Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Mulighederne for dialog ved udbud

Vejledning

2013

Mulighederne for dialog ved udbud

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

On-line ISBN: 978-87-7029-563-5
Vejledningen er udarbejdet af
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Marts 2014 (2. version)

Indhold

Kapitel 1
Indledning - Hvorfor er dialog vigtig? 4

1.1 Dialog med markedet er en forudsætning for et godt indkøb og et godt samarbejde 4

Kapitel 2
Sammenfatning 6

2.1 Dialog før udbuddet 6
2.2 Dialog efter offentliggørelse af udbuddet, men før tilbudsfristens udløb 6
2.3 Dialog efter tilbudsfristens udløb, men før kontrakten er indgået 7
2.4 Dialog efter kontraktindgåelse 8

Kapitel 3
Dialog før udbuddet går i gang 9

3.1 Hvornår kan ordregiverne og virksomhederne have behov for dialog? 9
3.2 Hvad siger reglerne om mulighederne for dialog? 10
3.3 Hvad er der oftest tvivl om, og hvordan udjævnes eventuelle konkurrencefordele? 11
3.4 Hvordan kan dialogen foregå? 17

Kapitel 4
Dialog efter offentliggørelse af udbuddet, men før tilbudsfristens udløb 19

4.1 Hvornår kan ordregiverne og virksomhederne have behov for dialog? 19
4.2 Hvad siger reglerne om mulighederne for dialog? 20
4.3 Hvad er der oftest tvivl om? 21
4.4 Hvordan kan dialogen foregå? 25

Kapitel 5
Dialog efter tilbudsfristens udløb, men før kontrakten indgås 27

5.1 Hvornår kan ordregiverne og virksomhederne have behov for dialog? 27
5.2 Hvad siger reglerne om mulighederne for dialog? 27
5.3 Hvad er der oftest tvivl om? 29
5.4 Hvordan kan dialogen foregå? 37

Kapitel 6
Dialog efter kontrakten er indgået 38

6.1 Hvornår kan ordregiverne og virksomhederne have behov for dialog? 38
6.2 Hvad siger reglerne om mulighederne for tilpasning af kontrakten? 39
6.3 Hvad er der oftest tvivl om? 40

Kapitel 1
Indledning - Hvorfor er dialog vigtig?

1.1 Dialog med markedet er en forudsætning for et godt indkøb og et godt samarbejde

Det er vigtigt, at ordregivere udnytter mulighederne for dialog med markedet, når de skal udbyde deres opgaver. Det giver de bedste resultater og minimerer samtidig tvivl og unødvendige omkostninger for både ordregivere og virksomheder.

Forestil dig, at dit fjernsyn går i stykker, og at du derfor har brug for et nyt. Hvordan vil du gribe det an? Skriver du en e-mail til samtlige varehuse med en opfordring til at sende dig et tilbud på et fjernsyn, får du formentlig en meget broget samling af tilbud tilbage. Hvis du samtidig har bundet dig selv til at købe det fjernsyn med den laveste pris, ender du nemt med et billedrørsfjernsyn med forældet teknologi.

Det er naturligvis et meget groft eksempel, men det er grundlæggende, hvad der sker, når man som ordregiver ikke sørger for at rådføre sig med markedet, inden man igangsætter sit udbud. Det handler simpelthen om godt købmandskab. Den gode købmand undersøger, om han skal have en fjernsynsskærm, der er LCD, LED eller plasma. Han undersøger også, hvilke størrelser fjernsynsskærmene kan leveres i, og hvad fjersynenes energiforbrug er. Det har store konsekvenser for både anskaffelsesprisen og de løbende forbrugsudgifter, hvis han vælger et fjernsyn på 27 tommer frem for 50 tommer, eller et fjernsyn i energiklasse +A frem for B.

Alle detaljerne har afgørende betydning for et kommende udbud og er vigtige informationer, når udbuddet skal tilrettelægges. Ordregiveren bliver først og fremmest bedre i stand til at vurdere og beskrive, hvad behovet egentlig er. Samtidig kan ordregiveren også sørge for, at der i udbuddet konkurreres på præcis det, som der er mest behov for, så indkøbet dermed bedst opfylder behovet.

Udbudsreglerne giver rig mulighed for dialog. Det gælder især før udbuddet er iværksat. Ordregiveren kan opnå flest fordele med en tidlig dialog, fordi udbuddet frit kan justeres på baggrund af de input, der er modtaget på dette tidspunkt.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har konstateret, at virksomheder og ordregivere er tilbageholdende med at indgå i dialog, fordi der hersker stor tvivl om, hvorvidt og i hvor stor grad dialog er tilladt. Styrelsen har derfor udarbejdet denne vejledning for at udviske usikkerheden og derved fremme dialogen mellem ordregiverne og virksomhederne i udbudsprocessen. Vejledningen skal med andre ord bidrage til en forståelse af hvor, hvornår og under hvilke omstændigheder dialog kan føres. Samtidig skal vejledningen synliggøre, at der ikke er grund til at være tilbageholdende med at gå i dialog med markedet, og at det ofte giver bedre udbudsresultater.

Målgruppen for vejledningen er ansatte i såvel ordregivende myndigheder som virksomheder. Det vil sige offentlige indkøbere og udbudskonsulenter i alle typer af offentlige myndigheder og offentligretlige organer, dvs. staten, regioner, kommuner, uddannelsesinstitutioner mv. samt medarbejdere på alle niveauer i virksomheder med salg til det offentlige.

Boks 1.1
Hovedbudskaber vedrørende dialog mellem ordregivere og private virksomheder

- Ordregivere og virksomheder har særdeles bred adgang til dialog før et udbud igangsættes
- En virksomhed, der har ydet en ordregiver rådgivning før udbuddet, er ikke udelukket fra at afgive tilbud, medmindre dialogen har givet virksomheden en væsentlig konkurrencefordel, der ikke kan udlignes af ordregiver i selve udbudsprocessen
- Ordregivere kan efter offentliggørelse af udbuddet supplere og præcisere indholdet af udbudsmaterialet
- Virksomheder kan efter afgivelse af tilbud supplere og præcisere indholdet af deres tilbud
- Ordregivere kan indlede dialog med henblik på at afklare fejl i tilbud:
  - når det er åbenlyst, at der er behov for afklaring,
  - når der er tale om en åbenlys indholdsmæssig fejl og
  - når rettelsen af fejlen ikke derved indebærer, at tilbudsgiveren opnår mulighed for at ændre sit tilbud
- Ordregivere kan indhente manglende dokumentation fra tilbudsgivere og ansøgere, såfremt dette ikke giver mulighed for at forbedre selve indholdet i tilbuddet.
- Efter afgivelsen af tilbud, er det ikke tilladt at forhandle om tilbudsprisen, eller om betingelser i kontrakten, som vedrører grundlæggende elementer.
- Efter indgåelsen af kontrakt, er det ikke tilladt at forhandle med den valgte virksomhed om elementer i den indgåede kontrakt, som resulterer i en væsentlig ændring af kontrakten.

Vejledningen er opdelt i kapitler, der omfatter fire forskellige faser i en udbudsproces. Der er fasen før udbuddet igangsættes, som kan betegnes som ordregiverens planlægningsfase. Der er en fase efter igangsættelse, men før tilbud er afgivet, som kan betegnes som tilbudsgivernes planlægningsfase i forhold til udarbejdelse af tilbud. Næste fase omhandler behandlingen af selve de afgivne tilbud og til sidst er der fasen efter at udbuddet af afsluttet og kontrakt er indgået. Kapitlerne kan læses hver for sig alt efter, hvilken fase af et udbud man befinder sig i. I kapitel 2 er vejledningen sammenfattet i en kort udgave.

Vejledingen tager udgangspunkt i fire faser, jf. figur 1.1:

Figur 1.1: Faser og mulighed for dialog før, under og efter et udbud

De enkelte kapitler forklarer mulighederne for dialog i de fire forskellige faser. Derudover gennemgås de spørgsmål, der oftest giver anledning til tvivl i forbindelse med udbud og der gives eksempler på, hvad der er tilladt og hvad der ikke er tilladt. Målgruppen for vejledningen vil med fordel kunne anvendes af både offentlige ordregivere og private leverandører.

Kapitel 2
Sammenfatning

2.1 Dialog før udbuddet

Før udbuddet er iværksat har ordregiverne og virksomhederne særdeles bred adgang til at føre dialog. Det er tilladt for ordregivere at søge eller modtage rådgivning fra private virksomheder til brug for udarbejdelse af udbudsmaterialet, og der er i den sammenhæng ingen grænser for, hvad ordregiveren må have dialog med virksomhederne om. Ordregiveren skal blot sørge for, ikke at tilrettelægge sit udbud således, at enkelte virksomheder opnår en væsentlig konkurrencefordel.

Det forhold, at en virksomhed før udbuddet har haft dialog med ordregiveren, udelukker ikke i sig selv virksomheden fra at deltage i selve udbuddet. Kun hvor en virksomhed gennem dialog med ordregiveren opnår en væsentlig konkurrencefordel i forhold til andre interesserede virksomheder, vil virksomheden være udelukket fra at deltage i selve udbuddet.

Selv i situationer, hvor en virksomhed har opnået en konkurrencefordel, kan ordregiver dog udligne fordelen således, at virksomheden alligevel kan deltage i udbuddet. Mulighederne for dialog samt nogle simple forholdsregler, der kan sikre konkurrencen opridses kort her:

Boks 2.1
Dialog før udbuddet - Hvordan sikres konkurrencen?

Vær som ordregiver opmærksom på:

- at det fuldt ud er tilladt, og ofte særdeles nyttigt, at føre dialog med virksomheder for at søge rådgivning om udarbejdelse af sine udbudsbetingelser
- at dialogen blot ikke må føre til, at en eller flere virksomheder opnår en væsentlig konkurrencefordel
- at alle nødvendige oplysninger gøres tilgængelig for samtlige interesserede virksomheder
- at dialogen foregår med flere aktører på markedet for at undgå favorisering af enkelte virksomheder
- at fastsætte krav, der gør det muligt for flere virksomheder at byde
- at gøre de væsentligste resultater af tidligere rådgivning forbundet med opgaven tilgængelig for alle
- at fastsætte en passende tidsfrist, for at udligne den tidligere rådgivers eventuelle konkurrencemæssige fordele.

2.2 Dialog efter offentliggørelse af udbuddet, men før tilbudsfristens udløb

Efter offentliggørelse af udbuddet og indtil tilbudsfristens udløb er adgangen til dialog mere snæver end før udbuddet. Ordregiveren må således kun have dialog med virksomhederne, såfremt det sker med henblik på at præcisere eller supplere indholdet af ordregiverens krav.

For at sikre, at dialogen sker inden for rammerne, og at dialogen ikke i øvrigt giver anledning til forskelsbehandling, skal dialogen foregå på en objektiv og gennemsigtig måde. Det er i den sammenhæng en betingelse, at alle interesserede virksomheder har adgang til de samme præciserende eller supplerende oplysninger.

For at sikre overholdelse af ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighed, skal ordregivere blot følge nogle simple forholdsregler:

Boks 2.2
Dialog efter offentliggørelse - Hvordan sikres konkurrencen?

Vær som ordregiver opmærksom på:
- at det er tilladt at føre dialog med henblik på at supplere eller præcisere ordregiverens krav eller virksomhedernes ansøgning
- at alle interesserede virksomheder skal have adgang til den samme information på samme tid
- at supplerende oplysninger meddeles skriftligt, og så hurtigt som muligt
- at meddele supplerende oplysninger til alle potentielle tilbudsgivere
- at både spørgsmål og svar meddeles, og at spørgsmålene har præcis samme form, som de er modtaget i
- at sætte en passende tidsfrist, der giver tilbudsgiverne den nødvendige tid til at udarbejde gode tilbud
- at potentielle tilbudsgivere har adgang til at stille spørgsmål helt op til 6 dage før fristen for aflevering af tilbud
- at eventuelle rettelser i udbudsmaterialet kun konkretiserer allerede tilgængelig information
- at eventuelle rettelser ikke går ud over den ramme, som udbudsbekendtgørelsen danner
- vær særlig påpasselig ved rettelse af de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne
- ordregiverne må anmode ansøgere om at præcisere og supplere dokumentation, der er indsendt med ansøgningen
- ordregiverne må også anmode ansøgere om at indsende manglende dokumentation, der ikke er indsendt med ansøgningen.

2.3 Dialog efter tilbudsfristens udløb, men før kontrakten er indgået

Efter tilbudsfristens udløb og indtil ordregiveren har valgt, hvilken virksomhed, der skal have kontrakten, er der stor risiko for, at en virksomhed gennem dialog med ordregiveren vil påvirke ordregiverens valg af virksomhed. Adgangen til dialog i denne fase af udbuddet er derfor meget snæver.

Ordregiveren må kun have dialog med virksomhederne, når det sker med henblik på at få suppleret eller præciseret indholdet af virksomhedernes tilbud. Endvidere må ordregiveren og virksomhederne ikke forhandle om tilbudsprisen, eller om betingelser i kontrakten, som vedrører grundlæggende elementer.

Efter at ordregiveren har valgt, hvilken virksomhed der skal have kontrakten, er adgangen til dialog dog mindre snæver. Ordregiveren kan således have dialog med den valgte virksomhed om mindre ændringer i forhold til den valgte virksomheds tilbud og/eller udbudsmaterialet.

Boks 2.3
Dialog efter tilbudsfristen - Hvilke muligheder for dialog er der?

Vær som ordregiver opmærksom på:
- at ordregivere kun må føre begrænset dialog med tilbudsgivere med henblik på at præcisere eller supplere et tilbud
- at ordregivere må føre dialog med tilbudsgivere med henblik på at indhente manglende eller mangelfulde oplysninger, såfremt dette ikke giver tilbudsgiveren mulighed for at forbedre sit tilbud
- at ordregivere må føre dialog med tilbudsgivere med henblik på at præcisere eller supplere et tilbud
- at ordregivere godt må føre dialog med henblik på at rette fejl i et tilbud, når
  - det er åbenlyst, at der er behov for afklaring
  - der er tale om en åbenlys indholdsmæssig fejl og
  - når rettelsen af fejlen ikke derved indebærer, at tilbudsgiveren opnår mulighed for at ændre sit tilbud
- at dialog om forbehold for grundlæggende elementer ikke er tilladt
- at dialog om priser er som udgangspunkt ikke tilladt, idet pris som klar hovedregel betragtes som et grundlæggende element
- at tvivl om, hvordan et forbehold skal forstås, forpligter ordregiver til at afvise tilbuddet.

2.4 Dialog efter kontraktindgåelse

Efter at kontrakten er indgået, er adgangen til dialog meget bred, og der er naturligvis fri adgang til dialog med henblik på at føre den indgåede kontrakt ud i livet. Ordregiveren må blot ikke forhandle med den valgte virksomhed om elementer i den indgåede kontrakt, som resulterer i en væsentlig ændring af kontrakten. En sådan ændring vil være at betragte som en helt ny kontrakt, der dermed er udbudspligtig.

