

Aftalelovens ugyldighedsregler anvendt på aftaler indgået gennem offentlige udbud

af

Ph.D.-stipendiat Michael Steinicke

1. Indledning

EU-udbud og licitationer betegner en særlig aftaleindgåelsesprocedure. Denne procedure er kendetegnet derved, at den er meget formel i forhold til den traditionelle aftaleindgåelsesmodel¹ samt derved, at flere tilbudsgivere ønsker at kontrahere med den ordregivende myndighed om den samme opgave. Det er genstand for det følgende at undersøge, hvilken betydning det har for anvendelsen af aftalelovens ugyldighedsbestemmelser, at aftalen er indgået ved licitation.

2. Ugyldighed generelt

Et løfte er gyldigt, når det enten har retsvirkning i overensstemmelse med sit indhold, dvs. at løftemodtageren kan kræve naturalopfyldelse, eller når misligholdelse af løftet kan medføre, at løftegiveren skal erstatte løftemodtagerens tab ved, at løftet ikke bliver opfyldt efter dets indhold,² dvs. skal erstatte den positive opfyldelsesinteresse.³ Der er ikke knyttet ugyldighedsvirkning til overtrædelse af licitationsloven,⁴ og det samme må gælde for overtrædelse af EU-udbudsdirektiver. Det er anført, at aftaler i strid med de grundlæggende bestemmelser i traktaten må antages at være ugyldige.⁵

¹ Dette skal forstås som en virksomheds accept af en anden virksomheds tilbud i de forskelle afskygninger, dette kan forekomme i, dog uden at være så forbundet som det er tilfældet med aftaleindgåelse efter licitationer.

² Generelt om erstatning og licitationer, se U 1999.11 H, U 2000.1425 V og *Lasse Simonsen: Prekontraktuel ansvar*.

³ Se *Lennart Lyngge Andersen, Palle Bo Madsen og Jørgen Nørgaard: Aftaler og mellemmand*, s. 146, *Henry Ussing: Aftaler*, s. 117 samt *Bernhard Gomard: Almindelig kontraktsret*, s. 121.

⁴ Således tilsyneladende *Hans Henrik Vagner: Entrepriseret*, s. 42.

⁵ *Ruth Nielsen: Udbud af offentlige kontrakter*, s. 197 med henvisning til *Peter Blok: TfR 1974*, s. 489. *Ruth Nielsen* anvender »køb dansk«-klausulen fra Storebælt-sagen som eksempel på overtrædelse af grundlæggende traktatbestemmelser (art. 28, art. 39 samt art. 49; de frie

2.1 Aftalelovens ugyldighedsregler

Aftaleloven indeholder et antal bestemmelser, som angiver hvilke forhold, der kan medføre ugyldighed. Hovedparten af disse bestemmelser vedrører forhold, som knytter sig til aftalens indgåelse, hvorimod aftalens indhold kun er omhandlet i én bestemmelse (§ 36). Aftalelovens kapitel om ugyldighed er ikke et udtømmende system. Der kan være andre situationer og andre forhold end dem, der er angivet i aftaleloven, som kan medføre en erklærings ugyldighed.

Det er kun de af udbudets dokumenter, der har traditionel betydning for aftaleindgåelse (dvs. som indeholder de aftaleretlige løfte- og påbudsvirkninger), som kan erklæres for ugyldige. Dette betyder, at udbudsbekendtgørelsen og udbudsmaterialet ikke aftaleretligt kan erklæres ugyldigt, da disse ikke indeholder evnen til at binde afgiveren eller modtageren.⁶ Der er den grundlæggende forskel på aftaleretten og udbudsretten, at mens aftaleretten udelukkende giver *parterne* mulighed for at påberåbe sig aftalen eller at påberåbe sig ugyldighed, er denne mulighed indenfor udbudsretten ikke begrænset til parterne. I forbindelse med udbud vil også tredjemand have mulighed for at påberåbe sig aftalens udbudsretlige »ugyldighed«. ⁷ Dette skyldes, at formålet med udbudsreglerne er at opnå konkurrence om den pågældende opgave, hvilket medfører, at andre tilbudsgivere (samt muligvis potentielle tilbudsgivere) kan protestere mod tildelingen af opgaven til en bestemt tilbudsgiver, såfremt disse tredjemænd ikke mener, at aftaleindgåelsesproceduren er overholdt.

3. Bestemmelserne

Aftaleloven giver mulighed for at erklære en aftale ugyldig i flere forskellige situationer. Ved gennemsyn af ugyldighedsgrundene ses det, at flere af bestemmelserne ikke eller kun sjældent vil finde anvendelse i udbudssituationen, da licitationer indeholder en særegen aftaleindgåelsesform. Disse bestemmelser behandles ikke i det følgende. Der fokuseres derimod særligt på svig, erklæringsvildfarelse, urimelighed samt uhæderlighed.

3.1 Svig

Aftalelovens § 30 omhandler viljeserklæringer fremkaldt ved svig. Bestemmelsen har følgende ordlyd: »En viljeserklæring er ikke bindende for afgiveren, hvis den, til hvem erklæringen er afgivet, har fremkaldt den ved svig eller har indset eller

bevægeligheder).

⁶ Disse erklæringer har dog betydning for aftalens overensstemmelse med udbudsretten. Herom, se *Michael Steinicke*, *Juristen*, 2000, s. 302 ff.

