, at den 9. januar er fristens første dag. For at få seks fulde dage skal tilbudsgiverne derfor have den 9., 8., 7., 6., 5. og 4. januar til at forholde sig til oplysningerne. Fristen for meddelelse af supplerende oplysninger vil således være den 3. januar ved udgangen af dagens sidste time (kl. 23.59).

Det betyder ikke noget for fristen, at den 3. januar falder på en lørdag, søndag eller helligdag.

Ordregiver skal blot sørge for, at de supplerende oplysninger offentliggøres senest denne dag.

Kapitel 9
Udelukkelse, egnethed, udvælgelse og dokumentation

9.1 Indledning

Når ordregiver har modtaget ansøgninger eller tilbud, skal ordregiver vurdere, om der er ansøgere eller tilbudsgivere, der skal udelukkes. Ordregiver skal også vurdere, om ansøgerne eller tilbudsgiverne er egnede til at gennemføre den udbudte kontrakt. Hvis ordregiveren samtidig har benyttet sig af muligheden for at udvælge et bestemt antal egnede ansøgere, skal udvælgelsen foretages efter de objektive og ikkediskriminerende kriterier, som ordregiveren har fastsat i udbudsbekendtgørelsen.[441] Alle tre vurderinger foretages som udgangspunkt på baggrund af det fælles europæiske udbudsdokument. Først når ordregiveren skal træffe beslutning om, hvem af tilbudsgiverne der skal tildeles kontrakten, er der pligt til at bede om endelig dokumentation, se afsnit 9.5.

Dette kapitel gennemgår de forskellige udelukkelsesgrunde med afsæt i Figur 9.1, som er en oversigt over de frivillige og obligatoriske udelukkelsesgrunde samt deres hjemler og udelukkelsens varighed. Derudover gennemgår kapitlet kravene til virksomhedernes egnethed samt muligheden for at foretage en udvælgelse blandt flere egnede ansøgere. Endelig gennemgås kravene til den dokumentation, som virksomhederne skal indsende som bevis for, at de ikke skal udelukkes, og at de er egnede.

Der veksles i dette kapitel mellem brug af benævnelsen "ansøger" eller "tilbudsgiver" og brug af benævnelsen "virksomhed". Betegnelserne dækker over det samme.

9.2 Udelukkelse – overordnet om regler og indhold[442]

Obligatorisk eller frivillig udelukkelsesgrund?
Før ordregiver kan udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, skal denne være omfattet af en udelukkelsesgrund. Udbudsloven indeholder to hovedtyper af udelukkelsesgrunde: obligatoriske og frivillige. De obligatoriske udelukkelsesgrunde indebærer, at ordregiver har pligt til at udelukke virksomheder, der er omfattet heraf. De frivillige udelukkelsesgrunde er derimod frivillige for ordregiver at anvende. Hvis ordregiver vælger at gøre brug af en eller flere af de frivillige udelukkelsesgrunde, skal ordregiver på forhånd angive de specifikke udelukkelsesgrunde i udbudsbekendtgørelsen. Når udbudsbekendtgørelsen er offentliggjort, vil ordregiveren være forpligtet til at udelukke virksomheder, der er omfattet af de angivne frivillige udelukkelsesgrunde. En virksomhed kan dog ikke udelukkes, hvis den fremlægger tilstrækkelig dokumentation for, at den er pålidelig, til trods for at den er omfattet af en (eller flere) af

[441] Jf. udbudslovens § 145, stk. 2.

[442] Reglerne om udelukkelse findes i udbudslovens §§ 134 a-138. §§ 134 a, 135 og 136 indeholder de obligatoriske udelukkelsesgrunde, som ordregiver er forpligtet til at anvende, § 137 indeholder de frivillige udelukkelsesgrunde, som ordregiver kan vælge at bringe i anvendelse, og § 138 indeholder bestemmelserne vedrørende virksomhedernes mulighed for at dokumentere deres pålidelighed, selvom de er omfattet af en udelukkelsesgrund.

udelukkelsesgrundene. Det gælder ved både obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde. Læs mere om dokumentation for pålidelighed i afsnit 9.2.3.

Overblik over de enkelte udelukkelsesgrunde
I Figur 9.1 nedenfor er både de obligatoriske og de frivillige udelukkelsesgrunde opstillet. Derudover viser figuren også, hvilke bestemmelser de enkelte udelukkelsesgrunde er reguleret i, samt udelukkelsens varighed.

Figur 9.1 **Samlet oversigt over udelukkelsesgrunde**

Obligatoriske udelukkelsesgrunde			Frivillige udelukkelsesgrunde		
Hjemler	**Udelukkelsesgrunde**	**Udelukkelsesperiode**	**Hjemler**	**Udelukkelsesgrunde**	**Udelukkelsesperiode**
§ 134 a	Etablering i skattelyland	Til ikke længere etableret i skattelyland	§ 137, stk. 1, nr. 1	Overtrædelse af miljømæssige, sociale eller arbejdsretlige regler	Op til 3 år fra datoen for udelukkelseshandlingen
§ 135, stk. 1, nr. 1	Deltagelse i kriminel organisation	5 år fra datoen for afsigelse af endelig dom eller vedtaget bødeforlæg for udelukkelseshandlingen	§ 137, stk. 1, nr. 2	Konkurs m.m.	
§ 135, stk. 1, nr. 2	Bestikkelse		§ 137, stk. 1, nr. 3	Konkurrenceforvridende aftaler	
§ 135, stk. 1, nr. 3	Svig		§ 137, stk. 1, nr. 4	Tidligere misligholdelse af en offentlig kontrakt	
§ 135, stk. 1, nr. 4	Terrorhandling		§ 137, stk. 1, nr. 5	Forsøg på at påvirke ordregiverens beslutningsproces	
§ 135, stk. 1, nr. 5	Hvidvaskining af penge eller finansiering af terrorisme		§ 137, stk. 1, nr. 6	Ubetalt forfalden gæld til det offentlige på under 100.000 kr.	Til gæld er betalt
§ 135, stk. 1, nr. 6	Børnearbejde og menneskehandel				
§ 135, stk. 3	Ubetalt forfalden gæld til det offentlige på 100.000 kr. eller derover	Til gæld er betalt			
§ 136, nr. 1	Interessekonflikter, der ikke kan afhjælpes	Kun udelukkelse fra det konkrete udbud			
§ 136, nr. 2	Konkurrencefordrejning, der ikke kan afhjælpes				
§ 136, nr. 3	Groft urigtige oplysninger (om dokumentation)	Op til 3 år fra datoen for udelukkelseshandlingen			
§ 136, nr. 4	Alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om integritet				

9.2.1 Hvornår er der pligt til at udelukke? (Obligatoriske udelukkelsesgrunde)[443]

De obligatoriske udelukkelsesgrunde, som er fremhævet i det grå felt i Figur 9.2, indebærer, at en virksomhed, der enten er dømt ved endelig dom eller har vedtaget bødeforlæg for en af overtrædelserne, skal udelukkes fra udbudsproceduren. Ved endelig dom forstås en dom, der ikke længere kan ankes.

Figur 9.2 indeholder en oversigt over de obligatoriske udelukkelsesgrunde, udelukkelsens varighed samt de bestemmelser, der regulerer udelukkelsesgrundene.

Figur 9.2 **Obligatoriske udelukkelsesgrunde**

Obligatoriske udelukkelsesgrunde		
Hjemler	**Udelukkelsesgrunde**	**Udelukkelsesperiode**
§ 134 a	Etablering i skattelyland	Til ikke længere etableret i skattelyland
§ 135, stk. 1, nr. 1	Deltagelse i kriminel organisation	5 år fra datoen for afsigelse af endelig dom eller vedtaget bødeforlæg for udelukkelseshandlingen
§ 135, stk. 1, nr. 2	Bestikkelse	
§ 135, stk. 1, nr. 3	Svig	
§ 135, stk. 1, nr. 4	Terrorhandling	
§ 135, stk. 1, nr. 5	Hvidvaskining af penge eller finansiering af terrorisme	
§ 135, stk. 1, nr. 6	Børnearbejde og menneskehandel	
§ 135, stk. 3	Ubetalt forfalden gæld til det offentlige på 100.000 kr. eller derover	Til gæld er betalt
§ 136, nr. 1	Interessekonflikter, der ikke kan afhjælpes	Kun udelukkelse fra det konkrete udbud
§ 136, nr. 2	Konkurrencefordrejning, der ikke kan afhjælpes	
§ 136, nr. 3	Groft urigtige oplysninger (om dokumentation)	Op til 3 år fra datoen for udelukkelseshandlingen
§ 136, nr. 4	Alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om integritet	

Ordregiveren skal når som helst i løbet af udbudsproceduren udelukke ansøgeren eller tilbudsgiveren, hvis virksomheden enten før eller under udbudsproceduren dømmes for en overtrædelse af de obligatoriske udelukkelsesgrunde markeret i det grå felt i Figur 9.2. Det

[443] Jf. udbudslovens §§ 134 a, 135 og 136.

samme gør sig gældende, hvis virksomheden har vedtaget et bødeforlæg for overtrædelsen. Ordregiveren skal dog også i disse situationer give virksomheden mulighed for at dokumentere sin pålidelighed (se afsnit 9.2.3).

Hvornår er virksomheden dømt?

Hvis enkeltpersoner er dømt

Det er ikke kun, når selve virksomheden er dømt, at der er pligt til udelukkelse. Ordregiver skal også udelukke virksomheden, når personer, der er medlemmer af virksomhedens bestyrelse, direktion eller tilsynsråd, er dømt for overtrædelse af de relevante obligatoriske udelukkelsesgrunde ved endelig dom eller vedtaget bødeforlæg. Endelig skal ordregiver udelukke en virksomhed, hvis den dømte person har beføjelse til at repræsentere, kontrollere eller træffe beslutninger i virksomhedens bestyrelse, direktion eller tilsynsråd.[444]

Hvis en enhed, hvis formåen ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på, er dømt

Det er kun, hvis det er ansøgeren eller tilbudsgiveren selv, der er omfattet af den obligatoriske udelukkelsesgrund, at denne skal udelukkes. Hvis en ansøger eller tilbudsgiver baserer sig på andre enheders formåen, vil det som udgangspunkt ikke medføre pligt til udelukkelse af ansøgeren eller tilbudsgiveren, hvis det er den enhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på, der er omfattet af udelukkelsesgrunden. I så fald skal ordregiveren kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren erstatter den pågældende enhed.[445] Se afsnit 9.3.5 om virksomhedernes muligheder for at basere sig på andre enheder.

Pligten til at erstatte en enhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på, gælder imidlertid ikke for den obligatoriske udelukkelsesgrund om ikkesamarbejdsvillige skattejurisdiktioner, som alene omfatter selve den juridiske enhed, som er ansøger eller tilbudsgiver.[446]

Ordregiveren skal fastsætte en passende tidsfrist for ansøgeren eller tilbudsgiveren til at erstatte den enhed, som er omfattet af en udelukkelsesgrund. Tidsfristen skal tage hensyn til både virksomhedens behov, således at virksomheden har en reel mulighed for at finde en erstatning for den pågældende enhed, og ordregiverens behov for at indgå en kontrakt uden væsentlig forsinkelse.

Kravene til udskiftning af en enhed, hvis formåen ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på, er de samme som ved udskiftning af selve ansøgeren eller tilbudsgiveren.[447] Læs nærmere herom i afsnit 11.2. Såfremt ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke kan erstatte den enhed, hvis formåen denne baserer sig på, inden for en passende frist, skal ordregiveren udelukke den pågældende ansøger eller tilbudsgiver.

Ordregiver har derimod som udgangspunkt ikke pligt til at kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren erstatter en underleverandør, som ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke baserer sin formåen på. Ordregiver kan dog kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren erklærer, at underleverandører ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Hvis ordregiver efterfølgende

[444] Jf. udbudslovens § 135, stk. 2.
[445] Jf. udbudslovens § 144, stk. 5.
[446] Jf. udbudslovens § 134 a.
[447] Jf. udbudslovens § 144, stk. 5, og § 147, stk. 1, nr. 1, samt bemærkningerne hertil.

konstaterer, at en underleverandør er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde, skal ordregiveren kræve, at underleverandøren erstattes.[448]

Hvis en deltager i en sammenslutning er dømt

Hvis en deltager i en sammenslutning (fx et konsortium) er omfattet af en udelukkelsesgrund, er det som udgangspunkt sammenslutningen som helhed, der er ansøger eller tilbudsgiver. Derfor skal ordregiver som udgangspunkt udelukke hele sammenslutningen, dvs. samtlige deltagende enheder, som deltager i sammenslutningen. Under visse betingelser kan ordregiveren dog acceptere ændringer hos ansøgeren eller tilbudsgiveren, herunder ændringer hos en sammenslutning. En sådan udskiftning er dog betinget af, at den ikke har afgørende betydning for vurderingen af:

» Sammenslutningens egnethed
» en evt. udvælgelse
» tilbudsevalueringen.

Læs nærmere om ændringer hos ansøgere eller tilbudsgivere, herunder om ændringer hos sammenslutninger, i afsnit 11.2.

Dømt i udlandet

Det er ikke et krav, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er dømt eller har vedtaget et bødeforlæg for overtrædelser i Danmark. En dom m.v. fra et andet land vil også medføre en pligt til at udelukke en ansøger eller tilbudsgiver. Udbudsloven sondrer her ikke mellem domme afsagt i det land, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren er etableret, og domme m.v. fra andre lande, uanset om der er tale om domme afsagt i andre EU-medlemsstater eller i tredjelande.

Andre årsager til obligatorisk udelukkelse
Ud over de udelukkelsesgrunde, der kræver endelig dom eller vedtaget bødeforlæg, skal ordregiver udelukke virksomheder:

» Der er etableret i et land, der er optaget på EU-listen over ikkesamarbejdsvillige skattejurisdiktioner og ikke har tiltrådt en handelsaftale, der forpligter Danmark til at åbne markedet for offentlige kontrakter for tilbudsgivere etableret i det pågældende land.[449]
» Der har ubetalt forfalden gæld til det offentlige på 100.000 kr. eller derover.[450]
» Hvor der kan påvises en interessekonflikt i forhold til det pågældende udbud, der ikke kan afhjælpes.[451]
» Hvor der kan påvises en konkurrencefordrejning som følge af forudgående inddragelse, der ikke kan afhjælpes.[452]
» Der har givet groft urigtige oplysninger, har tilbageholdt oplysninger eller ikke er i stand til at fremsende den dokumentation, som ordregiver har bedt om.[453]

[448] Jf. udbudslovens § 177, stk. 5.
[449] Jf. udbudslovens § 134 a.
[450] Jf. udbudslovens § 135, stk. 3.
[451] Jf. udbudslovens § 136, nr. 1.
[452] Jf. udbudslovens § 136, nr. 2.
[453] Jf. udbudslovens § 136, nr. 3.

» Der i forbindelse med udøvelsen af deres erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om deres integritet.[454]

Udelukkelsens varighed ved obligatoriske udelukkelsesgrunde
En virksomhed skal udelukkes fra deltagelse i udbudsprocedurer i fem år, hvis virksomheden er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, der er markeret i Figur 9.2, og hvis udelukkelsesperioden ikke er fastsat ved endelig dom.[455] Hvis udelukkelsesperioden er fastsat ved endelig dom, er det udelukkelsesperioden i dommen, der gælder.

De fem år starter med at løbe fra datoen for afsigelse af endelig dom eller vedtaget bødeforlæg. Der foreligger en endelig dom, når dommen ikke længere kan ankes.

Ordregiver skal foretage vurderingen af, om en virksomhed er omfattet af en af de obligatoriske udelukkelsesgrunde på tidspunktet for beslutning om tildeling af kontrakt.[456] Hvis der er gået mindre end fem år fra afsigelse af dom om en udelukkelsesgrund og frem til, at ordregiveren træffer beslutning om tildelingen af kontrakten, skal virksomheden udelukkes. Hvis en ordregiver benytter muligheden for at indhente dokumentation på et tidligt tidspunkt i løbet af udbudsproceduren, og en virksomhed på dette tidspunkt er dømt for et af forholdene i det grå felt i figur 9.2 for mindre end fem år siden, er ordregiver derfor ikke nødvendigvis forpligtet til at udelukke virksomheden. Ordregiver skal altså ikke udelukke en virksomhed, hvis dommen på tidspunktet for beslutningen om kontrakttildeling vil være mere end fem år gammel.

Hvis der er tale om indenretlige bøder, løber de fem år fra datoen for endelig dom. Ved udenretlige bøder løber udelukkelsesperioden fra tidspunktet for bødens vedtagelse.

Hvis en virksomhed har ubetalt forfalden gæld til det offentlige på 100.000 kr. eller derover, varer udelukkelsen, indtil gælden er betalt. Der er ikke tale om ubetalt forfalden gæld, når virksomheden har indgået aftale om en afviklingsordning, og denne ordning er overholdt. En virksomhed, der har en sådan overholdt betalingsordning, kan således ikke udelukkes.

Konkurrencefordrejning og interessekonflikter, der ikke kan afhjælpes, medfører kun udelukkelse fra det pågældende udbud og er derfor ikke omfattet af nogen udelukkelsesperiode.

Etablering i et land, der er optaget på EU-listen over ikkesamarbejdsvillige skattejurisdiktioner, er heller ikke omfattet af nogen udelukkelsesperiode. Her skal virksomheden udelukkes, så længe denne er etableret i et sådant land. Udelukkelsen kan afhjælpes ved, at virksomheden etablerer sig i et land, som ikke er optaget på listen.

Udelukkelsesperioden for, at virksomheden i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om virksomhedens integritet, samt for udelukkelsesgrunden om afgivelse af groft urigtige oplysninger er op til tre år fra den relevante hændelse eller handling. Ordregiver kan her konkret fastsætte en kortere udelukkelsesperiode end tre år. Hvis ordregiver ønsker at fastsætte en kortere udelukkelsesperiode, skal dette fremgå af udbudsbekendtgørelsen.

[454] Jf. udbudslovens § 136, nr. 4.
[455] Jf. udbudslovens § 138, stk. 6.
[456] Jf. udbudslovens § 159, stk. 2, nr. 1, hvorefter ordregiver inden beslutning om tildeling af kontrakt bl.a. skal verificere, at tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene.

Ordregiver må ikke omgå udbudslovens regler om obligatorisk udelukkelse ved eksempelvis at planlægge beslutningen om tildeling under hensyn til, hvorvidt en virksomhed bliver omfattet af udelukkelsesgrundene eller ej.

Særlige tilfælde, hvor udelukkelse kan undlades
Ordregiver kan i ekstraordinære undtagelsestilfælde af hensyn til væsentlige samfundsmæssige interesser undlade at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, der ellers var omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, der er markeret med gråt i Figur 9.2, samt virksomheder, der har gæld til det offentlige,[457] eller som er etableret i et land på skattelylisten.[458] Væsentlige samfundsmæssige interesser kan fx være hensynet til sundhed, sikkerhed, offentlig orden eller miljøbeskyttelse. Eksempelvis kan hensynet til sundhed foreligge, når der er et presserende behov for vacciner eller nødudstyr, som kun kan købes hos en ansøger eller tilbudsgiver, som er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde. Hensynet til miljøbeskyttelse kan fx foreligge, når der er risiko for væsentlig uoprettelig skade på miljøet.

Det vil være en konkret vurdering, hvorvidt de væsentlige samfundsmæssige interesser kan betragtes som legitime hensyn, der kan begrunde, at disse obligatoriske udelukkelsesgrunde fraviges. Der er tale om en undtagelsesbestemmelse, som derfor skal fortolkes indskrænkende. Formålet med indførelsen af en sådan mulighed er at give fleksibilitet til alligevel at indgå kontrakter, der efter omstændighederne er uundværlige.

9.2.1.1 Gennemgang af de enkelte obligatoriske udelukkelsesgrunde

Etablering i skattelyland
En ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis denne er etableret i et land, der er optaget på EU-listen over ikkesamarbejdsvillige skattejurisdiktioner og ikke har tiltrådt GPA-aftalen eller øvrige handelsaftaler, der forpligter Danmark til at åbne markedet for offentlige kontrakter for tilbudsgivere etableret i det pågældende land.

En ansøger eller tilbudsgiver anses for at være etableret i det land, hvor denne er registreret og har sin adresse. Det er et krav, at det er den pågældende ansøger eller tilbudsgiver selv, som er etableret i et skattelyland. Virksomheder, som ikke selv er etableret i et land på EU-listen, men som er ejet eller kontrolleret af sådanne virksomheder, skal således ikke udelukkes.

Ordregiver skal være opmærksom på, hvilket land en ansøger eller en tilbudsgiver et etableret i. Såfremt der ikke er tale om et EU-, EØS- eller et for ordregiver kendt GPA-land, bør ordregiver kontrollere, om landet figurerer på EU-listen over ikkesamarbejdsvillige skattejurisdiktioner.[459]

Deltagelse i en kriminel organisation
En ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis denne ved en endelig dom er dømt eller har vedtaget bødeforlæg for handlinger begået som led i en kriminel organisation.

Følgende betingelser skal være opfyldt, for at der er tale om en kriminel organisation:

» Der skal være tale om en struktureret sammenslutning.
» Sammenslutningen skal være af en vis varighed.

[457] Jf. udbudslovens § 135, stk. 6.
[458] Jf. udbudslovens § 134 a, stk. 2.
[459] EU-listen over ikkesamarbejdsvillige skattejurisdiktioner ajourføres to gange om året og kan findes på hjemmesiden for EU-Rådet og Det Europæiske Råd.

» Samarbejdet skal bestå af mere end to personer.
» De pågældende personer skal handle i forening med henblik på at begå strafbare handlinger, som kan straffes med en frihedsstraf eller en sikkerhedsforanstaltning på minimum fire år eller en strengere straf.
» Handlingen skal være begået for direkte eller indirekte at opnå en økonomisk eller anden materiel fordel.[460]

Det vil bero på en konkret vurdering, om de handlinger, som en ansøger eller tilbudsgiver er blevet dømt for, udgør handlinger begået som led i en kriminel organisation. Eksempelvis vil ordregiver skulle udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, der er dømt for at have indgået en kartelaftale omfattet af straffelovens § 299 c eller konkurrencelovens § 23, stk. 1 eller stk. 3, hvis betingelserne ovenfor vedrørende kriminel organisation er opfyldt.

Bestikkelse
En ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis denne ved en endelig dom er dømt eller har vedtaget bødeforlæg for bestikkelse. En ordregiver er derfor forpligtet til at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, der ved endelig dom er dømt for overtrædelse af forbuddet mod:

» Aktiv bestikkelse i offentlig tjeneste eller hverv (når man giver, lover eller tilbyder goder for at opnå en vinding).[461]
» Passiv bestikkelse (når man kræver eller accepterer goder i form af bestikkelse).[462]
» Bestikkelse i private retsforhold (returkommission, fx at modtage gaver fra en leverandør, man kan handle hos).[463]

Forsøg på bestikkelse vil også kunne medføre udelukkelse, hvis det konstateres ved en endelig dom.

Svig
En ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis denne ved endelig dom er dømt eller har vedtaget bødeforlæg for såkaldt EU-svig.[464] Svig kan i sig selv omfatte svig med både EU-midler og nationale midler. Udelukkelsesgrunden omfatter dog kun ansøgere eller tilbudsgivere, der ved en endelig dom er dømt for såkaldt EU-svig, altså svig med EU-midler.

Det er et krav, at den svigagtige handling, som ansøgeren eller tilbudsgiveren er dømt for, vedrører svig i forbindelse med afgørelser om betaling til eller udbetaling fra EU's budget eller budgetter. Budgetterne skal være forvaltet af eller for EU.

Terrorhandlinger
En ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis denne ved en endelig dom er dømt for terrorhandlinger, strafbare handlinger med forbindelse til terroraktivitet eller medvirken[465] til eller forsøg på at begå sådanne handlinger. Denne type handlinger er

[460] Rådets rammeafgørelse 2008/841/RIA af 24. oktober 2008, artikel 1, nr. 1.
[461] Jf. straffelovens § 122.
[462] Jf. straffelovens § 144.
[463] Jf. straffelovens § 299, stk. 2.
[464] Jf. straffelovens § 289 a.
[465] Jf. straffelovens § 23.

kriminaliseret i straffeloven.[466] En ordregiver er således forpligtet til at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, der ved en endelig dom er dømt for enhver form for terrorisme efter straffeloven.

Hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme
En ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis denne ved en endelig dom er dømt eller har vedtaget bødeforlæg for hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme. Hvidvaskning af udbytte fra strafbare handlinger vil kunne straffes som hæleri efter straffeloven.[467]

Straffelovens bestemmelse om hæleri har dog et bredt anvendelsesområde og gælder for udbytte fra alle former for kriminalitet på dette område, herunder hvidvask. Den omfatter desuden både forsøg og medvirken.[468] Ordregiver er dog kun forpligtet til at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, der ved en endelig dom er dømt for overtrædelse af straffelovens bestemmelse om hæleri, når udbyttet stammer fra hvidvask.

Terrorfinansiering er efter dansk ret strafbart efter straffeloven.[469] En ordregiver er forpligtet til at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, der ved en endelig dom er dømt for denne handling.

Børnearbejde og menneskehandel
En ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis pågældende ved en endelig dom er dømt for menneskehandel eller udnyttelse af børnearbejde efter bestemmelsen herom i straffeloven.[470]

Ubetalt forfalden gæld til det offentlige på 100.000 kr. eller derover
En ordregiver skal udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, der har en samlet ubetalt forfalden gæld på 100.000 kr. eller derover til offentlige myndigheder vedrørende skatter, afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger. Det er ikke et krav, at gælden skal være fastslået ved en retlig eller administrativ afgørelse, der har endelig og bindende virkning. Også evt. påløbne renter eller bøder, som følger af den ubetalte forfaldne gæld, er omfattet. Derimod indgår ansøgeres eller tilbudsgiveres mellemværende med offentlige myndigheder som fx løbende momsangivelser, hvor fristen for angivelse og indbetaling ikke er overskredet, ikke i beregningen.

Ordregiveren skal når som helst i løbet af proceduren udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis det viser sig, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har en samlet ubetalt forfalden gæld på 100.000 kr. eller derover til offentlige myndigheder. Ved begrænset udbud er det afgørende tidspunkt for vurderingen af gælden ansøgningsfristens udløb samt tiden indtil kontraktindgåelse. I et offentligt udbud er det afgørende tidspunkt tilbudsfristens udløb og tiden indtil kontraktindgåelse.

Der er ikke tale om ubetalt forfalden gæld, når ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået aftale med inddrivelsesmyndigheden om en afviklingsordning og denne ordning er overholdt.[471]

---

[466] Jf. straffelovens § 114.
[467] Jf. straffelovens § 290.
[468] Jf. straffelovens generelle regler om forsøg i straffelovens § 21 og om medvirken og anstiftelse i straffelovens § 23.
[469] Jf. straffelovens § 114 b og f.
[470] Jf. straffelovens § 262 a.
[471] Jf. udbudslovens § 135, stk. 4.

Indgåelsen af en afviklingsordning skal være sket inden udløbet af ansøgningsfristen for ansøgere ved et begrænset udbud eller ved tilbudsfristen ved et offentligt udbud.

Mulighed for at undlade udelukkelse ved ubetalt gæld[472]

Ordregiver har mulighed for at undlade at udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, der har ubetalt forfalden gæld til det offentlige. Denne mulighed gælder:

» Når alle ansøgere eller tilbudsgivere har ubetalt forfalden gæld til det offentlige, eller
» når en ansøger eller tilbudsgiver stiller sikkerhed for betaling af den del af gælden, der er på 100.000 kr. eller derover.

Interessekonflikt, der ikke kan afhjælpes
En ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, når en interessekonflikt i forhold til det konkrete udbud ikke kan afhjælpes effektivt med mindre indgribende foranstaltninger.

En interessekonflikt er en situation, hvor en person hos en ordregiver har en direkte eller indirekte finansiel, økonomisk eller anden personlig interesse i virksomheden, der kan medføre upartiskhed og uafhængighed i forbindelse med udbudsproceduren.[473] Det gør sig også gældende for en indkøbsrådgiver, der handler på vegne af ordregiveren, og som er involveret i gennemførelsen af udbudsproceduren, eller som kan påvirke resultatet af proceduren. En interessekonflikt kan også opstå, hvor en ansøger eller tilbudsgiver har modstridende interesser i forhold til ordregiveren, som kan påvirke kontraktens opfyldelse i en negativ retning.

Hvis en ordregiver identificerer en interessekonflikt, skal ordregiveren udbedre den, for at udbudsproceduren kan gennemføres i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.[474]

Udelukkelse i denne forbindelse skal være ordregiverens sidste udvej. Hvis det er muligt effektivt at afhjælpe interessekonflikten med mindre indgribende foranstaltninger, er ordregiveren forpligtet til at gøre dette. Mindre indgribende foranstaltninger end udelukkelse kan fx være organisatorisk omorganisering hos ordregiveren, hvor den eller de personer, der giver anledning til interessekonflikten, fjernes fra udbuddet. Ordregiveren har bevisbyrden for, at der foreligger en interessekonflikt, der ikke effektivt kan afhjælpes med mindre indgribende foranstaltninger.

Konkurrencefordrejning, der ikke kan afhjælpes
Ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis virksomhedens deltagelse i den indledende markedsundersøgelse medfører en konkurrencefordrejning. Virksomheden skal kun udelukkes, hvis det ikke er muligt at afhjælpe konkurrencefordrejningen med mindre indgribende foranstaltninger. Mindre indgribende foranstaltninger end udelukkelse kan fx være fastsættelse af en længere frist for modtagelse af ansøgninger eller tilbud eller fremlæggelse af relevant information for alle potentielle ansøgere eller tilbudsgivere. En længere frist for modtagelse af ansøgning eller tilbud kan udligne den tidsmæssige fordel, som en ansøger eller tilbudsgiver kan have opnået i medfør af tidlig involvering i forberedelsen af et udbud. Fremlæggelse af relevant information kan sikre, at alle ansøgere eller tilbudsgivere har de samme informationer til rådighed med henblik på udarbejdelse af ansøgning eller tilbud.

[472] Jf. udbudslovens § 135, stk. 5.
[473] Jf. udbudslovens § 24, nr. 18.
[474] Jf. udbudslovens § 2.

Ordregiveren har bevisbyrden for, at der foreligger en konkurrencefordrejning som følge af forudgående inddragelse af ansøgere eller tilbudsgivere, der ikke kan afhjælpes effektivt med mindre indgribende foranstaltninger.

Groft urigtige eller manglende oplysninger
En ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, der:

- Har givet groft urigtige oplysninger
- har tilbageholdt oplysninger eller
- ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter vedrørende:
  - De obligatoriske udelukkelsesgrunde om deltagelse i kriminel organisation, bestikkelse, svig, terrorhandlinger, hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme, børnearbejde eller menneskehandel[475] eller ubetalt forfalden gæld til det offentlige på 100.000 kr. eller derover.[476]
  - Minimumskrav til egnethed eller udvælgelsen.
  - To af de frivillige udelukkelsesgrunde (den frivillige udelukkelsesgrund vedrørende konkurs m.m.[477] og vedrørende ubetalt forfalden gæld til det offentlige på *under* 100.000 kr.[478]).

Ordregiveren har bevisbyrden for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har givet groft urigtige oplysninger, har tilbageholdt oplysninger eller ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter vedrørende udelukkelsesgrundene, minimumskravene til egnethed eller udvælgelsen.

Udelukkelsesgrunden finder kun anvendelse i forhold til de oplysninger, som ordregiveren kan kræve for at verificere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund, er egnet eller skal udvælges. Det betyder, at det kun er groft urigtige eller manglende oplysninger i de former for dokumentation, som ordregiveren efter udbudsloven kan kræve for hhv. ikke-udelukkelse, egnethed og udvælgelse,[479] som kan føre til udelukkelse.

Det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) fungerer kun som et foreløbigt bevis i forhold til den endelige dokumentation. Ansøgeren eller tilbudsgiveren skal derfor bl.a. dokumentere de oplysninger, der fremgår af ESPD'et angående udelukkelsesgrundene. Hvis en virksomhed har givet urigtige oplysninger i ESPD'et, er dette ikke en tilstrækkelig grund til at udelukke virksomheden.

Endvidere kan en ansøger eller tilbudsgiver udnytte andre enheders økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen.[480] Hvis en ansøger eller tilbudsgiver baserer sig på andre enheder, skal ansøgeren eller tilbudsgiveren fremlægge støtteerklæringer eller anden dokumentation for rådigheden over denne enhed. Dokumentationen skal godtgøre, at ansøgeren eller tilbudsgiveren faktisk råder over den nødvendige økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen gennem den anden enhed.[481] Ordregiveren skal også udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren afgiver groft

[475] Jf. udbudslovens § 135, stk. 1.
[476] Jf. udbudslovens § 135, stk. 3.
[477] Jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 2.
[478] Jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 6.
[479] Jf. udbudslovens § 152, stk. 1 og 2.
[480] Jf. udbudslovens § 144.
[481] Jf. udbudslovens § 144, stk. 2.

urigtige oplysninger, har tilbageholdt oplysninger eller ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter vedrørende rådigheden over den enhed, virksomheden baserer sig på.

Alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet[482]
En ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, når ordregiveren kan påvise, at virksomheden i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om virksomhedens integritet. Udelukkelsesgrunden relaterer sig til virksomheden og kan derfor godt være sket på et tidligere tidspunkt end i forbindelse med det konkrete udbud.

Udelukkelsesgrunden kan vedrøre mange forskellige situationer og omfatter enhver situation, som kan karakteriseres som en forsømmelse. Der er to kriterier, der skal opfyldes, for at en ordregiver kan bringe udelukkelsesgrunden i anvendelse:

» Ordregiveren skal påvise, at forsømmelsen vedrører udøvelsen af ansøgerens eller tilbudsgiverens erhverv.
» Ordregiveren skal påvise, at der er tale om en så alvorlig forsømmelse, at den skaber tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet.

For det første skal forsømmelsen være begået i forbindelse med ansøgerens eller tilbudsgiverens udøvelse af virksomhed. Det gælder ikke alene alvorlige forsømmelser, der er direkte knyttet til virksomhedens levering af ydelser, men også andre alvorlige forsømmelser. Der gennemgås en række eksempler nedenfor i Boks 9.1.

For det andet skal ordregiver påvise, at ansøgerens eller tilbudsgiverens forsømmelser har været så alvorlige, at de sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet. Det omfatter også ansøgerens eller tilbudsgiverens troværdighed i forhold til udøvelsen af sin virksomhed. Forsømmelserne skal sætte berettiget spørgsmålstegn ved ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet. Det betyder, at det er den pågældende adfærd og ikke virkningen af den alvorlige forsømmelse, der kan begrunde udelukkelse.

Boks 9.1
Eksempler på alvorlige forsømmelser

Alvorlige forsømmelser, der kan så tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet, kan fx være:
» Manglende overholdelse af miljømæssige eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handikappede.
» Overtrædelser af skatteregler, konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret.
» Beskæftigelse af illegal arbejdskraft under særligt skærpende omstændigheder.
» Overtrædelse af FN's eller EU's sanktioner mod visse personer eller lande, fx indefrysning af aktiver eller import- eller eksportrestriktioner.

Endvidere kan det være en alvorlig forsømmelse, hvis ordregiveren kan påvise, at virksomheden har begået handlinger, der er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde markeret med gråt i ovenstående skema, men hvor der ikke er faldet endelig dom.

Også overtrædelser, som begås af ansøgerens eller tilbudsgiverens koncernforbundne selskaber, kan efter omstændighederne danne grundlag for udelukkelse, hvis det kan påvises, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har haft afgørende indflydelse på sådanne overtrædelser.

[482] Denne udelukkelsesgrund, som fremgår af udbudslovens § 136, nr. 4, har tidligere været frivillig for ordregivere at anvende. Pr. 1. juli 2022 er den blevet obligatorisk, og ordregivere kan nu ikke fravælge af anvende denne udelukkelsesgrund.

Der skal i alle tilfælde foretages en konkret vurdering af, om der er tale om en alvorlig forsømmelse, som er begået i forbindelse med udøvelsen af ansøgerens eller tilbudsgiverens erhverv, og som sår tvivl om virksomhedens integritet.

Det er ordregiveren, der har bevisbyrden for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet. Det kan være tilstrækkeligt for at løfte bevisbyrden, hvis ordregiveren kan påvise overtrædelsen ved:

» En endelig dom
» en voldgiftskendelse eller
» en kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn.

Endvidere kan det efter omstændighederne være et passende middel til at påvise alvorlige forsømmelser, hvis ordregiveren kan henvise til:

» Et udenretligt forlig
» Syn og skøn
» Dokumentation, udtalelser eller tilsvarende fra brancheorganisationer vedrørende forsømmelsernes faglige karakter
» Anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer.[483]

Det er ikke afgrænset, hvilken dokumentation ordregiveren kan benytte for at vise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har begået alvorlige forsømmelser i forbindelse med udøvelsen af erhvervet, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet.

9.2.2 Hvornår har ordregiver mulighed for at udelukke? (Frivillige udelukkelsesgrunde)

De frivillige udelukkelsesgrunde[484], som er oplistet nedenfor i Figur 9.3, giver ordregiver mulighed for at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, der er omfattet af de relevante situationer. For at gøre brug af en af de frivillige udelukkelsesgrunde skal ordregiver på forhånd oplyse i udbudsbekendtgørelsen, hvilken eller hvilke af disse udelukkelsesgrunde der finder anvendelse i det pågældende udbud. Eftersom ordregiver altid er bundet af de betingelser, som denne selv opstiller, bliver de frivillige udelukkelsesgrunde obligatoriske for ordregiveren, når denne har offentliggjort, at den vil anvende en eller flere af disse udelukkelsesgrunde. Omvendt kan en ordregiver ikke udelukke en virksomhed med hjemmel i de frivillige udelukkelsesgrunde, hvis det ikke er oplyst i udbudsbekendtgørelsen, at ordregiveren vil gøre brug af dem.

Figur 9.3 er en oversigt over de frivillige udelukkelsesgrunde, udelukkelsens varighed samt hjemlen hertil.

---

[483] For uddybning af ordregivers mulighed for at lægge vægt på andres erfaringer henvises til afsnittet om tidligere misligholdelse af en offentlig kontrakt, afsnit 9.2.2.1.
[484] Jf. udbudslovens § 137.

Figur 9.3 **Frivillige udelukkelsesgrunde**

Frivillige udelukkelsesgrunde		
Hjemler	**Udelukkelsesgrunde**	**Udelukkelsesperiode**
§ 137, stk. 1, nr. 1	Overtrædelse af miljømæssige, sociale eller arbejdsretlige regler	Op til 3 år fra datoen for udelukkelsehandlingen
§ 137, stk. 1, nr. 2	Konkurs m.m.	
§ 137, stk. 1, nr. 3	Konkurrenceforvridende aftaler	
§ 137, stk. 1, nr. 4	Tidligere misligholdelse af en offentlig kontrakt	
§ 137, stk. 1, nr. 5	Forsøg på at påvirke ordregiverens beslutningsproces	
§ 137, stk. 1, nr. 6	Ubetalt forfalden gæld til det offentlige på under 100.000 kr.	Til gæld er betalt

Hvornår er virksomheden omfattet af en frivillig udelukkelsesgrund?
De frivillige udelukkelsesgrunde relaterer sig til den juridiske person, som er ansøger eller tilbudsgiver. Ordregiver kan eksempelvis ikke udelukke en tilbudsgiver, fordi en person i virksomhedens ledelse har ubetalt forfalden gæld til det offentlige på under 100.000 kr.

Pligten til at erstatte en enhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sin formåen på, finder også anvendelse ved de frivillige udelukkelsesgrunde på samme måde som ved de obligatoriske. Det betyder, at såfremt en enhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sin formåen på,[485] er omfattet af en frivillig udelukkelsesgrund, skal ordregiveren kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren erstatter den pågældende enhed, og fastsætte en passende frist for udskiftningen.[486] Såfremt ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke kan erstatte enheden inden for en passende frist, skal ordregiveren udelukke den pågældende ansøger eller tilbudsgiver.

Underleverandører, som ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke baserer sin formåen på, skal kun kræves erstattet som følge af, at de er omfattet af en frivillig udelukkelsesgrund, hvis ordregiver har krævet, at ansøgere eller tilbudsgivere erklærer, at underleverandører ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene,[487] jf. afsnit 9.2.1.

[485] Jf. udbudslovens § 144. Læs om ansøgeres og tilbudsgiveres muligheder for at basere sig på andre enheder i afsnit 9.3.5 nedenfor.
[486] Jf. udbudslovens § 144, stk. 5.
[487] Jf. udbudslovens § 177, stk. 5.

Hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren er en sammenslutning af virksomheder, gælder de frivillige udelukkelsesgrunde på samme måde som de obligatoriske udelukkelsesgrunde samtlige deltagere i sammenslutningen. Hvis en af deltagerne er omfattet af en frivillig udelukkelsesgrund, skal ordregiver som udgangspunkt udelukke sammenslutningen som helhed, medmindre ordregiver kan acceptere ændringer i sammenslutningen, således at den deltager, som er omfattet af udelukkelsesgrunden, udgår. Læs om ændringer hos ansøgere og tilbudsgivere i afsnit 11.2.

Udelukkelsens varighed ved frivillige udelukkelsesgrunde
En virksomhed skal udelukkes fra at deltage i udbudsprocedurer i op til tre år, hvis den er omfattet af en af de frivillige udelukkelsesgrunde i Figur 9.3 (med undtagelse af gæld til det offentlige på under 100.000 kr.), og udelukkelsesperioden ikke er fastsat ved endelig dom. Ordregiver kan for det konkrete udbud vælge en kortere periode end tre år. Hvis ordregiver ønsker en kortere udelukkelsesperiode, skal det oplyses i udbudsbekendtgørelsen, hvor længe udelukkelsesperioden vil vare.

Hvis ordregiver ikke har angivet noget, vil udelukkelsesperioden være tre år. Udelukkelsesperioden starter med at løbe fra datoen, hvor virksomheden foretager en handling, der omfatter indholdet af udelukkelsesgrunden. Hvis virksomheden er omfattet af den frivillige udelukkelsesgrund om gæld til det offentlige, varer udelukkelsen, indtil gælden er betalt.

Et eksempel på, hvornår en hændelse omfatter indholdet i en udelukkelsesgrund, kan ved den frivillige udelukkelsesgrund om konkurrencefordrejende aftaler fx være ved indgåelsen af en aftale mellem virksomheden og andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Det kan også efter omstændighederne være tidspunktet for en myndighedsafgørelse, som statuerer overtrædelsen.[488]

Det afhænger med andre ord af, hvilke oplysninger ordregiveren har, og om oplysningerne har medført tilstrækkeligt grundlag for at konkludere, at der er indgået en konkurrencefordrejende aftale.

Et andet eksempel kan være den frivillige udelukkelsesgrund om tidligere misligholdt offentlig kontrakt. Her vil udelukkelsesperioden løbe fra tidspunktet for ophævelsen af den tidligere kontrakt eller en lignende sanktion. Ordregiver vil ikke her være forpligtet til at afvente, indtil en evt. tvist om misligholdelsen er afgjort af en domstol, voldgift m.v.[489]

Ordregiver skal foretage vurderingen af, hvorvidt en ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af en frivillig udelukkelsesgrund, inden ordregiver træffer beslutning om, hvem kontrakten skal tildeles.

Ordregiveren må ikke planlægge tidspunktet for beslutningen om tildeling under hensyn til, hvorvidt en bestemt virksomhed bliver omfattet af udelukkelsesgrundene eller ej. En sådan hensyntagen vil være at betragte som omgåelse af udbudsreglerne.

9.2.2.1 Gennemgang af de enkelte frivillige udelukkelsesgrunde

Overtrædelser af miljømæssige, sociale eller arbejdsretlige regler
En ordregiver kan udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, hvis ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljømæssige,

[488] Jf. EU-Domstolens dom af 24. oktober 2018 i sagen C-124/17, *Vossloh Laeis GmbH mod Stadtwerke München GmbH*.
[489] Jf. EU-Domstolens dom af 19. juni 2019 i sagen C-41/18, *Meca Srl mod Comune di Napoli*.

sociale og arbejdsretlige område. Det drejer sig om regulering i henhold til EU-retten, national lovgivning eller kollektive aftaler eller i henhold til de miljø-, social- og arbejdsretlige forpligtelser, der er afledt af konventionerne. Sidstnævnte kan findes i udbudsdirektivets bilag X, hvor der er en liste over disse konventioner. Udelukkelsesgrunden relaterer sig til virksomheden og ikke til det konkrete udbud og kan derfor godt være sket på et tidligere tidspunkt end i det udbud, hvor den frivillige udelukkelsesgrund benyttes. Læs mere om udelukkelsesperioden i afsnit 9.2.2.

Det er alene overtrædelser af en vis væsentlighed eller gentagne overtrædelser, der kan begrunde udelukkelse. Det skyldes hensynet til det grundlæggende princip om proportionalitet. Ordregiveren har bevisbyrden for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er omfattet af bestemmelsen. Det kan være tilstrækkeligt for at løfte bevisbyrden, hvis ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ved endelig dom er dømt for overtrædelser af de gældende forpligtelser inden for det miljømæssige, sociale og arbejdsretlige område. Der foreligger en endelig dom, når en dom ikke længere kan ankes.

Ordregiveren kan endvidere efter omstændighederne løfte bevisbyrden ved at påvise, at det ved:

» Voldgiftskendelse,
» påbud fra arbejdstilsynet eller
» kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn

er konstateret, at virksomheden har tilsidesat gældende forpligtelser.

Derudover kan fx syn og skøn eller anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer, efter omstændighederne være et passende middel, der påviser, at virksomheden har tilsidesat de gældende forpligtelser.[490]

Konkurs m.m.
En ordregiver kan udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra en udbudsprocedure, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren:

» Er erklæret konkurs
» er under insolvens- eller likvidationsbehandling
» får sine aktiver administreret af en kurator eller af retten
» er under tvangsakkord
» har fået sin erhvervsvirksomhed indstillet eller
» er omfattet af en lignende situation i henhold til en tilsvarende procedure, der er fastsat i national lovgivning, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren er hjemmehørende.

Ordregiver skal ved brug af denne frivillige udelukkelsesgrund udelukke virksomheden, hvis den er omfattet af en af ovenstående situationer på tidspunktet for aflevering af ansøgning eller tilbud eller i løbet af udbudsprocessen. Baggrunden for denne udelukkelsesgrund er, at hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren er erklæret konkurs eller under insolvens- eller likvidationsbehandling, er der en nærliggende risiko for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er i stand til at udføre den udbudte opgave.