Boks 2.4
Dialog efter kontraktindgåelse - Hvilke muligheder for dialog er der?

Vær som ordregiver opmærksom på:

- at det naturligvis er tilladt at føre dialog med sin kontraktpart om levering af kontraktens ydelse
- at det er tilladt at foretage mindre justeringer af kontrakten i løbet af dens løbetid
- at en væsentlig ændring af kontrakten betragtes som indgåelse af en helt ny kontrakt, der derfor er udbudspligtig.

Kapitel 3
Dialog før udbuddet går i gang

I kapitel 3 gennemgås mulighederne for dialog mellem ordregivere og potentielle leverandører i tiden før et udbuds forberedende fase, dvs. før udbuddet er iværksat. Først beskrives behovet og hensigten med dialogen i denne fase, dernæst gennemgås eventuelle regler, der regulerer adgangen til dialog efterfulgt af en gennemgang af de mest almindelige problemer, der opstår i forbindelse med påtænkte udbud. Kapitlet afsluttes med en kort gennemgang af, hvordan dialogen kan gennemføres.

3.1 Behov for dialog

Dialog mellem ordregiverne og virksomhederne er vigtig for at skabe den mest effektive konkurrence om den pågældende offentlige kontrakt. En ordregiver kan have stor nytte af dialog med virksomhederne for udarbejdelse af udbudsmaterialet. Der kan fx være behov for at rette henvendelse til den virksomhed, som hidtil har haft kontrakt med ordregiveren for at få faktiske oplysninger omkring den hidtil udførte opgave. Eller til konkurrenten for at få et indtryk af, om der er opstået nye måder at løse opgaven på siden man gennemførte det sidste udbud.

Endvidere kan ordregiveren have behov for dialog med en eller flere virksomheder for at skabe et overblik over, hvilke produkter, ydelser eller bygge- og anlægsarbejder der er på et bestemt marked. Det kan fx være for at få nye ideer til løsning af en bestemt opgave.

Ordregiverens behov for dialog kan også opstå, hvis ordregiveren ikke har den fornødne faglige kompetence til selv at foretage en tilstrækkelig teknisk beskrivelse af opgaven og derfor har behov for viden fra virksomhederne herom.

Ordregiveren kan også have behov for, at en eller flere virksomheder udfører visse forberedende arbejder i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmaterialet. Det kan være udførelse af studier, forsøg, undersøgelser eller udvikling.

En virksomhed kan fx ønske at rette henvendelse til en ordregiver for at gøre opmærksom på alternative opgaveløsninger.

3.2 Hvad siger reglerne om mulighederne for dialog?

Det er ikke direkte reguleret i udbudsdirektiverne, hvornår og i hvilket omfang en ordregiver kan have dialog med private virksomheder, der potentielt kan have interesse i at afgive tilbud på en udbudt opgave. Det er dog klart, at teknisk rådgivning hos virksomhederne i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmaterialet er tilladt. Det fremgår af udbudsdirektivets indledende betragtning nr. 8 og forsyningsvirksomhedsdirektivets indledende betragtning nr. 15, der er formuleret således:

”Inden ordregiverne indleder en udbudsprocedure, kan de ved hjælp af en ”teknisk dialog” søge eller modtage rådgivning, der kan benyttes til at udarbejde udbudsbetingelserne, dog forudsat at en sådan rådgivning ikke har til følge, at konkurrence forhindres.”

Begrebet ”teknisk dialog” er blot en samlebetegnelse for den udveksling af information, som en ordregiver foretager sammen med potentielle leverandører med henblik på at udarbejde udbudsbetingelserne. Der er ikke tale om nogen særlig form, som dialogen skal have og den har heller ikke et specifikt indhold. Ordregiveren og de potentielle leverandører kan i princippet tale om alt, hvad der kan være behov for at tale om med henblik på iværksættelsen og gennemførelsen af et udbud. I resten af dette kapitel anvendes derfor blot det mere almindelige ord ”dialog”.

Før udbud igangsættes er ordregivere med andre ord kun bundet af princippet om ligebehandling i forbindelse med markedsdialogen. Ligebehandlingsprincippet indebærer, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt og at forskellige forhold ikke må behandles ens. Herved sikres, at konkurrencen mellem virksomhederne er lige. Alle interesserede virksomheder skal derfor have mulighed for at afgive tilbud på lige vilkår og betingelser.

Ordregivere skal overholde ligebehandlingsprincippet, både når den offentlige kontrakt er omfattet af udbudsdirektivets detaljerede procedureregler og reglerne i tilbudsloven.

Dialogen må ikke føre til en væsentlig konkurrencefordel
Ligebehandlingsprincippet medfører, at en virksomhed ikke kan udelukkes fra et udbud alene fordi den har ydet ordregiveren rådgivning før udbuddet af en opgave. Det skal derimod godtgøres, at virksomheden gennem dialog med ordregiveren har opnået en væsentlig konkurrencefordel i forhold til andre interesserede virksomheder før virksomheden kan udelukkes fra at deltage i udbuddet, såkaldt rådgiverinhabilitet.

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

Konkurrencefordelen kan opstå, hvor virksomheden har ydet ordregiveren egentlig rådgivning omkring udarbejdelse af udbudsmaterialet (fx fastlæggelse af de tekniske krav eller tildelingskriterierne), eller hvor virksomheden har foretaget forberedende arbejde (fx undersøgelser og forsøg) for ordregiveren til brug for udarbejdelse af udbudsmaterialet.

Ved vurdering af om en virksomhed, som har ydet ordregiveren rådgivning, har opnået en væsentlig konkurrencefordel, er det ikke afgørende, om rådgivningen er delt mellem flere virksomheder. Det er derimod afgørende, hvilken rolle den enkelte rådgivende virksomhed rent faktisk har haft i forbindelse med rådgivningsopgaven.

Inhabilitet rammer en virksomhed som helhed, selv om det konkret er muligt at fastslå, at alene én af virksomhedens medarbejdere er inhabil.

Ordregiveren skal foretage vurderingen af, om en rådgivende virksomhed har opnået en væsentlig konkurrencefordel
Ordregiveren må ikke alene på grund af, at en virksomhed har ydet teknisk rådgivning i forbindelse med udarbejdelse af udbudsmaterialet, udelukke virksomheden fra at byde på opgaven. Det vil være i strid med ligebehandlingsprincippet. Ordregiveren skal derimod altid foretage en konkret vurdering af, om den virksomhed, der har ydet teknisk rådgivning, har opnået en væsentlig konkurrencefordel, som gør, at virksomheden må udelukkes fra udbuddet.

Ordregiverens vurdering af, om en virksomhed har opnået en væsentlig konkurrencefordel beror på et skøn, hvor alle relevante elementer skal tages i betragtning. Der er i den sammenhæng tillagt ordregiveren en betydelig skønsmargin.

Det er som udgangspunkt klageren i en klagesag, der skal løfte bevisbyrden for sine påstande, dvs. om den rådgivende virksomhed har eller ikke har opnået en væsentlig konkurrencefordel afhængig af om der er tale om klage over uretmæssig udelukkelse eller manglende udelukkelse som følge af rådgiverinhabilitet. Hvis en ordregiver derimod har tilladt en tidligere rådgivende virksomhed at deltage i udbuddet til trods for, at rådgivningen har været udtryk for et omfattende samarbejde, vil Klagenævnet for Udbud dog vende bevisbyrden om således, at det pålægges ordregiveren at godtgøre, at den pågældende virksomhed ikke har opnået en væsentlig konkurrencefordel og/eller at denne konkurrencefordel er udjævnet ved ordregiverens tilrettelæggelse af udbuddet.

Boks 3.1
Hvilke muligheder for dialog giver reglerne?

» Det er fuldt ud tilladt at føre dialog med virksomheder med henblik på at søge rådgivning om udarbejdelse af sine udbudsbetingelser
» Dialogen må blot ikke føre til, at en eller flere virksomheder opnår en væsentlig konkurrencefordel.

3.3 Hvad er der oftest tvivl om, og hvordan udjævnes eventuelle konkurrencefordele?

Det er tilladt for ordregivere at afholde en dialog inden et udbud iværksættes, forudsat at konkurrencen ikke forhindres. En ordregiver kan således rette henvendelse til en eller flere virksomheder for at undersøge markedet for den pågældende ydelse. Dette kan eksempelvis være information om, hvilke produkter, ydelser eller bygge- og anlægsarbejder der er på et bestemt marked eller for at undersøge, om der findes alternative løsninger til den opgave, som ordregiveren ønsker at udbyde.

Tilsvarende kan en virksomhed rette henvendelse til en ordregiver for at gøre opmærksom på nye eller alternative produkter, ydelser eller bygge- og anlægsarbejder. Der kan i praksis opstå en række spørgsmål i forbindelse med afdækningen af grænserne for en sådan dialog. I det følgende beskrives de typiske faldgruber i forbindelse med dialogen med markedet, samt hvilke forholdsregler man bør tage for at udjævne eventuelle konkurrencefordele.

Er det tilladt at føre dialog med den eksisterende leverandør?
Det kan være svært for en ordregiver at vurdere, hvor tæt en dialog, der er tilladt med den eksisterende leverandør inden iværksættelsen af et udbud. Leverandøren vil ofte have oparbejdet særlig viden om den pågældende opgave, der kan være nødvendig for ordregiverens tilrettelæggelse af udbud, når kontrakten skal konkurrenceudsættes på ny.

Herudover har leverandøren typisk en tæt dialog med ordregiveren i forbindelse med selve udførelsen af den eksisterende kontrakt. Dette vil i manges øjne opfattes som en fordel i forhold til de øvrige potentielle tilbudsgivere, der findes på det pågældende marked, og den tætte forbindelse mellem ordregiver og den eksisterende leverandør kan medføre bekymringer i markedet, om der tilmed forhandles mellem parterne.

Dialog forbundet med udførelsen af den eksisterende kontrakt er naturligvis tilladt og der er ingen begrænsninger forbundet hermed. Problemet opstår kun i forbindelse med iværksættel-

sen af nyt udbud, hvor den eksisterende leverandør kan være i besiddelse af vigtige oplysninger om den opgave, der skal udbydes i medfør af virksomhedens rolle som eksisterende leverandør. En sådan viden kan udgøre en fordel ved afgivelsen af tilbud til det kommende udbud.

For at sikre, at den eksisterende leverandør ikke stilles bedre i konkurrencen om kontrakten end andre tilbudsgivere, skal ordregiveren sikre sig, at dialogen med leverandøren udelukkende har til formål at skaffe de nødvendige faktiske oplysninger om leverandørens varetagelse af opgaven eller markedet, der opereres på. Denne form for dialog er uden tvivl tilladt og medfører, at ordregiver hverken er berettiget eller forpligtet til at afvise tilbud fra en tilbudsgiver, der har deltaget i en sådan dialog.

Den eksisterende leverandør vil ved at være i besiddelse af sådan oplysninger ikke blive inhabil, men ordregiveren bør udvise omtanke ved brug af den information, som indhentes for ikke uvildigt at tilrettelægge sit udbud således, at den eksisterende leverandør opnår en konkurrencefordel.

Boks 3.2
Eksempel

Tidligere leverandør har viden om den udbudte opgave, som ikke er tilgængeligt for alle.
En ordregiver udbyder en tjenesteydelsesaftale vedrørende tømning af spilde-vandstanke. Det fremgår af udbudsmaterialet, at virksomhederne både skal afgive tilbud på ordinære tømninger (dvs. tømninger efter en forud fastlagt plan) og ekstraordinære tømninger (dvs. tømninger efter særlig bestilling). Det forventede antal af ekstraordinære tømninger fremgår ikke af udbudsmaterialet. Kun den virksomhed, som ordregiveren hidtil har haft kontrakt med om udførelse af den udbudte opgave, har en viden om antallet af ekstraordinære tømninger. Idet antallet af ekstraordinære tømninger er relevant for virksomhedernes afgivelse af tilbud, opnår virksomheden en konkurrencefordel i forhold til andre virksomheder. Ordregiveren overtræder dermed ligebehandlingsprincippet, hvis ikke den relevante information offentliggøres.

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

Leverandøren er ikke udbudsretligt forpligtet til at udlevere oplysninger til ordregiveren. Ordregiveren kan dog overveje at indføre en forpligtelse i aftalen med leverandøren til at udlevere nødvendige oplysninger, som ordregiveren kan bruge ved næste udbud. Virksomheden skal samtidig være opmærksom på, at den gennem dens hidtidige samarbejde med ordregiveren kan have opnået en særlig viden om den udbudte opgave, som giver virksomheden en fordel i forhold til andre interesserede virksomheder i forbindelse med afgivelse af tilbud.

Dette gælder ikke mindst, hvor ordregiveren ønsker at udbyde en opgave, der svarer til den opgave, som virksomheden aktuelt udfører for ordregiveren. For ikke at være udelukket fra at deltage i udbuddet bør virksomheden derfor tilvejebringe de af ordregiveren efterspurgte oplysninger, såfremt de må anses for relevante for den udbudte opgave.

Virksomheden har dog ret til at tilbageholde fortrolige oplysninger, fx tekniske hemmeligheder og forretningshemmeligheder. Ligebehandlingsprincippet indebærer også, at ordregiver skal gøre, hvad den kan for at stille alle tilbudsgivere lige i forbindelse med udbuddet. Det betyder, at ordregiveren skal sikre, at alle nødvendige oplysninger gøres tilgængelige for samtlige interesserede virksomheder.

Der kan dog opstå situationer, hvor det vil være enten umuligt eller urimeligt at bede ordregiver om at udjævne den fordel, som en eksisterende leverandør måtte have. Dette gør sig gældende i tilfælde, hvor en udligning er teknisk kompliceret, uforholdsmæssig dyr eller hvor den eksisterende leverandørs rettigheder tilsidesættes.[1] I sidstnævnte tilfælde tænkes hovedsagelig på beskyttelsen af fortrolige oplysninger, så som know-how, virksomhedshemmeligheder, etc.

Boks 3.3
Hvordan sikres konkurrencen?

Vær som ordregiver opmærksom på:
» at dialog udelukkende omhandler tilvejebringelse af faktiske oplysninger om opgaven
» at alle nødvendige oplysninger gøres tilgængelig for samtlige interesserede virksomheder
» at udbudsbetingelser udarbejdet på baggrund af oplysninger indhentet fra dialog med eksisterende leverandør ikke medfører væsentlige konkurrencefordele.

Er det tilladt at føre dialog om fastlæggelsen af tekniske krav og udformning af udbudsmaterialet?
Hovedformålet med en teknisk dialog er tilrettelæggelsen af udbudsbetingelser, der bidrager til en effektiv indkøbsproces og indkøb af den bedst mulige kvalitet til den lavest mulige pris. Det er derfor helt naturligt, at en ordregiver fastsætter sine tekniske krav og i det hele taget tilrettelægger udbudsmaterialet på baggrund af dialogen med markedsaktørerne.

