

Entrepriseudbud

– udbud, tilbud, ordre efter lov om tilbudsindhentning

© 2002 Eric Boesgaard og G.E.C. Gads Forlag, Aktieselskabet af 1994, København

Alle rettigheder forbeholdes.

Ingen del af denne bog må gengives, lagres i et søgesystem eller transmitteres i nogen form eller med nogen midler grafisk, elektronisk, mekanisk, fotografisk, indspillet på plade eller bånd, overført til databanker eller på anden måde, uden forlagets skriftlige tilladelse.

Enhver kopiering fra denne bog må kun ske efter reglerne i lov om ophavsret af 14. juni 1995 med senere ændringer.

Det er tilladt at citere med kildeangivelse i anmeldelser.

Omslag: Axel Surland

Grafisk form og sats: Freddy Pedersen

Bogen er sat med Stone

Trykt: Narayana Press, Gylling

Printed in Denmark 2002

ISBN 87-13-04832-5

1. udgave, 1. oplag 2002

Gads Forlag
Klosterstræde 9
1157 København K
Tlf: 33 15 05 58
Fax: 33 11 08 00
www.gjellerup.com
E-mail:sekr@gads-forlag.dk

Indholdfortegnelse

FORORD · 11

1 INDLEDNING, PRÆSENTATION OG INDKREDSNING · 12

- 1.1 Indledning · 13
- 1.2 Rids af det primære lovgrundlag · 16
 - 1.2.1 Tilbudsindhentningslov & -bekendtgørelse · 16
 - 1.2.2 Normeringens formål · 21
 - 1.2.3 Det almindelige ligebehandlingsprincip · 23
 - 1.2.4 Det almindelige konkurrenceprincip · 29
 - 1.2.5 Elementer i forholdet mellem ligebehandling og konkurrence · 32
- 1.3 Den geografiske afgrænsning · 34
- 1.4 Andet regelgrundlag · 37
 - 1.4.1 Konkurrenceloven · 37
 - 1.4.2 Cirkulære om pris og tid · 42
 - 1.4.3 Finansministeriets udbudcirkulære · 43
 - 1.4.4 Almindelige Betingelser (AB 92 og ABT 93) m.v. · 44
 - 1.4.5 Bemærkninger til den EU-retlige regulering · 48

2 KONKURRENCEBETINGELSER I TILBAGEBLIK · 52

- 2.1 Bygge- og anlægssektorens særregulering – indledende betragtninger · 53
- 2.2 Licitationsinstitut og konkurrencevilkår i historisk perspektiv · 56
 - 2.2.1 Licitationsloven fra 1966 · 59

3 ORDREGIVER – BASALE LOVAFGRÆNSNINGER · 66

- 3.1 Systematik og indledning · 67
- 3.2 Ordregivere af offentlige bygge- og anlægsopgaver · 68

- 3.3 Ordregivere af ikke-offentlige bygge- og anlægsopgaver · 81
 - 3.3.2 Entreprenørudbud af opgaver til underentreprenører · 81
 - 3.3.2.1 Entreprenørudbud ved offentlige opgave, der omfattes af EU-direktiv · 87
 - 3.3.3 Udbud af andre ikke-offentlige bygge- og anlægsopgaver (private udbud) · 89

4 TILBUD · 94

- 4.1 Tilbud · 95
 - 4.1.1 Omkring det aftaleretlige tilbudsbegreb · 95
 - 4.1.2 Tilbagekaldelse af tilbud · 99
 - 4.1.3 Tilbudets form herunder – elektroniske bud · 101
 - 4.1.4 Vedståelsesperiode · 107
 - 4.1.5 Byggeriets prisformer og vederlagsforudsætninger · 111
 - 4.1.6 Overslag og regningsarbejder – finder loven anvendelse ? · 114
 - 4.1.7 Anvendelse af ordinært regningsarbejde · 124
 - 4.1.8 Sammenfatning af tilbudsbegrebet · 128

