

ORDREGIVERS UNDERSØGELSESPLIGT I UDBUDSPROCESSER

Udbudslovens § 159, stk. 3, og § 164, stk. 2, beskriver som noget nyt ordregivers undersøgelsespligt. Bestemmelserne kan læses som en stramning i forhold til Klagenævnet for Udbuds hidtidige praksis. Spørgsmålet er imidlertid, om der med de nye bestemmelser reelt er lagt op til en skærpelse af hidtidig klagenævnspraksis. Vi gennemgår seneste praksis og giver vores bud på svar.

Ordregiverens undersøgelsespligt angår, i hvilket omfang en ordregiver er forpligtet og berettiget til at foretage effektiv kontrol af de oplysninger, som en ansøger eller tilbudsgiver afgiver i ansøgningen eller tilbuddet. Klagenævnet for Udbud har i en række kendelser fra før udbudslovens ikrafttræden taget stilling til omfanget af ordregivers undersøgelsespligt. Det følger af denne praksis, at udgangspunktet er, at ordregiver alene er undergivet en undersøgelsespligt *undtagelsesvist* ved gennemgangen af ansøgninger eller tilbud, når der foreligger *særlige omstændigheder*, eller når oplysningerne er åbenbart urigtige - se bl.a. klagenævnets

kendelse af 28. marts 2007, kendelse af 19. februar 2010 og kendelse af 8. maj 2014. Som den helt klare tommelfingerregel kan en ordregiver altså stole på de oplysninger, som en ansøger eller tilbudsgiver kommer med.

UDBUDSLOVENS REGLER OM ORDREGIVERS UNDERSØGELSESPLIGT

Det følger af udbudslovens § 164, stk. 2, at ordregiver i tvivlstilfælde - dvs. ved tvivl om rigtigheden af tilbudsgiverens oplysninger - skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet. Bestemmelsen gennemfører artikel 67, stk. 4, i udbudsdirektivet.

Af udbudslovens § 159, stk. 3, fremgår tilsvarende, at en ordregiver i tvivlstilfælde skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i ansøgningen eller tilbuddet.

Udbudslovens § 164, stk. 2, er alene relateret til tildelingskriterierne, mens udbudslovens § 159, stk. 3, både angår ansøgninger og tilbud og navnlig tager sigte på oplysninger om udelukkelsesgrunde, egnethed og udvælgelse. Med udbudslovens § 159, stk. 3, har intentionen været at skabe klarhed i forhold til ordregivers pligter og tydeliggøre, at pligten til at undersøge tvivl også eksisterer, selvom det ikke angår tilbudsevalueringen.

Spørgsmålet er, om der med disse bestemmelser er foretaget en skærpelse af ordregivers undersøgelsespligt sammenlignet med tidligere klagenævns-

praksis. Ordlyden af bestemmelserne peger umiddelbart i retning af en skærpelse, idet en ordregiver allerede i *tvivlstilfælde* er underlagt en undersøgelsespligt - og således ikke kun når der foreligger (helt) særlige omstændigheder, åbenbart urigtige oplysninger eller lignende forhold.

Det fremgår af forarbejderne til udbudslovens §§ 159 og 164, at der ikke påhviler ordregiver en generel undersøgelsespligt, idet denne pligt alene opstår i tvivlstilfælde. Det fremgår endvidere, at "*I modsætning til gældende praksis fra Klagenævnet for Udbud har ordregiver i henhold til § 164 pligt til at undersøge rigtigheden af oplysninger, som fremgår af et tilbud, hvis der er tvivl om rigtigheden af oplysningerne.*"

Beskrivelsen af, at undersøgelsespligten i § 164 afviger fra tidligere klagenævnspraksis, indikerer i overensstemmelse med ordlyden af bestemmelserne, at der er sket en skærpelse af ordregivers undersøgelsespligt. Forarbejderne lægger således op til, at udbudsloven sammenlignet med den tidligere retstilstand stiller strengere krav til ordregivers undersøgelsespligt.

**KLAGENÆVNSPRAKSIS SIDEN
UDBUDSLOVENS IKRAFTTRÆDEN**
Klagenævnet har i en række sager efter udbudslovens ikrafttræden haft anledning til at udtale sig om ordregivers undersøgelsespligt.

Vossloh Nordic Switch System AB mod Banedanmark

I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 16. december 2016, Vossloh Nordic Switch System AB mod Banedanmark, udtalte klagenævnet, at en særlig sagkundskab hos ordregiveren ikke medfører en udvidet undersøgelsespligt i relation til et tilbud, der i det hele fremstår som konditionsmæssigt.