En faldgrube er dog, at ordregiveren baserer sine tekniske krav på baggrund af oplysninger fra en enkelt eller meget få virksomheder, hvorved risikoen for væsentlige konkurrencemæssige fordele for denne eller disse virksomheder opstår. Frygten for klagesager kan også helt afholde ordregivere fra at iværksætte dialog, hvilket medfører, at den nyttige information, som befinder sig i markedet går tabt med det resultat, at tilbuddene ikke fuldt ud lever op til ordregiverens behov.

Boks 3.4
Eksempel

Rådgivning om den udbudte opgave er ikke sket til gunst for virksomheden
En ordregiver overvejer at udbyde distribution af medicin til de enkelte hospitaler. Ordregiveren går i dialog med en virksomhed omkring opgavens indhold. Virksomheden anbefaler ordregiveren, at opgaven vedrører distribution af varer fra ca. 70 nærmere angivne mindre virksomheder. Endvidere anbefaler virksomheden, at udbudsmaterialet indeholder en tilbudsliste med en oversigt over de 70 virksomheder og stikprøve på de varer, der skal distribueres. Trods en ret tæt kontakt mellem ordregiveren og virksomheden, og at virksomheden har haft indflydelse på udformningen af udbudsmaterialet, vurderer Klagenævnet for Udbud, at ligebehandlingsprincippet ikke er overtrådt, idet udbudsmaterialet ikke er udformet i et egentligt samarbejde med den rådgivende virksomhed og idet virksomheden under udbuddet ikke har andre oplysninger end de øvrige deltagere i udbuddet. Den rådgivende virksomhed er i en sådan situation ikke inhabil og kan derfor ikke udelukkes fra at deltage i udbuddet.

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

Det er fuldt ud tilladt at føre dialog med markedsaktører om tekniske krav til den efterspurgte anskaffelse og dermed indirekte også om udformningen af udbudsmaterialet. Ordregivere bestemmer selv, hvilke tekniske krav de vil stille i forbindelse med udbud. Klagenævnet for Udbud vil som klar hovedregel ikke blande sig heri, og vil kun gøre dette, når ordregiveren ikke kan angive en saglig og proportional begrundelse for de tekniske krav, der er stillet henset til den begrænsning af konkurrencen, som kravene medfører.

[1] Se for eksempel sag T-345/03 Europaiki Dynamiki mod Kommissionen.

Boks 3.5
Eksempel

Rådgivning om den udbudte opgave er sket til gunst for virksomheden
En ordregiver overvejer at udbyde en kontrakt om levering af inventar til en bygning. Ordregiveren kontakter en virksomhed, som ordregiveren samarbejder med om udformningen af udbudsmaterialet. Virksomheden udarbejder blandt andet en inventarfortegnelse. Denne inventarfortegnelse svarer helt overvejende til de produkter, som den rådgivende virksomhed forhandler. Virksomhedens påvirkning af ordregiverens valg af produkter og udformning af udbudsmateriale er sket til gunst for virksomheden. Virksomheden er i en sådan situation inhabil og er derved udelukket fra at deltage i udbuddet.

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

Ordregivere er frit stillet i forhold til selve dialogen med markedet. Når ordregiveren skal til at udforme udbudsmaterialet og fastsætte sine krav, skal det dog sikres, at konkurrencen ikke fordrejes. En sådan fordrejning af konkurrencen kan eksempelvis opstå, hvis en ordregiver uden saglig grund fastsætter sine krav til den pågældende ydelse således, at kun en enkelt virksomhed er i stand til at byde på kontrakten.

Ordregiveren gør derfor klogt i ikke at basere sine krav på dialogen med en enkelt virksomhed, men bør i stedet sikre sig et repræsentativt billede af markedet ved i stedet at gå i dialog med flere aktører på det relevante marked. Samtidig bør ordregiveren sikre, at virksomheder, der har været i dialog med ordregiveren ikke opnår et bedre vidensgrundlag end andre virksomheder, hvilket kan udgøre en væsentlig fordel i konkurrencen om den offentlige kontrakt.

Boks 3.6
Hvordan sikres konkurrencen?

Vær som ordregiver opmærksom på:
- at dialogen foregår med flere aktører på markedet for at undgå favorisering af enkelte virksomheder
- at fastsætte krav, der gør det muligt for flere virksomheder at byde
- at alle potentielle tilbudsgivere har det samme informationsgrundlag.

Må virksomheder, der har udført forberedende arbejde for ordregiveren deltage i det efterfølgende udbud?
Udførelsen af forberedende arbejde kan medføre tvivl om, hvorvidt virksomheden, der udfører arbejdet i medfør heraf opnår særlige fordele, der udelukker virksomheden fra at deltage i konkurrencen om den efterfølgende kontrakt.

Udover den almindelige dialog med markedet, som beskrevet ovenfor, har ordregivere ofte behov for at modtage mere konkret rådgivning inden igangsættelsen af et udbud. Dette kan for eksempel være udarbejdelsen af en bygningsmæssig funktionsanalyse, tilstandsvurdering af eksisterende bygninger, skitseforslag for ombygninger, byggetekniske undersøgelser, grafiske fremstillinger og lignende. Det vil være nærliggende for forbigåede tilbudsgivere at antage, at et sådant rådgivningsforhold mellem den vindende tilbudsgiver og ordregiveren har medført en væsentlig konkurrencefordel og at det således udgør brud på ligebehandlingsprincippet.

En virksomhed, som før udbuddet yder rådgivning for en ordregiver til brug for udarbejdelse af udbudsmaterialet, kan også være udelukket fra efterfølgende at deltage i udbuddet, men praksis fra Klagenævnet for Udbud viser, at der skal rigtig meget til før det kommer til sådan en konklusion.

Ordregivere har en betydelig skønsmargin med hensyn til, om en tidligere rådgiver kan deltage i udbuddet, og ordregivere har rig mulighed for at udjævne eventuelle opståede konkurrencefordele. Man behøver derfor ikke være tilbageholdende med at modtage rådgivning, og man behøver heller ikke som ordregiver betinge sig, at rådgivervirksomheden efterfølgende undlader at deltage i udbuddet. På den anden side skal man dog altid sikre sig, at rådgivningen ikke medfører ulige konkurrence mellem tilbudsgiverne.

Afgørende for vurderingen af, om en virksomhed har opnået en væsentlig konkurrencefordel i forbindelse med tidligere ydet rådgivning er, om virksomheden gennem udarbejdelsen af sine rådgivningsydelser enten opnår en tidsmæssig fordel ved udarbejdelsen af sit tilbud eller opnår særlig viden, som øvrige tilbudsgivere ikke er i besiddelse af.

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

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

En virksomhed vil i forbindelse med udførelsen af sådan et arbejde, betragtes som at have fungeret som rådgiver igennem hele forberedelsen af udbuddet. På denne måde modtager virksomheden en overordentlig stor mængde oplysninger, som øvrige tilbudsgivere ikke kan være i besiddelse af. Ved et sådan omfattende og tæt samarbejde vil det udgøre en overskridelse af ordregivers skøn at prækvalificere denne virksomhed eller at tage dennes tilbud i betragtning. Dette til trods for, at ordregiveren gør rapporterne fra rådgivningen samt mødereferater tilgængelige for alle.[2]

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

En ordregiver kan udjævne eventuelle konkurrencefordele ved at sikre sig, at den særlige viden, som en rådgiver kommer i besiddelse af i løbet af samarbejdet gøres tilgængelig for alle. Informationsgrundlaget for udarbejdelsen af tilbud er af afgørende betydning og offentliggørelsen af den tidligere udførte rådgivning tillægges stor betydning i klagesager. For eksempel, kan en ordregiver, der udbyder totalrådgivning i forbindelse med renovering af en bygning, forud for udbuddet have fået en virksomhed til at foretage en bygningsmæssig funktionsanalyse og en tilstandsvurdering af den eksisterende bygning.

De informationer, som den rådgivende virksomhed tilvejebringer i forbindelse undersøgelse af den eksisterende bygning, kan indarbejdes i en rapport, som vedlægges udbudsmaterialet. På denne måde har den rådgivende virksomhed ikke længere nogen konkurrencefordel i form af særlig viden om den udbudte opgave, og virksomheden ville ikke have noget nævneværdigt forspring i forbindelse med udarbejdelsen af tilbud. Virksomheden er derfor ikke inhabil, og skal ikke udelukkes fra at deltage i udbuddet.

[2] Se for eksempel Klagenævnet for Udbuds kendelse af 2. maj 2006, Danske Arkitektvirksomheder mod Albertslund Boligselskab og Vridsløselille Andelsboligforening.

Boks 3.7
Eksempel

Ingen fordel, hvor resultatet af det forberedende arbejde er gjort tilgængeligt for alle
En ordregiver udbyder totalrådgivning i forbindelse med renovering af en bygning. Forud for udbuddet får ordregiveren en virksomhed til at foretage en tilstandsvurdering af den eksisterende bygning. De informationer, som den rådgivende virksomhed tilvejebringer i forbindelse undersøgelse af den eksisterende bygning, er indarbejdet i en rapport. Rapporten vedlægges udbudsmaterialet, og alle relevante informationer tilvejebragt i forbindelse med undersøgelse af bygningen er tilgængelige for alle interesserede virksomheder. Den rådgivende virksomhed har derfor ikke nogen konkurrencefordel i form af særlig viden om den udbudte opgave. Virksomheden er derfor ikke inhabil og kan ikke udelukkes fra at deltage i udbuddet.

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

Det samme gælder fastsættelsen af en passende tidsfrist for at udjævne den tidsmæssige fordel, som en tidligere rådgiver eventuelt måtte have opnået. Det er ikke muligt generelt at fastsætte, hvad der udgør en passende tidsfrist. Det kommer an på omfanget og karakteren af det forberedende arbejde. Man bør dog som ordregiver, ved fastsættelsen af sin frist forsøge at indregne den tid, som det vil tage de øvrige tilbudsgivere at oparbejde det vidensgrundlag, som rådgiveren ved sit forberedende arbejde har oparbejdet.

Hvis en ordregiver eksempelvis udbyder arbejder i forbindelse med opførelse af en ny bygning, og ordregiveren forud for udbuddet får en virksomhed til at udarbejde en udviklingsrapport, der indeholder et omfattende arbejde til afdækning af alle relevante problemstillinger for udarbejdelsen af udbudsbetingelserne, vil virksomheden opnå en viden om den udbudte opgave, som gør, at den på kortere tid end andre virksomheder kan sætte sig ind i udbudsbetingelserne og udarbejde et gennemarbejdet tilbud.

Hvis ordregiveren til gengæld fastsætter fristen for afgivelse af tilbud således, at der er taget højde for den rådgivende virksomheds tidsmæssige fordel i forbindelse med afgivelse af tilbud, vil virksomheden ikke være inhabil og må ikke udelukkes fra at deltage i udbuddet.

Hvis to simple forholdsregler derfor blot iagttages, er der ingen grund til at være tilbageholdende med at gøre brug af forberedende rådgivning, selv når der er tale om omfattende arbejde:

» Sørg for at gøre de væsentligste resultater af den tidligere rådgivning tilgængelig for alle
» Sørg for at fastsætte en passende tidsfrist for at udligne den tidligere rådgivers eventuelle konkurrencemæssige fordele

Kun i helt ekstreme tilfælde vil disse forholdsregler ikke være tilstrækkelige til at udjævne konkurrencefordelene opstået ved den tidligere rådgivning. Eksempelvis, hvor samarbejdet er forløbet over mere end et år, hvor rådgiveren har fungeret som rådgiver igennem hele forberedelsen af udbuddet og deltaget aktivt i styringen af projektet.

Boks 3.8
Hvordan sikres konkurrencen?

Vær som ordregiver opmærksom på:
» at gøre de væsentligste resultater af den tidligere rådgivning tilgængelig for alle
» at fastsætte en passende tidsfrist, for at udligne den tidligere rådgivers eventuelle konkurrencemæssige fordele.

3.4 Hvordan kan dialogen foregå?

Der er ikke nogen formelle krav til, hvordan den tekniske dialog med virksomhederne skal foregå. Ordregiveren bestemmer selv om dialogen skal være mundtlig eller skriftlig, om der skal indledes dialog med en enkelt virksomhed, med flere virksomheder eller med samtlige virksomheder på det pågældende marked. Ordregiveren bestemmer også selv, om dialogen skal ske enkeltvis med hver virksomhed eller samle alle virksomhederne til et fælles dialogmøde. Der er dog risiko for, at leverandørerne koordinerer deres tilbud, hvis de samles på et sted. Undgå derfor at invitere alle potentielle leverandører til et møde, men del i stedet leverandørerne op i to spørgemøder.[3]

For at skabe en god og konstruktiv dialog, må virksomhederne være indstillet på at spille aktivt ind. Hvis ikke virksomhederne er det, bliver der kun tale om monolog, og fordelene ved dialogen risikerer at blive forpasset.

På nogle markeder, typisk hvor der kun er få virksomheder, kan den situation opstå, at virksomhederne ikke ønsker at afsløre noget over for hinanden ved et fælles dialogmøde. I en sådan situation kan det være en fordel at afholde dialogmøder med virksomhederne enkeltvis. Virksomhederne på et sådant marked er som regel ganske åbne omkring villigheden til at føre dialog sammen med deres konkurrenter. Spørg derfor virksomhederne, om de foretrækker det ene eller det andet.

Ordregiveren kan også overveje at rette henvendelse til brancheorganisationerne i stedet for virksomhederne i en sådan situation. Brancheorganisationerne varetager samtlige medlemmers interesser, og oplysninger indhentet herfra vil derfor indebære mindre risiko for, at en enkelt virksomhed opnår en væsentlig konkurrencefordel. Derved har ordregiveren større sikkerhed for, at ingen af de få virksomheder på markedet må erklæres for inhabil.

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

Det anbefales derfor, at man trods en vis ensartethed i markedsydelserne alligevel søger dialog med et bredt udsnit af markedet. Der er dog ikke noget krav om at indlede dialog med udenlandske virksomheder, og det er også fuldt ud tilladt at tage initiativ til dialog med en virksomhed, der ikke tidligere har vist interesse for at deltage i dialogen.

Ønsker ordregiveren et bredere kendskab til de løsninger, som virksomhederne på markedet kan tilbyde, vil det være en fordel for ordregiveren at rette henvendelse til en større kreds af virksomheder. Det kan fx ske ved, at ordregiveren på dens hjemmeside opfordrer interesserede virksomheder til at deltage i et møde, hvor virksomhederne får mulighed for at præsentere mulige løsninger.

