



# Vejledning til tilbudsloven 2005

(lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren)

November 2005

Udgivet af  
KONKURRENCESTYRELSEN  
Nyropsgade 30  
1780 København V

Grafisk layout, design og forhandling  
SCHULTZ GRAFISK

Trykt udgave: ISBN 87-7029-339-2  
Online udgave: ISBN 87-7029-340-6

Pris: kr. 25,-

## Indholdsfortegnelse

Indholdsfortegnelse .....	3
<b>Kapitel 1</b> Indledning .....	5
1.1 Om vejledningen.....	5
1.2 Hvad går tilbudslovens regler kort ud på (for nye brugere) .....	5
1.3 Oversigt over de nye regler i 2005-tilbudsloven.....	8
<b>Kapitel 2</b> De vigtigste principper bag reglerne.....	9
2.1 Konkurrence og økonomisk forsvarlighed.....	9
2.2 Forpligtelsen til at sikre mod forskelsbehandling .....	11
2.2.1 Generelt om ligebehandlingsprincippet .....	11
2.2.2 Planlægningsfasen og udarbejdelsen af udbudsmaterialet.....	12
2.2.3 Ligebehandling ved udvælgelsen af tilbudsgivere og i tilbudsfasen .....	14
2.2.4 Ligebehandling efter tilbudsfristens udløb .....	15
2.3 Gennemsigtighed .....	16
2.4 Ressourcer for de to parter ved tilbudsindhentning .....	18
<b>Kapitel 3</b> Hvornår finder tilbudsreglerne anvendelse, tilbudslovens § 1 .....	19
3.1 Bygge- og anlægsarbejde, tilbudslovens § 1, stk. 1 og stk. 5 .....	19
3.1.1 Hvad forstås ved bygge- og anlægsarbejde, tilbudslovens § 1, stk. 5.....	20
3.1.2 Bygge- og anlægskontrakter, der ikke er omfattet af tilbudsloven .....	21
3.2 Hvem er omfattet af tilbudsreglerne, tilbudslovens § 1, stk. 2 og stk. 3 .....	25
3.2.1 - Stk. 2, nr. 1: Udbydere, som er ordregivere efter udbudsdirektivet .....	25
3.2.2 - Stk. 2, nr. 2: Private udbydere, der får støtte til deres byggeri .....	26
3.2.3 - Stk. 2, nr. 3: Entreprenører, der udbyder visse underentrepriser .....	27
<b>4</b> Udbudsformerne, tilbudslovens §§ 4, 6 og 12 .....	28
4.1 Offentlig licitation, tilbudslovens § 6, stk. 1.....	30
4.2 Prækvalifikation, tilbudslovens § 6, stk. 2.....	31
4.2.1 Dokumentation for økonomisk formåen .....	32
4.2.2 Dokumentation for teknisk/faglig formåen samt nøgletal .....	33
4.2.3 Antal bud ved begrænset licitation .....	35
4.3 Begrænset licitation uden prækvalifikation, tilbudslovens § 6, stk. 3.....	36
4.4 Underhåndsbud, tilbudslovens § 12 .....	37
4.4.1. Opgaver til en samlet værdi under 3 mio. kr., § 12, stk. 3, første del.....	37
4.4.2 Brug af underhåndsbud på opgaver med samlet værdi over 3 mio. kr., § 12, stk. 3, nr. 1-5.....	38
4.4.3 Antal underhåndsbud, tilbudslovens § 12, stk. 2 .....	42
4.4.4 Ligebehandlingsprincippet ved underhåndsbud .....	44
<b>5</b> Særligt om rammeaftaler, tilbudslovens § 13.....	45
<b>6</b> Udbudsmaterialet.....	46
6.1 Beskrivelse af den ønskede anskaffelse .....	47
6.1.1 Generelt om kravspecifikationen .....	47
6.1.2 Kan opgaven reduceres i forhold til beskrivelsen i kravspecifikationen .....	49
6.2 Kontraktvilkår.....	50
<b>7</b> Hvem kan afgive tilbud, tilbudslovens §§ 2 og 6.....	52
7.1 Opfyldelse af mindstekravene til tilbudsgiverens virksomhed, § 6, stk. 1 og 2.....	52
7.2 Prækvalifikation, § 6, stk. 2.....	52