[490] For uddybning af ordregivers mulighed for at lægge vægt på andres erfaringer henvises til afsnittet om tidligere misligholdelse af en offentlig kontrakt i vejledningens afsnit 9.2.2.1.

Konkurrencefordrejende aftaler

En ordregiver kan udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer for at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på at fordreje konkurrencen. Udelukkelsesgrunden relaterer sig til virksomheden og kan derfor godt være sket på et tidligere tidspunkt end i det konkrete udbud, hvor den frivillige udelukkelsesgrund benyttes.

Udelukkelsesgrunden omfatter ikke kun situationer, hvor der er konstateret en konkurrencebegrænsende aftale, men også plausible indikationer på sådan en aftale. Ordregiveren skal således ikke nødvendigvis påvise, at ansøger eller tilbudsgiver har indgået en konkurrencebegrænsende aftale med andre økonomiske aktører, da allerede indicier på, at sådan en aftale er indgået, kan føre til udelukkelse, forudsat at de er objektive og samstemmende.[491] "Tilstrækkelige plausible indikationer" er således en lempeligere bevisbyrde for ordregiveren end bevisbyrden ved de andre frivillige udelukkelsesgrunde, hvor ordregiveren skal påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er omfattet af en udelukkelsesgrund.[492]

Det vil være en konkret vurdering fra sag til sag, hvad der er tilstrækkelige plausible indikationer. Det vil dog være tilstrækkeligt, hvis ordregiveren fremlægger dokumentation, der troværdigt indikerer, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning.

Det kan eksempelvis efter omstændighederne være tilstrækkeligt, hvis der er rejst tiltale mod en ansøger eller tilbudsgiver for at have indgået aftaler med henblik på konkurrencefordrejning. Derudover kan oplysninger fra myndigheder, der indikerer, at en ansøger eller tilbudsgiver har indgået en aftale med henblik på konkurrencefordrejning, efter omstændighederne være tilstrækkelige.

Denne udelukkelsesgrund angår ikke kun en aftale med henblik på konkurrencefordrejning i forhold til det konkrete udbud. Også konkurrencebegrænsende aftaler, en virksomhed har indgået med andre økonomiske aktører, er omfattet, fx aftaler med henblik på at skabe konkurrencefordrejning i forbindelse med et tidligere udbud hos en anden ordregiver. Ordregiver kan dog være forpligtet til at udelukke tilbudsgivere, såfremt de har indgået eller der foreligger plausible indikationer på konkurrencebegrænsende aftale i forhold til det konkrete udbud, selvom den pågældende frivillige udelukkelsesgrund ikke er valgt til i udbuddet. Det følger nemlig af ligebehandlingsprincippet, at tilbud skal være selvstændige og uafhængige, da tilbudskoordinering kan give tilbudsgivere en uberettiget fordel i forhold til andre tilbudsgivere og føre til konkurrenceforvridning. Dette uanset om tilbudskoordinering reelt har medført en konkurrenceforvridning i udbuddet eller ej.

---

[491] Jf. EU-Domstolens dom af 21. januar 2016 i sagen C-74/14, *Eturas UAB m.fl. mod Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, præmis 37.

[492] Jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1, 4 og 5.

Såfremt en ordregiver får kendskab til forhold, der rejser tvivl om, hvorvidt tilbuddene er selvstændige og uafhængige, er ordregiveren forpligtet til at undersøge de relevante forhold nærmere, herunder ved at anmode tilbudsgiverne om supplerende oplysninger. Hvis ordregiveren kan løfte bevisbyrden for, at der er sket eller foreligger tilstrækkeligt plausible indikationer på tilbudskoordinering, er ordregiveren forpligtet til at udelukke alle de koordinerende tilbudsgivere.[493]

Boks 9.2
Europa-Kommissionens vejledning om konkurrencebegrænsende aftaler i udbud

Europa-Kommissionen har offentliggjort en vejledning i, hvordan medlemsstaterne kan bekæmpe konkurrencebegrænsende aftaler i forbindelse med offentlige udbud.[494]

Heri gennemgår Europa-Kommissionen den frivillige udelukkelsesgrund om konkurrencebegrænsende aftaler samt den obligatoriske forpligtelse til at udelukke ved tilbudskoordinering i det konkrete udbud. Derudover giver Europa-Kommissionen praktiske råd til, hvordan ordregivere kan bekæmpe konkurrencebegrænsende aftaler ved at:

» Udforme udbudsproceduren med henblik på at undgå konkurrencebegrænsende aftaler
» opdage konkurrencebegrænsende aftaler og
» reagere på mistanke om konkurrencebegrænsende aftaler.

Tidligere misligholdelse af en offentlig kontrakt
En ordregiver kan udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt omfattet af udbudsreglerne. Det gælder også en kontrakt på forsyningsvirksomhedsområdet eller på forsvars- og sikkerhedsområdet eller en koncessionskontrakt[495]. Den væsentlige misligholdelse skal have medført, at den pågældende kontrakt blev ophævet, eller en lignende sanktion.

Hvad der skal forstås ved en offentlig kontrakt på forsyningsvirksomhedsområdet eller på forsvars- og sikkerhedsområdet eller en koncessionskontrakt, følger af reglerne i hhv. forsyningsvirksomhedsdirektivet, forsvars- og sikkerhedsdirektivet og koncessionsdirektivet. Dog behøver kontrakterne ikke at have en værdi, der opfylder tærskelværdierne i de respektive direktiver.

Det er en konkret vurdering efter de almindelige obligationsretlige regler, hvorvidt der foreligger væsentlig misligholdelse. Den væsentlige misligholdelse skal have medført, at den tidligere kontrakt er ophævet, eller at den kunne være blevet ophævet. Hvis kontrakten ikke er ophævet, skal misligholdelsen være sanktioneret på anden vis gennem erstatning, bod eller andre forhold, der er væsentlige set i forhold til kontraktens karakter. Fx erstatning i forbindelse med en forsinket levering, som kunne have begrundet ophævelse.

Det er ordregiveren, der har bevisbyrden for, at en tilbudsgiver eller ansøger er omfattet af denne udelukkelsesgrund. Ordregiveren kan fx påvise dette ved følgende dokumentation for ansøgerens eller tilbudsgiverens misligholdelse af en tidligere offentlig kontrakt:

[493] Jf. EU-Domstolens dom af 17. maj 2018, i sagen C-531/16, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras og „Ecoservice projektai" UAB*. Det følger dog af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. januar 2021, Peak Consulting Group A/S mod Skatteministeriet v/Udviklings- og Forenklingsstyrelsen, at der stilles strengere krav til ordregivers bevisbyrde for, at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale i forhold til det konkrete udbud, når udelukkelsesgrunden om konkurrencebegrænsende aftaler ikke er valgt til.

[494] Europa-Kommissionens meddelelse 2021/C 91/01 af 18. marts 2021 om værktøjer til bekæmpelse af ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud og vejledning om anvendelse af den relevante udelukkelsesgrund.

[495] En koncessionskontrakt er en kontrakt, hvor ordregiver overdrager ansvaret for indkøbet til en virksomhed, der i stedet for betaling for overdragelsen enten får retten til at udnytte indkøbet eller får denne ret sammen med betaling af en pris.

» En endelig dom
» en voldgiftskendelse
» en kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn

Anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer, kan efter omstændighederne være tilstrækkeligt til at begrunde udelukkelse. Hvis ordregiveren som baggrund for udelukkelse af en virksomhed lægger vægt på andres erfaringer, skal ordregiveren foretage en selvstændig vurdering af, om det kontraktforhold, der lægges vægt på, er væsentligt misligholdt, således at det har kunnet begrunde en ophævelse af kontrakten. Ordregiveren skal ved sin vurdering sikre sig, at beslutningsgrundlaget er tilstrækkeligt, til at ordregiveren kan træffe en forsvarlig afgørelse.[496]

Forsøg på at påvirke ordregiverens beslutningsproces
En ordregiver kan udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren uretmæssigt har forsøgt at påvirke ordregiverens beslutningsproces. Udelukkelsesgrunden knytter sig til det konkrete udbud, og det er derfor kun forsøg på påvirkning af den konkrete ordregivers beslutning, der kan medføre udelukkelse.

Det kan fx ske, hvis virksomheden har fået fortrolige oplysninger, der kan give den uretmæssige fordele i forbindelse med udbudsproceduren. Eller hvis virksomheden groft uagtsomt har givet vildledende oplysninger, der kan have væsentlig indflydelse på:

» Beslutninger vedrørende udelukkelse
» vurdering af minimumskravene til egnethed og udvælgelse eller
» tildeling af kontrakt

Denne udelukkelsesgrund angår med andre ord handlinger, der potentielt kan have haft indflydelse på ordregiverens væsentlige beslutninger i forbindelse med udbudsproceduren, eller som potentielt kan have givet ansøgeren eller tilbudsgiveren uretmæssige fordele.

Hvis ordregiveren har anvendt denne udelukkelsesgrund i det konkrete udbud, er det tilstrækkeligt at konstatere, at der er tale om en situation, der kan have påvirket beslutningsprocessen eller kan have givet ansøgeren eller tilbudsgiveren en uretmæssig fordel. Det vil i disse situationer ikke være nødvendigt at undersøge, om handlingerne konkret har haft indflydelse på ordregiverens beslutning eller rent faktisk har givet en uretmæssig fordel.

Hvis ordregiveren kan konstatere, at handlingerne ikke kun potentielt, men konkret har haft indflydelse på ordregiverens beslutninger, kan ordregiveren i medfør af ligebehandlingsprincippet ikke tage tilbuddet i betragtning, uanset om denne udelukkelsesgrund er anvendt eller ej. Det samme gør sig gældende, hvis ordregiveren kan konstatere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har fået fortrolige oplysninger, der ikke blot potentielt, men konkret har givet ansøgeren eller tilbudsgiveren uretmæssige fordele. Hvis den konkurrencemæssige fordel kan afhjælpes med mindre indgribende foranstaltninger, skal ordregiveren ikke udelukke virksomheden.

Denne udelukkelsesgrund kan efter omstændighederne anvendes til at udelukke ansøgere og tilbudsgivere, som groft uagtsomt giver vildledende oplysninger, eller som undlader at give oplysninger om forhold, som ordregiveren ikke kan kræve dokumentation for. Ordregiveren kan fx ikke kræve, at ansøger eller tilbudsgiver giver endelig dokumentation for ikke at være

[496] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. oktober 2022, *KN Rengøring v/Henrik Krogstrup Nielsen mod Frederiksberg Kommune*.

omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde vedrørende overtrædelse af miljømæssige, sociale eller arbejdsretlige regler,[497] konkurrencebegrænsende aftaler[498] eller misligholdelse af en offentlig kontrakt,[499] da det er ordregiveren, som skal kunne løfte bevisbyrden for, at ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af de pågældende udelukkelsesgrunde. Hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren fx bliver anmodet om at indlevere oplysninger om de nævnte udelukkelsesgrunde, kan der være grundlag for udelukkelse efter udelukkelsesgrunden om forsøg på at påvirke ordregivers beslutninger, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren groft uagtsomt giver vildledende oplysninger, der kan have væsentlig indflydelse på ordregiverens beslutninger om udelukkelse.

Ubetalt forfalden gæld til det offentlige på under 100.000 kr.
En ordregiver kan udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, der har ubetalt forfalden gæld på *under* 100.000 kr. til offentlige myndigheder vedrørende skatter, afgifter samt bidrag til sociale sikringsordninger. Det gælder både for gæld i henhold til lovgivningen her i landet og for gæld i henhold til lovgivningen i det land, hvor tilbudsgiveren er etableret.

Det er ikke et krav, at den ubetalte forfaldne gæld skal være fastslået ved en retlig eller administrativ afgørelse, der har endelig og bindende virkning. Bestemmelsen omfatter også evt. påløbne renter eller bøder, som følger af den ubetalte forfaldne gæld.

Udelukkelsesgrunden har til formål at nedbringe gælden til offentlige myndigheder og forebygge nye restancer. Bestemmelsen svarer til den obligatoriske udelukkelsesgrund, dog med den forskel, at den obligatoriske udelukkelsesgrund vedrører gæld *over* 100.000 kr.

Hvis virksomheden har indgået en afviklingsordning for gælden, og denne ordning er overholdt, er virksomheden ikke omfattet af udelukkelsesgrunden, på samme måde som ved den obligatoriske udelukkelsesgrund om gæld til en offentlig myndighed på over 100.000 kr. Der gælder i øvrigt de samme muligheder for at undlade at udelukke en virksomhed som for den obligatoriske udelukkelsesgrund om gæld til en offentlig myndighed, som er gennemgået i afsnit 9.2.1.1.

9.2.3 Dokumentation for pålidelighed[500]

Ansøgere og tilbudsgivere skal have mulighed for at dokumentere, at de er pålidelige,[501] selvom de er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde.[502] Denne mulighed gælder for både de obligatoriske og de frivillige udelukkelsesgrunde. Muligheden for at dokumentere pålidelighed gælder dog ikke for den obligatoriske udelukkelsesgrund om etablering i et skattelyland.[503]

Når en ordregiver har konstateret, at en ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af en eller flere af udelukkelsesgrundene, og har meddelt virksomheden dette, skal virksomheden have mulighed for at dokumentere sin pålidelighed.

---

[497] Jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1.
[498] Jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.
[499] Jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 4.
[500] Jf. udbudslovens § 138.
[501] I praksis benyttes udtrykket "self-cleaning" om virksomheders mulighed for at dokumentere pålidelighed. Hverken i den engelske eller den danske version af udbudsdirektivet benyttes udtrykket, ligesom det heller ikke er tilfældet i udbudsloven. Derfor benyttes udtrykket ikke i denne vejledning.
[502] Dog er en virksomhed, som ved endelig dom er blevet udelukket fra deltagelse i udbudsprocedurer, ikke berettiget til at dokumentere sin pålidelighed under den udelukkelsesperiode, som følger af dommen, jf. udbudslovens § 138, stk. 4.
[503] Jf. udbudslovens § 134 a.

Ordregiver kan alene udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, hvis denne ikke inden for en passende frist, fastsat af ordregiveren efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb, fremlægger tilstrækkelig dokumentation for dennes pålidelighed. Muligheden for at dokumentere pålidelighed gælder for:

» Selve ansøgeren eller tilbudsgiveren
» hver enkelt deltager i en sammenslutning af virksomheder, som fx et konsortium, såfremt ansøgeren eller tilbudsgiveren er en sammenslutning af virksomheder
» de enheder, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sin økonomiske og finansielle eller tekniske og faglige formåen på[504]
» evt. underleverandører, hvis ordregiver har krævet, at underleverandører ikke må være omfattet af udelukkelsesgrundene.[505]

Der er fremsat et lovforslag, som forventes vedtaget, hvorefter det fremgår, at det fra den 1. januar 2025 er ordregiveren selv, der skal vurdere, om virksomheden har dokumenteret sin pålidelighed i tilstrækkelig grad eller ej.[506]

Ordregiveren skal frem til den 31. december 2024 indhente en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, inden ordregiveren beslutter, hvorvidt ansøgeren eller tilbudsgiveren har dokumenteret sin pålidelighed tilstrækkeligt.[507]

Ordregiveren kan vælge at lægge den vejledende udtalelse til grund ved vurderingen af, om virksomheden skal udelukkes eller ej. Da Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udtalelse alene er vejledende, er ordregiveren derimod ikke forpligtet til at følge denne. Det er således ordregiveren, der i sidste ende beslutter, om ansøgeren eller tilbudsgiveren har dokumenteret sin pålidelighed tilstrækkeligt eller ej.

Boks 9.3
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens *Vejledning om vurdering af pålidelighed*

I vejledningen gennemgås reglerne for vurdering af pålidelighed. Det gennemgås hvordan en virksomhed kan dokumentere sin pålidelighed og hvordan ordregiver kan foretage en vurdering af virksomhedernes pålidelighed på baggrund af virksomhedens dokumentation.

[504] Jf. udbudslovens § 144, stk. 1.
[505] Jf. udbudslovens § 177, stk. 5.
[506] Jf. L 72 om Forslag til lov om ændring af selskabsloven, årsregnskabsloven, lov om erhvervsfremme, lov om finansiel virksomhed og forskellige andre love som fremsat den 5. november 2024.
[507] Jf. udbudslovens § 138, stk. 1, 2. punktum. Bestemmelsen gælder for udbud offentliggjort efter 1. januar 2023.

9.3 Egnethed[508]

Ordregiver har mulighed for at stille krav til ansøgeres eller tilbudsgiveres egnethed. Kravene skal relatere sig til:

» Udøvelsen af det pågældende erhverv
» virksomhedens økonomiske og finansielle formåen eller til
» virksomhedens tekniske og faglige formåen.

Kravene giver ordregiver mulighed for at sikre sig, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har de nødvendige ressourcer til at gennemføre kontrakten, både i forhold til virksomhedens økonomi og i forhold til virksomhedens tekniske evner.

Kravene til virksomhedens egnethed skal stilles som minimumskrav, og de skal offentliggøres i udbudsbekendtgørelsen. Kravene skal være relaterede og stå i forhold til kontraktens genstand og værdi.

En ansøger eller tilbudsgiver skal afvises som uegnet, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke opfylder de fastsatte minimumskrav. Omvendt kan en ordregiver ikke afvise en ansøger eller tilbudsgiver som uegnet, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de fastsatte minimumskrav.

9.3.1 Virksomheders retlige form[509]

Ordregivere skal acceptere tilbud og ansøgninger uanset ansøgerens eller tilbudsgiverens retlige form. Virksomheder kan derfor ikke udelukkes med den begrundelse, at det i henhold til dansk lovgivning kræves, at de skal være enten en fysisk eller en juridisk person. Ordregivere kan heller ikke kræve, at en ansøger eller tilbudsgiver er en bestemt form for juridisk person.

Sammenslutninger af virksomheder (som fx konsortier) kan deltage i udbudsprocedurer uden at være nødt til at antage en bestemt retlig form. Det gælder også, hvis virksomhederne har sluttet sig sammen i en midlertidig sammenslutning. Hvis ordregiveren vurderer, at det er nødvendigt for at sikre en tilfredsstillende opfyldelse af kontrakten, kan ordregiveren kræve, at sammenslutningen antager en bestemt form efter tildeling af kontrakten. Det kunne eksempelvis være tilfældet, hvis ordregiveren stiller krav om solidarisk hæftelse imellem sammenslutningens medlemmer.

Ordregiver kan fastsætte, hvordan sammenslutninger opfylder kravene om økonomisk og finansiel formåen, eller hvordan sammenslutninger opfylder kriterierne vedrørende teknisk og faglig formåen. Sådanne betingelser kan fx omfatte krav om, at der skal udpeges en fælles repræsentation eller en ledende partner i relation til udbudsproceduren.

Ordregivers evt. betingelser skal altid være objektivt begrundede og proportionale. Hvis ordregiveren vælger at fastlægge andre betingelser for gennemførelse af kontrakten for sammenslutninger af virksomheder end dem, der pålægges de individuelle deltagere, skal betingelserne således være objektivt begrundede og proportionale. Dvs. at betingelserne skal

[508] Reglerne om ordregivers muligheder for at stille krav til ansøgeres eller tilbudsgiveres egnethed findes i udbudslovens §§ 140-144. Herudover bestemmer udbudslovens § 139, hvad ordregiver kan kræve i forhold til virksomhedernes retlige form. Ordregiver kan fastsætte krav vedrørende udøvelse af det pågældende erhverv (§ 141), økonomisk og finansiel formåen (§ 142) eller teknisk og faglig formåen (§ 143). Dette er en udtømmende liste, og der kan kun stilles krav til egnethed, der kan henføres til en af disse tre kategorier. Herudover kan ansøgere og tilbudsgivere basere sig på andre enheders formåen (§ 144).
[509] Jf. udbudslovens § 139.

kunne begrundes i forhold, der objektivt adskiller sammenslutninger fra individuelle deltagere. Det følger af proportionalitetsprincippet, at ordregiveren alene kan fastsætte krav, der er proportionale med kontraktens værdi og mål. Som følge heraf kan der alene fastsættes krav, der er nødvendige og passende for gennemførelsen af de tilsigtede saglige formål.

Ordregiver kan kræve, at der i virksomhedernes ansøgning eller tilbud anføres navne og faglige kvalifikationer for det personale, der har ansvaret for at gennemføre kontrakten. Dette kan kræves for kontrakter om levering af tjenesteydelser, bygge- og anlægskontrakter samt offentlige vareindkøbskontrakter, der omfatter tjenesteydelser eller monterings- og installationsarbejde. Såfremt ordregiver ønsker, at sammenslutningen skal have rådighed over bestemte faglige kvalifikationer, kan ordregiver stille minimumskrav til sammenslutningens tekniske og faglige formåen.[510] Ordregiveren bør i så fald igennem aftaleretlige foranstaltninger sikre, at det personale, der har ansvaret for at gennemføre kontrakten, også gennemfører kontrakten, og at dette personale kun kan erstattes med personale med tilsvarende kompetencer, evt. efter godkendelse fra ordregiveren.

9.3.2 Egnethed til at udføre det pågældende erhverv[511]

Ordregiver kan ved vurderingen af virksomhedens egnethed til at udføre det pågældende erhverv kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere:

» Er optaget i et fagligt register eller handelsregister i den medlemsstat, hvor de har hjemsted[512] eller
» overholder alle krav i udbudsdirektivets bilag XI (bilaget indeholder en oplistning af de relevante faglige registre og handelsregistre samt erklæringer og attester for hver medlemsstat).

Ordregiveren skal kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere godtgør, at de opfylder de opstillede krav. For danske virksomheder kan det kræves, at de er registrerede i Det Centrale Virksomhedsregister, datacvr.virk.dk. Det er op til ordregiveren at fastlægge, hvilken dokumentation ansøgere eller tilbudsgivere skal fremlægge. Dog skal ordregiver tage hensyn til de grundlæggende principper om proportionalitet, ligebehandling og gennemsigtighed, når den stiller krav til denne dokumentation.

Ordregiver kan også kræve bevis for, at en virksomhed har en bestemt autorisation eller medlemskab af en bestemt organisation. Sådan et krav kan kun stilles for levering af tjenesteydelser, og kun hvis autorisationen er påkrævet i virksomhedens hjemland, når man udfører den pågældende tjenesteydelse. Kravet om sådanne autorisationer eller medlemskaber kan fx vedrøre el-, VVS- og kloakinstallation, der kræver autorisation fra Sikkerhedsstyrelsen, eller udførelse af vagtvirksomhed, som kræver autorisation fra politiet.[513]

---

[510] Det fremgår af udbudslovens § 155, nr. 7, at ordregiver som dokumentation for ansøgeres og tilbudsgiveres opfyldelse af minimumskrav til teknisk og faglig formåen bl.a. kan kræve angivelse af de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer hos tjenesteyderen eller entreprenøren eller virksomhedens ledende medarbejdere, når disse ikke evalueres som et kriterie for tildeling.

[511] Jf. udbudslovens § 141.

[512] Jf. udbudsdirektivets bilag XI.

[513] Jf. bekendtgørelse nr. 1408 af 4. december 2017 om vagtvirksomhed, jf. § 2 i lov om vagtvirksomhed.

9.3.3 Økonomisk og finansiel formåen[514]

Hvis ordregiver kræver, at ansøgere eller tilbudsgivere opfylder visse minimumskrav i forbindelse med den økonomiske og finansielle formåen, skal ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen anføre, hvordan virksomhederne skal dokumentere, at de lever op til disse krav. Der kan eksempelvis tages hensyn til forholdet mellem aktiver og passiver, når ordregiveren angiver de metoder og kriterier, der skal anvendes. Metoder og kriterier skal være gennemsigtige, objektive og ikkediskriminerende.

Krav til virksomhedens omsætning
Ordregiveren kan som udgangspunkt ikke kræve, at en virksomhed har en omsætning pr. år, som overstiger det dobbelte af kontraktens anslåede værdi. Hvis ordregiveren alligevel ønsker at stille et højere krav, skal det behørigt begrundes i udbudsmaterialet. En sådan begrundelse kan fx være:

» Øgede risici forbundet med kontraktens gennemførelse
» at kontraktens rettidige og korrekte gennemførelse er kritisk, eksempelvis fordi den udgør en nødvendig forudsætning for andre kontrakters gennemførelse.

I sådanne behørigt begrundede tilfælde står det ordregiveren frit for at beslutte, om det er passende og relevant at fastsætte højere krav til omsætningen pr. år. Hvis der anvendes højere krav til omsætningen, kan ordregiveren frit fastsætte størrelsen, så længe den hænger sammen med og står i forhold til kontraktens genstand.

Ordregiveren skal overholde proportionalitetsprincippet[515], når kravene til omsætning fastsættes. I konkrete sager kan det være i strid med proportionalitetsprincippet at fastsætte et minimumskrav til en omsætning, der er det dobbelte af kontraktens anslåede værdi. Fx hvis der er tale om en kontrakt med en stor værdi, men hvor der skal ske en løbende levering over en meget lang periode.

Omsætningskrav ved delkontrakter
Hvis en kontrakt opdeles i delkontrakter, kan ordregiver stille krav til ansøgeres eller tilbudsgiveres omsætning for hver delkontrakt. Herudover kan ordregiver fastsætte krav til årsomsætningen i forbindelse med grupper af delkontrakter. Årsomsætning i forhold til grupper af delkontrakter kan være relevant, hvis den valgte tilbudsgiver tildeles flere delkontrakter, som skal udføres samtidig. Hvis den samme tilbudsgiver kan vinde alle delkontrakter, kan ordregiveren ikke kræve en omsætning pr. år på mere end to gange kontraktens anslåede værdi for alle delkontrakter, medmindre det kan begrundes med særlige risici, jf. ovenfor. Derfor er det ved delkontrakter den samlede potentielle omsætning, der er udgangspunktet for beregningen af omsætningskravet.

I konkrete situationer, eksempelvis hvor flere delkontrakter har en meget varierende værdi, eller hvor antallet af delkontrakter er meget højt, kan det være uproportionalt at kræve en minimumsomsætning på to gange værdien af gruppen af delkontrakter. I en situation, hvor delkontrakt A har en kontraktværdi på 2 mio. kr., mens delkontrakt B har en kontraktværdi på 20 mio. kr., kan det være uproportionalt at kræve, at tilbudsgivere, der afgiver tilbud vedrørende udbud af delkontrakt A, har en omsætning pr. år på mindst 44 mio. kr., selvom samme tilbudsgiver kan vinde begge delkontrakter. I et sådant tilfælde vil den tilbudsgiver, der vandt

[514] Jf. udbudslovens § 142.
[515] Jf. udbudslovens § 2.

delkontrakt A på 2 mio. kr., blive mødt med et krav om en omsætning på over 20 gange kontraktens anslåede værdi.

Det vil derimod være tilladt at stille forskellige egnethedskrav på forskellige vilkår. Fx kan ordregiver angive, at der stilles krav om en omsætning på to gange værdien af de delkontrakter, som tilbudsgiveren vinder. Hvis der i et sådant tilfælde modtages tilbud fra virksomheder, der har budt på et større antal delkontrakter, end deres omsætning kan bære, skal ordregiveren anvende de objektive og ikkediskriminerende kriterier eller regler til at afgøre tildelingen af delkontrakten.[516]

Kontrakter baseret på rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer[517]
Ved kontrakter baseret på en rammeaftale, der indgås ved genåbning af konkurrencen (miniudbud), beregnes omsætningskravet, jf. ovenfor, på grundlag af den forventede maksimale størrelse af specifikke kontrakter, som vil blive tildelt samtidig. Dvs. hvis ordregiver ved, at visse af de kontrakttyper, der er omfattet af rammeaftalen, vil blive indgået samtidig i løbet af rammeaftalens levetid, skal ordregiveren benytte værdien af disse kontrakter med henblik på at udregne det maksimalt tilladte omsætningskrav. Hvis ordregiver ikke på forhånd ved, at visse kontrakttyper under rammeaftalen vil blive indgået samtidig, kan ordregiver nøjes med at benytte den samlede anslåede værdi for hele rammeaftalen ved fastsættelsen af omsætningskravet. Ordregiver har også ved fastsættelsen af omsætningskravet ved udbud af rammeaftaler med genåbning af konkurrencen mulighed for i særlige tilfælde at fravige det maksimalt tilladte omsætningskrav, hvis dette kan begrundes med særlige risici, jf. ovenfor.

Ved dynamiske indkøbssystemer fastsættes det maksimale tilladte krav til den årlige omsætning på grundlag af den forventede maksimale værdi af de kontrakter, der forventes tildelt på grundlag af systemet.

9.3.4 Teknisk og faglig formåen[518]

Ordregiver kan fastsætte krav om, at ansøgere og tilbudsgivere besidder de nødvendige menneskelige og tekniske ressourcer og erfaringer til at gennemføre den udbudte kontrakt i den kvalitet, som ordregiver ønsker. Herudover kan ordregiver især kræve, at virksomhederne har tilstrækkelig erfaring, som kan vises ved passende referencer fra tidligere gennemførte kontrakter.

Hvis ordregiver ønsker at stille krav til ansøgeres og tilbudsgiveres tekniske og faglige formåen, skal ordregiver anføre sådanne krav som minimumskrav i udbudsbekendtgørelsen samt anføre, hvordan ansøgere og tilbudsgivere skal dokumentere opfyldelsen af minimumskravene.

Loven indeholder en udtømmende liste over den dokumentation, man som ordregiver kan kræve, for at virksomhederne kan dokumentere deres tekniske og faglige formåen, og udgør dermed rammen for, hvad man kan stille krav om.[519] Læs nærmere om dokumentation i afsnit 9.5.

---

[516] Jf. udbudslovens § 49, stk. 3, nr. 3.
[517] Jf. udbudslovens § 142, stk. 4 og stk. 5.
[518] Jf. udbudslovens § 143.
[519] Jf. udbudslovens § 155.

9.3.5 Mulighed for at basere sig på andre enheders formåen[520]

Ansøger og tilbudsgiver har mulighed for at basere sig på andre enheders økonomiske og finansielle[521] og/eller tekniske og faglige formåen.[522] Det er derfor ikke et krav, at ansøgeren eller tilbudsgiveren selv er i besiddelse af den krævede formåen, og der kræves heller ikke nogen selskabsretlig forbindelse mellem ansøgeren eller tilbudsgiveren og den enhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på. Det er muligt både at basere sig på eksempelvis koncernforbundne selskaber og at basere sig på enheder, hvor der ikke er en sådan forudgående forbindelse.

Muligheden for at basere sig på andre enheders formåen gør sig også gældende, når ansøgeren eller tilbudsgiveren udgør en sammenslutning af virksomheder.

Det er kun muligt for ansøgeren eller tilbudsgiveren at basere sig på andre enheders økonomiske og finansielle og/eller tekniske og faglige formåen. Det er derimod ikke muligt at basere sig på andre enheders formåen, for så vidt angår egnethed til at udøve det pågældende erhverv.[523]

Det skal godtgøres, at ansøgeren eller tilbudsgiveren råder over den nødvendige økonomiske og finansielle og/eller tekniske og faglige formåen. En sådan godtgørelse kan fx ske ved at fremlægge en støtteerklæring eller anden dokumentation, som viser, at der rådes over den nødvendige formåen. Ansøgeren eller tilbudsgiveren kan eksempelvis fremlægge vedtægter, ejeraftaler eller andre relevante selskabsdokumenter i den situation, hvor fx et moderselskab baserer sig på datterselskabets formåen.

Støtteerklæringen eller dokumentationen skal godtgøre, at den pågældende enhed er juridisk forpligtet over for ansøgeren eller tilbudsgiveren og dermed viser, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har ret til at råde over den formåen, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på. Støtteerklæringen eller dokumentationen behøver ikke i sig selv at udgøre denne juridiske forpligtelse, men kan også dokumentere, at der foreligger en juridisk bindende aftale mellem ansøgeren eller tilbudsgiveren og den enhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på.

Den juridiske forpligtelse skal medføre, at den enhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på, stiller sin økonomiske og finansielle formåen og/eller tekniske og faglige formåen til rådighed for kontraktens opfyldelse. Ordregiveren kan fx kræve, at der skal være en solidarisk hæftelse, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen. En sådan solidarisk hæftelse vil påvise, at der er en juridisk forpligtelse til at stille de nødvendige ressourcer til rådighed.

Den støttende virksomhed skal oplyse, hvilken konkret økonomisk og finansiel og/eller teknisk og faglig formåen der stilles til rådighed i forbindelse med kontraktens opfyldelse. Det vil kun være den del af ansøgerens eller tilbudsgiverens formåen, som denne juridisk råder over, som kan indgå i vurderingen af ansøgerens egnethed. Hvis der fx alene stilles begrænset formåen til rådighed, er det alene den formåen, der stilles til rådighed, som kan indgå i egnethedsvurderingen.

---

[520] Jf. udbudslovens § 144.
[521] Jf. udbudslovens § 142.
[522] Jf. udbudslovens § 143.
[523] Jf. udbudslovens § 141.

Hvis en ansøger eller tilbudsgiver baserer sig på andre enheders uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer eller relevante faglige erfaring, skal den del af kontrakten, der kræver sådanne kvalifikationer eller en sådan erfaring, udføres af den enhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på. Ordregiver kan fx sikre sig, at dette sker, ved at skrive det ind i kontrakten.

Når en ansøger eller tilbudsgiver baserer sig på andre enheders formåen, skal ordregiver verificere, at de enheder, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på, kan dokumentere, at de opfylder de relevante minimumskrav til egnethed, og at de ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund.

Enhederne skal på samme måde som ansøgeren eller tilbudsgiveren dokumentere, at de opfylder de relevante minimumskrav til egnethed. Det betyder, at ansøgerens eller tilbudsgiverens ESPD skal indeholde relevante oplysninger om enheden, samtidig med at enheden på samme måde som ansøgeren eller tilbudsgiveren skal fremlægge dokumentation for opfyldelse af minimumskravene til egnethed.[524]

Den enhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på, må ikke være omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde samt de frivillige udelukkelsesgrunde i det omfang, de er blevet anvendt i det konkrete udbud.[525] Ordregiveren skal i denne forbindelse verificere, at enheden, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på, ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Enheden skal således på samme måde som ansøgeren eller tilbudsgiveren dokumentere, at denne ikke er omfattet af en af udelukkelsesgrundene, for hvilke ansøgeren eller tilbudsgiveren skal fremlægge dokumentation.[526] Dette skal gøres ved, at enheden indleverer et ESPD som et foreløbigt bevis.[527] Hvis ordregiveren efterfølgende beslutter, at ansøgeren eller tilbudsgiveren skal tildeles kontrakten, skal enheden på samme måde som ansøgeren eller tilbudsgiveren fremlægge endelig dokumentation for ikke-udelukkelse.[528] I forhold til de øvrige udelukkelsesgrunde[529] er det ordregiveren, der skal påvise, at enheden er omfattet af en udelukkelsesgrund. Læs mere om dokumentation for egnethed og ikke-udelukkelse i afsnit 9.5.

Ordregiveren skal kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren erstatter en enhed, hvis enheden ikke opfylder et relevant minimumskrav til egnethed eller er omfattet af en obligatorisk udelukkelsesgrund eller en frivillig udelukkelsesgrund, som er anvendt i det konkrete udbud.

Hvis enheden er omfattet af en udelukkelsesgrund, kan ordregiver dog ikke kræve en enhed udskiftet, før den pågældende enhed har haft mulighed for at dokumentere sin pålidelighed.[530]

Ordregiver skal fastsætte en passende tidsfrist til et erstatte enheden, som ikke lever op til de stillede krav, og anmodning om udskiftning skal rettes til alle ansøgere eller tilbudsgivere,

---

[524] Jf. udbudslovens § 148, stk. 2, nr. 1, og § 152.

[525] Jf. udbudslovens § 144, stk. 4, nr. 2. Bemærk, at dette ikke gælder for udelukkelsesgrunden i udbudslovens § 134 a.

[526] Dvs. de obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 135, stk. 1 og stk. 3, samt, hvis relevant, de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 2 og nr. 6.

[527] Jf. udbudslovens § 148, stk. 2, nr. 1.

[528] Jf. udbudslovens § 152.

[529] Dvs. de obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 136 samt i udbudslovens § 137, nr. 1 og nr. 3-5.

[530] Jf. udbudslovens § 138. Læs nærmere om dokumentation for pålidelighed i afsnit 9.2.3.

som befinder sig i denne situation.[531] En sådan erstatning er underlagt samme begrænsninger som en ændring eller udskiftning af ansøger eller tilbudsgiver (se afsnit 11.2).[532]

Ordregiveren kan kræve, at visse centrale opgaver udføres direkte af den vindende tilbudsgiver selv eller af en specifik deltager i en sammenslutning.[533] Et sådant krav kan dog kun stilles i forbindelse med bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter og monterings- og installationsarbejder under en vareindkøbskontrakt. Ordregiveren skal i så fald præcisere i udbudsbekendtgørelsen, hvilke specifikke afgrænsede centrale opgaver dette krav gælder.

Der er her tale om en undtagelse fra udgangspunktet om, at ansøgeren eller tilbudsgiveren selv bestemmer, hvorledes denne ønsker at organisere sig. Muligheden for at stille et sådant krav kan derfor alene anvendes i forbindelse med visse centrale opgaver. Ved vurderingen af, hvad der kan karakteriseres som en central opgave, skal ordregiveren foretage en indholdsmæssig vurdering af de konkrete opgaver. Størrelsen af opgaven kan som følge heraf ikke alene begrunde, at en opgave er central.

Opgaven kan derimod karakteriseres som central, når opgaven angår elementer, der i væsentlig grad bidrager til opfyldelsen af kontrakten på det kvalitetsniveau og til den pris, som er krævet.

En konkret opgave, som kræver et intensivt og vedvarende samarbejde med leverandøren over en vis tid, kan efter omstændighederne også karakteriseres som en central opgave. Dette kan være relevant, hvis opgavens kompleksitet forudsætter et omfattende udviklingssamarbejde mellem leverandøren og ordregiveren. Endvidere kan en opgave, der kræver en særlig grad af fortrolighed, ligeledes efter omstændighederne være en central opgave.

9.4 Udvælgelse[534]

Hvad er en udvælgelse?
Ordregiver kan i alle procedurer på nær offentligt udbud vælge at begrænse antallet af deltagere i udbuddet. Kun de udvalgte deltagere opnår adgang til at afgive tilbud eller deltage i dialogen. Udvælgelsen skal foretages efter objektive og ikkediskriminerende kriterier, som ordregiver har fastsat på forhånd og oplyst i udbudsbekendtgørelsen. Kun de ansøgere, som opfylder ordregivers minimumskrav til egnethed, og som ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene, kan udvælges.

Såfremt ordregiver ønsker at begrænse antallet af ansøgere, skal ordregiver i udbudsbekendtgørelsen oplyse om:

» Hvor mange ansøgere ordregiver vil opfordre til at afgive tilbud eller deltage i en dialog.
» Hvilke oplysninger der vil danne grundlag for udvælgelsen.
» Hvilke objektive og ikkediskriminerende kriterier der tillægges vægt ved vurderingen af, hvem der skal udvælges.

[531] Jf. udbudslovens § 144, stk. 5, 2. punkt.
[532] Jf. udbudslovens § 147.
[533] Jf. udbudslovens § 144, stk. 8.
[534] Jf. udbudslovens § 145.

En udvælgelse kan være hensigtsmæssig, når ordregiver har en forventning om et meget stort antal egnede ansøgere. På denne måde kan ordregiver sørge for at minimere omkostningerne, både for deltagerne i udbuddet og for ordregiveren.

Antallet af udvalgte
Ordregiver kan kun foretage en udvælgelse, hvis der er flere ansøgere, der opfylder minimumskravene til egnethed, og som ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund, end det antal, som ordregiver vil opfordre til at afgive tilbud. Hvis der er færre egnede ansøgere end det antal, som ordregiver har angivet vil blive opfordret til at afgive tilbud, kan ordregiver fortsætte proceduren ved at opfordre alle disse egnede ansøgere til at afgive tilbud. Ordregiver kan ikke inddrage økonomiske aktører, som ikke har ansøgt om deltagelse.

Ordregiver kan vælge at angive antallet af ansøgere, der vil blive opfordret til at afgive tilbud, som et passende interval. I den situation skal ordregiver angive det mindste og det maksimale antal, der vil blive opfordret til at afgive tilbud. Ordregiver har ikke et ubegrænset frit skøn til at udvælge et antal ansøgere, der ligger inden for dette interval. Ordregiver skal udvælge det endelige antal ansøgere på baggrund af en saglig vurdering og objektivt kunne redegøre for forskellen mellem de udvalgte og de frasorterede ansøgere.

Hvis en ordregiver fx har anført et interval, hvor fem-syv ansøgere vil blive opfordret til at afgive et tilbud, vil det være sagligt at opfordre fem ansøgere til at afgive tilbud, hvis ordregiver kan konstatere, at der er en tydelig forskel i det niveau af fx økonomisk og finansiel formåen samt teknisk og faglig formåen, som de fem ansøgere kan præstere i forhold til de øvrige ansøgere.

Under alle omstændigheder skal ordregiver opfordre et tilstrækkeligt stort antal ansøgere til at sikre reel konkurrence. Dvs. at ordregiver skal opfordre det antal ansøgere, der er nødvendigt for at skabe konkurrence om kontrakten, men også skal tage hensyn til de transaktionsomkostninger, der er forbundet med at ansøge om deltagelse og afgive tilbud. Det antal ansøgere, som ordregiver som minimum skal opfordre til at afgive tilbud, er:

» Fem ansøgere ved begrænset udbud
» tre ansøgere ved udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskab.

Ved udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog skal der desuden angives en begrundelse, hvis ordregiver ønsker at udvælge flere end fem ansøgere.

Ordregiver er ikke forpligtet til at aflyse udbudsproceduren, hvis der modtages færre egnede ansøgere end det antal, som ordregiver har oplyst vil blive opfordret til at afgive tilbud. Ordregiver kan dog være berettiget hertil, såfremt ordregiver vurderer, at der ikke kan sikres tilstrækkelig konkurrence om den udbudte opgave.

Hvad kan man lægge vægt på ved udvælgelsen?
Ordregiver skal i udbudsbekendtgørelsen fastlægge og offentliggøre de kriterier, som vil danne grundlag for ordregivers udvælgelse af ansøgere. Kriterierne, som ordregiver vil lægge vægt på, behøver ikke være forbundet med ordregivers krav til ansøgernes egnethed, men skal blot være objektive og ikkediskriminerende. Hvis en ordregiver fx ønsker at udvælge ansøgerne på baggrund af de mest relevante referencer, skal det beskrives i udbudsbekendtgørelsen, hvad der konkret tillægges betydning ved bedømmelsen af referencerne.

Hvis ordregiver anvender omsætning som udvælgelseskriterie, må ordregiver ikke lægge vægt på den del af en ansøgers omsætning pr. år, som er højere end den dobbelte anslåede værdi af kontrakten. Dette kan dog fraviges i tilfælde, hvor der er særlige risici forbundet med bygge-

og anlægsarbejderne, tjenesteydelserne eller vareleverancerne. Ordregiver skal begrunde dette i udbudsmaterialet.[535]

Boks 9.4
Eksempler på, hvad der kan tillægges vægt ved teknisk og faglig formåen

Ordregiver kan fx udvælge ansøgere på baggrund af deres tekniske og faglige formåen. Ordregiver kan her eksempelvis fastsætte, at udvælgelsen vil ske på baggrund af virksomhedernes referencer, således at de virksomheder, som har fremlagt de meste relevante referencer i forhold til den udbudte opgave, vil blive udvalgt.

Det skal i så fald beskrives i udbudsbekendtgørelsen, hvilke forhold der vil blive tillagt positiv betydning ved vurderingen af referencerne. Det kan fx være, at referencer vedrørende en større mængde af varer foretrækkes frem for en mindre mængde, at erfaring med levering af mere miljøvenlige løsninger foretrækkes frem for erfaring med levering af konventionelle løsninger, m.v. Ordregiver skal være opmærksom på, at de forhold, som tillægges positiv vurdering ved udvælgelsen, skal være relevante for den udbudte kontrakt.

Gennemsigtighed om udvælgelsen

Det skal være gennemsigtigt, hvordan udvælgelsen vil ske. Afhængigt af hvilke kriterier for udvælgelse ordregiver har fastsat, kan ordregiver foretage udvælgelsen enten på baggrund af en objektiv konstatering af, hvilken ansøger der har den bedste formåen, eller på baggrund af et sagligt skøn over ansøgernes formåen. Ordregiver skal i udbudsbekendtgørelsen oplyse, hvordan udvælgelsen vil ske.

Der er ikke krav om, at de enkelte kriterier vægtes. Hvis ordregiver ønsker at tillægge visse forhold særlig vægt, skal dette fremgå, fx ved en prioritering eller vægtning af kriterierne. Ordregiver kan fx tillægge kriterier, der er relevante for hovedopgaven, en særlig vægt.

Hvis ordregiver ønsker at prioritere kriterierne, skal de prioriteres efter objektivt verificerbare forhold. Eksempelvis kan ordregiver ved indkøb af et ESDH-system anføre, at ved udvælgelsen tillægges referencer vedrørende levering af ESDH-systemer positiv vægt. I denne forbindelse kan ordregiver angive, at antallet, omfanget eller andre objektive forhold vedrørende referencerne vil være afgørende for, hvilke ansøgere der bliver udvalgt.

Såfremt der ønskes udvælgelse på baggrund af ansøgeres referencer, kan ordregiver begrænse antallet af referencer, som ansøgerne har mulighed for at fremsende. Ordregiver vil dermed i højere grad lægge vægt på referencernes relevans i forhold til den udbudte opgave. Det vil kunne fremme små og mellemstore virksomheders muligheder i forhold til udvælgelsen, idet der lægges vægt på relevant erfaring frem for størrelse eller økonomi.

Et sagligt skøn over ansøgeres formåen

Ønsker ordregiver at foretage udvælgelsen på baggrund af et sagligt skøn over ansøgeres formåen, skal det præciseres, hvad der vægter positivt i vurderingen i forhold til udvælgelsen.

Ved ovenstående eksempel med indkøb af et ESDH-system kan det fx anføres, at der vil blive inddraget referencer, der dokumenterer erfaring med udvikling af ESDH-systemer, og at der bliver lagt vægt på, i hvor høj grad referencerne dokumenterer erfaring med udvikling af komplekse ESDH-systemer, som svarer til det ønskede indkøb. En beskrivelse af, hvad der vægtes positivt i eksemplet, forudsætter, at det er muligt for ansøgerne ud fra ordregivers beskrivelse

[535] Jf. udbudslovens § 145, stk. 2.

af opgaven at identificere, hvilke elementer der medfører, at der er tale om indkøb af et komplekst ESDH-system, som svarer til det ønskede indkøb.

