

Konkurrencestyrelsens
vejledning
til tilbudsloven 2005
(lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren)

18. august 2005

Indholdsfortegnelse

Indholdsfortegnelse	2
Kapitel 1 Indledning	4
1.1 Om vejledningen.....	4
1.2 Hvad går tilbudslovens regler kort ud på (for nye brugere)	4
1.3 Oversigt over de nye regler i 2005-tilbudsloven.....	6
Kapitel 2 De vigtigste principper bag reglerne	7
2.1 Konkurrence og økonomisk forsvarlighed.....	7
2.2 Forpligtelsen til at sikre mod forskelsbehandling	8
2.2.1 Generelt om ligebehandlingsprincippet	8
2.2.2 Planlægningsfasen og udarbejdelsen af udbudsmaterialet.....	9
2.2.3 Ligebehandling ved udvælgelsen af tilbudsgivere og i tilbudsfasen	11
2.2.4 Ligebehandling efter tilbudsfristens udløb	12
2.3 Gennemsigtighed	12
2.4 Ressourcer for de to parter ved tilbudsindhentning	13
Kapitel 3 Hvornår finder tilbudsreglerne anvendelse	14
3.1 Bygge- og anlægsarbejde, tilbudslovens § 1, stk. 1 og stk. 5	14
3.1.1 Hvad forstås ved bygge- og anlægsarbejde, tilbudslovens § 1, stk. 5	15
3.1.2 Bygge- og anlægskontrakter, der ikke er omfattet af tilbudsloven	16
3.2 Hvem er omfattet af tilbudsreglerne, tilbudslovens § 1, stk. 2	19
3.2.1 - Stk. 2, nr. 1: Udbydere, som er ordregivere efter udbudsdirektivet	19
3.2.2 - Stk. 2, nr. 2: Private udbydere, der får støtte til deres byggeri	20
3.2.3 - Stk. 2, nr. 3: Entreprenører, der udbyder visse underentrepriser	20
4 Udbudsformerne, tilbudslovens §§ 4, 6 og 12	21
4.1 Offentlig licitation, tilbudslovens § 6, stk. 1.....	22
4.2 Prækvalifikation, tilbudslovens § 6, stk. 2	23
4.2.1 Dokumentation for økonomisk formåen	25
4.2.2 Dokumentation for teknisk/faglig formåen samt nøgletal.....	25
4.2.3 Antal bud ved begrænset licitation	27
4.3 Begrænset licitation uden prækvalifikation, tilbudslovens § 6, stk. 3.....	27
4.4 Underhåndsbud, tilbudslovens § 12	28
4.4.1. Opgaver til en samlet værdi under 3 mio. kr., § 12, stk. 3, første del.....	28
4.4.2 Brug af underhåndsbud på opgaver med samlet værdi over 3 mio. kr., § 12, stk. 3, nr. 1-5.....	29
4.4.3 Antal underhåndsbud, tilbudslovens § 12, stk. 2	32
4.4.4 Ligebehandlingsprincippet ved underhåndsbud	33
5 Særligt om rammeaftaler, tilbudslovens § 13	34
6 Udbudsmaterialet.....	35
6.1 Beskrivelse af den ønskede anskaffelse	35
6.1.1 Generelt om kravspecifikationen	35
6.1.2 Kan opgaven reduceres i forhold til beskrivelsen i kravspecifikationen	37
6.2 Kontraktvilkår.....	38
7 Hvem kan afgive tilbud, tilbudslovens §§ 2 og 6	39
7.1 Opfyldelse af mindstekravene vedrørende tilbudsgiverens virksomhed, § 6, stk. 1 og 2	39

7.2 Prækvalifikation, § 6, stk. 2.....	39
7.3 Habilitet, § 2	40
7.4 Regulerer tilbudsloven kontrolbud?.....	40
8 Tildeling af kontrakt, tilbudslovens § 8.....	41
8.1 De to overordnede tildelingskriterier	41
8.2 Underkriterier ved en kvalitetskonkurrence, § 8, stk. 2.....	42
8.2.1 Hvilke underkriterier kan anvendes	43
8.2.2 Vægtning af underkriterier.....	45
8.3 Alternative tilbud og forbehold, tilbudslovens §§ 2 og 9.....	47
8.3.1 Alternative bud, tilbudslovens § 9.....	47
8.3.2 Forbehold.....	50
8.4 Forhandlingsmodellen, lovens § 11	52
Kapitel 9 Underretning og begrundelse (§§ 14 og 15)	54
9.1 Underretningspligten.....	54
9.2 Prækvalifikation, annullation og forkastelse af tilbud	54
9.3 Ordretildelingen og for valg af forhandlingspartnere	54
Kapitel10 Særligt om partnering, tilbudslovens § 4, stk. 1	56
Kapitel 11 Brug af elektronisk udbud og tilbud	57
Kapitel 12 Klageadgang.....	58

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 tilbuds bekendtgørelsen 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 gennemsigtheden 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 entrepriser 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 konditionsmæssige 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 bygherrens 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 opgave, 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 tilbuds bekendtgørelses § 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 udbudsdirektivet¹.

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. I modsætning til den nu ophævede bestemmelse i 2002-bekendtgørelsens § 6 skal der således efter EU-reglerne ikke meget til, før en opgave bliver anset for at være ekstern.

Bortfaldet af den særlige bestemmelse om forbundne selskaber har endvidere den konsekvens, at to internt forbundne tilbudsgivere begge kan afgive tilbud.

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 fortolknin-

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

gen 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 forvridding 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 nabo- grund 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 [kendelse af 1. juli 1998](#) (Vestsjællands Amt) fandt Klagenævnet, at det havde været uberettiget at udelukke en leverandør på grund af dennes forudgående rådgivning.

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

- Rådgiverens materiale under sagsbehandlingen var i et vist omfang blevet bearbejdet af andre, og der forelå ikke fra rådgivers side noget, der kunne betegnes som færdige projekter.
- Rådgiverens skøn om byggeomkostninger havde foreløbigheds karakter og kunne derfor ikke lægges til grund ved eventuel tilbudsgivning.
- 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 tilbuddet.

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 tilbudsbekendtgørelse 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 tilbuddet.

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 mindstekrav 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 'primø 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.

Retten til at være til stede m.v. gælder kun hvor der afholdes licitation og således ikke, hvor ordren tildeles efter indhentning af underhåndsbud. Derimod gælder bestemmelsen, uanset om or-

dren skal tildeles efter kriteriet laveste bud (priskonkurrencer) eller efter kriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud (kvalitetskonkurrencer). Da der kun er krav om oplæsning af budsummer og eventuelle forbehold, men ikke af tilbuddenes forslag til løsning af opgaven m.v., er det ikke muligt på dette tidspunkt at afgøre, hvem der skal have tildelt ordren, hvis tildelingskriteriet er økonomisk mest fordelagtige bud.

Bestemmelsen gælder også for udbud, der er omfattet af udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet² selvom sådanne udbud ellers er undtaget fra tilbudsreglernes anvendelsesområde, jf. tilbudslovens § 1, stk. 3.

Med den nye tilbudslov fra 2005 er gennemsigtigheden endvidere øget på 3 områder, som skal gøre det lettere at vurdere, om det var relevant at anvende ressourcer på at afgive tilbud:

- Ved licitationer om kvalitetskonkurrencer ("det økonomisk mest fordelagtige bud") skal udbyderen normalt i udbudsmaterialet angive, hvorledes de anvendte underkriterier indbyrdes skal vægtes, jf. nedenfor kapitel 8.2.2. Efter de tidligere regler var det tilstrækkeligt, at udbyderen angav underkriterierne i prioriteret rækkefølge. En prioritering giver imidlertid ikke potentielle tilbudsgivere de fornødne oplysninger om, hvorvidt et vigtigt kriterium vejer fx 30 procent eller 75 procent. Denne oplysning er nu gjort obligatorisk. Det er dog muligt for en udbyder at angive vægtingen i nogle spænd med mindre udsving.
- Også i forbindelse med begrænset licitation uden prækvalifikation, jf. kapitel 4.3, skal udbyder oplyse om, hvor mange andre tilbudsgivere der vil blive inviteret. Efter de tidligere regler var denne oplysning alene obligatorisk i forbindelse med en prækvalifikation.
- I forbindelse med indhentning af underhåndsbud, jf. kapitel 4.4, skal udbyder oplyse, om han forbeholder sig at indhente et fjerde underhåndsbud.

2005-tilbudsloven styrker endvidere den "efterfølgende" gennemsigtighed, idet en udbyder, der indleder forhandlinger om en licitation om kvalitetskonkurrencer, uopfordret skal begrunde sine valg og fravalg til de berørte tilbudsgivere. Efter de tidligere regler skulle tilbudsgiverne først anmode om en begrundelse. Dette er fortsat tilfældet ved licitationer, hvor der ikke forhandles efter lovens § 11, og ved underhåndsbud.

Hvis det allerede ved udarbejdelsen af udbudsmaterialet er sandsynligt, at udbyderen vil afgive kontrolbud, bør udbudsmaterialet indeholde oplysning herom. En egentlig pligt til at oplyse om et eventuelt kontrolbud gælder for statslige myndigheder, jf. Finansministeriets Udbudscirkulære.

2.4 Ressourcer for de to parter ved tilbudsindhentning

Det var et vigtigt formål med den netop gennemførte ændring af tilbudsloven at spare ressourcer på begge sider.

² Direktiv nr. 2004/17/EF om fremgangsmåder ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.

Forslaget giver ikke flere administrative byrder. Tvært imod vil forslaget lette situationen for små og mellemstore tilbudsgivere. Sådanne virksomheder er særligt sårbare, når det drejer sig om at afsætte ressourcer til at udregne tilbud og være bundet heraf i en vedståelsesperiode.

- Fremover skal udbyderen altid fortælle en tilbudsgiver, *hvor mange andre* konkurrenter der vil blive inviteret ved en begrænset licitation. Og hvis udbyder vil indhente et 4. underhåndsbud, skal det også oplyses til tilbudsgiverne.
- Med kravet om, at underkriterierne fremover indbyrdes skal *forhåndsvægtes*, får en håndværksmester også lettere ved at vurdere opgavens relevans. De nye regler vedrørende underkriterierne er nærmere beskrevet nedenfor i kapitel 8. Dette øger gennemsigtighed til gavn for ikke mindst de små og mellemstore virksomheder. Gennemsigtigheden betyder, at en potentiel tilbudsgiver lettere kan vurdere, om det er relevant at afsætte ressourcer til at deltage i et givet udbud.
- Netop af hensyn til tilbudsgivernes ressourcer indeholder forslaget også en regel om, at de tilbudsgivere, der ikke inddrages i forhandlingerne om indkomne licitationsbud, *automatisk frigøres* fra en evt. vedståelsesfrist, jf. nedenfor i kapitel 8.4 om forhandlingsmodellen.
- Også udbydere vil spare ressourcer. Grænsen for, hvornår der skal afholdes licitation, hæves fra 2 mio. kr. til 3 mio. kr. For de mindre opgaver indføres en bagatelgrænse på 300.000 kr. for, hvornår der altid skal indhentes mere end ét bud. Om der også under denne grænse skal indhentes mere end 1 underhåndsbud afhænger af konkurrencesituationen, herunder omkostningerne ved at skabe konkurrence i forhold til forventelige besparelser.
- Og når der forhandles i forbindelse med en licitation, skal bygherren ikke længere forhandle med alle tilbudsgivere. Fremover kan der kun forhandles med de 3 bedste tilbudsgivere. At der nu sættes loft på antal forhandlingspartnere svækker ikke konkurrencen. Tværtimod vil loftet føre til, at konkurrencen i selve licitationsfasen skærpes, fordi tilbudsgiverne ved, at de ikke får en chance for at revidere tilbuddene, hvis de ikke er blandt de (op til) 3 tilbudsgivere, som udbyder har forbeholdt sig at forhandle med.

Hertil kommer, at de foreslåede regelforenklinger i sig selv kan give både tilbudsgiversiden og bygherresiden administrative lettelser.

Kapitel 3 Hvornår finder tilbudsreglerne anvendelse

3.1 Bygge- og anlægsarbejde, tilbudslovens § 1, stk. 1 og stk. 5

Kort udtrykt gælder tilbudsreglerne for indhentning af tilbud på offentlige og offentligt støttede bygge- og anlægsarbejder, som ikke er omfattet af Udbudsdirektivet eller Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Tilbudsloven gælder for *udførelse* eller *projektering og udførelse* af et sådant bygge- og anlægsarbejde. Allerede heri ligger en forskel ift. licitationslovens anvendelsesområde, som på den ene side medtog "leverancer", men på den anden side kun i et begrænset omfang omfattede totalentrepriser.

Alle entrepriseformer er omfattet af tilbudsloven: fagentreprise/storentreprise, hovedentreprise

totalentreprise (hvor kontrakten med entreprenøren også omfatter rådgiverydelsen om projektering) og partneringaftaler.

For så vidt angår partneringaftaler henvises til kapitel 10 nedenfor.

Bygherrens tildeling af kontrakter om rene rådgiverydelser er ikke omfattet af tilbudsloven, jf. boksen.

Bygherrens tildeling af kontrakter med rådgivere, fx om projektering af arbejdet, er ikke omfattet af tilbudsloven. Men sådanne kan påvirke muligheden for at tage et efterfølgende tilbud på selve bygge- og anlægsopgaven i betragtning, jf. ovenfor kapitel 2.2.2.

Hvis bygherren er en ordregivende myndighed omfattet af udbudsdirektiverne, kan sådanne kontrakter afhængig af størrelsen være omfattet af EU-reglerne for tjenesteydelseskontrakter. Direktiverne gælder for statslige og regionale myndigheder og kommuner samt for offentligretlige organer som fx almenboligsektoren.

Tilbudsloven omfatter heller ikke projektkonkurrencer, men de kan være omfattet af udbudsdirektivernes regler for projektkonkurrencer, afhængig af størrelsen af præmier eller vederlag, hvis konkurrencen afholdes af en statslig eller kommunal myndighed eller et offentligretligt organ.

Ved bedømmelsen af, om en rådgiverkontrakt er omfattet af udbudsdirektiverne, er det uden betydning, om den samlede værdi af de entrepriser, der rådgives om, er omfattet af udbudsdirektiverne, eller om den er under direktivernes tærskelværdi for bygge- og anlægsarbejder, og derfor er omfattet af tilbudsloven.

3.1.1 Hvad forstås ved bygge- og anlægsarbejde, tilbudslovens § 1, stk. 5

Det følger af tilbudslovens § 1, stk. 5, at bygge- og anlægsarbejder forstås på samme måde som i EU's udbudsdirektiver. Den samlede definition af bygge- og anlægsarbejder er i direktivet "resultatet af en række bygge- og anlægsaktiviteter bestemt til i sig selv at udfylde en økonomisk eller teknisk funktion."

Kapitel 45 i EU's CPV-nomenklatur oplister bygge- og anlægsaktiviteterne. Et uddrag af disse aktiviteter findes endvidere i udbudsdirektivets bilag I.

Rene leverancer anses således ikke for at være bygge- og anlægsarbejder.

Bygningsvedligeholdelse, fx maling og tapetsering og arbejde vedrørende tekniske installationer, er også en bygge- og anlægsaktivitet. Rengøring er derimod en tjenesteydelse og derfor ikke omfattet af tilbudsloven.

Sondringen mellem de forskellige typer af opgaver er væsentlig, idet der er forskellige udbudsregler og udbudsprocedurer for henholdsvis bygge- og anlægsopgaver, tjenesteydelser underlagt *udbudsdirektivets* bilag II A og tjenesteydelser underlagt Udbudsdirektivets bilag II B. Det er kun bilag II A-ydelser, der skal følge de detaljerede procedureregler.

I boksen er redegjort for *blandede kontrakter*, hvor virksomheden både skal levere bygge- og anlægsarbejder og rene tjenesteydelser.

Hvis en kontrakt både omfatter bilag II A-tjenester og arbejder omfattet af tilbudsloven, kan hele kontrakten udbydes efter *udbudsdirektivets* regler for bilag II A-ydelser. Det er altså ikke nødvendigt at holde et selvstændigt udbud for arbejdet efter tilbudsloven. Det kunne fx dreje sig om renholdelse af parker, der er en bilag II A-tjeneste, kombineret med anlægsarbejde i parken.

Hvis en kontrakt både omfatter bilag II B-tjenester og arbejder omfattet af tilbudsloven, kan hele kontrakten udbydes efter tilbudslovens regler for begrænset licitation *med* prækvalifikation. Med annoncen om prækvalifikation vil man nemlig opfylde en forpligtelse om *offentlighed* også om bilag II B-ydelser.¹ Det kunne fx dreje sig om kontrakter om anlægsarbejder i forbindelse med parker, kombineret med tjenesteydelser indenfor skovbrug, havebrug, der er omfattet af udbudsdirektivets bilag II B, kategori 26 eller 27.

En af ovennævnte to fremgangsmåder kan også bruges, når en kontrakt – udover arbejder omfattet af tilbudsloven – omfatter *både* bilag II A- og B-tjenester. Hvis værdien af A-tjenesten er større end B-tjenestens værdi, skal hele kontrakten i udbud efter udbudsdirektivet. Er B-tjenesten den største, kan hele kontrakten følge tilbudslovens regler for prækvalifikation.

Se også nedenfor i kapitel 3.1.2 om arbejder, der er accessoriske til tjenesteydelser.

Det i boksen anførte gælder ikke ift. totalentreprise. Her skal kontrakten i sin helhed udbydes efter tilbudsloven (eller efter udbudsdirektiverne, hvis tærskelværdien er overskredet).

Når entreprenøren også leverer materialer i forbindelse med et bygge- og anlægsarbejde, betragtes kontrakten i sin helhed som en bygge- og anlægskontrakt. Derimod kan bygherreleverancer være omfattet af udbudsdirektiverne, jf. nedenfor i kapitel 3.1.2.

3.1.2 Bygge- og anlægskontrakter, der ikke er omfattet af tilbudsloven **Udbud, der er omfattet af udbudsdirektiverne, tilbudslovens § 1, stk. 3**

Udbud, der er omfattet af udbudsdirektivet eller af forsyningsvirksomhedsdirektivet, er ikke omfattet af tilbudsloven. Tilbudslovens § 3, stk. 2 om vedståelsesfrist og § 7 om åbning af bud finder dog også anvendelse på sådanne udbud.

En forsyningsvirksomheds bygge- og anlægskontrakter under forsyningsdirektivets tærskler skal følge tilbudsloven, *hvis* forsyningsvirksomheden opfylder betingelserne i tilbudslovens § 1, stk. 2. Der kan fx være tale om, at forsyningsvirksomheden er en del af en kommunal forvaltning, eller at virksomheden er et "offentligretligt organ" som defineret i udbudsdirektivet.

Efter udbudsdirektivets art. 9, stk. 5 a, og forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 17, stk. 6 a, har udbyderen ret til at bestille udførelse af **delarbejder** på et større byg-

ge- og anlægsarbejde, som udbydes efter direktivet, uden at selve delarbejdet skal udbydes. Det er et krav, at værdien af det pågældende delarbejde ikke overstiger godt 7.4 mio.kr. (1 mio. Euro) og at den samlede værdi af flere delarbejder ikke overstiger 20 procent af den samlede byggesum. Tilbudsreglerne omfatter heller ikke sådanne delarbejder. Værdien af delydelserne tæller med ved beregningen af, om den samlede kontraktværdi overstiger direktivernes tærskelværdi.

"Skræddersyede byggerier"

Her tænkes på den situation, hvor en offentlig institution indgår en langvarig leje- eller leasingaftale med en developer/bygningsejer, og hvor udlejer (developer/bygningsejer) i forbindelse med denne aftale foretager og finansierer ombygning eller nyopførelse af den bygning, der er genstand for lejemålet (offentlig-privat partnerskab, OPP). Tilbudsreglernes definition af omfattede aftaler indeholder til forskel fra Udbudsdirektivet ikke det element, at udbyderen "ved et hvilket som helst middel" lader et bygge- og anlægsarbejde udføre. Dette indebærer, at tilbudsreglerne kun omfatter entrepriseraftaler og ikke aftaler om "skræddersyede byggerier", som har form af en leje- eller leasingaftale.