⁷ Klagenævnet for udbud har således mulighed for at annullere ordregivers udbudsretlige beslutninger, men kan ikke annullere aftaler i kontraktretlig forstand.

burde indse, at den var fremkaldt ved svig fra tredjemands side.« En erklæring anses for fremkaldt af svig, hvis »den, til hvem erklæringen er afgivet, svigagtigt har givet urigtige oplysninger om omstændigheder, som kan antages at være af betydning for erklæringen, eller gjort sig skyldig i svigagtig fortielse af sådanne omstændigheder.«

I relation til udbud er det særligt begrebet »fremkaldt« som har interesse. Hvor det er *ordregiver*, som ved svig har fremkaldt tilbudene, må disse som udgangspunkt alle kunne erklæres ugyldige. Spørgsmålet er, om det forhold, at ét tilbud erklæres ugyldigt kan medføre, at alle tilbudsgiverne kan påberåbe sig ugyldighed. Dette må antages at være tilfældet. Dette skyldes, at tilbudsgiverne har tillagt de samme forhold betydning ved deres vurdering af, om de ville afgive tilbud på opgaven. Hvis en *tilbudsgiver* har anført svigagtige forhold, opstår spørgsmålet, om der kan lægges *konkurrencemæssige* forhold til grund ved vurderingen af, om erklæringen (dvs. ordregivers accept) er *fremkaldt* ved svigen. Argumentet herfor skulle være, at accepten er fremkaldt af (og givet til) den pågældende tilbudsgiver, da denne havde forhold i sit tilbud, som gjorde netop dette tilbud mere attraktivt i forhold til de øvrige tilbud. Det kan således siges, at det er de afgørende forhold for konkurrencen, som spiller den afgørende rolle for anvendelsen af § 30. Denne fortolkning er formentlig for restriktiv i forhold til definitionen af »fremkaldt« i § 30, stk. 2. Det må på denne baggrund formodes, at også andre forhold end de forhold, som har medført at ordregiver vælger netop ét tilbud fremfor et andet, kan have »betydning« for accepten og dermed anvendes som begrundelse for anvendelsen af § 30.⁸

Et andet spørgsmål er, om det blotte forhold, at der er afgivet en erklæring, vil være tilstrækkeligt til at kunne anvende § 30. Svaret kan muligvis findes i praksis omkring et velkendt problem inden for licitationsretten: mestergrise. Begrebet »mestergris« udtrykker det forhold, at tilbudsgiverne ved et udbud eller en licitation i deres tilbud indregner et skjult beløb, som vinderen af udbudet skal dele med de øvrige tilbudsgivere. Dette skjulte beløb har til formål at dække omkostningerne ved tilbudsberegningen, men alt efter størrelsen af beløbet, kan der også være indberegnet et reelt overskud til hver enkelt tilbudsgiver.⁹ I det omfang det forudsættes, at det forhold at der afgives accept ved licitationer ikke i sig selv opfylder betingelsen, om at svigen »fremkalder« erklæringen, falder »mestergrise« uden for bestemmelsen. Det ses også, at § 30 ikke nævnes som hjemmelsgrundlag til at erklære aftaler indgået på baggrund af mestergrise ugyldige.

⁸ Der må formentlig sondres mellem det, at svigen fremkalder en accept, og det forhold, at der fremkaldes en accept til den som har udvist svigen. Hvis det sidstnævnte var den korrekte forståelse af begrebet »fremkalde« i forbindelse med licitationer, var der ikke mulighed for at erklære andre tilbud end det vindende tilbud ugyldigt. Dette er formentlig ikke i overensstemmelse med hensigten bag aftaleloven.

⁹ Om mestergrise, se *Henry Ussing: Aftaler*, s. 142, *Erik Hørlyck: Entreprise og licitation*, s. 430, *Bernhard Gomard: Almindelig kontraktsret*, s. 160, samt *Lennart Lyngé Andersen, Palle Bo Madsen og Jørgen Nørgaard: Aftaler og mellemmand*, s. 192. Af afgørelser, se U 1911.18 H.

I licitationsloven er indsat en bestemmelse, som forbyder en sådan forudgående regulering af tilbudene, jf. § 4: »Ved tilbudsgivning er det forbudt

- 1) at gennemføre forudgående regulering af bud,
- 2) at fastsætte betingelser for åbning af bud
- 3) at foretage udskydning af bud

Stk. 2. Aftaler og vedtagelser om pligt til forudgående anmeldelse af licitationsbud til de bydendes organisationer eller om pligt for bydende til at forhandle eller på anden måde samarbejde inden tilbudsgivningen er forbudt.«

Den nuværende licitationslov forventes afløst af lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren.¹⁰ Der er ikke en tilsvarende bestemmelse i den nye lov. Bestemmelsen er henlagt til konkurrencelovens § 7. Udbudsdirektiverne indeholder heller ikke tilsvarende bestemmelser til beskyttelse af ordregiver. Til trods herfor vil indregning af skjulte avancer samt mestergrise, dvs. et ekstra beløb, således, at alle de bydende får dækket deres omkostninger (muligvis endda et mindre overskud), være i strid med generelle aftaleretlige og udbudsretlige såvel som konkurrenceretlige principper.

