

Kontraktuel håndtering af udbudsretlige forbehold

Medlemsmøde
Dansk Forening for Udbudsret

26. marts 2025



Det udbudsretlige udgangspunkt

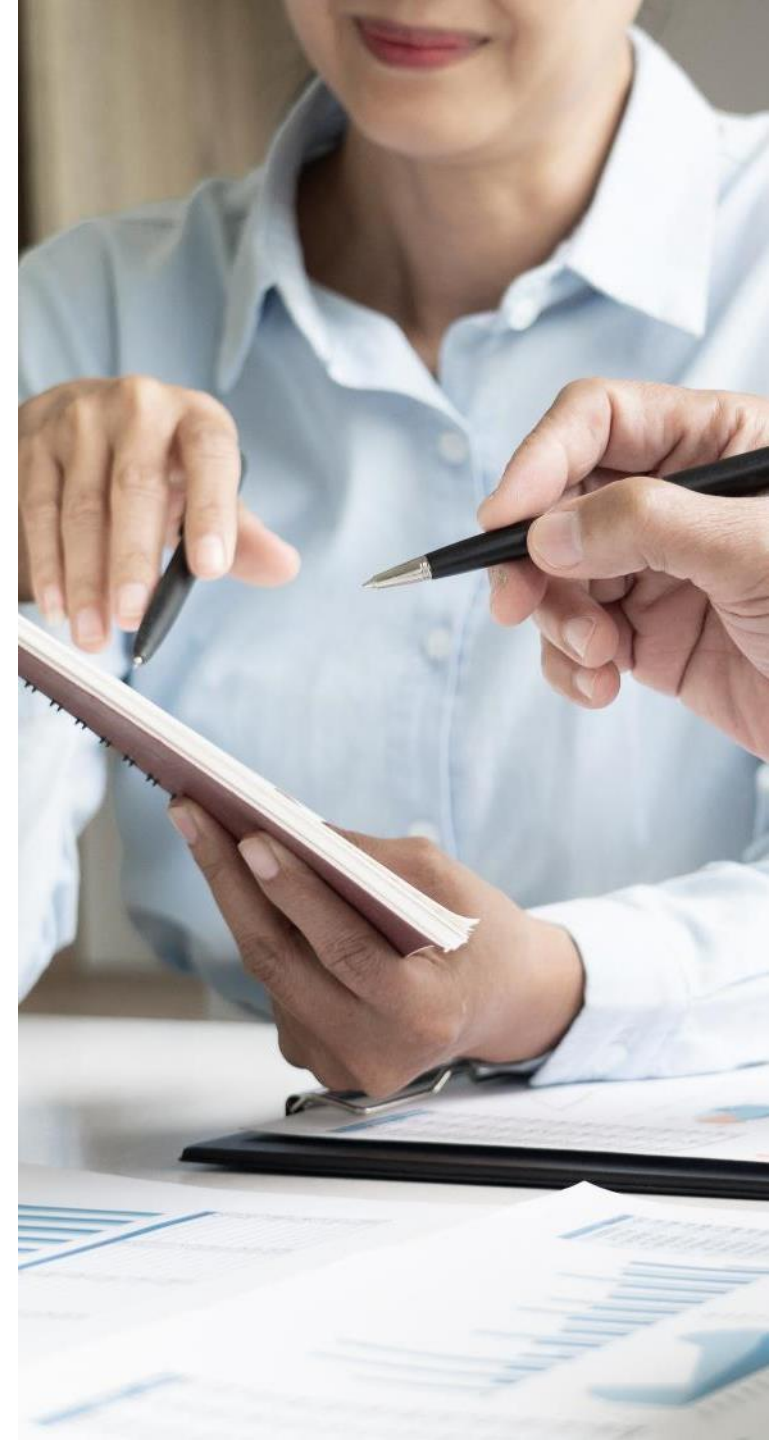
- Lovbemærkningerne til udbudslovens § 159, stk. 2 og stk. 3

”Der påhviler ikke ordregiveren en generel pligt til at undersøge rigtigheden af oplysningerne i de afgivne tilbud. Alene i de situationer, hvor der er tvivl om, hvorvidt ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale, har ordregiveren en pligt til at foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har indsendt.”