Der er dog en glidende overgang mellem bygherre-entreprenør kontrakter, der er i kerneområdet for tilbudsloven, og egentlige OPP-kontrakter, der utvivlsomt ikke er omfattet af tilbudsloven.

Dette illustreres af Klagenævnets kendelse af 30. august 2004, om en aftale mellem et alment boligselskab, der er omfattet af Tilbudsloven, og et privat byggefirma, der ikke er omfattet af loven, om at byggefirmaet skulle levere en grund med opførte boliger (turn-key) til boligselskabet. Klagenævnet henviste til, at byggefirmaets køb af ejendommen, opførelse af boligerne og salg af ejendommen til boligselskabet havde til hensigt at skaffe boligselskabet den pågældende ejendom, uden at boligselskabet selv behøvede at stå som bygherre. Den således valgte fremgangsmåde med hensyn til boligselskabets anskaffelse af den nye boligejendom indebar, at tilbudsloven fandt anvendelse på opførelsen af boligerne på samme

måde, som hvis boligselskabet selv havde stået som bygherre. Klagenævnet konstaterede endvidere, at byggefirmaet havde overtrådt tilbudsloven ved at gennemføre licitationen uden at tilsigte tilbudsloven anvendt.

Hertil kommer, at kontrakter om skræddersyet byggeri under udbudsdirektivets tærskelværdi skal følge EF-Traktatens principper om ikke diskrimination, hvoraf formentlig kan udledes en vis forpligtelse til at konkurrenceudsætte ydelser af hensyn til potentielle tilbudsgivere.

Det følger endvidere af almenboliglovens § 116 og den hertil knyttede støttebekendtgørelse (bekendtgørelse nr. 500 af 20. juni 2002), at den der får tildelt bygherreopgaven efter en "bygherrekonkurrence", skal udbyde entrepriserne efter tilbudsloven eller udbudsdirektivet, uanset om bygherren selv er omfattet af tilbudsloven.

Koncessionskontrakter

Bygge- og anlægskoncessioner er ikke omfattet af tilbudsloven, selv om de er under udbudsdirektivets tærskelværdi, men denne type koncessionskontrakter skal – ligesom ovennævnte skræddersyede byggeri – følge EF-Traktatens principper.

Indhentning af overslag.

Overslag er som udgangspunkt ikke omfattet, fordi loven alene gælder for indhentning af tilbud. Overslag med et aftalt maksimum sidestilles dog med tilbud. Hertil kommer, at det ikke er muligt at **omgå konkurrencekravet** i tilbudsloven ved at have en generel praksis om blot at indhente overslag og herudfra give arbejdet i regningsarbejde.

Bygherreleverancer

Indkøb af materialer er ikke en entrepris i tilbudslovens forstand, da sådanne kontrakter ikke er om "udførelse eller projektering og udførelse af et bygge- og anlægsarbejde".

Loven gælder således ikke, hvor det er udbyderen der foretager indkøb af byggematerialer. Hvis udbyderen er ordregivende myndighed, jf. ovenfor kapitel 3.2.1., kan dette vareindkøb være omfattet af udbudsdirektivet (eller hvis vareindkøbet foretages som led i udøvelsen af de aktiviteter der falder ind under forsyningsvirksomhedsdirektivet, da af dette direktiv).

Derimod er materialer, der ifølge udbudsmaterialet skal leveres af entreprenøren sammen med håndværkerydelsen, omfattet af reglerne, uanset forholdet mellem værdierne af hhv. leverancerne og arbejdet, og indgår fx i beregningen af, om værdien af arbejdet overstiger tærsklen for underhåndsbud på 3 mio. kr.

Arbejde i eget regi

Loven omfatter alene indgåelse af kontrakter. Konkurrencekravet i lovens § 2, stk. 2, gælder således alene i forhold til eksterne kontrakter. Der er således ikke efter tilbudsloven nogen forpligtelse til at indhente eksterne tilbud på ydelser, som bygherren lovligt kan udføre i eget regi.

Hvor det følger af anden regulering, at en bygherre er begrænset i sine muligheder for at udføre det konkrete arbejde i eget regi, skal tilbud på de entrepriser, som skal udføres eksternt, indhentes efter tilbudsloven, såfremt udbyderen er omfattet af tilbudslovens § 1, stk. 2. Det kan fx være almenboligsektorens kontrakter om støttet nybyggeri, eller en privat bygherre ved støttet byggeri, hvor det i vedkommende støttelovgivning eller i støttetilsagnet er fastsat, at arbejdet ikke må udføres i eget regi.

Om en kontrakt kan betragtes som intern, må afgøres i overensstemmelse med EF-Domstolens praksis for udbudsdirektiverne, allerede fordi den nye tilbudslov ikke har videreført det meget brede in house begreb i tilbudslovens bekendtgørelses § 6. I udgangspunktet er en kontrakt med en anden juridisk person ekstern, og derfor omfattet af tilbudsloven. Hvis det udførende selskab er 100 procent ejet af den ordregivende myndighed, kan det udførende selskab dog betragtes som en intern del af ordregiveren.

Regningsarbejde

Tilbudsreglerne regulerer heller ikke regningsarbejde. I forbindelse med statsligt og støttet byggeri, kan regningsarbejde kun anvendes, når særlige grunde foreligger, jf. § 2 i pris- og tidcirkulærets (cirkulære nr. 174/1991 om pris og tid ved bygge- og anlægsarbejder). Hvis udbydere, der ikke er omfattet af cirkulærets forbud, i betydeligt omfang tildeler opgaver i regning uden et forudgående udbud, kan det dog efter omstændighederne betragtes som en omgåelse af tilbudslovens overordnede krav om at skabe mest mulig konkurrence

Arbejder, der er accessorisk til tjenesteydelser

Efter udbudsdirektivets artikel 1, stk. 2, litra d) skal bygge- og anlægskontrakter, der er accessoriske til en tjenesteydelseskontrakt, behandles efter reglerne for tjenesteydelser. Det gælder også for bygge- og anlægsarbejder med en værdi under tærskelværdien på ca. 6 mio. euro. Dette kan føre til, at et bygge- og anlægsarbejde, der isoleret set ville være omfattet af tilbudsloven, i stedet skal følge de fællesskabsretlige regler for tjenesteydelser.

At et arbejde er accessorisk i forhold til tjenesteydelsen betyder, at arbejdet ikke er formålet med tjenesten, men understøtter udførelsen af kontraktens hovedformål – selve tjenesteydelsen.

EF-Domstolen har fx (i C-331/92) fastslået, at når en ordregivende myndighed overlader til en privat operatør at drive et *casino* og i forbindelse hermed kræver at operatøren foretager en nødvendig ombygning af lokalerne, så er dette arbejde alene accessorisk og derfor ikke omfattet af reglerne for bygge- og anlægsarbejder.

3.2 Hvem er omfattet af tilbudsreglerne, tilbudslovens § 1, stk. 2

I modsætning til licitationsloven, som også gjaldt for private virksomheder og borgeres licitationer på bygge- og anlægsarbejder, retter tilbudsloven sig alene til bestemte grupper af udbydere af offentlige og offentligt støttede bygge- og anlægsopgaver. *Tilbudsloven* gælder således for følgende udbydere:

3.2.1 - Stk. 2, nr. 1: Udbydere, som er ordregivere efter udbudsdirektivet

Der er tale om følgende kategorier:

- Staten,
- de lokale og regionale myndigheder (amter, regioner, kommuner og kirkelige myndigheder) og
- sammenslutninger af lokale og regionale myndigheder (herunder kommunale fællesskaber/§ 60-selskaber), samt
- offentligretlige organer.

Offentligretlige organer

En udbyder er et offentligretligt organ, når pkt. 1 og 2 i det følgende samt mindst én af de tre betingelser i pkt. 3 er opfyldt:

1. Udbyderen har til opgave at imødekomme offentlighedens behov, dog ikke på det det erhvervs- og forretningsmæssige område,
2. udbyderen er en juridisk person, *og*

3. udbyderen er under offentlig kontrol på én af følgende måder
 - udbyderens drift *finansieres* for mere end halvdelen vedkommende med tilskud fra det offentlige, eller
 - *driften* er underlagt det offentlige kontrol, *eller*
 - mere end halvdelen af bestyrelsen eller lign. udpeges af det offentlige.

Som eksempler på offentligretlige organer kan nævnes almene boligorganisationer, DSB, PostDanmark, Ørestadsselskabet, Sund og Bælt Holding A/S, Danmarks Radio, Det landsdækkende TV2, Hovedstadsområdet Sygehusfællesskab, Arbejdsmarkedets Tillægspension, Arbejdsmarkedets Feriefond og Lønmodtagernes Dyrstidsfond. På byfornyelsesområdet er Byfornyelsesselskabet København på baggrund af sine ejerforhold et offentligretligt organ, mens dette ikke gælder de øvrige byfornyelsesselskaber.

Når en offentlig myndighed eller et offentligretligt organ udfører *forsyningstjenester* inden for vand- og energi, transport og posttjenester, vil myndighedens hermed forbundne bygge- og anlægskontrakter være omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvis kontrakten overstiger tærskelværdien (ca. 44 mio. kr. i 2005). Hvis kontrakten er *under* tærskelværdien, skal den offentlige myndighed følge tilbudsloven. Dette er nu blevet præciseret ved udformningen af lovens § 1.

3.2.2 - Stk. 2, nr. 2: Private udbydere, der får støtte til deres byggeri

Der er her tale om udbydere, der ikke er ordregivere i udbudsdirektivets forstand, men som modtager offentligt tilskud til den konkrete bygge- og anlægsopgave. Sådanne bygherrer skal følge tilbudsloven i forbindelse med entrepriser om det støttede byggeri, selv om det offentlige tilskud kun dækker en mindre del af bygge- og anlægsomkostningerne eller støtten kun udgør et mindre beløb. Som eksempler herpå kan nævnes private andelsboligforeninger og byfornyelsesselskaber, foreninger, virksomheder og private borgere, der modtager støtte til det konkrete bygge- og anlægsarbejde.

3.2.3 - Stk. 2, nr. 3: Entreprenører, der udbyder visse underentrepriser

Tilbudsloven skal også følges af private tilbudsgivere, fx hovedentreprenører eller totalentreprenører, der indhenter tilbud på underentrepriser. Loven gælder *dog kun* for disse entreprenører, hvis følgende tre betingelser alle er opfyldt:

- Entrepriserne skal vedrøre et *offentligt eller offentligt støttet bygge- og anlægsarbejde*, der er omfattet af loven. Hvis entrepriserne vedrører et privat, ustøttet byggeri, er tilbudsindhentningen på underentrepriserne ikke omfattet af tilbudsloven. Eller hvis entrepriserne vedrører et byggeri, der er omfattet af udbudsdirektivet eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, skal tilbud på underentrepriserne heller ikke følge tilbudsloven.
- Entrepriserne skal vedrøre et bygge- og anlægsarbejde her i landet. Loven gælder ikke for entrepriser ved et byggeri, der udføres for en udbyder, der ikke er omfattet af loven, fx en ordregivende myndighed mv. fra et andet land.
- Bestemmelsen gælder kun for den entreprenør, som er direkte ansvarlig over for en udbyder som nævnt under 3.2.1 eller nr. 3.2.2, ikke for sådanne entreprenørers underentreprenører, selv om disse måtte indhente tilbud fra andre entreprenører eller håndværkere.

Andre entreprenører og private bygherrer

Bortset fra, når der er tale om et støttet byggeri, jf. ovf. under 3.2.2, gælder loven ikke for private bygherrer.

Bortset fra de netop nævnte situationer gælder loven heller ikke for private entreprenører, der indhenter tilbud hos underentreprenører.

Men private udbydere kan i udbudsmaterialet forpligte sig til at følge lovens procedurer helt eller delvist.

Også standardaftalerne AB 92 og ABT93 (hhv. "Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed" og "Almindelige Betingelser for Totalentreprise") bruges i både den private og offentlige sektor.³

Den kan være flere fordele for private bygherrer ved at melde ud over for tilbudsgiverne, at entreprisen helt eller delvist tildeles efter tilbudslovens regler.

- Den private bygherre overtager et sæt spilleregler, der nøje afbalancerer hensynene mellem udbydersiden og tilbudsgiversiden.
- Spillereglerne er endvidere godt kendt i branchen. Fx bruges licitationsformen også ofte af den private sektor.
- Regelsættets gennemsigtighed omkring ordretildelingen kan endvidere i sig selv være med til at tiltrække attraktive bud.
- Det kan nedsætte transaktionsomkostningerne ved tilbudsindhentning at bruge et allerede eksisterende sæt spilleregler.

Selv om private støtter sig til tilbudslovens regelsæt, når de indhenter tilbud på bygge- og anlægsopgaver, er det dog ikke i sig selv ensbetydende med, at de påtager sig de forpligtelser, som tilbudsloven lægger på bygherrer omfattet af loven. Private bygherrers tilvalg af lovens regelsæt bliver nemlig kun bindende, når de klart og utvetydigt i udbudsbetingelserne tilkendegiver at ville følge tilbudsloven eller nærmere angivne bestemmelser i loven.

Klagenævnet for Udbud har således udtalt, at en udtalelse i et udbudsbrev om at tilbudsloven var "retningsgivende" ikke udgjorde en sådan klar og utvetydig tilkendegivelse.

Når en privat bygherre klart har underkastet sig regler fra tilbudsloven, vil en tilbudsgiver kunne indbringe en eventuel overtrædelse af sådanne regler for Klagenævnet for Udbud. Denne adgang til en billig, hurtig og effektiv klagebehandling kan gøre det attraktivt for en tilbudsgiver at byde ind på opgaven.

4 Udbudsformerne, tilbudslovens §§ 4, 6 og 12

Der findes 3 forskellige fremgangsmåder til indgåelse af kontrakter efter tilbudsreglerne:

- offentlig licitation
- begrænset licitation (med og uden licitation)
- underhåndsbud

Udbyderen kan altid frit vælge mellem offentlig og begrænset licitation. Valg af underhåndsbud er underlagt visse begrænsninger for offentlige og offentligt støttede udbydere.

³ Som nævnt i kapitel 6.2 om kontraktvilkår tid skal statslige og støttede bygherrer som udgangspunkt altid bruge disse standardkontrakter.

Ved offentlig licitation og ved begrænset licitation *med* prækvalifikation indledes udbuddet med en annonce.

Som anført i lovens § 2, stk. 3, skal udvælgelsen af tilbudsgivere altid ske på grundlag af objektive, saglige og ikke diskriminerende kriterier, uanset om der er tale om et udbud med annonce eller om tilbudsgiverne inviteres direkte.

Udbyder må ved sit valg af udbudsform foretage en bedømmelse af, hvilken af udbudsformerne, der bedst giver konkurrence i forhold til den konkrete opgave. Etableringen af konkurrence og hermed åbningen af markedsadgangen for alle typer leverandører, herunder små eller nye virksomheder, er ikke blot et af tilbudsreglernes primære formål, det er også i udbyders interesse.

Udbyderens valg af udbudsform bør foretages på grundlag af en konkret vurdering af den pågældende opgaves karakter, hensynet til at skaffe tilstrækkelig konkurrence og hensynet overfor såvel udbyderen selv som overfor tilbudsgiverne til at begrænse ressourceforbruget.

Uanset valg af udbudsform er udbyder efter tilbudslovens § 3, stk. 1, forpligtet til at sikre, at *fristen* for afgivelse af tilbud fastsættes således, at tilbudsgiverne har rimelig tid til at afgive tilbud. I cirkulære nr. 174 af 10. oktober 1991 (pris- og tidcirkulæret) er det i § 7, stk. 1, anført, at der mindst afsættes 15 dage fra udbudsdagen til tilbudsfristen. Ved en indbudt licitation kan denne frist forkortes, såfremt de bydende er indforstået hermed. Ved totalentreprise må fristen fastsættes afhængig af den projekteringsindsats, som forudsættes af de bydende.

Valg mellem offentlig og begrænset licitation

Ved valget mellem offentlig og begrænset licitation bør udbyder tage udgangspunkt i, om han ønsker at modtage tilbud fra en bred og ikke på forhånd defineret kreds af tilbudsgivere, eller om han alene ønsker tilbud fra virksomheder, som udbyderen selv udvælger.

Ved *offentlig licitation* vælger udbyder i sagens natur ikke, hvor mange tilbud han ønsker at modtage, eller hvem han modtager tilbud fra. Det gør udbyder derimod ved *begrænset licitation*, uanset om udbyderen anvender prækvalifikation eller ej.

Eksempelvis kan det være en fordel at vælge offentlig licitation, hvis udbyder ikke kender markedet tilstrækkeligt til på forhånd at udvælge tilbudsgivere, eller hvis udbyder netop ønsker tilbud fra andre virksomheder, end dem som udbyderen selv har kendskab til.

Ligeledes kan det være en fordel at vælge offentlig licitation ved mere standardprægede ydelser, hvor hovedvægten lægges på prisen.

Begrænset licitation kan derimod med fordel anvendes i tilfælde, hvor udbyder har et tilstrækkeligt godt kendskab til konkurrencen i markedet til at kunne sammensætte en begrænset kreds af tilbudsgivere, på grundlag af en prækvalifikation eller ved direkte henvendelse, og hvor tilbuds-givningen, hhv. sammenligningen af tilbud, er ressourcekrævende, f.eks. ved totalentreprise eller komplekse tekniske installationer.

4.1 Offentlig licitation, tilbudslovens § 6, stk. 1

Ved en offentlig licitation er det åbent for alle virksomheder at byde på opgaven. En offentlig licitation indledes derfor med en annonce i et trykt eller elektronisk medie, jf. lovens § 4, stk. 2. Annoncen skal bl.a. indeholde oplysninger om eventuelle mindstekrav og om det valgte tildelingskriterium, jf. i det følgende.

Mindstekrav⁴

Som noget nyt er det nu udtrykkeligt i lovens § 6, stk. 1, anført, at såfremt udbyderen opstiller mindstekrav vedrørende tekniske/faglige egenskaber og økonomiske forhold, som en tilbudsgiver skal råde over for at få sit bud taget i betragtning, så skal disse mindstekrav være angivet i annoncen.

I givet fald skal udbyderen først forholde sig til, om tilbuddet indeholder den fornødne dokumentation. Hvis dokumentationen er til stede, kan udbyder ikke frasortere tilbuddet ud fra en vurdering af, at de dokumenterede egenskaber ikke matcher andre tilbudsgiveres ressourcer.

Som ved prækvalifikation bør den type og mængde af dokumentation, som udbyder beder om, afstemmes efter behovet i den konkrete sag, således at der tages hensyn til opgavens størrelse og karakter. Indholdet af sådanne mindstekrav er uddybet i kapitel 4.2.

Ved en offentlig licitation gælder, at såfremt tilbuddet indeholder dokumentation for de objektivt beskrevne mindstekrav, kan udbyderen ikke fravælge tilbudsgivere blot fordi andre tilbudsgivere kan fremlægge dokumentation for en "bedre" virksomhedsprofil. Den krævede dokumentation skal derfor vedrøre objektivt målbare forhold, så udbyderen umiddelbart kan konstatere, om dokumentationskravet er opfyldt.

Tildelingskriterier

Herudover skal udbudsannoncen indeholde oplysninger om hvilket tildelingskriterium, der vil blive anvendt ved tildelingen af kontrakten, det være sig kriteriet det *laveste bud* eller kriteriet det *økonomisk mest fordelagtige bud*.