3.2 Erklæringsvildfarelse

Aftalelovens § 32, stk. 1 bestemmer, at erklæringsafgiveren ikke er bundet ved sin erklæring, hvis erklæringen pga. fejlskrift eller lignende har fået et andet indhold end tilsigtet og såfremt erklæringsmodtageren var i ond tro om fejlen. Erklæringsvildfarelse er formentlig den type ugyldighedsindsigelse, som hyppigst har været påberåbt i forbindelse med licitationer.

Hvilke fejl, som i praksis typisk har vist sig i forbindelse med licitationer, ses af følgende praksis: I U 1951. 1066 H vedrørende en entreprise på jord-, jernbeton- og murerarbejde udbudt af Københavns Belysningsvæsen var det laveste indkomne bud på 45.057 kr. Dette bud blev antaget af ordregiver. Senere opdagede tilbudsgiver dog, at der var en regnefejl i tilbudet. I rettet stand ville den totale tilbudssum andrage 55.782 kr., dvs. tilbudet ville være næsten 11.000 kr. dyrere. Højesteret fandt, at ordregiver ikke var i ond tro, hvorved aftalelovens § 32 ikke kunne finde anvendelse. U 1973. 868 Ø omhandlede et udbud på levering af køkken- og garderobeelementer. Ordregiver accepterede det laveste tilbud, som på grund af en fejl indeholdt det fulde beløb for opgaven. Tilbudsgivers samlede sum var udelukkende for levering af garderobeelementer (134.235 kr.), mens prisen for køkkenelementer (82.955 kr.) ved en fejl ikke var medregnet i det samlede beløb. Østre Landsret fandt, at fejlen var så åbenlys, at ordregiver burde være opmærksom på den, hvorfor tilbudsgiver ikke var bundet ved tilbudet. Østre Landsret nåede resultatet uden eksplicit at henvise til aftalelovens § 32. I U 1974. 42 H var den udbudte opgave inddelt i grupper. Gruppe 2 omfattede dækelementer, altanplader mm., mens gruppe 3 omfattede badplader. Inden licitationens afholdelse ændrede ordregiver denne opdeling således, at altanplader blev flyttet fra gruppe 2 til gruppe 3. Tilbudsgiveren havde ikke anvendt denne nye opdeling, hvorved priserne på grupperne blev henholdsvis for høje og for lave. Højesteret fastslog, ligesom Landsretten havde gjort tidligere, at tilbudsgiver ikke var bundet af sit tilbud, da en umiddelbar læsning af tilbudene afslørede, at enkelte af beløbene havde en urealistisk højde sammenlignet med de øvrige tilbud. Heller ikke i denne sag henviste domstolene direkte til aftalelovens § 32. I U 1977. 1036 V havde en tilbudsgiver afgivet tilbud på udførelse af varmeentreprise på 129.000 kr., men manglede at tage hensyn til en udgift på 58.000 kr. for indkøb af radiatorer. Landsretten fastslog, at ordregiver ikke burde have indset fejlen, og dermed, at aftalelovens § 32 ikke fandt anvendelse. U 2000. 60 H omhandlede en licitation på en smedeentreprise. I sagen havde en medarbejder begået flere fejl ved udregningen

¹⁰ Se lovforslag L 140.

af en tilbudssum, som blev lavere end tilsigtet. Højesteret fastslog, at ordregiver, eller rettere dennes rådgiver, burde have indset fejlen, og at tilbudsgiver ikke var bundet ved tilbudet.

Som det fremgår af de nævnte sager, ligger vanskelighederne ved anvendelsen af § 32 i forbindelse med udbud ikke i at bestemme, hvorvidt der foreligger en fejl i tilbudene, men derimod i at fastslå, hvornår erklæringsmodtageren er i ond tro. Om denne vurdering, se nedenfor.

3.3 Aftalelovens generalklausuler

Aftaleloven indeholder to bestemmelser, som har karakter af generalklausuler eller retsstandarder.¹¹ En retsstandard er en retsregel, »der ikke binder retsanvendelsen ved nøje udformede forskrifter, men indskrænker sig til at give domstolene et direktiv, en moralsk eller social målestok, som de må udfylde og give indhold efter hver tids retsopfattelse.«¹²

Aftalelovens § 33 bestemmer, at såfremt det vil stride mod almindelig hæderlighed at gøre aftalen gældende, kan erklæringsmodtager ikke påberåbe sig, at aftalen er indgået. Bestemmelsen anvendes ofte som opsamlingsbestemmelse (sammen med § 36) i tilfælde, hvor de andre ugyldighedsgrunde har vist sig ikke at kunne finde anvendelse. § 36 bestemmer, at »en aftale kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvist, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre den gældende. Det samme gælder andre retshandler.« I bestemmelsens stk. 2 anføres, at der i forbindelse med afgørelsen efter stk. 1 kan tages »hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder.« Bestemmelsernes nøglebegreber er hæderlighed, rimelighed og redelighed. Disse begreber har den egenskab, at de tilpasser bestemmelserne til tidernes aktuelle aftaletyper, da begreberne hæderlighed, rimelighed og redelighed kan tilpasses den til enhver tid gældende opfattelse af begreberne. Hvad der opfattes som uhæderligt i dag, opfattes måske ikke sådan i morgen. Da bestemmelserne som generalklausuler er fleksible, indeholder de et tiltrængt supplement til det ellers reducerede katalog af ugyldighedsgrunde, som kan finde anvendelse i forbindelse med udbud. Domstolene har vist tilbageholdenhed med at anvende bestemmelserne på forretningsforhold.