7.3 Habilitet, § 2 .....	53
7.4 Regulerer tilbudsloven kontrolbud? .....	53
8 Tildeling af kontrakt, tilbudslovens § 8 .....	54
8.1 De to overordnede tildelingskriterier .....	54
8.2 Underkriterier ved en kvalitetskonkurrence, § 8, stk. 2 .....	56
8.2.1 Hvilke underkriterier kan anvendes .....	57
8.2.2 Vægtning af underkriterier .....	60
8.3 Alternative tilbud og forbehold, tilbudslovens §§ 2 og 9 .....	63
8.3.1 Alternative bud, tilbudslovens § 9 .....	63
8.3.2 Forbehold .....	67
8.4 Forhandlingsmodellen, lovens § 11 .....	70
Kapitel 9 Underretning og begrundelse (§§ 14 og 15) .....	72
9.1 Underretningspligten .....	72
9.2 Prækvalifikation, annullation og forkastelse af tilbud .....	72
9.3 Ordretildelingen og for valg af forhandlingspartnere .....	72
Kapitel 10 Særligt om partnering, tilbudslovens § 4, stk. 1 .....	75
Kapitel 11 Brug af elektronisk udbud og tilbud .....	77
Kapitel 12 Klageadgang .....	78

## Bilag

Tilbudsloven (lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren).....

Bekendtgørelse om underhåndsbud (bekendtgørelse nr. 817 af 23. august 2005 om visse udbyderes anvendelse af underhåndsbud efter lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren).....

# 1 Indledning

## 1.1 Om vejledningen

Denne vejledning omhandler den nye tilbudslov, som træder i kraft 1. september 2005, og som erstatter den hidtidige tilbudslov fra 2001 og tilbudsbekendtgørelsen fra 2002. Vejledningen er udtryk for Konkurrencestyrelsens forståelse af tilbudsloven på baggrund af forarbejderne til loven og Klagenævnets praksis.

Området for tilbudsloven er *bygge- og anlægskontrakter*. Hvad der forstås ved bygge- og anlægsopgaver er beskrevet i kapitel 3.1.

Tilbudsloven gælder for tilbud, der indhentes af de offentlige og offentligt støttede udbydere. Loven gælder endvidere også for tilbud, som hoved-, total- og storentreprenører o.l. ved offentlige og offentligt støttede bygge- og anlægsarbejder indhenter fra deres underentreprenører. I kapitel 3.2 er beskrevet, hvem der skal følge tilbudsloven.

Med den nye tilbudslov fra 2005 er der sket justering af reglerne, der tager sigte på at spare ressourcer på tilbudsgiversiden og på bygherresiden, sikre effektiv konkurrence og at øge gennemsigtigheden og retssikkerheden for de enkelte tilbudsgivere, jf. oversigten over de nye regler nedenfor i 1.3.

Vejledningen er en gennemgang af de vigtigste regler, som disse udbydere skal følge. Der er tale om fortolkninger af vanskelige juridiske regler. Der er derfor som afsnit 1.2 givet en indføring i reglerne "for begyndere".

## 1.2 Hvad går tilbudslovens regler kort ud på (for nye brugere)

I det følgende gennemgås i oversigtsform de regler, der findes i tilbudsloven, sådan som den ser ud efter ændringerne i 2005. Vejledningen uddybes i de enkelte kapitler, som der henvises til i pkt. a-h.

### a. Hvem skal følge reglerne?

Tilbudsloven skal følges, når

- 1 *offentlige bygherrer* (stat, regioner, kommuner, § 60-selskaber, kirkelige myndigheder) ,
- 2 *offentligt kontrollerede bygherrer*, fx almene boligorganisationer,
- 3 bygherrer, der modtager *støtte* til det konkrete byggeri, eller
- 4 visse *hoved-, total- og storentreprenører* mv. ved et offentligt eller offentligt støttet byggeri

skal indgå kontrakt med en entreprenør eller håndværker til at udføre en bygge- og anlægsopgave.

Bortset fra de særlige tilfælde ovenfor i pkt. 3 og 4 gælder loven *ikke privat* byggeri eller private udbydere. I kapitel 3.2 er det mere detaljeret beskrevet, hvem der skal følge reglerne.

### **b. Hvad gælder reglerne for?**

Tilbudsloven gælder for *bygge- og anlægsarbejder*. Tilbudsloven gælder således ikke for de rene vareindkøb (leverancer) eller for rene tjenesteydelser, fx bygherrens kontrakter med sine rådgivere.