Denne forpligtelse har til formål at styrke gennemsigtigheden, idet virksomhederne allerede på dette tidspunkt kan vurdere, hvilken type af konkurrence der bliver tale om, og gøre sig overvejelser over om de ønsker at deltage. En yderligere styrkelse af gennemsigtigheden kan opnås, hvis også *underkriterierne* til "det økonomisk mest fordelagtige bud" oplyses på dette tidspunkt, men det er ikke et krav.

4.2 Prækvalifikation, tilbudslovens § 6, stk. 2

En prækvalifikation indledes med at udbyderen i en annonce anmoder potentielle tilbudsgivere om at tilkendegive deres interesse.

Når udbyder afholder en prækvalifikationsrunde, kan de virksomheder, som udbyder inviterer til at deltage i licitationen, alene udvælges blandt de virksomheder, som har meldt sig som interesserede. Dette svarer helt til den praksis, som allerede kendes fra EU-området.

Annoncen

Annoncen skal indeholde følgende:

- oplysninger om tildelingskriterier (priskonkurrence eller kvalitetskonkurrence?),
- oplysninger om virksomhedens tekniske og økonomiske kapacitet der ønskes dokumentation for. Udbyder kan så bruge denne dokumentation som grundlag for at prækvalificere det øn-

⁴ Mindstekrav bruges i flere betydninger i tilbudsloven og udbudsdirektiverne. Mindstekrav kan som i kapitel 4 vedrøre kriterier, som aktuelle eller potentielle tilbudsgivende virksomheder skal opfylde for at få buddene taget i betragtning, og fungerer herved som udvælgelseskriterier. Men mindstekrav bruges også om de grundlæggende krav, som selv et alternativt tilbud skal opfylde for at være konditionsmæssigt

skede antal tilbudsgivere. Udbyderen må her være opmærksom på, at i de fleste, praktisk forekommende tilfælde kan et kriterium, der har været anvendt som udvælgelseskriterium, ikke genbruges som tildelingskriterier⁵,

- hvor mange tilbudsgivere, der påtænkes prækvalificeret. Antallet skal være tilstrækkeligt til at skabe effektiv konkurrence, jf. nedenfor kapitel 4.2.3. Antallet kan gives i en ramme med et maksimum og et minimum, og
- en frist (på mindst 15 dage) til at ansøge om prækvalifikation.

Udvælgelsen

I praksis vil der hyppigt forekomme tilfælde, hvor antallet af kvalificerede ansøgere overstiger det antal, som udbyderen har tilkendegivet at ville prækvalificere. I disse tilfælde må udbyder, på baggrund af indsendt dokumentation, på objektiv og ikke-diskriminerende vis udvælge det forudsatte antal blandt de kvalificerede ansøgere, jf. tilbudslovens § 6, stk. 2.

Dette indebærer, at kvalificerede virksomheder vil blive fravalgt. Virksomheder har således ikke et krav på at blive prækvalificerede, selvom de opfylder de krav til økonomisk og teknisk formåen, som udbyder har opstillet.

Prækvalifikationen behøver ikke at ske ud fra en vurdering af, hvem der "bedst" matcher udvælgelseskriterierne. Det kan fx være vanskeligt for små og mellemstore virksomheder at konkurrere på økonomisk kapacitet. Det vil derfor virke imod lovens formål om at skabe mest mulig konkurrence, hvis fx omsætningstal blev gjort afgørende også ved udbud, hvor den udbudte opgaves værdi ikke sagligt kunne begrunde dette.

Det vil være en saglig og objektiv prækvalifikation at tage hensyn til, hvilken gruppe af tilbudsgivere, som samlet skaber den bedste konkurrence, fx fordi de har kvalifikationer på forskellige områder. Et sådant hensyn er også tilladeligt efter udbudsdirektivet. Dette specifikke konkurrencehensyn kan dog ikke give udbyderen et frit skøn om, hvem der skal prækvalificeres. Udbyderen må fx ikke misbruge sit skøn til at give præference til lokale virksomheder.

Hvis der i udvælgelseskriterierne indgår ufravigelige mindstekrav, kan en tilbudsgiver i overensstemmelse med EF-Domstolens praksis dokumentere opfyldelsen ved at inddrage ressourcer fra underleverandører mv., *såfremt* det klart fremgår af sammenhængen, at det er tilbudsgiveren, der disponerer over disse ressourcer.

Økonomisk og teknisk/faglig formåen

Nedenfor i 4.2.1 og 4.2.2 gennemgås nærmere den type oplysninger, som udbyder kan kræve dokumenteret. Der er tale om en opstilling af oplysninger, der *kan* være relevante. Det er ikke tanken, at alle disse oplysninger skal indgå i dokumentationskravet ved hvert eneste udbud. Udbyder bør i valget af dokumentationskrav tage hensyn til nystartede virksomheders muligheder for at komme i betragtning. Det vil fx være en barriere for nystartede virksomheder, hvis det gøres til et mindstekrav for tilbudsgivere/ansøgere at fremlægge dokumentation for de sidste 5 års arbejder eller regnskaber for de sidste 3 år.

Mere generelt skal det for at begrænse transaktionsomkostningerne tilstræbes, at den type og mængde af dokumentation, som udbyder beder om, afstemmes efter behovet i den konkrete sag, således at der tages hensyn til opgavens størrelse og karakter.

⁵ I Konkurrencestyrelsens vejledning om udbudsdirektiverne er der i kapitel 9.7 redegjort for forholdet mellem de to typer kriterier. Den elektroniske version findes her: <http://www.ks.dk/udbud/raadgivning/kap9/9.7/>

4.2.1 Dokumentation for økonomisk formåen

Virksomhedens *økonomiske formåen* kan fx godtgøres ved

- at virksomheden fremlægger årsregnskaber for de sidste 3 år,
- at der fremlægges perioderegnskab for virksomheden fra tiden fra det seneste årsregnskab, og/eller
- at der fremlægges bankoplysning for virksomheden.

Der kan endvidere kræves dokumentation for forhold, der i udbudsdirektiverne figurerer under udelukkelsesgrunde, såsom konkurs eller anden insolvensbehandling eller dom for strafbart forhold, der rejser tvivl om den pågældendes faglige hæderlighed.

Det følger endvidere af "restanceloven" (lovbekendtgørelse nr. 336 af 13. maj 1997), at en bygherre der er statslig, kommunal/regional eller fra almenboligsektoren mv. ikke må antage et tilbud fra en tilbudsgiver, der ikke har afgivet den i stk. 1 nævnte gældserklæring, eller som har ubetalt, forfalden gæld til det offentlige, der overstiger 100.000 kr.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har etableret en servicefunktion, der gør det muligt for potentielle tilbudsgivere at henvende sig ét sted for, i form af en [serviceattest](#), at få dokumentationen vedrørende de fleste af disse forhold.

Udbyder kan også bede om andre typer af oplysninger, han finder egnede til at vurdere virksomhedens økonomiske formåen.

4.2.2 Dokumentation for teknisk/faglig formåen samt nøgletal

Den *tekniske formåen* kan fx dokumenteres på følgende måde:

- ved fremlæggelse af en liste over de betydeligste arbejder, virksomheden har udført de seneste 5 år. Eventuelt kan også fremlægges kopi af afleveringsrapporter for disse arbejder, idet sådanne rapporter kan være med til at give et billede af, om virksomheden udfører mangelfrit arbejde. Det skal dog tages i betragtning, at afleveringsrapporter ikke altid har en udformning, som gør dem egnede til at vise noget om den kvalitet, virksomheden har afleveret arbejdet i,
- ved at give en redegørelse for virksomhedens erfaringer med lignende opgaver, som den, der udbydes. Dette vil ofte være en god måde at danne sig et indtryk af virksomhedens erfaringsgrundlag på,
- ved fremsendelse af oplysning om, hvordan virksomheden normalt sikrer, at der sker kvalitetssikring af de arbejder, virksomheden udfører, herunder om virksomheden er certificeret. Denne type dokumentation skal forholde sig til virksomhedens normale kvalitetssikringsprocedurer,
- ved at fremlægge oplysninger om, hvordan virksomheden i forbindelse med de senest udførte arbejder har sikret, at arbejdet kunne udføres sikkerheds- og sundhedsmæssigt forsvarligt,
- ved at fremlægge oplysning om virksomhedens håndtering af miljøforhold, og/eller
- ved at fremlægge en redegørelse for virksomhedens antal beskæftigede samt oplysning om uddannelses- og ansættelsesforhold.

Disse oplysninger vil delvis indgå i de *nøgletal for tidligere gennemførte opgaver*, som statslige bygherrer i forbindelse med udvælgelsen af tilbudsgivere til byggeopgaver skal forlange, at tilbudsgivere eller ansøgere afleverer, jf. Erhvervs- og Byggestyrelsens bekendtgørelse om OPP, partnering og nøgletal (bekendtgørelse nr. 1394/2004).

Reglerne for nøgletal gælder for (statslige) byggerier, hvor byggeopgavens samle-

de anslåede entreprisenum overstiger 5 mio. kr. ekskl. moms. Bygherren kan dog undlade at forlange oplysninger svarende til nøgletal for *entrepriser*, der er mindre end 300.000 kr. ex. moms.

Bygherren skal i forbindelse med udvælgelse, herunder prækvalifikation, af tilbudsgivere til udførelse af en byggeopgave forlange, at tilbudsgivere afleverer nøgletal til bygherren for tidligere gennemførte opgaver.

Nøgletal skal forlanges fra tilbudsgivere, der er momsregistreret i Danmark eller tilsvarende i udlandet på et tidspunkt, der ligger mindst 2 år før udvælgelsen. Bygherren skal forlange oplysninger til brug for udvælgelse fra tilbudsgivere, der har gennemsnitligt mere end 10 ansatte. Bygherren skal sikre ligebehandling af samtlige potentielle tilbudsgivere.⁶

De nævnte nøgletal skal som minimum omfatte nøgletal vedrørende overholdelse af tidsfrister, kvalitet, arbejdsmiljø og kundetilfredshed.

Nøgletal skal være sammenlignelige med nøgletal beregnet efter "Byggeriets nøgletalssystem, dokumentation".

Prækvalifikationsfasen er også egnet til at sikre, at de virksomheder, der indbydes, tager forpligtelser med hensyn til sikkerhed, sundhed og ansættelsesvilkår seriøst. Således kan arbejdsmiljøforhold gøres til en form for konkurrenceparameter i udvælgelsesfasen, såfremt udbyder eksempelvis lægger vægt på, at de potentielle tilbudsgivere har en god statistik på overholdelse af arbejdsmiljøreglerne og lav frekvens af arbejdsulykker i deres hidtidige byggerier.

Tilsvarende kan prækvalifikationsfasen være det rigtige tidspunkt for at efterspørge særlige kvalifikationer på miljøområdet, som måtte være relevante for opgaven. Der kan f.eks. tages hensyn til, om virksomhederne har særlige erfaringer i håndtering af miljøforhold, eksempelvis gennem miljøledelsessystemer.

For eksempel registrering efter EMAS eller ISO 14001 vil kunne fungere som dokumentation for virksomhedernes kvalifikationer på miljøområdet, men anden dokumentation skal også accepteres. Ligeledes kan udbyder tage hensyn til, om virksomhederne er indehavere af et arbejdsmiljøcertifikat eller tilsvarende dokumentation, der anskueliggør indfrielse af høje arbejdsmiljømæssige krav.

Udbyder kan også vælge at bede om andre former for dokumentation, som kan give et billede af, om virksomheden har de rette kvalifikationer til opgaven.

Det er en mulighed i annoncen at fastsætte en ramme for det antal bydende, der vil blive udvalgt, for eksempel 5-7 bydende. En sådan fremgangsmåde giver udbyderen øget fleksibilitet.

⁶ Erhvervs- og Byggestyrelsen udsender efteråret 2005 en vejledning om nøgletalsbekendtgørelsen, hvor det også beskrives, hvorledes ligebehandlingsprincippet kan sikres trods forskellige dokumentationskrav ift. store og små tilbudsgivere. Et resume heraf vil blive indarbejdet i netversionen af nærværende vejledning.

4.2.3 Antal bud ved begrænset licitation

Udbyderen skal ved *valg af antal bud* i en begrænset licitation afveje hensynet til at skaffe tilstrækkelig konkurrence med hensynet til at begrænse ressourceforbruget til tilbudsgivning. Indhentning af flere tilbud, end opgaven tilsiger, påfører virksomheden unødige omkostninger.

Tidligere regulering

I Bygge- og boligstyrelsens cirkulære fra 1989 om udbud af bygge- og anlægsarbejder var det en regel, at der blev inviteret mellem 3 og 5 virksomheder. I de første år efter vedtagelsen af tilbudsloven fra 2001 var der et udtrykkeligt udgangspunkt på mellem 5 og 7 virksomheder for at give så mange virksomheder som muligt adgang til kontrakterne.

Med den seneste revision af tilbudsloven i 2005 er der lagt vægt på at begrænse transaktionsomkostningerne ved at gennemføre et udbud.

Udbyderen kan derfor invitere færre end 5 tilbudsgivere, hvis antallet konkret vurderes at være tilstrækkeligt til at skabe effektiv konkurrence. Det skal dog minimum inviteres 3 tilbudsgivere, hvilket som nævnt også var minimum i 1989-cirkulæret. Også udbudsdirektivet tillader, at der i særlige tilfælde kun prækvalificeres 3 tilbudsgivere.

Hensynet til ressourceforbruget tæller ikke mindst ind ved udbud om komplekse byggeopgaver, fx totalentreprise, hvor det kan være særligt ressourcekrævende for tilbudsgiverne at udforme tilbuddene og for udbyderne at sammenligne dem.

Mindst én af de inviterede tilbudsgivere skal være fra et andet lokalområde.

Opmærksomheden henledes på, at der ikke længere er et udtrykkeligt forbud mod at invitere virksomheder med indbyrdes ejerandele på 20 procent eller mere. Lovens konkurrencekrav kan dog tale imod at invitere indbyrdes forbundne selskaber. Udbyderen må derfor vurdere, om nogle af de inviterede er forbundne, og kan om nødvendigt kræve oplysninger herom.

4.3 Begrænset licitation uden prækvalifikation, tilbudslovens § 6, stk. 3

Som beskrevet i kapitel 4.1 om udbudsformerne kan en udbyder ved en begrænset licitation uden prækvalifikation henvende sig direkte til et antal tilbudsgivere.

Ovenfor i kapitel 4.2.3 er beskrevet, hvor mange tilbudsgivere der skal inviteres. Som noget nyt er det i 2005-tilbudsloven fastsat, at udbyderen skal *oplyse til tilbudsgiverne, hvor mange* der er inviteret.

En udbyder må da forud have et tilstrækkeligt kendskab til virksomhedens tekniske og faglige kapacitet, således at der typisk ikke efterfølgende bliver et spørgsmål om at frasortere et tilbud ud fra denne type mindstekrav. Dog følger det af "restanceloven" (lovbekendtgørelse nr. 336/1997), at en udbyder ikke må antage et tilbud fra en tilbudsgiver, der ikke har afgivet en gældserklæring, eller som har ubetalt, forfalden gæld til det offentlige, der overstiger 100.000 kr.

Udbyderen kan imidlertid i udbudsmaterialet som et kontraktvilkår angive en række økonomiske forudsætninger, fx om en bankgaranti eller kautionsforsikring, som tilbudsgiveren med sit tilbud skal forpligte sig til at opfylde.

Udbyder skal sørge for, at mindst én af de indbudte er fra områder uden for *det lokale område*.

Dette krav skal værne mod, at lokale virksomheder favoriseres i udbudsprocessen. Kravet er for nogle udbydere allerede kendt fra det tidligere udbudscirkulære, fra Byggestyrelsen, for det statslige og statsstøttede byggeri. Der er ikke lagt op til ændringer i den hidtidige fortolkning, hvorefter lokalområdet som hovedregel anses for den pågældende kommune. I store kommuner som eksempelvis København, Århus, Aalborg og Odense er det ikke et krav, at der indbydes virksomheder fra andre kommuner. Tilsvarende er amtskommunale udbydere ikke forpligtet til at indbyde virksomheder, som har hjemme uden for amtet. Nedenfor i 4.4 er beskrevet hvad der forstås ved lokalområdet.

Endelig skal udbydere, der har vedvarende bygge- og anlægsaktivitet, sørge for, at der løbende sker en udskiftning i kredsen af de bydende. Også dette krav har til formål at sprede og skærpe konkurrencen mellem virksomhederne, jf. lovens § 6, stk. 3, 3. pkt. Bestemmelsen omfatter ikke udbydere efter lovens § 1, stk. 2, nr. 3, (hovedentreprenører mv.), men også denne gruppe af udbydere er underlagt det generelle konkurrencekrav og skal derfor have et sagligt grundlag for udvælgelsen af tilbudsgivere.

Som i forbindelse med en prækvalifikation skal der inviteres et tilstrækkeligt antal til at skabe effektiv konkurrence, jf. kapitel 4.2.3.

4.4 Underhåndsbud, tilbudslovens § 12

Underhåndsbud adskiller sig fra offentlig og begrænset licitation blandt andet derved,

- at ikke alle udbudsbetingelser, fx tidspunkt for afgivelse af tilbud, behøver at være *identisk* for alle tilbudsgivere,
- at tilbuddene derfor *ikke åbnes* på samme tid,
- at kravet om *oplæsning af priser og eventuelle forbehold* (lovens § 7) ikke gælder for underhåndsbud,
- at *forhandlingsretten* er fri og ikke afhængig af om det er en pris- eller kvalitetskonkurrence,
- og at udbyder ved brug af kriteriet økonomisk mest fordelagtige bud ikke er forpligtet til at give oplysning om *underkriterier* eller disses vægtning eller prioritering.

Ved underhåndsbud indhentes der endvidere typisk kun 3 underhåndsbud, medens der ved begrænset licitation ofte indhentes 5 licitationsbud.

Mens det altid står udbyder frit for at vælge offentlig eller begrænset licitation, gælder der efter tilbudsloven nogle begrænsninger i anvendelsen af underhåndsbud. Begrænsningerne skyldes, at proceduren for underhåndsbud er mindre gennemsigtig end licitationsproceduren.

4.4.1. Opgaver til en samlet værdi under 3 mio. kr., § 12, stk. 3, første del

Når den samlede anslåede værdi af opgaven er 3 mio. kr. ekskl. moms og derunder, kan der indhentes underhåndsbud for alle entrepriser. Den "samlede værdi" udgøres af summen af entrepriser ved byggeriet. Ved totalentreprise medtages også den omkostningsdel, der vedrører entreprenørens projektering.

4.4.2 Brug af underhåndsbud på opgaver med samlet værdi over 3 mio. kr., § 12, stk. 3, nr. 1-5

Når opgavens samlede værdi overstiger 3 mio. kr. ekskl. moms, er det lovens hovedregel, at opgaven skal i licitation, med mindre opgaven falder ind under de særlige situationer i § 12, stk. 3, nr. 1-5.

Undtagelser fra § 12, stk. 3

En række udbydere er dog undtaget fra lovens regler og kan frit indhente underhåndsbud, selv om opgaven overstiger 3 mio. kr. og selv om betingelserne i § 12, stk. 3, nr. 1-5 ikke er opfyldt.

Undtagelserne er de samme, som har været gældende efter 2002-bekendtgørelsen:

- a. *Offentligretlige organer* (se definitionen i kapitel 3.2) undtages fra de almindelige regler for underhåndsbud (økonomisk tærskel og loft på antal bud). Når det konkrete byggeri modtager støtte, gælder dog reglerne i pkt. b i det følgende.
- b. Når det konkrete byggeri (for et offentligretligt organ eller en privat byggherre) er *støttet*, skal lovens almindelige regler (økonomisk tærskel og loft på antal bud) følges,
 - såfremt der er tale om støtte i henhold til lov om almenboliger mv. eller lovgivningen om byfornyelse, eller
 - hvis der er tale om støtte i henhold til andre regler, og vedkommende myndighed bestemmer, at lovens hovedregel om licitation skal gælde.
- c. *Entreprenører* ved offentligt byggeri er undtaget fra den økonomiske tærskel, men ikke fra loftet på antal underhåndsbud.