3.3.1 Loyalitetsnormer

Kravene om redelighed, hæderlighed samt rimelighed udspringer alle af den prækontraktuelle loyalitetspligt. Denne bestemmer, at to parter, som befinder sig i aftaleindgåelsesfasen, er pålagt en loyalitetspligt overfor hinanden.¹³ Eksempler på

¹¹ Om disse bestemmelser, se *Lennart Lyngge Andersen og Jørgen Nørgaard: Aftaleloven med kommentarer*, s. 183 ff og 193 ff, og *Kurt Grönfors: Avtalslagen*, s. 204 ff. og 217 ff.

¹² *Bo von Eyben og W. E. von Eyben: Juridisk ordbog*, s. 237.

¹³ Se eksempelvis *Palle Bo Madsen: UfR 1982 B. 165* og *Bernhard Gomard: Almindelig kontraktsret*, s. 159 ff.

denne loyalitetspligt er sælgerens (tilbudsgivers) loyale oplysningspligt og pligten til at reklamere efter flere af aftalelovens bestemmelser (eksempelvis § 4, stk. 2, § 6, stk. 2 samt § 9).¹⁴

3.3.2 Udbudsretlig loyalitetspligt

Den traditionelle aftaleretlige loyalitetspligt gælder også i aftaleforløb reguleret af udbudsdirektiverne. Denne loyalitetspligt er dog anderledes ved udbud. Dette skyldes dels, at der er flere tilbudsgivere ordregiver skal være loyale overfor, og dels at udbudsdirektiverne sætter grænser for de reaktionsmønstre parterne har ved aftaleindgåelsen.¹⁵

Det mest markante udslag af ordregivers loyalitetspligt er ligebehandlingsprincippet.¹⁶ Dette medfører, at ordregiver i sin handlen skal være opmærksom, ikke bare i medfør af den almindelige aftaleretligt baserede loyalitetspligt, men yderligere i medfør af en *konkurrencemæssig* loyalitetspligt, som ved udbud må forudsættes at veje tungere end den aftaleretlige. Aftalelovens generalklausuler kan imidlertid ikke sammenkædes med overtrædelse af det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, da dette som nævnt primært indeholder en konkurrencemæssig loyalitetspligt. Mens den aftaleretlige loyalitetspligt således er rettet mod forholdet mellem den enkelte tilbudsgiver og tilbudsmotager, med baggrund i et ønske om at *undgå urimelige kontrakter*, er den udbudsretlige loyalitetspligt (for ordregiver) rettet mod *konkurrencesituationen* mellem alle tilbudsgiverne i kollegium. Ligebehandlingsprincippet er ikke brudt, selv om ordregiver har konstrueret en klart urimelig kontrakt med flere klausuler, som sætter den vindende tilbudsgiver i flere urimelige situationer, hvis blot konkurrencen mellem tilbudsgiverne ikke er berørt.

I visse udbudssystemer har den ordregivende myndighed valgfrihed mellem de indkomne tilbud. Der vil naturligt være forskel på loyalitetskravet i disse situationer, og loyalitetskravet i den udbudssituation, der reguleres af udbudsdirektiverne, dvs. den situation, hvor der *ikke* er valgfrihed for ordregiver. I sidstnævnte situation vil det udbudsretlige loyalitetskrav være skærpet.

I forbindelse med den traditionelle aftaleindgåelse vil parterne være pålagt et loyalitetskrav, som langt hen ad vejen er identisk for begge parter (dog ikke i forbrugerforhold, hvor den forretningsdrivendes loyalitetspligt vejer tungere end forbrugerens). I forbindelse med aftaleindgåelse efter udbudsdirektiverne er

¹⁴ I det omfang en erklæringsgiver med erklæringen hverken vil acceptere eller afslå, er det formentlig et udslag af loyalitetspligten, at han tænker sig nøje om inden han optager kontakt med erklæringsmodtager, jf. *Jørgen Nørgaard*: UfR 1994 B. 433, s. 435.

¹⁵ Om overførsel af aftalerettens loyalitetspligt til udbudsretten, se *Lasse Simonsen*: Prekontraktuel ansvar, s. 665 ff. Om det udbudsretlige saglighedskrav i forhold til aftalelovens §§ 33 og 36, se *Lasse Simonsen*: Prekontraktuelt ansvar, del I, kapitel IV.

¹⁶ Se indkøbsdirektivets art. 5, stk. 7, bygge- og anlægsgedirektivets art. 6, stk. 6, tjenesteydelsesdirektivets art. 3, stk. 2, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 4, stk. 2.

loyalitetspligten asymmetrisk fordelt, hvilket skyldes, at magtbalancen er forskudt i ordregivers favør, og at det dermed må påhvile denne at sørge for, at kontrakten ikke indeholder elementer, som vil gøre det uredeligt eller uhæderligt at opretholde den.¹⁷ Loyalitetspligten i forbindelse med udbud vil således for *tilbudsgiver* indeholde de for sælgeren traditionelle loyalitetsforpligtelser, primært sælgerens loyale oplysningsforpligtelse. For ordregiver vil loyalitetspligten være *skærpet* i forhold til den traditionelle aftaleindgåelse på baggrund af magtbalancen ved indgåelsen, jf. ovenfor.

