



# Ordregivers undersøgelsespligt

---

DFFU konference, 24. januar 2019

Jesper Fabricius  
Advokat, partner

# Ordregivers undersøgelsespligt i udbudsloven

- ▶ Udbudsloven indeholder – i modsætning til tidligere – udtrykkelige bestemmelser om ordregivers pligt til at kontrollere tilbuddene:
  - § 159, stk. 2, indebærer pligt for ordregiver til at verificere, at ”tilbuddet opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale”
  - § 159, stk. 3, siger, at ordregiver i ”tvivlstilfælde” skal foretage en ”effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i ansøgningen eller tilbuddet”
  - § 164, stk. 2, siger, at ordregiver i ”tvivlstilfælde” skal foretage en ”effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet”
- ▶ Forarbejderne til §159 synes ikke entydigt at lægge op til en skærpet undersøgelsespligt i forhold til den tidligere gældende retstilstand (men siger heller ikke entydigt, at gældende ret videreføres)
- ▶ Forarbejderne til § 164 lægger op til, at der skal ske en skærpelse i forhold til Klagenævnets praksis, men uden at det er helt udtrykkeligt, hvad/hvordan der skal skærpes.

# Klagenævnets praksis

- ▶ Klagenævnets praksis i store træk identisk med praksis før udbudsloven:
  - 1) Ingen generel pligt for ordregiver til at kontrollere oplysningerne i en tilbudsgivers tilbud - kan forlade sig på tilbudsgivers bekræftelse i tilbuddet af, at kravene er overholdt.
  - 2) Ordregiver har dog ret til at foretage en nærmere kontrol
  - 3) Hvis "åbenbart", at en tilbudsgivers oplysninger er forkerte, kan det påhvile ordregiver at foretage en nærmere undersøgelse, jf. f.eks. kendelse af 10/2-17, Viking Medical
  - 4) Kravet om, at ordregiver i tvivlstilfælde skal foretage effektiv kontrol, fortolkes i praksis således, at der skal ret meget til for, at ordregiver befinder sig i et tvivlstilfælde, og at kravene til kontrol ved tvivl er meget lempelige, jf. f.eks. kendelse af 7/12-17, Maquet Danmark A/S
  - 5) Tvivlen kan stamme fra henvendelse fra en forbigået tilbudsgiver, jf. kendelse af 22/1-19, G4S Security, men den skal i givet fald være meget konkret og velunderbygget, jf. fx kendelse af 23/6-17, MultiLine A/S
  - 6) Hvis ordregiver har stillet krav om dokumentation for tilbuddenes opfyldelse af bestemte krav, skal ordregiver gennemgå denne, jf. f.eks. kendelse af 18/10-18, B. Braun Medical
  - 7) Dokumentation skal kun gennemgås i relation til det, som den specifikt er indsamlet til, jf. f.eks. kendelse af 9/2-18, Dansk Cater A/S, uden krav om tværgående kontrol, og
  - 8) der er intet krav om, at ordregiver skal forlange dokumentation i tilbuddene, jf. kendelse af 18/5-17, Scan Office A/S

# ....hvor løber kakerlakkerne hen?

- ▶ En ordregiver, som undlader at stille nogen form for krav om dokumentation for tilbuddenes forenelighed med udbudsmaterialets krav, har en række fordele:
  - Kan lovligt gennemføre udbuddet uden nogen form for krav om dokumentation
  - Har ingen dokumentation at gennemgå, men kan henholde sig til tilbudsgivers bekræftelse på at mindstekrav er opfyldt, dvs. reducerer risikoen for ukonditionsmæssighed,
  - Kan inden for ret vide rammer lege ”see no evil, hear no evil...”
  - Kan i ro og mag arbejde med konditionsmæssighed af de tilbudte produkter efter tildelingen i den udstrækning, ordregiver har ”lyst”
  - Potentielt risiko for, at accept af ukonditionsmæssige produkter er en ulovlig kontraktændring, men Klagenævnets praksis peger ikke på nogen stor risiko, jf. f.eks. kendelse af 16/3-17, Holbech Lys (som dog forekommer meget tvivlsom), og i virkelighedens verden er der mange kontraktområder, hvor manglende konditionsmæssighed aldrig vil blive opdaget eller forfulgt
- ▶ Praksis giver reelt et stort rum for kakerlakker

# Hvad er der behov for?

## ► En tydeliggørelse i udbudsloven af

- at ordregiver har pligt til at tilrettelægge udbuddet således, at der stilles efter forholdene passende krav til dokumentation i tilbuddene for, at udbudsmaterialets krav er opfyldt
  - Jf. herved også udbudsdirektivets art. 67, stk. 4, og langvarig praksis fra EU-Domstolen, jf. f.eks. C-448/01, EVN Wienstrom. EU-Domstolen har i nyere praksis accentueret, at gennemsigtighedsprincippet indebærer, at ordregiver skal kunne kontrollere, om tilbudsgivernes tilbud opfylder kriterierne for den pågældende kontrakt, jf. f.eks. C-76/16, Ingsteel, C-27/15, Pizzo, og C-42/13, Cartier Dell 'Adda. Se også C-14/17, VARSrl, hvor EU-Domstolen udtaler, at ordregiver ved vurderingen af tilbuddene nødvendigvis skal være i besiddelse af beviser, der giver denne mulighed for at vurdere, hvorvidt og i hvilket omfang de afgivne tilbud opfylder de krav, der er fastsat i de tekniske specifikationer
  - Det er nærliggende at antage, at EU-Domstolen ikke vil acceptere, at ordregiver tilrettelægger et udbud sådan, at der ikke kræves nogen form for dokumentation fra tilbudsgiverne for deres tilbuds forenelighed med udbudsmaterialets krav, i hvert fald hvis det ville være muligt at få en passende dokumentation
- at balancen ikke skal være ”høje krav til hvornår ordregiver er i et tvivlstilfælde, og lave krav til ordregiver mht. hvornår tvivlen kan siges at være afklaret”, men omvendt...
  - EU's udbudsregler er i hele sin grundindstilling skeptisk over for ordregivers motiver og har til formål at undgå, at kakerlakkerne kan løbe rundt som det passer dem (samtidig med, at der dog opretholdes et klart rum for ordregivers skøn inden for afgrænsede rammer)