Undtagelserne vedrørende offentligretlige organer og støttet byggeri er fastsat i bekendtgørelse af 23. august 2005 om visse udbydernes anvendelse af underhåndsbud efter tilbudsloven. Undtagelsen vedrørende entreprenører følger direkte af tilbudsloven - § 12, stk. 3 gælder ikke for entreprenører.

Statens og kommunernes byggeri skal altid følge lovens almindelige regler, jf. i det følgende.

Lovens almindelige regler for underhåndsbud

De udbydere, der ikke er undtaget efter ovennævnte pkt. a-c, kan kun indhente underhåndsbud, hvis opgaven har en anslået værdi ekskl. moms på under 3 mio. kr., eller hvis de er omfattet af en af de situationer, der er nævnt i lovens § 12, stk. 3, nr. 1 – 5. Der er tale om følgende situationer, hvor alle udbydere kan indhente underhåndsbud, selv om opgavens værdi overstiger 3 mio. kr.:

§ 12, stk. 3, nr. 1 Delarbejder

Ved delarbejder, hvis anslåede værdi ekskl. moms er 500.000 kr. eller derunder, kan der indhentes underhåndsbud, forudsat den samlede værdi af disse delarbejder ikke overstiger 20 procent af de samlede arbejders værdi.

Eksempler vedrørende delarbejder

En bygge- og anlægsopgave har en samlet anslået værdi ekskl. moms på 5 mio. kr. Opgaven udbydes i fagentrepriser, hvoraf eksempelvis

- tømrerentreprisen anslås til kr. 650.000,

- murer-entreprisen til kr. 475.000,
- VVS-entreprisen til kr. 375.000 og
- el-entreprisen til kr. 225.000.

Værdien af det samlede arbejde overstiger grænsen på 3 mio. kr., hvilket indebærer, at udbyderen ikke kan indhente underhåndsbud på det samlede arbejde.

Efter delydelsesreglen i stk. 3, nr. 1 kan udbyderen imidlertid indhente underhåndsbud for 1 mio. kr. (= 20 procent af det samlede arbejdes værdi), dog maksimalt kr. 500.000 på den enkelte opgave.

Udbyderen kan således ikke vælge at indhente underhåndsbud på tømrerentreprisen, der er over 500.000 kr. Men der kan indhentes underhåndsbud på 2 af de andre entrepriser, fordi de hver for sig er under 500.000 kr. og sammenlagt ikke overstiger 1 mio. kr.

De entrepriser, der efter reglen for delydelser ikke kan indhentes underhåndsbud på, skal sendes i licitation, selv om de ikke tilsammen udgør en værdi på mere end 3 mio. kr. Det afgørende er, at den samlede opgave har en værdi på mere end 3 mio. kr.

§ 12, stk. 3, nr. 2.: Vanskeligt at etablere et operativt konkurrencegrundlag

Selvom opgavens værdi overstiger tærsklen på 3 mio. kr., kan der alligevel indhentes underhåndsbud, hvis bygge- og anlægsarbejdets omfang, kvalitet eller tidsforløb kun med stor vanskelighed kan fastlægges i et udbudsgrundlag. I overensstemmelse med 2002-tilbudsbekendtgørelsens § 13, stk. 4, nr. 3 nævner bestemmelsen udtrykkeligt visse restaurerings-, reparations- og ombygningsarbejder. Bestemmelsen omfatter endvidere arbejder, der af tvingende sikkerhedsmæssige årsager ikke kan ud sættes.

Efter denne bestemmelse kan der endvidere indhentes underhåndsbud ved opgaver over 3 mio. kr., når det drejer sig om forsøg, forskning og udvikling. Også i forhold til F & U opgaver gælder adgangen til at indhente underhåndsbud dog kun, hvis arbejdet ikke af de i forrige afsnit nævnte tidsmæssige eller beskrivelsesmæssige grunde kan passes ind i et udbudsgrundlag.

§ 12, stk. 3, nr. 3: Ingen egnede eller forskriftsmæssige bud ved licitationen

Bestemmelsen viderefører den hidtidige adgang til at indhente underhåndsbud i den situation, at der ikke ved licitationen er indkommet egnede bud, men efter 2005-tilbudsloven omfatter bestemmelsen også den situation, hvor der ved en begrænset licitation med prækvalifikation ikke er modtaget anmodninger om at blive prækvalificeret.

Endvidere omfatter bestemmelsen den situation, at de indkomne bud ikke er forskriftsmæssige. En tilsvarende bestemmelse i udbudsdirektivets artikel 30, stk. 1, litra a, gør adgangen til at igangsætte en ny konkurrence uden en (ny) annonce betinget af, at konkurrencen holdes blandt de allerede kendte deltagere. Denne betingelse gælder ikke efter tilbudsloven.

Omvendt giver bestemmelsen ikke adgang til underhåndsbud, hvis en licitation har givet »uantagelige« bud, således som det kendes fra udbudsdirektivets artikel 30. Ifølge Europa-Kommissionens fortolkning vil et bud være uantageligt, hvis det overstiger udbyderens budgetter. En sådan bestemmelse kan være vigtig i sammenhæng med direktiverne, der har lange frister for gennemførelse af udbud og i udgangspunktet forbyder forhandlinger, men i forhold til tilbudsloven er behovet mindre.

§ 12, stk. 3, nr. 4: Kun én virksomhed kan udføre opgaven.

Adgangen til at indhente underhåndsbud også for opgaver over 3 mio. kr., når kun en virksomhed kan udføre opgaven, er videreført fra den nu ophævede tilbudsbekendtgørelse. Bestemmelsen giver ikke udbyder et frit skøn. Vurderingen skal bygge på objektive forhold. Det primære anvendelsesområde vil være sammenfaldende med udbudsdirektivets artikel 31, nr. 1, litra b, om »tekniske, kunstneriske grunde eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af enerettigheder«.

§ 12, stk. 3, nr. 5: Supplerende arbejder

Også i den nye tilbudslov er der adgang til at indhente underhåndsbud ved supplerende arbejder, der på grund af uforudsete forhold er blevet nødvendige.

Også udbudsdirektivet regulerer i artikel 31, nr. 4, litra a, spørgsmålet om uforudsete supplerende arbejder. Efter direktivbestemmelsen kan udbyder kun undgå et nyt udbud, såfremt udbyder vælger den entreprenør, der allerede opholder sig på byggepladsen.

Som efter den tidligere tilbudsbekendtgørelse giver § 12, stk. 3, nr. 5, mulighed for at indhente underhåndsbud fra en *ny* entreprenør, hvis udbyder kan påvise særlige forhold, der begrundes, at udbyderen lader andre udføre arbejdet.

Bestemmelsen i tilbudsloven medtager ikke direktivets betingelse om, at undtagelsen vedrørende supplerende arbejder kun gælder kontrakter på op til 50 procent af værdien af den oprindelige kontrakt. Det følger nemlig allerede af princippet i § 11, stk. 4, at der ikke må ske væsentlige ændringer i opgavens karakter. Også lovens generelle konkurrencekrav kan hindre, at bestemmelsen i § 12, stk. 3, nr. 5, misbruges.

Gentagelsesarbejder

2005-tilbudsloven indeholder ikke en særlig regel for gentagelsesarbejder. I det omfang muligheden for gentagelsesarbejdet har været inddraget i det oprindelige udbudsmateriale, *har* kontrakten om gentagelsesarbejdet været konkurrenceudsat og kan derfor tildes uden en ny konkurrence. I et vist omfang vil forholdet endvidere være dækket af reglerne om rammeaftaler.

Fortsættelsesarbejder

Heller ikke den tidligere regel om arbejder på en tilstødende byggeplads er medtaget i 2005-tilbudsloven. Bestemmelsen indeholder et vanskeligt dokumenterbart krav om, at fortsættelsesarbejdet skal indebære besparelser i forhold til nyetablering af byggepladsen. Det kan billiggøre byggeriet, at entreprenøren allerede er på plads ved fortsættelsen af byggeriet. Ønsker en udbyder at opnå således begrundede stordriftsfordele i forbindelse med et byggeri, der er opdelt i flere ensartede faser, vil det imidlertid være muligt at udforme udbudsbetingelserne således, at faserne efter startfasen indgår i konkurrencegrundlaget som optioner, som tilbudsgivere kan eller skal afgive bud på.

4.4.3 Antal underhåndsbud, tilbudslovens § 12, stk. 2

Der gælder efter lovens § 12, stk. 2, et loft for, *hvor mange* underhåndsbud der kan indhentes. Loftet gælder for følgende udbydere:

- staten, regionale, kommunale og kirkelige myndigheder,
- andre bygherrer, når byggeriet får støtte efter lov om almenboliger mv. og lovgivningen om almenboligsektoren,
- andre støttede bygherrer, såfremt den myndighed, der er ansvarlig for støtten, har fastsat, at loftet gælder, og
- private entreprenører ved offentligt eller offentligt støttet byggeri.

Før 2005-tilbudsloven var der et maksimum på 4 underhåndsbud. Med 2005-tilbudsloven er det nu gjort til udgangspunktet, at der højst indhentes 3 underhåndsbud på en given opgave.

Hvis udbyderen vil forbeholde sig retten til at indhente et 4. bud, skal dette oplyses på forhånd.

Hvis udbyderen ønsker at indhente et 4. underhåndsbud, skal dette komme fra en tilbudsgiver, der ikke kommer fra lokalområdet. Dette indebærer dels en mere effektiv konkurrence, dels at det 4. underhåndsbud typisk kun indhentes, hvis udbyder anser det for nødvendigt af hensyn til konkurrencen om den konkrete opgave.

Hvad forstås ved lokalområdet ift. det 4. underhåndsbud

Kravet om at gå uden for lokalområdet bliver kun aktuelt i de situationer, hvor udbyderen anser det nødvendigt at indhente et fjerde underhåndsbud af hensyn til konkurrencen om den konkrete opgave. Reglen skal sikre effektiv konkurrence og åbne op for tilbud på tværs af de lokale handelsområder.

Det er allerede kendt i bygge- og anlægsbranchen, hvad der ligger i "lokalområdet". Der har i mere end 30 år været krav om, at statslige og støttede bygherrer ikke kan indhente alle tilbud fra lokalområdet, når der afholdes en begrænset licitation.

Hvad der udgør lokalområdet skal således afgrænses konkret i hver enkelt sag, og det vil være vanskeligt at definere i en generel lovregel.

Afgrænsningen af lokalområderne følger ikke det konkurrenceretlige koncept for fastlæggelse af et "geografisk marked". I udgangspunkt vil fx distributions- og transportomkostninger eller substitutionsmuligheder ikke have betydning for afgrænsning af tilbudslovens områdebegreb. Fx integreres to kommuner ikke i ét "lokalområde", blot fordi der udveksles bygge- og anlægstjenester mellem områderne.

Som hovedregel anses lokalområdet for at være den pågældende kommune, hvor arbejdet finder sted.

Fastlæggelsen af lokalområdet i de enkelte sager afhænger dog af de lokale forhold, og handelsmønstrene på udførelsesstedet.

Ved de største kommuner kan det dog komme på tale at identificere flere lokalområder inden for de samme kommunegrænser. Konkurrencestyrelsen nævnte i

2002-vejledningen til tilbudsloven København, Århus, Aalborg og Odense, alle med mere end 100.000 indbyggere. Tilsvarende gælder, i hvert fald i en overgangsperiode, hvor en ny storkommune er blevet sammensat af kommuner med markant forskellige handelsmønstre. Inden for sådanne kommuner kan handelsmønstrene være et parameter for en eventuel opdeling i flere lokalområder. Her kan det også have betydning, om der er høje søgeomkostninger for at sikre sig det bedste tilbud eller finde den bedste håndværker/entreprenør. Det kan derfor indgå i afgrænsningen, om der er tale om håndværkere med et andet kundeunderlag end de øvrige tilbudsgivere.

Hvis en virksomhed, der er inviteret til at afgive tilbud, ikke afgiver et bud eller ikke afgiver det inden den af udbyderen fastsatte frist, tæller vedkommende virksomhed ikke med ved opgørelsen af, om antallet af tilbud holder sig inden for loftet på 3, hhv. 4.

Uopfordret modtagne underhåndsbud kan ikke tages i betragtning og fragår ikke i det maksimale antal bud, der kan indhentes.

Hvis udbyderen har udnyttet maksimum uden at få tilfredsstillende bud, må vedkommende entreprise sendes i licitation. Udbyderen får ikke adgang til at indhente en ny runde af underhåndsbud blot ved at stille arbejdet i bero i en periode.

Antallet på 3, hhv. 4 underhåndsbud udtrykker et maksimum. Ofte vil udbyder kunne nøjes med et lavere antal uden derved at overtræde kravet om at skabe effektiv konkurrence. Over en bagatelgrænse på 300.000 kr. ekskl. moms skal offentlige og offentligt kontrollerede eller støttede bygherrer altid indhente mere end 1 underhåndsbud.

Kravet om mindst 2 tilbud ved opgaver over 300.000 kr. omfatter ikke *hovedentreprenører* mv. jf. ovenfor kapitel 3.2.3. Denne gruppe udbydere kan derfor også over bagatelgrænsen undlade at indhente mere end 1 underhåndsbud, såfremt udbyderen i øvrigt lever op til lovens generelle konkurrencekrav i lovens § 2, stk. 2. En sådan udbyder kan fx ud fra andre tilbud, som udbyderen har indhentet i andre sammenhænge om lignende forhold, vurdere, at omkostningerne ved at indhente yderligere tilbud ikke står mål med den anslåede besparelse ved en konkurrence. Den økonomiske risiko for, at denne vurdering er korrekt, bærer vedkommende entreprenør selv.

Loftet på antallet af underhåndsbud gælder ikke direkte for de kategorier af offentligretlige organer, der er undtaget fra licitationskravet, selv om opgaven er over 3 mio. kr., jf. i indledningen til afsnit 4.4.2. Også sådanne offentligretlige organer er imidlertid omfattet af EF-Traktatens principper om gennemsigtighed og en passende grad om offentlighed, og det kan være i strid med disse principper at bygge en konkurrence om større opgaver på et større antal underhåndsbud.

4.4.4 Ligebehandlingsprincippet ved underhåndsbud

Der kan forhandles om underhåndsbuddene. Det gælder også ved rene priskonkurrencer.

Ligebehandlingsprincippet i lovens § 2, stk. 3, gælder også i forhold til underhåndsbud. Det kan fra starten være klart, hvor mange underhåndsbud, der vil blive indhentet, fx for at opfylde lovens konkurrencekrav. I en sådan situation skal tilbudsgiverne have samme frist til at udregne tilbuddene.

Undertiden indhentes underhåndsbud dog over flere faser, fx fordi de i første fase indhentede bud var utilfredsstillende, og der kan da i udbyderens interne beslutningsprocesser eller i andre forhold være saglige grunde til at anvende en forskellig tilbudsudregningsfrist. Dette må dog være en undtagelse. Principielt skal tilbudsindhentningen tilrettelægges på en måde, der sikrer ligebehandling.

Ligebehandlingsprincippet indebærer heller ikke, at tilbudsgivere skal gives lige adgang til at revidere deres tilbud, lige som det ikke er et formelt krav, at forhandlinger starter med "det bedste" bud og først derefter involverer det eller de andre bud. Udbyderen må dog i givet fald have en saglig begrundelse for ikke at starte med det bedste bud, fx at der ikke kan forventes bevægelighed i forhold til den tilbudte pris.

Og ligebehandlingsprincippet fører til, at udbyder ikke må antage et bud, der ikke er bedre end de andre bud. Dette følger også af, at også for underhåndsbud er det et krav, at opgaven tildeles det laveste bud eller det mest økonomisk fordelagtige bud, jf. § 12, stk. 5.

5 Særligt om rammeaftaler, tilbudslovens § 13

Ved *rammeaftale* forstås efter tilbudslovens § 13 en aftale mellem én udbyder og én virksomhed, som har til formål at fastlægge betingelserne for aftaler, der indgås i løbet af en given periode.

Kontrakter om bygge- og anlægsarbejder omfattet af tilbudsloven kan indgås på grundlag af rammeaftaler, uden at den enkelte kontrakt skal konkurrenceudsættes. Rammeaftaler anvendes, når der er tale om regelmæssige anskaffelser af ydelser af samme karakter.

Rammeaftaler kan indgås efter gennemførelse af et offentlig eller begrænset licitation, eller hvis den forventede volumen er under beløbsgrænsen i lovens § 12, efter reglerne om underhåndsbud. Denne form for kontrakt åbner mulighed for at udvælge en virksomhed, som, når der er brug for det, kan opfylde udbyders behov.

Rammeaftaler er især velegnede i situationer, hvor udbyderen skal have udført en række ensartede ydelser i aftaleperioden, eksempelvis istandsættelse af lejligheder ved fraflytning, løbende vedligeholdsarbejder m.v.

Der er således efter tilbudsreglerne ikke adgang til at indgå "parallelle rammeaftaler", hvilket betyder, at en ordregiver ikke kan indgå rammeaftale med mere end én entreprenør om udførelse af én og samme ydelse. Der er dog ikke noget til hinder for, at en udbyder indgår flere rammeaftaler, hvor hver enkelt aftale er afgrænset til et geografisk område, eller hvor en aftale omfatter skoler og en anden omfatter plejehjem i en kommune.

Den konkrete kontrakt skal udbydes efter tilbudslovens almindelige regler for licitation eller underhåndsbud, hvis den ikke er dækket af den udbudte rammeaftale. Det er fx ikke muligt undervejs i en rammeaftales løbetid at udskifte eller supplere parterne i aftalen. En sådan ændring kræver et fornyet udbud.

Der er ikke noget til hinder for, at fx et ministerium med tilhørende styrelser samlet indgår en rammeaftale efter udbud. Har styrelserne derimod ikke været nævnt som en potentiel aftager i det oprindelige udbud af rammeaftalen, er de ikke parter i rammeaftalen, og kan ikke efterfølgende melde sig ind i rammeaftalen.

Hvis der sker en omorganisering af den offentlige sektor, fx i forbindelse med kommunalreformen, kan omorganiseringen ud fra det almindelige obligationsretlige "successionsprincip" indebære, at dele af den nye forvaltningsenhed får mulighed for at trække på en rammeaftale, som en anden del af forvaltningen har indgået. Der er dog ikke mulighed for at justere på den samlede volumen som er forudsat ved indgåelsen af rammeaftalen.

En rammeaftale indebærer ikke nødvendigvis en konkret, endelig forpligtelse for ordregiveren til at aftage bestemte mængder af arbejde på bestemte tidspunkter, men giver ordregiveren adgang til fra gang til gang, efterhånden som et konkret behov opstår, at indgå aftale under rammeaftalen uden udbud.

For at undgå fastlåste samarbejdsrelationer gennem længere tid og holde adgangen til offentlige kontrakter åben for nye virksomheder kan rammeaftaler maksimalt have en tidsmæssig udstrækning på 4 år. Disse begrænsninger gælder både for udbyderens og for entreprenørens indgåelse af rammeaftaler. Den tidsmæssige begrænsning relaterer sig til den periode, indenfor hvilken udbyder kan indgå konkrete kontrakter, som baserer sig på rammeaftalen. Det følger heraf, at gennemførelsen af de konkrete arbejder kan strække sig ud over 4 års perioden.

Det er en forudsætning for, at der kan gennemføres en fair konkurrence, at alle tilbudsgivere har de samme informationer om den volumen af arbejde, der bliver behov for i aftaleperioden.

Konkurrencen om rammeaftalen kan gå på tilbudte enhedspriser, men også på en bestemt kvalitet, som skal anvendes i forhold til de konkrete kontrakter under rammeaftalen. Tilbudsgiveren kan supplere sit oprindelige tilbud, eksempelvis ved estimering af tidsforbrug for et konkret arbejde. Det er dog en betingelse, at et sådant supplement ikke medfører væsentlige ændringer i aftalevilkårene i rammeaftalen.

