



# Ordregiver måtte ikke anmode tilbudsgiver om at fremsende ny reference efter tilbudsfristens udløb



Mikala Berg Dueholm  
Partner



Trine Louise Larsen  
Advokat

Klagenævnet for Udbud fandt i sin afgørelse af 29. april 2020, at ordregiver ikke havde ret til at anmode den vindende tilbudsgiver om at supplere sit tilbud ved at fremsende en ny reference efter tilbudsfristens udløb, uanset at referencen også forelå på tilbudstidspunktet. Årsagen hertil var, at ordregiver udtrykkeligt i udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne havde angivet, at det var et mindstekrav, at tilbudsgiverne havde tre tilsvarende referencer.

## Sagens baggrund

Sagen vedrører Gentofte Kommunes udbud af kontrakt om levering af ny hjemmeside til kommunen. I udbudsbekendtgørelsen havde kommunen angivet, at det var et mindstekrav, at tilbudsgiverne havde minimum tre referencer fra tilsvarende opgaver. Ved tilsvarende opgaver skulle forstås design, udvikling og implementering af en corporate hjemmeside til en offentlig kunde. Ved corporate skulle forstås kundens hovedhjemmeside.

Gentofte Kommune tildelte kontrakten til Kruso. To måneder efter blev kommunen kontaktet af Eksponent, en forbigået tilbudsgiver, som gjorde gældende, at to af Krusos tre referencer ikke opfyldte kravet om at være en "corporate hjemmeside".

Gentofte Kommune var enig heri for så vidt angik den ene reference. Der var tale om hjemmesiden [www.denmark.dk](http://www.denmark.dk), som var bestilt af Udenrigsministeriet, men som ikke var Udenrigsministeriets hovedhjemmeside. Med hjemmel i udbudslovens § 159, stk. 5, anmodede kommunen derfor Kruso om at supplere sit tilbud med en ny reference.

Efter § 159, stk. 5, kan en ordregiver anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende supplerende oplysninger. Det er en forudsætning, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke derved får mulighed for at indlevere ny ansøgning eller nyt tilbud, dvs. at de supplerende oplysninger, i dette tilfælde referencen, også skulle foreligge på tilbudstidspunktet.

Kruso fremsendte i forlængelse heraf en ny reference, som opfyldte mindstekravet samt yderligere tre referencer, som ligeledes opfyldte kravet. På baggrund heraf fastholdt kommunen sin tildelingsbeslutning.

### **Parternes anbringender**

Eksponent klagede til Klagenævnet for Udbud med påstand om, at Gentofte Kommune havde anmodet Kruso om at fremsende en ny reference i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Eksponent gjorde gældende, at § 159, stk. 5, alene kan anvendes som hjemmel til at berigtige mindre fejl, men ikke til at indhente helt nye oplysninger, som ikke var indeholdt i det oprindelige tilbud, og som er centrale i vurderingen af, om tilbuddet overhovedet er konditionsmæssigt.

Herudover gjorde Eksponent gældende, at kommunen i øvrigt var afskåret fra at indhente den nye reference, jf. udbudslovens § 159, stk. 6.

Efter § 159, stk. 6, skal en ordregiver, uanset § 159, stk. 5, afvise en ansøgning eller et tilbud, såfremt det fremgår af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at ansøgningen eller tilbuddet afvises, og den pågældende ansøgning eller det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel. Eksponent henviste til, at det fremgik af kommunens udbudsmateriale, at det var et mindstekrav, at tilbudsgiverne var i besiddelse af tre tilsvarende referencer.

Eksponent nedlagde endvidere påstand om annullation af tildelingsbeslutningen.

Gentofte Kommune nedlagde påstand om, at klagen ikke blev taget til følge samt, at Eksponent havde udvist retsfortabende passivitet ved først at indlevere klage 4 ½ måned efter kommunens tildelingsbeslutning.

### **Klagenævnets afgørelse**

Klagenævnet citerede indledningsvis Gentofte Kommunes udbudsmateriale, hvoraf det udtrykkeligt fremgik, at det var et mindstekrav, at tilbudsgiverne var i besiddelse af tre tilsvarende referencer.