Loven gælder heller ikke for virksomheder om bygge- og anlægsarbejder, der er omfattet af Udbudsdirektiverne. Udbudsdirektiverne gælder for bygge- og anlægsarbejder med en samlet værdi over ca. 44 mio. kr. ekskl. moms. I kapitel 3.1 er nærmere beskrevet, hvad der forstås ved bygge- og anlægsarbejder.

### **c. Hvordan kan der indhentes tilbud**

Loven fastsætter regler for, hvordan en udbyder kan indhente tilbud på bygge- og anlægsarbejder. Tilbud kan indhentes

- ved en *licitation*, se nærmere i
  - kapitel 4.1 om offentlig licitation,
  - kapitel 4.2 om begrænset licitation med prækvalifikation, og
  - kapitel 4.3 om direkte indbudt licitation.
- ved *underhåndsbud*, jf. kapitel 4.4

Lovens udgangspunkt er, at tilbud skal indhentes ved en licitation. Hvis det samlede byggeri har en værdi, der er mindre end 3 mio. kr., kan der dog indhentes underhåndsbud. I særlige situationer kan der indhentes underhåndsbud også ved byggeri over 3 mio. kr., jf. kapitel 4.4.2.

### **d. Udbudsbetingelserne/licitationsmaterialet**

#### *Licitation*

Ved licitationer skal der altid foreligge et skriftligt grundlag for konkurrencen.

Udbyderen skal i licitationsmaterialet nærmere beskrive opgaven. Hvis der i licitationsmaterialet er opstillet særlige vilkår for, hvordan opgaven skal udføres, beskrives også dette i licitationsbetingelserne. Disse forhold er nærmere beskrevet i kapitel 6.

Ved en offentlig licitation eller en prækvalifikation skal udbyderen i annoncen oplyse om eventuelle udvælgelseskriterier/mindstekrav, jf. det følgende afsnit **e**, og

om der er tale om en priskonkurrence eller en kvalitetskonkurrence, jf. det følgende afsnit **f**.

Ved en kvalitetskonkurrence skal de underkriterier, som tilbuddene vil blive sammenlignet ud fra, oplyses i det supplerende materiale, hvis de ikke fremgår af annoncen. Oplysninger i annoncen må ikke ændres i det supplerende materiale. Dette gælder uanset hvilken licitationsform, der anvendes. Se nærmere i kapitel 8.2 om underkriterier og deres vægtning.

#### *Underhåndsbud*

Også ved underhåndsbud skal udbyderen oplyse, om der er tale om en priskonkurrence eller en kvalitetskonkurrence, men der er ikke pligt til at angive underkriterier ved en kvalitetskonkurrence.

#### **e. Hvordan udvælger man tilbudsgiverne**

Udvælgelsen af tilbudsgiverne skal ske på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende vilkår ("udvælgelseskriterier"). Udbyderen kan opstille en række mindstekrav vedrørende økonomiske og tekniske/faglige forhold, som tilbudsgiverne skal dokumentere at opfylde for at få deres tilbud bedømt. Ved begrænset licitation med prækvalifikation kan udvælgelseskriterier vedrørende de økonomiske og tekniske forhold dog også tjene det formål, at kriterierne bruges til at sammenligne tilbudsgiverne i forbindelse med prækvalifikationen. Dette er nærmere beskrevet i kapitel 4.2.1 og 4.2.2 og kapitel 7.

Ved licitation skal der udvælges tilstrækkeligt mange tilbudsgivere til at sikre effektiv konkurrence.

Der kan kun indhentes 3 underhåndsbud. Dog kan der indhentes et 4. underhåndsbud uden for lokalområdet. Ved opgaver under 300.000 kr. er der dog ikke pligt til at indhente mere end 1 underhåndsbud.

#### **f. Hvordan sammenligner man tilbuddene**

Tilbuddene skal sammenlignes på en fair og objektiv måde. Heri ligger fx, at tildelingskriterierne og eventuelle underkriterier, og den vægt som et underkriterium er tildelt, skal anvendes ens i forhold til alle tilbud. Kravet om ligebehandling fører også til, at en bygherre/udbyder ikke må antage et tilbud, som på væsentlige punkter afviger fra udbudsbetingelserne.

Ved licitationer om kvalitetskonkurrencer kan udbyder forhandle med op til 3 tilbudsgivere – nemlig de tilbudsgivere, der afgav de bedste bud ved licitationen.

#### **g. Pligt til at informere de forbigåede tilbudsgivere**

Forbigåede tilbudsgivere eller ansøgere har krav på information om bygherrens/udbyderens beslutninger og begrundelsen herfor. I nogle tilfælde skal disse informationer og begrundelser gives uopfordret, i andre situationer skal tilbudsgiverne anmode herom, jf. kapitel 9.