Viking Medical Scandinavia ApS m.fl. mod Amgro I/S

Der kan endvidere henvises til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 10. februar 2017, Viking Medical Scandinavia ApS m.fl. mod Amgro I/S. Klagenævnet udtalte i denne kendelse, at en ordregiver ifølge fast klagenævnspraksis "*som alt overvejende udgangspunkt er både berettiget og forpligtet til at lægge de oplysninger, som tilbudsgiverne afgiver i deres tilbud, til grund uden nærmere prøvelse heraf.*" Klagenævnet udtalte dernæst, at der i den konkrete sag ikke forelå oplysninger, der gav grundlag for at antage, at oplysningerne fra tilbuds-

giveren "*var så åbenbart forkerte*", at ordregiver var forpligtet til at foretage en nærmere undersøgelse heraf.

Tolkegruppen Oversættergruppen P/S mod Københavns Kommune

I Klagenævnet for Udbuds kendelse af 27. april 2017, Tolkegruppen Oversættergruppen P/S mod Københavns Kommune, udtalte klagenævnet, at udgangspunktet efter §§ 159, stk. 3, og 164, stk. 2, samt tidligere praksis er, "*at et tilbud skal evalueres på baggrund af sit eget indhold.*" Klagenævnet udtalte videre, at ordregiveren alene er "*forpligtet til at kontrollere oplysningerne i tilbuddet, hvis der for ordregiver foreligger omstændigheder, som giver særlig anledning til en sådan kontrol.*"

Scan Office A/S mod Moderniserings- styrelsen

Dette er gentaget i Klagenævnet for Udbuds kendelse af 18. maj 2017, Scan Office A/S mod Moderniseringsstyrelsen. Ved at henvise til tidligere praksis og anvende formuleringen "*særlig anledning*" synes klagenævnet at fastholde linjen fra før udbudslovens ikrafttræden. Det er endvidere relevant at fremhæve, at klagenævnet i begge kendelser udtaler, at ordregiverens beslutning om at efterprøve oplysninger har et skønsmæssigt præg, og at klagenævnet alene kan efterprøve, om de (vide) rammer, der gælder for en sådan beslutning, er overskredet. Ordregiveren overlades hermed et vist skøn i forhold til, hvornår en undersøgelse af oplysningerne skal iværksættes.

Jobi Værft A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse

Endelig kan der henvises til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 26. oktober 2017, Jobi Værft A/S mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse. Klagenævnet gjorde i sagen bl.a. gældende, at den valgte tilbudsgivers oplysninger om at være i besiddelse af alle nødvendige godkendelser og tilladelser var urigtige, og at ordregiveren havde haft pligt til at kontrollere forholdet efter at være blevet gjort opmærksom herpå.

Klagenævnet tilkendegiver i kendelsen, at en ordregiver er forpligtet til at reagere på oplysninger, der først bliver ordregiver bekendt efter tildelingsbeslutningen, men udtaler samtidig, at ordregiverens undersøgelsespligt alene opstår i de situationer, "*hvor der er begrundet tvivl om hvorvidt der er tvivl om rigtigheden af oplysningerne eller det er åbenbart, at tilbudsgiveren ikke opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i udbuds-*

materialet."

Klagenævnets udtalelse synes at indikere, at ordregivers undersøgelsespligt kun udløses, når der er særlig anledning til at kontrollere de afgivne oplysninger.

OMFANGET AF ORDREGIVERS UNDERSØGELSESPLIGT

Den seneste praksis fra Klagenævnet for Udbud efterlader indtrykket af, at udbudslovens §§ 153, stk. 3, og 164, stk. 2, ikke indebærer en skærpelse af ordregiverens undersøgelsespligt. De afsagte kendelser hviler således på den præmis, at der fortsat skal være tale om åbenbart urigtige oplysninger eller særlig anledning, for at ordregivers undersøgelsespligt udløses.

En ordregiver, som iværksætter en undersøgelse af forhold knyttet til en ansøgning eller tilbud, skal altid være opmærksom på (også) at iagttage ligebehandlingsprincippet, ligesom en afklaring ikke må føre til, at der reelt afgives en ny ansøgning eller et nyt tilbud ■



Annelouise Dalgaard Pedersen
Advokat, partner
adp@horten.dk



Louise Hilton Saggau
Advokat
lhi@horten.dk



Leah Elkan
Advokatfuldmægtig
lee@horten.dk