5 OPGAVEN · 130

- 5.1 Indledning og placering · 131
 - 5.1.1 Udførelse · 132
 - 5.1.2 Udførelse og rådgivningsydelser · 133
 - 5.1.3 Leveranceopdrag og afgrænsningen til entreprenørydelser · 136
- 5.2 Bygge- og anlægsbegrebet · 138
 - 5.2.1 "Hidtidig praksis" · 140
 - 5.2.2 Bygge- og anlægsdirektivets rolle · 142
 - 5.2.3 Licitationslovens rolle · 144
 - 5.2.4 Sammenfatning · 150
- 5.3 Helhedsvurdering af blandede opgaver · 151

6 UDBUDET – ALMINDELIG DEL · 156

- 6.1 Opfordring til tilbudsgivning · 157
 - 6.1.1 Definition og umiddelbar retsvirkning (pligt til kontrahering?) · 157
 - 6.1.2 Spørgsmål om udbudspligt – internt arbejde – kontrolbud · 162
 - 6.1.3 Udbudsformer · 169
- 6.2 Almene retningslinier for udbud · 172
 - 6.2.1 Fælles indholdskrav · 172
 - 6.2.2 Udbudsforskrifter om bestemte produkter m.v. · 187
 - 6.2.3 Udbyders valg af tildelingskriterium · 191
 - 6.2.4 Sideordnet udbud · 200

- 6.3 Entreprisepositioner · 204
 - 6.3.1 Valget af entreprise- og samarbejdsform · 204
 - 6.3.1.1 Nye samarbejdsformer – partnering · 207
- 6.4 Habilitetsspørgsmål · 214
 - 6.4.1 Habilitet · 214
 - 6.4.2 Anden habilitetsnormering · 221

7 UDBUDET – SPECIEL DEL · 222

- 7.1 Udbud i licitation · 223
 - 7.1.1 Licitationsdefinition og afledte procedurekrav · 223
 - 7.1.1.1 Kommentar om tilsidesættelser af gyldighedskrav · 233
 - 7.1.2 Særligt om rammeaftaler · 235
 - 7.1.3 Udbud i offentlig licitation · 238
 - 7.1.4 Udbud i begrænset licitation · 242
 - 7.1.4.1 Umiddelbar opfordring · 246
 - 7.1.4.2 Prækvalifikation af tilbudsgivere (forud for begrænset licitation) · 247
- 7.2 Opfordring til underhåndsbud · 257
 - 7.2.1 Definition og indledende bemærkninger · 257
 - 7.2.2 Hvornår kan anvendes underhåndsbud? · 259
 - 7.2.3 Kort opsummering · 277

8 LICITATIONSHANDLINGEN · 278

- 8.1 Licitationsstiden, -stedet og åbningen · 279
 - 8.1.1 Oplæsningspligten og adgangskravet m.v. · 288
 - 8.1.2 Ændring af licitationstidspunkt og -sted · 295
- 8.2 Positionering som følge af bekendtgørelse af bud · 298

9 TILBUDSFEJL OG -FORKASTELSE · 302

- 9.1 Fejlbehæftede tilbud m.v. · 303
 - 9.1.1 Omtydning af bud til rette meningsindhold og anden korrektion · 313
 - 9.1.2 Passivitet – og lidt om sene indsigelser · 318
- 9.2 Forkastelse af tilbud – utillidsvækkende forhold · 321

10 FORHANDLINGER · 330

- 10.1 Indledning · 331

- 10.2 Forhandling af underhåndsbud · 333
 - 10.2.1 *Generelle bemærkninger* · 333
 - 10.2.2 *Underhåndsudbud i konkurrence* · 337
 - 10.2.3 *Solo-tilbud i underhånd* · 341
- 10.3 Forhandling af licitationsbud · 342
 - 10.3.1 *Generelle bemærkninger* · 342
 - 10.3.2 *Respekten for udbudsbetingelsernes "mindstekrav"* · 346
 - 10.3.3 *Værktøjer for den videre redegørelse* · 354
 - 10.3.4 *Tilbudsforbehold – en principiel kommentar* · 356
- 10.4 Tildelingskriteriet er "det økonomisk mest fordelagtige bud" · 360
 - 10.4.1 *Betydningen af to sæt mindstekrav – alternative bud – tildelingspligt* · 360
 - 10.4.2 *Indkredsning af forhandlingsparter via typetilfælde* · 363
 - 10.4.3 *Forhandling eller ej ?* · 367
 - 10.4.4 *Forhandlinger i tilfælde, hvor der afstås fra forhandlingsrunde* · 369
 - 10.4.5 *Forhandling med flere tilbudsgivere* · 370
 - 10.4.6 *Ophavsretlige begrænsninger for "inspiration på tværs"* · 376
 - 10.4.7 *Doktrinen om opgavens basale uforanderlighed – "samme arbejde"* · 379
- 10.5 Tildelingskriteriet er "det laveste bud" · 381
 - 10.5.1 *Placering af forhandlingshjemmel* · 381
 - 10.5.2 *Arven fra licitationsloven og dagens forhandlinger* · 386
 - 10.5.3 *Rammerne for forhandling om "laveste bud"* · 392
- 10.6 Overdragelse af bud · 394
- 10.7 Afklaring af tilbudsindhold m.m. uden forhandling · 395