---

[3] Se i øvrigt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning "Bliver din kommune snydt?" for yderligere anbefalinger til, hvordan man undgår karteller, monopoler og unødvendige omkostninger. Vejledningen kan findes her: http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Publikationer/Dansk/2012/20121129-Bliver-din-kommune-snydt--vejledning?tc=FFD16B39B7494E179F618295403C03F3

En anden mulighed er, at ordregiveren i en vejledende forhåndsmeddelelse opfordrer alle interesserede virksomheder til at komme med kommentarer til en af ordregiveren foreløbigt udarbejdet beskrivelse af den udbudte opgave.

Herved sikrer ordregiveren, at alle interesserede virksomheder har mulighed for at blive hørt om udbudsmaterialet, og at udbudsmaterialet ikke bliver skræddersyet til en enkelt rådgivende virksomheds løsninger. Ordregiveren kan fx anmode virksomhederne om, at kommentarerne sendes skriftligt til ordregiveren eller gives mundtligt på et fælles møde, hvor alle interesserede virksomheder har mulighed for at deltage.

Alternativt kan ordregiveren offentliggøre sin indkøbsplan på www.udbud.dk og heri opfordre alle interesserede virksomheder til at deltage i en dialog på samme måde som i den vejledende forhåndsmeddelelse.

Kapitel 4
Dialog efter offentliggørelse af udbuddet, men før tilbudsfristens udløb

I kapitel 4 gennemgås mulighederne for dialog mellem ordregivere og potentielle leverandører i tiden efter offentliggørelse af udbuddet, dvs. efter offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen. Først beskrives behovet og hensigten med dialogen i denne fase, dernæst gennemgås eventuelle regler, der regulerer adgangen til dialog i denne fase efterfulgt af en gennemgang af de mest almindelige problemer, der opstår i forbindelse med udbud. Kapitlet afsluttes med en kort gennemgang af, hvordan dialogen kan gennemføres.

4.1 Behov for dialog

Når ordregiveren har offentliggjort udbuddet og før tilbudsfristens udløb, vil virksomhederne tit opleve behov for at stille ordregiveren spørgsmål om forståelsen af udbudsmaterialet. Det kan for eksempel være spørgsmål til de krav eller ønsker, som ordregiveren har opstillet for den ydelse, som ordregiveren har tænkt sig at købe eller spørgsmål til de krav, som ordregiveren stiller til at godtgøre virksomhedernes egnethed med henblik på at opfylde kontrakten.

En ordregiver kan også have behov for at kontakte interesserede virksomheder for at gøre opmærksom på, at udbudsmaterialet ændres. Det kan blandt andet være, at ordregiveren ønsker at ændre i udbudsmaterialet, fx på grund af fejl eller uklarheder i materialet. Ordregiveren kan også have behov for at ændre de kontraktvilkår, der eventuelt er en del af udbudsmaterialet. Jo bedre dialog man har haft før udbuddet, jo mere forebygger man dog disse situationer.

Muligheden for at få afdækket eventuelle misforståelser eller uklarheder af udbudsmaterialet er central, idet det medvirker til at sikre flest mulige konditionsmæssige tilbud, hvilket øger konkurrencen om opgaven, samt sikrer den bedst mulige kvalitet i de tilbudte løsninger i forhold til ordregiverens behov.

4.2 Hvad siger reglerne om mulighederne for dialog?

Forhandlingsforbuddet begrænser adgangen til dialog under udbuddet[4]
Under og efter udbuddet begrænses adgangen til dialog særligt af det såkaldte forhandlingsforbud. Forhandlingsforbuddet følger af ligebehandlingsprincippet, og indebærer, at en ordregiver kun må have dialog med virksomhederne, når det sker med henblik på at præcisere eller supplere indholdet af ordregiverens krav eller virksomhedernes tilbud. Dog må der ikke forhandles om elementer i kontrakten, der vedrører grundlæggende elementer, og der må ikke føres dialog om priser.

Ligebehandlingsprincippet indebærer endvidere, at dialogen skal ske på en objektiv og gennemsigtig måde.

Det er tilladt at give supplerende oplysninger om indholdet i udbudsmaterialet
Efter offentliggørelse af udbuddet og indtil tilbudsfristens udløb, vil ordregivernes og virksomhedernes behov for dialog hovedsageligt vedrøre de krav, som ordregiveren har stillet i udbudsmaterialet. Der kan dog også opstå behov for at anmode om supplerende oplysninger om en ansøgers dokumentation for sin opfyldelse af ordregiverens krav til kvalitativ udvælgelse. Ordregiveren er i denne sammenhæng underlagt ligebehandlingsprincippet og det heraf udledte forhandlingsforbud.

Forhandlingsforbuddet udelukker ikke enhver dialog mellem en ordregiver og interesserede virksomheder. Forhandlingsforbuddet indebærer derimod visse begrænsninger for, hvad ordregiveren og virksomhederne kan have dialog om under udbuddet.

Det er tilladt for ordregiveren, fx efter anmodning fra virksomhederne, at afgive supplerende oplysninger om indholdet af ordregiverens krav til den udbudte opgave, og det er også tilladt at anmode tilbudsgiverne om at supplere eller uddybe deres bud.

Dette fremgår også direkte af udbudsdirektivets artikel 51, der bestemmer, at en ordregiver kan anmode de økonomiske aktører om at supplere eller uddybe dokumentationen for deres egnethed og artikel 39, stk. 2, der bestemmer, at alle supplerende oplysninger og dokumenter skal meddeles af ordregiverne senest 6 dage inden udløbet af tilbudsfristen, forudsat at der er anmodet om dem i tide.

Dialogen skal stille alle lige
Ligebehandlingsprincippet indebærer, at dialogen skal ske på en objektiv og gennemsigtig måde, som sikrer, at alle virksomheder, der har interesse i at afgive tilbud, har mulighed for at afgive tilbud på lige vilkår.

Ordregiveren skal derfor sikre, at alle interesserede virksomheder modtager den samme information, således at virksomhederne har samme grundlag for at afgive tilbud. Derfor skal ordregiveren informere alle virksomheder om, fx alle relevante spørgsmål der er stillet til udbudsmaterialet og svarene på disse spørgsmål. Ordregiveren skal ikke kun orientere om uddybende spørgsmål, men skal også orientere om spørgsmål, der er af rent opklarende karakter (fx hvor på ordregiverens hjemmeside udbudsmaterialet ligger).

[4] Forhandlingsforbuddet finder kun anvendelse for udbud omfattet af udbudsdirektivet (2004/18/EF). Udbud omfattet af tilbudsloven har således udvidet adgang til dialog. For en gennemgang af mulighederne for forhandling henvises til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om annonceringspligten efter tilbudslovens afsnit II og vejledning til tilbudsloven (2005), som kan findes på styrelsens hjemmeside.

Supplerende oplysninger skal sendes samtidig til samtlige virksomheder, som har vist interesse i at afgive tilbud. Derfor bør ordregiverens supplerende oplysninger og svar på spørgsmål altid afgives skriftligt i denne fase af udbudsprocessen. Hvor ordregiveren ikke kender kredsen af interesserede virksomheder (fx hvor udbudsmaterialet kan downloades på ordregiverens hjemmeside), bør ordregiveren lægge oplysningerne på ordregiverens hjemmeside for at sikre, at alle interesserede virksomheder får de supplerende oplysninger.

En ordregivers orientering om spørgsmål vedrørende udbudsmaterialet skal ske ved, at spørgsmålene videresendes til alle interesserede virksomheder i den form, de er modtaget. Ordregiveren må således ikke redigere i spørgsmålene, fx ved at omformulere spørgsmålene og sammenskrive spørgsmål fra flere virksomheder til et spørgsmål.

Mundtlig besvarelse af spørgsmål er praktisk uanvendeligt
Det er ordregiveren, som har bevisbyrden for, at ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbuddet ikke er overtrådt i forbindelse med afholdelse af mundtlig dialog med virksomhederne.

Det betyder, at en ordregiver, som modtager mundtlige spørgsmål til udbudsmaterialet, skal være opmærksom på, at det påhviler ordregiveren at bevise, hvad der præcist er blevet spurgt om, samt hvad ordregiveren eventuelt har svaret. Bevisbyrden kan i praksis være svær at løfte, og det er ikke tilstrækkeligt til at løfte bevisbyrden, at der umiddelbart efter samtalen udarbejdes et notat. Ordregiveren bør derfor anmode virksomhederne om at sende spørgsmålene skriftligt samt ligeledes besvare spørgsmålene skriftligt.

Boks 4.1
Hvilke muligheder for dialog giver reglerne?

» Det er tilladt at føre dialog med henblik på at supplere eller præcisere ordregiverens krav eller virksomhedernes ansøgning
» Alle interesserede virksomheder skal dog have adgang til den samme information på samme tid.

4.3 Hvad er der oftest tvivl om?

Hvordan skal supplerende oplysninger meddeles?
Princippet om ligebehandling medfører, at alle potentielle tilbudsgivere skal informeres om alle stillede spørgsmål og alle besvarelser heraf. Man må således ikke undlade at give meddelelse til enkelte af de potentielle tilbudsgivere fordi man eksempelvis ikke finder et spørgsmål relevant. Samtidig skal både spørgsmål og svar meddeles, i den form de er modtaget. Man må altså ikke omformulere de spørgsmål, som man har modtaget fra virksomhederne eller sammenskrive flere spørgsmål til et enkelt spørgsmål.[5]

For virksomheder kan det umiddelbart virke tillokkende at ringe direkte til ordregiveren, når man sidder med et spørgsmål vedrørende forståelsen af udbudsmaterialet, idet man dermed får mulighed for at få svar på sine spørgsmål straks. Som nævnt ovenfor, påhviler det dog ordregiveren at bevise både, hvad der præcist er blevet spurgt om, og hvad der præcist er blevet svaret, og denne bevisbyrde kan efter Klagenævnet for Udbuds opfattelse ikke løftes i praksis ved mundtlig besvarelse af spørgsmål.[6] I tilfælde af mundtlig modtagelse af spørgsmål, bør ordregiveren derfor bede om spørgsmålene på skrift.

[5] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. februar 2009, CLS Communication A/S mod Miljøstyrelsen
[6] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 17. februar 2009, CLS Communication A/S mod Miljøstyrelsen

Boks 4.2
Hvordan sikres konkurrencen?

Vær som ordregiver opmærksom på:
» at supplerende oplysninger meddeles skriftligt
» at meddele supplerende oplysninger til alle potentielle tilbudsgivere
» at både spørgsmål og svar meddeles, og at spørgsmålene har præcis samme form, som de er modtaget i.

Hvordan skal ordregiverne forholde sig i forhold til tidsfrister?
Det er afgørende for virksomhederne, at der er tilstrækkelig tid til udarbejdelse af tilbud. Det gælder både i forhold til det oprindelige udbudsmateriale, og også i forhold til eventuelle rettelser eller besvarelser af spørgsmål stillet af de potentielle tilbudsgivere. Udbudsdirektivet indeholder derfor også bestemmelser om, at tilbudsgivere, der i tide anmoder om supplerende oplysninger, skal have svar på sine spørgsmål senest 6 dage før fristen for aflevering af tilbud.

Der er derimod ingen regel, der sikrer ordregiverne tilstrækkelig tid til at besvare disse anmodninger om supplerende oplysninger, og en sådan bestemmelse må heller ikke indføres i udbudsbetingelserne. Ordregivere kan altså ikke afkorte den periode, hvor virksomhederne kan stille spørgsmål og må acceptere tilbudsgiverne stiller opklarende spørgsmål helt indtil 6 dage før tilbudsfristen.[7]

Ordregivere har pligt til at besvare spørgsmålene fra virksomhederne, såfremt de er stillet i tide.[8] Hvorvidt et spørgsmål er ankommet i tide, kommer an på omstændighederne og kan således variere fra situation til situation. Et meget simpelt spørgsmål må forventes at kunne besvares af ordregiveren meget hurtigt, hvorimod mere komplicerede spørgsmål medfører, at ordregiveren må have spørgsmålet i bedre tid før 6-dages fristen for meddelelse af supplerende oplysninger.

Der er således kun pligt til at besvare spørgsmål fra interesserede tilbudsgivere, når spørgsmålet stilles i så god tid, at ordregiveren i passende hastighed kan forventes at kunne indhente de nødvendige oplysninger til besvarelse af spørgsmålet. Hvis ordregiveren ikke når at besvare et spørgsmål, som den ellers må forventes at kunne nå at besvare inden 6-dages fristen, skal fristen for modtagelse af tilbud forlænges for at give alle potentielle tilbudsgivere kendskab til samtlige oplysninger, der er nødvendige for at udarbejde tilbud.[9]

Herudover har ordregivere relativt vide rammer for at udsætte tilbudsfristen. Fristudsættelsen er således tilladt, medmindre begrundelsen herfor er usaglig, for eksempel at en ordregiver ønsker at tage hensyn til en enkelt tilbudsgiver. En forlænget tidsfrist vil modsat være tilladt, såfremt ordregiveren ønsker at besvare et spørgsmål fra en virksomhed, som ordregiveren ikke kan nå at besvare inden 6-dages fristen. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at det er tilladt for en ordregiver at forlænge tilbudsfristen helt op til tidspunktet for den oprindelige tilbudsfrist så længe begrundelsen herfor ikke er usaglig.

Ved offentligt udbud kender ordregiveren ikke kredsen af potentielle tilbudsgivere og kan derfor ikke blot ændre tidsfristen i udbudsmaterialet. Forlængelse af tidsfristen kræver derimod udfyldelse af den særlige standardformular herfor.[10] Det samme gælder ved ændring af ansøgningsfrist i begrænsede udbud, konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling. Hvis man derimod ønsker at ændre fristen for tilbud i et begrænset udbud, konkurrencepræ-

---

[7] Klagenævnet for Udbuds kendelse af 11. november 2009, Yding A/S mod Viborg Kommune.
[8] Jf. udbudsdirektivet art. 39, stk. 2 og art. 40, stk. 4.
[9] Jf. udbudsdirektivet art. 38, stk. 7.
[10] Standardformularen kan findes her: http://www.kfst.dk/udbudsomraadet/regler-og-vejledninger-mm/standardformularer/

get dialog og udbud med forhandling, er en berigtigelse af udbudsbekendtgørelsen derimod ikke nødvendig, idet kredsen af potentielle tilbudsgivere bliver bekendt ved prækvalifikation.

Boks 4.3
Hvordan sikres konkurrencen?

Vær som ordregiver opmærksom på:
» at sætte en passende tidsfrist, der giver tilbudsgiverne den nødvendige tid til at udarbejde gode tilbud
» at potentielle tilbudsgivere har adgang til at stille spørgsmål helt op til 6 dage før fristen for aflevering af tilbud.

Hvad er mulighederne for at præcisere og supplere udbudsmaterialet?
Behovet for at justere sine udbudsbetingelser under selve udbuddet kan opstå, og ordregivere kan komme i tvivl om, hvor meget eller hvor store justeringer, der er tilladt.