3.3.3 Udbud og aftalelovens § 36

§ 36 giver i modsætning til de øvrige ugyldighedsbestemmelser mulighed for at tilsidesætte aftalen på baggrund af aftalens indhold. Dette gør bestemmelsen interessant i forhold til udbud.

Domstolene har generelt været tilbageholdende med at anvende § 36 på forretningsaftaler. Dette betyder dog ikke, at bestemmelsen ikke kan finde anvendelse på forretningsforhold. Det betyder dog, at den typiske forretningsaftale, hvor parterne er (nogenlunde) jævnbyrdige, ikke kan tilsidesættes via § 36. Det må samtidig gælde, at der i de situationer, hvor en forretningsaftale indgås, men hvor den ene af parterne ikke har mulighed for at påvirke indholdet af den kontrakt, der indgås, vil være mulighed for anvendelse af § 36. Om den asymmetriske magtbalance ved licitationer, se ovenfor med note.

Domstolenes rimelighedsvurderinger har været koncentreret om nogle få situationer. For det første er aftalelovens § 36 bragt i anvendelse i de situationer, hvor den ene kontraktspart ikke overholder branchens regler om god skik.¹⁸ Udbudssituationen er på baggrund af aftaleindgåelsens magtbalance som udgangspunkt et oplagt retsområde, hvad angår anvendelse af god skik-regler. Der er imidlertid ikke fastsat nogen god skik-standard i hverken udbudsdirektiverne eller licitationsloven. Ligebehandlingsprincippet vil ofte give en indikation af, om den ordregivende myndighed har handlet i strid med hvad der betragtes som god forretningsskik i forbindelse med indgåelse af aftaler efter udbudsdirektiverne.¹⁹ Problemet er i denne henseende, at ligebehandlingsprincippet ikke altid kan anvendes til at påberåbe sig urimelige vilkår i den indgåede kontrakt, medmindre vilkårene påvirker konkurrencesituationen.

¹⁷ Licitationer er kendetegnet ved en asymmetrisk magtbalance ved aftaleindgåelsen forstået således, at ordregiver har kompetence til at bestemme indholdet af aftalen, men hvor tilbudsgiver besidder den faglige kompetence.

¹⁸ Rimelighedsbetragtningen efter aftalelovens § 36 og loyalitetspligten har klart fælles træk, men bestemmelsen i § 36 skal ikke ses som en kodificering eller en afløser for loyalitetspligten, jf. *Palle Bo Madsen: Aftalefunktioner*, s. 73.

¹⁹ Ligebehandlingsprincippet indføres formentlig i den ny lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, jf. L140 § 6, stk. 1.

§ 36 er desuden anvendt på situationer, hvor der er anvendt et for en branche usædvanligt vilkår, som samtidig er meget byrdefuldt.²⁰ Ordregiver er ikke altid bekendt med branchens vilkår og kutymer, og der ligger derfor en potentiel risiko for, at anvendelse af ordregivers *egne standardvilkår* kan medføre, at tilbudsgiver udsættes for vilkår som er markant i ordregivers favør. I denne sammenhæng er det vigtigt at være opmærksom på, at denne risiko (som ligger implicit i udbudsinstitutionen) opvejes på to niveauer. For det første har ordregiver ofte allieret sig med en branchekendt rådgiver. Denne rådgiver vil formentlig opfordre ordregiver til at anvende branchens vilkår og standardkontrakter, og derigennem undgå den skitserede situation. For det andet er denne risiko en del af den udbudsretlige kontraktbalance, hvilket i denne sammenhæng betyder, at det element af urimelighed, som måtte være til stede på baggrund af et urimeligt vilkår, indgår i tilbudsgivernes samlede tilbudspris. Såfremt ordregiver fremsætter helt urimelige kontraktvilkår, har tilbudsgiver to muligheder. Han kan enten lade være med at fremsætte tilbud, hvis det vurderes, at urimeligheden ikke kan opvejes i prisen, eller også kan tilbudsgiver anføre et forbehold over for kontraktvilkåret i sit tilbud. Det sidstnævnte indeholder dog den risiko, at ordregiver kan afvise tilbudet som ukonditionsmæssigt.²¹ Ordregiver vil have en interesse i ikke at fremsætte urimelige vilkår, da han risikerer, at flere måneders forberedelse inden udbudet spildes ved, at ingen tilbudsgivere er interesserede, eller at de tilbud, som afgives, er alt for høje, da prisen kompenserer for det/de urimelige vilkår.

Domstolene har i flere tilfælde tilsidesat aftaler, hvis den normale behandling af en kontraktspartner fraviges til skade for denne.²² De aftaler, der indgås via udbud, vil ofte have en tidshorisont på 2-3 år, alt efter ydelsens karakter. Det må formodes, at ordregiver vil have en vidtgående adgang til at ændre i kontraktvilkår ved et nyt udbud. I forhold til lange kontraktsforløb, vil udbudet have den effekt, at der »startes på en frisk,« når en opgave udbydes på ny.²³ § 36 vil formentlig ikke have noget anvendelsesområde på disse situationer ved udbud.