Dokumentation for opfyldelse af udvælgelseskriterier

Ordregiver kan indhente den samme form for dokumentation for ansøgernes opfyldelse af de objektive og ikkediskriminerende kriterier, som der kan indhentes i forbindelse med egnethedsvurderingen, når kriterierne for udvælgelse angår ansøgernes økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen.

Hvis de objektive og ikkediskriminerende kriterier for udvælgelse angår andre forhold end økonomisk og finansiel formåen og teknisk og faglig formåen, kan ordregiver kræve passende dokumentation, der viser, hvordan ansøgerne opfylder kriterierne. Kravene til denne dokumentation skal fastsættes under hensyntagen til principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

9.5 Dokumentation[536]

Dokumentation – anvendelse og fremgangsmåde i forbindelse med vurdering
Ved vurderingen af virksomhedernes udelukkelse, egnethed og udvælgelse skal ordregiver acceptere det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) som foreløbigt bevis. ESPD'et fungerer som en form for egenerklæring fra ansøgeren eller tilbudsgiveren og er indført for at spare virksomhederne for udgifter til dokumentation og for at gøre det nemmere og hurtigere for de offentlige ordregivere at forholde sig til dokumentationen. ESPD'et gennemgås nærmere i afsnit 9.5.1.

Før ordregivers beslutning om tildeling af kontrakten skal ordregiver kræve, at den tilbudsgiver, som ordregiver har til hensigt at tildele kontrakten til, fremlægger endelig dokumentation for oplysninger i ESPD'et vedrørende udelukkelsesgrunde, egnethed og evt. udvælgelse.[537] Ordregiver skal således anmode den vindende tilbudsgiver om at fremlægge den relevante dokumentation og fastsætte en passende frist for fremlæggelsen heraf.

På det tidspunkt, hvor ordregiver kræver, at en tilbudsgiver fremlægger den endelige dokumentation, er der endnu ikke truffet en beslutning om tildeling. Ordregivers underretningspligt[538] er derfor endnu ikke indtrådt på tidspunktet for anmodning om fremlæggelse af dokumentation.

Ordregiver kan alene kræve de certifikater, attester og erklæringer og den anden dokumentation, der er nævnt under afsnittene 9.5.2-9.5.4 om hhv. dokumentation for ikke-udelukkelse, økonomisk og finansiel formåen samt teknisk og faglig formåen. Herudover kan ordregiver kræve dokumentation for retten til at udøve det pågældende erhverv. Såfremt der skal ske udvælgelse, fastsætter ordregiver, hvordan ansøgerne skal dokumentere opfyldelse af de objektive og ikkediskriminerende kriterier.

En ordregiver kan først tildele kontrakten, når ordregiveren har verificeret, at tilbuddet opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale.[539] Pligten

---

[536] Jf. udbudslovens kapitel 12 (§§ 148-158).
[537] Jf. udbudslovens § 151, stk. 1.
[538] I henhold til udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 3, skal ordregiver hurtigst muligt og samtidig underrette alle berørte tilbudsgivere om, hvilken beslutning ordregiver har truffet om tildeling af kontrakt. Læs mere om underretningspligten i afsnit 10.6.3.
[539] Jf. udbudslovens § 159, stk. 2.

til at verificere, at tilbuddet opfylder de fastsatte krav, indebærer blot, at ordregiveren læser tilbuddet igennem for derved at sikre sig, at indholdet opfylder de fastsatte krav. Der kan dog indtræde en pligt til at undersøge indholdet af et tilbud nærmere, hvis der opstår tvivl om indholdet, fx om, hvorvidt tilbudsgiveren opfylder et fastsat mindstekrav. Se afsnit 9.6 om ordregiverens undersøgelsespligt og afsnit 10.5.4 om effektiv kontrol af tilbuddets indhold.

Ordregiver skal derudover verificere, at tilbuddet er afgivet af en tilbudsgiver, der:

» Ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund.
» opfylder de minimumskrav til egnethed, som ordregiveren har fastsat.
» er udvalgt til at afgive tilbud, hvis dette er relevant.

Kontrollen af, om tilbudsgiveren skal udelukkes, og om tilbudsgiveren er egnet og udvalgt, foretages på grundlag af det fælles europæiske udbudsdokument og den modtagne endelige dokumentation herfor.[540]

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har udarbejdet notatet *Gennemgang af reglerne om dokumentation*, som indeholder en mere detaljeret gennemgang af udbudslovens regler om dokumentation for oplysninger afgivet i ESPD'et. I dette notat kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens juridiske vurderinger af de mange problemstillinger relateret til fremlæggelse af dokumentationen findes.

Hvem skal fremlægge dokumentation?
Som udgangspunkt vil det udelukkende være den eller de vindende tilbudsgivere, der skal indgive dokumentation for, at oplysningerne i ESPD'et er korrekte. Ordregiver kan dog på ethvert tidspunkt i løbet af proceduren bede en ansøger eller tilbudsgiver om at indsende dele af eller hele dokumentationen, hvis ordregiver vurderer, at det er nødvendigt for at sikre en korrekt afvikling af udbudsproceduren.[541] Det kan fx være nødvendigt i procedurer med to faser (begrænsede udbud, udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber), hvor ordregiver gør brug af muligheden for at begrænse antallet af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud.

Omfanget af den dokumentation, som ordregiver anmoder om i løbet af udbudsprocessen, skal begrænses til det nødvendige, og der skal derfor kun anmodes om den dokumentation, der er nødvendig for at sikre korrekt gennemførelse af proceduren.

Såfremt en ansøger eller en tilbudsgiver ikke fremlægger den krævede dokumentation, skal ordregiver udelukke vedkommende fra udbudsproceduren.

Fristen for fremlæggelse af dokumentation[542]
Ordregiver skal fastsætte en passende frist for, hvornår tilbudsgiveren skal fremlægge den krævede dokumentation. Ved afgivelse af ESPD tilkendegiver ansøgeren eller tilbudsgiveren, at denne uden ugrundet ophold kan fremlægge den relevante dokumentation efter anmodning herom. Kravet om en passende frist skal forstås i denne sammenhæng, og ordregivere må derfor kunne forvente, at ansøgere og tilbudsgivere kan fremlægge dokumentationen uden ugrundet ophold.

[540] Jf. udbudslovens § 152, stk. 1.
[541] Jf. udbudslovens § 151, stk. 2.
[542] Jf. udbudslovens § 151, stk. 1.

At ansøgere og tilbudsgivere kan fremlægge dokumentation uden ugrundet ophold, indebærer, at den tid, det tager ansøgere og tilbudsgivere at indhente den relevante dokumentation, som udgangspunkt ikke må gå ud over, hvad der med rimelighed må kunne forventes.

I Danmark fx kan ansøgere og tilbudsgivere fremlægge serviceattesten, som Erhvervsstyrelsen ifølge dens hjemmeside udarbejder på ca. to uger. For at anmode om en sådan serviceattest skal ansøgeren samle samtykkeerklæringer samt tro og love-erklæringer fra personerne i virksomhedens registrerede bestyrelse, direktion og tilsynsråd (se afsnit 9.5.2). Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at den tid, det med rimelighed vil tage en virksomhed at samle disse erklæringer, samt Erhvervsstyrelsens sagsbehandlingstid vil betyde, at ordregiver som hovedregel skal fastsætte en frist på minimum to og en halv uge. Den passende tidsfrist skal dog fastsættes konkret under hensyntagen til den konkrete dokumentation, fremsendelsesmetode osv.

Hvis der derimod skal indhentes dokumentation fra en udenlandsk tilbudsgiver, vil fastsættelsen af en passende tidsfrist bero på en konkret vurdering af, hvad der er proportionalt. Ved denne vurdering skal ordregiver tage hensyn til de konkrete forhold vedrørende dokumentationen, dvs. hvilken dokumentation der er tale om, hvilken fremsendelsesmetode, hvilken udstedende myndighed osv.

Hvis tilbudsgiveren ikke fremlægger dokumentation inden udgangen af den fastsatte frist, skal ordregiver udelukke tilbudsgiveren fra udbudsproceduren.[543]

Hvornår kan der ikke kræves endelig dokumentation?
Ordregiver må ikke forpligte ansøgerne eller tilbudsgiverne til at fremlægge dokumentation, hvis ordregiver kan skaffe oplysningerne gennem en national database i en hvilken som helst medlemsstat. Det samme gør sig gældende, hvis ordregiver allerede er i besiddelse af den fornødne dokumentation fra tidligere gennemførte udbudsprocedurer.[544]

En national database skal forstås som en database, der administreres af en offentlig myndighed. Eksempelvis kan ordregiver ikke kræve, at en ansøger eller tilbudsgiver fremlægger årsregnskaber som dokumentation for aktørens økonomiske og finansielle formåen, hvis årsrapporterne kan hentes direkte via en database. Et eksempel på en database i Danmark er Det Centrale Virksomhedsregister, datacvr.virk.dk. I disse situationer kan ordregiver ikke forpligte en ansøger eller tilbudsgiver til at indsende årsrapporterne, idet ordregiver selv kan indhente dem. Ordregiver kan anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at indsende årsrapporterne, men det kan ikke medføre afvisning, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke indsender dem.

Det er dog et krav, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har oplyst, i hvilken database ordregiveren kan opnå kendskab til de nødvendige oplysninger eller den relevante dokumentation.[545]

Det er også et krav, at databasen skal stilles til rådighed vederlagsfrit, og der skal være adgang til databasen på en direkte måde. Det betyder, at ordregiveren uanset nationalitet skal have samme adgang til databasen. Kravet medfører ikke en betingelse om, at der skal være adgang uden forudgående registrering, eller at databasen er på et af hovedsprogene i EU. Hvis der er samme adgang til databasen for såvel indenlandske ordregivere som udenlandske

[543] Jf. udbudslovens § 136, nr. 3.
[544] Jf. udbudslovens § 151, stk. 5.
[545] Jf. udbudslovens § 148, stk. 2, nr. 3.

ordregivere, kan ordregiveren ikke kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere indsender den pågældende dokumentation.

Der skal heller ikke fremlægges dokumentation forud for tildeling af kontrakter på grundlag af en rammeaftale med en leverandør[546] eller på grundlag af en rammeaftale med flere leverandører, som tildeles ved direkte tildeling.[547]

e-Certis – database over medlemsstaters dokumentation
Ordregivere skal så vidt muligt kræve de former for dokumentation, som fremgår af e-Certis, som bevis på, at der ikke er grundlag for udelukkelse, samt at minimumskravene til egnethed er opfyldt.[548] E-Certis er en onlinedatabase, som indeholder oversigter over og vejledninger til de enkelte medlemslandes dokumentationsformer mht. ikke-udelukkelse og opfyldelse af minimumskrav til egnethed.

Ansøgere eller tilbudsgivere kan bruge e-Certis til at identificere den dokumentation, som er brugbar i forbindelse med afgivelse af ansøgninger og tilbud i et andet EU-/EØS-medlemsland. Derudover kan ordregiver identificere, hvilken dokumentation, fx hvilke certifikater og oplysninger, ordregiver skal kræve og acceptere fra ansøgere og tilbudsgivere fra andre medlemslande.

Ordregiver kan kræve andre former for dokumentation, end hvad der fremgår af e-Certis, når de dokumentationsformer, som fremgår af e-Certis, ikke er dækkende for ordregivers behov. Ordregiver kan fx være nødsaget til at anmode om andre former for dokumentation for at kunne foretage en fyldestgørende vurdering.

9.5.1 Det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD)[549]

Det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD) er som nævnt ovenfor en slags egenerklæring, der fungerer som foreløbigt bevis for, at en ansøger eller tilbudsgiver opfylder kriterierne mht. udelukkelse, egnethed og udvælgelse. En ansøger eller tilbudsgiver skal – ud over at fremlægge sit eget ESPD – også fremlægge ESPD for den eller de enheder, som virksomheden baserer sin økonomiske og finansielle og/eller tekniske og faglige formåen på.[550] Evt. underleverandører, som ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke baserer sig på, skal kun fremlægge ESPD, hvis ordregiveren har stillet dette som et krav.[551]

Såfremt ansøger eller tilbudsgiver er en sammenslutning af virksomheder, fx et konsortium, skal hver enkelt deltager i sammenslutningen fremlægge et ESPD.

Europa-Kommissionen har udformet en digital standardløsning for det fælles europæiske udbudsdokument, som der er pligt til at anvende.[552] Det er ordregiver, der skal stille en ESPD-løsning til rådighed for virksomhederne, som lever op til indholdet i Europa-Kommissionens standardløsning. ESPD'et er integreret i de fleste danske elektroniske udbudssystemer og vil

[546] Jf. udbudslovens § 97.
[547] Jf. udbudslovens § 98, stk. 1, nr. 1 og udbudslovens § 151, stk. 3.
[548] Jf. udbudslovens § 152, stk. 3.
[549] Jf. udbudslovens § 148.
[550] Jf. udbudslovens § 148, stk. 2, nr. 1.
[551] I henhold til udbudslovens § 177, stk. 5, kan en ordregiver kræve, at tilbudsgivere og ansøgere skal erklære i ansøgningen eller tilbuddet, at underleverandører ikke er omfattet af nogen af udelukkelsesgrundene. Underleverandørs erklæring kan afgives som et ESPD.
[552] Den digitale formular er den, som fx udbudssystemerne anvender i deres ESPD-løsninger.

således skulle udfyldes i forbindelse med afgivelse af ansøgninger eller tilbud direkte i det system, som ordregiver anvender i det pågældende udbud.

ESPD'et har til formål at begrænse de byrder, der er forbundet med at deltage i udbud, ved at ansøgere og tilbudsgivere som udgangspunkt alene skal fremlægge ét dokument frem for et stort antal certifikater og dokumenter.

Manglende eller urigtig udfyldelse af ESPD'et giver adgang til at afvise en ansøgning eller et tilbud. Ordregiver har her mulighed for at anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen efter udbudslovens regler herom.[553] Se afsnit 10.5.3 om muligheden for at rette evt. fejl m.v.

9.5.2 Dokumentation for ikke at være omfattet af udelukkelsesgrundene[554]

Udbudsloven fastlægger, hvilke typer af beviser ordregiver skal acceptere som tilstrækkelig dokumentation for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene.[555]

Følgende bevistyper skal accepteres som tilstrækkelig dokumentation for ikke-udelukkelse:

» Uddrag fra det relevante register eller et tilsvarende dokument, udstedt af en kompetent retlig eller administrativ myndighed i ansøgerens eller tilbudsgiverens medlemsstat eller hjemland, som viser, at tilbudsgiveren ikke er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde vedrørende deltagelse i en kriminel organisation, bestikkelse, svig, terrorhandlinger, hvidvaskning af penge, finansiering af terrorisme, børnearbejde eller menneskehandel.[556] Det kan fx være en straffeattest fra det land, hvor en ansøger eller tilbudsgiver er etableret.
» Et certifikat udstedt af den kompetente myndighed i ansøgerens eller tilbudsgiverens medlemsstat eller hjemland, som viser, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er omfattet af den obligatoriske udelukkelsesgrund om gæld til offentlige myndigheder på over 100.000 kr., eller, hvis relevant, af de frivillige udelukkelsesgrunde vedrørende konkurs m.m. eller gæld til offentlige myndigheder på under 100.000 kr.

For de virksomheder, der er hjemmehørende i Danmark, kan bevisførelsen ske ved den serviceattest, som Erhvervsstyrelsen udsteder efter anmodning.[557] Ansøgere og tilbudsgivere kan også vælge at indhente uddrag fra relevante registre, bl.a. Kriminalregisteret, og certifikater fra relevante myndigheder, bl.a. SKAT og ATP.

Ordregivere, der skal vurdere, hvorvidt en ansøger eller tilbudsgiver fra et andet medlemsland har indleveret tilstrækkelig dokumentation i henhold til denne bestemmelse, skal vurdere det på baggrund af e-Certis. E-Certis indeholder en oplistning af, hvilken dokumentation der accepteres i de enkelte EU-/EØS-lande.

Ansøgere og tilbudsgivere fra lande uden for EU/EØS skal også fremlægge dokumentation for, at de ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene. Ordregiver skal også, for så vidt angår

[553] Jf. udbudslovens § 159, stk. 5.
[554] Jf. udbudslovens § 153.
[555] Jf. udbudslovens § 153, stk. 1.
[556] Jf. udbudslovens § 135, stk. 1.
[557] Læs mere om serviceattester i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat *Gennemgang af reglerne om dokumentation*.

dokumentation fra disse virksomheder, henholde sig til de ovenstående bevistyper, som skal accepteres som tilstrækkelig dokumentation for ikke-udelukkelse.[558]

Ordregiver kan kræve, at en ansøger eller tilbudsgiver fremlægger dokumentation fra andre lande end det land, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren er etableret, hvis dette vurderes relevant. Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvis ordregiver kender til forhold, der antyder, at en ansøger eller tilbudsgiver ved endelig dom er dømt for forhold, der er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde.

Det er ansøgeren eller tilbudsgiveren, der skal bevise, at denne ikke er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, der er markeret med gråt i figur 9.1. Det gælder ligeledes for udelukkelsesgrundene vedrørende gæld til det offentlige (på både over og under 100.000 kr.)[559] samt konkurs m.m.[560] Derimod er det ordregiver, der skal bevise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke er omfattet af de øvrige udelukkelsesgrunde.[561]

I de situationer, hvor dokumenter eller certifikater ikke udstedes af den pågældende medlemsstat eller det pågældende land eller ikke er dækkende for udelukkelsesgrunden, kan de erstattes af en erklæring under ed. I lande, hvor edsaflæggelse ikke anvendes, kan en erklæring på tro og love accepteres.[562] Den skal opfylde et af følgende krav:

» Være afgivet for en kompetent retlig eller administrativ myndighed
» være afgivet for en notar eller
» være afgivet for en kompetent faglig organisation i hjemlandet eller et senere opholdsland.

9.5.3 Dokumentation for økonomisk og finansiel formåen[563]

Udbudsloven fastsætter, hvilke former for dokumentation som ordregiveren kan kræve for ansøgernes eller tilbudsgivernes økonomiske og finansielle formåen. Udbudslovens liste af mulige dokumentationsformer er dog ikke udtømmende, og ordregiveren kan således godt kræve andre former for dokumentation end de specifikt angivne.[564]

Ordregiveren kan fx kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren dokumenterer sin økonomiske og finansielle formåen ved at fremlægge:

» Erklæring fra et pengeinstitut.
  Erklæringen kan vedrøre forhold, som et pengeinstitut kan udtale sig om, og som bidrager med relevante oplysninger om økonomisk og finansiel formåen. Dette kan eksempelvis være erklæringer om økonomiske engagementer, udtalelser om garantiforpligtelser og soliditetserklæringer.
» Dokumentation for relevant erhvervsansvarsforsikring.
  Relevante erhvervsansvarsforsikringer dækker over enhver forsikring, der dækker virksomhedernes ansvar for skader og andre tab, som opstår i forbindelse med udførelsen af det pågældende erhverv. Bevis for en gældende erhvervsansvarsforsikring kan føres ved

[558] Læs mere om indhentelse af dokumentation fra ansøgere og tilbudsgivere fra lande uden for EU/EØS i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat *Gennemgang af reglerne om dokumentation*.
[559] Dvs. den obligatoriske udelukkelsesgrund i udbudslovens § 135, stk. 3, samt den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 6.
[560] Jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 2.
[561] Dvs. udelukkelsesgrundene i udbudslovens § 136 samt i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1 samt nr. 3-5.
[562] Jf. udbudslovens § 153, stk. 2.
[563] Jf. udbudslovens § 154.
[564] Jf. udbudslovens § 154, stk. 1.

fremsendelse af en gældende forsikringsaftale og police eller ved fremsendelse af en erklæring fra det relevante forsikringsselskab.

» Årsregnskaber eller uddrag heraf.
Ordregiver må udelukkende stille krav om fremlæggelse af årsregnskaber eller uddrag heraf, hvis offentliggørelse er foreskrevet i lovene i det land, hvor virksomheden er etableret. Derfor må ordregiver kun afvise en virksomhed, der ikke har fremsendt dokumentationen, hvis det land, hvor virksomheden er etableret, har et sådant offentliggørelseskrav.

» Erklæring om ansøgerens eller tilbudsgiverens samlede omsætning eller omsætning inden for det område, som kontrakten vedrører.
Omsætningen kan fx vedrøre omsætningstal for aktiviteter, der nøjagtigt modsvarer den konkrete udbudte opgave. Derudover kan det være omsætningstal for beslægtede aktiviteter, fordi beslægtede aktiviteter kan give et indtryk af virksomhedens økonomiske og finansielle formåen i forhold til at håndtere den konkrete opgavetype. Ordregiver kan stille krav om omsætningstal for de tre seneste disponible regnskabsår. Perioden for, hvornår der kan stilles krav om omsætningstal, afhænger dog af, om omsætningstallene foreligger. Omsætningstallene foreligger eksempelvis ikke, hvis ansøgerens eller tilbudsgiverens virksomhed ikke har været etableret i tre år.

Da listen over dokumentationsformerne ikke er udtømmende, kan ordregiver også kræve yderligere dokumentation på en anden måde for andre forhold, som har betydning for vurderingen af virksomhedernes økonomiske og finansielle formåen. Kravene til dokumentationen skal stadig opfylde proportionalitetsprincippet. Dokumentationen skal vise, hvorvidt virksomhederne har tilstrækkelige økonomiske ressourcer til at:

» Bestå i kontraktperioden
» opfylde kontrakten
» imødekomme krav, der måtte opstå under udførelsen af kontrakten.

Brug af anden dokumentation end den, ordregiver kræver[565]
Ansøger eller tilbudsgiver skal som udgangspunkt fremlægge den specifikke dokumentation for økonomisk og finansiel formåen, som ordregiver har anmodet om. I visse situationer må ansøgeren eller tilbudsgiveren imidlertid påvise sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument end den dokumentation, som ordregiver har krævet. Det kræver dog, at ansøgeren eller tilbudsgiveren af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge de krævede dokumenter. Det er en gyldig grund, hvis årsagen til, at der ikke kan fremskaffes dokumentation, ikke kan henregnes til ansøgeren eller tilbudsgiveren.

Et eksempel på ovenstående kan være det tilfælde, hvor der ikke inden for den af ordregiveren fastsatte tidsfrist er mulighed for at indhente den krævede dokumentation. Det må ikke være forhold hos ansøgeren eller tilbudsgiveren, som er årsagen til, at den krævede dokumentation ikke kan indhentes. Hvis virksomheden fx kommer for sent i gang med at indhente dokumentation til anvendelse ved det konkrete udbud, vil denne bestemmelse ikke kunne anvendes.

Det må også anses som en gyldig grund, at der foreligger forhold omkring ansøgeren eller tilbudsgiveren, som gør, at det i en periode ikke er muligt at indhente de pågældende oplysninger, fordi de ikke findes. Et eksempel herpå kan være, at virksomheden er under stiftelse og derfor ikke kan fremvise visse af de dokumenter, som ordregiveren kræver. Eller at

[565] Jf. udbudslovens § 154, stk. 2.

virksomheden er nystartet og ikke har aflagt regnskab endnu eller ikke i den periode, som ordregiveren beder fremlagt oplysninger for.

Muligheden for at fremlægge anden dokumentation gælder kun selve dokumentationskravet. Ansøgeren eller tilbudsgiveren skal stadig påvise, at denne kan leve op til de stillede minimumskrav til økonomisk og finansiel formåen.

9.5.4 Dokumentation for teknisk og faglig formåen[566]

Udbudsloven fastsætter ligeledes, hvilke former for dokumentation som ordregiveren kan kræve for ansøgernes eller tilbudsgivernes tekniske og faglige formåen. Listen over dokumentationstyperne er udtømmende. Ordregiver må derfor ikke kræve andre former for dokumentation end de specifikt angivne.

Opregningen af dokumentation er dog ikke ensbetydende med, at ordregiver skal kræve samtlige former for dokumentation, som fremgår af listen, fremlagt. Ordregiver kan vælge den dokumentation, der er relevant i forbindelse med det konkrete udbud. Herunder kan der tages højde for typen, mængden eller betydningen og anvendelsen af de udbudte arbejder, varer eller ydelser.

Endelig skal det bemærkes, at visse af bevismidlerne kan anvendes i forbindelse med tjenesteydelsesopgaver, men ikke i relation til andre opgavetyper eller omvendt. Differentieringen skyldes, at der er forskellige typer af formåen, som er relevante ved forskellige typer af opgaver.

Ordregiver kan kræve følgende typer af dokumentation for ansøgernes og tilbudsgivernes økonomiske og tekniske formåen:

- En liste over de betydeligste bygge- og anlægsarbejder, der er udført inden for de seneste fem år eller en længere periode, eller over de betydeligste varer og tjenesteydelser, der er udført inden for de seneste tre år. Ordregiveren kan konkret kræve lister over de betydeligste arbejder, leveringer eller tjenesteydelser fra en periode, der er kortere end fem og tre år. Ordregiveren kan også kræve lister over de betydeligste arbejder, leveringer eller tjenesteydelser, der går mere end hhv. fem og tre år tilbage, hvis det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence.
- Oplysninger om de involverede teknikere eller tekniske organer, navnlig om dem, der er ansvarlige for kvalitetskontrol, uanset om de hører til ansøgerens eller tilbudsgiverens virksomhed eller ej. For bygge- og anlægsarbejder kan ordregiver kræve oplysning om de teknikere eller tekniske organer, som entreprenøren disponerer over til udførelsen af arbejdet.
- En beskrivelse af det tekniske udstyr og de foranstaltninger, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har planlagt til sikring af kvaliteten samt af virksomhedens undersøgelses- og forskningsfaciliteter.
- Angivelse af forvaltningen af forsyningskæden og de eftersporingssystemer, som ansøgeren eller tilbudsgiveren kan anvende ved gennemførelsen af kontrakten.
- For komplekse varer og tjenesteydelser samt for varer og ydelser, som undtagelsesvist skal tjene et særligt formål, kan ordregiver kræve, at der af ordregiveren eller et kompetent officielt organ i det land, hvor leverandøren er etableret, skal foretages en kontrol. Kontrollen kan vedrøre leverandørens produktionskapacitet eller tjenesteyderens tekniske og faglige

[566] Jf. udbudslovens § 155.

formåen og om nødvendigt deres undersøgelses- og forskningsfaciliteter og de foranstaltninger, der træffes til kontrol af kvaliteten.
» Angivelse af de uddannelsesmæssige og faglige kvalifikationer hos ansøgeren eller tilbudsgiveren eller ledende medarbejdere hos disse, medmindre de evalueres som et kriterie for tildeling.
» Angivelse af de miljøstyringsforanstaltninger, som ansøgeren eller tilbudsgiveren kan anvende ved udførelsen af kontrakten.
» Erklæring fra ansøgeren eller tilbudsgiveren om det årlige gennemsnitlige antal beskæftigede og antallet af ledere i de seneste tre år.
» Erklæring om, hvilket værktøj, materiel og teknisk udstyr tjenesteyderen eller entreprenøren disponerer over til opfyldelse af kontrakten.
» Oplysning om størrelsen af den andel af kontrakten, som forudsættes løst af underleverandører.
» I relation til varer kan der kræves prøver, beskrivelser eller fotografier, hvis autenticitet på ordregiverens anmodning skal kunne bekræftes. Herudover kan der kræves attester udstedt af anerkendte kvalitetskontrolinstitutter eller -anstalter, hvoraf det fremgår, at varer, der er klart identificeret ved henvisning til tekniske specifikationer eller standarder, er i overensstemmelse med disse.[567]

Derudover kan ordregiver kræve, at ansøgerne eller tilbudsgiverne som dokumentation for opfyldelse af kravene til teknisk og faglig formåen fremlægger certifikater fra uafhængige organer, som bekræfter, at virksomhederne opfylder bestemte kvalitetssikringsstandarder[568] eller bestemte miljøledelsessystemer eller miljøstandarder.[569]

Læs mere om de enkelte former for dokumentation for teknisk og faglig formåen i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat *Gennemgang af reglerne om dokumentation*.

9.6 Har ordregiver en undersøgelsespligt?

Ordregiver er ikke underlagt en generel pligt til at undersøge rigtigheden af oplysningerne i de afgivne tilbud. Kun i de situationer, hvor der er tvivl om, hvorvidt virksomheden opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale, skal ordregiver foretage en effektiv kontrol. Kontrollen skal afgøre nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som virksomheden har indsendt.[570]

Dette skal ses i sammenhæng med bestemmelsen om ordregivers kontrol af oplysningerne i tilbuddet. Her har ordregiver ligeledes en pligt til at foretage en effektiv kontrol af oplysninger om og dokumentation for tildelingskriterierne, hvis der opstår tvivl om oplysningerne i tilbuddet.[571] Læs mere i afsnit 10.5.4.

Undersøgelsespligten angår både ansøgninger og tilbud. Det betyder, at der vedrørende udelukkelsesgrundene, egnethedsvurderingen og udvælgelsen kan være en pligt til at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen. Det kan fx være relevant, hvis der opstår tvivl om dokumentationen for oplysningerne afgivet i ESPD'et. Dog vil der i visse situationer som klart udgangspunkt ikke være tvivl om den dokumentation, som en ansøger eller

[567] Jf. udbudslovens § 155, nr. 1-12. Læs Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat *Gennemgang af reglerne om dokumentation* for en nærmere gennemgang af de enkelte dokumentationsformer.
[568] Jf. udbudslovens § 157.
[569] Jf. udbudslovens § 158.
[570] Jf. udbudslovens § 159, stk. 3.
[571] Jf. udbudslovens § 164, stk. 2.

tilbudsgiver indleverer. Ordregiver skal acceptere bestemte angivne typer af dokumentation som bevis for, at ansøger eller tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene markeret med gråt i figur 9.1 eller udelukkelsesgrundene om gæld til en offentlig myndighed på over eller under 100.000 kr. eller konkurs m.m. Denne dokumentation er udstedt af en kompetent myndighed, og ordregiveren vil som udgangspunkt kunne lægge dokumentationen til grund. Det samme gør sig gældende i forbindelse med fremlæggelse af årsregnskaber.[572]

Læs mere om ordregivers undersøgelsespligt i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens notat *Gennemgang af reglerne om dokumentation*, afsnit 5.7.

[572] Jf. udbudslovens § 154, stk. 1, nr. 3.

Kapitel 10
Evaluering og tildeling

10.1 Indledning

I dette kapitel er der fokus på, hvordan evaluering og tildeling foregår. Kapitlet behandler først, hvilke kriterier en ordregiver kan anvende, samt hvordan ordregiver i udbudsmaterialet fastsætter kriterier og evalueringsmodel m.m. til brug for tilbudsevalueringen.

Ordregiver skal overveje og fastsætte kriterier for tildeling ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet. Det er vigtigt, at kriterierne fastsættes i forhold til den opgave, som ordregiver skal have udbudt. De valgte kriterier for tildelingen skal identificere det for ordregiveren økonomisk mest fordelagtige tilbud. Kriterierne for tildeling af kontrakten skal angives i udbudsbekendtgørelsen og kan uddybes i det øvrige materiale. Dette behandles i afsnit 10.3.

Dernæst skal ordregiver være opmærksom på, at der skal udarbejdes og offentliggøres en evalueringsmodel som en del af udbudsmaterialet.[573] Evalueringsmodellen skal gøre det muligt for ordregiver at kunne evaluere på de indkomne tilbud for derved at identificere det for ordregiveren økonomisk mest fordelagtige tilbud. Dette behandles i afsnit 10.4.

Endelig skal ordregiver undersøge en række forhold ved de indkomne tilbud, førend kontrakten kan tildeles. Ordregivers undersøgelse af tilbud behandles i afsnit 10.5. Efter tildeling af kontrakten skal der ske underretning af tilbudsgiverne. Dette behandles i afsnit 10.6.

10.2 Fremgangsmåde ved evaluering af tilbud[574]

Udbudsloven anvender begrebet fremgangsmåde ved evaluering af tilbud som et overordnet begreb for de elementer, der skal indgå i ordregivers samlede evaluering af indkomne tilbud.

Ordregiver skal i udbudsmaterialet fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af fremgangsmåden ved evaluering, dvs. hvordan evalueringen vil blive foretaget. Fremgangsmåden ved evaluering illustreres i Figur 10.1 nedenfor.

[573] Læs mere om udbudsmaterialet og offentliggørelsen heraf i kapitel 7.
[574] Jf. udbudslovens § 160.

Figur 10.1 **Fremgangsmåde ved evaluering**

Fremgangsmåden består af det, der kan betegnes som rammerne for evalueringen. Dvs. kriterierne for tildeling, hvad ordregiver vil tillægge betydning ved bedømmelsen, samt hvordan kriterierne vil blive vægtet ved evalueringen.

Ud over rammerne for evalueringen skal ordregiver også beskrive evalueringsmodellen. Udbudsloven anvender begrebet *evalueringsmodeller* som udtryk for det eller de værktøjer, der anvendes af ordregiver til at sammenstille tilbudsgivernes besvarelse af forskellige kriterier for tildeling med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.[575]

Den fremgangsmåde, som anvendes, skal være i overensstemmelse med de grundlæggende principper. Ordregiver skal derfor være opmærksom på, at beskrivelserne skal ske på en gennemsigtig og klar måde, så tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud samt efterfølgende kontrollere, at ordregivers evaluering er sket i overensstemmelse med den oplyste evalueringsmodel.

10.3 Kriterier for tildeling[576]

Ordregiver skal som en del af fremgangsmåden fastsætte kriterier for tildeling. Tildelingskriterierne er de kriterier, som tilbudsgiverne konkurrerer på ved tildeling af kontrakten. Mindstekrav og vilkår for kontraktens udførelse er faste og skal opfyldes af alle tilbudsgivere. Ordregiver kan dog vælge at fastsætte kriterier for tildeling, hvor der konkurreres om meropfyldelse af specifikt angivne mindstekrav eller vilkår for kontraktens udførelse.

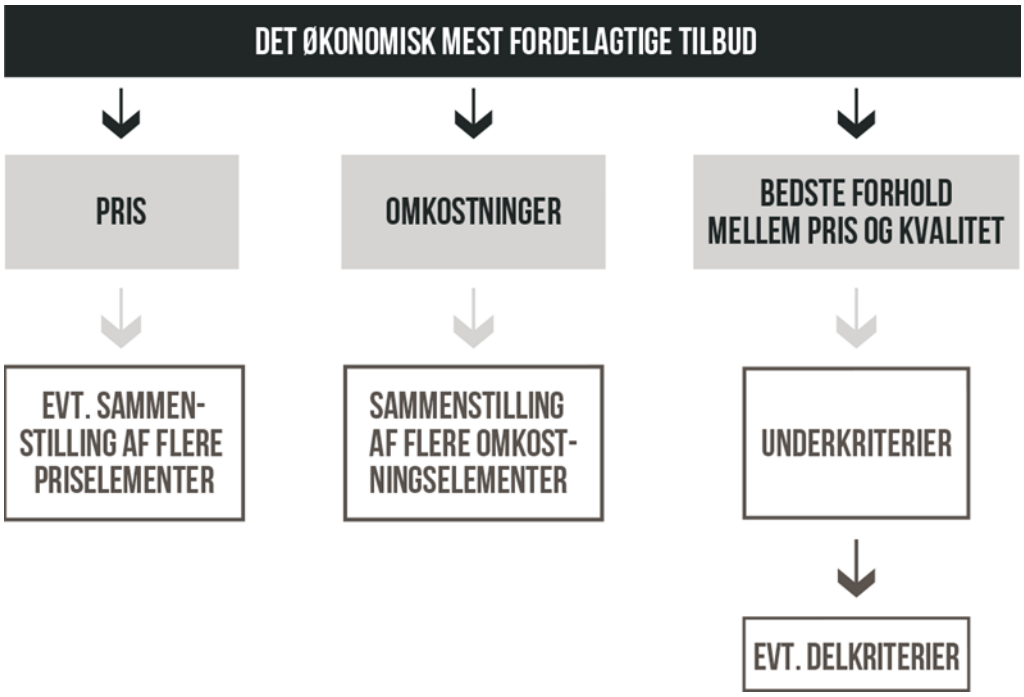
[575] Jf. udbudslovens § 24, nr. 39.
[576] Jf. udbudslovens §§ 161-165.

Ordregiver skal tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der har afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.[577] Der er tale om det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra ordregiverens synspunkt, dvs. ud fra hvad ordregiver anser for at være den økonomisk bedste løsning.

Begrebet det økonomisk mest fordelagtige tilbud er et overordnet begreb, og ordregiver skal identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud ved at anvende tildelingskriteriet pris, omkostninger eller bedste forhold mellem pris og kvalitet.[578]

Nedenfor i Figur 10.2 er illustreret de mulige kriterier, som ordregiver kan anvende til evaluering og tildeling af kontrakten.

Figur 10.2 **Oversigt over tildelingskriterier**



Tildelingskriterierne pris, omkostninger og bedste forhold mellem pris og kvalitet gennemgås i de efterfølgende afsnit.

10.3.1 Tildelingskriteriet pris

Ordregiver kan identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af tildelingskriteriet pris.

[577] Jf. udbudslovens § 161.
[578] Jf. udbudslovens § 162, stk. 1.

Ved tildelingskriteriet pris evalueres tilbuddene alene ud fra den samlede pris, og tilbuddet med den laveste pris vinder udbuddet.

Den samlede pris kan være en opgørelse af flere priselementer, herunder timepriser, enhedspriser, priser på evt. optioner m.v. Benyttes der flere priselementer, skal disse opgøres eller sammenstilles til en samlet pris, som danner grundlag for prisvurderingen. Det følger af gennemsigtighedsprincippet, at ordregiver i sådanne situationer kan have en pligt til enten at vægte de enkelte priselementer eller på anden måde at redegøre for, hvorledes de evalueres for at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.[579]

Skal der fx afgives en fast pris på en vare, tjenesteydelse eller bygge- og anlægsopgave samt priser på enhedsydelser, fx en timepris for tillægsarbejder, kan det være nødvendigt at fastlægge en skønnet mængde, så prisen for de forventede tillægsarbejder kan beregnes og tillægges den faste tilbudspris. Her er det vigtigt, at ordregiver fastlægger den skønnede mængde på baggrund af ordregivers konkrete indkøbsbehov, så den samlede evalueringstekniske pris så vidt muligt afspejler det pågældende indkøb.[580]

Et andet eksempel kan fx være ved sortimentsudbud, hvor ordregiver enten kan vægte enhedspriserne baseret på forventet forbrug eller kan gange det forventede forbrug med enhedspriserne i den samlede prisopgørelse.

Anvendelsen af tildelingskriteriet pris egner sig bedst ved udbud af simple anskaffelser eller anskaffelser, der er meget præcist beskrevet i udbudsmaterialet, og hvor der derfor ikke er behov for konkurrence om andet end prisen.

10.3.2 Tildelingskriteriet omkostninger

Ordregiver kan identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af tildelingskriteriet omkostninger.

Ved tildelingskriteriet omkostninger evalueres tilbuddene ud fra de samlede omkostninger.[581] Det er ordregiver, der som en del af udbudsmaterialet skal angive den metode, der skal anvendes til beregning af omkostninger. Det er tilbuddet med de laveste omkostninger, som vinder udbuddet.

Det er ikke altid kun anskaffelsesprisen, der er afgørende for, hvad der for ordregiver er økonomisk mest fordelagtigt. Der kan ved en anskaffelse også være en række omkostninger forbundet med fx anvendelsen af den pågældende anskaffelse. Når tildelingskriteriet omkostninger anvendes, kan disse omkostninger inddrages.

Ordregiver har mulighed for at inddrage totalomkostninger. Totalomkostninger vedrører alle omkostninger i brugsperioden, bl.a. indkøbsprisen, driftsomkostningerne og bortskaffelsesværdien. Tilsvarende har ordregiver mulighed for at inddrage livscyklusomkostninger. Ved livscyklusomkostninger kan der ud over omkostninger i brugsperioden også inddrages

---

[579] Jf. lovbemærkninger til § 165, stk. 1.

[580] Se fx Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. maj 2022, *Netcompany A/S mod Arbejdstilsynet*. Klagenævnet fandt, at ordregivers opgørelse af den evalueringstekniske pris ikke afspejlede udgifterne til det samlede forventede indkøb, og fandt på dette grundlag, at evalueringsmodellen ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

[581] Jf. udbudslovens § 162, stk. 2.

omkostninger, der ligger uden for brugsperioden, samt indirekte omkostninger, fx klimapåvirkning og miljøbelastning.

Ved anvendelse af totalomkostninger eller livscyklusomkostninger er det et krav, at ordregiver i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale fastsætter, hvilke omkostninger der skal indgå i beregningen, så dette er klart og præcist for tilbudsgiverne.

Nedenfor gennemgås, hvilke omkostninger der kan inddrages i beregningen af totalomkostninger og livscyklusomkostninger.

10.3.2.1 Totalomkostninger

Totalomkostninger, TCO[582], er betegnelsen for summen af anskaffelsesprisen og omkostningerne i brugsperioden. Det omfatter alle omkostninger ved at anskaffe, råde over og bruge et produkt i den tidsperiode, hvor ordregiver råder over produktet. Omkostninger i brugsperioden kan fx omfatte udgifter til fragt, ibrugtagning, service, drift, energiforbrug, vedligeholdelse og bortskaffelse.

Opgørelser af totalomkostninger er relevante, når der er tale om udgifter til både anskaffelsen og den efterfølgende brug, og når omkostningerne i brugsperioden udgør en stor del af totalomkostningerne. Det kan være relevant ved varekøb, fx af biler, kopimaskiner eller køle-/fryseskabe, hvor der er høje udgifter til energiforbrug i brugsperioden, eller ved bygge- og anlægsopgaver, hvor der kan være høje driftsudgifter, fx til energi, rengøring og vedligehold, i brugsperioden.

Boks 10.1
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Totalomkostninger – praktisk vejledning til offentlige indkøbere*

I vejledningen gennemgås det nærmere, hvordan totaløkonomiske principper kan anvendes i forbindelse med udbud.

Vejledningen er tænkt som en praktisk vejledning til ordregivere, som gennemgår, hvordan totalomkostninger kan vurderes og opgøres, og hvilke overvejelser ordregivere bør gøre sig i den forbindelse.

10.3.2.2 Livscyklusomkostninger[583]

Livscyklusomkostninger, LCC[584], omfatter alle de direkte og indirekte omkostninger, der opstår i de forskellige faser af en livscyklus, herunder:

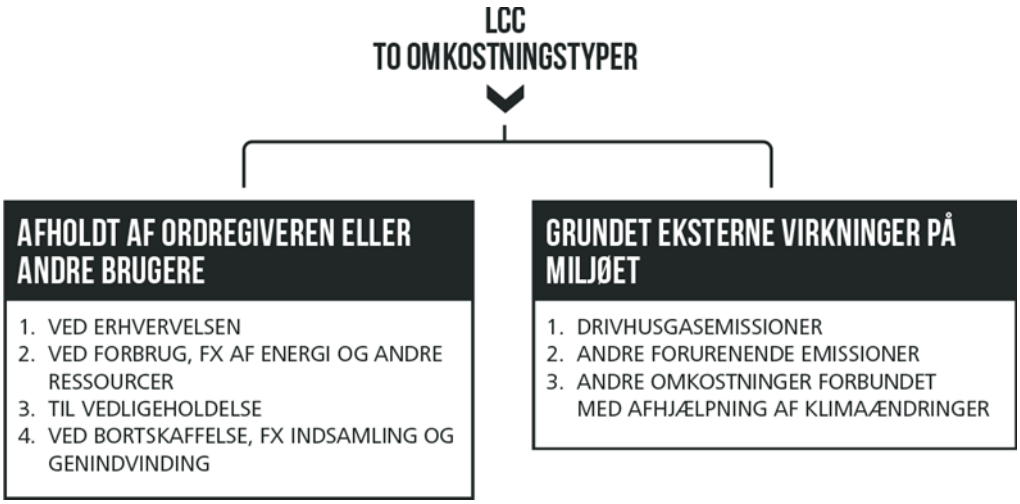
» Forskning og udvikling, som skal udføres
» produktion, handel og betingelserne herfor
» transport, anvendelse og vedligeholdelse i hele eksistensen af en vare eller et bygge- og anlægsarbejde eller

[582] Totalomkostninger omtales ofte som TCO, som er en forkortelse af det engelske begreb for totalomkostninger – *total cost of ownership*.
[583] Jf. udbudslovens § 166.
[584] Livscyklusomkostninger omtales også som LCC, som er en forkortelse af *life-cycle cost*.

» levering af en tjenesteydelse fra erhvervelse af råvarer eller oparbejdelse af ressourcer til bortskaffelse, godkendelse og afslutning af leveringen eller anvendelsen.[585]

Ved opgørelsen af livcyklusomkostninger sondres der mellem omkostninger, som afholdes af ordregiveren eller andre brugere, og omkostninger, som kan henføres til eksterne virkninger på miljøet, dvs. eksterne omkostninger. Nedenfor i Figur 10.3 er disse to omkostningstyper illustreret.

Figur 10.3 **LCC – to omkostningstyper**



Listen af eksempler ovenfor er ikke udtømmende, og ordregiveren kan inddrage andre omkostninger, dog ikke omkostninger, som afholdes af tilbudsgiverne. Tilbudsgivernes omkostninger vil være indregnet i anskaffelsesprisen og dermed være afspejlet i ordregiverens omkostninger forbundet med erhvervelsen af genstanden.

Ordregiver skal i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale oplyse, hvilken metode ordregiveren vil anvende til at beregne livscyklusomkostningerne, samt hvilke data tilbudsgiverne skal fremlægge i forbindelse med deres tilbud.[586]

Beregning af livscyklusomkostninger kan være forbundet med store omkostninger for tilbudsgiverne, og ordregiver skal derfor overveje, hvilke krav der stilles til de data, som tilbudsgiverne skal fremlægge i forbindelse med deres tilbud.

Omkostninger forbundet med eksterne virkninger på miljøet[587]
Ved anvendelse af livscyklusomkostninger skal ordregiver oplyse den metode, der vil blive anvendt til vurdering af omkostninger forbundet med eksterne virkninger på miljøet. Metoden skal opfylde følgende betingelser:

[585] Jf. udbudslovens § 24, nr. 20.
[586] Jf. udbudslovens § 167.
[587] Jf. udbudslovens § 168.