Der må kun finde drøftelser sted med ansøgere og bydende, når det sker med hensyn til at præcisere eller supplere indholdet af deres bud eller ordregivernes krav. Manglende overholdelse heraf kan medføre ændringer i grundlæggende elementer med risiko for konkurrencefordrejning til følge.

Mulighederne for ordregiverne til at tilpasse sit udbudsmateriale består således i at præcisere og supplere materialet, hvilket står i modsætning til ændringer, der har betydning for rækkevidden af de grundlæggende betingelser. Det er svært at definere denne sondring nærmere, men efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse må begrebet "præcisere" forstås som en meddelelse af detaljer, som mere klart beskriver den pågældende genstand, eller definerer den mere nøjagtigt. Begrebet "supplere" forstår styrelsen som en tilføjelse af oplysninger, der ikke tidligere var tilgængelige. De to udtryk har det til fælles, at der ikke er tale om at erstatte men tværtimod om at konkretisere disse på den ene eller anden måde.

Modsat må begrebet "ændring" forstås som en erstatning af nogle oplysninger med nogle nye oplysninger. Det medfører risiko for, at rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet forrykkes, hvilket udgør en risiko for forskelsbehandling. Risikoen består i, at potentielle tilbudsgivere, der valgte ikke at vise interesse for udbuddet på baggrund af det oprindelige udbudsmateriale, ikke opnår samme mulighed for at vurdere, om de ønsker at deltage i udbuddet på de nye betingelser.

Hvis en rettelse af udbudsmaterialet således ændrer rækkevidden af udbuddet, forstået på den måde, at kredsen af potentielle tilbudsgivere udvides eller retter sig mod andre potentielle tilbudsgivere end før rettelsen, ophører rettelsen med at være "supplerende" eller "præcise-rende" uanset, om rettelsen i omfang er af ubetydelig størrelse i forhold til antal ord eller lignende.[11]

Det vil variere fra udbud til udbud, hvad der kan betragtes som grundlæggende betingelser. Domstolen har dog i sag C-368/10 Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene slået fast, at de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne generelt udgør grundlæggende betingelser.[12] Dette betyder efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse ikke, at det aldrig er tilladt at foretage justeringer af de tekniske specifikationer eller tildelingskriterierne, men blot at man kun må foretage præciseringer eller suppleringer, der således ikke ændrer rækkevidden heraf.

[11] Synspunktet om kredsen af mulige tilbudsgivere som målestok for ændring af rækkevidden af grundlæggende betingelser finder støtte hos Steinicke og Groesmeyer, EU's Udbudsdirektiver, 2008, s. 1027.
[12] Se sag C-368/10 Europa-Kommissionen mod Kongeriget Nederlandene, præmis 55.

Boks 4.4
Eksempel

Ændring af mindstekrav
En ordregiver har offentliggjort en udbudsbekendtgørelse i forbindelse med et offentligt udbud om hjælpemidler, herunder kørestole. En potentiel tilbudsgiver spørger, hvorvidt ordregiver fastholder et mindstekrav om størrelsen på batteriet i en bestemt type af kørestol. Tilbudsgiveren angiver i sit spørgsmål, at kravet om batteriets størrelse er uhensigtsmæssigt i forhold til kørestolen, idet batteriet vil fylde for meget.

Det vil ikke være tilladt for ordregiver at foretage en ændring af batteriets størrelse, idet det må antages, at en sådan ændring af kontraktens genstand vil have betydning for de potentielle tilbudsgiveres beslutning om at deltage i udbuddet eller ej. Ordregiveren er i stedet nødt til at offentliggøre en bekendtgørelse om berigtigelse i EU-tidende og forlænge fristen for aflevering af tilbud, således at udbuddet starter forfra.

Udover vurderingen af, hvorvidt en påtænkt rettelse eller tilføjelse til udbudsmaterialet vil ændre rækkevidden af udbuddet, kan man også vurdere, hvorvidt rettelsen kan rummes indenfor udbudsbekendtgørelsen. Udbudsbekendtgørelsen er det primære redskab for potentielle tilbudsgivere til at vurdere, om de er interesserede i at deltage i udbuddet eller ej, og da formålet med udbudsreglerne netop er hensynet til disse samt åbningen af det indre marked, er det tilladt at foretage rettelser, der ikke påvirker den kreds af potentielle tilbudsgivere, som udbudsbekendtgørelsen henvender sig til.[13]

Hvis der eksempelvis er tale om et begrænset udbud, hvor det ordregiveren ønsker at ændre ikke fremgår af udbudsbekendtgørelsen, og således ikke har været afgørende for de potentielle tilbudsgiveres tilkendegivelse af interesse, vil det derfor være muligt at foretage ændringen ved blot at orientere de prækvalificerede om ændringen.

Boks 4.5
Hvordan sikres konkurrencen?

Vær som ordregiver opmærksom på:
- at eventuelle rettelser i udbudsmaterialet kun konkretiserer allerede tilgængelig information
- at eventuelle rettelser ikke går ud over den ramme, som udbudsbekendtgørelsen danner
- at være særlig påpasselig ved rettelse af de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne

Hvad er mulighederne for at præcisere og supplere ansøgning om deltagelse i udbuddet?
Udbudsdirektivets artikel 51 giver ordregiverne mulighed for at anmode virksomhederne om at supplere eller uddybe den dokumentation, som er indsendt for at godtgøre virksomhedens egnethed i forhold til at udføre den pågældende kontrakt. I fasen før tilbudsfristen, vil der være tale om ansøgere i et begrænset udbud. Den samme mulighed gør sig dog gældende for tilbudsgivere, dvs. virksomheder, der har afgivet tilbud. Dette vil blive behandlet nærmere i kapitel 5.

Denne bestemmelse suppleres med § 12 i bekendtgørelsen, der implementerer udbudsdirektivet.[14] Bestemmelsen giver ordregivere mulighed for at afhjælpe formelle fejl og mangler, dvs. forhold som ikke har betydning for ordregivers vurdering af tilbuddet. Det vil sige, at ordregi-

[13] Se for eksempel Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29/5 2008, Hermedico mod Høje Taastrup . m.fl., hvor Klagenævnet lagde vægt på, at et ændret krav ikke fremgår af udbudsbekendtgørelsen og at samtlige, der har vist interesse for udbuddet modtog ændringen af udbudsbetingelserne.
[14] Bekendtgørelse nr. 712 af 15/06/2011 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

verne, efter ansøgningsfristen, har mulighed for at bede ansøgere om materiale forbundet med dokumentationen af ansøgerens egnethed, såfremt dette udelukkende har betydning for, om virksomheden udvælges eller ej, og altså ingen betydning har for selve vurderingen af tilbuddet. Det kunne for eksempel være regnskaber, som en ansøger har glemt at tilføje ansøgningen eller en manglende liste over de betydeligste leveringer i løbet af de sidste tre år.

Klagenævnet for Udbud har udviklet en praksis, hvorved ordregiverne udelukkende har mulighed for at bede virksomheder om at præcisere eller supplere dokumenter, der var indsendt med enten ansøgning eller tilbud. Hvis et dokument derimod helt manglede, kan dette ikke bedes eftersendt.[15] Den praksis er dog fra før indførelsen af implementeringsbekendtgørelsens § 12 og må derfor forventes ændret herved.[16]

Dokumenter der helt mangler at blive indsendt må derfor godt indhentes, såfremt ansøgeren ikke opnår mulighed for at forbedre sit tilbud. For at sikre dette, er det et krav, at anmodningen om oplysninger vedrører forhold, som objektivt forelå forud for ansøgningsfristen.[17] Anmodninger om eftersendelse af manglende dokumentation af en ansøgers egnethed vil eksempelvis som klar hovedregel objektivt foreligge inden ansøgningsfristen, og vil derfor kunne indhentes efter udløbet af fristen for aflevering af ansøgningen.

Ordregiverne er dog forpligtet til strengt at overholde de bestemmelser om udbuddet, som de selv har fastsat. Hvis en ordregiver derfor har anført, at manglende indsendelse af et konkret dokument eller oplysning vil medføre udelukkelse, er ordregiveren nødt til at følge sine egne bestemmelser og udelukke den ansøger, der glemmer at medsende sådan oplysninger.

Boks 4.6
Hvordan sikres konkurrencen?

Vær som ordregiver opmærksom på:
- at ordregiverne må anmode ansøgere om at præcisere og supplere dokumentation, der er indsendt med ansøgningen
- at ordregiverne også må anmode ansøgere om at indsende helt manglende dokumentation, der ikke er indsendt med ansøgningen

4.4 Hvordan kan dialogen foregå?

Ordregiveren kan vælge at afholde et spørgemøde, hvor alle virksomheder, som kan have interesse i at afgive tilbud, indbydes til at deltage. Der er dog risiko for, at leverandørerne koordinerer deres tilbud, hvis disse mødes. Undgå derfor at samle alle potentielle leverandører på et møde, men del i stedet leverandørerne op i to spørgemøder.[18]

På spørgemødet kan virksomhederne stille spørgsmål til indholdet af udbudsmaterialet. Ordregiveren bør informere om spørgemødet, så alle interesserede virksomheder bliver opmærksomme herpå. Det kan fx være i udbudsmaterialet. Hvor ordregiveren først efter udsendelse af udbudsmaterialet bliver opmærksom på, at den vil afholde et spørgemøde, bør det

[15] Se til eksempel Klagenævnets kendelser af 10. marts 2010, Manova A/S mod Undervisningsministeriet, 17. og 18. august 2010, Ravn/Herholdt A/S mod Norddjurs Kommune og 16. september 2010, Bayer A/S mod Amgros I/S

[16] Seneste udkast til nyt udbudsdirektiv, der i skrivende stund forhandles mellem Europa-Parlamentet og Rådet, indeholder en tilsvarende bestemmelse i artikel 54, stk. 4, jf. Rådets dokument 16725/1/12. I bestemmelsen henvises udtrykkeligt til ufuldstændige oplysninger og manglende dokumenter, som ordregivere må anmode om at få indsendt, suppleret, præciseret eller fuldstændiggjort.

[17] Se Domstolens dom af 10. oktober 2013 i sag C-336/12, præmis 39.

[18] Se i øvrigt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning "Bliver din kommune snydt?" for yderligere anbefalinger til, hvordan man undgår karteller, monopoler og unødvendige omkostninger. Vejledningen kan findes her: http://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Publikationer/Dansk/2012/20121129-Bliver-din-kommune-snydt--vejledning?tc=FFD16B39B7494E179F618295403C03F3

fremgå klart af ordregiverens hjemmeside eller af et supplerende materiale, som ordregiveren sender til alle interesserede virksomheder, at et sådant spørgemøde vil blive afholdt.

Uanset at ordregiveren har orienteret om spørgemødet i god tid, bør ordregiveren udarbejde et referat af både spørgsmål og svar og gøre det tilgængeligt for alle virksomheder, der kan have interesse i at afgive tilbud. Dermed har virksomheder, der ikke har haft mulighed for at deltage på spørgemødet, mulighed for at give tilbud på samme vilkår, som de virksomheder, der har deltaget på mødet. Alternativt kan ordregiveren filme spørgemødet og efterfølgende gøre dette tilgængeligt på eksempelvis ordregiverens hjemmeside.

Alternativt kan ordregiveren give virksomhederne mulighed for at indsende spørgsmål skriftligt og efterfølgende offentliggøre både spørgsmål og svar på ordregiverens hjemmeside.

Kapitel 5
Dialog efter tilbudsfristens udløb, men før kontrakten indgås

I kapitel 5 gennemgås mulighederne for dialog mellem ordregivere og potentielle leverandører i tiden efter tilbudsfristens udløb. Først beskrives behovet og hensigten med dialogen i denne fase, dernæst gennemgås eventuelle regler, der regulerer adgangen til dialog i denne fase efterfulgt af en gennemgang af de mest almindelige problemer, der opstår i forbindelse med udbud. Kapitlet afsluttes med en kort gennemgang af, hvordan dialogen kan gennemføres.

5.1 Behov for dialog

Efter at virksomhederne har afgivet tilbud og indtil kontraktindgåelse, kan der være behov for dialog mellem tilbudsgiverne og ordregiverne. Det mest almindelige tilfælde vil formentlig være, at ordregiveren føler behov for dialog med en tilbudsgiver, om forståelsen af uklarheder i tilbuddet. En virksomhed kan, på den anden side, have behov for at gå i dialog med ordregiveren med henblik på at rette en fejl indeholdt i tilbuddet.

I de følgende afsnit gennemgås, hvorvidt og i hvilket omfang ordregiveren kan gå i dialog med tilbudsgiverne efter afgivelse af tilbud, men før kontrakten indgås.

5.2 Hvad siger reglerne om mulighederne for dialog?

Adgangen til dialog ved offentligt og begrænset udbud begrænses i denne fase af principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gennemsigtighed og forbuddet mod forhandling.[19]

[19] Forhandlingsforbuddet finder kun anvendelse for udbud omfattet af udbudsdirektivet (2004/18/EF). Udbud omfattet af tilbudsloven har således udvidet adgang til dialog. For en gennemgang af mulighederne for forhandling henvises til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om annonceringspligten efter tilbudslovens afsnit II og vejledning til tilbudsloven (2005), som kan findes på styrelsens hjemmeside.

Forhandlingsforbuddet er udledt af ligebehandlingsprincippet og medfører, at ordregivere ved offentligt og begrænset udbud udelukkende må føre dialog med tilbudsgiverne, når det sker med henblik på at præcisere eller supplere tilbuddet, og kun i det omfang dette ikke giver adgang til forskelsbehandling.

Denne mulighed er også specifikt nævnt i udbudsdirektivets artikel 51, der giver ordregivere mulighed for at anmode økonomiske aktører om at supplere eller uddybe den dokumentation for egnethed, som er indhentet i medfør af artikel 45-50. Artiklen forholder sig udelukkende til muligheden for at præcisere indsendt dokumentation, dvs. udvælgelsesmaterialet, men det samme princip finder anvendelse for alle forhold vedrørende et tilbud, nemlig at tilbuddet ikke må ændres men kun præciseres eller suppleres.

Mulighederne for dialog efter tilbudsfristen er så snæver fordi det medfører risiko for, at tilbudsgivere opnår mulighed for at forbedre deres tilbud. Det ville medføre forskelsbehandling og en fordrejning af konkurrencen, hvilket er i klar modstrid med formålet bag udbudsdirektivet.