Herefter udtalte klagenævnet, at det i henhold til § 159, stk. 5, er muligt for en tilbudsgiver at præcisere og supplere et afgivet tilbud og indlevere yderligere dokumenter, men at det følger af § 159, stk. 6, at en ordregiver, uanset stk. 5, skal afvise et tilbud, hvis det følger af udbudsbetingelserne, at en konkret fejl eller mangel vil føre til afvisning af tilbuddet, og tilbuddet indeholder en sådan fejl eller mangel.

Klagenævnet udtalte herefter følgende:

*"Da Krusos tilbud ikke indeholdt tre referencer, som alle opfyldte de mindstekrav, Gentofte Kommune havde fastsat, og da Kruso ikke efter udbudslovens § 159, stk. 6, var berettiget til at indlevere nye referencer efter tilbudsfristens udløb, har Gentofte Kommune handlet i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i udbudslovens § 2 ved at anmode Kruso om at indlevere nye referencer og ved at tildede kontrakten til Kruso."*

Klagenævnet tog således Eksponents påstande til følge, herunder påstanden om annullation af tildelingsbeslutningen.

Klagenævnet udtalte desuden, at der ikke var grundlag for at konstatere, at Eksponent havde udvist retsfortabende passivitet.

### **DLA Piper bemærker**

Klagenævnets kendelse understreger, at en ordregiver skal vælge formuleringerne i udbudsmaterialet med stor omhu, og at "djævelen" ligger i detaljen.

Ordregiver skal særligt være varsom med at fastsætte mindstekrav, hvor dette ikke er nødvendigt, da mindstekrav ikke efterfølgende kan ændres, ligesom de ikke kan være genstand for indhentelse af supplerende oplysninger.

For så vidt angår egnethedskrav (minimumskrav til egnethed), herunder krav til teknisk og faglig formåen, kan der dog stilles spørgsmål ved, om en ordregiver - uanset at denne ikke har anvendt betegnelsen "mindstekrav" - vil have mulighed for at bede en tilbudsgiver om at supplere sit tilbud, jf. § 159, stk. 5. Spørgsmålet skyldes, at der af § 140, stk. 2, fremgår følgende: *"Ordregiveren skal fastsætte egnethedskravene som minimumskrav i udbudsbekendtgørelsen"*.

På baggrund af ordlyden i § 140, stk. 2, kan det således forstås som om, at egnethedskrav altid vil være mindstekrav, hvorfor ordregiver i så fald, jf. § 159, stk. 6, ikke har ret til at anmode en tilbudsgiver om at supplere sit tilbud, hvis det pågældende krav ikke er opfyldt, idet tilbuddet skal afvises, som følge af den manglende opfyldelse.

Uanset at § 140, stk. 2, kunne fortolkes på ovenstående måde, er det efter vores opfattelse for vidtgående, at ordregiver aldrig vil have adgang til at bede en tilbudsgiver om at supplere opfyldelsen af et egnethedskrav. Som følge heraf må det antages, at en ordregiver kan anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at supplere sin ansøgning eller sit tilbud vedrørende et egnethedskrav, hvis ordregiveren ikke i udbudsmaterialet udtrykkeligt selv har angivet, at egnethedskravet er et mindstekrav, eller at manglende opfyldelse vil føre til afvisning af tilbuddet.

At § 140, stk. 2, ikke skal fortolkes udvidende, således at det vil hindre enhver adgang til at anmode om supplerende oplysninger, understøttes desuden af, at § 140, stk. 2, er en ren national bestemmelse, hvis formål er at give potentielle ansøgere eller tilbudsgivere mulighed for at vurdere, om de ønsker at anvende ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud. Bestemmelsens formål er således ikke at afskære ordregivers mulighed for at indhente supplerende oplysninger vedrørende egnethedskrav, hvilket der heller ikke kan findes støtte for i udbudsdirektivet.

Ordregiver bør derfor ikke selv angive "mindstekrav" e.l., men alene udfylde det niveau, der skal være opfyldt, i udbudsbekendtgørelsens felt III.1.2 og III.1.3. Det vil give det tilsigtede råderum.

For så vidt angår spørgsmålet om passivitet, er der intet grundlag for at antage, at en tilbudsgiver, der overholder klagefristerne i Lov om Klagenævnet for Udbud, vil kunne rammes af passivitet.

---

Fagområder      Udbud

---

Sektorer      Government Contracting

---