Aftaler der ensidigt giver den ene part mulighed for at vurdere, hvorvidt en betingelse for at ændre i kontrakten er opfyldt, vil ofte kunne tilsidesættes efter §

²⁰ Herom, se U 1987. 801 H og U 1991. 4 H, samt *Lennart Lyngge Andersen og Jørgen Nørgaard: Aftaleloven med kommentarer*, s. 216-217.

²¹ Herom, se *Michael Steinicke: EU-udbud og forhandling*, s. 38 ff, og samme: *EU-ret og Menneskeret*, 1999, s. 109.

²² Se U 1984.811 (om betaling af forsikringspræmie) og *Lennart Lyngge Andersen og Jørgen Nørgaard: Aftaleloven med kommentarer*, s. 218.

²³ Ordregiver har kun i begrænset omfang mulighed for at bygge en ny kontrakt alt for meget på den foregående, da dette kan medføre, at kontrakten vil komme til at indeholde præferencer for den tidligere kontraktspartner. Det vil yderligere være en selvmodsigelse i forhold til motiverne bag udbudsdirektiverne at tale om sædvanlige kontraktspartnere, da dette ordvalg indikerer mangel på reel konkurrence på det pågældende område. Dette taler for, at ordregiver nyder stor frihed til at fastlægge nye vilkår.

36.²⁴ Det er ikke usandsynligt, at kontraktsindgåelsens magtbalance vil kunne resultere i en sådan situation.

Det kan diskuteres, om dette er tilfældet ved anvendelsen af AB 92 § 14, hvorefter bygherren ensidigt kan ændre visse vilkår i aftalen. På baggrund af den betydning anvendelse af AB 92 har inden for entreprisforhold, vil det være vanskeligt at forestille sig en begrænsning i anvendelsen af § 14 ud fra aftalelovens § 36.

Når det offentlige er part i en kontrakt, må anvendelsen af § 36 yderligere indskrænkes: »Aftaler med det offentlige er ikke undtaget fra reglen i aftalelovens § 36, men det må antages, at bestemmelsen kun sjældent vil blive bragt i anvendelse på sådanne aftaler. Det offentlige bør råde over en sådan ekspertise, at man kun yderst sjældent vil føle behov for efterfølgende at påberåbe sig § 36 - og det offentlige bør ikke indgå, i alt fald ikke fastholde, aftaler på en måde og/eller med et indhold, som gør det aktuelt for den anden part at påberåbe sig § 36.«²⁵ Som det fremgår af ovenstående, vil § 36 sjældent kunne anvendes i forbindelse med aftaler indgået ved udbud.

4. God eller ond tro

Anvendelsen af aftalelovens svage ugyldighedsgrunde afhænger af, om løftemodtageren er i god eller ond tro om det forhold, som kan medføre erklæringens ugyldighed. Dette kommer bl.a. til udtryk i aftalelovens § 32, stk. 1, som betinger anvendelsen af bestemmelsen af, at erklæringsmodtageren »indså eller burde indse«, at der var fejl i erklæringen.²⁶ Det er ikke muligt i dansk ret at drage en generel grænse for, hvornår en erklæringsmodtager er i ond tro. I det følgende undersøges, om der er særlige forhold ved udbud, som påvirker tros-vurderingen. Der er nemlig flere forhold der taler for, at bedømmelsen af, hvornår der foreligger ond tro, bør indeholde særlige vurderingselementer, når aftalen indgås gennem licitation eller offentlige udbud. For det første karakteriserer det licitationer, at udbyderen modtager flere tilbud på samme opgave. For det andet skal disse tilbud i så høj grad som muligt være udformet således, at de er objektivt sammenlignelige. Disse forhold medfører ofte, at håndteringen af indkomne tilbud ved licitationer er forskellig i forhold til en traditionel aftaleindgåelse efter aftalelovens system.

²⁴ Se *Lennart Lynge Andersen og Jørgen Nørgaard: Aftaleloven med kommentarer*, s. 220, og *Kurt Grönfors: Avtalslagen*, s. 227.

²⁵ *Lennart Lynge Andersen og Jørgen Nørgaard: Aftaleloven med kommentarer*, s. 221.

²⁶ Tilsvarende formuleringer findes i aftalelovens §§ 29-32, stk. 1. I aftalelovens § 33 har man anvendt en anden formulering, at erklæringsmodtageren »må antages at være vidende«. Om denne forskel i formuleringerne, se *Lennart Lynge Andersen og Jørgen Nørgaard, Aftaleloven med kommentarer*, s. 185 f.

4.1 Ond tro ved udbud

I forbindelse med licitationer efter licitationsloven kan ordregiver tildele ordren til den tilbudsgiver der enten har den laveste tilbudspris, eller ordregiver kan vælge frit mellem tilbudene.²⁷ Ved licitationer efter EU's udbudsdirektiver kan udbyderen tildele kontrakten til tilbudsgiveren med den laveste pris på sit bud, eller til tilbudsgiveren med det økonomiske mest fordelagtige bud, vurderet efter nogle på forhånd fastsatte kriterier.²⁸ Tros-vurderingen vil være af forskellig karakter alt efter, hvilket tildelingskriterium der anvendes.

4.1.1 Forskelle i prisen

Det er almindelig antaget, at forskelle i prisen mellem det laveste og det næstlaveste tilbud er en faktor, som kan føre til, at udbyderen anses at være i ond tro.²⁹ Hvor stor forskellen skal være før den onde tro indtræder, kan der dog ikke siges noget generelt om.