Klagenævnet for Udbud har i dens retspraksis fastlagt, at anvendelsesområdet for artikel 51 kun omfatter situationer, hvor de formelle krav er overholdt. Det vil efter denne praksis kun være tilladt for ordregiveren at anmode om supplerende oplysninger vedrørende materiale, der er indsendt. Hvis noget af det materiale, som ordregiveren har efterspurgt i forbindelse med udbuddet helt mangler, vil ordregiveren omvendt være forpligtet til at afvise tilbuddet.[20]

Denne praksis er forsøgt brudt med indførelsen af § 12 i implementeringsbekendtgørelsen[21]. Denne bestemmelse giver ordregivere mulighed for at rette formelle fejl og mangler, der dermed ikke har betydning for vurderingen af tilbuddet. Ordregiveren kan vælge mellem:

1. at se bort fra fejlen eller manglen, såfremt ordregiver i forvejen er i besiddelse af de krævede oplysninger,
2. selv indhente de krævede oplysninger, såfremt disse er offentligt tilgængelige, eller
3. at anmode de pågældende ansøgere eller tilbudsgivere om inden, for en fastsat frist, at berigtige fejlen eller manglen.

I forhold til mulighederne for dialog mellem ordre- og tilbudsgiver er tredje mulighed mest relevant. Det er i denne sammenhæng afgørende for muligheden for at anmode om en berigtigelse, hvorvidt ansøgeren eller tilbudsgiveren derved opnår mulighed for at forbedre tilbuddet ved berigtigelse af fejlen eller manglen. For eksempel vil ordregivernes krav til tilbudsgiverne vedrørende egnethed enten være opfyldt eller ej. Eftersendelsen af eventuel glemt dokumentation herfor medfører derfor ingen fordel for den pågældende tilbudsgiver vedrørende udarbejdelsen af tilbud og vil derfor som udgangspunkt være tilladt at berigtige.[22]

---

[20] Se som eksempel herpå kendelse fra Klagenævnet for Udbud af 17. august 2010, Ravn/Herholdt A/S mod Norddjurs Kommune, hvor Klagenævnet afviste muligheden for berigtigelse af en tilbudsgivers hensigtserklæring om evnen til at stille sikkerhed, fordi den henviste til det forkerte udbud, hvorimod Klagenævnet tillod berigtigelse af en anden tilbudsgivers hensigtserklæring, som blot var upræcis i forhold til dens rækkevidde. Klagenævnet vurderede tydeligvis, at hensigtserklæringen med forkert angivelse af udbud var at betragte som om tilbudsgiveren slet ikke havde indsendt den krævede hensigtserklæring, og tilbuddet skulle derfor afvises. Herimod står den upræcise, men med henvisning til det korrekte udbud. Hensigtserklæring, som Klagenævnet tillod en præcisering af fordi det blot drejedes sig om præcisering eller uddybning af dokumentation for egnethed.

[21] Bekendtgørelsen om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011.

[22] Spørgsmålet om, hvorvidt manglende oplysninger kan indhentes, behandles i skrivende stund ved EU-Domstolen efter en præjudiciel forelæggelse fra Østre Landsret. Det er imidlertid Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at dette er tilladt og at det har været hensigten med indførelsen af § 12 i implementeringsbekendtgørelsen.

Ligebehandlingsprincippet skal dog naturligvis overholdes. En ordregiver kan derfor ikke beslutte at berigtige en fejl i et tilbud, men nægte i et andet, hvis begge udgør fejl, der vil kunne berigtiges inden for § 12. Samtidig skal ordregiveren være opmærksom på, om tilbudsgiveren ved muligheden for at berigtige sin fejl derved opnår andre fordele, så som eksempelvis en tidsmæssig fordel i forhold til udarbejdelse af tilbud. Dette vil som nævnt typisk ikke være tilfældet, når det drejer sig om dokumentation af tilbudsgiverens egnethed, hvorfor berigtigelse burde være fuldt ud mulig.

Herudover vedrører artikel 55 i udbudsdirektivet den specifikke situation, at en ordregiver modtager unormalt lave tilbud. Bestemmelsen indebærer, at ordregiveren skal gennemgå sammensætningen af de bud, der er unormalt lave, ved at anmode ansøgerne om skriftligt at godtgøre, at tilbuddene er seriøse.[23]

Boks 5.1
Hvilke muligheder giver reglerne for dialog?

- Ordregivere må føre dialog med tilbudsgivere med henblik på at præcisere eller supplere et tilbud
- Ordregivere må føre dialog med tilbudsgivere med henblik på at indhente manglende eller mangelfulde oplysninger, såfremt dette ikke giver tilbudsgiveren mulighed for at forbedre sit tilbud
- Ordregiver skal føre dialog med tilbudsgivere, der har afgivet et unormalt lavt tilbud med henblik på at undersøge, om tilbuddene er seriøse.

5.3 Hvad er der oftest tvivl om?

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

Ordregiveren skal som udgangspunkt vurdere tilbuddene alene på grundlag af tilbuddenes eget indhold, og ordregiveren må kun i begrænset omfang spørge en virksomhed om, hvordan tilbuddet skal forstås.

Boks 5.2
Eksempel

Gennemgående regnefejl i tilbuddet
En ordregiver offentliggør udbud af en rammeaftale om udlejning af vikarer. Ordregiveren ønsker at indgå rammekontrakt med 3 vikarbureauer. En tilbudsgiver afgiver tilbud, som indeholder en gennemgående regnefejl, der har indflydelse på den endelige tilbudspris. Tilbudsgiveren får derfor en dårlig placering blandt tilbudsgiverne pga. regnefejlen til trods for at ordregiver er opmærksom på, at der er sket en fejl. Ordregiveren er dog ikke i stand til at fastlægge fejlens nærmere karakter eller årsag. Med andre ord er fejlen ikke åbenlys, til trods for, at det er klart, at der er sket en fejl.

Under disse omstændigheder vil enhver kontakt, som ordregiveren tager med tilbudsgiveren med henblik på sammen med denne at forsøge at afklare den gennemgående regnefejls nærmere karakter og årsag, indebære en risiko for tilpasning af andre faktorer, som der tages hensyn til ved fastlæggelsen af tilbudsprisen, hvorfor der ville være sket en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet til skade for de øvrige tilbudsgivere, der alle er undergivet samme pligt til at være omhyggelige ved udformningen af deres bud.

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

[23] Se Domstolens dom af 29. marts 2012, C-599/10, præmis 28-29.

Dette gælder også, selvom ordregiveren vælger at stille sit spørgsmål til alle tilbudsgivere, og det har ingen betydning, om ordregiveren kender tilbudsgivernes identitet eller ej. En ordregiver bliver eksempelvis ved udbud af rådgivende arkitekt- og ingeniørydelser opmærksom på, at en tilbudsblanket til oplysning af honorarprocenter kan give anledning til misforståelser. I sådan en situation overvejer ordregiveren muligvis at bede samtlige tilbudsgivere om at genoplyse deres honorarprocenter skriftligt og anonymt. Uanset at alle tilbudsgivere opnår samme mulighed for at oplyse deres honorarprocent og uanset, at deres identitet ikke er kendt af ordregiveren, udgør en sådan henvendelse fra en udbyder til tilbudsgivere om priser en risiko for, at tilbudsgivere benytter den mulighed, som forespørgslen giver, for ved besvarelsen af forespørgslen at sænke prisen, og en sådan henvendelse indebærer således en risiko for tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

Henvendelse til tilbudsgiverne vedrørende priser kan derfor kun ske uden tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, når det efter en vurdering af samtlige tilbud er åbenbart, at der i et eller flere tilbud er en fejl. Ordregiveren er derfor uberettiget til at rette henvendelse til tilbudsgiverne om honorarprocenterne i sådan et tilfælde.

EU-Domstolen har udtalt, at det kun undtagelsesvist er tilladt at rette eller supplere tilbud, for eksempel når det drejer sig om en åbenlys indholdsmæssig fejl eller når det er åbenlyst, at der er behov for en præcisering.[24] Det er ikke tilstrækkeligt, at det faktum, at der er sket en fejl er åbenlys. Det skal også være åbenlyst, hvad fejlen består i således, at der kun er en mulig løsning. Hvis fejlen kan være opstået på flere forskellige måder og ordregiveren spørger tilbudsgiveren, hvordan fejlen skal forstås, opstår der risiko for, at tilbudsgiveren opnår mulighed for at forbedre sit tilbud, hvilket vil udgøre forskelsbehandling af tilbudsgiverne.

Boks 5.3
Eksempel

Spørgsmål vedrørende manglende enhedspriser
En ordregiver udbyder opførelse af en produktionshal. I udbudsbetingelserne angives, at "alle udbudspriser skal fremgå, idet de ellers vil blive afvist". Ved afgivelse af tilbud mangler en tilbudsgiver at udfylde en enhedspris, der udgør en mindre del af den samlede pris på opgaven. Enhedsprisen kan dog med sikkerhed udledes af det øvrige tilbudsmateriale, idet enhedsprisen er identisk med andre poster i tilbuddet, der er korrekt udfyldt. Ordregiveren kan derfor rette fejlen enten ved henvendelse til tilbudsgiveren med henblik på at modtage tilbudsgiverens bekræftelse af den korrekte forståelse af tilbuddet eller på eget initiativ fra tilbudsgiveren, f. eks. I forlængelse af afvisningsbrev fra ordregiveren.

Dette er tilfældet også selv om ordregiveren klart har angivet, at manglende enhedspriser medfører udelukkelse fordi fejlen kan forklares på en enkel måde og nemt kan fjernes.

Note: Dom afsagt af Retten i første instans den 10. december 2009 – Antwerpse Bouwwerken NV mod Kommissionen, sag T-195/08.

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

Det er også muligt for ordregivere at anmode tilbudsgivere om at rette op på fejl vedrørende dele af tilbuddet, der ikke har indflydelse på selve vurderingen af tilbuddet. Det vil typisk dreje

[24] Se sag C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s., præmis 40.

sig om dokumentationen for tilbudsgiverens egnethed til at udføre opgaven. Dette kunne være tilfældet, hvis en ordregiver i udbudsbetingelserne stiller krav om en erklæring fra bank eller kautionsselskab om, at tilbudsgiverne er i stand til at stille den krævede sikkerhed og en eller flere af tilbudsgiverne afgiver tilbud med fejl vedrørende bankerklæringen. Fejlen kunne for eksempel være, at en af tilbudsgivernes bankerklæring henviser til et forkert byggeprojekt, eller at en tilbudsgivers bankerklæring er uklar i forhold til erklæringens rækkevidde, eller sågar at en tilbudsgiver helt har glemt at vedlægge bankerklæringen i tilbuddet. I en sådan situation kan ordregiveren indgå i dialog med alle tre tilbudsgivere med henblik på at indhente den nødvendige dokumentation fordi, der ikke er tvivl om tilbuddenes indhold, men kun dokumentationen for tilbudsgivernes egnethed. Tilbudsgiverne får hermed ikke mulighed for at ændre sit tilbud, hvis ordregiveren indleder en dialog.[25]

Ordregiveren er som klart udgangspunkt ikke forpligtet, men alene berettiget, til at anmode virksomhederne om at give supplerende oplysninger om indholdet i deres tilbud.[26] En sådan forpligtelse for ordregiveren vil kun opstå, hvis fejlen eller uklarheden i tilbuddet er en følge af ordregiverens handlinger. Dette kunne eksempelvis være en fejl eller uklarhed forårsaget af en tilsvarende uklarhed i ordregiverens udbudsbetingelser.

Boks 5.4
Hvornår må man afklare fejl og uklarheder?

- Når der er tale om en åbenlys skrivefejl
- Når der er tale om en åbenlys indholdsmæssig fejl
- Når rettelsen af fejlen eller uklarheden ikke derved indebærer, at tilbudsgiveren opnår mulighed for at ændre sit tilbud

Er det tilladt at føre dialog om grundlæggende forbehold og pris?
Ordregivere modtager ofte tilbud, der indeholder afvigelser fra beskrivelsen af kontrakten i udbudsmaterialet. Sådan afvigelser betragtes som forbehold, uanset om afvigelsen benævnes som sådan.[27] En ordregiver er som udgangspunkt forpligtet til at vurdere tilbuddenes opfyldelse af kravene i udbudsbetingelserne alene på grundlag af tilbuddenes indhold. Der er derfor snævre grænser for, hvilken kontakt en ordregiver må tage til tilbudsgiverne i tiden mellem ordregiverens modtagelse af tilbuddene og ordregiverens beslutning om, hvem der skal indgås kontrakt med.

Tilbudsgiveren bærer således risikoen for uklarheder i sit tilbud, og er der tvivl om, hvorvidt en uklarhed skal forstås som et forbehold eller ej, er ordregiveren forpligtet til at betragte det som et forbehold.[28] På samme måde medfører tvivl om forståelsen af et forbeholds indhold og rækkevidde pligt til at afvise tilbuddet.[29]

---

[25] Eksemplet her bygger på omstændighederne i Klagenævnets kendelse af 17. august 2010, Ravn/Herholdt A/S mod Norddjurs Kommune. I denne sag tillader Klagenævnet kun dialog med tilbudsgiveren, der har vedlagt en uklar bankerklæring, idet nævnet betragter bankerklæringen en tilbudsgiver, der henviser til det forkerte udbud, som en manglende bankerklæring. Nævnet sondrer således mellem præcisering af en indsendt bankerklæring, hvilket er tilladt, og udbedring af manglende dokumentation, hvilket nævnet ikke tillod. Kendelsen er dog fra før indførelsen af § 12 i implementeringsbekendtgørelsen, jf. afsnit 5.2. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at indhentelse af oplysninger, der helt mangler er tilladt efter indførelsen af § 12 i implementeringsbekendtgørelsen.

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

[27] For en gennemgang af reglerne for behandling af tilbud med forbehold se styrelsens vejledning til udbudsdirektiverne, kap 10.2, http://www.kfst.dk/udbudsomraadet/regler-og-vejledninger-mm/vejledninger/konkurrencestyrelsens-vejledning-til-udbudsdirektiverne-2006/

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

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

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

Boks 5.5
Eksempel

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

Af virksomhedens aftalevilkår fremgår det, at levering af virksomhedens produkter altid er baseret på en samlet leverance, og at tillægsleverancer sker efter regning. Forbeholdet om betaling for tillægsleverancer vedrører ikke et grundlæggende element, og ordregiveren kan derfor ikke afvise tilbuddet, men må i stedet prissætte forbeholdet. Det er ordregiveren alene, som skal prissætte forbeholdet, og ordregiver må således ikke rette henvendelse til virksomheden med henblik herpå.

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

Ordregivere må heller ikke gå i dialog med virksomheder, der har afgivet tilbud med forbehold for grundlæggende elementer i kontrakten. Fastlæggelsen af, hvad der forstås ved grundlæggende elementer beror på en konkret vurdering. Ethvert element i udbudsmaterialet kan i princippet være grundlæggende, og hvad der udgør et grundlæggende element i et udbud, kan være ganske uvæsentligt og ikke-grundlæggende i et andet.