## **h. Klageadgang**

Tilbudsgivere eller ansøgere, der mener at de uberettiget er blevet forbigået, kan klage til Klagenævnet for Udbud. Der betales et klagegebyr på 4.000 kr., men det kan tilbagebetales, hvis klageren får helt eller delvis medhold.

## **1.3 Oversigt over de nye regler i 2005-tilbudsloven**

Formålet med ændringerne i tilbudslovens regelsæt er at øge gennemsigtigheden, styrke retssikkerheden og spare ressourcer i udbudsprocessen, samtidig med at mulighederne for at skabe effektiv konkurrence opretholdes. Anvendelsesområdet er fortsat offentligt finansieret byggeri.

Forslaget indebærer især følgende ændringer i forhold til det gældende regelsæt:

### *Antal underhåndsbud*

Antallet af underhåndsbud, der kan indhentes på en opgave, strammes op. Der kan fortsat indhentes 4 underhåndsbud, men i givet fald skal det 4. underhåndsbud indhentes uden for lokalområdet, og tilbudsgiverne skal på forhånd orienteres om, at udbyderen forbeholder sig at indhente et 4. bud. Se kapitel 4.4.3

### *Underhåndsbud i stedet for licitation*

Udbyderes adgang til at indhente underhåndsbud i stedet for at afholde licitation udvides. Fremover kan der indhentes underhåndsbud, når opgaven er under 3 mio. kr. – den tidligere tærskel var på 2 mio. kr. Se kapitel 4.4.1 og 4.4.2.

### *Forhandlinger ved licitation om det økonomisk mest fordelagtige bud*

Med 2005-loven ophæves udbyderens pligt til at inddrage alle tilbudsgivere med konditionsrættede bud, når der indledes forhandlinger efter en licitation om det økonomisk mest fordelagtige bud. For fremtiden må der kun forhandles med 3 tilbudsgivere. Det vil skærpe konkurrencen på licitationstidspunktet og reducerer både tilbudsgivernes og bygherrernes ressourceforbrug.

De tilbudsgivere, der ikke inddrages i forhandlingerne, frigøres straks uden hensyn til en eventuel vedståelsesfrist, hvilket også sparer ressourcer. Forhandlingsproceduren er beskrevet i kapitel 8.4.

Samtidig indføres en pligt for udbydere til uopfordret at begrunde deres valg og fravalg i forhandlingsprocessen – i dag skal begrundelser kun gives efter anmodning. Reglerne for begrundelse er beskrevet i kapitel 9.

Som hidtil kan der ved en priskonkurrence kun forhandles med det laveste bud.

#### *Øget gennemsigtighed*

Ved en licitation om det økonomisk mest fordelagtige bud skal udbyderen så vidt muligt på forhånd melde ud, hvorledes de enkelte underkriterier *indbyrdes vægtes* – i dag skal alene den prioriterede rækkefølge oplyses. Vægtene kan angives præcist eller i rammer med et vist udsving. Reglerne for underkriterier er beskrevet i kapitel 8.2.

Ved en begrænset licitation skal udbyder oplyse overfor tilbudsgiverne, *hvor mange tilbudsgivere* der i alt vil blive inviteret til at afgive bud. Disse ændringer medvirker til at styrke gennemsigtigheden. Reglerne for begrænset licitation er beskrevet i kapitel 4.2 og 4.3.

#### *Klarere regler*

Som led i regelforenklingen sammenskrives tilbudslov og tilbudsbekendtgørelse i ét regelsæt, hvorved en række overflødige eller overlappende bestemmelser fjernes.

## **Kapitel 2 De vigtigste principper bag reglerne**

Den grundlæggende tanke bag tilbudsloven er at styrke konkurrencen og dermed også at øge effektiviteten og bidrage til en forbedret kvalitet i byggeriet samt at sikre virksomhederne fair og lige muligheder for at deltage i offentlige og offentligt støttede bygge- og anlægsopgaver.

### **2.1 Konkurrence og økonomisk forsvarlighed**

I lovens § 2, stk. 2 er angivet, at udbydere omfattet af loven skal udnytte alle muligheder for at skabe tilstrækkelig konkurrence. Konkurrencekravet er i overensstemmelse med det overordnede forvaltningsretlige princip om, at en offentlig myndighed skal tildele eksterne kontrakter på et økonomisk forsvarligt grundlag.