I U 1974. 42 H var der en forskel mellem laveste og næstlaveste tilbud på 79 %. I sagen havde en af tilbudsgiver begået fejl vedrørende deltilbudenes sammensætning ført til, at hans ene tilbud var markant lavere end det næstlaveste bud, mens tilbudsgiverens andet deltilbud som konsekvens heraf var tilsvarende højere. På denne baggrund fandt Højesteret, at udbyderen var i ond tro. I U 2000. 60 H var der en forskel på 41 % mellem laveste bud og næstlaveste bud. Også i denne sag skyldtes forskellen mellem tilbudssummerne, at der var begået fejl ved sammenlægningen af tilbudene. I ingen af sagerne var forskellen mellem priserne i sig selv tilstrækkelig til at statuere ond tro.

Vurderingen vil kunne afhænge af nogle generelle forhold, eksempelvis om der er stor pris konkurrence inden for den pågældende branche (hvilket vil tale imod, at en stor prisforskel forekommer), eller om opgaven vedrører enten en standardydelse eller en ydelse, som indeholder et stort element af innovation eller kompleksitet (i sidstnævnte tilfælde vil der naturligt kunne forekomme større prisforskelle).

Yderligere har andre forhold været fremhævet som værende af betydning for, om en ordregiver måtte anses at være i god tro om prisen på et særligt tilbud. Eksempelvis er det set, at en tilbudsgiver har afgivet en såkaldt introduktionspris, dvs. en ekstra lav pris på det første tilbud, som afgives ved en »ny« udbyders licitation. Dette kunne således forklare større prisforskelle mellem tilbud. Et andet og mere subjektivt forhold kan være, at udbyder har erfaring for, at en eller flere tilbudsgivere normalt ligger i et bestemt prisleje. Det er tvivlsomt, hvor meget værdi disse forhold kan tillægges ved en tros-vurdering. Det vil derudover være tvivlsomt, om

²⁷ Licitationslovens § 3, stk. 2. Bestemmelsen er fjernet i udkast til forslag om lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, og loven er dermed bragt i overensstemmelse med udbudsdirektiverne.

²⁸ Indkøbsdirektivets art. 26, bygge- og anlægsdirektivets art. 30, tjenesteydelsesdirektivets art. 36, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 34.

²⁹ Se *Erik Hørlyck*: Entrepriser og licitation, s. 416 og *Hans Henrik Vagner*: Entrepriseret, s. 67.

det yderligere har betydning, om tilbudsprisen afviger meget fra den forventede tilbudssum, som ordregiver har udregnet.³⁰ Dette har formentlig udelukkende betydning, såfremt det kun er det laveste tilbud som er lavere end den formodede tilbudspris. Hvis flere tilbud afviger fra den forventede tilbudspris må det som hovedregel antages, at afvigelsen skyldes forhold ved ordregivers beregninger.

Udbudsdirektiverne indeholder en mulighed for, at ordregiver, hvis et tilbud er unormalt lavt, efter en kontrol af dette tilbuds sammensætning, kan afvise det pågældende tilbud, såfremt det stadigvæk findes for lavt.³¹ Bestemmelsen sonderer ikke mellem tildelingskriterierne laveste bud og økonomisk mest fordelagtige bud, hvilket ud fra de anførte betragtninger syntes uhensigtsmæssigt, se nedenfor. Bestemmelsen ses at understrege, at en stor forskel mellem tilbud bør give anledning til reaktion.³²

Spørgsmålet er, om der kan trækkes paralleller mellem vurderingerne af på den ene side, hvornår et tilbud er unormalt lavt efter udbudsdirektiverne, og på den anden side hvornår et tilbud er så lavt (i forhold til det næstlaveste), at det bringer ordregiver i ond tro. Selv om prisniveauet for de to situationer skulle vise sig at være sammenligneligt, er det tvivlsomt, om en sammenligning vil give et brugbart resultat. Dette skyldes, at de to bestemmelser varetager hvert sit hensyn. Aftalerettens tros-vurdering spiller i denne relation en rolle, hvor ordregiver ønsker at bibeholde aftalen, hvorimod ordregiver ønsker at udelukke den pågældende tilbudsgiver fra udbudskonkurrencen, hvor bestemmelsen om unormalt lave bud søges anvendt.

Forskelle i pris som indikator for ond tro vil være mest oplagt i forbindelse med udbud, som tildeles til den tilbudsgiver med den laveste pris. Såfremt der i et EU-udbud anvendes kriteriet det økonomisk mest fordelagtige bud, vurderes tilbudet ikke alene på prisen, men på et antal på forhånd angivne delkriterier, eksempelvis pris, kvalitet, service mm. At ordregiver kan basere sin tildeling på flere forskellige kriterier, samt at disse kriterier oftest ikke er indbyrdes prioriterede,³³ har den

³⁰ Udregningen af den formodede totalpris vil i nogle tilfælde ikke udgøre andet end et løseligt skøn, hvorimod totalprisen i andre tilfælde fremkommer efter grundige og omfattende beregninger. Dette taler imod, at udbyderens forventede totalpris tillægges afgørende betydning. Ordregivers overslag på en tilbudspris er bl.a. anvendt som argument mod ond tro i U 1951. 1066 H og U 1977. 1036 V.