Generelt kan man sige, at der ved grundlæggende elementer forstås elementer, som ikke vil kunne ændres uden derved at ændre konkurrencesituationen væsentligt mellem tilbudsgiverne og/eller elementer, som ikke vil kunne udelades fra opgaven, uden at opgavens karakter ændres væsentligt. Det kan således både dreje sig om elementer, som har betydning for beslutningen om, hvilken tilbudsgiver, der skal tildeles kontrakten, samt kontraktvilkår, der fx bestemmer risikofordelingen mellem ordre- og tilbudsgiver.

Boks 5.6
Eksempel

Forbehold om leveringstiden
En ordregiver udbyder en vareindkøbskontrakt. Det fremgår af udbudsmaterialet, at for mindre partier af alle materialer, som bruges af ordregiveren, skal leveringstiden være maksimalt 5 dage. En virksomhed tager i sit tilbud forbehold for, at virksomhedens aftalevilkår skal gælde. Det fremgår ikke af tilbuddet, om aftalevilkårene alene skal gælde, hvor vilkårene ikke er i strid med udbudsmaterialet.

Af virksomhedens aftalevilkår fremgår det, at medmindre der foreligger anden skriftlig aftale, leverer virksomheden på følgende vilkår: "Virksomheden kan kræve udskydelse af leveringstiden, i tilfælde af manglende eller mangelfuld leverancer fra bekræftede underleverandører". Forbehold om, at leveringstiden kan være længere end angivet i udbudsbetingelserne udgør som udgangspunkt et grundlæggende element, og tilbuddet skal derfor afvises. Det er i den sammenhæng uden betydning, at det i indledningen til aftalevilkårene står "medmindre der foreligger anden skriftlig aftale", idet indgåelse af en sådan aftale kun kan ske efter gennemførelse af forhandlinger, der er i strid med forhandlingsforbuddet.

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

At en ordregiver ikke må gå i dialog om grundlæggende elementer betyder også, at ordregiveren ikke må rette henvendelse til en virksomhed for at få afklaret uklare forhold i et tilbud, når forholdet vedrører grundlæggende elementer i kontrakten. Endvidere må ordregiveren ikke rette henvendelse til virksomheder, der har taget forbehold for grundlæggende elementer, med henblik på at få virksomhederne til at frafalde forbeholdet.

Boks 5.7
Eksempel

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

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

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

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

Dialog om forbehold for ikke-grundlæggende elementer og som ikke medfører forhandlinger om pris er tilladt i et vist omfang og vil tit være udtryk for en teknisk afklaring eller en afklaring af forbeholdets nærmere karakter. Se nærmere herom nedenfor i afsnit 5.3.4.

Boks 5.8
Hvornår må man føre Dialog om forbehold?

- Dialog om forbehold for grundlæggende elementer er ikke tilladt
- Dialog om priser er som udgangspunkt ikke tilladt, idet pris som klar hovedregel betragtes som et grundlæggende element
- Er der tvivl om, hvordan et forbehold skal forstås, er ordregiver forpligtet til at afvise tilbuddet

Er det tilladt at indlede dialog for at afklare tekniske forhold?
Er der ikke tale om grundlæggende elementer eller forhandlinger om pris kan ordregivere indlede dialog om det pågældende forbehold. Dette vil typisk indebære en teknisk afklaring af et element i et tilbud eller en præcisering af et udsagn eller beskrivelse.

Vurderingen af, hvornår der er tale om simpel teknisk afklaring eller præcisering og hvornår der vil være tale om grundlæggende elementer, foretages på samme måde som ovenfor, dvs. en vurdering af, hvorvidt der er tale om elementer, som ikke vil kunne ændres uden derved at ændre konkurrencesituationen væsentligt mellem tilbudsgiverne og/eller elementer som ikke vil kunne udelades fra opgaven, uden at opgavens karakter ændres væsentligt.

Boks 5.9
Eksempel

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

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

I sådan et tilfælde kan ordregiveren i stedet indgå i dialog med tilbudsgiveren med henblik på at afklare, hvorvidt produktet indeholdt i tilbuddet faktisk indeholder en loftsplade eller ej. Antagelser om et produkts tekniske egenskaber i en sådan situation uden at indgå i dialog medfører omvendt risiko for, at ordregiverens prissætning kendes usaglig.

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

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

En ordregiver udbyder eksempelvis en kontrakt om levering af fjernvarmerør. I udbudsbetingelserne stiller ordregiveren krav om, at alle tekniske specifikationer og dokumentationer for præisolerede rør og komponenter fremsendes sammen med tilbuddet. Samtidig stiller ordregiveren krav om, at krympemuffer skal kunne nedkrympe over to dimensioner (En krympemuffe er en plastikgenstand, der trækker sig sammen ved varmepåvirkning, og har som funktion at samle rør, eksempelvis). En af tilbudsgiverne påstår at leve op til udbudsbetingelserne, men har ikke medsendt den krævede tekniske specifikation og dokumentation.

I en sådan situation kan ordregiveren indgå i dialog med tilbudsgiveren med henblik på at indhente den nødvendige dokumentation fordi, der ikke er tvivl om tilbuddets indhold, men kun dokumentationen herfor. Tilbudsgiver får hermed ikke mulighed for at ændre sit tilbud, hvis ordregiveren indleder en dialog.

Boks 5.10
Eksempel

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

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

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

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

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

Er det tilladt at indlede forhandlinger om de endelige kontraktvilkår?
Når ordregiveren har besluttet, hvilken virksomhed, der skal have kontrakten tildelt, er det tilladt at indgå i forhandling med henblik på at fastlægge de endelige kontraktvilkår. Risikoen for konkurrencefordrejning er da også meget mindre, når kontrakten er tildelt i og med, at ordregiverens forhandlingsposition er meget svag.

Når beslutningen om tildeling er truffet, kan denne kun omgøres, såfremt den hviler på et forkert grundlag så som fejl fra ordregiverens side. Ordregiver har derfor i praksis kun mulighed for at indgå kontrakt med den valgte tilbudsgiver eller at annullere hele udbuddet og starte forfra, hvilket er dyrt i både tid og penge.[30] Den valgte tilbudsgiver har derfor meget svage incitamenter til at acceptere ændringer i tilbuddet.

Forhandlingen af de endelige kontraktvilkår efter tildeling må dog naturligvis ikke medføre ændringer af det vindende tilbud af et sådan omfang, at de forrykker konkurrencen mellem tilbudsgiverne. Dette vil være tilfældet, hvis kontrakten ender med at være så forskellig fra det udgangspunkt, som tilbudsgiverne har konkurreret om, at der kan opstå tvivl om, hvorvidt den samme tilbudsgiver ville vinde konkurrencen, hvis tilbudsgiverne fra starten fik mulighed for at forholde sig til de ændringer, som er foretaget efter tildeling.

En ordregiver udbyder eksempelvis en vareindkøbskontrakt, hvoraf der fremgår, at ordregiveren ved evaluering af tilbuddene blandt andet lægger vægt på leveringstiden. Ændring af leveringstiden i forhold til tilbuddet udgør en mindre ændring, blandt andet fordi leveringstid kun vægtes med 10 % som underkriterium, og ordregiveren handler derfor ikke i strid med forhandlingsforbuddet ved at forhandle med virksomheden herom.

Det er i denne fase blandt andet tilladt for ordregiveren at forhandle om, hvorvidt forbehold, der vedrører ikke-grundlæggende elementer, skal være gældende for kontrakten eller ej. Endvidere er det tilladt at forhandle om mindre ændringer af den valgte tilbudsgivers tilbud, såfremt dette vedrører ikke-grundlæggende elementer. Herudover er det naturligvis også tilladt at supplere eller præcisere indholdet af virksomhedens tilbud og ordregiverens krav.

Boks 5.11
Eksempel

Forhandling om forbehold, der vedrører ikke-grundlæggende elementer
En ordregiver udbyder en hovedentreprise vedrørende etablering af en strandpark. En virksomhed tager i sit tilbud forbehold for visse elementer i kontrakten. Ordregiveren vurderer – efter at have prissat forbeholdene – at virksomheden har afgivet det økonomisk mest fordelagtige bud. Efterfølgende retter ordregiveren henvendelse til virksomheden for at forhandle med virksomheden om, hvorvidt forbeholdene skal være gældende for kontrakten eller ej. En sådan forhandling er ikke i strid med forhandlingsforbuddet, såfremt der ikke forhandles om selve prissætningen af selve forbeholdet.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 26. august 2004, Per Aarsleff A/S mod Amager Strandpark I/S.

[30] Det skal dog erindres, at annullation af et udbud kræver, at det ikke forfølger et usagligt formål.

5.4 Hvordan kan dialogen foregå?

Dialog mellem tilbudsgiverne og ordregiveren kan for eksempel foregå ved møder mellem parterne. Ved sådanne møder kan tilbudsgiverne præsentere deres tilbud nærmere, så misforståelser undgås og uklarheder kan imødekommes. Møderne må godt afholdes enkeltvis med de individuelle tilbudsgivere, men skal naturligvis tilbydes alle tilbudsgivere, der har afgivet et konditionsmæssigt tilbud.

Dette strider ikke imod forhandlingsforbuddet, så længe dialogen udelukkende har til formål at præcisere tilbuddet. Tilbudsgiverne må naturligvis ikke ved sådanne møder opnå mulighed for at introducere nye elementer i deres tilbud, og ligebehandlingsprincippet skal i almindelighed overholdes. Dette indebærer, at dagsordenen for møderne med tilbudsgiverne skal være de samme og skal tjene samme formål. Da det som nævnt ovenfor påligger ordregiveren at føre bevis for, at forhandlingsforbuddet ikke er overtrådt, vil det være en god ide at føre referat af denne slags møder.

En anden mulighed er at holde sig til skriftlig brevveksling mellem parterne. Dette er en mere sikker kommunikationsform i forhold til bevisførelse for, hvad der har været drøftet, men bør afvejes i forhold til, at det også er en mindre smidig form for kommunikation. Man giver ved den skriftlige kommunikation afkald på muligheden for at stille opklarende spørgsmål til et svar eller beskrivelse, som tilbudsgiveren i den skriftlige brevveksling er fremkommet med.

Kapitel 6
Dialog efter kontrakten er indgået

I kapitel 6 gennemgås mulighederne for dialog mellem ordregiveren og den valgte leverandør i tiden efter at kontrakten er indgået, dvs. når udbuddet er afsluttet. Først beskrives behovet og hensigten med dialogen i denne fase, dernæst gennemgås eventuelle regler, der regulerer adgangen til dialog i denne fase efterfulgt af en gennemgang af de mest almindelige problemer, der kan opstå.

6.1 Behov for dialog

En virksomhed, som har deltaget i udbuddet, men ikke har fået kontrakten tildelt, kan have behov for dialog med ordregiveren for at få oplyst, hvorfor ordregiveren har valgt ikke at indgå aftale med den pågældende virksomhed. Virksomheden kan også have behov for dialog med ordregiveren om, hvad der skal til for, at virksomheden er bedre stillet ved et eventuelt nyt udbud. Dette er også i ordregiverens interesse, idet sandsynligheden for at modtage endnu bedre tilbud ved næste udbud øges.

Herudover vil behovet for dialog helt naturligt opstå mellem den vindende tilbudsgiver og ordregiveren, når kontrakten er indgået, idet en kontrakt mellem to eller flere parter, der rent praktisk skal føres ud i livet, kræver en vis grad af koordination, og det er naturligvis tilladt at føre dialog med hinanden i hvert fald med hensyn til at opfylde formålet med kontrakten.

Behovet for dialog kan i den forbindelse opstå på alle tidspunkter i løbet af kontraktperioden og kan skyldes forskellige eksterne eller interne omstændigheder. Omstændighederne kan medvirke til, at parterne får behov for at tilpasse kontrakten. Et sådant behov kan eksempelvis opstå som følge af en ændring i lovgivningen eller de fysiske forhold på stedet for opfyldelse af kontrakten kan underlægges ændringer, der ikke var forudset på tidspunktet for iværksættelsen af et udbud. Jo mere kompleks og langvarig en kontrakt er, des større er sandsynligheden for, at behovet for at foretage ændringer i den oprindelige kontrakt opstår.

En vis grad af tilpasning af kontrakten er tilladt, men hvis tilpasningen bliver for omfattende, og dermed går fra at være simpel tilpasning til at være en ændring af grundlæggende elementer, kan ændringen udgøre indgåelsen af en helt ny kontrakt, som dermed er udbudspligtig. De næste afsnit vil nærmere gennemgå, hvilke former for tilpasning af kontrakten der er tilladt, og hvilke der ikke kan foretages uden iværksættelsen af et nyt udbud.

6.2 Hvad siger reglerne om mulighederne for tilpasning af kontrakten?

Der findes ikke på nuværende tidspunkt bestemmelser i hverken udbudsdirektiverne eller tilbudsloven, der udtrykkeligt regulerer ordregiveres adgang til efter kontraktindgåelsen at tilpasse kontrakten.[31] Der findes dog bestemmelser i udbudsdirektiverne, der indikerer, at der ikke er fri adgang til at foretage ændringer eller tilføjelser af eksisterende kontrakter.[32] Disse bestemmelser udgør undtagelsesbestemmelser til hovedreglen om udbudspligt og regulerer en ordregivers muligheder for at foretage supplerende køb.[33]

Bestemmelserne er således et helt konkret udtryk for et vist behov for efterfølgende tilpasning af kontrakter, og Domstolen har også senere slået fast, at ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode i hvilken den er gyldig er lovlige, når de ikke er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale. Ændringer i bestemmelserne i en aftale, der er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, vil omvendt være udtryk for, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer, hvilket sidestilles med indgåelse af en helt ny aftale, som derfor bliver udbudspligtig.[34]

Det vil sige, at det er tilladt at foretage ændringer af en eksisterende aftale, der ikke udgør væsentlige ændringer. En ændring i en offentlig aftale i dennes løbetid kan betragtes som væsentlig, hvis den indfører betingelser, der ville have gjort det muligt for andre tilbudsgivere end de oprindeligt antagne at deltage, eller ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget i fald de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale.[35]

Tilsvarende kan en ændring i den oprindelige aftale betragtes som væsentlig, hvis den i betydeligt omfang udvider aftalen til at omfatte tjenesteydelser, der ikke oprindeligt var fastsat i aftalen, og hvis aftalens økonomiske balance ændres til fordel for tilbudsgiveren i forbindelse med udbuddet på en måde, som ikke var fastsat i de oprindelige udbudsbetingelser.[36]

Hvorvidt en ændring skal betragtes som væsentlig, beror altid på en konkret vurdering. Det vil dog som hovedregel være tilladt at foretage ændringer, som der er taget højde for i den oprindelige kontrakt i form af eksempelvis optioner eller ændringsklausuler. Jo mere præcis en sådan klausul er, des større sandsynlighed er der for, at ændringen kan tillades. Man skal således ikke forvente at kunne foretage ændringer i prisen på en ydelse, hvis ændringsklausulen i kontrakten er generelt formuleret eller hvis den eksempelvis kun henviser til ydelsens art, omfang og leveringstidspunkt.[37]

Ændringer af eksterne forhold, som parterne ikke har kunnet forudse på tidspunktet for iværksættelse af udbud vil også som hovedregel være tilladt at tage højde for i sit kontraktfor-

---

[31] Rådet og Parlamentet er dog nået til politisk enighed om nye udbudsdirektiver, der indeholder en bestemmelse til regulering af netop dette spørgsmål, jf. pressemeddelelsen fra Rådet: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/intm/138101.pdf. Det nye regelsæt skal implementeres i dansk ret senest to år efter endelig vedtagelse, hvilket forventes at ske i starten af 2014.