Som bestemmelsen er formuleret, er det ikke et absolut krav, at der konkret har været effektiv konkurrence om den pågældende opgave. Udbyderen skal fx ikke lade udbuddet gå om, fordi der kun er indkommet et enkelt bud. Det er imidlertid et krav, at selve tilbudsindhentningen skal være *tilrettelagt* på en måde, så der i normale situationer vil komme effektiv konkurrence om opgaven.

Ved mindre kontrakter kan det endvidere være tilstrækkeligt, at udbyderen handler ud fra en generel bedømmelse af, hvad markedet kan tilbyde, jf. tærsklen på 300.000 kr. i § 12, stk. 4. Ud fra den samme tankegang kan man også slække på kravet om, hvor mange tilbud en *entreprenør*, som må formodes at have et indgående markedskendskab, skal indhente på den enkelte underentreprise, selv om den måtte være over 300.000 kr.

Konkurrencekravet gælder – ligesom de øvrige regler i loven – kun i forhold til **eksterne kontrakter**. Tilbudsloven sætter således ikke regler for, om en udbyder omfattet af loven kan udføre arbejdet i  **eget regi** uden at konkurrenceudsætte opgaven

2005-tilbudsloven har ikke videreført bestemmelsen i den tidligere tilbudsbekendtgørelses § 6, hvorefter "forbundne selskaber" blev betragtet som en og samme virksomhed. En kontrakt kan ikke betragtes som intern, blot fordi der er 20 procent ejerandele mellem udbyder og entreprenør.

Om en kontrakt skal betragtes som intern må derfor afgøres i overensstemmelse med praksis efter udbudsdirektivet<sup>1</sup>.

### **Interne kontrakter**

Se fx EF-Domstolens afgørelse i C-107/98 (Teckal), hvorefter det afgørende er om der er tale om kontrakter mellem to forskellige juridiske subjekter. Dog kan en kontrakt efter denne dom betragtes som intern, hvis udbyderen har så stærk kontrol over leverandøren, at denne reelt er at betragte som en intern forvaltningsgren hos udbyderen, jf. herved også Klagenævnets kendelse af 11. oktober 1996 (Odense), hvor et helejet kommunalt aktieselskab blev betragtet som en del af den kommunale forvaltning. Iflg. Domstolens afgørelse i C-26/03 (Stadt Halle) kan en kontrakt fra en offentlig myndighed aldrig betragtes som intern, hvis der er privat medejerskab, uanset størrelsen, i entreprenørfirmaet. Med 2005-tilbudsloven bliver en kontrakt altså ikke intern, blot fordi bygherren ejer mere end 20 pct. af entreprenørfirmaet, således som det gjaldt efter 2002-tilbudsbekendtgørelsen.

---

<sup>1</sup> Direktiv nr. 2004/18/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkjøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

Bortfaldet af bestemmelsen om forbundne selskaber har endvidere den konsekvens, at to internt forbundne tilbudsgivere i teorien begge kan få deres tilbud taget i betragtning, såfremt det kan dokumenteres, at de ikke har fået en konkurrencefordel i strid med ligebehandlingsprincippet.

Men hvis en bygherre inviterer eller prækvalificerer flere tilbudsgivere fra den samme koncern, og det medfører, at han derved ikke får et tilstrækkeligt antal tilbud, der reelt konkurrerer mod hinanden, kan det være en overtrædelse af konkurrencekravet.

Og det er i strid med konkurrenceretlige principper, hvis to virksomheder indbyrdes gennemfører eller søger at gennemføre forudgående regulering af tilbud, jf. herved konkurrencelovens § 7.

## **2.2 Forpligtelsen til at sikre mod forskelsbehandling**

### **2.2.1 Generelt om ligebehandlingsprincippet**

Det påhviler udbyderen ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbuddet og indhentningen af tilbud at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem tilbudsgivere, og at udvælgelsen af tilbudsgivere sker på grundlag af objektive, saglige og ikke-diskriminerende kriterier jf. tilbudslovens § 2, stk. 3.

Denne bestemmelse bygger på EU-udbudsdirektivernes forpligtelse for ordregivere til at sikre ligebehandling af tilbudsgivere, og bestemmelsen må fortolkes i overensstemmelse med fortolkningen af princippet i EU-direktiverne. Således er den særligt udformede "habilitetsregel" i den tidligere tilbudsbekendtgørelse ikke blevet gentaget i det nye regelsæt. Denne regel om rådgiverhabilitet er beskrevet nedenfor i kapitel 2.2.2.