Det udbudsretlige udgangspunkt

- KLFU af 7. august 20217, Danske Færger A/S mod Transport-, Bygnings- og Boligministeriet

*"Det er ved Højesterets dom af 15. juni 2012 Montaneisen GmbH mod Kystdirektoratet (UfR 2012.2952.HD) slået fast, at en ordregiver er forpligtet til også at undersøge - og eventuelt reagere på - oplysninger, som ordregiveren først bliver bekendt med efter tildelingsbeslutningen, men før kontaktindgåelsen. **Modtages oplysningerne først efter kontraktindgåelsen, er der tale om et kontraktretligt og ikke et udbudsretligt forhold.**"*



Det udbudsretlige udgangspunkt

- Aktuel udbudsret II af Karten Hagel-Sørensen, 2016, side 341:

”Bliver ordregiver eksempelvis gjort opmærksom på forhold, efter kontraktunderskrift, men indholdet af tilbuddet under ingen omstændigheder kunne skabe en *tvivl* om rigtigheden af oplysningerne på tidspunktet for indgåelsen af kontrakten, vil ordregiver ikke have været forpligtet til at undersøge forholdet nærmere. Ordregiver kunne lovligt indgå kontrakten, idet indholdet af tilbuddet ikke skabte tvivl om oplysningernes rigtighed. At de nytilkomne oplysninger i princippet kunne skabe en sådan *tvivl*, vil ikke ændre på, at ordregivers *tvivl* skal være til stede før kontraktunderskrift, **idet overtrædelsen af ligebehandlingsprincippet består i, at ordregiver ved indgåelsen af kontrakten er bekendt med oplysningernes ukorrekthed**, jf. Højesterets dom af 15. juni 2012, Montaneisen GmbH, gengivet i U 2012.2952.”



Er kysten klar?

- Når først kontrakten er indgået, har udbudsreglerne udspillet sin rolle, og håndtering af forbehold er derefter alene et kontraktretlig forhold.

Det indebærer, at ordregiver enten kan acceptere den ændring, der følger af forbeholdet, eller give leverandøren en ekstrabetaling for at frafalde forbeholdet og opfylde kontrakten, som den er udbudt.

- Eller spiller udbudsreglerne og i særdeleshed ligebehandlingsprincipperne også en rolle efter kontraktindgåelsen?



FynBus, Sydtrafik og Midttrafiks udbud af FlexVariabel-kørsel og Flexgaranti-kørsel

- KFLU af 19. maj 2020 – Alsvognen I/S (FlexVariabel-kørsel)

*”Trafikselskaberne har således **ved at frafalde mindstekravet** om pladskrav til vogntyperne 5 og 6 uden at iværksætte nyt udbud **fortaget en væsentlig ændring af rammeaftalen** i strid med ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 36, stk. 1, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 4 sammenholdt med stk. 5.”*

Trafikselskaberne blev pålagt en økonomisk sanktion på 3 mio. kr.



FynBus, Sydtrafik og Midttrafiks udbud af FlexVariabel-kørsel og Flexgaranti-kørsel

- KLFU af 27. oktober 2020 – Øens Taxa (Flexgaranti-kørsel)

*"Som anført i kendelsen af 19. maj 2020 har **tildelingerne, efter at kravet var frafaldet, haft karakter af direkte tildeling**. Det ændrer ikke herved, at trafikselskaberne efter kendelsen den 13. juli 2020 med virkning fra den 31. oktober 2020 opsagde en række af de kontrakter [...] og den 16. juli 2020 iværksatte nyt udbud [...], hvor mindstekravet ikke blev gentaget."*

Trafikselskaberne blev pålagt en økonomisk sanktion på 7 mio. kr.

→ **"Accept" af et forbehold efter kontraktindgåelsen kan udgøre en væsentlig ændring.**

Væsentlige ændringer

- Udbudslovens § 178, stk. 2 (forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 3)

En ændring anses altid for at være en ændring af grundlæggende elementer, når:

- 1) ordregiveren indfører betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindelig udvalgte eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindelig accepterede eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren,
 - 2) kontraktens økonomiske balance ændres til leverandørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt ikke gav mulighed for,
 - 3) ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens anvendelsesområde eller
 - 4) en ny leverandør erstatter den, som ordregiveren oprindelig havde tildelt kontrakten.
- Med de undtagelser, der følger af udbudslovens §§ 179-183, vil **ordregiverens accept af tilbudsgiverens forbehold** efter **kontraktindgåelsen kunne statuere en ændring af et grundlæggende element** med den konsekvens, at forbeholdet ikke kan accepteres.
 - Kan ordregiver i stedet **betale leverandøren for at frafalde forbeholdet?**