6 Udbudsmaterialet

Udbudsmaterialet ved en licitation indeholder bl.a.

- En beskrivelse af den ønskede anskaffelse (kravspecifikationen)
- Kontraktvilkårene, herunder betingelser vedrørende kontraktens udførelse.

Disse forhold redegøres der for nedenfor i 6.1 og 6.2

Udover disse forhold indeholder udbudsmaterialet endvidere følgende oplysninger:

- *Mindstekrav* til tilbudsgiverne (udvælgelseskriterier), hvis udbyderen opstiller sådanne jf. kapitel 4.2.1 og 4.2.2
- Regler vedrørende tilbuddet, fx
 - formkrav, *tid og sted* for tilbuddets indlevering
 - (eventuelt) adgangen *til alternative* bud, jf. kapitel 8.3.1
 - (eventuelt) adgangen til at tage *forbehold*, jf. kapitel 8.3.2
 - (eventuelt) krav om oplysninger om eventuelle underentrepriser
- Tildelingskriterierne, jf. kapitel 8.1 og 8.2.

6.1 Beskrivelse af den ønskede anskaffelse

6.1.1 Generelt om kravspecifikationen

Som nævnt i kapitel 2.2.2 skal ordregiveren ved udformningen af udbudsmaterialet generelt respektere *ligebehandlingsprincippet*. Ordregiver skal således sikre, at alle tilbudsgivere så vidt mu-

ligt har de samme oplysninger, og må ikke antage tilbud fra en tilbudsgiver, der har fået fordele ved at deltage i udformningen af udbudsgrundlaget.

EF-Traktaten forbyder offentlige myndigheder at opstille usaglige tekniske handelshindringer. Forbuddet retter sig ikke kun mod handelshindringer, der er resultat af en generel regulering. Det er også forbudt at offentlige og offentligt kontrollerede organer udarbejder *udbudsmateriale*, som diskriminerer udenlandske varer og tjenester.

Når opgaven beskrives gennem tekniske specifikationer, må udbyderen derfor undgå at opstille krav, der virker som **tekniske handelshindringer** i forhold til udenlandske leverandører.

Udbudsdirektiverne har opstillet detaljerede regler for tekniske specifikationer for at undgå, at udbudsmaterialet indeholder sådanne tekniske handelshindringer. Tilbudsloven har ikke overtaget denne detailregulering.

Men reglerne om tekniske handelshindringer gælder også for kontrakter under direktivets tærskelværdier og således også for opgaver omfattet af tilbudsloven. Dette fremgår af EF-Domstolens dom af 3. december 2001, Vestergaard, hvor det blev slået fast, at Traktatens principper også gælder kontrakter under tærskelværdien.

De tekniske specifikationer skal fastlægge de **krævede egenskaber** ved bygge- og anlægsarbejdet, produktet eller tjenesteydelsen ved hjælp af en objektiv beskrivelse.

Disse egenskaber kan bl.a. omfatte:

- kvalitetsniveau,
- miljøpræstation,
- overensstemmelsesvurdering,
- funktionsdygtighed,
- brugeregenskaber,
- sikkerhed,
- dimensioner,
- kvalitetssikring,
- terminologi,
- symboler,
- afprøvning og afprøvningsmetoder,
- emballering, mærkning og etikettering,
- brugsvejledning, og
- produktionsprocesser og -metoder.
- regler for projektering og omkostningsberegning,
- betingelser for afprøvning, kontrol og aflevering af bygge- og anlægsarbejder, samt
- konstruktionsteknik og konstruktionsmetoder.

Angivelserne omkring funktionsdygtighed og funktionelle krav kan omfatte **miljøegenskaber**. Ordregiver kan anvende de detaljerede specifikationer, som kræves for at opnå et miljømærke, når denne skal fastsætte sine krav til funktionsdygtighed og funktionalitet. Det kræves dog, at disse specifikationer/krav:

- er egnede til at definere egenskaberne ved de varer eller ydelser, kontrakten vedrører,
- er udviklet på grundlag af videnskabelig information,
- er vedtaget igennem en proces, som alle interessenter har haft mulighed for at deltage i, og
- er tilgængelige for alle interesserede parter.

Ordregiver må ikke stille det som en betingelse, at en leverance er mærket med et bestemt miljømærke, fx "Blomsten". Men ordregiver kan angive, at leverancer, der er forsynet med et miljømærke, anses for at opfylde de tekniske specifikationer. Ordregiver skal dog acceptere enhver anden passende dokumentation. Sådant dokumentation kan fx være teknisk dokumentation fra producenten eller en prøvningsrapport fra et anerkendt organ.

6.1.2 Kan opgaven reduceres i forhold til beskrivelsen i kravspecifikationen

Når tilbuddene åbnes, kan det vise sig, at budpriserne overstiger udbyderens budgetloft, så udbuddet kun kan gennemføres i form af et beskåret projekt. Hvor stort et råderum en udbyder kan have til at beskære en opgave må afgøres ud fra en afvejning af

- på den ene side om en beskæring af opgaven af udbyderen kan misbruges til at forvride konkurrencen fx i forhold til tilbudsgivere, der ikke tør byde ind på en meget stor opgave, og
- på den anden side hensynet til ikke at gøre den offentlige sektors indkøbsprocedurer alt for bureaukratiske og helt uproportionalt belaste ressourcer på begge sider ved at kræve genudbud i situationer, hvor det er klart, at en ændring af opgaven ikke har til formål eller følge at påvirke konkurrencesituationen.

Efter lovens § 11, stk. 4, om kvalitetskonkurrencer må forhandlinger om indkomne tilbud ikke føre til at opgavens karakter ændres "væsentligt". Dette væsentlighedskriterium er et udslag af lovens gennemsigtighedsprincip og vil også være retningsgivende ved vurderingen af, hvor meget en udbyder kan reducere en opgave, der er udbudt i priskonkurrence.

Mulighederne for at beskære opgaven kan også afhænge af, om det er muligt at foretage en *ensartet tilpasning* af de indkomne tilbud, således at det uden videre kan vurderes af udbyderen, hvilket bud der er det laveste (ved priskonkurrencer), eller hvilke (op til 3) bud, der er de "bedste" (ved kvalitetskonkurrence), og som der derfor kan forhandles med. Reduktionen af opgaven må med andre ord ikke medføre en ændring af rækkefølgen af de indkomne tilbud (der er afgivet på grundlag af den ureducerede opgave).

Klagenævnets praksis

Klagenævnet har (med dissens) i kendelse af 11. juni 1999 (Aalborg Lufthavn) om udbudsdirektivet accepteret, at det vindende tilbud indebar en udvidelse af byggeprogrammets nettoarealbehov på 71 %.

Omvendt har Klagenævnet i kendelse af 19. december 2003 (Støvring Kommune) om tilbudsloven udtalt, at efter modtagelsen af tilbuddene har udbyderen kun mulighed for at foretage begrænsede ændringer i opgaven, og at det er i strid med tilbudsloven at forbeholde sig en ret til at reducere opgaven med op til 30 %.

I kendelse af 11. august 2000 (Ribe Amt) om annullation af en delentreprise i et EU-udbud udtalte Klagenævnet, at en bestemmelse i udbudsmaterialet om, at ordregiver forbeholder sig ret til at lade en nærmere angiven delentreprise udgå helt eller delvis, er i strid med gennemsigtigheds

princippet. Klagenævnet tilføjede, at ganske vist kan et EU-udbud annulleres, hvis udbyder har saglig grund til en annullation, men i så fald skal udbyderen annullere hele udbuddet og kan ikke nøjes med en delvis annullation.

En reduktion af opgaven over 10-15 % bør formentlig kun foretages i ganske særlige tilfælde. Dette gælder også i den situation, hvor den indgåede kontrakt omfatter hele den udbudte entrepriser, men hvor udbyderen som et kontraktvilkår forbeholder sig en "afbestillingsret".

6.2 Kontraktvilkår

Kontraktvilkår er de vilkår, som ordregiveren fastsætter for ordremodtagerens udførelse af den udbudte opgave.

Tilbudsloven regulerer ikke kontraktvilkår. Et kontraktvilkårs lovlighed afhænger derfor først og fremmest af, om vilkåret er i overensstemmelse med EF-traktatens principper om ikke-diskrimination, proportionalitet og gennemsigtighed samt de almindelige regler om fri bevægelighed af varer, kapital, arbejdskraft, tjenester.

Kontraktvilkårene kan regulere *sektorspecifikke forhold*, men kan også dreje sig om *generelle juridiske forhold*, som ikke varierer med kontraktgenstanden. Disse kan fx angå:

- vederlag og betalingsforpligtelser,
- sikkerhedsstillelse og forsikring,
- misligholdelsesbeføjelser eller
- force majeure.

Statslige og støttede bygherrer skal som alt overvejende hovedregel lægge AB92 eller ABT til grund uden fravigelser, jf. Bygge- og Boligstyrelsens cirkulæreskrivelse af 5. februar 1993. Der kan dog være særlige grunde til i konkrete og afgrænsede tilfælde at fravige enkelte af standardkontraktens bestemmelser.

Det følger endvidere af cirkulære nr. 174 af 10. oktober 1991 (fastpris-cirkulæret), at arbejder for statslige og støttede bygherrer skal udføres i fast pris (for så vidt angår arbejder, der udføres inden 12 måneder fra tilbudsdagen) og i fast tid (hvorfor forbehold om forlængelse af tidsfrister ikke må anerkendes).

Kontraktvilkår er endvidere velegnede, når ordregiver ønsker at varetage **sociale hensyn** eller **miljøhensyn** i forbindelse med et udbud. Adgangen til at inddrage disse hensyn er nærmere beskrevet i kapitel 7 om udvælgelse af tilbudsgivere og 8.2.1 om tildeling af ordren.

Kontraktvilkåret skal være **proportionalt**, dvs. at vilkåret ikke må være mere vidtgående, end formålet tilsiger. Fx må et kontraktvilkår kun angå de personer, der beskæftiger sig med den udbudte opgave. Ordregiver kan altså ikke pålægge tilbudsgiver at indføre et tiltag for ansatte i tilbudsgiverens virksomhed, der ikke er beskæftiget på opgaven

Udbyder bør være opmærksom på, at et kontraktvilkår kan forhøje tilbudsgivernes pris.

Som **eksempler** på mulige kontraktvilkår kan bl.a. nævnes krav om at ansætte langtidsledige eller personer med særlige integrationsproblemer eller iværksætte uddannelsesinitiativer for ledige eller for unge, eller at ansætte flere handicappede, end den nationale lovgivning kræver, eller giver en mere vidtgående beskyttelse af de hidtidige medarbejdere på en opgave end virksomhedsoverdragelsesloven giver.

Udbyder kan endvidere opstille et kontraktvilkår, der forpligter tilbudsgiver til at behandle alle medarbejdere *på opgaven* i overensstemmelse med de **kollektive overenskomster**. På den måde kan ordregiver sikre sig, at udenlandske virksomheder ikke får konkurrencefordele, fordi de

har lovgivning eller overenskomster, der giver arbejdstagerne mindre beskyttelse end danske overenskomster.

Ordregiver kan dog ikke stille krav om, at en virksomhed *formelt* skal have tilsluttet sig/underskrevet en kollektiv overenskomst i Danmark. Der kan stilles krav om et effektivt fagligt konfliktløsningssystem, for at undgå flaskehalse i byggeriet, men der kan ikke stilles krav om, at konflikten skal løses inden for det danske fagretlige system.

Ikke alle kontraktvilkår behøver at være ufravigelige. Udbyder kan gøre tilbuddets overensstemmelse med udbudsvilkårene til et **konkurrenceparameter**, når tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud. Det vil dog være i strid med kravet om gennemsigtighed i udbudsproceduren, hvis ordregiver helt uspecificeret gør 'kontraktvilkår' til et tildelingskriterium.

7 Hvem kan afgive tilbud, tilbudslovens §§ 2 og 6

Inden selve sammenligningen af tilbuddene, jf. kapitel 8, eller ansøgningerne om at blive prækvalificeret skal udbyderen sikre sig, at der ikke er pligt til at diskvalificere en tilbudsgiver/ansøger.

En række forhold kan medføre, at en tilbudsgiver ikke får adgang til at afgive et tilbud eller ikke har krav på at få sit tilbud bedømt.

- Manglende opfyldelse af (ufravigelige) mindstekrav, jf. kapitel 7.1
- Manglende prækvalifikation, jf. kapitel 7.2
- Manglende "habilitet", jf. kapitel 7.3

7.1 Opfyldelse af mindstekravene vedrørende tilbudsgiverens virksomhed, § 6, stk. 1 og 2

Som nævnt i kapitel 4.1 og 4.2 kan udbyder i udbudsmaterialet have opstillet en række *ufravigelige* mindstekrav vedrørende tekniske/faglige og økonomiske forhold, som en virksomhed skal kunne dokumentere at være i besiddelse af.

Har virksomheden ikke dokumenteret at opfylde disse mindstekrav, kan udbyderen ikke lade virksomheden deltage i den videre proces. Dette gælder uanset om den næste fase er at sammensætte en kreds af tilbudsgivere i forbindelse med en prækvalifikation, eller det drejer sig om at sammenligne tilbuddene ved en offentlig licitation.

Ved en *offentlig* licitation skal alle mindstekrav være konkrete og umiddelbart objektivt målbare. Overholdelsen af dokumentationskravet skal alene vurderes op imod, hvad der er fastlagt i udbudsmaterialet. Dokumentationen skal ikke sammenlignes med dokumentation fra andre tilbudsgivere og kan med andre ord ikke bruges som værktøj til kun at forholde sig til tilbuddene fra de mest interessante virksomheder, når tilbuddene i den afsluttende fase skal sammenlignes. Nedenfor under 7.2 beskrives, hvorledes dokumentationen kan bruges til at udvælge tilbudsgivere i forbindelse med en prækvalifikation.

7.2 Prækvalifikation, § 6, stk. 2

Ved en begrænset licitation med prækvalifikation skal en udbyder ud fra i annoncen angivne udvælgelseskriterier vælge de ansøgere, der skal prækvalificeres.

Hvis udvælgelseskriterierne alene angiver ufravigelige mindstekrav, bliver prækvalifikationen ofte en konkurrence om at "overopfylde" mindstekravene. Men udbyderen kan også anmode om do-

kumentation for tekniske/faglige eller økonomiske egenskaber uden at opstille målbare mindstekrav.

Udvælgelsen blandt de ansøgere, der har indsendt den foreskrevne dokumentation skal ske på et objektivt grundlag. Udbyder kan således vælge de ansøgere, der er "bedst" til at opfylde de teknisk/faglige eller økonomiske krav. Der kan dog også være andre parametre, fx ønsket om at skabe mest mulig konkurrence ved at prækvalificere tilbudsgivere med forskellig faglig profil.

7.3 Habilitet, § 2

I kapitel 2.2 er det nævnt, at det kan være i strid med ligebehandlingsprincippet at invitere en tilbudsgiver, der selv har optrådt som rådgiver for bygherren i planlægnings- og projekteringsfasen, eller som har anvendt en sådan rådgiver ved udformningen af tilbuddet.

Spørgsmålet om rådgiverhabilitet i forhold til tilbudsloven skal bedømmes på samme måde som i *udbudsdirektivet*. I kapitel 2.2 er omtalt praksis fra Klagenævnet og fra EF-Domstolen.

Den særlige udformning af reglen om rådgiverhabilitet i den tidligere tilbuds bekendtgørelses § 5, jf. § 6, er således ikke videreført, fordi den kunne skabe tvivl om, hvorvidt reglen afviger fra lovens generelle regler om ligebehandling mv. Oplistingen i den tidligere bestemmelse kan dog fortsat bruges som eksempler på forhold, hvor man må være opmærksom på habilitetsspørgsmål. Bestemmelsen nævnte tilbud fra virksomheder, som på samme arbejde varetager eller har varetaget funktioner som rådgiver, forretningsfører eller byggeadministrator for udbyderen.

7.4 Regulerer tilbudsloven kontrolbud?

En udbyders egne bud – også kaldet kontrolbud – er ikke tilbud i tilbudslovens forstand.

Begrundelsen herfor er, at tilbud, der er omfattet af loven, skal danne grundlag for indgåelse af *kontrakt* mellem udbyder og tilbudsgiver om udførelse af et bygge- og anlægsarbejde.

Et kontrolbud vil ikke føre til en sådan juridisk kontrakt. Kontrolbuddet skal gøre det muligt for udbyderen at kontrollere, om udbyderen selv kan udføre det pågældende arbejde til en billigere pris eller på en økonomisk mere fordelagtig måde end hvad de eksterne tilbudsgivere har tilbudt.

2005-Tilbudsloven regulerer ikke længere adgangen til at byde på eget arbejde.

Det kan imidlertid følge af anden lovgivning, at en bygherre er begrænset i sine muligheder for at *udføre* det konkrete arbejde i eget regi. I så fald skal tilbud på de entrepriser, som skal udføres eksternt, indhentes efter tilbudsloven, såfremt udbyderen er omfattet af tilbudslovens § 1, stk. 2. Det kan fx være almenboligsektorens kontrakter om støttet nybyggeri, eller en privat bygherre ved støttet byggeri, hvor det i vedkommende støttelovgivning eller i støttetilsagnet er fastsat, at arbejdet ikke må udføres i eget regi.

Afhængig af de konkrete omstændigheder kan tilbudsgivere dog klage over en proces, der indebærer at en udbyder uberettiget har ulejliget dem med at udregne tilbud, selv om udbyderen på forhånd havde til hensigt at beholde opgaven in house. Det følger nemlig af tilbudslovens § 14, stk. 1, at en udbyder ikke kan annullere en licitation eller underhåndsbud, hvis der ikke er en saglig grund hertil. Udbyderen må ikke afholde et udbud på skrømt.

8 Tildeling af kontrakt, tilbudslovens § 8

8.1 De to overordnede tildelingskriterier

Udbyderen skal oplyse hvilket tildelingskriterium, der vil blive anvendt ved tildeling af ordren. Til forskel fra den tidligere licitationslov men i lighed med EU-direktiverne opererer tilbudsreglerne med to tildelingskriterier, nemlig

- den laveste pris (priskonkurrence), eller
- det økonomisk mest fordelagtige bud (kvalitetskonkurrence).

Det er vigtigt, at man nøje følger tilbudslovens sondring mellem de to hovedkriterier. Selv om udbyder har ønsket at afholde en kvalitetskonkurrence, kan Klagenævnet behandle udbuddet som en priskonkurrence, hvis hovedkriteriet ikke er angivet præcist.

Ved en kvalitetskonkurrence skal hovedkriteriet være fulgt af en række underkriterier, jf. nedenfor i 8.2. Hvis der ikke er angivet sådanne underkriterier, vil udbuddet blive behandlet som en *pris*-konkurrence, hvilket bl. a. får betydning for, om der kan forhandles med andre end lavestbydende

Klagenævnets kendelse af 27. februar 2002 (Vindtek)

Der blev klaget over, at udbyderen som underkriterier til tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud havde anvendt bemanning og overholdelse af fastsat tid.

Klagenævnet tog klagen til følge, idet nævnet anførte, at et underkriterium kun er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud og derfor kun lovligt kan anvendes, hvis underkriteriet har relation til oplysninger, som efter licitationsbetingelserne skal være indeholdt i tilbuddene, og at tilbuddene ikke skulle indeholde oplysninger om mandskab eller tilbudsgiverens overholdelse af den fastsatte tid. Der var derfor ikke tale om et "lovligt" underkriterium.