Bestemmelsen gælder uanset om udbyder vælger at gennemføre en offentlig eller begrænset licitation eller vælger at indhente underhåndsbud.

Ligebehandlingsprincippet dækker tilsammen alle faser i en udbudsproces. Der må ikke ske en forvriddning af konkurrencen mellem de aktuelle eller potentielle tilbudsgivere

- a. i planlægningsfasen og ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet,
- b. ved udvælgelsen af tilbudsgivere og i tilbudsfasen, eller
- c. efter kontrakten er indgået,

Der er en righoldig praksis fra Klagenævnet for udbud, som der redegøres for i det følgende.

Yderligere vejledning om ligebehandlingsprincippet kan fås på Konkurrencestyrelsens hjemmeside <http://www.ks.dk/udbud/raadgivning/kap1/kap1.3/>

### **2.2.2 Planlægningsfasen og udarbejdelsen af udbudsmaterialet** **Rådgiverhabilitet**

Ved planlægning og tilrettelæggelsen af udbuddet må udbyder være opmærksom på, om han i sit valg af rådgivere afskærer sig fra at få tilbud fra rådgivernes eget firma eller andre tilbudsgivere, som rådgiverne efterfølgende assisterer. Ligebehandlingsprincippet indebærer nemlig, at udbyder har pligt til at se bort fra tilbudsgivere, der har opnået en konkurrenceforvridende fordel ved at have assisteret bygherren i planlægnings- og projekteringsfasen eller ved (under udarbejdelsen af tilbuddet) at have inddraget rådgivere, der har ydet en sådan assistance. Der kan fx være tale om, at en tilbudsgiver eller dennes underentreprenør ved indledende opgaver for bygherren har fået oplysninger om materiale eller vurderingskriterier, som ikke er tilgængelige for de andre tilbudsgivere.

#### **Klagenævnets praksis vedrørende rådgiverhabilitet**

I kendelse af 13. juni 1996 udtalte Klagenævnet, at teknisk dialog, der ikke virker konkurrenceforvridende, er ikke forbudt. Et ingeniørfirma havde gennemført nogle miljøundersøgelser for Roskilde kommune på en forurenede grund. Kommunen udbød efterfølgende en rådgivningsydelse vedr. projektering på en nabogrund og afviste at prækvalificere ingeniørfirmaet. Klagenævnet gav denne rådgiver medhold i, at kommunen ikke kunne afvise at prækvalificere klageren med den givne begrundelse. Nævnet fandt,

- at firmaets undersøgelse ikke var blevet foretaget med henblik på det aktuelle udbud,
- at firmaet ikke havde deltaget i fastlæggelsen af den udbudte ydelse, og
- at de oplysninger, som firmaet havde fået kendskab til – eller direkte selv tilvejebragt – var indeholdt i rapporter, som selv var en del af udbudsmaterialet og dermed tilgængeligt for alle tilbudsgivere.

Også i 1. juli 1998 (Vestsjællands Amt) fandt Klagenævnet, at det havde været uberettiget at udelukke en leverandør på grund af dennes forudgående rådgivning. Leverandøren klagede til Klagenævnet, der udtalte

- at det af klager i samarbejde med en anden virksomhed tilvejebragte materiale havde været tilgængeligt for enhver, der måtte have været interesseret i at opnå prækvalifikation, og materialet indgik i udbudsbetingelserne,

- at rådgiverens materiale under sagsbehandlingen i et vist omfang var blevet bearbejdet af andre, og at der ikke fra rådgivers side forelå noget, der kunne betegnes som færdige projekter,
- at rådgiverens skøn om byggeomkostninger havde foreløbighedens karakter og kunne derfor ikke lægges til grund ved eventuel tilbudsgivning, og
- at opgaven var af begrænset karakter, og klageren ville ikke få noget nævneværdigt forspring i kraft af rådgivningsopgaven.

Konkurrencestyrelsen har i udtalelse af 3. marts 2003 (Vansløse skole) udtalt, at en kommune ikke kunne prækvalificere en virksomhed, der havde fået en tidsmæssig fordel gennem deltagelse i det indledende arbejde – virksomheden kunne tilbyde en lavere pris, fordi den ikke skulle bruge så lang tid på at sætte sig ind i opgaven – hvortil kom, at virksomheden gennem forarbejdet havde fået særlig viden om kommunens ønsker for projekterne.