- Den skal være baseret på objektive verificerbare og ikkediskriminerende kriterier. Dette krav gælder navnlig, når metoden ikke er udarbejdet til gentagen eller konstant anvendelse.
- Den må ikke uretmæssigt favorisere visse ansøgere eller tilbudsgivere eller stille disse mindre gunstigt.
- Den skal være tilgængelig for alle ansøgere og tilbudsgivere.
- De krævede data skal kunne fremskaffes ved en rimelig indsats af tilbudsgiverne, der udviser almindelig påpasselighed, herunder tilbudsgivere fra tredjelande, som er parter i Agreement on Government Procurement (GPA) eller andre internationale aftaler, som EU er bundet af.

Ordregiver skal beskrive metoden således, at beskrivelsen gør det klart for potentielle ansøgere og tilbudsgivere, hvordan ordregiveren vil inddrage livscyklusomkostninger i forbindelse med evalueringen af tilbuddene. Dette skal give potentielle ansøgere og tilbudsgivere et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud, samt mulighed for, at de kan optimere deres tilbud, når de kender metoden til brug for evalueringen. Endelig medfører offentliggørelse af metoden, at tilbudsgiverne efterfølgende kan kontrollere, om ordregiverens evaluering er sket i overensstemmelse med den offentliggjorte metode for vurdering af livscyklusomkostninger.

Europa-Kommissionen kan fastsætte obligatoriske fælles metoder til beregningen af livcyklusomkostninger. Europa-Kommissionen har oplyst, at den vil gøre brug af denne mulighed og udvikle fælles obligatoriske metoder til beregning af livscyklusomkostninger. Når disse beregningsmetoder foreligger, har erhvervsministeren hjemmel til at gennemføre disse i dansk ret.[588]

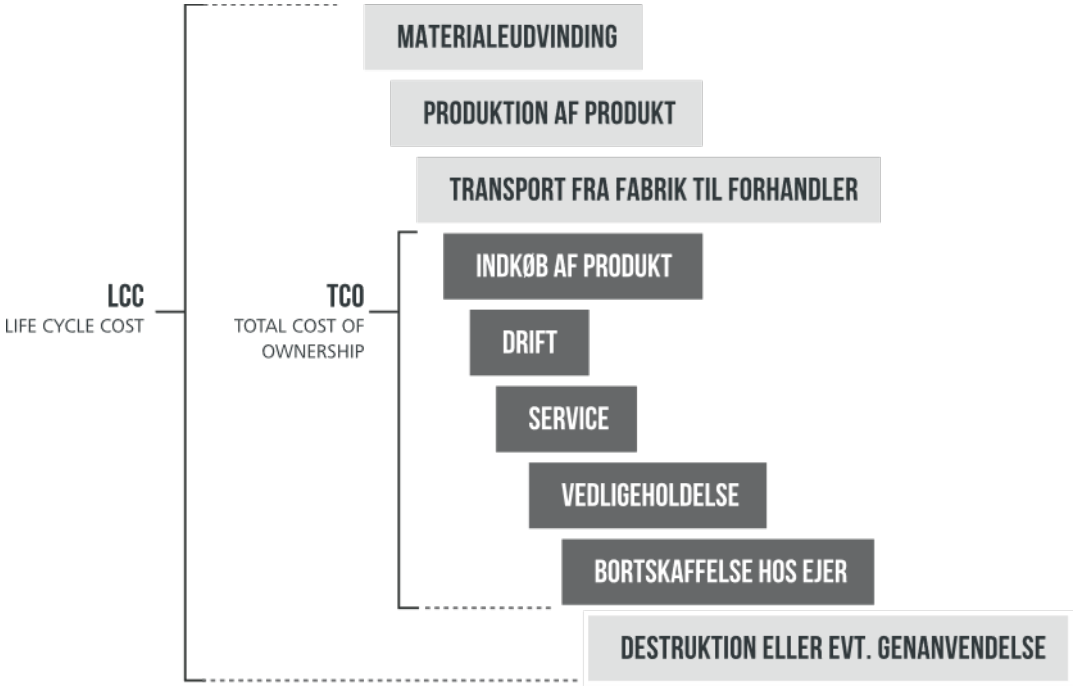
10.3.2.3 Forholdet mellem totalomkostninger og livscyklusomkostninger

Totalomkostninger vedrører alle omkostninger i ejerens brugsperiode, bl.a. indkøbsprisen, driftsomkostningerne og bortskaffelsesværdien. Disse omkostninger udgør også en del af de omkostninger, der danner grundlag for beregningen af livscyklusomkostningerne. Beregningen af livscyklusomkostningerne indeholder derudover også omkostninger, der ligger uden for ejerens brugsperiode, samt indirekte omkostninger vedrørende fx klimapåvirkning og miljøbelastning.

Nedenstående Figur 10.4 illustrerer de omkostninger, som kan indeholdes i hhv. totalomkostningsberegningen og beregningen af livscyklusomkostninger.

[588] Jf. udbudslovens § 168, stk. 2.

Figur 10.4 **TCO og LCC**



10.3.3 Tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet[589]

Ordregiver kan identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Ved tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet kan der som økonomisk underkriterie i stedet for pris også anvendes omkostninger. Der skal foruden økonomiske underkriterier som pris eller omkostninger også indgå kvalitative underkriterier om tilbuddets kvalitetsmæssige indhold, dvs. ikkeøkonomiske faktorer.

10.3.3.1 Under- og delkriterier

Ved tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet skal ordregiver fastsætte underkriterier. Underkriterier kan desuden have en række delkriterier knyttet til sig.

Ordregiver kan anvende de underkriterier, der giver ordregiveren mulighed for at opnå en anskaffelse af høj kvalitet, og som svarer bedst til ordregiverens behov.

Udbudsloven oplister en række mulige kvalitative underkriterier, som kan anvendes ved tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet. Der er ikke tale om en udtømmende liste over lovlige underkriterier. Ordregiver kan fastsætte passende underkriterier, så længe de er

[589] Jf. udbudslovens § 162, stk. 3.

forbundet til kontraktens genstand og gør det muligt for ordregiver at vurdere tilbuddene objektivt.

Udbudsloven angiver bl.a., at underkriterier kan omfatte følgende:

» Kvalitet, herunder teknisk værdi, æstetiske og funktionsmæssige karakteristika og sociale, miljømæssige og innovative karakteristika.
» Faglige kvalifikationer og erfaring for det ansatte personale, der skal udføre kontrakten, hvor kvaliteten af det personale, der skal udføre kontrakten, kan påvirke niveauet af kontraktens opfyldelse betydeligt.
» Kundeservice, teknisk bistand og leveringsbetingelser, herunder leveringsdato og leveringsprocedure m.m.

Det er en forudsætning for anvendelse af et underkriterie om kvaliteten af det ansatte personale, at det har indflydelse på kvaliteten af kontraktens udførelse samt tilbuddets økonomiske værdi. Det kan fx være ved intellektuelle og kreative tjenesteydelser såsom konsulent- og arkitektvirksomhed, hvor kvaliteten af det personale, der tilbydes til løsning af opgaven, betyder, at ordregiver får en bedre kvalitet i opgaveløsningen. Når et sådant underkriterie anvendes, skal ordregiver gennem aftaleretlige foranstaltninger, fx i kontrakten, sikre, at det personale, der er udpeget til at udføre kontrakten, effektivt lever op til den tilbudte kvalitet, og at personalet kun kan erstattes med samtykke fra ordregiver. Ordregiver skal sikre, at erstatningspersonalet har et tilsvarende kvalitetsniveau.

Underkriterier kan yderligere være opdelt i delkriterier. Delkriterier er specifikke kriterier, som tilsammen danner grundlaget for, hvordan tilbudsgiverens tilbud vil blive vurderet ud fra de enkelte underkriterier. Et underkriterie som fx "kvalitet" kan i et møbeludbud fx have delkriteriet "slidstyrke på møbelstof".

Selve formuleringen af underkriterier og delkriterier skal være klar, præcis og utvetydig. Det indebærer, at formuleringen skal give tilbudsgiverne en nøjagtig forståelse af kriterierne samt muliggøre en fortolkning, som er ens for alle rimeligt velinformerede og normalt omhyggelige tilbudsgivere.

Beskrivelsen af kriterierne skal gøre det muligt for ordregiver selv at kunne verificere, at tilbuddene opfylder kriterierne for tildeling af kontrakten.[590]

Under- og delkriterier skal sikre muligheden for en effektiv konkurrence om kontrakten. Dette kan ske ved, at kriterierne indeholder et konkurrencemæssigt element eller på anden måde giver grundlag for en konkurrence, der er egnet til at identificere tilbuddet med det bedste forhold mellem pris og kvalitet. Det kan fx ske ved at have kriterier, hvor opfyldelsesgraden heraf vurderes. En bedømmelse hænger sammen med den konkrete grad af opfyldelse. Jo bedre en tilbudsgiver opfylder et konkret kriterie, jo bedre bedømmelse får denne.

På samme måde kan under- og delkriterier også kobles sammen med evt. mindstekrav, som er angivet i kravspecifikationen, ved at ordregiver kan lade tilbudsgiverne konkurrere om en meropfyldelse af angivne mindstekrav.

[590] Jf. udbudslovens § 164, stk. 1.

Ved tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet kan ordregiver også vælge at fastsætte prisen eller omkostningerne. Her udgår kriteriet pris eller omkostninger, og der konkurreres alene om de kvalitative underkriterier. Dette svarer til en omvendt licitation.[591]

Omvendt licitation kan være en fordel, hvis ordregiver har et fastlagt budget for en opgave og vil lade konkurrencen gå på, hvor meget kvalitet ordregiver kan få for det fastlagte budget. Men omvendt kræver det, at ordregiver har et kendskab til, hvad markedet kan tilbyde, så ordregiver kan sikre, at der er proportionalitet mellem det fastlagte budget og den opgave, som ordregiver efterspørger.

10.3.3.2 Forbundet med kontraktens genstand[592]

De under- og delkriterier, ordregiver vælger at anvende, skal være forbundet med kontraktens genstand. Kriterierne er forbundet med kontraktens genstand, hvis de relaterer sig til det, der skal leveres i henhold til kontrakten. De kan dog relatere sig til ethvert aspekt og ethvert trin i livscyklussen for de varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder, som skal leveres. Det er fx muligt at fastsætte under- og delkriterier, der vedrører alt fra skabelsen af råmaterialer til et produkt frem til tidspunktet for bortanskaffelse af produktet. Faktorer, der indgår i den specifikke proces med fremstilling og levering af eller handel med de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, kan være underkriterier, der er relateret til kontraktens genstand. Ligeledes kan faktorer, der indgår i en specifik proces på et senere tidspunkt i deres livscyklus, også være underkriterier, der er relateret til kontraktens genstand, selvom sådanne faktorer ikke udgør en del af kontraktens materielle indhold. Herved menes, at faktorerne ikke påvirker indkøbets ydelse eller funktion, men har en indirekte merværdi. Det kan fx være miljøeffektivitet eller social inddragelse.

Kriterierne skal som nævnt være forbundet med kontraktens genstand. Det er som udgangspunkt ikke muligt at stille krav til tilbudsgivers generelle politik, da kriterier vedrørende en generel politik ikke kan betragtes som en faktor, der karakteriserer den specifikke proces med fremstilling eller levering af kontraktens genstand. En ordregiver kan derfor ikke stille krav om en gældende generel virksomhedspolitik for fx socialt eller miljømæssigt ansvar, også betegnet som CSR, hos tilbudsgiver, medmindre disse krav er forbundet med kontraktens genstand.

10.3.3.3 Beskrivelse af, hvad der tillægges betydning

Et andet element i fremgangsmåden ved evaluering er, at ordregiver skal beskrive i udbudsmaterialet, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen af de enkelte under- og delkriterier. Beskrivelsen skal gøre det klart for de potentielle ansøgere og tilbudsgivere, hvad der tillægges betydning, så ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen. Beskrivelsen skal derudover give potentielle ansøgere eller tilbudsgivere grundlag for at vurdere, om de vil bruge ressourcer på at udarbejde ansøgning eller tilbud, samt for, hvordan de kan optimere deres tilbud.[593]

Det er ikke et krav, at ordregiver laver en i alle henseender udførlig beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af de kvalitative under- og evt. delkriterier, men

[591] Jf. udbudslovens § 162, stk. 4. Begrebet omvendt licitation stammer fra udbud af bygge- og anlægsopgaver.
[592] Jf. udbudslovens § 163.
[593] Jf. udbudslovens § 164.

ordregiver må ved evalueringen ikke lægge vægt på forhold, som ikke har været oplyst i udbudsmaterialet.[594]

Forhold, som en rimeligt oplyst og normalt påpasselig tilbudsgiver ikke har kunnet udlede af beskrivelsen i udbudsmaterialet, må ikke tillægges betydning.

Uanset hvilken udbudsprocedure ordregiver vælger, så er kravene til beskrivelse af, hvad der tillægges betydning, de samme. I relation til de fleksible procedurer kan ordregiver med fordel beskrive funktionaliteten. Dette vil i modsætning til en specifik teknisk beskrivelse give tilbudsgiverne bedre mulighed for at foreslå forskellige fremgangsmåder til at opfylde ordregiverens behov og give tilbudsgiverne bedre mulighed for at foreslå innovative løsninger.

Når det gælder vurderingen af, hvor godt et tilbud opfylder de angivne under- og delkriterier, har ordregiveren inden for rammerne af udbudsmaterialet et vidt skøn.

10.3.3.4 Vægtning af under- og delkriterier[595]

Ved anvendelse af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet skal ordregiver oplyse i udbudsmaterialet, hvordan ordregiver vil vægte underkriterierne. Vægtningen skal sikre, at underkriterierne ved evaluering af tilbuddene afvejes i forhold til hinanden på den måde, ordregiver ønsker.

Ved anvendelse af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet må der ikke fastsættes en så høj vægtning af underkriteriet pris, at det alene vil være dette underkriterie, der bliver afgørende i evalueringen af tilbuddene. Det vil i givet fald være i strid med gennemsigtighedsprincippet.

Ordregiver kan anvende procentsatser til sin vægtning af de valgte underkriterier. Det betyder for tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet, hvor der er to underkriterier, pris og kvalitet, at ordregiver skal foretage en vægtning af disse to underkriterier. Ordregiver kan fx fastsætte, at underkriteriet pris skal vægte 55 procent og underkriteriet kvalitet skal vægte 45 procent. Ved bedømmelsen vil det indebære, at point fra bedømmelsen af underkriteriet pris ganges med 55 procent, og point fra bedømmelsen af underkriteriet kvalitet ganges med 45 procent.

Intervaller til brug for vægtningen
Udbudsloven giver mulighed for, at ordregiveren kan vælge at fastsætte vægtningen af underkriterier ved brug af et passende interval. Det betyder, at ordregiveren, i stedet for at fastsætte en specifik vægt, eksempelvis kan fastsætte, at kvalitet skal vægte 40-45 procent.

Ordregiver behøver ikke at anvende de samme udsving for samtlige underkriterier, og enkelte underkriterier kan også angives med præcis vægtning. Eksempelvis kan vægtningen af prisen ligge fast, således at der kun anvendes intervaller for de øvrige underkriterier. Den samlede vægtning skal altid give 100 procent.

Der knytter sig to vigtige betingelser til anvendelsen af vægtning i intervaller.

For det første skal det angivne interval være passende. Det betyder, at det vil være i strid med gennemsigtighedsprincippet, hvis intervallet er så stort, at det reelt ikke viser, hvilken

[594] Jf. udbudslovens § 160, stk. 1.
[595] Jf. udbudslovens § 165.

betydning underkriteriet har i tilbudsevalueringen. Når ordregiveren skal fastsætte intervallet, skal ordregiveren vurdere, hvad der i forhold til det konkrete udbud vil være et passende interval.

I en konkret sag, hvor der var fire underkriterier, udtalte Klagenævnet for Udbud, at et interval på +/- 5 procent var passende.[596] Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at et passende interval som tommelfingerregel vil være et interval på +/- 5 procent. Det vil dog altid bero på en konkret vurdering af, hvad der ved et konkret udbud vil være et passende interval. Ved denne vurdering kan bl.a. karakteren af den udbudte anskaffelse og antallet af underkriterier indgå. Det kan fx ikke udelukkes, at et passende interval er mindre end +/- 5 procent, hvis ordregiver fx vælger at anvende mange underkriterier og anvende en vægtning i intervaller ved alle underkriterierne.

Udbudsloven tager ikke eksplicit stilling til, om vægtning i intervaller kan fastsættes således, at underkriterierne kan skifte plads i forhold til deres prioriterede rækkefølge. Fx i en situation, hvor ordregiver har fastsat tre underkriterier med følgende vægtning: 1) pris: 40-50 procent, 2) funktionalitet: 20-30 procent og 3) kvalitet: 25-35 procent. I denne situation kan den endelige vægtning fastsættes på sådan en måde, at underkriteriet funktionalitet kan komme til at vægte højere end underkriteriet kvalitet, men det omvendte kan også være tilfældet. Selvom udbudsloven ikke tager stilling til problemstillingen, fremgår det af lovbemærkningerne, at intervallet skal fastsættes, således at tilbudsgiverne på forhånd kan identificere vægtningen af underkriterierne.

For det andet skal ordregiver ved evaluering af tilbuddene have fastlagt den endelige vægtning. Ordregiver er som nævnt i indledningen til dette kapitel forpligtet til at offentliggøre sin fulde evalueringsmodel. Evalueringsmodellen kan i sagens natur ikke indeholde den specifikke vægtning. Evalueringsmodellen skal dog tage højde for intervallet, således at potentielle ansøgere eller tilbudsgivere kan vurdere, hvordan evalueringen vil blive gennemført.

Ordregivers forpligtelse til at offentliggøre den fulde evalueringsmodel udelukker ikke, at specifikke parametre i evalueringsmodellen kan afhænge af de indkomne tilbud. Det er dog et krav, at parametrene i evalueringsmodellen ikke kan afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbning af tilbuddene.[597]

Den specifikke vægtning kan være et parameter, som afhænger af de indkomne tilbud. Hvis ordregiver fx har fastsat to underkriterier med følgende vægtning: 1) pris: 60-70 procent og 2) kvalitet: 30-40 procent, kan ordregiver i evalueringsmodellen fastlægge betingelser, som vil afgøre, hvilken endelig vægtning som vil blive anvendt. Det kan eksempelvis være, hvilken spredning de indkomne tilbuds evalueringstekniske priser maksimalt må have, for at prisen endeligt kommer til at vægte 60 eller 70 procent, eller at samtlige tilbud skal opnå en bestemt minimumsbedømmelse, for at kvalitet skal vægte 40 procent. I så fald vil ordregivers endelige fastlæggelse af vægtning blot ske ved en objektiv konstatering på baggrund af de modtagne tilbud.

Hvis ordregiver ikke har fastsat den endelige vægtning som et parameter, som afhænger af de modtagne tilbud, skal ordregiver fastlægge den endelige vægtning forud for tilbudsevalueringen.[598] Dette vil navnlig være relevant i de situationer, hvor ordregiver har mulighed for at

[596] Klagenævnet for Udbuds afgørelse af 12. september 2008, *Master Data I/S mod Københavns Kommune*.

[597] Jf. udbudslovens § 160, stk. 1. Læs mere om pligten til at fastlægge evalueringsmodellen i afsnit 10.4 nedenfor.

[598] Denne forpligtelse fremgår af lovbemærkningerne til § 165, stk. 2.

præcisere tildelingskriterierne, fx ved genåbning af konkurrencen på en rammeaftale[599] eller ved opfordring til at afgive tilbud på et dynamisk indkøbssystem.[600] Derudover kan ordregiver fastlægge den endelige vægtning ved at præcisere udbudsmaterialet ved de fleksible udbudsprocedurer, fx udbud med forhandling[601] eller konkurrencepræget dialog,[602] forudsat at sådan en præcisering ikke udgør en ændring af grundlæggende elementer.

Ordregivers endelige fastsættelse af vægtningen af underkriterierne skal være båret af saglige hensyn og ske under overholdelse af ligebehandlingsprincippet. Den endelige vægtning kan fx være baseret på nye oplysninger om markedet eller den udbudte ydelse, som ordregiver er blevet bekendt med under forhandlingerne eller dialogen med tilbudsgiverne.

Vægtning af delkriterier

Som det fremgår ovenfor, skal man som ordregiver oplyse i udbudsmaterialet, hvordan man vil vægte underkriterier. Der er ikke et tilsvarende krav i udbudsloven om vægtning af delkriterier til underkriterier. Det fremgår også af Klagenævnet for Udbuds praksis, at ordregiveren som udgangspunkt ikke er forpligtet til at vægte delkriterierne.[603]

Det fremgår dog af lovbemærkningerne, at såfremt et delkriterie tillægges særligt stor eller særligt lille betydning i forhold til andre delkriterier under samme underkriterie, skal dette angives i udbudsmaterialet.[604]

Klagenævnet for Udbud har fortolket lovbemærkningerne således, at såfremt andet ikke fremgår af udbudsmaterialet, skal delkriterierne ved evalueringen hver især tillægges samme vægt.[605] Det fremgår imidlertid af ældre praksis fra Klagenævnet for Udbud, at ordregiver kan lade delkriterierne indgå med forskellig vægt i evalueringen, uden at dette har været oplyst i udbudsmaterialet, når følgende betingelser er opfyldt:

- Delkriterierne må ikke ændres set i forhold til det, som er fastsat i udbudsmaterialet,
- oplysning om vægtningen, hvis den var kendt på tidspunktet for forberedelsen af tilbuddene, må ikke have haft indflydelse på udformningen af tilbuddene, og
- ved fastlæggelsen af vægtningen må der ikke være taget hensyn til forhold, som kan virke diskriminerende over for en af tilbudsgiverne.[606]

Betingelserne skal sikre, at ordregiver ved at tillægge delkriterierne forskellig vægt ved evalueringen overholder gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincipperne.

I lyset af ordregivers forpligtelse til at offentliggøre den fulde evalueringsmodel er rækkevidden af denne ældre praksis uklar. Selvom denne praksis stadig måtte være relevant, er det kun

---

[599] I henhold til udbudslovens § 100, stk. 1, nr. 2, kan genåbning af konkurrencen baseres på præciserede vilkår. Det fremgår af lovbemærkningerne til § 100, stk. 3, at ordregiver bl.a. kan præcisere kriterierne for tildeling.

[600] Jf. udbudslovens § 105, stk. 1.

[601] Jf. udbudslovens § 66, stk. 5.

[602] Jf. udbudslovens § 70, stk. 5.

[603] Jf. fx Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. marts 2019, *Steelco Denmark A/S mod Københavns Universitet*.

[604] Jf. lovbemærkninger til udbudslovens § 162, stk. 3.

[605] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. juni 2020, *DUOS A/S mod Region Syddanmark*. Dette stemmer også overens med Klagenævnet for Udbuds tidligere praksis, jf. kendelsen af 16. april 2013, *LiteCom A/S og Thomas Kristensen ApS mod Danmarks Radio*.

[606] Betingelserne fremgår af EU-Domstolens dom af 24. november 2005 i sagen C-331/04, *ATI EAC m.fl.* Se derudover fx Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. november 2012, *Willis Danmark mod DSB*. Det var her klagenævnets vurdering, at det ikke ville have haft betydning for tilbuddene, hvis ordregiver havde oplyst vægtningen af delkriterierne, før tilbuddene blev afgivet. Klagenævnet lagde her særligt vægt på, at delkriterierne blev vægtet mellem 20 procent og 30 procent på den ene delaftale og mellem 10 procent og 20 procent på den anden delaftale og at der således var tale om en mindre spredning i vægtningen.

en mindre spredning i vægtningen af de enkelte delkriterier, som vil være tilladelig, da en større spredning vil have betydning for tilbudsgivernes udarbejdelse af tilbud.

Hvis ordregiver ønsker at undgå tvivl, bør ordregiver i situationer, hvor ordregiver ønsker at tillægge de enkelte delkriterier forskellig vægt, oplyse vægtningen af de enkelte delkriterier i udbudsmaterialet.

Prioriteret rækkefølge af underkriterier frem for vægtning
Er en vægtning af objektive årsager ikke mulig, fx pga. en kontrakts kompleksitet, skal ordregiver angive underkriterierne i en prioriteret rækkefølge med det vigtigste kriterie først. Ordregiver skal kunne dokumentere de objektive årsager, som gør vægtningen umulig.[607]

Det fremgår af lovbemærkningerne, at ordregiver ved angivelse af prioriteret rækkefølge frem for vægtning skal fastlægge den endelige vægtning forud for tilbudsevalueringen. I lyset af ordregivers pligt til at offentliggøre den fulde evalueringsmodel vil ordregiver navnlig kunne fastlægge den endelige vægtning forud for tilbudsevalueringen i de situationer, hvor ordregiver har mulighed for at præcisere tildelingskriterierne, fx ved genåbning af konkurrencen på en rammeaftale[608] eller ved opfordring til at afgive tilbud på et dynamisk indkøbssystem.[609] Derudover kan ordregiver fastlægge den endelige vægtning ved at præcisere udbudsmaterialet ved de fleksible udbudsformer, fx udbud med forhandling[610] eller konkurrencepræget dialog,[611] forudsat at sådan en præcisering ikke udgør en ændring af grundlæggende elementer.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er ikke bekendt med eksempler på situationer, hvor det i praksis ikke har været muligt at vægte underkriterier, og denne mulighed synes derfor umiddelbart mest at være af teoretisk karakter.

10.4 Evalueringsmodel[612]

Ordregiver skal i forbindelse med fastsættelse af kriterier for tildeling, herunder under- og evt. delkriterier, vægtning af underkriterier og beskrivelse af, hvad der tillægges betydning ved evaluering, også fastsætte en evalueringsmodel. Evalueringsmodellen er den overordnede betegnelse for det eller de værktøjer, der anvendes af ordregiver til at sammenstille tilbudsgivernes besvarelse af forskellige kriterier for tildeling med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.[613]

Ordregiver skal fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet. Ordregiver kan lade specifikke parametre i evalueringsmodellen afhænge af de indkomne tilbud, men det skal på forhånd entydigt være beskrevet, hvordan evalueringsparametrene fastlægges. Parametrene i evalueringsmodellen kan ikke afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.

Kravet om offentliggørelse af evalueringsmodellen indebærer, at det skal være gennemsigtigt for tilbudsgiverne, hvad der lægges vægt på ved evalueringen, og hvordan denne nærmere

---

[607] Jf. præambelbetragtning 90 til udbudsdirektivet.
[608] I henhold til udbudslovens § 100, stk. 1, nr. 2, kan genåbning af konkurrencen baseres på præciserede vilkår. Det fremgår af lovbemærkningerne til § 100, stk. 3, at ordregiver bl.a. kan præcisere kriterierne for tildeling.
[609] Jf. udbudslovens § 105, stk. 1.
[610] Jf. udbudslovens § 66, stk. 5.
[611] Jf. udbudslovens § 70, stk. 5.
[612] Jf. udbudslovens § 160.
[613] Jf. udbudslovens § 24, nr. 39.

foretages. Udbudslovens bestemmelse herom er en tydeliggørelse af, at man ønsker at skabe en forudgående gennemsigtighed.

Beskrivelsen af evalueringsmodellen skal gøre det klart for tilbudsgiverne, hvad de praktiske konsekvenser af evalueringsmodellen kan forventes at være, og hvilken betydning for vægtning og dermed for konkurrencen mellem de bydende den kan forventes at have. På den baggrund skal tilbudsgiverne kunne vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at ansøge om at deltage i udbuddet eller på at afgive tilbud, og hvordan de i givet fald kan optimere deres tilbud.

Derudover medfører offentliggørelsen af evalueringsmodellen, at tilbudsgiverne efterfølgende kan kontrollere, om evalueringen er sket i overensstemmelse med det offentliggjorte. Det er frit for ordregiver at vælge en passende evalueringsmodel. Ordregiver har et vidt skøn i forhold til at fastlægge evalueringsmodellen, men indholdet af alle dele af evalueringsmodellen skal beskrives i udbudsmaterialet. Ordregiver kan således ikke anvende dele af en evalueringsmodel, som ikke har været beskrevet i udbudsmaterialet.

Den valgte evalueringsmodel kan eksempelvis basere sig på en pris-, point- eller procentmodel.

Ved *prismodeller* omregnes point fra vurderinger af kvalitet til priser, som vægtes sammen med tilbudspriser til en evalueringspris. Tilbuddet med den laveste evalueringspris vinder udbuddet.

Ved *pointmodeller* omregnes tilbudspriser til point, som sammenvægtes med point for kvalitet. Tilbuddet med den højeste samlede pointscore vinder udbuddet.

Ved *procentmodeller* sammenstilles de procentvise forskelle i kvalitet og pris. Tilbuddet med den laveste sammenvægtede procentforskel vinder udbuddet.

Der er ikke krav om, at evalueringsmodellen skal beskrives vha. en matematisk formel. Hvis ordregiver vælger at anvende en matematisk formel i forbindelse med bedømmelsen, skal formlen dog oplyses.

Ordregiver kan selv vælge, om tilbuddene skal vurderes relativt i forhold til hinanden, eller om de skal evalueres i forhold til en absolut standard. Uanset hvilken fremgangsmåde ordregiver vil benytte, skal denne fremgangsmåde beskrives som en del af evalueringsmodellen.

Boks 10.2
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Evalueringsmodeller – praktisk vejledning til offentlige indkøbere*

I denne vejledning gennemgås en række eksempler på evalueringsmodeller. Formålet med vejledningen er at vise, hvordan de forskellige modeller fungerer, og det er således ikke en udtømmende gennemgang af de mulige evalueringsmodeller.

Vejledningen er målrettet udbudspraktikere, som ønsker overblik over reglerne om evalueringsmodeller, og som overvejer, hvordan de kan udforme deres evaluering.

Fastlæggelse af de specifikke parametre
Som nævnt kan parametrene i en evalueringsmodel afhænge af de indkomne tilbud. Det skal dog entydigt fastlægges og beskrives på forhånd i udbudsmaterialet, hvordan det vil ske.

Parametrene kan ikke afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene. Dette udelukker eksempelvis, at ordregiver

efter eget skøn fastlægger, hvordan et parameter i en evalueringsmodel endeligt skal udformes efter åbning af tilbud. Fastlæggelse af parametre efter tilbudsåbning skal bero på en objektiv konstatering.

Med parametre forstås eksempelvis hældningsgraden. Hvis ordregiver fx vælger at lade hældningsgraden i en pointmodel med lineær interpolation være afhængig af de indkomne tilbud, skal det entydigt fastlægges og beskrives på forhånd i udbudsmaterialet, hvordan den endelige hældningsgrad vil blive fastlagt på baggrund af de indkomne tilbud. Det kan fx ske ved at beskrive, at den laveste pris vil modtage det maksimale antal point, og priser, der er 50 procent højere, får 0 point, og at der laves en lineær interpolation mellem disse to punkter. Denne evalueringsmodel vil herefter danne grundlag for de point, som de enkelte tilbudsgivere modtager.

Parametrene kan eksempelvis også afhænge af de indkomne tilbud i en prismodel, hvor pristillægget for dårlig opfyldelse af de kvalitative kriterier for tildeling baseres på den gennemsnitlige tilbudspris i de indkomne tilbud, så længe sammenhængen præcist beskrives i udbudsmaterialet.

Parametrene kan også forstås som de varer i et sortimentsudbud, der skal være genstand for evalueringen. Ved sortimentsudbud kan ordregiver vælge at inddrage et repræsentativt udsnit af det tilbudte varesortiment (varekurv) til at foretage en evaluering af fx tilbuddets samlede kvalitet. Ordregiver kan i sådanne situationer på forhånd i udbudsmaterialet entydigt fastlægge og beskrive, hvordan et repræsentativt udsnit af de varer, der vil indgå i evalueringen (i varekurven), udvælges. Det er i denne sammenhæng en betingelse, at varerne ikke kan udvælges på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering, men på baggrund af på forhånd fastlagte objektive kriterier.

Det er derimod ikke et krav, at det fremgår, hvilke varer der konkret vil indgå i varekurven. Hvis tilbudsgiverne i disse tilfælde, inden tilbuddene afgives, ikke kun har kendskab til, hvordan denne varekurv udvælges, men også har kendskab til den endelige sammensætning af varekurven, kan det have negative konsekvenser for den samlede pris og kvalitet i tilbuddene. Hvis tilbudsgiverne således på forhånd ved, hvilke varer der vil indgå i evalueringen af den samlede kvalitet, er der – stik imod hensigten med at gennemføre et udbud – incitament til kun at afgive tilbud med fx god kvalitet på den del af varerne, der indgår i evalueringen, og billigere varer med en dårligere kvalitet på den del af varerne, der ikke indgår i evalueringen. Ordregiver er således ikke forpligtet til på forhånd at oplyse, hvilke varer der vil indgå i varekurven, men skal entydigt og klart beskrive, hvilken fremgangsmåde der vil blive anvendt til at udvælge varerne i varekurven. Den endelige sammensætning af varekurven vil herefter blot være en direkte konsekvens af beskrivelsen uden mulighed for efterfølgende ændringer af den beskrevne fremgangsmåde.

Det er alene selve evalueringsmodellens afhængighed af de indkomne tilbud, der ikke må bero på ordregivers valg eller vurdering. Derimod kan tilbudsgivernes opfyldelse af eksempelvis de kvalitetsmæssige kriterier, der indgår i evalueringsmodellen, bero på ordregivers vurdering og skøn.

Ændringer i en offentliggjort evalueringsmodel[614]
Foretager ordregiver ændringer i den offentliggjorte evalueringsmodel, ud over hvad der fremgår af udbudsmaterialet, vil det som udgangspunkt have karakter af en ændring i et grundlæggende element. Dette vil kræve et fornyet udbud.

Det kan ikke udelukkes, at visse ændringer af en evalueringsmodel kan foretages, uden at adgangen hertil er beskrevet i udbudsmaterialet, hvis det konkret kan godtgøres, at ændringen ikke har haft betydning for kredsen af interesserede ansøgere eller tilbudsgivere eller har forvredet konkurrencen mellem tilbudsgiverne.[615]

10.4.1 Muligheden for at klage over en offentliggjort evalueringsmodel

En evalueringsmodel, der er beskrevet i udbudsmaterialet efter ovenstående krav, kan ikke tilsidesættes af klage- og retsinstanser, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet.[616]

Dvs. at en evalueringsmodel kan tilsidesættes, hvis denne ikke overholder principperne om gennemsigtighed og ligebehandling. Desuden kan en evalueringsmodel tilsidesættes med henvisning til andre bestemmelser i de tilfælde, hvor det vurderes relevant.

Reglerne om tilsidesættelse af en offentliggjort evalueringsmodel er et udtryk for, at det primært er efter de to nævnte principper, at der kan ske en tilsidesættelse af en konkret model. Derfor vil der sjældent være grundlag for at tilsidesætte en evalueringsmodel, som er i overensstemmelse med disse principper.

10.5 Tildeling af kontrakt

Ordregivers undersøgelse og vurdering af indkomne tilbud må først ske efter tilbudsfristens udløb. Efter fristens udløb skal ordregiver verificere tilbuddenes indhold, og tilbud, der ikke lever op til de krav, der fremgår af udbudsbekendtgørelsen eller det øvrige udbudsmateriale, er uantagelige og skal afvises. Der er dog visse muligheder for at berigtige evt. fejl og mangler. Herudover skal ordregiver også tage stilling til, om tilbuddene indeholder evt. forbehold, eller om der er tale om et unormalt lavt tilbud. Er ordregiver i tvivl om oplysningerne afgivet i tilbuddet, skal der foretages en effektiv kontrol heraf. Undersøgelsen af tilbuddenes indhold sker som udgangspunkt forud for tilbudsevalueringen.

Tilbudsevalueringen skal ske på baggrund af de kriterier for tildeling, vægtning og beskrivelser af, hvad der tillægges betydning, samt den evalueringsmodel, som er beskrevet og offentliggjort i udbudsmaterialet. De krav, der er til disse beskrivelser i udbudsmaterialet, er beskrevet i afsnit 10.3 og 10.4.

Tildelingsbeslutningen foretages efter tilbudsevalueringen. Men før tilbudsgiverne underrettes, skal ordregiver indhente dokumentation for ESPD'et fra den tilbudsgiver, som ordregiver påtænker at indgå kontrakt med. Herefter skal der ske samtidig underretning af alle berørte ansøgere eller tilbudsgivere. Underretning behandles nedenfor i afsnit 10.6.

---

[614] Jf. udbudslovens § 160, stk. 2.
[615] Læs mere om ændringer af udbudsmaterialet i afsnit 7.8.2.
[616] Jf. udbudslovens § 160, stk. 2.

10.5.1 Åbning af tilbud

Ordregiver må først undersøge indholdet af de indkomne tilbud efter udløbet af tilbudsfristen.[617] Når tilbuddene indgives via elektroniske kommunikationsmidler, hvilket de som udgangspunkt skal, har ordregiver ikke adgang til dokumenterne før fristens udløb.[618] Er tilbuddene undtagelsesvist indsendt med post, må kuverten først åbnes efter fristens udløb.

Det er ikke muligt at aflevere tilbud for sent via et elektronisk udbudssystem. Såfremt et tilbud undtagelsesvist afleveres på anden måde end gennem et udbudssystem, må tilbud, der er afleveret efter tilbudsfristens udløb, ikke tages i betragtning.[619]

10.5.2 Verifikation af tilbuddenes indhold

De modtagne tilbud skal opfylde de i udbudsmaterialet fastsatte krav.

Ordregiver skal verificere, at de modtagne tilbud lever op til de krav, som ordregiver har fastsat i udbudsbekendtgørelsen og det øvrige udbudsmateriale, herunder de tekniske specifikationer. Har ordregiver accepteret at modtage alternative tilbud eller sideordnede tilbud, skal ordregiver desuden sikre, at evt. modtagne alternative eller sideordnede tilbud opfylder udbudsmaterialets fastsatte minimumskrav hertil.[620]

Ordregiver skal desuden verificere, at tilbudsgiverne ikke er udelukket i henhold til de obligatoriske eller evt. frivillige udelukkelsesgrunde, og at tilbudsgiverne opfylder de fastsatte minimumskrav til egnethed og, hvis relevant, er udvalgt på baggrund af de objektive kriterier for udvælgelse. Dette skal ske på baggrund af de oplysninger, som tilbudsgiverne har afgivet i det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD). ESPD'et skal anvendes som et foreløbigt bevis, og ordregiver kan som udgangspunkt kun kræve, at den tilbudsgiver, som ordregiver har besluttet at tildele kontrakten, skal fremlægge dokumentation for de oplysninger, der er afgivet i ESPD'et.[621]

Ordregiver kan i forbindelse med anvendelse af proceduren offentligt udbud vælge at foretage tilbudsevalueringen, dvs. vurderingen af, hvilket tilbud der er bedst på baggrund af det valgte tildelingskriterie, inden ordregiver verificerer, om tilbuddet lever op til ovenstående betingelser.[622] Ved først at undersøge, hvilket tilbud der er bedst, vil ordregiveren efter omstændighederne kunne effektivisere proceduren, navnlig hvis der er tale om simple vurderinger, fx ved tildelingskriteriet pris.

Ordregiver må ved de øvrige procedurer ikke lade tilbud, der ikke lever op til ovenstående betingelser, indgå i tilbudsevalueringen. Disse tilbud skal som udgangspunkt afvises.

---

[617] Jf. udbudslovens § 94.

[618] De krav, som det elektroniske kommunikationsmiddel skal overholde, fremgår af bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016 om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse, som ændret ved bekendtgørelse nr. 1094 af 29. juni 2022.
Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at et standard e-mail-system ikke opfylder betingelserne i bekendtgørelsen.

[619] Der kan dog være mulighed for at overgå til proceduren udbud med forhandling, hvis alle de modtagne tilbud er ikkeforskriftsmæssige, jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 2, som gennemgås i afsnit 5.4.1.

[620] Læs mere om alternative tilbud i afsnit 7.4.5 og om sideordnede tilbud i afsnit 7.4.6.

[621] Læs nærmere om dokumentation i forbindelse med udelukkelse og egnethed i afsnit 9.5.

[622] Jf. udbudslovens § 159, stk. 4.

Ordregiver har dog mulighed for i konkrete situationer at rette eller afhjælpe fejl og mangler i de modtagne ansøgninger eller tilbud.

10.5.3 Rettelse af fejl og mangler i ansøgninger eller tilbud[623]

I situationer, hvor ordregiver modtager ansøgninger eller tilbud, der er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller hvis der mangler specifikke dokumenter, kan ordregiver anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet. Dette kan ske ved, at ordregiver anmoder ansøgeren eller tilbudsgiveren om at indsende de relevante oplysninger eller den relevante dokumentation inden for en passende frist.

Indeholder ansøgninger eller tilbud fejl eller mangler, har ordregiver ret til, men er ikke forpligtet til, at anmode ansøger eller tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet. Det kan dog efter omstændighederne være hensigtsmæssigt at sikre, at alle relevante tilbud kan indgå i tilbudsevalueringen, særligt for at sikre en god konkurrence.

Betingelserne for at anmode om relevante oplysninger og dokumentation er, at:

» Anmodningen rettes mod alle virksomheder i samme situation i samme udbud.
» Anmodningen skal angå alle de punkter i ansøgningen eller tilbuddet, der skal suppleres, præciseres eller fuldstændiggøres.
» Anmodningen ikke må føre til, at en ansøger eller tilbudsgiver fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud.
» Ordregiveren behandler ansøgere og tilbudsgivere ens og rimeligt.

Ordregiver skal være opmærksom på, at man ikke må afvise en ansøger eller tilbudsgiver pga. fejl eller mangler, der vil kunne berigtiges, hvis ordregiver samtidig anmoder en anden ansøger eller tilbudsgiver om oplysninger eller dokumentation. Dette vil være i strid med ligebehandlingsprincippet.

Ordregiver kan fremsætte en anmodning om relevante oplysninger og dokumentation, selvom ansøgningen eller tilbuddet helt mangler de efterspurgte oplysninger eller den efterspurgte dokumentation. Ordregiver er derfor ikke begrænset til kun at kræve oplysninger, der supplerer eller præciserer allerede indsendte oplysninger og allerede indsendt dokumentation. Det er dog en forudsætning, at eftersendelse af sådanne oplysninger eller dokumenter ikke fører til, at der fremsættes en ny ansøgning eller et nyt tilbud.

Det vil være en konkret vurdering, om nye oplysninger medfører, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har fremsat en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Det vil eksempelvis ikke betragtes som fremsættelse af et nyt tilbud, hvis det objektivt kan konstateres, at de relevante oplysninger, der indsendes, forelå på tidspunktet for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb. Det er ikke et krav, at selve dokumentet, der indsendes, forelå forud for fristens udløb, men det skal kunne dokumenteres, at oplysningerne forelå ved fristens udløb, så ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke har opnået en konkurrencemæssig fordel, ved at der fremsendes oplysninger til ordregiveren efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb. Det kunne fx være dokumentation for opfyldelse af krav, hvis ordregiver har angivet, at dette skal dokumenteres.

[623] Jf. udbudslovens § 159, stk. 5 og 6.

Det vil være fremsættelse af et nyt tilbud, hvis ordregiver beder en virksomhed om at indsende nye oplysninger, der kan give virksomheden en konkurrencemæssig fordel.

Ordregiver kan ikke anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at indsende relevante oplysninger eller dokumentation efter tilbudsfristens udløb, hvis ordregiveren udtrykkeligt i udbudsmaterialet har krævet det og angivet, at det vil føre til afvisning, hvis oplysningerne eller dokumentationen ikke er afleveret inden tilbudsfristens udløb.[624] Ordregiveren skal overholde de regler, som denne selv har fastsat for udbudsproceduren.

Hvis det ikke udtrykkeligt er angivet i udbudsmaterialet, at manglende oplysninger eller manglende dokumentation vil føre til afvisning, vil ordregiver som udgangspunkt kunne anmode om de manglende oplysninger eller den manglende dokumentation. Ordregiver kan derimod ikke anmode om manglende oplysninger eller dokumentation, hvis ordregiver i udbudsmaterialet har fastsat krav om indsendelse af specifik dokumentation som et mindstekrav, og hvis det udtrykkeligt fremgår af eller i øvrigt kan udledes af udbudsmaterialet, at manglende opfyldelse af mindstekrav vil medføre afvisning.[625]

Fejl og mangler ved ESPD'et
ESPD'et er et foreløbigt bevis for den dokumentation, som ordregiveren kan kræve fra den vindende tilbudsgiver. I ESPD'et anfører ansøgeren eller tilbudsgiveren, at denne kan fremsende dokumentation til ordregiveren inden udløbet af en af ordregiveren fastsat passende tidsfrist. Da ESPD'et er et foreløbigt bevis for efterfølgende fremsendelse af dokumentation, får ansøgeren eller tilbudsgiveren som udgangspunkt ikke længere tid til at fremskaffe dokumenter eller længere tid til at udarbejde dokumentationen.

Som udgangspunkt betragter man det ikke som en væsentlig byrde for ansøgeren eller tilbudsgiveren at udfylde ESPD'et. Som følge heraf kan ordregiveren som udgangspunkt – uden at tilsidesætte ligebehandlingsprincippet – anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre oplysninger i ESPD'et. Har en ansøger eller tilbudsgiver ikke fremsendt ESPD'et til ordregiveren, kan ordregiveren som udgangspunkt også i denne situation anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at fremsende ESPD'et efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.[626] Fremsendelse af ESPD'et efter tilbudsfristen kan dog i konkrete situationer føre til, at der fremsættes en ny ansøgning eller et nyt tilbud, ligesom ordregiveren i udbudsmaterialet kan have afskåret sig fra at berigtige fejl og mangler ved ESPD'et ved at fastsætte vilkår, som begrænser denne adgang.

10.5.4 Effektiv kontrol af tilbuddets indhold[627]

Man har som ordregiver ikke en generel pligt til at undersøge rigtigheden af oplysningerne i de modtagne tilbud. Det er alene i de situationer, hvor ordregiver er i tvivl om, hvorvidt tilbudsgiveren opfylder de fastsatte krav, at ordregiver har pligt til at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne.

Ordregiver har dog altid ret til at undersøge og verificere, at de afgivne oplysninger er korrekte, hvis det sker i overensstemmelse med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet.

---

[624] Jf. udbudslovens § 159, stk. 6.
[625] Jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 159, stk. 6.
[626] Jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 159, stk. 5.
[627] Jf. udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2.