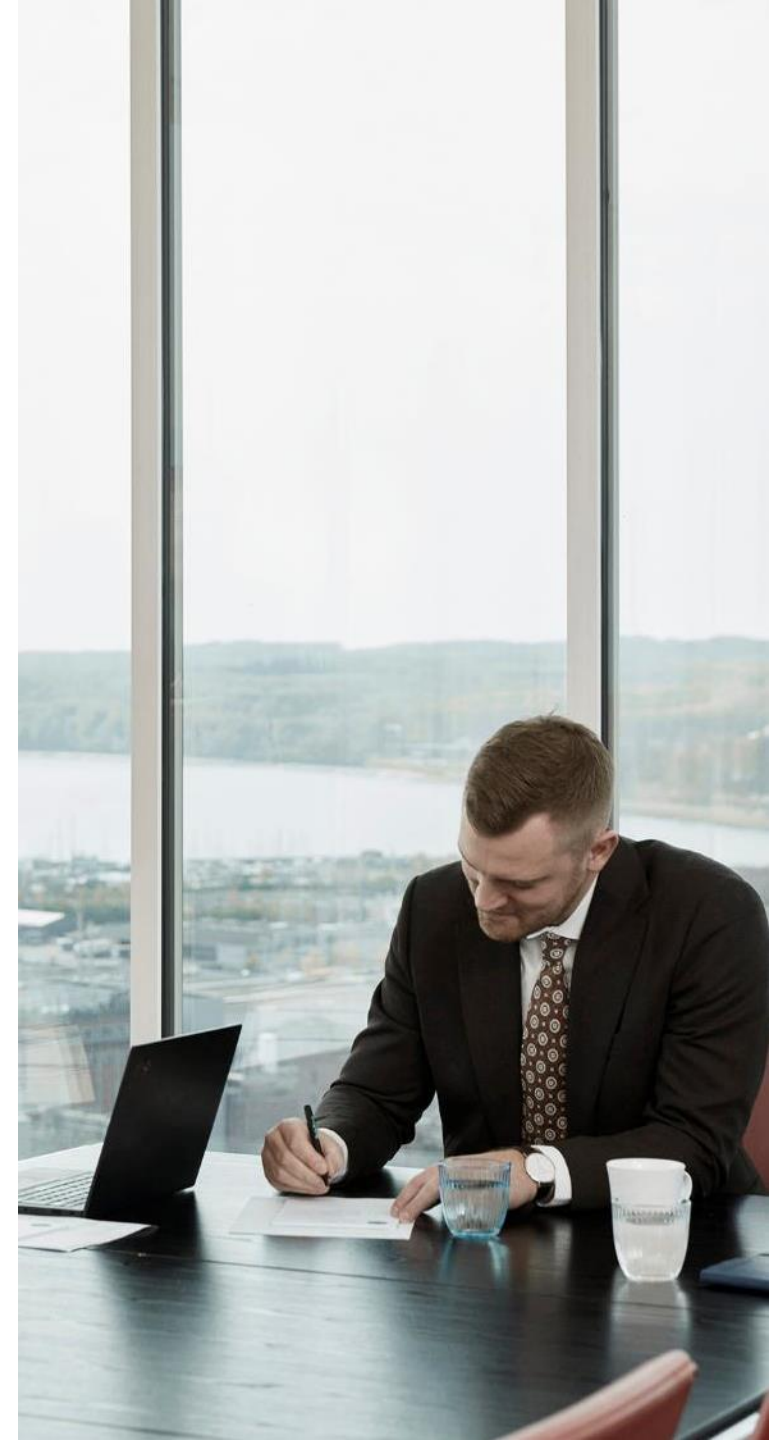
FynBus, Sydtrafik og Midttrafiks udbud af FlexVariabel-kørsel og Flexgaranti-kørsel

- KFLU af 13. december 2022 – Øens Taxa

"FynBus, Sydtrafik og Midttrafik skal in solidum til Øens Taxa ved Paul Erik Düring Pedersen betale 600.000 kr."

Klagenævnets kendelse er stadfæstet ved Retten i Svendborgs dom af 31. maj 2024.