Klagenævnet sagde endvidere, at "delpriser" ikke kunne bruges som underkriterium. idet tilbuddenes angivelse af delpriser alene var en beskrivelse af, hvorledes den samlede tilbudssum fremkom, hvorfor oplysningerne om delpriser ikke, således som licitationen var gennemført, var egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud. Klagenævnet konkluderede med hensyn til tildelingskriteriet, at udbyderen ikke havde fastsat andre lovlige underkriterier end prisen, og at tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud derfor ikke kunne anvendes.

De to tildelingskriterier finder anvendelse såvel ved offentlig og begrænset licitation som ved underhåndsbud:

- a. Ved **offentlig licitation** skal udbyderen i udbudsannoncen angive, hvilket af de to tildelingskriterier der vil blive anvendt ved tildeling af ordren, jf. lovens § 8, stk. 2.
- b. Ved **begrænset licitation** skal denne oplysning gives henholdsvis i udbudsannoncen (ved prækvalifikation) og i indbydelsen til at afgive bud (uden prækvalifikation), jf. lovens § 6, stk. 2 og 3.

- c. Ved **underhåndsbud** skal udbyderen i forbindelse med indhentning af tilbud angive, hvilket af de to tildelingskriterier der vil blive anvendt ved tildeling af ordren, jf. lovens § 12, stk. 5.

Det netop nævnte refererer alene til de to *hovedkriterier*. Nedenfor i 8.2. uddybes reglerne for *underkriterier* ved kvalitetskonkurrencer.

Disse regler gælder alle udbydere, uanset om der er tale om offentlige eller støttede bygherrer eller hovedentreprenører mv.

Ved valget mellem de to tildelingskriterier bør udbyderen gøre sig overvejelser blandt andet om følgende forhold:

- om den konkrete opgave kan defineres og beskrives detaljeret eller ved den ønskede funktion,
- om den konkrete opgave angår byggetekniske standardløsninger eller kræver individuelle løsninger,
- om udbyderen ønsker, at der konkurreres på andre forhold end pris.

Når udbyderen har valgt at anvende tildelingskriteriet laveste bud, er han forpligtet til at tildele ordren til den tilbudsgiver, hvis tilbud er konditionsmæssigt og lavest, jf. dog nedenfor om alternative bud, medmindre udbuddet annulleres. I denne situation kan der kun forhandles med lavestbydende.

Når udbyderen har valgt at anvende tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, er han forpligtet til at tildele ordren til den tilbudsgiver, hvis tilbud er konditionsmæssigt og samlet set det økonomisk mest fordelagtige for udbyderen.

Udbyderen kan annullere udbuddet, hvis der foreligger en saglig grund hertil. Hvis udbuddet annulleres, kan udbyderen afholde en ny licitation. I visse tilfælde kan udbyderen i stedet indhente underhåndsbud, hvis betingelserne herfor er opfyldt, jf. fx kapitel 4.4.2.

8.2 Underkriterier ved en kvalitetskonkurrence, § 8, stk. 2

Underkriterier beskriver de specifikke forhold, som udbyderen vil basere sin vurdering af de indkomne tilbud ud fra, og som vil være afgørende for bedømmelsen af, hvilket tilbud der er "det økonomisk mest fordelagtige bud".

Ikke mindst har udbyderen mulighed for at lade tilbudsgiverne konkurrere på f.eks. kvalitet eller byggetid. Udover pris kan udbyderen vælge at lægge vægt på underkriterier som betryggende kvalitetssikring i det konkrete byggeri, miljøhensyn, logistik, arkitektur (ved totalentreprise der også omfatter rådgivningsydelsen), tilgængelighed for handicappede, byggetid.

Kravet om anvendelse af underkriterier og disses vægtning/prioritering gælder ikke ved indhentning af *underhåndsbud*, jf. lovens § 12, stk. 5. Men også ved *underhåndsbud* har tilbudsgivere ret til en begrundelse, hvoraf det fremgår, at udbyderens valg af tilbudsgiver er sket på et fair og objektivt grundlag.

Ved en kvalitetskonkurrence må opgavens design, kvalitet osv. ikke være så detaljeret beskrevet, at der reelt kun er prisen at konkurrere på. Udbyderen bør i højere grad beskrive den funktion, som ønskes opnået end fastsætte detaljerede krav til tilbuddene, således at der konkurreres på den bedste løsning frem for på pris.

Ved fastsættelse af underkriterier, der ikke er snævert forretningsmæssige, kan det være hensigtsmæssigt for udbyderen at overveje, hvorledes opfyldelsen af kriteriet vil påvirke de tilbudte priser.

8.2.1 Hvilke underkriterier kan anvendes

Baggrunden for indførelsen af kriteriet *økonomisk mest fordelagtige bud* i tilbudsreglerne er ønsket om at øge kvaliteten og produktiviteten i byggeriet ved at lede opmærksomheden væk fra den rene priskonkurrence.

Således giver kriteriet økonomisk mest fordelagtige bud mulighed for konkurrence på flere forskellige underkriterier. Udbudsmaterialet må derfor give tilbudsgiverne et vist spillerum, således at tilbudsgiverne har mulighed for at fremkomme med *individuelle løsningsforslag*.

Ved anvendelse af tildelingskriteriet økonomisk mest fordelagtige bud i offentlige eller begrænsede udbud er det et krav, at udbyderen i udbudsannoncen eller udbudsbetingelserne angiver, hvilke *underkriterier* han vil lægge vægt på ved tildelingen af ordren, og underkriteriernes *indbyrdes vægt*. Reglerne om vægtning er beskrevet nedenfor i 8.2.2.

Ved sammenligningen af tilbuddene må udbyderen ikke tage hensyn til andre kriterier eller ændre vægtningen (eller i undtagelsestilfældene prioriteringen). Dette gælder også i forhandlingsfasen, hvor der forhandles med flere tilbud.

Loven hindrer ikke udbud med given pris/*omvendt licitation*, hvor det fra starten er meldt ud, hvad en opgave må koste. Denne udbudsform kan vælges, hvis udbyderen ønsker, at der konkurreres på kvalitative forhold.

De underkriterier, som er nævnt i lovens § 8, stk. 1, nr. 2, udgør ikke en udtømmende opregning. Mange af eksemplerne er taget fra udbudsdirektivet, der heller ikke har en udtømmende opstilling.

Ved valget af underkriterier skal princippet om ikke-diskriminering naturligvis overholdes.

Endvidere skal de anvendte underkriterier samlet set være egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige bud.

Det er et krav, at underkriterierne afspejler det øvrige udbudsmateriale. Når udbudsmaterialet ikke kræver *oplysning fra tilbudsgiverne* om eksempelvis bemanning på opgaven eller overholdelse af fastsat tid, er det i strid med tilbudsreglerne at fastsætte underkriterier om disse forhold og derfor også at anvende sådanne kriterier ved tildelingen af opgaven. Tilbuddene skal altså bedømmes ud fra deres eget indhold. Man kan ikke give ekstra point for kvaliteter, som alene bygger på udbyderens generelle kendskab til en given tilbudsgiver, men som ikke er indbygget i det forpligtende tilbud. Det får derfor betydning, om angivelserne i et tilbud fx om service/vedligeholdelse er omfattende og detaljerede, så det bliver klart, om tilbudsgiveren bliver forpligtet til en høj kvalitet.

Der kan ikke fastsættes underkriterier, hvis det ikke er muligt for ordregiveren at føre en effektiv kontrol af nøjagtigheden af tilbudsgivernes oplysninger om vedkommende forhold.

I tilbudslovens § 8 er *miljøhensyn* udtrykkeligt medtaget blandt eksemplerne på underkriterier. Underkriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand. Det er eksempelvis lovligt at tage hensyn til miljøkriterier, som vedrører forureningsgraden i relation til kontraktgenstanden, fx

inden for det geografiske område, kontrakten vedrører, hvorimod det ikke vil være lovligt at tage hensyn til, om tilbudsgiveren i anden sammenhæng forurener mere eller mindre.

EF-Domstolens afgørelse i sag 513/99 om miljøhensyn (Concordia)

Helsingfors Kommune havde i henhold til tjenesteydelsesdirektivet udbudt den kollektive trafik busdrift i forskellige udbudspakker. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud, og et af delkriterierne var forskellige miljøparametre i forbindelse med busmateriellet. I en af udbudsforretningerne blev kontrakten tildelt kommunens eget busselskab, hvilket affødte en klage fra en af de andre bydende, et privat busselskab.

Klagen gik ud på, at delkriterierne vedrørende bussernes emission af nitrogenoxid og støjniveau var ulovlige, bl.a. fordi de ikke var af økonomisk karakter. Kommissionen støttede klageren og fremførte blandt andet, at alle kriterier skal være "snævert" forbundne med kontraktens genstand og indebære en "økonomisk fordel", der kommer udbyderen til gode. EF-Domstolen udtalte, at et kriterium ikke kun kan vedrøre de snævre forretningsmæssige interesser hos udbyderen, men vedrøre bredere samfundsmæssige hensyn. Domstolen udtalte således, at det ved tildeling er lovligt at tage hensyn til miljøkriterier, som vedrører forureningsgraden i relation til kontraktgenstanden, hvorimod det ikke vil være lovligt at tage hensyn til, om tilbudsgiveren i anden sammenhæng forurener mere eller mindre.

At kravet om forbindelse til kontraktgenstanden ikke skal fortolkes fuldstændigt snævert havde EF-Domstolen allerede tilkendegivet i sag C-225/98, hvor EF-Domstolen accepterede, at også sociale hensyn kan gøres til et konkurrenceparameter.

EF-Domstolens sag C-225/98 Sociale hensyn

Kommissionens påstod i denne sag, at udbudsdirektivets regler for tildelingskriterier var overtrådt med et underkriterium, der vedrørte beskæftigelsehensyn.

Domstolen tog ikke denne påstand til følge. Domstolen udtalte, at direktivet ikke udelukker, at de ordregivende myndigheder kan benytte en betingelse om bekæmpelse af arbejdsløshed som et kriterium.

Det var dog en forudsætning, at betingelsen er i overensstemmelse med alle de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling, som dette følger af traktatens bestemmelser om etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser.

Dommen udtalte endvidere, at den allerede i 1988 i Beentjes-dommen (sag C-31/87) havde accepteret et tildelingskriterium om beskæftigelse af langtidsledige.

Det kan være for uigennemsigtigt blot at have et underkriterium om, hvor der tildeles point efter, *hvor mange* langtidsledige uden nogen referenceramme. Der kan i givet fald indsættes et fravigeligt antal, en referenceramme, i udbudsbetingelserne, jf. ovenfor kapitel 6, fx at ordremodtageren skal ansætte X personer på af en nærmere angivet kategori af udsatte medarbejdere, og så gøre

det til et *underkriterium*, hvor tilbudsgiverne konkurrerer om at være bedst i forhold til denne ramme.

Af hensyn til gennemsigtigheden vis a vis potentielle tilbudsgivere bør det ved en annonceret licitation allerede af annoncen fremgå, at sociale kriterier vil indgå som et kontraktvilkår eller konkurrenceparameter.

En undtagelse fra pligten til at antage det bedste bud.

§ 8, stk. 3, giver adgang til at forkaste et tilbud, når tilbudsgiveren med overvejende sandsynlighed ikke kan forventes at leve op til tilbuddet.

Bestemmelsen har samme funktion som udbudsdirektivets artikel 55 om unormalt lave bud. Der er tale om en undtagelse fra udgangspunktet om, at ordren skal tildeles det bedste tilbud. Bestemmelsen skal derfor fortolkes indskrænkende. Bestemmelsen kan ikke bruges til at tage en *tidligere foretaget udvælgelse* af tilbudsgiverne op til revurdering, uanset om udvælgelsen er sket ved direkte henvendelse efter § 6, stk. 3, eller på grundlag af udvælgelseskriterier/mindstekrav efter § 6, stk. 1 og 2. Bestemmelsen kan således alene anvendes på forhold, som udbyderen ikke kunne eller burde have taget stilling til ved udvælgelsen af tilbudsgiverne. Det kan der fx være tale om ved en offentlig licitation, hvor en tilbudsgiver viser sig at være under konkursbehandling.

8.2.2 Vægtning af underkriterier

Generelt om vægtning

Ordregiver *skal* som udgangspunkt altid anføre i udbudsbetingelserne, hvordan de valgte underkriterier *relativt vil blive vægtet* med henblik på at afgøre, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige. At der skal foretages en vægtning af de valgte underkriterier udelukker ikke, at udbyder kan vælge at ligestille to eller flere af kriterierne.

Hvor det *ikke er muligt* at vægte underkriterierne i forvejen, skal ordregiver angive kriterierne i *prioriteret rækkefølge* med det vigtigste først. Der er her tale om en undtagelsesbestemmelse. Prioritering uden vægtning kan således kun ske i særlige tilfælde, især på grund af kontraktens kompleksitet, og ordregiver skal kunne påvise, at det ikke er muligt at vægte underkriterierne. Det er ikke tilladt at anvende underkriterier, der ikke (mindst) er prioriterede.

Vægtningen er med til at sikre ligebehandlingen af tilbudsgivere og gør tildelingen mere gennemsigtig.

Kravet om indbyrdes vægtning af underkriterierne er nyt. I udbudsdirektivet er der en tilsvarende bestemmelse, jf. udbudsdirektivets [art. 53, stk. 2](#).

Formålet er dels at styrke gennemsigtigheden allerede ved udbuddets start, således at tilbudsgivere kan bedømme et udbuds relevans, dels at styrke tilbudsgivernes retssikkerhed og undgå, at en udbyder efter at have modtaget tilbuddene tilrettelægger sammenligningen til fordel for en bestemt tilbudsgiver. En vægtning af underkriterierne kan også være til fordel for udbyderen, fordi den mere præcise angivelse af, hvad udbyderen lægger vægt på kan forøge muligheden for at opnå brugbare bud.

Vægten af et underkriterium kan angives i rammer

Vægtningen af underkriterierne kan angives ved fastsættelse af en *ramme med et passende maksimalt* udsving. Det giver dog tilbudsgiverne den bedste indikation af, hvad det er udbyderen efterspørger, hvis den præcise vægtning allerede angives i udbudsmaterialet.

Det er ikke i tilbudsloven eller direktivet nærmere angivet, hvordan rammerne kan fastsættes, ligesom der ikke er fastsat nogen fremgangsmåde for anvendelsen af disse. Der foreligger i øjeblikket ingen praksis på området, og det er således uafklaret, hvilke rammer ordregiver kan anvende, og hvor stort udsving de kan have.

Det må dog forudsættes, at der er en grænse for, hvor store udsving der kan anvendes. Bliver udsvingene for store, bliver det for uigennemsigtigt for tilbudsgivere, hvad der lægges vægt på ved tildelingen, ligesom ordregiver får en for stor frihedsgrad. Et udsving på ± 10 procent point må umiddelbart antages at være maksimum.

Konkurrencestyrelsen kan ved brug af rammer anbefale,

- at udsvinget begrænses, men dog ikke holdes så lavt, at det kun får en marginal betydning,
- at der ved fastsættelsen af rammerne tages hensyn til antallet af underkriterier, således udsvinget ikke bør være større end vægten på underkriteriet,
- at en ramme ikke angives således, at underkriteriet eventuelt kommer til at vægte 100 procent eller helt bortfalder, fx "0-10 procent",
- at der ved fastsættelsen af rammerne ikke gives mulighed for at nedtone de kvalitative kriterier i en sådan grad, at der reelt bliver tale om en priskonkurrence, og
- at modellen gøres så enkel som muligt, for at det ikke bliver uoverskueligt for ordregiver selv og tilbudsgivere.

Udsvingene behøver ikke være ens for samtlige underkriterier, og enkelte kriterier kan angives uden udsving. Fx kan vægtningen af prisen ligge fast, således at udsving alene forekommer på de øvrige underkriterier.

Den samlede **anvendte** vægtning skal dog altid give 100 procent.

Der er en formodning for, at den rækkefølge, de i rammer vægtede kriterier anføres i, ikke ændres ved den præcise vægtning. Udbyderen må derfor i givet fald kunne dokumentere, at der var saglige grunde til at ændre rækkefølgen ved den endelige vægtning.

Ordregiver skal benytte præcis den samme vægtning ved bedømmelsen af alle tilbud. Når der forhandles med flere licitationsbud, jf. kapitel 8.4, skal der anvendes præcist samme vægte til at fravælge de tilbudsgivere, der ikke vil blive inviteret til forhandlinger, og til at vælge mellem forhandlingspartnerens (evt.) reviderede tilbud.

Når det af udbudsmaterialet fremgår, hvilken **pointskala** der vil blive brugt i forhold til de enkelte (vægtede) underkriterier, kan udbyderen ikke ved sammenligningen af tilbuddene anvende en afvigende pointskala.

Rangordenen af de indkomne tilbud kan afhænge af den indbyrdes vægt, som udbyderen vælger at sammenligne tilbuddene ud fra. Når vægtene i udbudsmaterialet var angivet i rammer, skal den endelige vægtning ske ud fra *saglige og objektive* kriterier. Udbyderen kan altså ikke fastlægge vægtene, så de bedst muligt begunstiger udbyderens favorit.

En udbyder må være forberedt på, at forbigåede tilbudsgivere anmoder om en *begrundelse* for, hvordan rammerne rent faktisk blev udfyldt, jf. om begrundelser i kapitel 9.

Er udbyderen tvunget til at antage det bud, der får flest point?

Konkurrencestyrelsen er blevet spurgt om mulighederne for at tillade en udbyder at indbygge en egentlig "dumpekarakter" i udbudsmaterialet, således at en udbyder, som er under et tidspres, ikke nødsages til at antage et tilbud, som har fået flest point, men indeholder en løsning eller arkitektur, som udbyderen direkte er imod.

Som nævnt kan en udbyder altid annullere et udbud, hvis der er en saglig grund. Det kan fx være, at det "vindende" tilbud har et æstetisk indhold, som udbyderen ikke ønsker at stå som bygherre for. Eller at det vindende tilbud har nogle funktionelle fejl, som ikke er blevet fanget af udbudsmaterialet, fordi der var tale om et utraditionelt løsningsforslag.

Hvis en udbyder ved et udbud af en totalentreprise ønsker at tilgodese byggeriets arkitektur, kan dette tilkendegives ved at gøre arkitektur til et underkriterium med en relativt stor vægt. Vægten kan angives i rammer, fx mellem 20 og 40 %. Inden for dette udsving har udbyderen da mulighed for at fastsætte den præcise vægt af underkriteriet ud fra en vurdering af, om de indkomne tilbud har et tilfredsstillende arkitektonisk indhold. Dette vil efter Konkurrencestyrelsens opfattelse være en saglig vægtning.

Derimod ville en adgang til at give dumpekarakter, som ikke bygger på en dokumenterbar vægtning, åbne op for vilkårlighed. Dette vil være i strid med princippet om, at tilbud skal sammenlignes på et objektivt grundlag.

Hvis en udbyder allerede i den tidlige planlægningsfase kan forudse, at byggeriets arkitektoniske fremtoning er særlig vigtig, kan udbyderen selv forestå valget af den arkitektoniske løsning, evt. efter en arkitektkonkurrence, og indbygge løsningen i kravspecifikationen.

8.3 Alternative tilbud og forbehold, tilbudslovens §§ 2 og 9

Forbehold er ikke særskilt reguleret i udbudsdirektiverne eller i tilbudsloven. Forbehold styres derfor af reglerne om alternative bud sammenholdt med reglerne for ligebehandling af tilbudsgiverne.

Afviselser fra udbudsmaterialet behandles i udgangspunktet ens, uanset om der er tale om tilbudsgiverens betingelser for at vedstå sit tilbud (forbehold) eller tilbudsgiverens forslag til alternative opgaveløsninger (alternative bud).

8.3.1 Alternative bud, tilbudslovens § 9

Der er tale om alternative bud, hvis udbudsmaterialet både indeholder en beskrivelse af den løsning, udbyderen forestiller sig, og samtidig tillader tilbudsgiverne at komme med et af dem selv udformet alternativt løsningsforslag.