Når det drejer sig om oplysninger om ikke at være omfattet af en udelukkelsesgrund og oplysninger om virksomhedens økonomiske og finansielle samt tekniske og faglige formåen, opstiller udbudsloven en række muligheder for, hvilken dokumentation der kan og må indhentes.[628]

Hvis der opstår tvivl om de oplysninger og den dokumentation, som tilbudsgiver har fremlagt, er ordregiver dog forpligtet til at foretage en effektiv kontrol. I så fald kan den effektive kontrol udføres i forbindelse med både modtagelse af ansøgninger og vurdering af tilbud.

Tvivl kan opstå, hvis ordregiver inden kontrakttildelingen får kendskab til, at der er oplysninger i de afgivne ansøgninger eller tilbud, der ikke er korrekte, fx at en tilbudsgiver er omfattet af en udelukkelsesgrund, som tilbudsgiveren ikke har oplyst om. I sådanne situationer har ordregiver pligt til at foretage en effektiv kontrol.

10.5.5 To-kuvert-system ved visse bygge- og anlægskontrakter

Ved bygge- og anlægskontrakter skal ordregiver foretage evalueringen af de kvalitative kriterier uden kendskab til evalueringen af priskriteriet, når følgende kriterier er opfyldt:

» Kontrakten har en anslået værdi på mere end 350 mio. kr. ekskl. moms.
» Kontrakten er udbudt som et offentligt udbud eller et begrænset udbud.
» Ordregiver anvender tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet.[629]

Det betyder, at ordregiver, når kriterierne er opfyldt, skal foretage vurderingen af de indkomne tilbuds kvalitet uden kendskab til evalueringen af priskriteriet. Det kan fx sikres ved, at ordregivers elektroniske udbudssystem teknisk sikrer, at indholdet af tilbuddene, for så vidt angår priser, ikke kan åbnes, før kvalitetsvurderingen er gennemført, eller ved, at vurderingen af hhv. priser og kvalitet ikke foretages af de samme personer. Ordregiver skal være i stand til at dokumentere, at kvalitetsvurderingen er foretaget adskilt fra prisevalueringen.[630]

Dette såkaldte to-kuvert-system har til formål at fjerne risikoen for, at kendskabet til priserne på indkomne tilbud påvirker ordregivers vurdering af de kvalitative kriterier. Ordregiver er imidlertid ikke afskåret fra at foretage en vurdering af tilbuddenes priser med kendskab til indholdet af de indkomne tilbuds kvalitet.

Forpligtelsen til at foretage evalueringen af kvalitet uden kendskab til priserne forudsætter, at ordregiver i de berørte udbud skal give tilbudsgiverne mulighed for at udforme tilbuddene sådan, at ordregiver kan gøre sig bekendt med tilbuddenes indhold, for så vidt angår kvalitetsbeskrivelsen, uden at få kendskab til tilbuddenes priser. Det kan fx gøres ved, at ordregiver stiller krav om, at tilbuddene skal afgives ved at uploade to selvstændige filer i ordregivers elektroniske udbudssystem eller på en anden passende måde.

Hvis ordregiver tilbagekalder tildelingsbeslutningen for herefter at træffe en ny tildelingsbeslutning på grundlag af samme udbud, og derved har opnået kendskab til priserne, fritages ordregiver for pligten til at foretage evalueringen af de kvalitative kriterier uden kendskab til evalueringen af priskriteriet.[631]

---

[628] Læs nærmere om dokumentation i forbindelse med udelukkelse og egnethed i afsnit 9.5.
[629] Jf. udbudslovens § 159, stk. 8.
[630] Dette følger af forpligtelsen til at dokumentere afviklingen af udbud og opbevare tilstrækkelig dokumentation til at begrunde beslutninger, der træffes på alle stadier af udbudsproceduren, jf. udbudslovens § 174, stk. 4.
[631] Jf. udbudslovens § 159, stk. 9.

10.5.6 Unormalt lave tilbud[632]

I forbindelse med ordregivers undersøgelse af de indkomne tilbud skal ordregiver identificere, om der er modtagne tilbud, som er unormalt lave.

Ordregivers vurdering af, om et tilbud er unormalt lavt, er altid konkret. Den konkrete vurdering skal ske under hensyntagen til den udbudte opgave, brancheforhold samt andre relevante faktorer, som kan have betydning for prisspændet. Man kan ikke generelt antage, at et tilbud er unormalt lavt, fordi et tilbud fx er 30 procent lavere end det næstlaveste.

Ordregiver har et betydeligt skøn ved vurderingen af, om et tilbud forekommer unormalt lavt.[633] Vurderer ordregiver, at der er tilbud, der er unormalt lave, har ordregiver pligt til at anmode tilbudsgiver om at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet.

Ordregiver har ret til at afvise et konkret tilbud, fordi det er unormalt lavt, men har ikke en pligt hertil. Ordregiver er kun forpligtet til at afvise et unormalt lavt tilbud, hvis dette skyldes, at tilbudsgiver eller dennes underleverandører ikke har overholdt forpligtelserne inden for miljø-, social- eller arbejdsmarkedslovgivning.[634]

Før ordregiver kan afvise et tilbud, som efter dennes vurdering er unormalt lavt, har ordregiver pligt til at anmode tilbudsgiveren om en redegørelse for de priser eller omkostninger, der indgår i tilbuddet. Ordregiver kan ikke afvise et tilbud som værende unormalt lavt, før tilbudsgiveren har haft mulighed for at forklare tilbuddets priser eller omkostninger.

Tilbudsgiver skal redegøre for pris- og omkostningsniveau[635]
Når et tilbud forekommer unormalt lavt, har ordregiver pligt til at anmode tilbudsgiver om en redegørelse for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet. Der er ingen særlige formkrav til ordregivers anmodning om redegørelsen.

Ordregiver skal fastsætte en passende frist for tilbudsgiveren til at udarbejde redegørelsen. Fristen skal fastsættes under hensyntagen til det konkrete udbuds kompleksitet og tilbuddets sammensætning.

Formålet med indhentelse af redegørelsen er, at tilbudsgiver skal have mulighed for at forklare sammensætningen af tilbuddets pris og omkostninger, førend et tilbud afvises som unormalt lavt. Det er tilbudsgiverens beskyttelse for ikke at få et tilbud afvist på et uoplyst grundlag. Modsat er tilbudsgiver ikke beskyttet mod ordregiverens accept af et unormalt lavt tilbud.

Det er ikke nærmere afgrænset, hvilket indhold tilbudsgiverens redegørelse skal have. Tilbudsgiveren kan fremlægge alle de oplysninger, som efter dennes opfattelse begrunder det lave pris- eller omkostningsniveau. Oplysningerne skal indgå i ordregiverens vurdering af, om et konkret tilbud er unormalt lavt.

Tilbudsgiverens redegørelse kan fx indeholde:

---

[632] Jf. udbudslovens § 169.
[633] Jf. Klagenævnet for Udbuds praksis i fx kendelse af 30. juni 2017, *Tieto Denmark A/S mod Finansministeriets Koncern*, og kendelse af 6. marts 2020, *Aktieselskabet Carl Christensen mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse*.
[634] Jf. udbudslovens § 169, stk. 3.
[635] Jf. udbudslovens § 169, stk. 2 og 3.

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

Ovenstående er blot eksempler på oplysninger, som kan angives i tilbudsgiverens redegørelse. Der er ikke tale om en udtømmende liste. Der er rig mulighed for at oplyse om andre forhold, som har bevirket til det unormalt lave tilbud. Her kan fx nævnes tilbudsgiverens forretningsmæssige strategier eller andre forretningsmæssige begrundelser. Det kan fx være, at tilbudsgiveren tilbyder meget lave priser, fordi tilbudsgiveren gerne vil positionere sig på det pågældende marked på trods af risikoen for tab på den pågældende kontrakt.

Ordregiver skal påvise, at anmodningen om tilbudsgiverens redegørelse for det lave pris- og omkostningsniveau er fremsat forud for afvisning af det unormalt lave tilbud.

Ordregiver kan kun afvise et tilbud som værende unormalt lavt, når den fremlagte redegørelse ikke begrunder det lave pris- eller omkostningsniveau på en tilfredsstillende måde. Ordregiver skal kunne løfte bevisbyrden herfor, inden afvisning kan ske.[636] Ordregiver har imidlertid et skøn mht., hvorvidt redegørelsen på tilfredsstillende måde begrunder det lave pris- eller omkostningsniveau.

Imødekommer tilbudsgiver ikke ordregivers anmodning om redegørelse inden for den fastsatte passende frist, kan ordregiver på det foreliggende grundlag vurdere, om tilbuddet skal afvises.

Ordregiver er forpligtet til sagligt at begrunde afvisningen af et tilbud som værende unormalt lavt over for tilbudsgiveren.

Ordregiver har pligt til at afvise et tilbud, som er unormalt lavt, hvis det lave pris- og omkostningsniveau skyldes, at tilbudsgiveren selv eller dennes underleverandører har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljømæssige, sociale og arbejdsretlige område.[637] De pågældende forpligtelser kan fremgå af EU-retten, national lovgivning, kollektive aftaler eller af de miljø-, social- og arbejdsretlige forpligtelser, der er afledt af konventionerne, der er nævnt i bilag X til udbudsdirektivet.

Unormalt lavt tilbud pga. statsstøtte[638]
I den situation, hvor pris- eller omkostningsniveauet skyldes statsstøtte, kan ordregiver kun afvise et tilbud som unormalt lavt, hvis der er tale om statsstøtte, som ikke er forenelig med det indre marked.

Hovedreglen er, at statsstøtte eller støtte, som ydes vha. statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, er uforenelig med det indre marked i det omfang, hvor samhandlen mellem EU-medlemsstaterne påvirkes heraf.[639]

[636] Jf. Klagenævnet for Udbuds praksis i fx kendelse af 13. maj 2020, *Kongsvang Rengøringsservice A/S mod Egaa Gymnasium*.
[637] Jf. udbudslovens § 169, stk. 3.
[638] Jf. udbudslovens § 169, stk. 4 og 5.
[639] Jf. TEUF, artikel 107, stk. 1.

Der er en række undtagelser hertil, hvorefter visse former for statsstøtte m.v. er eller kan betragtes som forenelige med det indre marked.[640] Det drejer sig fx om:

» Støtte af social karakter til enkelte forbrugere.
» Støtte, hvor formålet er at råde bod på skader forårsaget af naturkatastrofer eller andre usædvanlige begivenheder.
» Støtte til at fremme økonomisk udvikling i områder, hvor levestandarden er usædvanligt lav, eller hvor der eksisterer en alvorlig underbeskæftigelse.
» Støtte, som kan fremme virkeliggørelsen af vigtige projekter af fælleseuropæisk interesse eller afhjælpe en alvorlig forstyrrelse i en medlemsstats økonomi.
» Støtte, som ydes for at fremme udviklingen af visse erhvervsgrene eller økonomiske regioner, når støtten ikke ændrer på samhandelsvilkårene på en måde, der strider mod den fælles interesse.

Ordregiver kan kun afvise et tilbud som unormalt lavt med den begrundelse, at tilbudsgiveren har modtaget statsstøtte, hvis tilbudsgiveren ikke inden for en passende frist har godtgjort, at den pågældende støtte er forenelig med det indre marked.

I de tilfælde, hvor en ordregiver afviser et tilbud pga. statsstøtte, skal dette meddeles til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil herefter underrette Europa-Kommissionen om ordregiverens afvisning.[641]

10.5.7 Vurdering af forbehold i tilbudsmaterialet

I forbindelse med ordregivers undersøgelse af de indkomne tilbud skal ordregiver undersøge, om de modtagne tilbud indeholder forbehold.

I den situation, hvor et tilbud ikke opfylder alle ordregivers krav og dermed afviger fra udbudsmaterialet, kan der være tale om forbehold. Der er ikke kun tale om forbehold, hvor tilbudsgiver udtrykkeligt har benævnt afvigelser som forbehold i tilbuddet. Det følger således af fast praksis fra Klagenævnet for Udbud, at det ved vurderingen af, om en tilbudsgiver har taget forbehold, ikke er afgørende, hvordan et forbehold betegnes, hvor i tilbuddet forbeholdet er anført, eller om tilbudsgiveren specifikt har anført, at der ikke er taget forbehold.[642]

Det er ordregiver, der skal foretage en konkret vurdering af karakteren af tilbuddets afvigelser fra det oplyste i udbudsmaterialet. Det følger i den forbindelse af fast praksis fra Klagenævnet for Udbud, at en tilbudsgiver bærer risikoen for uklarheder i sit tilbud.[643] Hvis et tilbud indeholder en tvetydig angivelse, der både kan forstås som et forbehold og kan forstås som ikke et forbehold, må angivelsen anses for et forbehold.[644] Ordregiver kan i sådan en situation vælge at søge forholdet afklaret, som gennemgået i afsnit 10.5.2 ovenfor, såfremt det kan ske inden for udbudslovens rammer. Ordregiver er imidlertid ikke forpligtet hertil.

Såfremt ordregiver har givet mulighed for, at der kan afgives alternative tilbud, som gennemgået i afsnit 7.4.5, skal ordregiver vurdere, om evt. afvigelser udgør forbehold eller alternative

[640] De former for statsstøtte, som er forenelige eller kan betragtes som forenelige med det indre marked, fremgår af TEUF, artikel 107, stk. 2 og stk. 3.
[641] Jf. udbudslovens § 169, stk. 5.
[642] Jf. fx Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. juni 2022, *Krüger A/S mod Tønder Spildevand A/S*.
[643] Jf. fx Klagenævnet for Udbuds kendelse af 26. januar 2022, *Tunstall A/S mod Region Nordjylland, Nyt Aalborg Universitetshospital*.
[644] Jf. fx Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. juni 2022, *Krüger A/S mod Tønder Spildevand A/S*.

tilbud. Hvis ordregiveren har anført i udbudsbekendtgørelsen, at alternative tilbud accepteres, kan et tilbuds afvigelser fra udbudsmaterialet være et alternativt tilbud, medmindre der er tale om afvigelser fra mindstekrav til de alternative tilbud. Indeholder et tilbud afvigelser fra mindstekrav til de alternative tilbud, vil det være et forbehold. Hvis ordregiveren i udbudsmaterialet har præciseret, hvilke konkrete dele af udbuddet der kan være genstand for alternative tilbud, vil afvigelser i forhold til øvrige dele af udbuddet også være forbehold.

Ordregiver er som klart udgangspunkt altid berettiget til at afvise et tilbud, som indeholder forbehold.[645] Ordregiver kan dog efter omstændighederne være berettiget til at tage et tilbud med forbehold i betragtning, såfremt følgende betingelser er opfyldt:

» Forbeholdet må ikke vedrøre grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.
Det følger af ligebehandlingsprincippet, at ordregiver skal afvise et tilbud, som indeholder et forbehold over for et eller flere grundlæggende elementer.[646] Tilbud med flere afvigelser fra ikkegrundlæggende elementer i et udbudsmateriale vil efter omstændighederne tilsammen kunne udgøre et grundlæggende element, således at ordregiver har pligt til ikke at tage tilbuddet i betragtning.
» Ordregiver har ikke i udbudsmaterialet afskrevet sig muligheden for at tage tilbud med forbehold i betragtning.
Såfremt ordregiver i udbudsmaterialet har bestemt, at tilbud, som indeholder bestemte former for forbehold, vil blive afvist, er ordregiver afskåret fra at tage et tilbud, som indeholder sådanne afvigelser fra udbudsmaterialet, i betragtning. Dette selvom sådanne forbehold ikke isoleret set angår grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Ifølge EU-Domstolens praksis skal ordregiver strengt overholde de betingelser, som denne har fastlagt for udbudsproceduren.[647]
» Ordregiver foretager en saglig prissætning af forbeholdet.
For at undgå, at en tilbudsgiver, som har taget et forbehold, får en konkurrencefordel derved, skal ordregiver i medfør af ligebehandlingsprincippet foretage en saglig prissætning af forbeholdet. Prissætningen er ordregivers vurdering af, hvad forbeholdet vil koste ordregiver. Denne prissætning skal tillægges tilbudsprisen i tilbudsevalueringen.[648]
Det er et krav, at der kan foretages en forsigtig, saglig og objektiv prissætning af forbeholdet, således at det beregnede beløb med sikkerhed eller med en høj grad af sikkerhed dækker den tillægsbetaling, som forbeholdet indebærer for ordregiver.[649] Det er således ikke tilstrækkeligt, at ordregiver prissætter forbeholdet til de skønnede omkostninger til udførelsen af den opgave, som forbeholdet vedrører,[650] eller alene på baggrund af det laveste tilbuds pris for udførelse af opgaven. Ordregiver skal derimod ved prissætningen medregne den maksimale økonomiske risiko ved antagelsen af et tilbud med forbehold.[651]
Hvis det ikke er muligt for ordregiver at foretage en prissætning af forbeholdet, enten fordi forbeholdet angår forhold, som ikke lader sig prissætte, eller fordi en evt. prissætning ikke

[645] Der kan dog muligvis være en pligt til at søge forholdet afklaret, hvis der er tale om en begrænset og undskyldelig misforståelse af udbudsmaterialet, jf. Retten i Første Instans' dom af 10. december 2009 i sag T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV mod Europa-Kommissionen*, samt Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. april 2010, *Triona AB mod Vejdirektoratet*.

[646] Jf. Klagenævnet for Udbuds faste praksis i fx kendelse af 26. januar 2018, *Securitas A/S mod Midttrafik I/S*.

[647] Jf. EU-Domstolens dom af 10. oktober 2012 i sagen C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, præmis 40.

[648] Jf. fx Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. december 2017, *Labflex A/S mod Bygningsstyrelsen*.

[649] Jf. Højesterets dom af 5. april 2011 i sag 67/2008, Ufr2011.1955H.

[650] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. januar 2017, *Veksø A/S mod Aarhus Kommune*.

[651] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 26. august 2009, *Barslund A/S mod Københavns Kommune*.

kan foretages med tilstrækkelig sikkerhed, er ordregiver afskåret fra at tage tilbuddet i betragtning.[652]

Ved anvendelse af de fleksible udbudsprocedurer som udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber kan ordregiver vælge at gå i forhandling med en tilbudsgiver, selvom tilbudsgiveren har afgivet et tilbud med forbehold over for mindstekrav, medmindre ordregiver har angivet andet i udbudsmaterialet. Forhandlingerne må dog ikke, for så vidt angår udbud med forhandling og innovationspartnerskaber, føre til ændringer i mindstekrav, men skal føre til, at tilbudsgiveren i det endelige tilbud har frafaldet ethvert forbehold over for mindstekrav. For så vidt angår konkurrencepræget dialog, må forhandlingen godt føre til en ændring af mindstekrav, forudsat at der ikke i det konkrete tilfælde er tale om en ændring af grundlæggende elementer, og ligebehandlingsprincippet overholdes.

10.6 Underretning af ansøgere og tilbudsgivere[653]

Ordregiver skal hurtigst muligt og samtidig underrette alle berørte ansøgere og tilbudsgivere skriftligt om, hvilke beslutninger ordregiver træffer under en udbudsprocedure. Denne forpligtelse gælder, uanset hvilken udbudsprocedure ordregiveren har anvendt.

En ansøger er berørt, når ordregiveren ikke har oplyst, at dennes ansøgning er afvist inden meddelelsen om tildelingsbeslutningen. Det betyder, at samtlige virksomheder, der ansøger om at blive udvalgt i et begrænset udbud, vil være berørte ansøgere indtil det tidspunkt, hvor ordregiveren oplyser ansøgerne om, hvorvidt de er blevet udvalgt eller afvist.

Afgiver en udvalgt ansøger efterfølgende et tilbud, vil denne være en berørt tilbudsgiver. En ansøger, som er udvalgt, men som ikke afgiver tilbud, er også berørt, og ansøgeren skal derfor underrettes om beslutningen.

En tilbudsgiver anses for at være berørt, hvis denne endnu ikke er endeligt udelukket. En udelukkelse er endelig, hvis den er meddelt de berørte tilbudsgivere og enten er fundet lovlig af en uafhængig klageinstans eller ikke længere kan blive genstand for klageprocedurer.

Ordregiver skal i hvert fald underrette alle berørte ansøgere og tilbudsgivere om følgende beslutninger:

» Udvælgelse af ansøgere
» begrænsning af antallet af tilbud og løsninger ved de fleksible udbudsprocedurer, når processen forløber i flere faser
» tildeling af kontrakt eller rammeaftale
» optagelse i et dynamisk indkøbssystem
» aflysning[654] af en udbudsprocedure.[655]

Nedenfor gennemgås de krav, der er til indholdet af underretningen om ordregivers beslutninger.

---

[652] Jf. fx Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. december 2017, *Raunstrup Byggeri A/S mod Tårnby Kommune*.

[653] Jf. udbudslovens § 171.

[654] Udtrykket aflysning anvendes i det følgende om ordregivers annullation af en udbudsprocedure. Dette sker for at undgå, at Klagenævnet for Udbuds annullation af fx ordregivers tildelingsbeslutning sammenblandes med ordregivers egen annullation af en udbudsprocedure.

[655] Jf. udbudslovens § 171, stk. 1.

10.6.1 Underretning ved udvælgelse af ansøgere

Ved udvælgelse af ansøgere skal underretningen til de forbigåede ansøgere indeholde en begrundelse for, hvorfor deres ansøgning er blevet afvist, samt navnet på den eller de ansøgere, som er blevet udvalgt.[656]

Denne redegørelse skal gives til ansøgere, som er blevet afvist under udvælgelsen, fordi de er udelukket eller ikke lever op til kriterierne for egnethed, men også til egnede ansøgere, som er blevet afvist, fordi de ikke er blandt et på forhånd fastsat antal udvalgte.

Ordregiver skal redegøre for de grunde, der førte til afvisning af den pågældende ansøger. Er ansøgeren fx fundet egnet, men ikke blandt de udvalgte, skal redegørelsen oplyse om fordelene ved de udvalgte ansøgere.

10.6.2 Underretning ved begrænsning af antal tilbud og løsninger

Ved de fleksible procedurer som udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber kan ordregiver beslutte, at processen skal forløbe i flere faser, hvor der er mulighed for at begrænse antallet af tilbud eller løsninger.

Gør ordregiver brug af denne mulighed, skal underretningen til de tilbudsgivere, hvis tilbud eller løsning bliver sorteret fra, være ledsaget af en begrundelse for, hvorfor tilbuddet eller løsningen er blevet afvist.

Begrundelsen skal tage udgangspunkt i de oplyste kriterier for tildeling, og begrundelsen skal tjene det samme formål som en underretning ved tildeling af kontrakt (se afsnit 10.6.3 nedenfor). Der vil dog ved en begrænsning af antal tilbud eller løsninger være tale om, at den begrundelse og de oplysninger, der skal afgives, skal ses i forhold til de tilbud, der er gået videre i konkurrencen.

I forbindelse med frasortering af tilbud eller løsninger er der tale om et udskillelsesforløb undervejs i udbudsproceduren. Her skal ordregiver i forbindelse med underretningen være særligt opmærksom på ikke at udlevere oplysninger, som kan skade den efterfølgende konkurrence.

10.6.3 Underretning ved tildeling af kontrakt eller rammeaftale[657]

Ordregiver skal underrette de berørte tilbudsgivere om sin beslutning om tildeling af en kontrakt eller en rammeaftale.

Ordregiver skal være opmærksom på, at ordregiver alene kan tildele en kontrakt, når den tilbudsgiver, som ordregiver har til hensigt at tildele kontrakten til, har fremlagt endelig dokumentation for oplysningerne i ESPD'et, og når ordregiver på baggrund af dokumentationen har verificeret, at tilbuddet er afgivet af en tilbudsgiver, som ikke skal udelukkes, som opfylder evt. minimumskrav til egnethed, og som evt. er udvalgt.[658]

Underretning til de berørte tilbudsgivere skal indeholde følgende:

---

[656] Jf. udbudslovens § 171, stk. 2.
[657] Jf. udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 3, og § 171, stk. 4-5.
[658] Jf. udbudslovens § 159, stk. 2.

» Angivelse af, hvornår standstill-perioden udløber (se afsnit 10.6.7 om standstill-periode).
» Begrundelse for ordregivers beslutning, medmindre der er tale om tildeling af kontrakt på baggrund af et dynamisk indkøbssystem.

Begrundelsen for ordregivers beslutning skal have et indhold, som gør, at den berørte tilbudsgiver klart og utvetydigt får kendskab til de betragtninger, som ordregiver har lagt til grund ved beslutningen. Ordregivers begrundelsespligt betyder dog ikke, at ordregiver skal videregive oplysninger, som denne ikke vil kunne give aktindsigt i efter forvaltningsloven eller offentlighedsloven.

Hvilke oplysninger der nærmere skal fremgå af begrundelsen, afhænger af, om der er tale om en tilbudsgiver, som har givet et uantageligt tilbud, fx fordi tilbuddet ikke lever op til kravene i udbudsmaterialet, eller en tilbudsgiver, hvis tilbud lever op til kravene i udbudsmaterialet, men hvis tilbud ikke blev vurderet til det økonomisk mest fordelagtige.

Underretning af tilbudsgivere, der har afgivet et uantageligt tilbud
Ordregivers underretning af en tilbudsgiver, som har afgivet et uantageligt tilbud, skal indeholde en begrundelse for, hvorfor tilbuddet er blevet afvist. Ordregiver er kun forpligtet til at begrunde, hvad der har ført til afvisningen af tilbudsgiverens eget tilbud. Begrundelsen skal vedrøre tilbuddets forhold til de krav, som ordregiver har stillet i udbudsmaterialet. Forholdet til andre tilbud er derimod ikke relevant.

Et uantageligt tilbud kan fx være et tilbud, der indeholder forbehold mod grundlæggende elementer eller mindstekrav. Ordregivers begrundelsespligt vil her bestå i at angive og begrunde, hvilke angivelser eller afvigelser i tilbuddet som ordregiver betragter som forbehold, samt hvilke grundlæggende elementer eller mindstekrav disse angivelser eller afvigelser betragtes som forbehold over for. Det vil ikke være tilstrækkeligt, at ordregiver blot angiver, at tilbuddet indeholder forbehold mod grundlæggende elementer eller mindstekrav. Ordregiver er på den anden side ikke forpligtet til at oplyse en tilbudsgiver, som har afgivet et uantageligt tilbud, om, hvorvidt de øvrige tilbud overholder de pågældende krav, og hvilken bedømmelse de i øvrigt har fået.

Det er vigtigt at være opmærksom på, om en tilbudsgiver, der har afgivet et uantageligt tilbud, stadig kan betragtes som berørt, jf. afsnit 10.6 ovenfor. Berørte tilbudsgivere skal ud over begrundelsen for, hvorfor deres tilbud er afvist, også underrettes om, hvem der har vundet kontrakten.

Underretning af tilbudsgivere, der har afgivet et antageligt tilbud
Ordregivers underretning af forbigåede tilbudsgivere, som har afgivet et antageligt tilbud, skal indeholde en begrundelse med tilstrækkelige oplysninger om det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele set i forhold til det afviste tilbud. Begrundelsen skal være i relation til de enkelte under- og delkriterier, så de centrale elementer, der har været udslagsgivende ved bedømmelsen, belyses. Oplysninger på delkriterieniveau skal kun stå i meddelelsen for de delkriterier, der har haft væsentlig indflydelse på udfaldet af evalueringen.

Ordregiver skal desuden oplyse navnet på den vindende tilbudsgiver, og hvis der er tale om en rammeaftale, skal parterne i rammeaftalen oplyses.

Ordregiver skal oplyse om de forhold, der er blevet lagt vægt på, og må ikke undlade at oplyse om forhold, der er blevet tillagt betydning. Det betyder bl.a., at det ikke vil være tilstrækkeligt, hvis ordregiver kun oplyser resultatet af beslutningen og om fremgangsmåden ved ordregiverens beslutning.

Hvor fyldestgørende en begrundelse skal være, afhænger af de konkrete omstændigheder ved det enkelte udbud. Det kan fx afhænge af de valgte underkriterier, kompleksiteten af den udbudte ydelse, hvordan ordregiveren har udformet udbudsmaterialet, og omstændighederne i

øvrigt. Der vil fx være grund til at være særligt opmærksom på indholdet af begrundelsen i de tilfælde, hvor den forbigåede tilbudsgiver har afgivet tilbuddet med den laveste pris, men ikke vundet, på trods af at priskriteriet vægtede højt. I et sådant tilfælde skærpes kravene til begrundelsen.

I de tilfælde, hvor evalueringsmodellen er baseret på en model, hvor tilbuddene gives point på baggrund af en kvalitativ evaluering, skal pointangivelserne som udgangspunkt være ledsaget af en forklaring på pointangivelserne og dermed de kvalitative forskelle mellem vinderens tilbud og den forbigåede tilbudsgivers tilbud. En underretning udelukkende med pointangivelser kan som udgangspunkt ikke stå alene. En sådan underretning vil ikke indeholde tilstrækkelige oplysninger om det vindende tilbuds relative karakteristika og relative fordele til at kunne belyse, hvilke centrale elementer der har været udslagsgivende ved bedømmelsen.[659] Det er som udgangspunkt ikke et krav, at ordregiver i underretningen skal oplyse pointangivelser. Det afgørende er, at underretningen indeholder tilstrækkelige oplysninger om det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele.

Ordregiverens begrundelse skal sætte tilbudsgiveren i stand til at kunne konstatere, om evalueringen er sket inden for rammerne af den evalueringsmodel, som ordregiveren har beskrevet i udbudsmaterialet. Tilbudsgiveren skal desuden kunne konstatere, om der er blevet lagt vægt på de forhold, som ordregiveren har angivet i udbudsmaterialet, vil blive tillagt betydning ved tilbudsevalueringen af de enkelte under- og delkriterier.

Ved tildeling af kontrakter i forbindelse med de fleksible procedurer som udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber skal ordregiveren desuden redegøre for forløbet af forhandlingerne eller dialogen med tilbudsgiverne, hvilket har til formål at øge gennemsigtigheden ved de fleksible procedurer.

Underretning ved tildeling af kontrakter på baggrund af et dynamisk indkøbssystem
Ordregiver skal underrette de berørte tilbudsgivere om kontrakter, som tildeles på baggrund af et dynamisk indkøbssystem. Spørgsmålet om, hvorvidt sådan en underretning skal ledsages af en begrundelse, afhænger af, hvornår udbudsbekendtgørelsen for det dynamiske indkøbssystem er offentliggjort.

For dynamiske indkøbssystemer, hvor udbudsbekendtgørelsen er offentliggjort *inden* den 1. juli 2022, skal ordregiver ledsage beslutningen om tildeling af en kontrakt på baggrund af systemet med en begrundelse. Ordregiver skal her give de påkrævede begrundelser til de berørte tilbudsgivere, som har afgivet hhv. uantagelige eller antagelige tilbud, jf. ovenfor.[660]

For dynamiske indkøbssystemer, hvor udbudsbekendtgørelsen er offentliggjort *efter* den 1. juli 2022, er ordregiver ikke forpligtet til at give en begrundelse til de berørte tilbudsgivere sammen med underretningen.[661] Såfremt en berørt tilbudsgiver anmoder om en begrundelse, skal ordregiver dog afgive en begrundelse. Indholdet af denne begrundelse skal følge reglerne for underretning af en tilbudsgiver, der har afgivet hhv. et uantageligt eller et antageligt tilbud.

---

[659] Dette fremgår også af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. oktober 2014, *Grontmij A/S mod Ministeriet for By, Bolig og Landdistrikter*.

[660] Ordregivere var inden ændringen af udbudsloven ved lov nr. 884 af 21. juni 2022, som trådte i kraft den 1. juli 2022, forpligtet til at ledsage en underretning om tildeling af kontrakt på baggrund af et dynamisk indkøbssystem med en begrundelse, som lever op til kravene i udbudslovens § 171, stk. 4. Ved lovændringen blev denne forpligtelse erstattet med en forpligtelse til at give en begrundelse på tilbudsgiverens anmodning. Pligten til at give begrundelse sammen med underretningen gælder efter lovens ikrafttræden fortsat for de dynamiske indløbssystemer, hvor udbudsbekendtgørelsen er offentliggjort inden lovens ikrafttræden.

[661] Jf. udbudslovens § 171, stk. 5.

En berørt tilbudsgiver skal modtage begrundelsen, senest 15 dage efter at ordregiveren har modtaget anmodningen herom.

Lempeligere krav til begrundelse i forbindelse med tildeling på baggrund af dynamiske indkøbssystemer kan lette administrationen forbundet med kontrakttildelinger på baggrund af dynamiske indkøbssystemer. Ordregiver skal dog være opmærksom på, at klagefristen ikke begynder at løbe, hvis ordregiver ikke giver en begrundelse.[662] Hvis ordregiver ønsker at igangsætte en klagefrist, skal ordregiver angive en begrundelse for beslutningen til de berørte tilbudsgivere.

10.6.4 Underretning ved optagelse i et dynamisk indkøbssystem[663]

Et dynamisk indkøbssystem er en elektronisk indkøbsproces til indkøb af ydelser, der er generelt tilgængelige på markedet og opfylder ordregivers krav.[664] Etableringen af et dynamisk indkøbssystem sker ved et begrænset udbud. Ordregiver er ved oprettelsen af et dynamisk indkøbssystem forpligtet til at følge reglerne for begrænset udbud i alle faser indtil tildelingen af de konkrete kontrakter, dog med den undtagelse, at ordregiver ved dynamiske indkøbssystemer ikke kan begrænse antallet af ansøgere, der optages i systemet. Alle ansøgere, der opfylder minimumskravene til egnethed og ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde, skal derfor optages i systemet.

Ved underretning af en forbigået ansøger om optagelse i et dynamisk indkøbssystem skal ordregiver begrunde sin beslutning om ikke at optage den pågældende ansøger. Den forbigåede ansøger skal oplyses om, hvorfor denne afvises. Ordregiver skal begrunde, om ansøgeren udelukkes, fordi denne er omfattet af en af udelukkelsesgrundene og ikke er vurderet pålidelig, eller hvilke minimumskrav til egnethed ansøgeren ikke lever op til.

10.6.5 Underretning ved aflysning af en udbudsprocedure[665]

Ordregiver har mulighed for at aflyse en igangværende udbudsprocedure, indtil kontrakten underskrives. Træffer ordregiver beslutning om at aflyse en udbudsprocedure, skal alle berørte ansøgere og tilbudsgivere underrettes.[666] Underretningen skal indeholde en begrundelse for aflysningen af udbuddet. Ordregiver skal i begrundelsen angive det eller de forhold, der har været afgørende for ordregivers aflysning af udbudsproceduren.

Begrundelsespligten gælder både, hvis ordregiver aflyser og ikke påbegynder en ny udbudsprocedure, og hvis ordregiver aflyser og påbegynder en ny udbudsprocedure.

Hvis ordregiver efter en aflyst udbudsprocedure vil udbyde kontrakten på ny, skal dette ske med offentliggørelse af en ny udbudsbekendtgørelse.

---

[662] Det følger af lov om Klagenævnet for Udbuds § 7, stk. 2, nr. 2, at den præklusive klagefrist på 30 dage for klager over kontrakttildelinger på bl.a. dynamiske indkøbssystemer først begynder at løbe fra dagen efter den dag, hvor ordregiver har underrettet de berørte tilbudsgivere og har angivet en begrundelse for beslutningen.

[663] Jf. udbudslovens § 171, stk. 6.

[664] Læs nærmere om dynamiske indkøbssystemer i afsnit 6.3.

[665] Jf. udbudslovens § 171, stk. 7.

[666] Ordregiver skal derudover meddele aflysning til EU's publikationskontor ved at udfylde og fremsende "bekendtgørelse om indgåede kontrakter". Læs mere om denne forpligtelse og om aflysning af udbudsprocedurer generelt i afsnit 11.4.1.

10.6.6 Oplysninger, der kan undtages i underretningen[667]

Ordregiver kan i særlige situationer undlade at komme med visse af de oplysninger, som er omfattet af ordregivers underretningspligt.

Ordregiver kan undlade at meddele oplysninger, når:

» Videregivelse af oplysninger er i strid med offentlige interesser,
» videregivelse er til skade for en bestemt offentlig eller privat økonomisk aktørs legitime økonomiske interesser, eller
» videregivelse vil skade effektiv konkurrence mellem økonomiske aktører.

Der er tale om en undtagelse fra den almindelige ret til at modtage visse oplysninger, og bestemmelsen skal derfor fortolkes indskrænkende. Udgangspunktet vil være, at det kun er i særlige tilfælde, at ordregiver vil kunne tilbageholde oplysninger.

Ordregiver skal konkret overveje under hensyn til proportionalitetsprincippet, om hensynet til hemmeligholdelse af visse oplysninger vejer tungere end hensynet til gennemsigtighed.

De oplysninger, der kan undlades, svarer i et vist omfang til de hensyn, der efter omstændighederne kan berettige undtagelse af oplysninger fra aktindsigt i medfør af offentlighedsloven og forvaltningsloven samt retspraksis på området.[668]

10.6.7 Standstill-perioden[669]

I forbindelse med underretningen om tildeling af en kontrakt eller rammeaftale gælder der en standstill-periode. Dette betyder, at ordregiver tidligst må indgå kontrakt med den/de valgte tilbudsgiver(e) efter udløbet af standstill-perioden.

Standstill-perioden er en obligatorisk pause i udbudsprocessen, som indskydes mellem ordregivers tildelingsbeslutning og ordregivers underskrivelse af kontrakten. Formålet med denne pause er at give forbigåede tilbudsgivere reel mulighed for at klage over ordregivers tildelingsbeslutning på et tidspunkt, hvor ordregiver og den vindende tilbudsgiver endnu ikke har underskrevet kontrakten, og hvor en evt. overtrædelse af udbudsreglerne stadig kan afhjælpes.

Indgives en klage i standstill-perioden, har klagen automatisk opsættende virkning, og kontrakten må ikke underskrives, førend Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om klagens opsættende virkning.

Standstill-perioden skal være på mindst 10 kalenderdage, regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiver har afsendt underretningen, hvis underretningen er sket ad elektronisk vej, eller 15 kalenderdage, hvis underretningen er sendt pr. brev.

Ordregiver må gerne fastsætte en længere standstill-periode.

---

[667] Jf. udbudslovens § 172.
[668] For uddybning vedrørende aktindsigt henvises til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens *Vejledning om aktindsigt i udbudssager*, som findes på styrelsens hjemmeside, kfst.dk.
[669] Jf. udbudslovens § 173 og lov om Klagenævnet for Udbuds § 3.

Standstill-perioden regnes fra dagen efter den dag, hvor underretningen er afsendt, og til udløbet af den sidste time på den sidste dag.[670] Hvis den sidste dag af fristen falder på en helligdag eller i weekenden, vil fristen først udløbe med udgangen af den efterfølgende arbejdsdag. Ordregiveren skal i underretningen til berørte tilbudsgivere oplyse om, hvornår standstill-perioden udløber.[671]

Boks 10.3
Eksempel på beregning af standstill-perioden

Sender ordregiver en underretning ad elektronisk vej den 1., vil standstill-perioden løbe fra den 2. til og med den 11., og kontrakten må derfor først underskrives den 12.

Sender ordregiver en underretning pr. brev den 1., vil standstill-perioden løbe fra den 2. til og med den 16., og kontrakten må derfor først underskrives den 17.

Hvis den sidste dag af fristen, dvs. 11.- eller 16.-dagen, falder på en helligdag eller i weekenden, vil fristen først udløbe med udgangen af den efterfølgende arbejdsdag. Dvs. hvis fristens sidste dag eksempelvis falder på en lørdag, vil fristen først udløbe med udgangen af den sidste time om mandagen, og kontrakten vil først kunne underskrives om tirsdagen.

Ordregiver kan undlade at afholde en standstill-periode i følgende tilfælde:[672]

- Ved en kontrakt, der tildeles ved udbud uden forudgående udbudsbekendtgørelse, fx når kontrakten tildeles ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse.[673]
- Ved tildeling af en kontrakt på en rammeaftale ved såvel direkte tildeling som miniudbud.
- Ved tildeling af en kontrakt på baggrund af et dynamisk indkøbssystem.
- Hvis den eneste berørte tilbudsgiver er den tilbudsgiver, der tildeles kontrakten, og der i øvrigt ikke er nogen berørte ansøgere.

Pligten til at afholde en standstill-periode gælder kun for kontrakter, som er omfattet af udbudslovens afsnit II og III. Ordregiver er således ikke forpligtet til at afholde en standstill-periode forud for indgåelse af kontrakter, som er omfattet af udbudslovens afsnit IV eller V, eller kontrakter, som er undtaget fra udbudsloven.

10.7 Tilbagekaldelse af tildelingsbeslutningen[674]

Ordregiver har i visse situationer mulighed for at tilbagekalde sin tildelingsbeslutning, selv efter at ordregiver har foretaget den endelige tildeling af en kontrakt og underrettet tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen. I så fald skal ordregiver genoptage tilbudsevalueringen og træffe en ny tildelingsbeslutning på grundlag af en fornyet vurdering af tilbuddene.

[670] Frister skal beregnes i overensstemmelse med Rådets forordning nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter. Læs mere om beregning af frister i afsnit 8.5.
[671] Jf. udbudslovens § 171, stk. 4.
[672] Jf. lov om Klagenævnet for Udbuds § 3, stk. 3.
[673] Der er her tale om udbudsprocedurer, som fremgår af udbudslovens §§ 80-83. Derudover er der muligvis heller ikke pligt til at afholde en standstill-periode ved en procedure efter udbudslovens § 61, stk. 4, dvs. når der har været gennemført et offentligt eller begrænset udbud, hvor ordregiver kun har modtaget ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud, og hvor ordregiver kan overgå til udbud med forhandling, uden at der offentliggøres en ny udbudsbekendtgørelse, jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 5. januar 2016, *MultiLine A/S mod Aarhus Universitet*. Klagenævnet lagde her vægt på, at der ved overgang til udbud med forhandling reelt blev indledt en ny udbudsprocedure uden forudgående offentliggørelse. Rækkevidden af kendelsen er dog uklar.
[674] Jf. udbudslovens § 170.

Tilbagekaldelse af en tildelingsbeslutning forudsætter, at beslutningen medfører en risiko for, at den tilbudsgiver, til hvem kontrakten er blevet tildelt, ikke burde have fået den tildelt, og at følgende betingelser er opfyldt:

1. Der er blevet begået en fejl ved den oprindelige vurdering af tilbuddene,
2. kontrakten er endnu ikke indgået,
3. den fastsatte vedståelsesperiode er ikke udløbet, og
4. samtlige tilbudsgivere er underrettet om, at tildelingsbeslutningen tilbagekaldes, og at vurderingen af tilbuddene genoptages.

Nedenfor gennemgås de enkelte betingelser.

Fejl ved den oprindelige vurdering af tilbuddene
For at kunne tilbagekalde en tildelingsbeslutning er den første betingelse, at ordregiveren skal have begået en fejl ved vurderingen af tilbuddene. En sådan fejl kan eksempelvis være, at ordregiveren har overset, at den valgte tilbudsgiver ikke opfylder de fastsatte minimumskrav til egnethed, eller at den valgte tilbudsgiver er omfattet af en udelukkelsesgrund, der forpligter ordregiveren til at udelukke tilbudsgiveren.

Der er ikke som sådan nogen bagatelgrænse for, hvor stor fejlen skal være, før ordregiveren er berettiget til at tilbagekalde sin tildelingsbeslutning. Afgørende er, at den beslutning, som ordregiveren ønsker at tilbagekalde, medfører risiko for, at den tilbudsgiver, der har fået tildelt kontrakten, ikke burde have fået den tildelt.

Kontrakten er endnu ikke indgået
Det er desuden en betingelse for at kunne tilbagekalde en tildelingsbeslutning, at kontrakten endnu ikke er indgået.

Hvorvidt en kontrakt er indgået, skal afgøres efter de almindelige aftaleretlige regler. Dette vil typisk indebære, at en kontrakt foreligger med underskrift fra både ordregiver og tilbudsgiver.

Den fastsatte vedståelsesperiode er ikke udløbet
For at kunne tilbagekalde en tildelingsbeslutning må den fastsatte vedståelsesperiode ikke være udløbet. Vedståelsesperioden er den minimumsperiode, hvor tilbudsgiveren er forpligtet af sit tilbud. I denne periode kan ordregiveren acceptere tilbuddet, og tilbudsgiveren bliver herefter forpligtet til at levere i henhold til tilbuddet.

Er vedståelsesperioden udløbet, er tilbudsgiveren ikke forpligtet af sit tilbud. Der vil dog efter omstændighederne være mulighed for, at tilbudsgiveren samtykker til at indgå kontrakt på de tilbudte vilkår efter vedståelsesfristens udløb.

Underretning om tilbagekaldelse og genoptagelse af tilbudsvurderingen
Ordregiver skal underrette samtlige tilbudsgivere om, at tildelingsbeslutningen tilbagekaldes, og at vurderingen af tilbuddene genoptages.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ordregiver ikke har pligt til at underrette tilbudsgiverne om tilbagekaldelsen, inden vurderingen af tilbuddene genoptages. På denne måde behøver ordregiver kun at underrette tilbudsgiverne én gang, nemlig efter at der er foretaget en fornyet tildeling, og den rigtige vinder af udbuddet kan tildeles kontrakten.

Denne underretning skal indeholde en formel tilbagekaldelse med angivelse af den konstaterede fejl samt i øvrigt overholde reglerne om underretning ved tildeling af kontrakter (se afsnit 10.6.3).

Ny tildelingsbeslutning
Når ordregiver har konstateret, at der er begået en fejl ved vurderingen af de indkomne tilbud, og at hverken vedståelsesperioden er udløbet, eller kontrakten er indgået, kan ordregiver genoptage tilbudsvurderingen.

Den nye tildelingsbeslutning skal træffes på grundlag af en fornyet vurdering af de samme tilbud, som lå til grund for den oprindelige tildelingsbeslutning, med anvendelse af den i udbudsmaterialet beskrevne fremgangsmåde. Der må med andre ord ikke ændres i den metode, som blev anvendt til at vurdere tilbuddene i første omgang.

Den genoptagne vurdering har udelukkende til formål at rette den eller de fejl, der blev begået ved den oprindelige vurdering, for at den retmæssige tilbudsgiver tildeles kontrakten.

10.8 Ordregivers rapporteringspligt og dokumentation af udbudsprocessen[675]

Ordregiver skal efter afslutningen af et udbud og i løbet af et dynamisk indkøbssystem udarbejde en skriftlig rapport indeholdende en række specifikke oplysninger, herunder dokumentation for afviklingen af udbuddet. Ordregiveren skal udarbejde rapporten, uanset om udfaldet af udbuddet er indgåelse af en kontrakt eller en rammeaftale eller aflysning af udbuddet.

Rapporten skal også udarbejdes ved udbud af sociale og andre specifikke tjenesteydelser efter det såkaldte light-regime.[676]

Ved dynamiske indkøbssystemer skal ordregiver løbende opdatere rapporten, når nye økonomiske aktører optages i systemet.

