

des, at faserne efter startfasen indgår i konkurrencegrundlaget som optioner, som tilbudsgivere kan eller skal afgive bud på.

Endelig udelades § 13, stk. 4, nr. 8 om særlige planlægningsopgaver mv. for entreprenøren ved visse typer støttet byggeri. Anvendelsesområdet er til en vis grad sammenfaldende med undtagelsesbestemmelsen i udbudsdirektivets artikel 34 om en særlig procedure for at udpege en entreprenør ud fra dennes egnethed til at indgå i en planlægningsgruppe mv. Disse hensyn kan imidlertid i tilbudsloven varetages efter reglerne for partnering.

#### *Andre overvejelser*

Der vil være behov for at supplere lovforslaget med en vejledning. F. eks. vil der være behov for at vejlede om anvendelsen af tildelingskriterierne i den nu foreslåede udformning, herunder om mulighederne for at indrette et pointsystem til brug ved sammenligningen af tilbudene, som reflekterer udbyderens ønsker og formindsker risikoen for, at et tilbud får de fleste point, selv om udbyderen grundlæggende ikke er tilfreds med indholdet. Tildelingskriterierne må dog ikke være således udformet og vægтет, at de giver udbyderen et frit valg eller mulighed for at inddrage uvedkommende hensyn ved sammenligningen af tilbudene eller et rent subjektivt skøn til at forkaste et tilbud.

Lovforslaget indeholder ikke særlige regler om tilbud, der afviger fra udbudsbetingelserne. Spørgsmålet reguleres dels af ligebehandlingsprincippet, jf. den foreslåede § 2, stk. 3, dels af reglerne for alternative bud, der ikke foreslås ændret, jf. forslagens § 9.

Det følger af ligebehandlingsprincippet, at en udbyder ikke er berettiget til at antage et tilbud, der afviger fra grundlæggende elementer i udbudsbetingelserne, herunder fra de i udbudsbetingelserne opstillede mindstekrav, som alternative bud skal opfylde.

I praksis er der imidlertid ofte tvivl om, hvorvidt en afvigelse er så væsentlig, at tilbudet må afvises som ukonditionsmæssigt. Det følger af Klagenævnets praksis, at når en afvigelse er af et ikke-væsentligt omfang, har udbyder ret til at antage tilbudet, med mindre udbyder i udbudsmaterialet har forpligtet sig til at afvise alle tilbud med forbehold. Dette gælder dog kun, hvis afvigelsen ikke er til hinder for en fair og objektiv sammenligning af tilbudene. Drejer det sig om forbehold, dvs. betingelser som tilbudsgiver opstiller for at vedstå tilbudet, skal forbeholdet kunne prissættes af hensyn til sammenligningen.

Selv om et tilbudsforbehold kun repræsenterer mindre afvigelser fra udbudsgrundlaget, er der dog nor-

malt ikke en pligt for udbyder til at foretage en sådan prissætning og tage hensyn til tilbudet.

Selv mindre afvigelser fra udbudsgrundlaget indebærer således en risiko for tilbudsgiveren for, at udbyderen vil se bort fra tilbudet. Det kan være vanskeligt for en udbyder at vurdere den præcise rækkevidde og økonomiske betydning af et forbehold, og spørgsmålet kan på grund af reglerne for forhandling og rangordningen på licitationstidspunktet ofte ikke afklares i en direkte kontakt med tilbudsgiveren. Denne usikkerhed medfører, at udbyder påtager sig en risiko ved at antage et tilbud uden at kende de præcise økonomiske konsekvenser. Hertil kommer, at der kan være forbehold, der indeholder afvigelser, der ganske vist er små og uden økonomisk værdi eller i hvert fald umiddelbart kapitaliserbare, men som efter deres indhold alligevel giver udbyder noget andet end det, han har efterlyst.

Et forbehold kan dog efter Klagenævnets kendelse af 26. november 2004 være så bagatelagtigt, at udbyder kan have pligt til at tage det i betragtning. En udbyder må ikke bruge sit skøn i strid med de almindelige grundsætninger om proportionalitet og saglighed, men dette er udtryk for en konkret afvejning, og kan ikke gøres til genstand for en udtrykkelig regulering.

Hvis et forbehold er forårsaget af uklarheder i udbudsmaterialet, kan det i øvrigt medføre, at en udbyder afskæres fra at afvise et tilbud på grund af dette forbehold.

Heller ikke sondringen mellem væsentlige og uvæsentlige afvigelser fra udbudsbetingelserne er udtrykkeligt reguleret i tilbudsloven eller i udbudsdirektivet.

#### *4. Økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige*

Samlet vurderes lovforslaget ikke at have økonomiske konsekvenser for det offentlige. Ophævelsen af pligten til at forhandle med alle forskriftsmæssige tilbudsgivere og forhøjelsen af tærsklen for at indhente underhåndsbud vil indebære administrative lettelser for offentlige bygherrer. Bestemmelsen om (så vidt muligt) at vægte underkriterierne indeholder den fornødne fleksibilitet, idet vægten af de enkelte underkriterier kan angives med et passende udsving, således at de på forhånd udmeldte vægte kan præciseres efter modtagelsen af budene. Opstramningen af reglen vedrørende begrundelsespligten giver et vigtigt værktøj til at kontrollere, at det offentlige altid vælger det bedste bud.

Forenklingen af lovens regelsæt indebærer administrative lettelser på udbydersiden.