- **Risikerer ordregiver dermed at ifalde et erstatningsansvar overfor de forbigåede tilbudsgivere, hvis ordregiver accepterer forbeholdet eller betaler leverandøren for at frafalde forbeholdet?**



Er udbudslovens § 183 (forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1, litra c) løsningen?

- Udbudslovens § 183:

”Ændringer af en kontrakt anses ikke som en ændring af grundlæggende elementer, når

1) behovet for ændringen ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver,

2) kontraktens overordnede karakter ikke ændres og

3) værdien af ændringen ikke overstiger 50 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt.”

- Lovbemærkningerne:

*”I henhold til bestemmelsens nr. 1, er det en betingelse, at ordregiveren ikke har kunnet forudse behovet for ændringen, hvilket indebærer, at den eller de begivenheder, der har medført **behovet for at foretage ændringer ikke har kunnet forudses på trods af rimelig og påpasselig forberedelse af den oprindelige udbudsprocedure fra ordregiveren**. Ved vurdering heraf skal der tages højde for projektets tilgængelige ressourcer, karakteren af det pågældende udbud, praksis inden for den pågældende branche eller fagområde samt behovet for at skabe balance mellem forbruget af ressourcer til forberedelse af udbuddet og gevinsten ved at sende opgaven i udbud.”*

Er udbudslovens § 183 (forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1, litra c) løsningen?

- Når der efter udbudslovens § 159, stk. 2 og stk. 3 ikke påhviler ordregiveren en generel pligt til at undersøge, om et tilbud indeholder forbehold, er det så udtryk for, at *"den eller de begivenheder, der har medført behovet for at foretage ændringer ikke har kunnet forudses på trods af rimelig og påpasselig forberedelse af den oprindelige udbudsprocedure fra ordregiveren"* ?

- Præambel betragtning 109:

*"De ordregivende myndigheder kan komme ud for eksterne omstændigheder, som de ikke kunne forudse ved tildelingen af kontrakten, navnlig når gennemførelsen af kontrakten dækker en længere periode. [...]. **Begrebet uforudsigelige omstændigheder henviser til omstændigheder, der ikke kunne forudsiges trods rimeligt omhyggelige forberedelser ved den ordregivende myndigheds oprindelige tildeling under hensyntagen til de tilgængelige midler**, det specifikke projekts art og kendetegn, god praksis på det pågældende område og nødvendigheden af at sikre et relevant forhold mellem de ressourcer, der anvendes til at forberede tildelingen, og dens forudsigelige værdi."*

- Tilsvarende bestemmelse i præambel betragtning 115 til forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Er udbudslovens § 183 (forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1, litra c) løsningen?

- KLFU 19. maj 2020 – Alsvognen I/S mod FynBus, Sydtrafik og Midttrafik

”Endelig kan trafikselskabernes synspunkt om, at ændringen ville kunne rummes af forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 89, stk. 1, litra c, ikke over for det, der er anført ovenfor, føre til et andet resultat.”

- Er der tale om et paradoks?

En ordregiver har ikke en generel pligt til at undersøge, om et tilbud indeholder forbehold, men er undersøgelsen af om det vindende tilbud indeholder forbehold en del af ordregivers *”rimeligt omhyggelige forberedelser ved den ordregivende myndigheds oprindelige tildeling under hensyntagen til de tilgængelige midler”* og/eller *”rimelig og påpasselig forberedelse af den oprindelige udbudsprocedure”*?



Opsummering

- Selv om der ikke påhviler ordregiveren en generel pligt til at undersøge, om et tilbud indeholder forbehold, bør ordregiveren overveje at foretage en effektiv undersøgelse af, om det vindende tilbud indeholder forbehold.
- Behandlingen af forbehold, som først konstateres efter kontraktindgåelsen, er således ikke et rent kontraktretligt forhold, men reguleres fortsat af udbudsreglerne, herunder adgangen til at foretage ændringer i en kontrakt efter kontraktindgåelsen.



Kontakt

Tina Braad

Partner

T + 45 72 27 33 21

M +45 25 26 33 21

E tbr@bechbruun.com



Bech·Bruun

Rooted in law – driven by people

Bech-Bruun
Gdanskgade 18
2150 Nordhavn

Bech-Bruun
Værkmestergade 2
8000 Aarhus C

+45 72 27 00 00
info@bechbruun.com
Advokatpartnerselskab

Hold dig opdateret