[32] Jf. artikel 31, stk. 2, litra b og stk. 4, litra a i udbudsdirektivet om supplerende leverancer, arbejder og tjenesteydelser Tilsvarende bestemmelser findes i forsyningsvirksomhedsdirektivet artikel 40, stk. 3, litra e og f og i tilbudsloven § 12, stk. 3, nr. 5.

[33] For en nærmere gennemgang af mulighederne herfor henvises til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning til udbudsdirektiverne, kapitel 6.1.5.

[34] Jf. Domstolens dom af 19. juni 2008, C-454/06, Pressetext, præmis 34.

[35] Jf. Domstolens dom af 19. juni 2008, C-454/06, Pressetext, præmis 35.

[36] Jf. Domstolens dom af 19. juni 2008, C-454/06, Pressetext, præmis 36.

[37] Se for eksempel Klagenævnets kendelse af 18. juni 2013, Multi Trans A/S mod Københavns Kommune, Sundheds- og Omsorgsforvaltningen.

hold. Dette kan eksempelvis være teknisk udvikling over tid[38] eller overgangen fra en national valuta til en fælles valuta[39].

Der kan ikke udarbejdes nogen udtømmende liste over, hvilke elementer, der indgår i bedømmelsen af en ændrings væsentlighed. Følgende elementer vil dog som hovedregel tale imod, at en ændring vil betragtes som væsentlig.

» kontraktens kompleksitet: Jo mere kompleks denne er, des større mulighed for at justere og tilpasse kontrakten.[40]
» Kontraktens varighed: At en kontrakt er meget langvarig, vil også tale for et øget behov for tilpasning og justering, idet dette medfører større uforudsigelighed i forhold til de vanskeligheder, der kan opstå i et kontraktforhold.
» Hvem opnår en fordel ved ændringen?: I situationer, hvor ordregiveren er den eneste, der modtager en fordel vil ændringen som hovedregel tillades
» Ændringens omfang: jo større omfang ændringen har, des større risiko for, at ændringen vil betragtes som væsentlig. Mange små ændringer kan dog tilsammen også betragtes, som væsentlige ændringer.
» Værdispild: Hvis undladelsen af at foretage en ændring af en kontrakt vil medføre uforholdsmæssig værdispild, vil ændringen som hovedregel tillades.[41]

Boks 6.1
Hvilke muligheder for dialog giver reglerne?

» Det er naturligvis fuldt ud tilladt at føre dialog med sin kontraktpart med henblik på levering af kontraktens ydelse
» Det er også tilladt at føre dialog med henblik på at foretage justeringer af kontrakten
» Væsentlige ændringer af en kontrakt medfører dog udbudspligt, idet det betragtes som indgåelse af en ny kontrakt.

6.3 Hvad er der oftest tvivl om?

Er det tilladt at føre dialog om det gennemførte udbud?
En ordregiver må godt føre dialog med virksomhederne om det gennemførte udbud med henblik på at evaluere udbuddet. Det gælder også virksomheder, som under udbuddet har afstået fra at afgive tilbud. Derigennem kan ordregiveren få relevant viden, som kan være brugbar for ordregiveren i forbindelse med et eventuelt nyt udbud, når kontrakten fra det netop gennemførte udbud udløber, og det ingen risiko udgør for forskelsbehandling eller ændring af den indgåede kontrakt.

Er det tilladt at føre dialog om indholdet i kontrakten?
En ordregiver, som har indgået en kontrakt med en virksomhed, kan naturligvis altid kontakte virksomheden med henblik på at effektuere kontrakten. Fx kan ordregiveren, såfremt den har indgået en rammeaftale med virksomheden om levering af bestemte produkter, kontakte virksomheden for at få leveret et bestemt antal af disse produkter.

En ordregiver kan også efter henvendelse fra den virksomhed, som ordregiveren har indgået kontrakt med, præcisere kontraktens indhold.

[38] Jf. Domstolens dom af 5. oktober 2000, C-337/98, Kommissionen mod Frankrig.
[39] Jf. Domstolens dom af 19. juni 2008, C-454/06, Pressetext, præmis 57.
[40] Se for eksempel Klagenævnets kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-sekretariatet, hvor Klagenævnet i sin udtalelse lagde vægt på, at kontrakten var meget omfattende og teknisk kompliceret.
[41] Se for eksempel Klagenævnets kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet, SINE-sekretariatet.

Er det tilladt at indgå i forhandling om ændringer i kontrakten?
Andre situationer, som kan forekomme ganske ofte, giver anledning til mere tvivl og vil skulle overvejes nøje før man begiver sig ud i den. Især påtænkte ændringer eller justeringer af indgåede kontrakter kan medføre tvivl om lovligheden, og nogle af de mest almindelige udfordringer i forbindelse hermed beskrives kort nedenfor.

Som nævnt ovenfor, må en ordregiver ikke forhandle med den virksomhed, som har fået kontrakten tildelt, om væsentlige ændringer af kontrakten. Det vil derimod ikke være i strid med forhandlingsforbuddet at foretage mindre justeringer af kontrakten.

Boks 6.2
Eksempel

Ændring af kontraktens omfang
En ordregiver har efter et gennemført udbud indgået kontrakt med en virksomhed om rengøring af 10 daginstitutioner. Efter kontraktindgåelse etablerer ordregiveren en ny daginstitution, og ordregiveren ønsker, at virksomheden også skal udføre rengøring i denne daginstitution. Værdien af rengøringen i denne daginstitution ligger langt under den relevante tærskelværdi i udbudsdirektivet og er forholdsvis beskeden i forhold til værdien af den samlede rengøring, der udføres af virksomheden. Der er i en sådan situation ikke tale om en væsentlig ændring af kontrakten, og ændringen kan ske uden forudgående udbud.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 28. maj 1999, L. R. Service ApS mod Ringsted Kommune.

Såfremt ordregiveren allerede på tidspunktet for gennemførelse af udbuddet forudser, at en væsentlig ændring af kontrakten kan blive nødvendig efter kontraktindgåelse, bør ordregiveren indsætte en ændringsklausul i den udbudte kontrakt til at foretage ændringer i kontrakten. For at ændringerne kan ske uden forudgående udbud, er det imidlertid en betingelse, at det klart har fremgået af udbuddet, at ordregiveren har en ret til at foretage ændringer, og at indholdet af og vilkårene for at udnytte retten er klart beskrevet i udbudsmaterialet.

En ordregiver udbyder eksempelvis en vareindkøbskontrakt. Af udbudsmaterialet fremgår det, at tilbudsprisen mindst skal være gældende i 12 måneder fra kontrakttidspunktet, og at den virksomhed, som får kontrakten tildelt, herefter kan regulere prisen i forhold til udviklingen i nettoprisindekset. Ændringer af prisen efter kontraktindgåelse vil i en sådan situation kunne ske uden nyt udbud.

Hvis ændringerne af prisen kræver justering ved eksempelvis op- eller nedrunding, som viser sig større end den oprindelige kontrakt tillader, vil der derimod være tale om en væsentlig ændring, som dermed er udbudspligtig. En sådan ændring kan dog tillades, hvis den er af ubetydelig størrelse og kan forklares objektivt, så som forenklingen af faktureringen.

Boks 6.3
Eksempel

Ændring af underleverandør
En ordregiver udbyder opførelsen af en bygning som totalentreprise. Tilbudsgiverne skal i deres tilbud angive, hvem de har tænkt sig at anvende som underleverandør og ordregiveren har i kontraktudkastet tilkendegivet, at udskiftning af underleverandør skal godkendes af ordregiveren.

Den vindende tilbudsgiver indgår kontrakt med ordregiveren, men ønsker efterfølgende at anvende en anden underleverandør. Selv om dette, som udgangspunkt er tilladt efter den oprindelige aftale, kan det i særlige tilfælde udgøre en ændring af et af de grundlæggende elementer i kontrakten. Dette kan være tilfældet, hvis anvendelsen af én underleverandør i stedet for en anden har været et afgørende element for indgåelsen af kontrakten.

Note: Domstolens dom af 13. april 2010, C-91/08 Wall

Det er også tilladt at tage højde for eksterne omstændigheder, som parterne til aftalen ikke har kunnet forudsige. Dette kan eksempelvis udgøre ændringer, som følge af den teknologiske udvikling, et lands overgang fra en valuta til en anden eller ændringer i lovgivning, der medfø-

rer krav om ændringer af aftalen. Det er dog en forudsætning, at ændringerne vitterligt skyldes uforudsete eksterne forhold. Den omstændighed, at ordregiver ombestemmer sig, eller at ordregivers behov forventeligt ændrer sig i løbet af aftaleperioden medfører ikke mulighed for at justere aftalen.

Hvis ordregiver derfor kan forudse, at der kan opstå et behov for ændringer, bør der indarbejdes klausuler i aftalen, der muliggør ændringer, såfremt den forudsete eksterne udvikling indtræffer. For at kunne gøre brug af sådan klausuler, skal de være beskrevet så klart, præcist og utvetydigt, at det er muligt for alle rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige tilbudsgivere at forstå disse bestemmelsers nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde.

Boks 6.4
Eksempel

Ændring som følge af den teknologiske udvikling
En ordregiver har lovligt indgået kontrakt om levering af en vaccine efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, idet der kun fandtes en godkendt leverandør af den pågældende vaccine. Ordregiveren havde en forventning om, at der inden for et par år ville blive godkendt yderligere vacciner, der dækkede flere sygdomme end den, der allerede var indgået kontrakt om, og indfører mulighed for at opsige kontrakten med et passende varsel. Ordregiveren beslutter at vente med at igangsætte udbud af en kontrakt om levering af den nye og forbedrede vaccine til denne var blevet godkendt til salg i Danmark.

Umiddelbart før den nye vaccines godkendelse tilbyder leverandøren af den oprindelige vaccine at levere den nye og forbedrede vaccine på samme vilkår som den ældre vaccine i den resterende del af kontrakten og indtil udbud af den nye vaccinekontrakt er afsluttet. En sådan ændring af kontrakten fra levering af en vaccine til levering af en nyere version af samme vaccine er tilladt, idet dette er udtryk for parternes tilpasning af kontrakten, som følge af teknologisk udvikling. Hvis der findes leverandører af konkurrerende produkter på markedet, skal ordregiveren dog sørge for at udbyde kontrakten inden for rimelig tid.

Note: Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. december 2010, GlaxoSmithKline Pharma A/S mod Statens Serum Institut. Se også Domstolens dom af 5. oktober 2000, C-337/98, Kommissionen mod Frankrig.

En anden ekstern begivenhed, der kan være svær at forudse er det tilfælde, at en leverandør går konkurs. I denne situation opstår spørgsmålet, om kontrakten med ordregiveren må overdrages til en ny virksomhed? Dette udgør ikke en væsentlig ændring, hvis kontrakten overdrages til leverandørens konkursbo. Konkursboets overdragelse af aftalen til en ny kontraktpart udgør efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse ikke en væsentlig ændring. Det vil dog være et krav, at den nye kontraktpart opfylder de krav, der oprindeligt blev stillet til tilbudsgivernes egnethed.

Såfremt overdragelsen skyldes leverandørens konkurs, er det samtidig Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at det vil være muligt at foretage væsentlige ændringer af kontrakten, hvis det som følge af konkursen ikke er muligt at videreføre kontrakten på de oprindelige vilkår. Dette kunne eksempelvis være tilfældet, hvis leverandøren allerede inden konkursen var væsentligt forsinket med leveringen. I et sådant tilfælde vil det være muligt at indgå aftale med den nye kontraktpart om en ny tidsplan for levering af ydelserne.

Det skal dog understreges, at der ikke er ubegrænset adgang til at foretage ændringer. Ændringerne skal være en direkte følge af konkursen og må ikke gå længere end, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet med det oprindelige udbud. Ved vurderingen heraf kan indgå overvejelser om samfundsmæssigt spild ved at kontrakten skal genudbydes som følge af konkursen.

Boks 6.5
Eksempel

Ændring af kontraktpart eller intern omstrukturering?
En ordregiver indgår kontrakt om nyhedsagenturydelser med en leverandør. Leverandøren opretter i løbet af kontraktens levetid et datterselskab og overfører kontrakten hertil. Moderselskabet har ledelsesbeføjelse over for datterselskabet og de hæfter solidarisk over for ordregiveren. Der foreligger en aftale mellem moder- og datterselskab om overførsel af indtægter og tab, og der sker heller ikke ændringer af de leverede ydelser under kontrakten, hverken i forhold til art, omfang eller pris. Selv om kontrakten overføres til en selvstændig juridisk person, vil der ikke i sådan et tilfælde være tale om en væsentlig ændring af kontrakten, men om en intern omstrukturering, som kan tillades uden iværksættelse af udbud.

Udskiftning af ejerkredsen af en part i en kontrakt, der har været udbudt, for eksempel ved salg af aktier, andele eller andre omsættelige ejerskabsformer, vil heller ikke udgøre en væsentlig ændring af kontrakten, men blot en naturlig følge af selve den omsættelige selskabsstruktur. Udbudspligt vil kun opstå, hvis et sådan ejerskifte igangsættes med det formål at omgå udbudsreglerne.

Omvendt vil det ikke være tilladt at udskille og sælge en offentlig kontrakt, hverken alene eller sammen med andre af en virksomheds aktiver. Hvis datterselskabet i situationen ovenfor for eksempel blev solgt til tredjemand, ville der som udgangspunkt være tale om en væsentlig ændring af kontrakten, der ville medføre udbudspligt. Dette fordi, der vil være tale om ændring af kontraktpart, der i almindelighed betragtes som en væsentlig ændring og ikke, som i situationen ovenfor, hverken intern omstrukturering eller en naturlig følge af selve selskabsformen.

Note: Domstolens dom af 19. juni 2008, C-454/06, Pressetext.

Boks 6.6
Dialog efter kontraktindgåelse - Hvilke muligheder for dialog er der?

Vær som ordregiver opmærksom på:
- at det naturligvis er tilladt at føre dialog med sin kontraktpart med henblik på at levere kontraktens ydelse
- at det er tilladt at foretage mindre justeringer af kontrakten i løbet af dens løbetid
- at en væsentlig ændring af kontrakten betragtes som indgåelse af en helt ny kontrakt, der derfor er udbudspligtig