En eventuel inhabilitet vil ramme *virksomheden i det hele*, selv om man meget muligt kan dokumentere, at alene én af klagerens medarbejdere er inhabil. En tilbudsgiver kan altså ikke foregribe en udelukkelse ved at påstå, at der inden for samme juridiske person er vandtætte skotter mellem den enhed, der rådgav bygherren, og den eller de enheder der udarbejdede tilbudet.

Tilbudsloven har dog ikke videreført det "automatiske" habilitetsbegreb fra Byggestyrelsens 1989-udbudscirkulære.

Cirkulæret udelukkede tilbudsgivere, blot fordi en virksomhed, som var forbunden med en potentiel tilbudsgiver, fx gennem 20 procent ejerskab, havde ydet rådgivning til bygherren, som "rådgiver, forretningsfører eller byggeadministrator" uanset om den potentielle tilbudsgiver herved havde fået en konkurrencefordel. Den nu ophævede tilbuds bekendtgørelse beholdt denne opstilling samt definition af forbundne selskaber, men gjorde kun disse roller diskvalificerende, hvis en efterfølgende deltagelse i tilbudsafgivelsen ville forvride konkurrencen.

I kapitel 7 er beskrevet andre forhold, der kan afskære en tilbudsgiver fra at få bedømt tilbudet.

## Beskrivelsen af opgaven/tekniske specifikationer

Opgaven, herunder de materialer der skal anvendes til bygge- og anlægsarbejdet, må ikke beskrives på en måde, som uden saglig grund giver bestemte virksomheder en fordel frem for andre virksomheder. Dette gælder uanset om den virksomhed, der opnår en fordel, har været med til at udforme udbudsmaterialet, således at rådgiveren er blevet "inhabil", eller om udbudsmaterialet er udformet af bygherren på egen hånd.

### **Kan kravspecifikationen indeholde en "teknisk handelshindring"?**

I sagen C-59/00 (Mousten Vestergaard) udtalte EF-Domstolen, at traktatens artikel 30 (nu art. 28 EF) er til hinder for, at en ordregivende myndighed vedrørende et byggeri, der ikke overskrider bygge- og anlægsdirektivets tærskelværdi, indsætter en bestemmelse om, at der skal anvendes et bestemt fabrikat, såfremt denne bestemmelse ikke ledsages af bemærkningen 'eller dermed ligestillet'. Afgørelsen illustrerer således, at en bygherre i udbudsmaterialet skal undgå diskrimination ikke alene i forhold til de potentielle tilbudsgivere, men også i forhold til potentielle leverandører af materialer.

I overensstemmelse hermed udtalte Klagenævnet for udbud i kendelse af 31. januar 2005, at udbyderen havde overtrådt EF-traktatens artikel 28 (om kvantitative indførselsrestriktioner) som følge af, at det i licitationsbetingelserne var angivet, at der skulle anvendes gulve »som« et bestemt fabrikat. Herved henvist til, at EF-traktatens artikel 28 EF er til hinder for, at udbyderen i licitationsbetingelserne vedrørende en offentlig bygge- og anlægsopgave angiver, at der skal anvendes et bestemt fabrikat, hvis angivelsen ikke ledsages af bemærkningen »eller dermed ligestillet« eller en tilsvarende bemærkning. Det fremgik af sagen, at det i licitationsbetingelserne var angivet, at entreprenøren skulle foranledige kontrolbesøg fra producenten af det nævnte fabrikat.

Spørgsmålet om beskrivelse af opgaven er også behandlet nedenfor i kapitel 6.1.

### **2.2.3 Ligebehandling ved udvælgelsen af tilbudsgivere og i tilbudsfasen Udvælgelse af tilbudsgivere**

Det følger endvidere af tilbudslovens § 2, stk. 3, at når udbyderen ved en offentlig licitation eller en begrænset licitation med prækvalifikation opstiller mindste-

krav vedrørende de tekniske og økonomiske egenskaber mv., som en tilbudsgiver eller ansøger skal kunne dokumentere, skal disse mindstekrav være udformet i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet.

Kriterierne for at udvælge eller at udelukke (potentielle) tilbudsgivere er nærmere behandlet nedenfor i kapitel 4.2 og kapitel 7.1.