Uanset om der er tale om priskonkurrence eller kvalitetskonkurrence, skal de alternative bud rangordnes sammen med de øvrige konditionsræssige bud i overensstemmelse med tildelingskriterierne. Der kan således ikke antages et alternativt bud, som ikke er bedre end de øvrige bud. En udbyder har dog aldrig pligt til at antage et alternativt bud.

Den fra 2005 gældende regel i Udbudsdirektivet om, at udbyderen udtrykkeligt skal have tilladt, at der afgives alternative bud, er ikke overført til tilbudsloven. Tilbudsloven kræver dog fortsat, at det alternative bud skal være i overensstemmelse med visse, i udbudsmaterialet angivne mind-

stekrav, hvilket normalt forudsætter at udbyderen i et vist omfang har taget stilling til muligheden for alternative bud, således at adgangen til alternative bud kan indfortolkes i udbudsmaterialet. Hvis udbudsmaterialet ikke giver grundlag for en sådan fortolkning, skal et afvigende bud afvises, med mindre andet følger af reglerne for forbehold, jf. nedenfor i 8.3.2.

Foreligger der et alternativt bud?

Som netop nævnt skal alternative bud i sammenligningsfasen rangordnes med de øvrige bud. Dette gælder imidlertid ikke, hvis det fremgår af udbudsmaterialet, at udbyderen har udskrevet to parallelle konkurrencer (sideordnet licitation). Iflg. Klagenævnets kendelse af 3. juni 2003 (se boksen) er der i udgangspunktet tale om en sideordnet licitation, hvis udbyderen selv i detaljer har angivet to eller flere præcise løsninger, som der ønskes separat(e) bud på,

Sideordnet licitation

Klagenævnet udtalte i kendelse af 3.6. 2003 (Haderslev Tæppelager), der drejede sig om en priskonkurrence:

”Uanset at indklagede i licitationsbetingelserne vedrørende gulventreprisen har anvendt betegnelsen »alternativer«, er der efter licitationsbetingelserne tale om, at indklagede har besluttet at udbyde 2 sideordnede gulventrepriser – en entreprise, hvor gulvet i multisal S-3 har gulvbelægningen linoleum (entreprise I), og en entreprise, hvor gulvet i multisal S-3 har gulvbelægningen »Junckers 14 mm massiv bølgeparket færdiglakeret type Harmony« (entreprise II), således at tilbudsgiverne efter licitations-betingelserne for at opfylde disse betingelser skulle afgive tilbud på begge entrepriser.

Det er således udbyderen, der har taget initiativet til at iværksætte en sideordnet licitation med hensyn til 2 entrepriser med hver deres licitationsbetingelser, og ikke tilbudsgiverne der under en licitation har taget initiativ til at afgive »alternative tilbud«. Tilbudslovens § 9, der omhandler tilfælde, hvor tilbudsgivere tager initiativ til at afgive tilbud med alternative løsninger, finder derfor ikke anvendelse.

Når en udbyder har iværksat sådanne 2 sideordnede licitationer, påhviler det udbyderen, når udbyderen er blevet bekendt med tilbudspriserne for de 2 licitationer og har

vurderet dem, at beslutte sig for, hvilken af de 2 alternative entrepriser, der ønskes udført. Når udbyderen har truffet denne beslutning, påhviler det derefter udbyderen ved anvendelse af det fastsatte tildelingskriterium at træffe beslutning om, hvem der skal indgås kontrakt med, jf. tilbudslovens § 8, stk. 1.”

Det fremgår således af kendelsen, at udbyderen ikke kan føre parallelle forhandlinger om de sideordnede løsninger. Udbyderen skal først beslutte, hvilken løsning der ønskes, og inden for denne løsning tildeles ordren så efter reglerne i lovens § 8 ff.

Hverken tilbudsloven eller udbudsdirektivet indeholder regler om sideordnede licitationer. Også efter tilbudsloven er sideordnede licitationer lovlige, jf. 2003-kendelsen, men denne måde at indhente tilbud på må ikke bruges til at omgå lovens formål om at skabe gennemsigtighed og sikkerhed for en fair sammenligning af tilbuddene.

Adgang til at byde på alternative organisationsformer gør ikke et udbud til et sideordnet udbud, jf. Klagenævnets kendelse af 30. november 2004:

Udbyderen skulle gennemføre licitationen efter tildelingskriteriet »laveste bud«. Der var ikke tale om en sideordnet licitation, dvs. en licitation, hvor der kan afgives tilbud på forskellige udførelsesmetoder eller lignende. Derimod havde udbyderen ved at åbne mulighed for tilbud på både de enkelte fagentrepriser og på alle entrepriser under ét givet mulighed for tilbud, hvis priser iflg. Klagenævnet ikke var umiddelbart sammenlignelige. For at sikre gennemsigtigheden havde udbyderen derfor haft pligt til at angive helt nøjagtigt i licitationsbetingelserne, hvordan tilbudspriserne ville blive sammenlignet. Udbyderen havde imidlertid ikke gjort dette, men havde blot (i overensstemmelse med en praksis fra licitati

onsloven) lagt et styringssalær på 5 % til summen af de laveste tilbudspriser for fagentrepriserne, uden at det fremgik af licitationsbetingelserne, at udbyderen ville gøre dette.

Alternative bud ved kvalitetskonkurrencer

Grænsen mellem alternative bud og "enstrengede" kvalitetskonkurrencer er ikke altid klar. Ved kvalitetskonkurrencer afhænger det af den præcise udformning af udbudsmaterialets kravspecifikation og af tildelingskriterierne, om en udbyder har *ret* til at se bort fra et alternativt bud, eller om afvigelserne i forhold til udbyderens tilkendegivelser vedrører kvalitative forhold, som naturligt indgår i konkurrencegrundlaget. Udbyderen har således ikke ret til at se bort fra et tilsyneladende alternativt bud, hvis udbudsmaterialets overordnede beskrivelse af opgaven blot er angivet som et eksempel, der markerer, at her er et område, hvor der kan konkurreres.

I tvivlstilfælde kan tilbudsgivere i en spørgerunde få afklaret, hvorledes udbudsmaterialet skal forstås.

Hvilke regler gælder for alternative bud ved priskonkurrencer

Tilbudsloven tillader også alternative bud ved rene priskonkurrencer. Ved priskonkurrencer kan et alternativt bud fx vedrøre *organisationsformen*, altså spørgsmålet om at vælge mellem hoved-, stor- og fagentrepriser. Også her kan adgangen til at afgive et alternativt bud imidlertid være afskåret ved den måde hvorpå udbudsbetingelserne er udformet.

Spørgsmålet om en afvigelse fra udbudsmaterialet kan accepteres, fordi den udgør et alternativt bud, kan også opstå i forbindelse med sammenkædningen af flere delkontrakter, som ikke indebærer en ændret entreprisform. Det var der tale om i Klagenævnets kendelse af 19. december 2003 (Støvring Kommune). Udbyderen havde i udbudsmaterialet givet tilbudsgivere mulighed for at tilbyde prisreduktion, hvis en tilbudsgiver fik alle delkontrakter. Men Klagenævnet udtalte, at man da i den situation ikke kunne tilbyde en prisreduktion også for det tilfælde at man kun fik 2 af entrepriserne.

Ved priskonkurrencer kan udbyder ikke her tage (eller forhandle om) et alternativt bud, hvis det er dyrere end et andet tilbud, jf. kendelse af 30. november 2004.

Hvis der ved priskonkurrencer er afgivet et alternativt løsningsforslag, kan afvigelsen ikke bruges til at udbyder rangordner det alternative bud foran et overensstemmende bud. Ved priskonkurrencer kan der aldrig tages hensyn til en afvigelse ved sammenligningen af buddene.

8.3.2 Forbehold

Foreligger der et forbehold?

Allerede det at fastlægge, om der foreligger et forbehold, kan give anledning til usikkerhed.

Ikke alle præciseringer udgør forbehold

I kendelse af 31. januar 2005 udtalte Klagenævnet, at den indklagede bygherre med urette havde anset en række *præciseringer* for at være forbehold, som ville give bygherren ret til at afvise tilbuddet.

Afgørende for, om der er tale om forbehold, synes efter kendelsen bl.a. at være, om vedkommende tilbudsgiver kan påberåbe sig en tilsyneladende afvigelse fra udbudsbetingelserne, eller om bygherren kan kræve arbejdet udført i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Med den kendelse er det altså ikke kun tilbudsgiveren, der bærer *risikoen for enhver uklarhed i tilbuddet*. Bygherren kan kun afvise et tilbud, såfremt der er en saglig grund til at anse en uklarhed for at dække over et forbehold, og at det som følge formuleringen i tilbuddet er usikkert, om bygherren kan pålægge tilbudsgiveren at udføre opgaven i overensstemmelse med udbudsbetingelserne.

Tilbudsgivere bærer dog en risiko for uklare tilbud

I kendelse af 26. november 2004 udtalte Klagenævnet, at det er en tilbudsgivers risiko, at bemærkninger i et tilbud betragtes som et forbehold, idet en udbyder har pligt til at identificere og om muligt prissætte alle forbehold med henblik på at sikre en ligelig behandling af tilbudsgiverne.

Klagenævnet fandt på denne baggrund, at indklagede ved udløbet af fristen for afgivelse af tilbud skulle vurdere den brede formulering i klagerens tilbud om, at der eventuelt skal justeres på tidsplanen, som et forbehold, som bl.a. kunne få den konsekvens, at indklagede ikke ville være berettiget til at opkræve dagbod i overensstemmelserne med det fastsatte i udbudsbetingelserne, såfremt der blev indgået kontrakt med klageren, og klageren blev forsinket med arbejdet.

Forbehold vedrørende ikke-grundlæggende elementer i udbudsmaterialet

Tilbudsgiverorganisationerne har vedtaget en række standardforbehold. Disse forbehold udfylder eller præciserer bestemmelserne i AB 92. Klagenævnet har i mange tilfælde accepteret, at disse standardforbehold ikke vedrører grundlæggende elementer i udbudsmaterialet. Udbudsmaterialet kan dog være udformet på en sådan måde, at de afskærer tilbudsgiverne fra at tage et givet forbehold. Der kan fx være tale om, at udbudsmaterialet tydeligt pålægger tilbudsgiveren en bestemt adfærd eller en økonomisk risiko, som vil være i strid med det relevante standardforbehold.

Eller det kan mere generelt i udbudsmaterialet være udtrykkeligt foreskrevet, at der ikke modtages forbehold af nogen art.

Klagenævnets praksis vedrørende visse *standardforbehold* illustreres bl. a. af følgende:

Kendelse af 26. november 2004

En tilbudsgiver, der tager forbehold, har risikoen for, om forbeholdet er uklart. Et punkt i standardforbehold om garanti kunne ikke prissættes, hvorfor udbyders afvisning af tilbudet var sket med rette. Et forbehold om tidsplan angik et grundlæggende element, og efterfølgende kontakt om forbeholdet var overtrædelse af forhandlingsforbudet og ligebehandlingsprincippet. Udbudsbetingelsernes angivelser om vinterforanstaltninger var uklare, og et forbehold vedrørende vinterforanstaltninger angik derfor ikke et grundlæggende element.

Kendelse af 9. juni 2004

Klagenævnet udtalte, at den danske tradition med at bortforhandle standardforbehold ikke kan tillægges betydning i forhold til, om forbeholdet gør tilbuddet ukonditionsmæssigt.

Kendelse af 31. januar 2005

Klagenævnet henviste til, at et forbehold om vinterforanstaltninger kun vil angå et grundlæggende element, hvis der foreligger helt særlige forhold ved den udbudte opgave, og sådanne helt særlige forhold forelå ikke, bl.a. fordi den væsentligste del af arbejdet skulle udføres i en eksisterende bygning. Videre henvist til, at et forbehold om vinterforanstaltninger som udgangspunkt kan prissættes med fornøden sikkerhed, og der forelå ikke særlige omstændigheder, der kunne føre til fravigelse af dette udgangspunkt. Om selve prissætningen henviste Klagenævnet til, at Bygge- og Boligstyrelsens vejledning om vinterbyggeri anviser en budgettering af udgiften til vinterforanstaltninger svarende til 3 % af håndværkerudgifterne. Da der var tale om ombygning af en eksisterende bygning, måtte forbeholdet vedrørende vinterforanstaltninger prissættes til i hvert fald 1½ % af håndværkerudgifterne, dvs. til et væsentligt højere beløb end det beløb, som udbyderen havde prissat forbeholdene til.

Prissætning af forbehold vedrørende ikke-grundlæggende elementer

Det følger af Klagenævnets faste praksis, at et tilbud, der indeholder afvigelser/forbehold af økonomisk værdi (som ikke vedrører grundlæggende elementer) kun kan antages, hvis det prissættes, så tilbuddet kan indgå i en fair sammenligning af alle tilbud. Se eksempelvis den netop nævnte kendelse af 31. januar 2005 om prissætning af et forbehold om vinterforanstaltninger.

Prissætningen skal foretages ud fra saglige og objektive kriterier, der bygger på erfaringer med den givne type håndværkerudgifter. Det er ikke muligt for bygherren at få tilbudsgivernes forhåndsaccept af en given prissætning, for der kan ikke forhandles om denne prissætning, og et forbehold, der ikke kan prissættes ensidigt af bygherren, gør hele tilbuddet ukonditionsmæssigt. Bygherren har bevisbyrden over for de forbigåede tilbudsgivere for, at prissætningen er sket så præcist, som det var muligt på tidspunktet for sammenligning af tilbuddene.

Dette er baggrunden for, at Klagenævnet ikke gør det til en *pligt* for bygherren at kapitalisere et forbehold og således antage tilbuddet, hvis det også efter kapitaliseringen var det bedste.

Klagenævnet kan efterprøve, om der bruges saglige og objektive kriterier for kapitaliseringen, som sandsynliggør, at den kapitaliserede værdi er korrekt.

Helt undtagelsesvis kan der dog være situationer, hvor udbyderen ikke vil være berettiget til at se bort fra et tilbud med forbehold:

Bagatelagtige forbehold mv.

Klagenævnet har i en kendelse af 26. november 2004 anført, at der kan være forbehold af en så bagatelagtig karakter, at en bygherre ikke vil være berettiget til at bortse fra tilbuddet. I overensstemmelse hermed er det i bemærkningerne til forslaget til den nye tilbudslov anført, at en bygherre ikke må bruge sit skøn vedrørende forbeholdet i strid med almindelige grundsætninger om proportionalitet og saglighed. Det offentligretlige princip om forsvarlig økonomisk forvaltning gælder også ved tildeling af bygge- og anlægskontrakter.

I november 2004-kendelsen siger Klagenævnet, at en bygherre på forhånd kan have afskåret sig fra at forkaste tilbud med forbehold. I så fald udgør et forbehold imidlertid ikke en "afvigelse" fra udbudsbetingelserne og påvirker derfor ikke et tilbuds konditionsmæssighed.

8.4 Forhandlingsmodellen, lovens § 11

Priskonkurrencer

Ved priskonkurrencer kan udbyderen kun forhandle med det laveste bud, jf. lovens § 10. Selv om udbudsbetingelserne anvender tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, behandles licitationen dog som en priskonkurrence, hvis der reelt ikke er andre underkriterier end prisen.

Kvalitetskonkurrencer

Udbyderen kan også efter 2005-tilbudsloven forhandle med *flere* tilbudsgivere i forbindelse med et udbud efter kriteriet økonomisk mest fordelagtige bud, jf. § 11.

Regler for forhandling ved kvalitetskonkurrencer er dog ændret med henblik på at skærpe konkurrencen om selve licitationsbuddene og spare ressourcer både på tilbudsgiver og udbydersiden. I *stk. 1* er fastsat, at udbyder *ikke kan forhandle med mere end 3 tilbudsgivere*.

Det antal tilbudsgivere, der ønskes forhandlet med, udvælges ved at rangordne alle forskriftsmæssige bud på grundlag af det indhold, de havde ved åbningen af buddene.

Det kan undertiden være nødvendigt med en teknisk afklaring om tekniske elementer i et forslag for at foretage denne rangordning, men dette giver ikke udbyderen ret til at bruge en eventuel kontakt til tilbudsgivere til en egentlig forhandling. Tilbudsgiverne kan ikke i en teknisk afklaringsfase – uopfordret eller med udbyderens billigelse – fremsende et revideret bud – rangordningen skal ske ud fra de *ved licitationen* afgivne bud.

Udbyder kan vælge at inddrage alternative bud i forhandlingerne. Et alternativt bud kan dog kun komme med blandt de (op til) 3 bud, der forhandles om, hvis det ved sammenligningen og pointgivningen er blandt de 3 bedste bud. Hvis et alternativt bud ikke inddrages, frigøres tilbudsgiveren automatisk.

I rangordningen kan ikke indgå tilbud, som udbyderen har pligt til ikke at tage i betragtning, fordi det indeholder elementer, der samlet eller hver for sig udgør en væsentlig afvigelse fra udbudsmaterialet: Et ukonditions-mæssigt element kan ikke forhandles bort. Der kan tages hensyn til tilbud, der ikke afviger fra væsentlige elementer i udbudsmaterialet, hvis afvigelsen er kapitaliseret, jf. ovenfor 8.3.

Udbyder kan i udbudsmaterialet have givet afkald på at forhandle eller angivet et lavere antal forhandlingspartnere end 3, og kan da ikke efterfølgende ændre en sådan tilkendegivelse.

Såfremt udbyder ikke allerede i udbudsbetingelserne har beskrevet den forhandlingsprocedure, der vil blive fulgt, herunder eventuelle begrænsninger i forhandlingsadgangen, skal udbyder senest ved forhandlingernes påbegyndelse tilkendegive, hvilken procedure der vil blive fulgt. Det følger heraf, at udbyderen kan vente med at beslutte sig for, om han ønsker at gennemføre en forhandling eller ej, til efter at udbyderen har modtaget tilbuddene og har åbnet disse.

Udbyder skal i den forbindelse tilkendegive, om alle tilbudsgivere, der tages ud til forhandlinger, vil blive givet mulighed for at revidere deres tilbud. Udbyderen har således ikke pligt til altid at forhandle med 3 tilbudsgivere, jf. loftet på 3 »eller færre«.

De tilbudsgivere, der ikke er blevet fravalgt, har ikke krav på at blive inddraget aktivt i forhandlingerne, jf. udtrykket »forbeholder sig at forhandle med«. Hvis ikke alle udvalgte tilbudsgivere inddrages i forhandlingerne, skal udbyderen starte med de(t) bedste bud.

Udbyder vil ikke have mulighed for at tage et revideret tilbud, der fremsendes uopfordret, i betragtning. Det er endvidere i strid med ligebehandlingsprincippet at tage hensyn til et revideret tilbud, der fremsættes i strid med den forhandlingsrytme, udbyderen har tilkendegivet at ville følge.

De ikke-fravalgte tilbudsgivere skal behandles lige. Heri ligger som nævnt ikke, at de har krav på at blive inddraget aktivt i forhandlingerne eller fremsætte et revideret tilbud. Bestemmelsen indebærer især, at udbyderen ikke må give en tilbudsgiver en fordel med afsæt i, hvad de andre tilbudsgivere tilbyder. Det er således udtrykkeligt angivet i bestemmelsen, at udbyder alene må give de andre tilbudsgivere sådanne oplysninger om en bydendes tilbud, som allerede er offentliggjort af udbyder i forbindelse med oplæsningen af de indkomne bud. Andre oplysninger må således ikke gives. Hensigten bag reglen er at sikre, at forhandlingerne sker inden for det enkelte buds egne rammer. Der er således ikke tale om en egentlig fortrolighedsbestemmelse, og spørgsmål herom må afklares efter andre regler, herunder offentlighedsloven.