Formålet med rapporten er at sikre gennemsigtighed om ordregiverens beslutninger, der er truffet i forbindelse med udbudsproceduren. Gennemsigtigheden er særligt vigtig ved de fleksible procedurer som udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog samt innovationspartnerskaber.

Udbudsloven angiver en liste over de oplysninger, som rapporten som minimum skal indeholde. Det er dog ikke alle punkterne, der vil være relevante for det enkelte udbud eller det dynamiske indkøbssystem.

Listen nævner følgende oplysninger:

1. Ordregiverens navn og adresse og kontraktens, rammeaftalens eller det dynamiske indkøbssystems genstand og værdi.
2. Resultaterne af egnethedsvurderingen og en evt. udvælgelse blandt antagelige tilbud – med angivelse af:
   a. navnene på de valgte ansøgere eller tilbudsgivere og begrundelsen for valget af dem og
   b. navnene på de afviste ansøgere eller tilbudsgivere og begrundelsen for, at de er blevet afvist.
3. Begrundelsen for tilsidesættelse af tilbud, der er anset for at være unormalt lave.
4. Navnet på den tilbudsgiver, hvis tilbud er antaget, begrundelsen for, at den pågældendes tilbud er valgt, samt (hvis dette vides):

[675] Jf. udbudslovens § 174.
[676] Udbud af sociale og andre specifikke tjenesteydelser omfattet af light-regimet behandles i afsnit 12.2.

   a. oplysning om, hvor stor en del af kontrakten eller rammeaftalen tilbudsgiveren har til hensigt at give i underleverance til tredjemand, og
   b. navnene på tilbudsgiverens evt. underleverandører.
5. Ved udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog: omstændighederne for proceduren, herunder begrundelsen for anvendelsen af disse procedurer.
6. Ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse: de omstændigheder, der har begrundet anvendelse af denne fremgangsmåde.
7. Ved innovationspartnerskaber: de omstændigheder, der har begrundet anvendelse af denne fremgangsmåde.
8. *Hvis relevant:* begrundelsen for, at ordregiveren har besluttet ikke at tildele en kontrakt eller en rammeaftale eller oprette et dynamisk indkøbssystem
9. *Hvis relevant:* begrundelsen for, at ordregiveren har benyttet andre kommunikationsmidler end elektroniske midler til indgivelse af tilbud.
10. *Hvis relevant:* oplysning om påviste interessekonflikter[677] og foranstaltninger, som ordregiveren har truffet efterfølgende.
11. *Hvis relevant:* foranstaltninger, som ordregiveren har truffet som følge af forudgående inddragelse af økonomiske aktører (indledende markedsundersøgelser m.v.) i forberedelsen af udbuddet.

Ordregiver er ikke forpligtet til at udarbejde en rapport, når den kontrakt, som ordregiveren indgår, er baseret på en rammeaftale med en enkelt leverandør. Det samme gælder for kontrakter, som ordregiveren indgår på baggrund af en rammeaftale med flere leverandører, hvor tildelingen af kontrakten sker uden fornyet konkurrence, dvs. ved direkte tildeling.

Ordregiver skal ved afslutning af en udbudsprocedure offentliggøre en bekendtgørelse om indgåede kontrakter.[678] Når ordregiver udfylder sin bekendtgørelse om indgåede kontrakter, skal nogle af de samme oplysninger, som skal fremgå af rapporten, også fremgå af denne bekendtgørelse.[679] Ordregiver kan for at mindske den administrative byrde henvise til bekendtgørelsen om indgåede kontrakter, hvis alle oplysninger, der skal fremgå af rapporten, er anført i bekendtgørelsen. De oplysninger, der mangler, skal ordregiver angive i rapporten.

Ordregiver skal desuden kunne dokumentere afviklingen af et udbud, dvs. de handlinger og beslutninger, der er foretaget med henblik på indgåelse af den udbudte kontrakt. Det kan være relevante oplysninger helt fra de indledende markedsundersøgelser til gennemførelsen af udbuddet og indgåelse af kontrakten. Det kan fx være dokumentation vedrørende en indledende markedsundersøgelse, dokumentation for dialog eller møder med potentielle tilbudsgivere, beregning af kontraktens forventede værdi, kontraktens fastsatte budget, interne overvejelser og beslutninger i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmaterialet.

Ved udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog samt innovationspartnerskaber skal alle faser i processen dokumenteres på behørig vis. Ordregiver kan fx dokumentere forløbet via referater, notater eller på andre måder, der opregner hovedelementerne fra faserne i forhandlingsforløbet.

Dokumentationspligten gælder, uanset om udbudsproceduren er gennemført elektronisk eller ej. Dokumentationen skal opbevares i hele kontraktens løbetid, dog mindst tre år fra tidspunktet for tildelingen af kontrakten.

---

[677] Se definition af interessekonflikter i udbudslovens § 24, nr. 18.

[678] Jf. udbudslovens § 129. Læs mere om bekendtgørelse om indgåede kontrakter i afsnit 7.7.1 ovenfor.

[679] Jf. udbudslovens §§ 129 og 189.

En ordregiver skal efter anmodning herom sende rapporten eller hovedelementerne heri til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen eller Europa-Kommissionen.[680]

[680] Jf. udbudslovens § 174, stk. 6.

Kapitel 11
Ændring, aflysning og ophævelse

11.1 Indledning

I dette kapitel gennemgås reglerne for ændringer af ansøgere og tilbudsgivere under udbudsprocessen, ændringer af kontrakter, ordregivers aflysning af udbudsproceduren samt ordregivers pligt og ret til at bringe en indgået offentlig kontrakt til ophør.

Ordregiver kan i visse situationer komme ud for, at der under udbudsprocessen sker ændringer i de virksomheder, som er ansøgere eller tilbudsgivere, fx pga. fusion eller anden virksomhedsmæssig omstrukturering. Reglerne for håndtering af sådanne situationer gennemgås i afsnit 11.2.

I modsætning til private aftaleforhold, hvor kontraktens parter frit kan aftale, hvilke ændringer af kontrakten der kan foretages i kontraktens løbetid, har offentlige ordregivere ikke den samme grad af frihed til at ændre en indgået kontrakt. Det skyldes, at en grundlæggende ændring af kontrakten anses for indgåelse af en ny kontrakt, som dermed er udbudspligtig.

Udbudsreglerne giver mulighed for at foretage visse ændringer i offentlige kontrakter. Dette kapitel har til formål at vejlede om, hvilke ændringer af en offentlig kontrakt der er tilladte, og hvilke der medfører pligt til at udbyde aftalen på ny. Udbudslovens regler om ændringer af kontrakter gennemgås i afsnit 11.3.

Ordregiver kan i løbet af udbudsprocessen være nødsaget til at aflyse en udbudsprocedure, fx fordi ordregivers behov ændrer sig. Reglerne for, hvornår og hvordan sådan en aflysning kan ske, gennemgås i afsnit 11.4.

Endelig kan ordregiver i visse tilfælde være forpligtet eller berettiget til at bringe en indgået offentlig kontrakt til ophør. Hvilke omstændigheder der skal være til stede, for at ordregiver har enten ret eller pligt til at bringe en offentlig kontrakt til ophør, gennemgås i afsnit 11.5.

11.2 Ændring og udskiftning af ansøger eller tilbudsgiver[681]

Ordregiver kan acceptere ændringer hos en udvalgt ansøger eller tilbudsgiver i forbindelse med en udbudsprocedure. Et sådant behov kan forekomme i forbindelse med et udbud, hvis fx en ansøger bliver opkøbt af eller fusionerer med en anden virksomhed. Det kan også opstå, hvis en deltager i en sammenslutning (som fx et konsortium) udgår. I disse tilfælde kan ansøgeren formelt skifte identitet, uden at dette medfører reelle ændringer for den del af virksomheden eller de virksomheder, der byder på og skal udføre den udbudte kontrakt. I den situation ville det være til skade for konkurrencen, hvis udbudsreglerne forpligtede ordregiver til at afvise en ansøgning fra en tilbudsgiver, der formelt set ikke er den samme virksomhed som

[681] Jf. udbudslovens § 147.

den, der blev udvalgt, men som reelt er indgået i konkurrencen om opgaven på lige vilkår med de øvrige tilbudsgivere.

Udbudsloven præciserer derfor, at ordregiver kan tillade sådanne ændringer, så længe principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet overholdes. Loven opregner fire tilfælde, hvor disse principper anses for at være opfyldt, og hvor der derfor lovligt kan ske udskiftning af en ansøger/tilbudsgiver. Andre tilfælde kan dog også tillades, hvis principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet efter en konkret vurdering er overholdt. De fire tilfælde, som udbudsloven konkret tager stilling til, er:

» Udskiftning af en virksomhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sin økonomiske eller tekniske formåen på, når det skyldes forhold uden for ansøgerens eller tilbudsgiverens kontrol.
» Når en deltager i en sammenslutning (fx et konsortium) udgår.
» Udskiftning af en deltager i en sammenslutning (fx et konsortium) pga. forhold, der er uden for de øvrige deltageres kontrol.
» Virksomhedsmæssig omstrukturering af ansøgeren eller tilbudsgiveren.

Der er en række krav til anvendelsen af disse muligheder for at tillade ændringer foretaget af en ansøger eller tilbudsgiver, som alle skal være opfyldt:

» Den udgående eller udskiftende enhed må ikke have haft afgørende betydning for vurderingen i forhold til opfyldelse af minimumskravene til egnethed, udvælgelse eller tilbudsevalueringen.
» Ansøgeren eller tilbudsgiveren skal også efter ændringen leve op til kravene vedrørende ikke-udelukkelse og egnethed.
» Ændringen må ikke medføre, at en anden virksomhed ville have haft adgang til at deltage i udbuddet, hvis ændringen var blevet foretaget, inden ansøgningen blev indgivet.

I det følgende redegøres nærmere for hver af de fire situationer, hvor udbudsloven har præciseret, at ændring kan tillades uden at tilsidesætte principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

De ovennævnte muligheder angår ordregivers adgang til at acceptere ændringer hos ansøgere eller tilbudsgivere under udbudsprocessen. Ordregiver kan under visse betingelser også acceptere ændringer hos leverandøren efter kontraktindgåelsen. Mulighederne herfor behandles i afsnit 11.3.

Udskiftning af en virksomhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sin økonomiske eller tekniske formåen på[682]
Hvis en ansøger eller tilbudsgiver har baseret sin økonomiske og finansielle formåen eller tekniske og faglige formåen på en anden virksomhed, kan der ske udskiftning af virksomheden under visse betingelser.

Udskiftningen skal for det første være en følge af forhold, der påviseligt er uden for ansøgers eller tilbudsgivers kontrol. Det kan eksempelvis være ved konkurs eller andre forhold, der betyder, at virksomheden ikke længere kan udgøre en teknisk eller økonomisk basis for ansøgeren eller tilbudsgiveren.

[682] Jf. udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 1.

Erstatningen af virksomheden må desuden ikke have haft afgørende betydning for vurderingen i forhold til opfyldelse af minimumskravene til egnethed eller udvælgelsen eller for tilbudsevalueringen. Det forhold, at virksomheden erstattes, må således ikke have haft indflydelse på, hvem der har opnået adgang til at deltage i udbuddet. Det kunne eksempelvis være tilfældet, hvor ordregiveren har angivet at ville udvælge seks virksomheder, men kun har modtaget fem ansøgninger. I det tilfælde vil en beslutning om at tillade udskiftning af en virksomhed, som ansøgeren baserer sig på, ikke have indflydelse på de øvrige ansøgere, idet alle ansøgere ville være blevet udvalgt, såfremt de var kvalificerede.

Hvis ordregiver derimod havde modtaget syv kvalificerede ansøgninger og dermed skulle afvise en af ansøgerne, må den støttende virksomhed, som ønskes udskiftet, ikke have været afgørende for, at den pågældende ansøger var blevet udvalgt.

Der kan desuden opstå en situation, hvor ordregiver skal kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren skal erstatte den virksomhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på. Det er tilfældet, hvis den pågældende virksomhed (støttevirksomheden) ikke opfylder de fastsatte minimumskrav til egnethed, eller hvis virksomheden er omfattet af en udelukkelsesgrund.[683] I sådanne situationer skal ordregiver tillade udskiftning, selvom den støttende enhed, som kræves udskiftet, har haft afgørende betydning for vurderingen af ansøgerens eller tilbudsgiverens opfyldelse af minimumskravene.[684] Udskiftningen må dog ikke føre til en så væsentlig ændring af ansøgningen eller tilbuddet, at den skal anses som en ny ansøgning eller et nyt tilbud.[685]

Ordregiver skal i den forbindelse fastsætte en passende frist for ansøgeren eller tilbudsgiveren til at erstatte den pågældende virksomhed. Alle ansøgere eller tilbudsgivere, der befinder sig i den situation, skal have en passende tidsfrist til at erstatte virksomheden, som ikke lever op til de stillede krav.

Ordregivers krav om udskiftning af den støttende virksomhed skal i øvrigt ske under overholdelse af principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Når en deltager i en sammenslutning udgår[686]

Ordregiver kan også tillade en ændring af ansøgeren eller tilbudsgiveren, hvis en deltager i en sammenslutning udgår. Det kan eksempelvis være et konsortium med flere deltagere, hvor en af deltagerne beslutter at udgå fra konsortiet, efter at konsortiet har indsendt en ansøgning eller et tilbud. En sådan ændring kan dog ikke tillades, hvis den pågældende konsortiedeltager har haft afgørende betydning for vurderingen i forhold til opfyldelse af minimumskravene til egnethed, udvælgelsen eller tilbudsevalueringen. Dvs. på samme måde som beskrevet ovenfor ved udskiftning af en virksomhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sin økonomiske eller tekniske formåen på.

Udskiftning af deltager i en sammenslutning[687]

Ændring af en ansøger eller en tilbudsgiver kan også tillades, hvis en deltager i en sammenslutning erstattes pga. forhold, der påviseligt er uden for de øvrige deltageres kontrol. Dette

---

[683] Jf. udbudslovens § 144, stk. 5.

[684] Se som eksempel Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. januar 2019, *Alstom Transport Danmark A/S mod DSB*. Selvom denne kendelse vedrører forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 79, stk. 2, 2. afsnit, svarer denne regel til udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 2. afsnit, som er implementeret ved udbudslovens § 144, stk. 5.

[685] Jf. EU-Domstolens dom af 3. juni 2021, i sagen C-210/20, *Rad Service m.fl.*, præmis 42-44.

[686] Jf. udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 2.

[687] Jf. udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 3.

kan eksempelvis være ved, at en deltager går konkurs, frasælger de forretningsområder, som er relevante for den udbudte kontrakt, fusionerer med eller bliver opkøbt af et andet selskab eller andre forhold, der betyder, at en deltager i sammenslutningen ikke længere kan deltage, eller at der ikke er juridisk og materiel identitet mellem det selskab, som var den oprindelige deltager, og det overtagende selskab.

Det påhviler ordregiver at påvise, at der er tale om forhold, der er uden for de øvrige deltageres kontrol. De øvrige deltagere skal efter omstændighederne forsyne ordregiver med beviserne for, at betingelsen er opfyldt, men det er i sidste ende ordregivers ansvar at sikre, at betingelsen er opfyldt.

Den udskiftede deltager må ikke have haft afgørende betydning for vurderingen i forhold til opfyldelse af minimumskrav til egnethed, udvælgelsen eller tilbudsevalueringen på samme måde som beskrevet ovenfor ved udskiftning af en virksomhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sin økonomiske eller tekniske formåen på.

I forhold til sammenslutninger giver udbudsloven som nævnt ordregiver mulighed for at acceptere, at en deltager udgår eller udskiftes. Ordregiver må dog ikke acceptere, at en sammenslutning udvides med yderligere deltagere efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.[688]

Virksomhedsmæssig omstrukturering af ansøgeren eller tilbudsgiveren[689]
Ændring af en ansøger eller en tilbudsgiver kan også tillades, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren fusionerer eller på anden måde foretager en virksomhedsmæssig omstrukturering.

Denne mulighed forudsætter, at vurderingen af ansøgerens eller tilbudsgiverens egnethed, udvælgelsen eller tilbudsevalueringen ikke er blevet påvirket af den virksomhedsmæssige omstrukturering.

Det betyder, at ansøgeren eller tilbudsgiveren efter omstruktureringen fx stadig skal overholde evt. minimumskrav til egnethed, eksempelvis kravene til økonomisk og finansiel og/eller teknisk og faglig formåen.

I forhold til en evt. udvælgelse betyder det, at ændringen ikke må føre til, at ansøgeren ikke var blevet udvalgt, hvis ændringen var indtrådt, inden ansøgningen blev indgivet. Indtræder omstruktureringen efter ordregivers beslutning om tildeling, skal ordregiver også sikre sig, at omstruktureringen ikke ville have ført til et andet resultat af tilbudsevalueringen, hvis ændringen var indtrådt før tilbudsafgivelsen.

Der er en formodning om, at en omstrukturering, der indebærer en udvidelse af den økonomiske aktørs virksomhed, ikke har betydning for vurderingen i forhold til minimumskravene til egnethed, udvælgelse eller tilbudsevaluering.

Hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren derimod bliver mindre, fx ved frasalg af en del af virksomheden, beror det på en konkret vurdering, om ændringen har betydning for vurderingen af den økonomiske aktør. Hvis en ansøger sælger en afdeling, der er i besiddelse af den tekniske og faglige formåen, der har været af betydning i forbindelse med udvælgelsen, vil der være en formodning om, at resultatet ville have været anderledes, hvis ændringen var sket før udvælgelsen. Hvis formodningen ikke kan afkræftes, vil ordregiver være forpligtet til at afvise ansøgeren eller tilbudsgiveren. Ordregiver skal dog altid kræve dokumentation for, at den

[688] Jf. udbudslovens § 147, stk. 4.
[689] Jf. udbudslovens § 147, stk. 1, nr. 4.

vindende tilbudsgiver ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund, er egnet og lever op til kriterierne for udvælgelse.

Det forhold, at en ansøger eller tilbudsgiver ændrer sin selskabsform, vil ikke i sig selv medføre en pligt til at afvise virksomheden.

Ved anvendelse af begrænsede procedurer[690]
Ved procedurer, hvor ordregiver har mulighed for at begrænse antallet af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud eller deltage, kan der opstå situationer, hvor der sker ændringer af det ansøgerfelt, som ordregiver har udvalgt. Det kan eksempelvis være, at én af de oprindeligt udvalgte ansøgere ikke er i stand til at afgive tilbud, eller at ansøgeren blot trækker sig fra konkurrencen om kontrakten efter eget ønske. I sådan en situation har ordregiver mulighed for at invitere en ny ansøger til at afgive tilbud. Det forudsætter dog, at frafaldet er sket pga. forhold, der ligger uden for ordregivers kontrol. Det kan fx være i en situation, hvor en af de oprindelige ansøgere er gået konkurs, og hvor konkursboet over for ordregiver erklærer, at konkursboet ikke vil afgive tilbud. Det er ordregivers ansvar at sikre sig, at den oprindelige ansøger ikke agter at afgive tilbud.

Det er samtidig et krav, at udvælgelsen af den nye ansøger sker i overensstemmelse med den allerede foretagne udvælgelse, således at den nye ansøger skal være den, som bedst opfylder kriterierne for udvælgelse blandt de ansøgere, der ikke blev udvalgt. Eksempelvis skal ordregiver opfordre den sjettebedste ansøger til at afgive tilbud ved en begrænset procedure, hvor der blev udvalgt fem virksomheder ud af ti ansøgere. Kun hvis denne ansøger afslår prækvalifikationen, kan ordregiver opfordre den syvendebedste ansøger. Ordregiveren skal altså henholde sig til den oprindelige vurdering vedrørende udvælgelsen.

Hvis ordregiver vælger at udvælge en ny ansøger, skal ansøgeren have tilstrækkelig tid til at udarbejde sit tilbud. Ordregiveren er som udgangspunkt ikke forpligtet til at forlænge den oprindeligt fastlagte tilbudsfrist. Hvis det efter en konkret vurdering derimod viser sig, at den nye ansøger ikke vil have tilstrækkeligt med tid til at udarbejde tilbud uden en forlængelse af tilbudsfristen, er ordregiveren forpligtet til at forlænge fristen.

11.3 *Ændringer af kontrakten*[691]

Ændring af en kontrakt i dens løbetid reguleres i udbudsloven. Udbudslovens regler gælder efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering ved ændringer af såvel kontrakter som rammeaftaler.[692]

Reglerne er i vidt omfang en kodificering af retspraksis fra EU-Domstolen.[693] Det følger af denne retspraksis, at ændringer i kontraktens bestemmelser, som er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige kontrakt og derfor viser, at det har været parternes vilje at genforhandle kontraktens grundlæggende elementer, ikke kan gennemføres uden en ny udbudsprocedure.

---

[690] Jf. udbudslovens § 147, stk. 5.

[691] Jf. udbudslovens §§ 178-184. Disse bestemmelser om ændring af kontrakter m.v. gælder også for ydelser, som er omfattet af udbudslovens afsnit III (light-regimet), jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. juni 2017, *CFD mod Den Nationale Tolkemyndighed*.

[692] Selvom udbudslovens ordlyd ikke er helt konsekvent herom, fremgår det af udbudsdirektivets artikel 72, som udbudslovens regler om ændringer af kontrakter implementerer, at reglerne gælder ved ændringer af både kontrakter og rammeaftaler.

[693] Navnlig EU-Domstolens dom af 19. juni 2008 i sagen C-454/06, *Pressetext*.

På samme måde fremgår det af udbudslovens regler, at ordregiver er forpligtet til at gennemføre en ny udbudsprocedure, hvis der er tale om en ændring af et grundlæggende element i kontrakten. Ændring af et grundlæggende element er i udbudsloven defineret som en ændring, der kunne have påvirket potentielle ansøgeres eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, såfremt ændringen var fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af kontrakten.[694]

Det vil bero på en konkret vurdering, om en given ændring udgør en ændring af kontraktens grundlæggende elementer. Som det fremgår af definitionen, vil det især være tilfældet for ændringer, som ville have haft indflydelse på udbudsprocedurens udfald, hvis de var en del af den oprindelige procedure. Det vil med andre ord sige, at en ændring, der ville have medført enten, at en anden tilbudsgiver ville have været i stand til at vinde kontrakten, eller at andre potentielle tilbudsgivere ville have været i stand til at ansøge om deltagelse i udbuddet, vil udgøre en ændring af grundlæggende elementer.

I udbudsloven er det præciseret, hvilke konkrete situationer der med sikkerhed har indflydelse på udbudsprocedurens udfald, og som derfor ikke er tilladt uden at gennemføre en ny udbudsprocedure:[695]

- Hvis ordregiver indfører betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren.
- Hvis ændringen medfører, at den økonomiske balance ændres til fordel for leverandøren på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for.
- Hermed menes balancen mellem ydelse og modydelse. Bestemmelsen omfatter enhver ændring, der kan have økonomisk betydning. Eksempelvis ændringer i fordelingen af risici eller ændringer, der medfører reduktion af leverandørens omkostninger uden tilsvarende reduktion i prisen på kontraktens ydelse.
- Hvis ændringen indebærer en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde.
- Hermed menes udvidelser i både omfang og art.
- En ny leverandør erstatter den oprindelige vinder af udbuddet.

Hvis blot en af disse situationer er til stede, vil ændringen være en ændring af grundlæggende elementer, som kræver, at der gennemføres en ny udbudsprocedure.

Nye betingelser, der havde gjort det muligt for andre at deltage eller afgive tilbud[696]
Hvis en ændring ikke kan antages at ville have ført til, at et andet felt af ansøgere/tilbudsgivere ville have været interesserede, taler dette for, at der ikke er tale om en ændring af grundlæggende elementer. Hvis det derimod må antages, at feltet ville have været anderledes, hvis ændringen havde været kendt, da udbuddet blev gennemført, taler dette for, at ændringen må anses som grundlæggende.

Hvis der i udbudsmaterialet er stillet særligt byrdefulde vilkår, som kan afholde nogle tilbudsgivere fra at deltage i udbuddet, kan en ændring af sådanne vilkår medføre, at feltet af tilbudsgivere ville have set anderledes ud. Hvis kontrakten eksempelvis indeholder bestemmelser om ubegrænset ansvar for leverandøren i en kontrakt med en betydelig økonomisk risiko, kan ændring af dette vilkår til, at ansvaret er begrænset til en andel af kontraktsummen, føre til, at

[694] Jf. udbudslovens § 24, nr. 37.
[695] Jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1-4.
[696] Jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 1.

andre tilbudsgivere ville have været interesserede i at deltage i udbuddet. Det samme er tilfældet, hvis ordregiver frafalder et mindstekrav, som der kun var få markedsaktører, der kunne opfylde, således at konkurrencefeltet ville have været større, hvis kravet ikke havde været stillet fra starten.

De ydelser, som kontrakten omfatter, kan også have betydning for, hvilke tilbudsgivere der kan deltage i udbuddet. Hvis markedet er opdelt på en sådan måde, at det har stor betydning for muligheden for at deltage i udbuddet, hvilke ydelser der skal leveres, kan en ændring af ydelsernes karakter føre til, at andre tilbudsgivere kunne have deltaget.

Boks 11.1
Hvornår fører en ændring til, at andre tilbudsgivere kunne have deltaget?

Hvis eksempelvis kontrakten omfatter både rengøring og vinduespolering, vil kun tilbudsgivere, der kan udføre både rengøring og vinduespolering, kunne deltage. Hvis kontrakten herefter ændres, så der kun skal udføres vinduespolering, må det antages, at ansøgerfeltet ville have set anderledes ud, da også tilbudsgivere, der kun udfører vinduespolering, kunne have deltaget. Det samme gør sig gældende den anden vej.

En reduktion af omfanget af kontraktens genstand kan derudover efter omstændighederne have den virkning, at et større antal virksomheder ville have været i stand til at afgive tilbud.[697] Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvis det oprindelige omfang af kontrakten forudsatte, at alene større virksomheder kunne deltage i udbuddet og afgive et tilbud, og hvor reduktionen medfører, at også mindre virksomheder kunne have deltaget. Sådan en reduktion af omfanget kan også have ført til en forholdsmæssig reduktion af kravene til egnethed, som fx et evt. krav til ansøgernes minimumsomsætning, som ligeledes kunne have åbnet deltagelsen i udbuddet for flere virksomheder.

Hvis den ændring, der foretages, ville have haft indflydelse på de forhold, der havde betydning ved tildelingen af kontrakten, eksempelvis prisen eller den tilbudte kvalitet, må det vurderes, om ændringen kunne have ført til en anden vinder. Hvis det vindende tilbud var væsentligt bedre end de øvrige tilbud, eller hvis der kun var ét konditionsmæssigt tilbud, ville det kræve mere, for at ændringen ville have ført til et andet resultat, end hvis tilbuddene lå meget tæt.

Hvis der eksempelvis er stillet særlige krav til ydelsen, som er svære for tilbudsgiverne at opfylde og dermed har haft en betydelig indflydelse på prisen, kan et frafald af sådanne krav føre til, at en anden tilbudsgiver ville have vundet udbuddet.

Det samme gør sig gældende, hvis vilkårene for aftalens opfyldelse ændres grundlæggende. Hvis der eksempelvis er stillet krav om, at leverandøren skal stille en bankgaranti ved kontraktens indgåelse, må det antages at ville have haft betydning for tilbudsafgivelsen, hvis dette i stedet ændres til, at leverandøren kan stille en moderselskabsgaranti.

Ændringer i den økonomiske balance[698]

Hvorvidt aftalens økonomiske balance ændres til fordel for leverandøren, skal vurderes ud fra, om ændringen indebærer økonomiske fordele for leverandøren ud over det, der var forudsat i den udbudte kontrakt. Hvis ændringen sker til fordel for leverandøren på en måde, som ikke var forudsat i kontrakten, må det betragtes som en ændring af grundlæggende elementer.

[697] Jf. EU-Domstolens dom af 7. september 2016 i sagen C-549/14, *Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, præmis 29.
[698] Jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 2.

Ændringer, som har betydning for den økonomiske balance, kan fx være ændringer i fordelingen af risici mellem ordregiveren og leverandøren, fx indførelse af ansvarsbegrænsninger for leverandøren, forkortelser eller forringelser af garantier, eller ændringer, der medfører en reduktion af leverandørens omkostninger uden fx en tilsvarende reduktion i prisen.

Ændringer af kontraktens økonomiske balance til fordel for ordregiveren kan derimod som regel godt foretages. Sådanne ændringer kan dog efter omstændighederne være ændringer af grundlæggende elementer pga. andre forhold, fx fordi de påvirker kredsen af deltagere i udbuddet, jf. ovenfor.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at hvis ændringen indeholder både ændringer til fordel for leverandøren og ændringer til fordel for ordregiveren, skal man se på den samlede effekt af ændringerne. Hvis ændringen indebærer både fordele og ulemper for leverandøren, bliver det derfor også afgørende, om ulemperne overstiger eller i hvert fald eliminerer fordelene sådan, at den samlede økonomiske balance i kontrakten ikke ændres til fordel for leverandøren.

Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvis kravene til den ydelse, leverandøren skal levere, sænkes (uden at det i øvrigt ville have haft betydning for deltagerne i udbuddet, jf. ovennævnte betingelse), men det samtidig bliver gjort sværere for leverandøren at opnå bonus.

Hvis kontrakten ændres til at omfatte yderligere ydelser, udgør det heller ikke en ændring af kontraktens økonomiske balance, at leverandøren modtager betaling for disse ydelser. Dette selvom leverandøren oppebærer en fortjeneste ved det yderligere salg. Der kan dog være tale om en ændring af den økonomiske balance til fordel for leverandøren, hvis leverandørens avance i forbindelse med salget af yderligere ydelser er højere end den oprindeligt forudsatte avance.

Ændringen indebærer en betydelig udvidelse af kontrakten eller rammeaftalens anvendelsesområde[699]

Hvis en ændring indebærer, at aftalen udvides til at omfatte ydelser, der ikke oprindeligt fremgik af udbudsmaterialet, afhænger det af udvidelsens karakter og omfang, om der konkret er tale om en ændring af grundlæggende elementer. En ændring af kontraktens genstand kan både omfatte ændringer i kontraktens kvantitative omfang – altså mere af det samme – og omfatte ændringer i karakteren af ydelsen – altså noget andet. Hvis udvidelsen ikke er betydelig, taler det for, at ændringen ikke er en ændring af grundlæggende elementer. Hvis kontraktens genstand derimod ændres betydeligt, er der tale om en ændring af grundlæggende elementer.

Hvornår en udvidelse er betydelig, afhænger bl.a. af den oprindelige kontrakts størrelse. Værdien af ændringen skal ses i forhold til værdien af den oprindelige kontrakt. Hvis værdien af ændringen er relativt lille i forhold til værdien af den oprindelige kontrakt, taler det for, at ændringen ikke er grundlæggende. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at der ikke gælder en absolut grænse for, hvor stor en udvidelse kan være. Værdien af en udvidelse af kontrakten kan derfor godt overstige tærskelværdien, uden at det indebærer, at ændringen er grundlæggende. Hvor store ændringer der kan foretages, vil bero på en konkret vurdering.

Hvis udvidelsen ligger inden for rammerne af det udbudte, eksempelvis fordi ændringen kan holdes inden for beskrivelsen af det udbudte i udbudsbekendtgørelsen, taler det for, at ændringen ikke er grundlæggende. Vurderingen af, om en udvidelse er betydelig, skal i den forbindelse også ses i sammenhæng med de øvrige situationer, som fører til, at en ændring skal

[699] Jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 3.

anses for at være en ændring af grundlæggende elementer, fx hvorvidt udvidelsen, hvis den havde været kendt fra starten, ville have ført til, at flere virksomheder ville have udtrykt interesse for kontrakten.

Boks 11.2
Eksempel på udvidelse af kontrakten, der ikke er betydelig i en kontrakt med lille værdi

En kommune har udbudt en konsulentaftale om gennemførelse af en optimeringsproces i den kommunale forvaltning med en værdi på 1,7 mio. kr.

Undervejs i opgaven ønsker kommunen at udvide opgaven til også at omfatte en optimeringsproces i vej- og parkafdelingen. Værdien af udvidelsen udgør 340.000 kr. svarende til 20 procent af den oprindelige kontrakts værdi.

En sådan udvidelse af kontrakten er ikke betydelig og udgør efter kommunens vurdering ikke en væsentlig ændring af kontrakten, selvom udvidelsen udgør 20 procent af den oprindelige kontraktværdi. Det skyldes, at der er tale om en mindre udvidelse af kontraktens værdi, at ændringsarbejdet er af en karakter, der også var omfattet af den oprindelige kontrakt, samt at det ikke kan antages, at ændringen isoleret set ville have haft betydning for interessen i at deltage i udbuddet.

Hvis udvidelsen vedrører ydelser, der allerede er indeholdt i kontrakten – altså mere af det samme – vil det primært være relevant at vurdere, om den kvantitative udvidelse ville have haft betydning for markedets interesse i kontrakten. Hvis udvidelsen i sig selv har en betydelig økonomisk værdi, kan dette efter omstændighederne være tilfældet.[700] Hvis udvidelsen derimod vedrører helt andre ydelser, skal det vurderes, om det ville have haft betydning for markedets interesse, at disse andre ydelser var indeholdt. Hvis udvidelsen vedrører ydelser, der er meget forskellige fra de ydelser, den udbudte kontrakt omfattede, skal det vurderes, om det reelt er et andet marked, udvidelsen henvender sig til. Hvis det er tilfældet, vil det kræve mindre, for at udvidelsen skal anses for grundlæggende og dermed alene kan foretages ved et fornyet udbud.

En ny leverandør erstatter den oprindelige vinder af udbuddet[701]
Som altovervejende hovedregel er en udskiftning af den oprindelige leverandør en ændring af et grundlæggende element. Udbudsloven åbner dog mulighed for at udskifte den oprindelige leverandør, hvis udskiftningen er kommet klart, præcist og entydigt til udtryk i en ændringsklausul eller ved omstruktureringer under visse betingelser. Disse muligheder bliver belyst nedenfor i afsnit 11.3.4.

Yderligere momenter, der kan indgå i vurderingen af, om en ændring er grundlæggende
Ud over de ovennævnte forhold er der en række yderligere momenter, der kan indgå i vurderingen af, om en ændring udgør en ændring af grundlæggende elementer.

Hvis behovet for ændringer skyldes eksterne forhold, som parterne ikke kunne tage i betragtning, da udbuddet blev gennemført, og som parterne ikke har indflydelse på, taler det for, at ændringen ikke er grundlæggende. Det kunne eksempelvis være, hvis Danmark overgik til euroen, og det ikke havde været muligt at forudse, da kontrakten blev udbudt. I så fald ville det ikke indebære en væsentlig ændring at ændre afregningsvalutaen til euro. Et andet eksempel

[700] I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 14. december 2015, *Abbott Laboratories A/S mod Region Syddanmark*, fandt klagenævnet, at en udvidelse af en kontrakt med 26 procent, som svarede til 88 mio. kr., var en betydelig udvidelse, som skulle ses som en ændring af kontraktens grundlæggende elementer.
[701] Jf. udbudslovens § 178, stk. 2, nr. 4.

kunne være, at der blev indført lovændringer, der medførte en pligt for parterne til at ændre aftalen.

Det er dog en forudsætning, at ændringerne skyldes uforudsete eksterne forhold. Den omstændighed, at ordregiver ombestemmer sig, eller at ordregivers behov forventeligt ændrer sig i løbet af aftaleperioden, kan ikke i sig selv føre til, at mulighederne for ændringer udvides. Hvis ordregiver kan forudse, at der kan opstå et behov for ændringer, bør der derfor indarbejdes ændringsklausuler i aftalen. Ændringsklausuler er nærmere omtalt nedenfor i afsnit 11.3.1.

Den tid, der er forløbet fra kontraktens indgåelse, og indtil ændringen gennemføres, kan også tillægges betydning. Hvis ændringen sker lang tid efter kontraktindgåelse, er adgangen til ændringer større, end hvis ændringen sker umiddelbart efter kontraktindgåelse.

Kontraktens kompleksitet har også betydning. Hvis der er tale om en kontrakt om komplekse ydelser såsom IT-ydelser eller en OPP-kontrakt, er adgangen til at foretage ændringer også større, end hvis der er tale om en kontrakt om levering af simple hyldevarer.

Selvom ændringen sker som led i en ophævelse af kontrakten, er adgangen til ændringer ikke større, end hvis ændringen sker som led i den almindelige kontrakthåndtering. Ordregiver kan i den forbindelse ikke indgå en aftale med leverandøren om, at ydelserne i kontrakten skal leveres i mindre omfang og over en kortere periode end oprindeligt aftalt, såfremt sådanne ændringer ændrer kontraktens grundlæggende elementer. Sådanne ændringer kan kun foretages, hvis de følger af klare, præcise og entydige ændringsklausuler, eller hvis de efter en konkret vurdering ikke ændrer kontraktens grundlæggende elementer.[702]

Udbudsloven opregner en række omstændigheder, der, hvis de er opfyldt, bevirker, at der ikke vil være tale om en ændring af grundlæggende elementer. Ændringer af en kontrakt, der holder sig inden for disse rammer, kan derfor foretages uden gennemførelse af en ny udbudsprocedure. Disse "sikre havne" gennemgås i afsnit 11.3.1-11.3.5.

11.3.1 Ændringsklausuler[703]

Ændringer i en kontrakt, der er et resultat af klare, præcise og entydige klausuler fastsat i udbudsmaterialet, betragtes ikke som ændringer af grundlæggende elementer. Disse ændringer anses som ændringer i medfør af kontrakten og ikke ændringer af kontrakten.

Klausulerne kan eksempelvis indeholdes i udbudsmaterialets kontraktudkast og skal fastsætte omfanget og arten af evt. ændringer eller ændringsmuligheder samt betingelserne for, hvordan de anvendes. En klausul må ikke medføre tvivl om, i hvilke situationer den kan anvendes, samt rækkevidden af de ændringer, der kan foretages på baggrund af klausulen. Følgende skal som minimum være beskrevet i en ændringsklausul:

» Hvilken type ændringer der kan foretages
» den forventede rækkevidde heraf
» hvornår ændringerne kan ske
» hvordan ændringerne skal implementeres.

[702] Jf. EU-domstolens dom af 7. september 2016, sag C-549/14, *Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*.
[703] Jf. udbudslovens § 179.

Derudover skal det være fastlagt på objektivt grundlag, hvordan prisfastsættelsen af ændringerne sker.

Dette indebærer imidlertid ikke, at ændringsmulighederne nødvendigvis skal være beskrevet på et niveau, som gør, at tilbudsgiveren kan give en fast pris. Men det skal være muligt for tilbudsgiveren at forudse, hvilke ændringer der kan ske, ligesom det skal være muligt at prissætte ændringerne på det tidspunkt, hvor ændringerne foretages, uden at det overlades til parterne at forhandle om prisen.

Ændringsklausuler kan fx omfatte prisindeksering eller produktudskiftning. Det kan fx være nødvendigt for ordregiver at sikre sig, at produkter, der leveres over en periode, er tidssvarende og følger udviklingen på markedet.

En ændringsklausul om produktudskiftning kan eksempelvis gå ud på, at leverandøren kan udskifte et produkt, hvis det ikke længere markedsføres eller markedsføres i en ny og mere miljøvenlig udgave eller i øvrigt markedsføres i en forbedret udgave, herunder som følge af nye branchestandarder. Derudover kan en ændringsklausul indebære, at sortimentet kan udvides med nye produkter, fx hvor de gamle endnu ikke er udfaset. En sådan klausul skal dog entydigt fastlægge, hvilke krav det nye produkt skal opfylde.

Anvendelsen af ændringsmulighederne må dog ikke ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter. Det betyder, at ændringen ikke må medføre, at kontrakten henvender sig til et helt andet marked i forhold til den oprindelige udbudsprocedure.

Boks 11.3
Hvornår kan en ændring i medfør af kontrakten føre til, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter?

En option eller en ændringsklausul kan føre til, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter i følgende tilfælde:

- Hvis den implementerede ændring fører til, at kontrakten vil henvende sig til et andet marked. Eksempelvis leasing i stedet for køb eller ikkeøkologisk frugt i stedet for økologisk frugt.
- Hvis mængden af de ydelser, der skal leveres, medfører, at kontrakten vil henvende sig til et andet marked. Eksempelvis levering af rengøring til alle kommunens institutioner i stedet for rengøring på en enkelt skole.

11.3.2 Mindre kontraktændringer[704]

Mindre ændringer af en kontrakt medfører ikke en fornyet udbudspligt. Det er dog et krav, at to betingelser er opfyldt. For det første skal den økonomiske værdi af ændringen være under den relevante tærskelværdi i udbudsloven.[705] For det andet skal værdien af ændringerne være lavere end 10 procent af den oprindelige kontrakt for varer eller tjenesteydelser og lavere end 15 procent, for så vidt angår bygge- og anlægsarbejder.

Er der foretaget flere ændringer af samme kontrakt eller rammeaftale, skal værdien af ændringerne lægges sammen. Beregningen af den maksimalt tilladte ændring skal ske på baggrund af den ajourførte pris på tidspunktet for ændringen, som beskrevet i afsnit 11.3.6.

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det må afgøres efter de samme regler, som gælder for udbud af blandede anskaffelser, hvilken tærskelværdi der skal anvendes,[706]

[704] Jf. udbudslovens § 180.
[705] Læs om tærskelværdierne i afsnit 4.5.
[706] Læs om blandede anskaffelser i afsnit 4.4.5.

hvis en ændring omfatter flere forskellige typer af ydelser (varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder).

Uagtet størrelsen af værdien af en ændring må denne ikke ændre den overordnede karakter af kontrakten eller rammeaftalen. Det betyder, at ændringen ikke må medføre, at kontrakten henvender sig til et helt andet marked end den oprindelige udbudsprocedure. Det vil særligt være tilfældet, hvis ændringen indebærer, at andre leverandører end de oprindelige ville være interesserede i kontrakten. Se eksempel i Boks 11.4.

Boks 11.4
Eksempel på en mindre kontraktændring

En kommune har indgået en kontrakt om affaldsafhentning. Kontrakten, der har en varighed på fire år, omfatter afhentning af dagrenovation og har en værdi på 20 mio. kr.

Kommunen ønsker som følge af ændret lovgivning at udvide kontrakten, så den i det sidste år af kontraktens varighed også omfatter afhentning af dagrenovation i kommunens sommerhusområde. Betalingen til leverandøren for afhentning af dagrenovation i sommerhusområdet udgør 1,3 mio. kr.

Da ændringens økonomiske værdi både ligger under tærskelværdien for kommunale ordregivere for tjenesteydelser og ligger på under 10 procent af værdien af den oprindelige kontrakt og samtidig ikke indebærer, at kontrakten grundlæggende ændrer karakter, er ændringen omfattet af bagatelgrænsen og kan derfor ske uden udbud.

11.3.3 Supplerende leverancer[707]

Supplerende leverancer fra den oprindelige leverandør anses ikke som ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten, når ændringen er nødvendig for gennemførelsen af kontrakten. Derudover er det er krav, at anvendelsen af en anden leverandør:

» ikke er mulig af økonomiske eller tekniske årsager og
» vil forårsage betydelige problemer eller en væsentlig forøgelse af ordregivers omkostninger.

At en supplerende ydelse er blevet nødvendig, skal forstås som et krav om, at kontraktens hovedydelse ville fremstå ufærdig, hvis den supplerende ydelse ikke blev leveret. Det er således ikke tilladt at tilføje ydelser til en offentlig kontrakt af andre årsager. Det kan eksempelvis være årsager som, at ordregiveren har skiftet præference vedrørende den tekniske løsning, der var en del af den oprindelige udbudsprocedure, eller æstetiske årsager.

At udskiftning af leverandøren ikke er mulig af økonomiske eller tekniske årsager, kan skyldes krav om indbyrdes ombyttelighed eller interoperabilitet med eksisterende udstyr, tjenesteydelser eller installationer, der blev indkøbt i forbindelse med det oprindelige udbud.[708] Der vil fx kunne være tale om en økonomisk eller teknisk umulighed, hvis et leverandørskifte ville gøre det nødvendigt for ordregiveren at anskaffe varer, bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, som pga. en forskel i teknisk beskaffenhed ville medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse.

Tilsvarende teknisk uforenelighed eller tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse kan give adgang til at anvende proceduren udbud med forhandling uden forudgående

[707] Jf. udbudslovens § 181.
[708] Jf. udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, litra b, som udbudslovens § 181 implementerer.

offentliggørelse.[709] Forskellen i anvendelsesområde mellem ændringsreglen om supplerende leveringer, som behandles i dette afsnit, og undtagelsesproceduren er, at ændringsreglen vedrører ændringer af kontrakter i deres løbetid. Det er således et krav for anvendelse af ændringsmuligheden, at der ændres i et løbende kontraktforhold. Undtagelsesproceduren vedrører leverancer til supplering af kontrakter, der er gennemført.

Værdien af den supplerende leverance må ikke overstige 50 procent af værdien af den oprindelige kontrakt. Hvis der foretages flere successive ændringer, gælder grænsen på 50 procent for hver enkelt ændring. Beregningen af den maksimalt tilladte ændring skal ske på baggrund af den ajourførte pris på tidspunktet for ændringen, som beskrevet i afsnit 11.3.6.

Det er endelig en betingelse, at ændringer i form af supplerende leverancer ikke må have til hensigt at omgå reglerne i udbudsloven.

Når ordregiver foretager en ændring af kontrakten i form af supplerende leverancer, som ikke udløser fornyet udbudspligt, skal ordregiver offentliggøre en bekendtgørelse om ændringen af kontrakten i EU-Tidende.[710]

11.3.4 Udskiftning af den oprindelige leverandør[711]

Udskiftning af den leverandør, som ordregiver oprindeligt havde tildelt kontrakten, anses som udgangspunkt som en ændring af grundlæggende elementer, jf. også afsnit 11.3.

Som undtagelse hertil anses udskiftning af den oprindelige leverandør imidlertid ikke som en ændring af et grundlæggende element, hvis det sker som følge af en klar, præcis og entydig ændringsklausul, som beskrevet i afsnit 11.3.1.

Ordregiver kan desuden tillade, at leverandøren foretager visse omstruktureringer i løbet af kontraktens løbetid. Det kan efter omstændighederne være lovligt, at leverandøren foretager interne omstruktureringer, overtagelser, fusioner eller erhvervelser eller som følge af konkurs overdrager kontrakten til tredjemand. Ordregiveren kan således acceptere, at en virksomhed, der er part i en offentlig kontrakt, og som kommer under konkursbehandling, fordi den er insolvent, kan overdrage kontrakten til tredjemand.