11 TILDELING OG AFTALEINDGÅELSE · 398

- 11.1 Indledning · 399
- 11.2 Identifikation af det laveste bud · 402
 - 11.2.1 *Udgangspunkt* · 402
 - 11.2.2 *Afgrensningen af lighed qua kapitalisering* · 403
 - 11.2.3 *Særligt om tilbudsforbehold contra andre afvigelser* · 405
 - 11.2.4 *Prissætning af afvigelser* · 412
 - 11.2.5 *Konkurrencegrundlaget* · 414
 - 11.2.6 *Sideordnede licitationer/udbud* · 415
 - 11.2.7 *Alternative tilbud* · 418
 - 11.2.7.1 *Præsentation af tilbudskategori og hidtidig praksis* · 418
 - 11.2.7.2 *Det fortolkningsmæssige knudepunkt* · 420
 - 11.2.7.3 *Fastlæggelsen af licitationsresultatet ved modtagelse af alternative bud* · 422

- 11.3 Identifikation af det økonomisk mest fordelagtige bud · 425
 - 11.3.1 *Alment om evalueringen* · 425
 - 11.3.1.1 *Supplerende om mindstekrav ved "mest fordelagtige bud"* · 428
 - 11.3.2 *Evalueringsmodeller* · 430
 - 11.3.3 *Alternative tilbud ved kriteriet "mest fordelagtige bud"* · 432
 - 11.3.3.1 *Supplerende om tilbudsforbehold og antagelsespligt* · 433
- 11.4 Udbyders underretnings- og begrundelsespligt · 435
- 11.5 Kontrahering · 440
- 11.6 Aftalebegrænsninger efter indgåelse af kontrakt · 445

12 KLAGER · 448

- 12.1 Håndhævelsen · 449
- 12.2 Klagenævnet for udbud · 450
 - 12.2.1 *Retsgrundlag, struktur og kompetencer* · 450
 - 12.2.2 *Prøvelse og fortolkningslinje* · 453
 - 12.2.3 *Sanktioner og reaktioner* · 456
 - 12.2.3.1 *Annulatio af ulovlige beslutninger* · 456
 - 12.2.3.2 *Pålæg om lovgivning af udbudsforretningen* · 458
 - 12.2.3.3 *Erstatning* · 458

13 BILAG · 464

- 1) Tilbudsindhentningsloven · 465
- 2) Tilbudsindhentnings-bekendtgørelsen · 468
- 3) Lovbemærkninger (af 10.01.01) · 473
- 4) Cirkulære om pris og tid · 487
- 5) Standardforhold:
 - a) Faglige forbehold · 495
 - b) Standardforbehold af marts 2001 (AB 92) · 498
 - c) Standardforbehold for totalentreprise (ABT 93) · 499
- 6) NACE-nomenklatur (uddrag) · 500

UDVALGT UDBUDSRETIG LITTERATUR · 501

STIKORDSLISTE · 502

Centrale forkortelser

AB 72:	Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer – 1972
AB 92:	Almindelige Betingelser for arbejder og leverancer – 1992
ABR 89:	Almindelige Bestemmelser for teknisk Rådgivning og bistand – 1989
ABT 93:	Almindelige Betingelser for Totalentreprise – 1993
B:	Byretsdom
CPV:	Commen Procurement Vocabulary (EU-nomenklatur)
Dok.:	Konkurrencerådets blad: Dokumentation
ERU:	Folketingets Erhvervsudvalg
FED:	Forsikrings- og Erstatningsretlig Domssamling
H:	Højesteretsdom
KFE:	Kendelser om Fast Ejendom
Klagenævnet:	Klagenævnet for Udbud
L:	Landsretsdom
MTM:	Monopoltilsynets Meddelelser
NACE:	Den systematiske fortegnelse over økonomiske aktiviteter i EF (EU-nomenklatur)
T:BB:	Tidsskrift for Bolig- og Byggeret
UfR:	Ugeskrift for Retsvæsen
VL:	Vestre Landsrets dom
ØL:	Østre Landsrets dom.