### **Rettelsesblade mv.**

Opdager udbyderen, at der er forhold i det udsendte udbudsmateriale, som bør ændres, er udbyderen ikke afskåret fra at udsende rettelsesblade til de inviterede. Kravet om at tilbudsgiverne skal have en rimelig frist til at udregne tilbud indebærer dog, at udbyderen ved større ændringer må vurdere, om der bliver behov for at skubbe tilbudsfristen, se også pris- og tidcirkulærets § 7, stk. 1 og 2. Har beskrivelsen af opgaven været offentliggjort, fx i en annonce om prækvalifikation eller ved en offentlig licitation, må ændringen i udgangspunktet holde sig inden for denne beskrivelse.

I kendelse af 14. september 1998 (Danmarks Statistik) udtalte Klagenævnet, at det var en overtrædelse af udbudsdirektivet, at ordregiver i udbudsbekendtgørelsen havde anført, at opgaven forudsattes afsluttet 'primo 1998', og at det derefter mindre end to måneder senere i udbudsbetingelserne blev fastsat, at overtagelsesdagen skulle være senest den 1. maj 1999. Den urealistisk korte frist i udbudsbekendtgørelsen havde ifølge nævnet kunnet afholde virksomheder fra at anmode om at blive prækvalificeret.

Se også kapitel 6.1.2 om beskæring af opgaven *efter* tilbudsfristen.

### **2.2.4 Ligebehandling efter tilbudsfristens udløb**

*Efter* tilbudsfristens udløb kan ordregiveren ikke foretage væsentlige ændringer i forhold til udbudsgrundlaget, fx ved at udbyderen accepterer et *afvigende* tilbud, jf. nedenfor kapitel 8.3, eller at udbyderen *under forhandlingerne* får ændret den tilbudte ydelse, jf. nedenfor kapitel 8.4.

Et særligt problem opstår, når tilbudsgiveren har overtrådt formelle regler i forbindelse med afgivelsen af tilbuddet, fx vedrørende tidsfrister, adressen for tilbuddets modtagelse eller vedrørende tilbuddets fysiske udformning. Det er her spørgsmålet, om udbyderen som følge af ligebehandlingsprincippet må prioritere hensynet til de øvrige tilbudsgivere højest og afvise tilbuddet.

At frister skal overholdes, indebærer, at **dokumentation**, som udbyderen i udbudsbetingelserne har krævet vedlagt tilbuddet, ligeledes skal være rettidigt fremme.

- Dette gælder ikke kun dokumenter, som tildelingskriterierne skal anvendes på, men også dokumentation for tilbudsgiverens finansielle, økonomiske og tekniske formåen.
- Forsinkelse med sådanne oplysninger **berettiger** ordregiveren til at afvise budet.
- Ordregiveren kan endvidere være **forpligtet** til at afvise tilbuddet.

Klagenævnet har i kendelse af 4. juni 1999 (Acer), afgjort, at ordregiver var berettiget til at afvise en anmodning om prækvalifikation, fordi anmodningen ikke var vedlagt en erklæring om gæld til det offentlige. I kendelse af 17. februar 2004 (Analycen) fik en ordregiver imidlertid medhold i, at indklagede ved ikke at afvise klagerens tilbud ville have handlet i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip i forhold til den tilbudsgiver, som havde indsendt den krævede dokumentation (serviceattest eller lignende) rettidigt. Efter denne kendelse synes manglende dokumentation altså at gøre ordregiveren forpligtet til at se bort fra tilbuddet.

Klagenævnet har ligeledes afgjort, at en ordregiver var berettiget og forpligtet til at afvise en tilbudsgiver, der ikke havde holdt dokumentationen inden for det i udbudsbetingelserne anførte maksimale sideantal, jf. kendelse af 6. august 2001.

I § 11, stk. 3, er det præciseret, at ligebehandlingsprincippet også gælder, når der forhandles med flere tilbudsgivere ifm. kvalitetskonkurrencer. Bestemmelsen retter sig især til, hvorledes udbyderen behandler de tilbudsgivere, der *er udvalgt* til forhandlinger. Dette aspekt er nærmere beskrevet nedenfor kapitel 8.4.

## 2.3 Gennemsigtighed

Ved gennemførelse af offentlig og begrænset licitation skal tilbuddene åbnes på et forud fastsat tidspunkt, og tilbudsgiverne har ret til at være til stede ved åbningen og til at få oplyst budsummer og eventuelle forbehold, jf. tilbudslovens § 7.

Bestemmelsen svarer i princippet til den tidligere gældende regel i § 3, stk. 1 i licitationsloven, og formålet med bestemmelsen er at styrke gennemsigtigheden ved udbud og tildeling af offentlige kontrakter.













































































































