Det er en forudsætning for leverandørskiftet, at de oprindelige kriterier for egnethedsvurderingen opfyldes af den nye leverandør, og at leverandørskiftet ikke medfører andre ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten.

Udskiftningen må desuden ikke være et forsøg på at omgå reglerne i udbudsloven.

11.3.5 Uforudsete omstændigheder[712]

Ændringer, der ikke er forudsete, anses ikke som ændringer af grundlæggende elementer, når følgende betingelser er opfyldt:

» Behovet for ændringen har ikke kunnet forudses af en påpasselig ordregiver,
» kontraktens overordnede karakter ændres ikke, og

[709] Jf. udbudslovens § 81, stk. 1, nr. 2.
[710] Jf. udbudslovens § 184, stk. 2.
[711] Jf. udbudslovens § 182.
[712] Jf. udbudslovens § 183.

» værdien af ændringen overstiger ikke 50 procent af værdien af den oprindelige kontrakt.

Med ordregivers manglende mulighed for at forudse behovet for ændring menes, at den eller de begivenheder, der har medført behovet for at foretage ændringer, ikke har kunnet forudses på trods af rimelig og påpasselig forberedelse af den oprindelige udbudsprocedure fra ordregiverens side. Ved vurdering heraf skal der tages højde for projektets tilgængelige ressourcer, karakteren af det pågældende udbud, praksis inden for den pågældende branche eller det pågældende fagområde samt behovet for at skabe balance mellem forbruget af ressourcer til forberedelse af udbuddet og gevinsten ved at sende opgaven i udbud. Behovet for at foretage ændringer som følge af uforudsete omstændigheder kan navnlig være relevant ved kontrakter af længere varighed.

Det er kun uforudsete eksterne omstændigheder, som er omfattet af ændringsmuligheden.[713] Det kan således ikke være ordregiverinterne forhold, som begrunder ændringen, fx manglende forberedelse af et fornyet udbud.

Ændringen må derudover ikke medføre, at kontraktens overordnede karakter ændres, således at kontrakten henvender sig til et helt andet marked. Det vil fx være tilfældet, hvis indkøbstypen ændres, således af en kontrakt, som oprindeligt omfattede levering af tjenesteydelser, ændres til en varekontrakt.

Begrænsningen af værdistigningen på 50 procent af den oprindelige kontrakt gælder for hver af ændringerne, hvis der foretages flere ændringer af kontrakten. Flere successive ændringer kan således godt indebære en samlet værdistigning på over 50 procent. Beregningen af den maksimalt tilladte ændring skal ske på baggrund af den ajourførte pris på tidspunktet for ændringen, som beskrevet i afsnit 11.3.6.

Når ordregiver foretager en ændring af kontrakten begrundet i uforudsete omstændigheder, som ikke udløser fornyet udbudspligt, skal ordregiver offentliggøre en bekendtgørelse om ændringen af kontrakten i EU-Tidende.[714]

11.3.6 Beregning af en kontraktændrings værdi ved brug af prisindekseringsklausuler[715]

Hvis en kontrakt har en prisindekseringsklausul, skal den maksimalt tilladte ændring i værdien beregnes på grundlag af den ajourførte pris på tidspunktet for ændringen.

Bestemmelsen har til formål at sikre, at muligheden for at foretage kontraktændringer ikke udvides i situationer, hvor der er indgået aftale om prisindeksering. Bestemmelsen indebærer, at beregningen af værdien af en sådan kontraktændring skal ske ud fra den indeksregulerede pris, når den ændrede kontrakt indeholder en indekseringsklausul. En indekseringsklausul betyder, at kontrakten regulerer, hvordan prisen udvikler sig. En sådan prisudvikling kan eksempelvis finde sted som en stigning over tid eller som følge af en begivenhed. Værdien af en kontraktændring skal derfor beregnes ud fra prisen på tidspunktet for indgåelsen af kontraktændringen og altså ikke ud fra prisen på tidspunktet for indgåelsen af den oprindeligt udbudte kontrakt.

---

[713] Jf. præambelbetragtning 109 til udbudsdirektivet.
[714] Jf. udbudslovens § 184, stk. 2.
[715] Jf. udbudslovens § 184.

Hvis en kontrakt ikke indeholder en indekseringsklausul, skal en kontraktændring henholde sig til den oprindelige pris i kontrakten.

11.4 Aflysning af udbudsproceduren

I forbindelse med udbuddet kan man som ordregiver stå i en situation, hvor det findes hensigtsmæssigt at aflyse udbudsproceduren og starte forfra. Ønsket kan eksempelvis skyldes, at man bliver opmærksom på, at der er blevet begået fejl i udbudsproceduren, og at man derfor ikke kan gennemføre udbuddet på lovlig vis og må starte forfra med offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Behovet for at aflyse udbudsproceduren kan også opstå, hvis ordregiver eksempelvis ikke længere har behov for at foretage anskaffelsen.

I dette afsnit gennemgås det, hvornår og hvordan aflysning af udbudsproceduren kan ske.

Udtrykket aflysning anvendes i det følgende om ordregivers annullation af en udbudsprocedure. Dette sker for at undgå, at Klagenævnet for Udbuds annullation af fx ordregivers tildelingsbeslutning sammenblandes med ordregivers egen annullation af en udbudsprocedure.

11.4.1 Hvornår kan der ske aflysning?

Ordregiver har en udstrakt frihed til at aflyse en udbudsprocedure, hvis aflysningen skyldes saglige hensyn. Retspraksis har opstillet en grænse for, hvornår der *ikke* må ske aflysning af en udbudsprocedure. I Danmark er den ledende dom Højesterets afgørelse i ISS-sagen.[716] Højesteret fastslog, at en aflysning ikke må forfølge et formål, som er i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, eller som i øvrigt må anses for usagligt.

Det vil ikke være usagligt at aflyse, såfremt:

- Ordregivers behov ændrer sig.
- Der er sket fejl i udbudsproceduren, fx:
  - Udbudsbetingelserne er uklare eller uigennemsigtige,[717] også selvom ordregiveren selv har været skyld i uklarheden.[718]
  - Der er sket en sammenblanding af udvælgelses- og tildelingskriterier.[719]
  - Der er mistanke om inhabilitet eller interessekonflikter.[720]
  - Ordregiver har brugt de forkerte retsregler.[721]
  - Der er mangler ved udbudsmaterialet.[722]
  - Der er sket fejl i tilbudsvurderingen.[723]

[716] UfR 2011.3129 H (*ISS mod Silkeborg Kommune*).

[717] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 25. november 2009, *A/S Jens Jensen og sønner m.fl. mod Viborg Kommune*.

[718] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. april 2017, *P. Olesen & Sønner A/S mod Hørsholm Kommune*.

[719] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. august 2010, *HedeDanmark A/S mod Greve Spildevand A/S*.

[720] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. februar 2001, *Zealand Care A/S mod Frederikshavn Kommune*, samt Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. august 2010, *HedeDanmark A/S mod Greve Spildevand A/S*.

[721] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 23. september 2010, *Getinge Danmark A/S mod Region Midtjylland*.

[722] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. april 1996, *Esbjerg Oilfield Services A/S mod Svendborg Kommune*, Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. juni 2011, *Nykøbing Dag- og Industrirenovation v/Bjørn Filtenborg mod Skive Kommune (Skive Renovation 4-S)*, samt Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. december 2011, *Nørmark Privathospital mod Region Sjælland*.

[723] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. oktober 2008, *TagVision A/S mod Egedal Kommune*.

- Ordregiver ønsker, at der er et bredt internationalt felt af deltagere i en projektkonkurrence.[724]
- Ordregiver vurderer, at der ikke har været tilstrækkelig konkurrence om den udbudte opgave.
- Ændrede budgetmæssige og strukturelle forhold tilsiger det.[725]
- Ordregiver vurderer, at opgaven bedst varetages af ordregiver selv.

Der kan i løbet af udbudsprocessen også opstå situationer, hvor en ordregiver vil være forpligtet til at aflyse udbudsproceduren. Dette kan fx være situationer, hvor ordregiveren ændrer i grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, hvilket kun kan ske ved en fornyet udbudsprocedure. Læs mere herom i afsnit 7.8.2.

11.4.2 Hvordan skal aflysningen foregå?

Hvis ordregiver beslutter sig for at aflyse udbudsproceduren, skal de berørte økonomiske aktører underrettes om beslutningen. Underretningen skal angive en begrundelse for, hvorfor udbudsproceduren er blevet aflyst. Begrundelsen skal afspejle de forhold, der har været bestemmende for aflysningen.[726]

Derudover skal meddelelse om aflysning gives til EU's publikationskontor ved at udfylde og fremsende "bekendtgørelse om indgåede kontrakter". I bekendtgørelsens afsnit om kontrakttildeling angives, at der ikke blev valgt en vinder, samt begrundelsen for, hvorfor der ikke blev valgt en vinder, dvs. hvorfor udbuddet aflyses.

Ordregiver skal desuden udarbejde en skriftlig rapport, hvor der bl.a. redegøres for, hvorfor ordregiver har besluttet ikke at tildele en kontrakt.[727]

11.5 Ophør af en kontrakt

Efter kontraktindgåelsen kan ordregiver komme i den situation, at leverandøren har misligholdt en kontrakt eller en rammeaftale på en måde, som kan begrunde ophævelse. Dette er hovedsageligt et kontraktretligt spørgsmål, som ikke falder inden for denne vejledning. Udbudsloven opstiller imidlertid en række tilfælde, som giver ordregiver *ret* til at bringe en indgået kontrakt eller rammeaftale til ophør. Udbudslovens regler, som giver ordregiver ret til at bringe en indgået kontrakt til ophør, gennemgås i afsnit 11.5.1.

Ordregiver kan desuden komme i en situation, hvor der opstår en *pligt* til at bringe en indgået kontrakt eller en rammeaftale til ophør. Dette kan ske som følge af, at Klagenævnet for Udbud annullerer ordregivers tildelingsbeslutning. Denne pligt gennemgås i afsnit 11.5.2.

11.5.1 Ordregivers ret til at bringe en kontrakt til ophør[728]

Det falder uden for denne vejlednings område at redegøre for, hvornår ordregiver kan bringe en indgået kontrakt til ophør som følge af manglende opfyldelse af kontrakten. Udbudsloven

---

[724] Jf. Østre Landsrets dom af 3. maj 2002 i sag 1. afd. B-2585-01, *Praktiserende Arkitekters Råd mod Kulturministeriet ved Ordrupgaardsamlingen*.
[725] Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af 30. august 2006, *Alliance Clean & Care A/S mod Retten i Odense*.
[726] Jf. udbudslovens § 171.
[727] Jf. udbudslovens § 174.
[728] Jf. udbudslovens § 185, stk. 1.

indeholder imidlertid en række tilfælde, hvor ordregiver med hjemmel i loven kan bringe kontrakten til ophør.

Ordregiveren kan med hjemmel i udbudsloven bringe en kontrakt eller en rammeaftale til ophør, når:

» Kontrakten eller rammeaftalen har været underlagt en ændring af grundlæggende elementer.
» Leverandøren var omfattet af udelukkelsesgrundende på tildelingstidspunktet.
» Leverandøren bliver omfattet af udelukkelsesgrundene i kontraktens eller rammeaftalens løbetid.
» Kontrakten eller rammeaftalen ikke skulle have været tildelt leverandøren pga. traktatbrudssøgsmål.

Som det fremgår af afsnit 11.3, kan ændringer af en kontrakts eller rammeaftales grundlæggende elementer ikke gennemføres uden en fornyet udbudsprocedure. Hvis ordregiver vurderer, at en kontrakt har været underlagt en ændring af et grundlæggende element, uden at der har været afholdt et nyt udbud, kan kontrakten bringes til ophør med hjemmel i udbudsloven.[729] Det er ikke et krav, at Klagenævnet for Udbud forinden har konstateret, at ændringen udgør et grundlæggende element. Ordregivers ophævelse kan dog påklages til de almindelige domstole, hvis den pågældende leverandør mener, at den er uberettiget.

Hvis det viser sig, at leverandøren på tidspunktet for tildelingen var omfattet af en udelukkelsesgrund, kan ordregiver bringe kontrakten til ophør.[730] Leverandøren skal dog forinden have mulighed for at dokumentere sin pålidelighed.[731]

Hvis leverandøren i løbet af kontraktperioden bliver omfattet af en udelukkelsesgrund, kan ordregiver ligeledes bringe kontrakten til ophør.[732] Det er i den forbindelse alene muligt at bringe en kontrakt til ophør på baggrund af en frivillig udelukkelsesgrund, hvis den har været anvendt i det konkrete udbud. Ophævelse kan også her først ske, når leverandøren har haft mulighed for at dokumentere sin pålidelighed.

Endelig kan en kontrakt bringes til ophør, hvis EU-Domstolen på baggrund af et traktatbrudssøgsmål[733] har konstateret, at kontrakten ikke skulle have været tildelt den pågældende leverandør.[734]

11.5.2 Ordregivers pligt til at bringe en kontrakt til ophør

Hvis ordregivers tildelingsbeslutning annulleres ved endelig afgørelse eller dom, er ordregiver underlagt en pligt til at bringe en indgået kontrakt eller en rammeaftale til ophør med et passende varsel. Ved endelig afgørelse eller dom menes en afgørelse fra Klagenævnet for Udbud eller en dom fra de almindelige domstole, der ikke længere kan ankes.

Årsagen til denne pligt til at bringe en kontrakt eller en rammeaftale til ophør er, at Klagenævnet for Udbuds eller domstolenes annullation af en ulovlig tildelingsbeslutning som

[729] Jf. udbudslovens § 185, stk. 1, nr. 1.
[730] Jf. udbudslovens § 185, stk. 1, nr. 2.
[731] Jf. udbudslovens § 138, stk. 2. Læs mere om dokumentation for pålidelighed i afsnit 9.2.3.
[732] Jf. udbudslovens § 185, stk. 1, nr. 3.
[733] Jf. TEUF, artikel 258.
[734] Jf. udbudslovens § 185, stk. 1, nr. 4.

udgangspunkt ikke medfører, at den privatretlige aftale, dvs. kontrakten eller rammeaftalen, ikke har nogen virkninger. Annullationen er således rettet mod ordregiverens ulovlige beslutninger og ikke mod selve kontrakten. Formålet med reglen er således at sikre, at ordregiveren ved annullation af en ulovlig tildelingsbeslutning tager de nødvendige skridt til at bringe kontrakten eller rammeaftalen til ophør med henblik på at bringe det ulovlige forhold i orden.

Med hvor lang varsel kontrakten eller rammeaftalen skal bringes til ophør, beror på de konkrete omstændigheder, herunder kontraktens karakter og den konkrete overtrædelse. Ordregiver kan ved fastsættelsen af det passende varsel bl.a. tage hensyn til forsyningssikkerhed, tekniske forhold ved kontraktens gennemførelse og omkostninger forbundet med ophævelsen. Hvis ordregiver vælger at gennemføre et nyt udbud som følge af den annullerede tildelingsbeslutning, er der en pligt til at bringe kontrakten eller rammeaftalen til ophør, senest når den nye udbudsprocedure er afsluttet.

Selvom en tildelingsbeslutning er blevet annulleret, kan ordregiver dog vælge at videreføre en kontrakt eller en rammeaftale, hvis særlige forhold gør sig gældende. Særlige forhold kan fx være, at en kontraktophævelse ville stride imod væsentlige samfundsmæssige interesser, eksempelvis den offentlige sikkerhed eller menneskers og dyrs liv og sundhed, eller hvis ophør af kontrakten medfører et helt ekstraordinært værdispild. Vitale IT-systemer i sundhedssektoren eller levering af vigtige sundhedsydelser kan konkret retfærdiggøre en videreførelse af kontrakten. Det skal dog understreges, at der er tale om en ganske snæver undtagelse, og der skal derfor foreligge vægtige grunde til at fortsætte kontrakten.

Ordregiver kan desuden videreføre kontrakten, hvis en tilbudsgiver, som rettelig burde have vundet udbuddet, har fået erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse. Det er i den forbindelse et krav, at den tilbudsgiver, som blev tildelt kontrakten, afgav det næstbedste tilbud.

Beslutter ordregiver at videreføre kontrakten eller rammeaftalen, skal ordregiverens beslutning herom offentliggøres samme sted som udbudsmaterialet senest syv kalenderdage efter offentliggørelsen af den endelige afgørelse eller dom. Fristen begynder således først at løbe, når en afgørelse eller dom ikke længere kan ankes.

Pligten til at bringe kontrakten til ophør gælder ikke i de tilfælde, hvor kontrakten eller rammeaftalen kan eller skal erklæres for "uden virkning".[735] Dette fordi "uden virkning"-sanktionen i sig selv medfører, at ordregiver er afskåret fra at anvende kontrakten eller rammeaftalen. De nærmere regler for, hvornår en kontrakt eller en rammeaftale kan eller skal erklæres for uden virkning, berøres ikke yderligere i denne vejledning.

[735] Jf. Lov om Klagenævnet for Udbuds § 13, stk. 2, jf. §§ 16 og 17.

Kapitel 12
Light-regimet

12.1 **Indledning**

Dette kapitel fokuserer på ordregivers mulighed for at anvende udbudslovens mere fleksible regler ved indkøb af visse specifikke tjenesteydelser. Reglerne for indkøb af disse sociale og andre specifikke tjenesteydelser findes i udbudslovens afsnit III og kaldes også "light-regimet". Ordregiver har i disse tilfælde en udstrakt frihed til at planlægge en hensigtsmæssig procedure.

Baggrunden for at have indført en særskilt regulering for indgåelsen af disse kontrakter er, at de som udgangspunkt vurderes til at have begrænset grænseoverskridende interesse. Det gælder også, selvom den konkrete kontrakt har en høj værdi. Det er med andre ord sjældent, at virksomheder udviser interesse i at byde på denne type opgaver i andre medlemsstater end deres egen. Dette gælder navnlig de tjenesteydelser, der kan betragtes som personlige tjenesteydelser, såsom visse sociale, sundhedsmæssige og uddannelsesmæssige tjenesteydelser. De leveres typisk i en bestemt sammenhæng, som er vidt forskellig fra medlemsstat til medlemsstat, som følge af eksempelvis administrative, organisatoriske og kulturelle forhold. Derudover har denne type tjenesteydelser særlige egenskaber, som gør det uhensigtsmæssigt at anvende de almindelige fremgangsmåder.

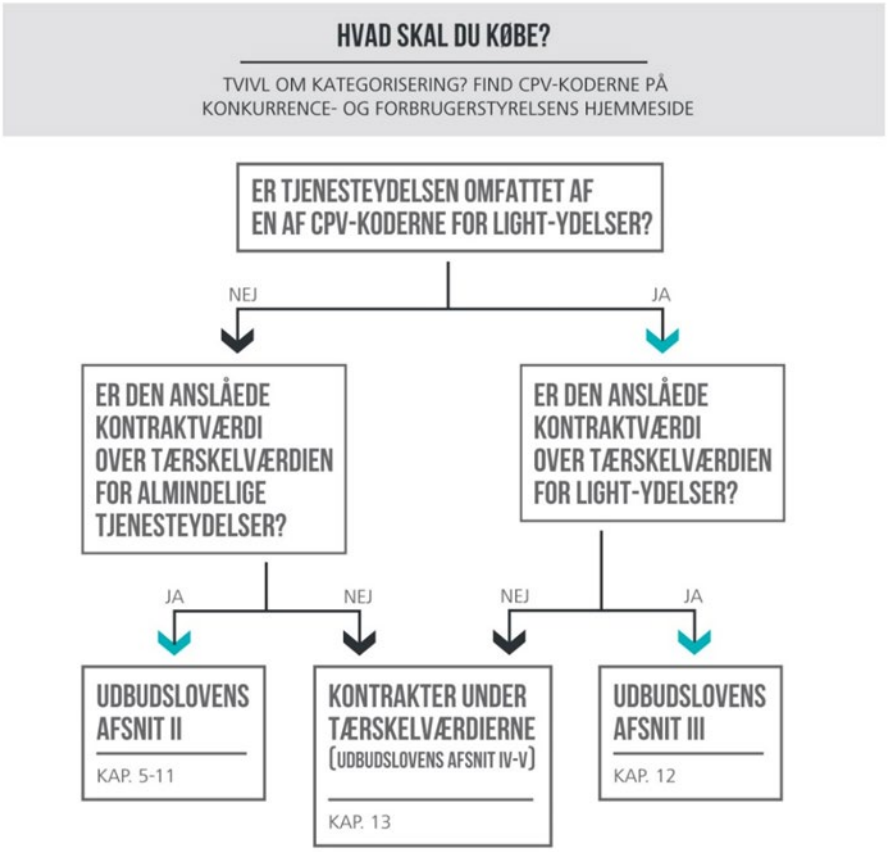
Udbudslovens light-regime finder kun anvendelse ved indgåelse af kontrakter, som karakteriseres som offentlige kontrakter i udbudslovens forstand (læs om, hvilke betingelser en offentlig kontrakt skal opfylde, i kapitel 4). Det afgørende for, om en offentlig kontrakt er omfattet af light-regimet, er, hvilken ydelse indkøbet omfatter. Derudover finder reglerne i udbudslovens afsnit III kun anvendelse for indkøb, som overstiger tærskelværdien for sociale og andre specifikke tjenesteydelser, som af hensyn til disse indkøbs særlige karakter er betydeligt højere end for almindelige tjenesteydelser.[736]

I afsnit 12.2 nedenfor gennemgås det, hvilke ydelser der er omfattet af light-regimet, mens reglerne om tilrettelæggelse af udbudsproceduren for sådanne ydelser gennemgås i afsnit 12.3. Ordregivers mulighed for at forbeholde socialøkonomiske virksomheder retten til at deltage i udbuddet gennemgås i afsnit 12.4.

I Figur 12.1 er det illustreret, hvordan man kommer frem til, om ydelsen er omfattet af light-regimet, samt hvilke regler der i så fald gælder.

[736] Se en oversigt over tærskelværdierne samt reglerne for beregning af tærskelværdierne i afsnit 4.5. De til enhver tid gældende tærskelværdier kan findes på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside, kfst.dk.

Figur 12.1 **Hvilke regler – light-regimet**



12.2 Tjenesteydelser omfattet af light-regimet[737]

Udbudsloven sondrer mellem to typer af tjenesteydelser: almindelige tjenesteydelser og sociale og andre specifikke tjenesteydelser (light-ydelser). Begrebet "almindelige tjenesteydelser" dækker over en bred definition af offentlige kontrakter, der vedrører levering af tjenesteydelser. Disse er ikke nærmere afgrænset, men vedrører som udgangspunkt alle tjenesteydelser, som ikke er sociale eller andre specifikke tjenesteydelser, eller tjenesteydelser, der ikke er omfattet af udbudspligt efter afsnit II eller III.[738]

Sociale og andre specifikke tjenesteydelser (light-ydelser) er en række tjenesteydelser, som er særskilt reguleret i udbudslovens afsnit III. De ydelser, der er omfattet af light-regimet, fremgår af udbudsdirektivets bilag XIV.

[737] Jf. udbudsdirektivets bilag XIV.

[738] Læs mere herom i afsnit 4.6.

Ydelserne er i bilaget inddelt i forskellige overordnede tjenesteydelseskategorier. Hver tjenesteydelseskategori indeholder en række CPV-koder for konkrete tjenesteydelser.

CPV står for Common Procurement Vocabulary og er et fælles referencesystem for udbudte opgaver i EU. CPV-koderne skal benyttes i forbindelse med udfyldelsen af udbudsbekendtgørelsen, og de findes på alle EU's officielle sprog. Ved at henvise til en kode i stedet for et ord sikres en ensartet forståelse for den udbudte opgave.[739]

Det fremgår af nedenstående Tabel 12.1, hvilke ydelser der er omfattet af light-regimet.

Tabel 12.1 **Oversigt over tjenesteydelser omfattet af light-regimet**

Kategori af ydelser	Beskrivelse af ydelser	Omfattende CPV-koder
Sundheds- og socialvæsen samt tilknyttede tjenesteydelser	Tjenester for lokalsamfundet	75200000, 75231200, 75231240
	Jobsøgningstjenester	79611000
	Anvisning af hushjælpspersonale, plejepersonale og hospitalspersonale	79622000, 79624000, 79625000
	Sundhedsvæsen og sociale foranstaltninger m.v.	85000000 til 85323000
	Tjenester, som ydes af sociale organisationer og foreninger m.v. rådgivning om ligestillingsspørgsmål m.v.	98133000, 98133100
	Udsendelse af personale til private husstande m.v.	98500000, 98513000 til 98514000
Administrative tjenester på det sociale område, uddannelsesområdet, sundhedsområdet og det kulturelle område	Administrativ virksomhed i forbindelse med socialt arbejde m.v.	85321000, 85322000
	Offentlig administration, forsvar og socialsikring, herunder administrative tjenester ydet af organisationer m.v.	75000000, 75121000, 75122000, 75124000
	Administration af biblioteker	fra 79995000 til 79995200
	Uddannelse og undervisning	fra 80000000 til 80660000
	Forlystelser, kultur og sport	fra 92000000 til 92700000
	Organisering af udstillinger, messer og kongresser	79950000, 79951000, 79952000, 79952100, 79953000, 79954000, 79955000, 79956000
Lovpligtig socialsikring		75300000
Velfærdsydelser	Sociale ydelser	7531000, 75311000, 75312000, 75313000, 75313100, 75314000, 7532000, 75340000
Andre kollektive, sociale og personlige tjenesteydelser	Tjenesteydelser ydet af fagforeninger, politiske organisationer, ungdomsorganisationer og andre medlemsskabsbaserede organisationstjenester	98000000, 9812000, 98132000, 98133110 og 98130000
Religiøse tjenester		98131000

[739] Læs mere om CPV-koder i afsnit 7.7.1 og på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside, kfst.dk, findes en oversigt over alle CPV-koder samt en søgefunktion, hvor man kan søge efter CPV-koder vha. relevante nøgleord.

Hotel- og restaurationstjenesteydelser	Hotelvirksomhed	55100000 til 7914000
	Catering, madudbringning m.v.	55521000 til 55521200, 55520000, 55522000, 55523000, 55524000
	Kantinevirksomhed m.v.	55510000, 55511000, 55512000, 55523100
Juridiske tjenesteydelser	Juridisk virksomhed	79100000 til 79140000
	Retslige tjenester	75231100
Andre administrative tjenester og tjenester for den offentlige sektor	Virksomhed i forbindelse med administration, herunder administrative tjenester på visse områder, støttetjenester for den offentlige sektor	75100000 til 75120000, 75123000, 75125000, 75131000
Tjenester for lokalsamfundet	Tjenester for lokalsamfundet, herunder tjenester vedrørende udenrigsanliggender, forsvarstjenester og tjenester vedrørende retsvæsen og domstole	75200000 til 75231000
Fængselsrelaterede tjenester, tjenester i forbindelse med offentlig sikkerhed og redningstjenester	Administrative tjenester vedrørende forvaring eller rehabilitering af kriminelle	75231210 til 75231230
	Tjenester vedrørende offentlig lov, orden og sikkerhed, brandvæsen og redningstjenester	75240000 til 75252000
	Krisestyringstjenester	79430000
	Nukleare sikkerhedstjenester	98113100
Efterforsknings- og sikkerhedstjenester	Efterforsknings- og sikkerhedstjenester	79700000 til 79721000
	Grafologitjenester	79722000
	Affaldsanalysetjenester	79723000
Internationale tjenester	Tjenester ydet af ekstraterritoriale organisationer og organer	98900000, 98910000
Posttjenester	Postbefordring og kurértjenester	64000000, 64100000, 64110000, 64111000, 64112000, 64113000, 64114000, 64115000, 64116000, 64122000
Diverse tjenesteydelser	Regummiering af dæk	50116510
	Smedearbejder	71550000

Listen i udbudsdirektivets bilag XVI er udtømmende, og det er den specifikke CPV-kode, som er afgørende for, om der er tale om en ydelse, der er omfattet af light-regimet. En henvisning til en afdeling på listen over CPV-koderne, omfattet af light-regimet, indebærer ikke en implicit henvisning til en underordnet gruppe, klasse m.v.[740] eller omvendt. Hvis ydelsen fx dækkes af en underordnet kode, som ikke er eksplicit nævnt på listen, betyder det, at ydelsen ikke er omfattet af light-regimet.

Når ordregiver skal finde en CPV-kode, som dækker det pågældende indkøb, er det kerneopgaven for indkøbet, som skal være i fokus, og ikke på hvilket område eller i hvilken sammenhæng opgaven skal løses. Består opgaven fx i indhentning af ekstern konsulentbistand til en analyse af det danske sundhedsvæsen, så vedrører kerneopgaven netop en analyse og ikke ydelser knyttet til sundhedsvæsenet.

[740] Jf. præambelbetragtning 119 til udbudsdirektivet.

Boks 12.1
Er tjenesteydelsen omfattet af light-regimet?

En ordregiver skal indkøbe udvikling af et system, som skal anvendes til undervisningsformål (e-læring). Ordregiver vurderer, at kontrakten har en værdi på ca. 2 mio. kr. Selve indkøbet angår udviklingen af den tekniske løsning, mens ordregiver selv står for at udarbejde kursusmateriale.

CPV-koderne for uddannelse og undervisning (samtlige koder fra 80000000 til 80660000) er omfattet af light-regimet. Selve opgaven går imidlertid ikke ud på uddannelse eller undervisning, men på udvikling af en teknisk løsning. Dette selvom resultaterne af opgaven skal anvendes til undervisningsformål.

Indkøbet af udviklingsydelser kan derfor ikke anses for at falde ind under en CPV-kode for uddannelse og undervisning, men under CPV-koden 72200000 (programmering af software og konsulentydelser), som er en almindelig tjenesteydelse. Indkøbet af udviklingsydelserne skal herefter følge reglerne i udbudslovens afsnit II.

12.3 Procedureregler i light-regimet

Indkøb under light-regimet er ikke underlagt faste procedureregler, i modsætning til indkøb af almindelige tjenesteydelser, som udbydes efter udbudslovens afsnit II. Ordregiver har frihed til at tilrettelægge proceduren eller fremgangsmåden for det enkelte udbud. Proceduren skal dog udarbejdes i overensstemmelse med de generelle principper om gennemsigtighed, ligebehandling og proportionalitet.[741] Det er derfor et krav, at ordregiver offentliggør, hvilken fremgangsmåde der anvendes, samt kriterierne for tildeling.

Ordregiver kan vælge enten at lade sig inspirere af udbudsprocedurerne i udbudslovens afsnit II, som fx offentligt eller begrænset udbud, eller at tilrettelægge sin procedure på en helt anden og ny måde.

Det er muligt at tilrettelægge fleksible procedurer i stil med udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog.[742] Ordregiver vil i den forbindelse have en høj grad af frihed til at tilrettelægge en hensigtsmæssig forhandlingsprocedure. Ordregiver skal dog ved tilrettelæggelse og gennemførelse af proceduren fortsat overholde en række regler i udbudsloven, som gælder for samtlige udbud.[743] Ud over de ovennævnte generelle principper drejer det sig bl.a. om bestemmelser om:

- Forbud mod nationalitetsdiskrimination.[744]
- Interessekonflikter, som forpligter ordregiver til at træffe passende foranstaltninger for at identificere, forebygge og afhjælpe interessekonflikter i forbindelse med gennemførelse af udbud.[745]
- Fortrolighed og aktindsigt.[746]
- Elektronisk kommunikation, således at ordregiver også ved udbud af kontrakter efter light-regimet skal anvende elektroniske kommunikationsmidler.[747]

---

[741] Jf. udbudslovens § 186. For uddybning af de generelle principper henvises til kapitel 3.
[742] Læs om de fleksible procedurer i kapitel 5.
[743] Jf. udbudslovens afsnit I.
[744] Jf. udbudslovens § 3.
[745] Jf. udbudslovens § 4.
[746] Jf. udbudslovens §§ 5 og 5a.
[747] Jf. bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016 om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse, med senere ændringer.

Derudover er light-ydelser også omfattet af udbudslovens almindelige regler om offentlige kontrakter vedrørende lovens anvendelsesområde, beregning af kontraktværdi, blandede kontrakter m.v. Disse grundlæggende regler er nærmere uddybet i kapitel 3 og 4 og behandles ikke yderligere i dette kapitel.

Regler for "almindelige" udbud, som kan eller skal anvendes ved udbud efter light-regimet

Ordregiver skal ved udbud af light-ydelser som udgangspunkt alene overholde udbudslovens procedureregler om light-regimet, dvs. reglerne i lovens afsnit III.[748] Procedurereglerne i udbudslovens afsnit II finder således som udgangspunkt ikke anvendelse ved udbud af light-ydelser. Det står dog ordregiver frit at anvende reglerne i afsnit II, også for udbud af light-ydelser, hvis ordregiver finder dette hensigtsmæssigt. Transaktionsomkostningerne ved denne fremgangsmåde bør dog overvejes.

Visse af reglerne i udbudslovens afsnit II udspringer imidlertid af ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne, der, som nævnt ovenfor, også skal overholdes ved udbud af light-ydelser. Dette gælder fx princippet om, at ændringer af en kontrakts grundlæggende elementer medfører en pligt til fornyet udbud.[749] Det betyder, at de principper, der kommer til udtryk i udbudslovens bestemmelser om ændringer af kontrakter,[750] kan anvendes til vurdering af, om en given ændring af en kontrakt omfattet af light-regimet kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure eller ej.[751] Det kan heller ikke udelukkes, at der vil være andre pligter i udbudslovens afsnit II, der også finder anvendelse for kontrakter omfattet af light-regimet, dvs. af udbudslovens afsnit III. Eksempelvis vil forbuddet mod henvisning til et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces udgøre en overtrædelse af ligebehandlingsprincippet.[752]

Det EU-retlige krav om gensidig anerkendelse vil også gælde for kontrakter omfattet af light-regimet, hvilket fx indebærer, at ordregiver skal acceptere gyldig dokumentation fra andre medlemsstater.[753]

12.3.1 Indholdet af proceduren

Ordregiver har som nævnt stor fleksibilitet til at tilrettelægge sin procedure efter light-regimet. Der er dog visse indholdsmæssige krav, som skal overholdes. De gennemgås i dette afsnit. Derudover gennemgås det i afsnittet, hvilke krav og kriterier som ordregiver kan vælge at fastsætte for proceduren.

Udbudsmaterialet

Det er ikke et krav, at der skal udarbejdes et udbudsmateriale med detaljerede beskrivelser af den udbudte ydelse. Det skal dog være muligt for tilbudsgiverne at kunne fastslå indholdet af den udbudte ydelse. Beskrivelsen skal som minimum have en detaljeringsgrad, der gør det muligt for potentielle tilbudsgivere at identificere indkøbets centrale elementer, herunder mindstekrav, centrale vilkår for levering af ydelsen samt kriterierne for tildeling, der gør det klart, hvad ordregiver tillægger betydning ved vurderingen af tilbuddene. Om dette bedst

[748] Jf. EU-Domstolens dom af 17. marts 2011 i sagen C-95/10, *Strong Segurança SA,* samt EU-Domstolens dom af 19. april 2018 i sagen C-65/17, *Oftalma Hospital*.

[749] Jf. EU-Domstolens dom af 13. april 2010 i sagen C-91/08, *Wall AG*.

[750] Udbudslovens §§ 178-184. Læs mere om reglerne om ændringer af kontrakter i afsnit 11.3.

[751] Dette er også slået fast af Klagenævnet for Udbud i kendelsen af 27. juni 2017, *CFD mod Den Nationale Tolkemyndighed*.

[752] Jf. udbudslovens § 42. Læs mere herom i afsnit 7.5.2.

[753] Dette krav gælder fx, for så vidt angår dokumentation for opfyldelse af kravene til kontraktens genstand. Læs mere herom i afsnit 7.5.2.5 ovenfor.

imødekommes vha. et skriftligt materiale, ved besigtigelser, foto eller lignende, må bero på en konkret vurdering i forhold til den pågældende anskaffelse.

I forbindelse med fastlæggelsen af kravene til ydelsen kan ordregiver fx tage hensyn til behovet for at sikre tjenesteydelsernes kvalitet, kontinuitet, adgangsmuligheder, tilgængelighed og omfang. Derudover kan ordregiver tilrettelægge kravene under hensyn til de forskellige brugeres, herunder sårbare gruppers, særlige behov. I forbindelse med tilrettelæggelsen af udbudsmaterialet kan ordregiver sikre, at brugerne inddrages og får indflydelse, samt at innovative løsninger fremmes.

Det er dog afgørende, at ordregiver sikrer, at tilbuddene afgives på et ensartet grundlag, således at de indkomne tilbud kan vurderes på et lige grundlag.

Ordregiver er som udgangspunkt fri til at bestemme egne behov og dermed også fastlægge krav og ønsker til det, der skal købes. En ordregiver må dog ikke bestemme sine behov eller fastlægge sine krav til anskaffelsen med det formål at favorisere eksempelvis lokale leverandører eller sin hidtidige leverandør. På den anden side er ordregiver ikke forpligtet til at ændre kravene til indkøbet, blot fordi kun én eller nogle få leverandører vil kunne levere det ønskede, såfremt kravene er begrundet i ordregivers saglige behov og proportionale.

Egnethed

Ordregiver kan vælge at stille krav til tilbudsgivernes egnethed til at udføre den udbudte kontrakt. Ordregiver har stor fleksibilitet til at fastsætte kravene og spillereglerne for ordregivers egnethedsbedømmelse, så længe principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet overholdes.

Tilbudsgiverne skal således på forhånd oplyses om kravene, og hvordan ordregiver vil foretage bedømmelse af ansøgernes eller tilbudsgivernes egnethed. Oplysninger herom skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen eller forhåndsmeddelelsen. Det er op til ordregiver selv at fastsætte de krav til egnethed, som tilbudsgiverne skal opfylde, samt at bestemme, hvilken dokumentation det er nødvendig for tilbudsgiverne at fremsende som bevis for opfyldelse af kravene.

Ordregiver kan vælge at anvende de muligheder, der kendes fra udbudslovens regler om køb af almindelige tjenesteydelser, som giver mulighed for at stille minimumskrav til bl.a. økonomisk og finansiel eller teknisk og faglig formåen.[754] Andre kriterier kan også anvendes. Ved fastlæggelse af kriterier skal ordregiveren blot sikre, at egnethedsbedømmelsen sker på grundlag af objektive, saglige og ikkediskriminerende kriterier, der er i overensstemmelse med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet. Det indebærer bl.a., at evt. krav til egnethed, der fastsættes, skal hænge sammen med og stå i forhold til den udbudte opgave.

Udbudslovens regler om udelukkelse[755] gælder ikke ved indkøb efter light-regimet. Ordregiver kan dog vælge at anvende reglerne ved udbud efter light-regimet. Ordregiver kan fx have en naturlig interesse i kun at modtage tilbud fra virksomheder, der ikke har gæld til det offentlige eller ikke har deltaget i en kriminel organisation. Ønsker ordregiver at anvende udelukkelsesreglerne, skal ordregiver angive det i udbudsbekendtgørelsen eller forhåndsmeddelelsen.

[754] Læs om egnethedskravene for almindelige udbud, dvs. udbud efter udbudslovens afsnit II, i afsnit 9.3.

[755] Jf. udbudslovens §§ 135-137. Læs mere herom i afsnit 9.2.

Udvælgelse af ansøgere
Ordregiver kan tilrettelægge en procedure, hvor kun et begrænset antal ansøgere opfordres til at afgive tilbud. Hvis ordregiver benytter denne mulighed, skal det fremgå af udbudsbekendtgørelsen eller forhåndsmeddelelsen, hvordan virksomhederne udvælges.

Der stilles ikke særlige krav til selve udvælgelsen, den skal blot foregå på en gennemsigtig, ikkediskriminerende og objektiv måde.

Ordregiver er ikke forpligtet til at opfordre et bestemt antal ansøgere til at afgive tilbud. Der skal blot tages hensyn til, at der i sidste ende er et tilstrækkeligt antal, til at der sikres en tilstrækkeligt effektiv konkurrence om kontrakten. Ordregiver bør dog gøre sig overvejelser om transaktionsomkostningerne og søge at finde en balance mellem effektiv konkurrence og omkostningerne. Ordregiver kan i den forbindelse drage inspiration fra de traditionelle procedurer, fx begrænset udbud, hvor der udvælges minimum fem ansøgere, eller udbud med forhandling, hvor antallet af ansøgere, der udvælges, er tre til fem.

Kriterier for tildeling[756]
Ordregiver skal fastsætte kriterierne for tildeling af kontrakten. Ordregiver kan frit vælge, hvilke kriterier der skal anvendes. Kriterierne skal offentliggøres i udbudsbekendtgørelsen eller forhåndsmeddelelsen. Der er ikke nogen forpligtelse til at anvende bestemte kriterier. Ordregiver har således ikke pligt til at anvende tildelingskriterierne pris, omkostninger eller bedste forhold mellem pris og kvalitet. Ordregiver kan naturligvis vælge at benytte disse kriterier, men det er også muligt at benytte andre kriterier – også selvom de ikke har et direkte økonomisk indhold. Det valgte kriterie skal blot være sagligt, objektivt og ikkediskriminerende samt egnet til at identificere det bedste tilbud. Ordregiver er desuden som følge af gennemsigtighedsprincippet forpligtet til at offentliggøre underkriterierne til tildelingskriteriet.

Underkriterier er de specifikke elementer, som udbyderen vil basere sin vurdering af de indkomne tilbud på, og som vil være afgørende for bedømmelsen af, hvilket tilbud der eksempelvis har det bedste forhold mellem pris og kvalitet. Der er ikke pligt til at offentliggøre en vægtning af underkriterierne, men det skal være muligt for tilbudsgiverne at gennemskue, hvordan tilbuddene bliver vurderet i forhold til hinanden.

Ved fastsættelsen af kriterier for tildeling og underkriterier kan ordregiver fx inddrage forhold som tjenesteydelsernes kvalitet, kontinuitet, adgangsmuligheder, herunder for sårbare grupper, tilgængelighed, omfang m.v. samt hensynet til at opnå lavest mulige priser eller lavest mulige omkostninger.

12.3.1.1 Formelle krav til proceduren

Selvom ordregiveren har stor fleksibilitet til at tilrettelægge en udbudsprocedure efter lightregimet, er der visse formelle krav, som skal overholdes.

[756] Jf. udbudslovens § 188.

Offentliggørelse[757]
Offentlige kontrakter omfattet af light-regimet skal på forhånd offentliggøres vha. enten en udbudsbekendtgørelse eller en forhåndsmeddelelse. Der findes specifikke formularer til brug ved offentliggørelse af indkøb vedrørende disse sociale og andre specifikke tjenesteydelser.[758]

Offentliggørelsen skal ske enten ved elektronisk fremsendelse til EU's publikationskontor eller i ordregiverens køberprofil. Læs mere om offentliggørelse af meddelelser og bekendtgørelser i afsnit 7.7.1.

Det står ordregiver frit for at vælge imellem, om denne ønsker at gøre brug af en udbudsbekendtgørelse eller en forhåndsmeddelelse til offentliggørelse af udbuddet. Hvis ordregiver ønsker at gøre brug af en forhåndsmeddelelse til dette formål, skal meddelelsen angive, at kontrakterne vil blive tildelt uden yderligere offentliggørelse, og opfordre interesserede økonomiske aktører til skriftligt at tilkendegive deres interesse.

Hvis ordregiver glemmer at angive, at forhåndsmeddelelsen offentliggøres til indkaldelse af tilbud, betragtes det ikke som en opfordring til, at virksomheder kan tilkendegive interesse i at byde på kontrakten, og dermed vil offentliggørelse af udbuddet ikke være sket. Ordregiver bliver i så fald nødt til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse for at opfylde sin udbudspligt. Bliver der indgået kontrakt efter offentliggørelse af en forhåndsmeddelelse uden denne angivelse i forhåndsmeddelelsen, vil det være at betragte som en direkte tildeling, således at kontrakten kan blive erklæret for uden virkning efter en klage til Klagenævnet for Udbud.[759]

Tidsfrister
Der gælder ingen specifikke minimumstidsfrister, når ordregiveren fastsætter fristen for aflevering af ansøgninger eller tilbud. Fristerne for ansøgning om deltagelse eller afgivelse af tilbud skal dog være passende. Det indebærer, at tidsfristerne skal være tilstrækkeligt lange, til at virksomhederne kan nå at udarbejde deres ansøgning eller tilbud. Hvilken frist der er passende, beror på en konkret vurdering, hvor der tages højde for kontraktens kompleksitet og den tid, der er nødvendig for at udarbejde et tilbud samt den dokumentation, virksomhederne skal fremsende.

Udbudslovens regler om tidsfrister kan i den forbindelse tjene som inspiration ved fastsættelsen.[760]

Underretning, begrundelse og standstill-periode[761]
Ordregiver skal tildele kontrakten på baggrund den procedure, der er fastlagt, og på baggrund af de fastsatte kriterier for tildeling.

Såfremt ordregiver anvender udelukkelsesgrunde i sit udbud, skal der indhentes dokumentation, inden der sker endelig tildeling af kontrakten.

Ordregiver skal sikre, at alle berørte ansøgere og tilbudsgivere skriftligt underrettes om, hvilke beslutninger der er truffet i forbindelse med proceduren. Underretningen skal ske

---

[757] Jf. udbudslovens § 187. Læs mere om offentliggørelse af meddelelser og bekendtgørelser i afsnit 7.7.1.
[758] I eNotices2 omtales formularerne, der vedrører de sociale og andre specifikke tjenesteydelser, som "den lempelige ordning", mens de i udbudssystemerne kan være navngivet på anden måde, fx med henvisning til, at de gælder for "light-regimet".
[759] Jf. lov om Klagenævnet for Udbuds § 17.
[760] Læs om tidsfrister i kapitel 8.
[761] Jf. udbudslovens §§ 188 og 189.

hurtigst muligt og samtidig. Når ordregiver skal underrette ansøgere eller tilbudsgivere, skal udbudslovens almindelige regler om meddelelser og begrundelser følges.[762]

De beslutninger, som der skal underrettes om, er fx:

» Udvælgelse af ansøgere
» begrænsning af antallet af tilbud eller løsninger, hvis dette sker som led i proceduren
» tildeling af kontrakt
» aflysning af udbudsproceduren.

Dette er imidlertid ikke en udtømmende liste, og ordregiver skal underrette om samtlige beslutninger, der kan have væsentlig betydning for deltagerne i udbudsforretningen. Det kan fx være en beslutning om at forlænge tidsfristen for afgivelse af tilbud.