Forord

Entrepriseudbud er skrevet i perioden fra november 2001 til primo august 2002. Advokat Hans-Peter Jørgensen fra advokatfirmaet Abel og Skovgård Larsen har gennemlæst størstedelen af manuskriptet og har med sædvanlig skarpsindighed bidraget med væsentlige og konstruktive bemærkninger. Advokat og ingeniør Mogens Hansen har ligeledes taget sig tid til visse generelle drøftelser af udbudsreglerne og har yderligere tilladt optrykning af Danske Entreprenørers standardforbehold. Jeg takker begge for hjælpen undervejs. Ansvar for bogens indhold er selvsagt alene mit.

Bogen tilstræber at give et bredt bidrag til en samlet fremstilling af den "nye udbudsret", men det bør naturligvis erindres, at tilbudsindhentningsreglerne p.t. kun har fundet anvendelse i knapt et år og at antallet af umiddelbare retskilder mildest talt er beskedent. Hertil kommer at reguleringen på flere punkter er ganske usædvanlig diffus i sig selv. Af samme årsag har redegørelsen ofte mere lærebogens end håndbogens tilgang til emnet.

Redaktionen er sluttet den 5. august 2002. Nævns- og retsafgørelser, litteratur m.m. publiceret efter dette tidspunkt er således ikke medtaget. Den seneste bekendtgørelse til tilbudsindhentningsloven, der træder i kraft den 1. september (Bek. nr. 595 af 9. juli 2002), er fuldt ud indarbejdet. Derimod har jeg ikke fundet det muligt fortsat at afvente den ministerielle vejledning til reguleringen, som flere gange i det forløbne år har været sat bygge- og anlægssektoren i udsigt (først af By- og Boligministeriet, siden af Økonomi- og Erhvervsministeriet).

Det er vigtigt for mig at takke mine kolleger for tolerance under processen. Som nat- og weekendprojekt er bogen dog specielt tilegnet min familie; Mette samt Christopher, Christine og Caroline, som jeg alle skylder en helt særlig kærlig tak for enestående langmodighed og uvurderlig støtte.

Hørsholm, august 2002

Eric Boesgaard

Med vedtagelsen af tilbudsindhentningsloven medio 2001 blev forskrifterne for udbud, tilbud og tildeling af ordrer markant ændret for bygge- og anlægssektoren. Den nye lov – med tilknyttet bekendtgørelse – betød et grundlæggende brud med det hidtidige licitationslovssystem, der i de forudgående 34 år havde udgjort hjørnestenen på området uden for EU's udbudsdirektiver.

Entrepriseudbud præsenterer og belyser de gældende regler, der indtager en kompliceret position, såvel i forhold til EU's udbudsregler som til de tidligere licitationsreguleringer. Bogen giver den første samlede fremstilling af denne "nye udbudsret" – herunder de seneste væsentlige ændringer, der trådte i kraft den 1. september 2002.

Redegørelsen omfatter bl.a. ordregiverkredsen, tilbuds- og opgavebegrebet, elektronisk tilbudsindhentning, udbudsformer og -procedurer, nye samarbejdsformer (partnering), habilitetsspørgsmål, licitationshandlingen, tilbudsfejl og -forkastelse samt ikke mindst parternes forhandlingsadgang og de forskellige rammer for mulig dialog. Der drages paralleller til reguleringen efter EU's udbudsdirektiver, og hidtidig praksis for håndtering af licitation, og underhåndsbud indrages i relevant omfang. Endvidere behandles en flerhed af aftale-, konkurrence- og offentligretlige aspekter af specifik betydning for området, ligesom retsfølgerne ved krænkelse berøres.

www.gjellerup.com

ISBN 87-13-04832-5



9 788713 048328