Forhandlingerne må ikke føre til, at opgavens karakter ændres væsentligt, eller til, at tildelingskriterierne ændres. Med 2005-tilbudsloven er det præciseret, at vægtningen eller prioriteringen af underkriterierne, der er lagt til grund ved valget af forhandlingspartnere, ikke må ændres ved valget mellem forhandlingspartnere. Hvis vægtene i udbudsmaterialet er angivet i rammer, skal der anvendes samme præcise vægt ved selve licitationen (udvælgelsen af forhandlingspartnere) og ved valget mellem forhandlingspartnere.

Bestemmelsen i den tidligere tilbuds bekendtgørelse om at forhandlingerne skal føres inden for det enkelte tilbuds rammer, er ikke indarbejdet i 2005-tilbudsloven. Forholdet er dækket af § 11, stk. 4, hvor der er fastsat nogle rammer for ændringer i opgavens karakter og tildelingskriterier under forhandlingerne, og af den nævnte regel om grænser for, hvilke oplysninger udbyder kan give en tilbudsgiver om andre tilbudsgivers bud.

Kapitel 9 Underretning og begrundelse (§§ 14 og 15)

9.1 Underretningspligten

§ 14 handler for det første om udbyderens underretningspligt. Heri ligger blot en rent faktisk information om, hvilken afgørelse der er truffet med hensyn til ordretildelingen, henholdsvis prækvalifikationen. Denne underretning skal gives automatisk, uden først at afvente en anmodning.

Underretningspligten gælder både i forhold til priskonkurrencer og kvalitetskonkurrencer og erstatte § 12, stk. 1 i 2001-loven. Forpligtelsen gælder også i forhold til tilbudsgivere, som udbyder har anset for at være ukonditionsmæssige.

9.2 Prækvalifikation, annullation og forkastelse af tilbud

Udbyder kan som i dag annullere udbuddet, hvis der er en saglig grund. Det er foreskrevet i slutningen af stk. 1, at en annullation skal *begrundes uden at afvente en anmodning*. Heri ligger bl. a., at der skal være en *saglig grund* for at kunne annullere. Bestemmelsen gælder også i forhold til underhåndsbud. En udbyder må ikke indhente underhåndsbud på skrømt.

Disse ansøgere kan endvidere efter anmodning få en begrundelse for, hvorfor de ikke er blevet prækvalificerede.

I stk. 3 er fastsat, at udbyder efter anmodning skal begrunde, hvorfor et tilbud er blevet forkastet efter § 8, stk. 3, om licitationer, eller § 12, stk. 6, om underhåndsbud.

9.3 Ordretildelingen og for valg af forhandlingspartnere

I § 15 er som anført i stk. 1 fastsat særlige regler for begrundelse, hvor tildelingskriteriet er det økonomisk mest fordelagtige bud.

Stk. 2 og 3 gælder ved licitationer, hvor der forhandles efter § 11. stk. 4 drejer sig om licitationer, hvor der ikke indledes forhandlinger, og om underhåndsbud.

Efter stk. 2 skal udbyder senest ved forhandlingernes påbegyndelse over for alle berørte tilbudsgivere give en begrundelse for, hvorfor de ikke er inviteret. Underretnings- og begrundelsespligten gælder også i forhold til tilbudsgivere, som udbyder ikke anser for at være konditionsmæssige.

Efter stk. 3 skal udbyder hurtigst muligt efter forhandlingernes afslutning give tilbudsgivere, der har været forhandlet med, eller som udbyder har forbeholdt sig at forhandle med, jf. bemærkningerne til § 11, stk. 2, om det antagne tilbuds egenskaber og relative fordele. Disse informationer skal gives uopfordret.

Når der ikke har været iværksat forhandlinger kan konditionsmæssige tilbudsgivere i medfør af den foreslåede stk. 4 efter anmodning få oplysninger om det vindende tilbuds egenskaber og relative fordele.

Med henblik på vidensspredning vil styrelsen løbende indsamle eksempler på, hvorledes begrundelser kan affattes. Begrundelsespligten tager udgangspunkt i det vindende tilbud og de fordele, som netop dette bud har i forhold til de øvrige bud. Det vil imidlertid være en stor hjælp for en forbi-gået tilbudsgiver, hvis udbyderen også giver (både positive og negative) bemærkninger, der specielt går på dennes tilbud. Sådanne bemærkninger kan hjælpe til at effektivisere tilbudsgiverens

virksomhed. Også udbyderen kan have fordel af en sådan uddybende begrundelse, fordi det kan give bedre tilbud fremover. I boksen gives nogle eksempler herpå.

Eksempler på begrundelser (Vejdirektoratet)

Emnerne, der trækkes frem i begrundelserne, vedrører totalentrepriseudbud vedrørende motorvejsstrækninger. Begrundelsen blev efter Vejdirektoratets generelle praksis sendt til de forbigåede tilbudsgivere, selv om disse ikke havde anmodet herom. Vejdirektoratet meddelte hver enkelt deltager, hvem opgaven er blevet tildelt, og fremsendte tillige en vurdering af vedkommendes tilbud opdelt efter underkriterierne i tildelingskriteriet det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Teknik

Der mangler beskrivelse af, hvorledes et angivet projektmanagementværktøj tænkes anvendt.

Ikke alle trafikafviklingsproblematikker er behandlet.

Tilbudt asfalt udmærker sig ved, at der anvendes [X] overalt.

Der er ingen forbehold over for blødbundsmængder – alt blødbund udskiftes

Slidlaget har en lidt kortere levetid end sædvanlig

Design/æstetik

"Projektet er udformet som et vejanlæg med et højt æstetisk niveau med hovedvægten lagt på tilpasning af vejanlægget til omgivelserne, at opnå en fornuftig sammenhæng mellem anlægsomkostninger og vedligeholdelsesomkostninger. Broprojekterne og beplantningsprojektet er ganske velmotiverede og smukt udført. Der tilbydes udført tofags broer, hvilket passer ganske godt til Vejdirektoratets filosofi om smukke broer..."

Organisation

"Projekteringsdelen er bemanded med meget rutinerede og erfarne personer til varetagelse af de centrale discipliner med bro-, vej- og afvandingsprojektering, projekteringslederen har lang erfaring fra tilsvarende opgaver i ind- og udland. Tilsynslederen har lang erfaring fra projekteringsarbejder ved store anlægsarbejder. NN har erfaring fra administration og kvalitetsstyring, men der ses ikke erfaring med håndtering af miljøforhold og lodsejere. Der er i tilbudsmappen vedlagt CV'er på flere personer formentlig tilknyttet staben til projektets gennemførelse, om end deres roller ikke er definerede og ikke alle CV'er er lige oplysende om tidligere opgaver..."

Kvalitetssikring/miljøforhold

"Traditionelt opbygget kvalitetsstyringssystem, men det er ikke muligt i det overordnede system at gennemskue, hvordan kvalitetsplaner udarbejdes og samordnes med samarbejdspartneres systemer. Kvalitetsplanens opbygning og operative relationer til samarbejdspartneres individuelle systemer er ikke til at gennemskue. I kvalitetsplanen mangler der konkrete operative kvalitetsstyringsprocesser, så det

er muligt at se de enkelte processers relationer til metoder, godkendelser og registreringer. Tilbuddet indeholder en udmærket gennemgang af konsortiets miljøpolitik og miljøledelsessystem."

Kapitel 10 Særligt om partnering, tilbudslovens § 4, stk. 1

Partnering er betegnelsen for en samarbejdsform, som adskiller sig fra de traditionelle måder at arbejde sammen på i byggeriet. I partneringbegrebet ligger en aftale om at samarbejde med et fælles mål for øje. Partnering er således en særlig metode til gennemførelse af byggeprocessen.

Partnering er dog ikke udtryk for én bestemt måde at organisere samarbejdet på, men kan i praksis antage flere former. For eksempel kan partnering være karakteriseret ved en aktiv udbyder, et tidligt udbud / tidligt samarbejde samt en aktiv dialog mellem udbyderen og de udførende virksomheder.

I denne vejledning koncentrerer beskrivelsen af partnering sig om de *udbudsmæssige aspekter*. Omkring erfaringer med partnering på andre områder såsom de samarbejds-mæssige aspekter, indvirkningen på byggeprocessen, betydningen for byggeriets kvalitet m.v. henvises bl.a. til erfaringsopsamling foretaget af Erhvervs- og Byggestyrelsen.

Tilbudsloven kræver, at opgaven udbydes i konkurrence. Dette gælder også for partneringaftaler. Ved valg af samarbejdsformen partnering skal der således i almindelighed ske udbud i samme omfang som ved valg af andre entrepriseformer.

Det er ikke fundet nødvendigt at opstille særlige regler for udbud af partneringaftalerne, idet sådanne aftaler vurderes at kunne indgås uden problemer med den fleksibilitet og den vifte af valgmuligheder, der allerede ligger i tilbudsreglerne.

Udbudsformen begrænset licitation vil være at foretrække ved partneringaftaler. Også i dette tilfælde følges de almindelige regler herom, hvorefter udbyder kan vælge at holde en prækvalifikation eller at indbyde direkte. Det er ikke udelukket at bruge offentlig licitation, men denne fremgangsmåde må frarådes af hensyn til ressourceforbruget både hos udbyderen og tilbudsgiverne. Underhåndsbud vil kunne anvendes på partneringaftaler i de situationer, hvor de særlige betingelser for brug af underhåndsbud i lovens § 12 er opfyldt.

Til brug for tildeling af opgaven er alene kriteriet "det økonomisk mest fordelagtige bud" praktisk relevant. Ganske vist forhindrer tilbudsreglerne ikke, at partneringaftaler indgås efter priskonkurrence, men i praksis vil der ikke kunne udarbejdes et udbudsmateriale til brug for en priskonkurrence på det tidlige tidspunkt i byggeprocessen.

Udbyder kan vælge enten at udbyde rådgiverydelserne sammen med entreprenørydelserne eller at have valgt rådgivere separat. Et sådant valg af rådgivere vil naturligvis skulle foretages efter EU-udbud, såfremt rådgiverydelserne forventes at overstige udbudsdirektivets tærskelværdi. Udbyderen kan således vælge at indgå aftale med rådgiveren, fx efter en projekt- eller arkitektkonkurrence, inden de udføres ydelser udbydes. Det vil være muligt at lade konsortier afgive tilbud. Herved kan faste samarbejdsforhold udbygges og bevares. I sådanne tilfælde konkurreres der mellem konsortierne og ikke mellem de enkelte deltagere i konsortierne.

Et typisk eksempel vil være, at en opgave i partnering bliver tildelt efter en begrænset licitation med prækvalifikation.

Udbyderen annoncerer ved prækvalifikationen efter et antal hold. I annoncen vil udbyderen typisk angive, hvilken type byggeri, der er tale om (skole, ældreboliger mm.), og det kan anbefales, at udbyderen beder om ved prækvalifikationen at få oplyst, hvilke virksomheder, holdet består af – f.eks. hvem, der er rådgiver. Ved prækvalifikationen udvælger udbyderen et antal hold, som opfordres til at byde på partneringopgaven.

Som ved enhver anden prækvalifikation skal tilbudsgiverne (de enkelte hold) udvælges på baggrund af nogle udvælgelseskriterier (virksomhedsrelaterede). Da det er værdier som samarbejdsevner, ressourcer inden for ledelse osv., der er interessante for bygherren ved partnering, vil det være relevant at opstille udvælgelseskriterier, som afspejler dette. Som eksempler kan nævnes resultater / referencer fra tidligere partneringprojekter og dokumenterede samarbejdsevner. Det vil være hensigtsmæssigt for samarbejdsprocessen, at bygherren, rådgivere og entreprenører efter tildeling af opgaven indgår i samme samarbejdsaftale (partneringaftalen).

I det tilfælde, hvor en *total- eller hovedentreprenør* har indgået en partneringaftale med en bygherre og har brug for underentreprenører, skal valget af disse underentreprenører foregå efter tilbudsreglerne. Dette gælder dog ikke, hvis underentreprenørerne allerede er omfattet af den indgåede partneringaftale. Som bilag til nærværende vejledning findes et notat om partnering, som er udarbejdet af Partneringudvalgets arbejdsgruppe.

Kapitel 11 Brug af elektronisk udbud og tilbud

Med tilbudsloven er den hidtidige barriere for brug af elektronisk udbud og tilbud, som var en følge af licitationsloven, fjernet. Når udbyderen ønsker det, kan hele udbudsproceduren eller dele heraf forløbe ved elektronisk kommunikation. Tilbudsloven har derimod ikke givet anvisninger på hvilke krav eller procedurer, udbyderen og tilbudsgiverne bør overholde i forbindelse med brug af elektronisk kommunikation. Dette skyldes, at det ved lovens tilblivelse skønnedes mest hensigtsmæssigt at holde loven "teknologineutral". Specifikke regler ville hurtigt kunne blive overhalet af den teknologiske udvikling, og samtidig må mere generelle problemstillinger, der knytter sig til brugen af elektronisk kommunikation, løses ved hjælp af generelle regler og ikke i en særlig lovgivning om indhentning af tilbud.

Det bør sikres, at det valgte kommunikationsmiddel er alment tilgængeligt og således ikke begrænser virksomhedernes adgang til at deltage i udbudsproceduren. Samtidig skal kommunikation, informationsudveksling og informationssøgning ske på en måde, der sikrer at dataintegriteten og fortroligheden af ansøgninger om deltagelse i udbudsproceduren og af tilbuddene beskyttes. Udbyder må ikke kunne få kendskab til indholdet af tilbuddene, inden udløbet af den frist, der er fastsat for afgivelse af tilbud.

Oplysninger vedrørende de specifikationer, som er nødvendige for elektronisk indgivelse af ansøgninger om deltagelse eller elektronisk afgivelse af tilbud skal være tilgængelige for de berørte parter. Dette gælder også eventuelle oplysninger om kryptering.

Ved modtagelse af ansøgninger om deltagelse i en udbudsprocedure eller tilbud, planer og projekter skal de tekniske midler og de procedurer, der anvendes, mindst sikre følgende forhold:

- at de elektroniske signaturer, der anvendes, overholder lov om elektroniske signaturer (lov nr. 417 af 31. maj 2000), som gennemfører Europa- Parlamentets og Rådets direktiv 1999/93/EF om en fællesskabsramme for elektroniske signaturer,
- at det nøjagtige tidspunkt og den nøjagtige dato for modtagelse af ansøgninger, tilbud, planer og projekter kan fastslås med sikkerhed,
- at det med rimelighed kan sikres, at ingen kan få adgang til oplysninger, som er fremsendt, før udløbet af de fastsatte frister, og at det ved overtrædelse heraf med rimelighed sikres, at overtrædelsen klart kan spores,
- at kun bemyndigede personer kan fastsætte eller ændre datoerne for åbning af modtagne oplysninger,
- at kun bemyndigede personer kan få adgang til de indsendte oplysninger på de forskellige stadier af proceduren for tildeling af kontrakt,
- at de bemyndigede personer kun kan få adgang til de indsendte oplysninger efter den anførte dato,
- at oplysninger, der er modtaget og åbnet i overensstemmelse med de foreliggende krav, kun er tilgængelige for de personer, som er bemyndiget til at få kendskab hertil.

Eksempel på et gennemført elektronisk udbud

Digitalt udbud blev afprøvet af Forsvarets Bygningstjeneste i forbindelse med et byggeprojekt ved Flyvestation Karup. Testen gjaldt udbud af hovedentreprisen på opførelsen af en kursusejendom. Der var tale om en indbudt licitation mellem prækvalificerede entreprenører.

De prækvalificerede entreprenører modtog alene udbudsprojektet digitalt - i dette tilfælde leveret på en CD-ROM. Udbudsmaterialet var dog også tilgængeligt på den udbudsplatform, der var adgang til via Internettet. Udbudsplatformen blev drevet af en, i forhold til afvikling af licitationen, uvildig operatør.

Entreprenørerne afleverede deres tilbud ved at uploade deres udfyldte tilbudslistor til udbudsplatformen. Autenticiteten blev bekræftet med digital signatur og modtagelsen af tilbudet kvitteret elektronisk. Udbudsplatformen var åben for modtagelse af tilbud i perioden 1.-15. marts 2005.

Ved licitationen 15. marts kl 14 blev tilbuddene åbnet og offentliggjort. Det skete ved at de indkomne tilbud på udbudsplatformen samtidig blev gjort tilgængelige for udbydere og de bydende.

Kapitel 12 Klageadgang, § 16

I lovens § 16 er det præciseret, at der er mulighed for at klage over overtrædelser af tilbudslovens regelsæt til Klagenævnet for Udbud.

De nærmere regler for Klagenævnets virksomhed er fastsat i lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for Udbud og bekendtgørelse nr. 602 af 26. juni 2000.

Klage kan indbringes af enhver med retlig interesse heri.

Efter nævnets praksis har aktuelle tilbudsgivere retlig interesse i nævnets vurdering af en påstået overtrædelse af udbudsreglerne og dermed klageadgang. Endvidere har potentielle tilbudsgivere klageadgang. Således har nævnet behandlet en klage fra en rengørings- og konsulentvirksomhed, som klagede over, at en kommune indgik kontrakt om rengøring uden udbud, selvom kontraktsummen oversteg tjenesteydelsesdirektivets tærskelværdi. Klagenævnet fandt, at klageren havde retlig interesse i Klagenævnets bedømmelse af sagen, fordi klageren kunne have givet tilbud, hvis udbud var blevet gennemført.

Derimod har nævnet afvist at behandle en klage fra nogle ansatte hos en kommune over kommunens påståede overtrædelse af udbudsreglerne i forbindelse med overladelse af opgaver til et aktieselskab. Endvidere har nævnet afvist en klage fra en miljøforening over, at Københavns Luft- og Varme A/S havde undladt at afholde udbud i forbindelse med indhentelse af en miljøundersøgelse.

Herudover er en række organisationer og myndigheder tillagt klageadgang efter klagenævnsløven og klagenævnsbekendtgørelsen, herunder Konkurrencestyrelsen og forskellige interesseorganisationer m.v., jf. klagenævnslovens § 4 og bilaget til klagenævnsbekendtgørelsen.

Klageren skal skriftligt orientere udbyderen om klagen senest samtidig med, at klagen sendes til Klagenævnet.

Klagenævnet kan afvise en sag, eksempelvis hvis klageren ikke er klageberettiget.

Endvidere kan Klagenævnet afgøre en sag i realiteten helt eller delvist, herunder kan nævnet annullere ulovlige beslutninger eller pålægge en udbyder at lovliggøre en udbudsforretning, jf. klagenævnslovens § 6, stk. 1.

Klagenævnet har også mulighed for - hvis klageren anmoder om det - at pålægge udbyderen at betale erstatning til en klager, som har lidt et tab som følge af udbyderens overtrædelse af regler i tilbudsloven eller tilbudsbekendtgørelsen. Nævnets erstatningsafgørelser skal træffes i overensstemmelse med dansk rets almindelige erstatningsregler. Erstatning kan gives både til dækning af tilbudsgiverens forgæves afholdte udgifter til afgivelse af tilbud m.v. (negativ kontraktinteresse) og til dækning af tilbudsgiverens mistede fortjeneste ved ikke at have opnået ordren (positiv opfyldelsesinteresse).

Sidstnævnte erstatningsform kræver, at tilbudsgiveren kan sandsynliggøre, at han skulle have fået tildelt ordren.

Klagenævnets afgørelser kan ikke indbringes for anden administrativ myndighed, men kan indbringes for domstolene inden 8 uger efter at nævnets afgørelse er meddelt parterne. Hvis Klagenævnets afgørelse ikke er anket inden 8 uger, er den endelig.

Skriftlig klage indgives til Klagenævnet for Udbud, Sekretariatet, Kampmannsgade 1, 1780 København V. Gebyr for klagens behandling udgør 4.000 kr. Gebyret kan tilbagebetales, hvis sagen afvises, eller hvis klageren får helt eller delvist medhold.

Klagenævnets kendelser offentliggøres løbende på www.kifu.dk.