Det følger af ligebehandlingsprincippet, at underretning af de berørte ansøgere og tilbudsgivere skal ske samtidig. I afsnit 10.6 gennemgås det nærmere, hvilke oplysninger underretningen skal indeholde.

Ordregiver skal i forbindelse med tildeling af kontrakten også iagttage udbudslovens regler om standstill-periode. Det indebærer, at ordregiveren ikke må underskrive kontrakt med den vindende tilbudsgiver, før standstill-perioden er udløbet.[763]

Bekendtgørelse om indgået kontrakt og skriftlig rapport
Efter indgåelse af en kontrakt omfattet af light-regimet skal ordregiver offentliggøre en bekendtgørelse herom. Ordregiver kan her nøjes med at fremsende en samlet bekendtgørelse, som omfatter alle ordregivers kontrakter indgået efter light-regimet i det seneste kvartal. I så fald skal bekendtgørelsen sendes senest 30 dage efter udgangen af hvert kvartal.

Ordregiver kan også vælge at fremsende en særskilt bekendtgørelse, efter hver kontrakt er indgået. Såfremt ordregiver vælger dette, skal bekendtgørelsen sendes senest 30 dage efter tildelingen af hver kontrakt.

Offentliggørelsen skal ske ved anvendelse af Europa-Kommissionens standardformular og med elektronisk fremsendelse til EU's publikationskontor.

Ved afslutning af en procedure for indkøb efter light-regimets regler skal ordregiver udarbejde en skriftlig rapport.[764] Pligten til at udarbejde en skriftlig rapport gælder, selvom udbudsproceduren aflyses. Formålet med rapporten er at sikre gennemsigtighed om ordregiverens beslutninger, der er truffet i forbindelse med udbudsproceduren.

12.3.2 Undtagelser fra light-regimets regler[765]

Ordregiver kan ved indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser også anvende proceduren udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse. Denne procedure kan anvendes i de samme situationer, hvor det er muligt at anvende proceduren for udbud omfattet

[762] Læs om underretning af ansøgere og tilbudsgivere i afsnit 10.6.
[763] Læs om standstill-perioden i afsnit 10.6.7.
[764] Jf. udbudslovens § 174, jf. § 189, stk. 3. Læs om ordregivers rapporteringspligt og dokumentation af udbudsprocessen i afsnit 10.8.
[765] Jf. udbudslovens § 187, stk. 5.

af udbudslovens afsnit II.[766] Læs om i afsnit 5.7, i hvilke situationer proceduren kan anvendes, og hvilke betingelser der skal være opfyldt.

Udgangspunktet for udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse er, at proceduren kun må anvendes under særlige omstændigheder, da det er en undtagelse fra de øvrige procedurer. I relation til light-regimets særlige tjenesteydelser vil proceduren fx kunne anvendes ved ydelser på socialområdet, hvor størstedelen af ydelserne er kendetegnet ved at være personligt visiterede og generelt at have indbyggede hensyn om kort sagsbehandlingstid for at sikre, at borgeren rettidigt får den rigtige indsats. Det betyder, at der fx ved anbringelse af udsatte børn og unge samt ved forskellige former for behandlingstilbud og bo- og opholdssteder for udsatte voksne og mennesker med handikap kan være et særligt krav om en hurtig indsats. I relation til sociale ydelser vil det i mange tilfælde ikke være muligt at udbyde eller annoncere ydelsen, før der indgås aftaler med eksempelvis private aktører eller selvejende institutioner om ydelser og foranstaltninger til fx socialt udsatte borgere eller mennesker med handikap. Det vil her være muligt at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse med den begrundelse, at der er tale om tvingende grunde som følge af begivenheder, som ordregiveren ikke kunne forudse.[767]

Når der foreligger tvingende grunde, vil ordregiver kunne benytte sig af Tilbudsportalen til at finde den rette tilbudsgiver. Tilbudsportalen er en platform, hvor oplysninger om visse sociale tilbudspriser og kvalitet m.v. er synlige for den kommunale ordregiver. Det følger af serviceloven, at visse ydelser og indsatser på socialområdet skal registreres i Tilbudsportalen, førend en kommune kan anvende disse.[768] Derfor skal både private og offentlige tilbudsgivere registreres i Tilbudsportalen, hvorefter en kommune selv kan vælge, hvilket tilbud der skal benyttes.

Proceduren udbud med forhandling uden offentliggørelse kan også være relevant i andre situationer i forhold til ydelser omfattet af light-regimet, fx hvis der ved tidligere udbud ikke er kommet ansøgninger ind, hvor ansøgningerne ikke har været egnede, eller hvor der som følge af tekniske årsager eller enerettigheder kun er én mulig leverandør.[769]

12.4 Reserverede kontrakter under light-regimet[770]

Udbudsloven åbner mulighed for at forbeholde bestemte virksomheder retten til at deltage i en udbudsprocedure. Ordregiver kan i forbindelse med indkøb af visse tjenesteydelser omfattet af light-regimet forbeholde socialøkonomiske virksomheder retten til at deltage i udbuddet.[771]

Der er tale om en række specifikt opregnede tjenesteydelseskontrakter inden for sundheds- og socialvæsenet, uddannelse, biblioteker, arkiver, museer og andre kulturelle tjenesteydelser samt sportstjenesteydelser og tjenesteydelser til private husstande.

---

[766] Jf. udbudslovens §§ 80-83.
[767] Jf. udbudslovens § 80, stk. 5.
[768] Jf. servicelovens § 14, stk. 1.
[769] Jf. udbudslovens § 80, stk. 1 og stk. 3.
[770] Jf. udbudslovens § 190.
[771] Jf. udbudslovens § 190.

De opregnede tjenesteydelser omfatter eksempelvis:[772]

» Administrative tjenester på uddannelses- og sundhedsområdet
» anvisning af pleje- og hospitalspersonale
» førskoleundervisning
» sygepleje på plejehjem
» hospitalsvirksomhed
» forsorg for handikappede.

De organisationer, til hvem deltagelse i udbuddet kan reserveres, skal udelukkende beskæftige sig med de tjenesteydelser, for hvilke det er muligt at tildele reserverede kontrakter, og skal i øvrigt opfylde alle nedenstående betingelser:

1. Organisationens formål skal være at varetage offentlige tjenesteydelsesopgaver med tilknytning til levering af de specifikke tjenesteydelser, for hvilke det er muligt at udbyde reserverede kontrakter.
2. Organisationens udbytte skal geninvesteres for at opfylde egne målsætninger
   I de tilfælde, hvor udbyttet udloddes eller omfordeles, skal dette ske på baggrund af deltagelsesorienterede hensyn. En geninvestering kan bestå i, at der sker en investering i virksomheden, fx ved køb af nyt udstyr, gennemførelse af et udviklingsprojekt eller køb af ejendom. Der kan også ske investering i andre socialøkonomiske virksomheder eller velgørende organisationer.
3. Ledelses- og ejerskabsstrukturen i organisationen skal være baseret på principper om medarbejderejerskab eller -deltagelse eller skal kræve aktiv deltagelse af medarbejdere, brugere eller interessenter.
   Dette kan eksempelvis være opfyldt ved at sikre medarbejderrepræsentation i virksomhedens bestyrelse, eller ved at brugere og interessenter inddrages aktivt i forbindelse med planlægningen af virksomhedens aktiviteter.
4. Organisationen må ikke have fået tildelt en kontrakt for de pågældende tjenesteydelser af den pågældende ordregiver efter reglerne om reserverede kontrakter inden for de seneste tre år.

Fx vil virksomheder omfattet af lov om registrerede socialøkonomiske virksomheder,[773] foreninger eller nonprofitorganisationer efter omstændighederne kunne byde ind på reserverede kontrakter, hvis de opfylder de ovenstående betingelser.

Hvis en organisation får tildelt en kontrakt efter reglerne om reserverede kontrakter, må kontraktens løbetid maksimalt være tre år. Den treårige løbetid er absolut, hvilket betyder, at en kontrakt efter disse regler ikke kan have en længere løbetid. Det er derfor ikke muligt at medtage optioner på løbetid ud over de tre år.

Ordregiver skal angive i udbudsbekendtgørelsen eller forhåndsmeddelelsen, hvis der er tale om sådan en reserveret kontrakt.

[772] De specifikke CPV-koder er udtømmende opregnet i udbudslovens § 190: 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, fra 85000000-9 til 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 og 98133110-8.

[773] Jf. lov nr. 711 af 25. juni 2014 om registrerede socialøkonomiske virksomheder.

Kapitel 13
Kontrakter under tærskelværdierne

13.1 Indledning

Dette kapitel fokuserer på ordregivers mulighed for at anvende udbudslovens mere fleksible regler ved indkøb af *varer* og *tjenesteydelser* under udbudslovens tærskelværdier.[774] Ordregiver har i disse tilfælde en udstrakt frihed til at planlægge en hensigtsmæssig procedure og er altså ikke forpligtet til at følge reglerne i udbudslovens afsnit II.

I forbindelse med indgåelsen af en kontrakt under den relevante tærskelværdi er der ikke pligt til at gennemføre et EU-udbud. Selvom en kontrakt er af begrænset værdi, kan den alligevel i det konkrete tilfælde have interesse for udenlandske virksomheder. Hvis det vurderes at være tilfældet, er ordregiver forpligtet til at foretage en annoncering, der gør det muligt for udenlandske virksomheder at tilkendegive deres interesse i kontrakten. Kontrakter, som har en klar grænseoverskridende interesse, skal følge reglerne i udbudslovens afsnit IV.

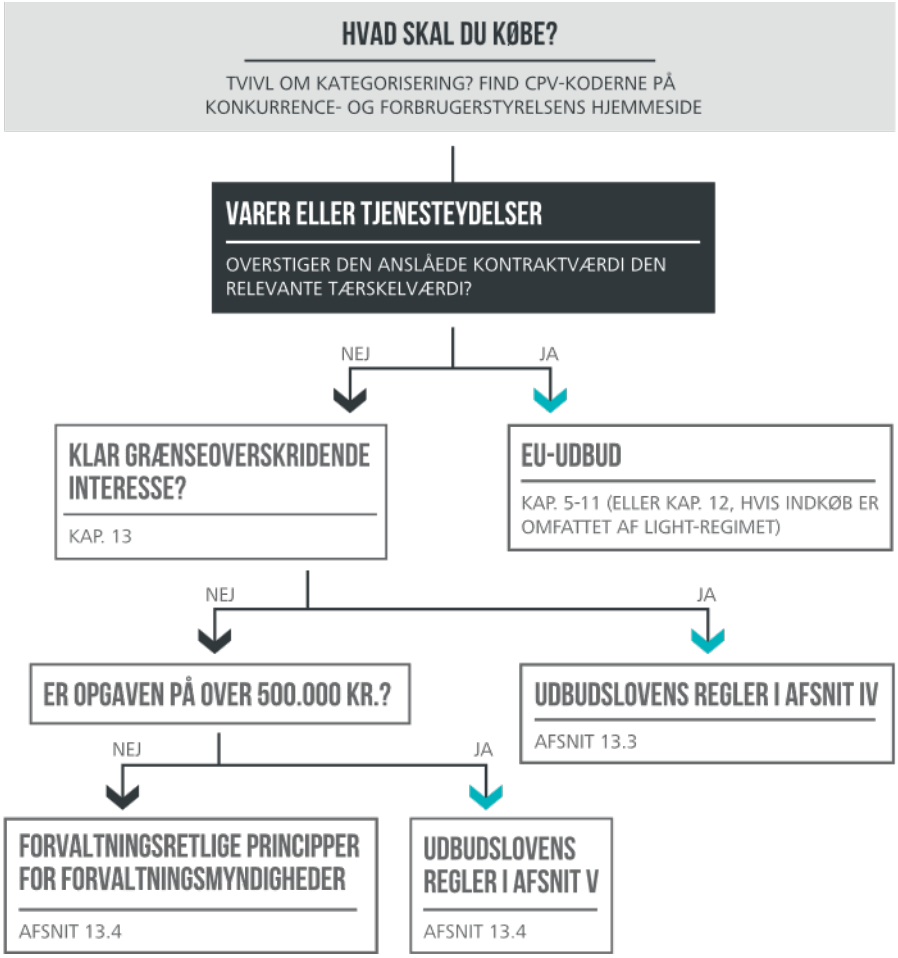
Hvis kontrakten ikke har en klar grænseoverskridende interesse, har ordregiveren ingen annonceringsforpligtelse, men skal blot sikre, at indkøbet foretages på markedsmæssige vilkår, og at de forvaltningsretlige principper overholdes, hvis værdien af kontrakten overstiger 500.000 kr. Sådanne indkøb er reguleret af udbudslovens afsnit V.

Ved indkøb under tærskelværdierne skelnes der således mellem indkøb *med* klar grænseoverskridende interesse og indkøb *uden* klar grænseoverskridende interesse.

I Figur 13.1 er det illustreret, hvordan man kommer frem til, hvilke regler der gælder for en kontrakt under tærskelværdierne.

[774] Ved bygge- og anlægskontrakter, som har en kontraktværdi under EU-tærskelværdien, er det lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren (tilbudsloven), som finder anvendelse. Dette uddybes ikke nærmere i denne vejledning.

Figur 13.1 **Hvilke regler – kontrakter under tærskelværdierne**



13.2 Kontrakter under tærskelværdierne[775]

Hvis værdien af en vare- eller tjenesteydelseskontrakt ligger under tærskelværdierne for EU-udbud, kan ordregiver anvende udbudslovens mere fleksible regler ved indgåelsen af kontrakten. I den forbindelse skal det vurderes, hvorvidt kontrakten har klar grænseoverskridende interesse. Vurderingen er vigtig, da den afgør, hvor meget fleksibilitet ordregiver har ved tilrettelæggelsen af proceduren for indkøbet.

[775] Jf. udbudslovens afsnit IV og V.

Boks 13.1
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning *Indkøb af videnrådgivning – under EU-tærskelværdien*

Denne vejledning har fokus på, hvordan indkøb under EU-tærskelværdierne kan foretages på en enkel måde inden for rammerne af de gældende regler, samtidig med at der sikres en effektiv konkurrence om opgaverne.

Omdrejningspunktet for vejledningen er indkøb af videnrådgivning, men indholdet kan også være relevant i forbindelse med indkøb af andre ydelser, hvor der skal tilrettelægges enkle udbud med en effektiv konkurrence.

Vejledningen er målrettet udbudspraktikere og indeholder også eksempler på paradigmer til indkøb under tærskelværdierne.

13.2.1 Vurderingen af klar grænseoverskridende interesse

En kontrakt har klar grænseoverskridende interesse, hvis ordregiver vurderer, at en virksomhed, som er etableret i en anden medlemsstat, kan være interesseret i at byde på kontrakten. Vurderingen vedrører alene, om en virksomhed i en anden medlemsstat kan have interesse i kontrakten, og ikke om kontrakten kan have interesse for en udenlandsk virksomhed, der allerede driver virksomhed i Danmark, fx med en filial.

Det beror på ordregivers konkrete vurdering, om en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse. Ordregiver skal foretage vurderingen, hver gang der skal foretages et indkøb, da det kan variere fra opgave til opgave, om kontrakten har klar grænseoverskridende interesse. Foretages der flere af de samme indkøb, behøver man dog ikke foretage en ny vurdering, hver gang der købes ind. Dette forudsætter, at de relevante forhold vedrørende indkøbet ikke har ændret sig i en sådan grad, at det har påvirket tidligere vurderinger. Pligten til at vurdere kontraktens grænseoverskridende interesse gælder også ved indkøb af light-ydelser, som har en kontraktværdi under EU-tærskelværdien, eller ved ydelser undtaget fra reglerne i udbudslovens afsnit II og III.[776]

Ved vurderingen skal der lægges vægt på følgende:

» Kontraktens genstand
» kontraktens anslåede værdi
» forholdene i den pågældende branche, herunder markedets størrelse, struktur og handelspraksis
» det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres.

Andre elementer, fx kontraktens varighed, kan også have betydning i den konkrete vurdering og bør i så fald inddrages.

Det bør understreges, at der er tale om en samlet vurdering, hvor alle forholdene vedrørende den pågældende kontrakt indgår. Ordregiver kan derfor ikke nøjes med at forholde sig til fx kontraktens værdi ved vurderingen af, om der er klar grænseoverskridende interesse.

---

[776] For uddybning af indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser (light-ydelser) henvises til kapitel 12. Selvom disse tjenesteydelser efter deres natur som regel har en begrænset grænseoverskridende interesse, skal der foretages en vurdering heraf. Der kan være konkrete forhold ved selve kontrakten, der medfører en klar grænseoverskridende interesse til trods for tjenesteydelsernes karakter. Det kan fx være, at kontraktens varighed eller kontraktopfyldelsesstedet medfører, at virksomheder i andre medlemsstater har en klar interesse i at byde på kontrakten. For ydelser undtaget udbudspligt efter udbudslovens afsnit II og II, se afsnit 4.6.

De forskellige elementer i vurderingen uddybes nedenfor.

Boks 13.2
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens guide *Sådan vurderer du "klar grænseoverskridende interesse"*

Denne guide opsummerer de elementer, der indgår i vurderingen af, om en kontrakt har en klar grænseoverskridende interesse. Her findes også et standardskema, der kan bruges som hjælperedskab til at foretage vurderingen af klar grænseoverskridende interesse.

Kontraktens genstand
Kontraktens genstand har betydning for vurderingen af, om en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse. Det kan eksempelvis være nødvendigt og proportionalt at stille krav om dansktalende personale, hvis kontraktens udførelse kræver, at der kommunikeres på dansk. Det kan fx være tilfældet, hvis kontrakten skal udføres over for en målgruppe, som alene taler dansk.

Et krav om dansktalende personale vil dog ikke nødvendigvis være tilstrækkeligt til at konkludere, at kontrakten ikke har grænseoverskridende interesse. Det skyldes, at det ofte vil være muligt for en udenlandsk tilbudsgiver at ansætte dansktalende personale.

Hvis det eksempelvis er en forudsætning for udførelsen af kontrakten, at den vindende tilbudsgiver har viden om særlige danske regler, som regulerer udførelsen af specifikke tjenesteydelser, vil det pege i retning af, at kontrakten ikke har klar grænseoverskridende interesse. Det vil særligt være tilfældet, hvis der er tale om komplekse retsregler.

Ved varekøb kan det omvendt pege i retning af klar grænseoverskridende interesse, hvis der er tale om varer, som ikke kræver særlig tilpasning til det danske marked, eller hvor transportomkostningerne er af mindre betydning.

Kontraktens anslåede værdi
Kontraktens anslåede værdi har betydning for vurderingen af, om en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse. En kontrakts anslåede værdi beregnes efter de regler, som gælder ved offentlige indkøb over tærskelværdien.[777] Har en kontrakt en begrænset økonomisk værdi, vil det pege i retning af, at kontrakten ikke har klar grænseoverskridende interesse. Det skyldes, at eksempelvis transportomkostninger kan komme til at veje så tungt for en udenlandsk tilbudsgiver, at kontrakten ikke længere har interesse.

Omvendt vil en høj kontraktværdi pege i retning af, at kontrakten har klar grænseoverskridende interesse. En høj værdi betyder, at de omkostninger, som i højere grad påvirker udenlandske tilbudsgivere, vil have mindre betydning. Det kan eksempelvis være transportomkostninger eller tilpasning af organisationen til ordregiverens krav, fx om dansktalende personale.

[777] Læs om beregning af kontraktens værdi i afsnit 4.5.1.

Dog kan konkrete omstændigheder pege i en anden retning, fx hvis transportomkostningerne ved levering af de relevante ydelser fra en anden medlemsstat til Danmark er ubetydelige. Et andet eksempel på, hvornår selv kontrakter af mindre økonomisk værdi kan have klar grænseoverskridende interesse, er, hvis tilbudsgivere kan opnå EU-finansiering af grænseoverskridende projekter.

Der er generelt ingen nedre økonomisk grænse for, hvornår en kontrakt vil have en klar grænseoverskridende interesse, og kontraktens anslåede værdi skal således ses i sammenhæng med de øvrige forhold i vurderingen.[778]

Forholdene i den pågældende branche
Forholdene i den pågældende branche, fx markedets størrelse, struktur og handelspraksis, har betydning for vurderingen af, om en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse. I visse brancher er der stor konkurrence mellem danske virksomheder. I andre brancher er der en svagere konkurrence. Den svage konkurrence kan bero på, at der kun er få danske virksomheder på markedet, som er i stand til at levere de ønskede ydelser. En svag national konkurrencesituation kan pege i retning af, at kontrakten har interesse for udenlandske tilbudsgivere.

Ordregivere kan tiltrække udenlandske tilbudsgivere ved at skabe åbenhed om deres kontraktindgåelse på et marked med svag national konkurrence. Hvis en udenlandsk tilbudsgiver får kontrakter i Danmark, vil det være muligt, at tilbudsgiveren etablerer sig i landet, hvilket på sigt vil styrke den nationale konkurrence. Jo stærkere konkurrencen er på et givent marked, des større er sandsynligheden for, at offentlige ordregivere kan opnå bedre kvalitet eller lavere priser.

At mange danske virksomheder potentielt kan levere de ønskede ydelser, er dog ikke nødvendigvis ensbetydende med, at en kontrakt ikke har interesse for udenlandske tilbudsgivere.

Tilsvarende peger det i retning af, at en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse, hvis de virksomheder, som kan levere de ønskede ydelser, har tradition for at være internationalt aktive. I den forbindelse kan det nævnes, at eksempelvis svenske virksomheder leverer ældrepleje og sundhedsløsninger i Danmark.

Det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres
Det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres, har betydning for vurderingen af, om en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse. Hvis en kontrakt eksempelvis skal udføres tæt på den svenske eller tyske grænse, kan der efter indkøbets karakter være større sandsynlighed for, at kontrakten har klar grænseoverskridende interesse. Det beror på, at transportomkostninger vil have mindre betydning, og at tilbudsgiveres personale ofte i kraft af den geografiske placering vil være i bedre stand til at løse evt. sprogproblemer på en tilfredsstillende måde.

Vedrører en kontrakt på den anden side ydelser, som skal leveres i eksempelvis Nordjylland, indikerer dette, at kontrakten ikke har klar grænseoverskridende interesse.

Kræver opgaveløsningen derimod ikke fysisk tilstedeværelse i Danmark, eksempelvis fordi opgaven kan løses fra leverandørens egen lokalitet, kunne det pege i retning af klar grænseoverskridende interesse.

[778] Jf. EU-Domstolens dom af 15. maj 2008 i de forenede sager C-147/06 og C-148/06, *Santorso*, præmis 31.

Andre elementer
Andre relevante elementer kan også inddrages i vurderingen af, om en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse. En kontrakts varighed kan fx have betydning for udenlandske virksomheders lyst til at byde på en kontrakt. Har en kontrakt en lang varighed, vil der i sammenhæng med en evt. større økonomisk værdi være bedre muligheder for at afskrive investeringer, hvilket kan pege i retning af, at kontrakten har klar grænseoverskridende interesse.

Egne og andres erfaringer med at få løst de relevante opgaver af virksomheder fra andre medlemsstater kan også være forhold, som kan indikere en klar grænseoverskridende interesse. Hvis ordregiveren eksempelvis tidligere har fået leverancer fra en virksomhed i en anden medlemsstat eller har fået konkrete henvendelser fra sådanne virksomheder, vil det være en stærk indikation på, at kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse.

Eksempler
Som nævnt ovenfor beror vurderingen af, om der foreligger klar grænseoverskridende interesse, på en samlet vurdering af de relevante omstændigheder. Dette søges belyst ved en gennemgang af en række eksempler.

Boks 13.3
Eksempel 1

En nordjysk ordregiver skal indkøbe tjenestecykler. Cyklerne skal ikke specialtilpasses, og de er lette at transportere. Dog vil ordregiver også have en serviceaftale på cyklerne. Serviceaftalen omfatter periodisk serviceeftersyn samt tilkald. Kontraktens værdi beløber sig til 150.000 kr. og er dermed under tærskelværdien for EU-udbud. Ordregiver foretager på den baggrund en vurdering af kontraktens klare grænseoverskridende interesse.

Ordregiver kommer frem til, at kontraktens værdi sammenholdt med, hvor kontrakten udføres, taler imod, at kontrakten har klar grænseoverskridende interesse. Isoleret set er værdien af kontrakten ikke tilstrækkelig til, at der ikke foreligger klar grænseoverskridende interesse. Imidlertid må den omstændighed, at kontrakten skal udføres i Nordjylland, pege i retning af, at der ikke er klar grænseoverskridende interesse.

Hvis kontrakten skulle udføres i København, må det antages, at en del svenske virksomheder ville kunne opfylde kontrakten lige så tilfredsstillende som sjællandske virksomheder – uanset kontraktens relativt beskedne værdi – da opgaven ikke kræver særlig tilpasning eller danske sprogkundskaber.

Boks 13.4
Eksempel 2[779]

En ordregiver skal indkøbe en ydelse vedrørende softwareprogrammering. En evt. vinder af kontrakten kan foretage programmeringen fra virksomhedens egne lokaler. Der er med andre ord ikke krav om, at der skal ske en opfyldelse på ordregivers hjemsted. I et sådant tilfælde må det antages, at der er klar grænseoverskridende interesse.

For det første har en udenlandsk virksomhed ikke nævneværdige transportmæssige udfordringer ved udførelsen af kontrakten. Der kan være en vis mødeaktivitet for visse af medarbejderne, men hovedparten af opgaven kræver ikke fysisk fremmøde hos ordregiver. For det andet er særlige danskkundskaber ikke en forudsætning i forbindelse med softwareprogrammering.

[779] Eksemplet er inspireret af Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. februar 2013, *SDI Media A/S mod Danmarks Radio.*

Boks 13.5
Eksempel 3

En ordregiver i en midtsjællandsk kommune ønsker at indgå kontrakt om udførelse af forskellige hjælpe- og aflastningsydelser til personer med funktionsnedsættelser til en værdi af ca. 4,5 mio. kr. for en toårig kontraktperiode.

Ordregiver vurderer, at kontrakten ikke har en klar grænseoverskridende interesse, da der er tale om en light-ydelse, som skal leveres af fysiske personer til fysiske personer i kommunen, og som forudsætter gode danskkundskaber hos behandlingspersonalet.

Boks 13.6
Eksempel 4

En ordregiver skal indkøbe en analyse af det danske betalingsmarked. Analysen skal udarbejdes på dansk og indeholde et afsnit om de danske regler. Der vil derfor være behov for at indgå kontrakt med en virksomhed, der har gode danskkundskaber samt et indgående kendskab til dansk lovgivning og retspraksis. Denne kontrakt vil derfor som hovedregel ikke have klar grænseoverskridende interesse.

13.3 Kontrakter med klar grænseoverskridende interesse[780]

Vurderer ordregiver, at en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse, skal ordregiver overholde de generelle EU-retlige principper i forbindelse med kontraktens indgåelse.

Grundlæggende principper
Ordregiver skal overholde de generelle EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed, proportionalitet og ikke-nationalitetsdiskrimination ved indkøb af varer og tjenesteydelser med klar grænseoverskridende interesse under tærskelværdierne.[781]

Det betyder bl.a., at ordregiver skal sikre, at der er en passende grad af offentlighed om kontrakten.[782] Denne forpligtelse indebærer, at ordregiver skal gennemføre forudgående annoncering af kontrakten.

13.3.1 Tilrettelæggelse af annonceringsproceduren

Ordregiver har frihed til at tilrettelægge proceduren eller fremgangsmåden for det enkelte udbud. Proceduren skal dog udarbejdes i overensstemmelse med de grundlæggende principper om gennemsigtighed, ligebehandling og proportionalitet.[783]

Ordregiver er ikke forpligtet til at afholde et udbud efter procedurereglerne for udbud over tærskelværdien, men der skal ved kontrakttildelingen være en gennemsigtighed, der gør det muligt for en virksomhed i en anden medlemsstat at få adgang til de nødvendige oplysninger om kontrakten, før den tildeles. Gennemsigtigheden skal være til stede, så en virksomhed i en anden medlemsstat har en reel mulighed for at tilkendegive sin interesse for kontrakten, hvis den ønsker det.

Det er derfor et krav, at ordregiver offentliggør tilstrækkelige oplysninger om kontrakten, hvilken fremgangsmåde vedrørende kontraktens tildeling der anvendes, samt kriterierne for

---

[780] Jf. udbudslovens afsnit IV.
[781] Læs om de generelle principper i kapitel 3.
[782] Jf. udbudslovens § 191.
[783] Jf. udbudslovens § 192.

tildeling. Ordregiver kan dog lade sig inspirere af en af de traditionelle procedurer som offentligt eller begrænset udbud eller af de fleksible procedurer, fx udbud med forhandling.[784]

Annoncering
I forbindelse med indgåelse af kontrakter med klar grænseoverskridende interesse, som har en anslået værdi på mindst 100.000 kr. ekskl. moms, skal der ske annoncering på udbud.dk.[785]

Indholdet af annonceringen skal overholde standardformularerne på udbud.dk. Annonceringen skal bl.a. indeholde:

» Beskrivelsen af opgaven
» kontaktoplysninger
» tilbudsfrist og evt. ansøgningsfrist
» ordregivers adresse
» kriterier for tildeling.

For kontrakter med en anslået værdi på under 100.000 kr. er ordregiver ikke forpligtet til at annoncere på udbud.dk, men kan vælge at annoncere på andre måder, som kan sikre en passende grad af offentlighed.[786] Ordregiver kan for sådanne mindre indkøb eksempelvis vælge at annoncere kontrakten på sin hjemmeside, såfremt dette sikrer en passende grad af offentlighed.

Annonceringsmaterialet
Det er ikke et krav, at der skal udarbejdes et udbudsmateriale med detaljerede beskrivelser af den udbudte ydelse. Det skal dog være muligt for tilbudsgiverne at kunne fastslå indholdet af den udbudte ydelse. Beskrivelsen skal som minimum have en detaljeringsgrad, der gør det muligt at identificere indkøbets centrale elementer, herunder mindstekrav samt kriterier for tildeling, der gør det klart, hvad ordregiver tillægger betydning ved vurderingen af tilbuddene.[787] Om dette bedst imødekommes vha. et skriftligt materiale, ved besigtigelser, foto eller lignende, må bero på en konkret vurdering i forhold til den pågældende anskaffelse.

Det er dog afgørende, at ordregiver sikrer, at tilbuddene afgives på et ensartet grundlag, således at de indkomne tilbud kan vurderes på lige vilkår.

Ordregiver er som udgangspunkt fri til at bestemme egne behov og dermed også fastlægge krav og ønsker til det, der skal købes. En ordregiver må dog ikke bestemme sine behov eller fastlægge sine krav til anskaffelsen med det formål at favorisere eksempelvis lokale leverandører eller sin hidtidige leverandør. På den anden side er ordregiver ikke forpligtet til at ændre kravene til indkøbet, blot fordi kun én eller nogle få leverandører vil kunne levere det ønskede, hvis kravene i øvrigt er saglige og proportionale.

---

[784] Læs om de fleksible procedurer i afsnit 5.4, 5.5 og 5.6.

[785] Jf. bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016 om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse, som ændret ved bekendtgørelse nr. 1094 af 29. juni 2022, § 10.

[786] Jf. bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016 om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse, som ændret ved bekendtgørelse nr. 1094 af 29. juni 2022, § 10 a.

[787] Jf. udbudslovens § 192, stk. 1 og 2.

Udvælgelse af ansøgere
Ordregiver kan tilrettelægge en procedure, hvor kun et begrænset antal ansøgere opfordres til at afgive tilbud. Vælger ordregiver dette, skal det fremgå af annonceringen, hvordan virksomhederne udvælges.

Der stilles ikke særlige krav til denne udvælgelse. Den skal blot foregå på en gennemsigtig, ikkediskriminerende og objektiv måde.

Ordregiver er ikke forpligtet til at opfordre et bestemt antal ansøgere til at afgive tilbud. Der skal blot tages hensyn til, at der i sidste ende er et tilstrækkeligt antal, til at der sikres en tilstrækkeligt effektiv konkurrence om kontrakten.

Udbudslovens regler om udelukkelse gælder ikke ved indkøb under tærskelværdierne. Ordregiver kan imidlertid have en naturlig interesse i kun at modtage tilbud fra virksomheder, der fx ikke har gæld til det offentlige eller ikke har deltaget i en kriminel organisation. Der er i den forbindelse intet til hinder for, at ordregiver lægger vægt på disse forhold, forudsat at det er blevet offentliggjort sammen med annonceringen.

Tildelingskriterier
Ordregiver er ikke forpligtet til at anvende et af de tre tildelingskriterier, der fremgår af udbudsloven.[788]

Ordregiver kan derimod selv vælge et tildelingskriterie samt øvrige kriterier, som findes passende til den konkrete kontrakt, når blot de ikke strider imod principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.

Det er naturligvis muligt at benytte et af udbudslovens tildelingskriterier, men det er også muligt at benytte andre kriterier – også selvom de ikke har et direkte økonomisk indhold. Det valgte kriterie skal blot være sagligt, objektivt og ikkediskriminerende samt egnet til at identificere det bedste tilbud.

Ordregiver er endvidere som følge af gennemsigtighedsprincippet forpligtet til at offentliggøre underkriterierne til tildelingskriteriet. Underkriterier er de specifikke elementer, som udbyderen vil basere sin vurdering af de indkomne tilbud på, og som vil være afgørende for bedømmelsen af, hvilket tilbud der eksempelvis har det bedste forhold mellem pris og kvalitet. Der er ikke pligt til at offentliggøre en vægtning af underkriterierne, men det skal være muligt for tilbudsgiverne at gennemskue, hvordan tilbuddene bliver vurderet i forhold til hinanden.

Tidsfrister
Der gælder ingen specifikke minimumstidsfrister. Fristerne for ansøgning om deltagelse eller afgivelse af tilbud skal dog være passende. Det indebærer, at fristerne skal være tilstrækkeligt lange, til at leverandørerne kan nå at udarbejde deres ansøgning eller tilbud. Hvilken frist der er passende, afhænger af en konkret vurdering, hvor der tages højde for krav til den dokumentation, virksomhederne skal fremsende, kontraktens kompleksitet og den tid, der er nødvendig for at udarbejde en ansøgning eller et tilbud.[789]

[788] Læs om udbudslovens tildelingskriterier i afsnit 7.4.2 ovenfor.
[789] Læs om tidsfrister i kapitel 8.

Kontrakttildeling og afslutning af proceduren
Ordregiver skal tildele kontrakten på baggrund af den procedure, der er fastlagt, og på baggrund af de fastsatte kriterier for tildeling.

Ordregiver skal samtidig og skriftligt underrette de tilbudsgivere, som har afgivet tilbud, om, hvilken beslutning ordregiver har truffet om tildelingen.[790] Hvis ordregiver har valgt en begrænset procedure og alene har udvalgt et begrænset antal ansøgere til at afgive tilbud, skal ordregiver ligeledes underrette om resultatet af udvælgelsen.

Ordregiver er forpligtet til at give en begrundelse for tildelingen, hvis der anmodes herom. Det samme gælder, hvis der anmodes om en begrundelse for udvælgelsen ved en begrænset procedure. Bliver der anmodet om en begrundelse, skal ordregivers begrundelse leve op til de samme krav, som gælder for begrundelser for udbud efter udbudslovens afsnit II.[791]

Vælger ordregiver at annullere annonceringen, er ordregiver også forpligtet til at underrette ansøgerne eller tilbudsgiverne herom skriftligt og samtidig og give en begrundelse for at annullere proceduren.

Der gælder ikke en pligt til at iagttage en standstill-periode eller til at udfærdige andre bekendtgørelser eller rapporter om kontraktindgåelsen.

13.4 Kontrakter uden grænseoverskridende interesse[792]

Vurderer ordregiver, at en kontrakt under tærskelværdien ikke har klar grænseoverskridende interesse, skal ordregiver sikre sig, at indkøbet foregår på markedsmæssige vilkår, når kontraktværdien overstiger 500.000 kr. ekskl. moms.[793]

At indkøbet skal ske på markedsmæssige vilkår, indebærer, at ordregiver skal handle i overensstemmelse med de forvaltningsretlige principper. De forvaltningsretlige principper pålægger ordregiver at iagttage principperne om saglighed i forvaltningen, herunder forbuddet mod varetagelse af uvedkommende hensyn, ligebehandlingsprincippet, proportionalitetsprincippet og kravet om økonomisk forsvarlig forvaltning.

Har kontrakten ikke en klar grænseoverskridende interesse og er kontraktværdien på under 500.000 kr., er kontrakten ikke omfattet af udbudsloven. For forvaltningsmyndigheder gælder de forvaltningsretlige principper dog stadig. Det betyder, at de ordregivere, som er forvaltningsmyndigheder, skal iagttage de forvaltningsretlige principper ved alle indkøb – uanset værdi.

13.4.1 Tildeling på markedsmæssige vilkår

Princippet om forsvarlig økonomisk forvaltning indebærer, at ordregiveren har en forpligtelse til at forsikre sig om, at den tilbudsgiver, som bliver tildelt kontrakten, også kan levere på den bedste og billigste måde. Der er med andre ord en pligt til, at tildelingen af kontrakten sker på

---

[790] Jf. udbudslovens § 192, stk. 3.

[791] Begrundelse til forbigåede ansøgere skal i henhold til de specielle lovbemærkninger til udbudslovens § 192, stk. 3, indeholde de elementer, som fremgår af udbudslovens § 171, stk. 2, og begrundelse til forbigåede tilbudsgivere skal indeholde de elementer, som fremgår af udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 1 og 2. Læs mere om begrundelse i afsnit 10.6.

[792] Jf. udbudslovens afsnit V.

[793] Jf. udbudslovens § 193.

markedsmæssige vilkår. Udbudsloven nævner tre fremgangsmåder, som kan sikre, at indkøbet sker på markedsmæssige vilkår. Det kan eksempelvis ske ved, at ordregiver:[794]

» Gennemfører en markedsafdækning og på grundlag af denne indhenter ét tilbud,
» indhenter to eller flere tilbud eller
» annoncerer på ordregivers hjemmeside eller udbud.dk.[795]

Listen er ikke udtømmende, men er blot eksempler på, hvordan et indkøb kan foretages på markedsmæssige vilkår. Hvis en anden fremgangsmåde i øvrigt er i overensstemmelse med de forvaltningsretlige principper, står det ordregiver frit for at vælge den fremgangsmåde, som bedst passer til det konkrete indkøb. Ordregiverens aktuelle kendskab til markedet kan efter omstændighederne eksempelvis være tilstrækkeligt til at afgøre, om indkøbet foretages på markedsmæssige vilkår.

Gennemførelse af markedsafdækning
Ordregiver kan gennemføre en markedsafdækning og på baggrund af denne indhente et tilbud for at sikre sig, at købet foregår på markedsmæssige vilkår. En markedsafdækning kan eksempelvis være en undersøgelse af priserne på det relevante marked ved benchmarkingundersøgelser eller mundtlige kontakter til udvalgte virksomheder eller erfaringer fra tidligere indkøb.

Afgørende for, om der er gennemført en tilstrækkelig markedsafdækning, er, om der derved er blevet skabt et godt kendskab til markedet og priserne, som gør, at det vil være tilstrækkeligt at indhente et tilbud.

Indhentelse af to eller flere tilbud
Når ordregiver indhenter to eller tre tilbud, antages det, at tildeling sker på markedsmæssige vilkår. Disse tilbud vil kunne indgives som underhåndsbud, dvs. uden at opgaven har været gjort til genstand for offentlig annoncering. Der vil være tale om uformelt indhentede tilbud, og sådanne tilbud vil også kunne være genstand for forhandling. Hvis ordregiver konkret måtte ønske at indhente flere end tre tilbud, skal ordregiver begrunde dette samt oplyse tilbudsgiverne om, hvor mange tilbud der højst vil blive indhentet. Kravet om, at ordregiver skal begrunde sin beslutning om at indhente flere end tre tilbud, har til formål at balancere hensynet til, at en ordregiver skal indhente det antal tilbud, som er nødvendige for at skabe effektiv konkurrence om kontrakten, over for hensynet til at begrænse de omkostninger, som er forbundet med virksomhedernes tilbudsafgivelse. Ordregiver kan fx begrunde indhentelsen af flere end tre tilbud med, at ordregiver vurderer, at dette vil bidrage til at sikre et økonomisk fordelagtigt tilbud.

Selvom tilbuddene indhentes uformelt, skal ordregiver sikre, at sagligheds- og ligebehandlingsprincipperne overholdes. Ordregiver skal som følge heraf vurdere tilbuddene på et ensartet grundlag. Læs nærmere om, hvordan ordregiver kan sikre dette, i afsnit 13.4.2.

Annoncering på ordregivers hjemmeside
Ordregiver er ikke forpligtet til at annoncere indkøb under tærskelværdierne uden en klar grænseoverskridende interesse, men kan vælge at annoncere det planlagte indkøb. Det kan være en metode til at sikre, at indkøbet foregår på markedsmæssige vilkår. Hvis der sker annoncering på ordregivers egen hjemmeside, er der ingen formkrav til, hvordan annonceringen

[794] Jf. udbudslovens § 193, stk. 1.
[795] Ordregiver kan også annoncere i overensstemmelse med de regler, der fastsættes af erhvervsministeren, jf. udbudslovens § 191, stk. 2.

skal udformes. Annonceringen kan derfor fx have karakter af en beskrivelse af det planlagte indkøb eller indeholde en opfordring til at afgive tilbud.

Hvis der sker annoncering på udbud.dk, skal annonceringen opfylde den fastsatte standardformular.[796]

13.4.2 Indhentning af tilbud

Der gælder ikke nogen formkrav til ordregivers proces ved indhentning af tilbud, hvis der fx indhentes et enkelt tilbud på baggrund af en forudgående markedsafdækning.

Indhentes der flere tilbud, skal ordregiver sikre, at tilbudsgiverne behandles lige. Det kan derfor være hensigtsmæssigt, at ordregiver i sådanne situationer udarbejder en skriftlig opfordringsskrivelse med de nærmere vilkår for det konkrete indkøb til de udvalgte tilbudsgivere. Det vil gøre det muligt for ordregiver at dokumentere, at tildelingen er sket i overensstemmelse med de forvaltningsretlige principper.

Opfordring til at afgive tilbud
Ordregivers opfordring til at afgive tilbud er heller ikke underlagt nogen formkrav. Den kan således afgives mundtligt.

Såfremt der indhentes flere tilbud, vil det være hensigtsmæssigt, at der udarbejdes en ensrettet opfordringsskrivelse, der indeholder:

» Beskrivelse af anskaffelsen, herunder evt. mindstekrav hertil, prisskema, som nærmere opregner de ydelser, som ønskes af leverandøren, m.v.
» Vilkår for indkøbet.
» Processen for indkøbets foretagelse, herunder evt. tilbudsfrist og tildelingskriterier.

En opfordringsskrivelse, som beskriver de nærmere vilkår for indkøbet, kan gøre det lettere at sammenligne de modtagne tilbud. Derudover vil tilbudsgivernes kendskab til opgaven også kvalificere afgivelsen af tilbud, så de i højere grad kan imødekomme ordregivers behov.

Stiller tilbudsgiverne spørgsmål til tilbudsindhentningen, skal ordregiver som følge af den almindelige vejledningspligt besvare disse. Det kan her være hensigtsmæssigt, at spørgsmålene besvares skriftligt, så det efterfølgende er muligt at dokumentere, at der ikke er sket usaglig forskelsbehandling. Desuden vil der som følge af det forvaltningsretlige ligebehandlingsprincip være en pligt for ordregiver til at sikre, at tilbudsgiverne får de samme informationer. Derfor bør besvarelsen sendes i anonymiseret form til samtlige tilbudsgivere.

Ordregiveren skal oplyse de interesserede tilbudsgivere om, hvor mange tilbud der indhentes. Det kan fx ske mundtligt over for de interesserede tilbudsgivere.

Kriterier for tildeling
Der er ikke pligt til på forhånd at oplyse om evt. tildelingskriterier og vægtningen.

Det følger dog af det forvaltningsretlige ligebehandlingsprincip, at de inviterede virksomheder skal have adgang til de samme oplysninger. For at være sikker på, at

[796] Læs endvidere i afsnit 13.3.1 ovenfor, hvordan en annonceringsprocedure kan tilrettelægges

ligebehandlingsprincippet er overholdt, vil det være hensigtsmæssigt, at ordregiver skriftligt oplyser tildelingskriterierne til tilbudsgiverne, eksempelvis som en del af førnævnte opfordringsskrivelse.

Frister

De forvaltningsretlige regler regulerer ikke frister for afgivelse af tilbud, og der er ikke pligt til at fastsætte en tidsfrist for afgivelse af tilbud. I praksis vil der som altovervejende hovedregel blive fastsat sådan en tidsfrist. Hvis ordregiveren vælger at fastsætte en tidsfrist, skal ordregiveren som udgangspunkt afvise tilbud, som ikke er fremkommet rettidigt. Mht. længden af en konkret tilbudsfrist må det endvidere antages at følge af forvaltningsretlige principper, at den bør være passende og rimelig henset til omfanget af den konkrete kontrakt.

Herudover følger det af forvaltningsretlige principper, at en ordregiver bør overveje, om der kan være saglige grunde til at tage et for sent modtaget tilbud i betragtning, hvis det viser sig at være billigere og bedre.

Ordregiver kan forbeholde sig retten til at indhente et ekstra tilbud, såfremt ordregiveren ikke er tilfreds med de indkomne tilbud, der ikke er kommet et tilstrækkeligt antal tilbud ind, eller nogle tilbudsgivere falder fra, m.v.

Underretning og kontraktindgåelse

I de tilfælde, hvor der modtages mere end ét tilbud, er ordregiver forpligtet til at give en kort meddelelse om resultatet af tilbudsevalueringen til alle tilbudsgivere.

Ordregiver skal efter anmodning uddybe begrundelsen for kontrakttildelingen. Det samme gør sig gældende, for så vidt angår resultatet af en udvælgelse, hvis ordregiver har valgt en begrænset procedure med en udvælgelsesfase, fx i forbindelse med en frivillig annoncering.

Når ordregiver har indgået en kontrakt med en tilbudsgiver, skal det kunne dokumenteres, at kontrakttildelingen er sket på markedsmæssige vilkår. I den forbindelse har ordregiver ikke pligt til at udarbejde et skriftligt evalueringsnotat. Det anbefales dog, at ordregiver udarbejder en kort skriftlig begrundelse forud for kontrakttildelingen, hvori det angives, hvordan det er blevet sikret, at tildelingen er sket på markedsmæssige vilkår.