³¹ Indkøbsdirektivet art. 27, 1. pkt, bygge- og anlægsgdirektivet art. 30, stk. 4, tjenesteydelsesdirektivets art. 37, 1. pkt, samt forsyningsvirksomhedsdirektivet art. 34, stk. 5. Se også det seneste forslag til direktivændring, 2000/115 (COD) af 12. januar 2001, art. 54, stk. 1.

³² Om bestemmelsen, se EF-Domstolens domme i sag 76/81, SA Transporoute et Travaux mod Ministeres des Travaux Publics, og i C-304/96, Hera SpA mod Unitá sanitaria locale. Om disse afgørelser, se *Peter Oliver: European Law Review* 1982, s. 233-235 og *Christian Bock: European Law Reporter* 1998, s. 48-49.

³³ Udbudsdirektiverne bestemmer, at tildelingskriterierne skal anføres enten i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne, »så vidt muligt ordnet efter den betydning, de tillægges, med de vigtigste først.« Praksis viser dog, at dette sjældent overholdes. Bestemmelsen findes i indkøbsdirektivets art. 26, stk. 2, bygge- og anlægsgdirektivets art. 30, stk. 2, tjenesteydelsesdirektivets art. 36, stk. 2, samt forsyningsvirksomhedsdirektivets art. 34, stk. 2. I det seneste direktivforslag er kravet skærpet således, at der nu kræves *vægtning* af tildelingskriterierne ved

konsekvens, at forskelle i prisen hverken kan tages som udtryk for, at det billigste tilbud er det bedste set fra udbyderens side (da der i prisforskellen eksempelvis kan skjule sig store forskelle i kvaliteten), eller kan tages som udtryk for, at en markant prisforskel bør medføre ond tro for udbyderen. Prisforskelle, som indikator for ond tro hos udbyderen, har altså primært relevans, når opgaven tildeles efter tildelingskriteriet den laveste pris.

4.1.2 Niveauet for indsigt

Modtageren af et løfte »forudsættes at være i besiddelse af den årvågenhed og indsigt, som er almindelig hos en fornuftig og ansvarsbevidst person (bonus pater familias) i erhvervsforhold og i almindelighed hos en forretningskyndig person.«³⁴ Ordregiver vil ofte ikke være i besiddelse af det almindelige branchekendskab, som forudsættes. For at kunne udforme hensigtsmæssige kontraktsforhold, ansætter udbyderen ofte en rådgiver, som enten i den indledende fase eller under hele udbudet skal give udbyderen faglig vejledning. Både udbyderen og dennes rådgiver kan være i ond tro, og det er nok, at den ene er det, jf. U 2000. 60 H, hvor Højesteret fastslog, at tilbudsgiver ikke var bundet af tilbudet, »idet boligforeningens rådgiver, ..., burde havde indset, at [tilbudsgiverens] tilbud ved en fejltagelse kun omfattede en del af smedeentreprisen.«

Det er dog et spørgsmål, hvilke krav der kan stilles til udbyderen i tilfælde, hvor denne ikke har allieret sig med en rådgiver. Eller med andre ord: hvilket niveau for indsigt kan udbyder forventes at have. Da den ordregivende myndighed ikke kan forventes at have særligt branchekendskab, må der i større grad lægges vægt på objektive forhold, som uafhængigt af brancher indikerer, at noget muligvis er galt. I naturlig forlængelse heraf må det vurderes, om der kan opstilles en særlig undersøgelsespligt for ordregivende myndigheder. Mere herom nedenfor.

4.1.3 Andre forhold

Som udgangspunkt er forskelle i prisen den mest oplagte indikator på fejl ved tilbudet. Der vil efter omstændighederne også være andre forhold, som kan tillægges betydning ved vurderingen af udbyderens gode eller onde tro.

Der vil ofte være betydelige forskelle mellem udbudte opgaver, eksempelvis vil udbudenes omfang og kompleksitet afvige markant, fra på den ene side indkøb af eksempelvis standardstole, til på den anden side opgaver der går ud på udvikling af komplekse softwaresystem til brug ved offentlige enheder. Når der ses bort fra prisen, vil også forskelle i løsningsmodeller have en værdi som indikator. Det kan formentlig ikke bringe udbyderen i ond tro, at et tilbud indeholder en særlig teknisk løsning. Dette skyldes, at udbyderen ikke har den faglige viden, som er en forudsætning for at kunne gennemskue den tekniske opfyldelse af en given opgave.

økonomisk mest fordelagtige bud eller, hvor dette ikke er teknisk muligt, en prioritering af delkriterierne, jf. art. 53, stk. 2.

³⁴ *Bernhard Gomard: Almindelig kontraktsret, s. 126*

Derimod kan den ordregivende myndigheds *rådgiver* muligvis bringes i ond tro, når et af tilbudene har en markant bedre teknisk løsning end de løsninger, de andre tilbudsgivere kan præstere.

I forbindelse med EU-udbud efter tildelingskriteriet det økonomiske mest fordelagtige bud, er det ikke usædvanligt, at ordregiver anvender et pointsystem til sammenligning af tilbudene. Selv om sådanne systemer øger gennemsigtigheden i forbindelse med udbudsforretninger, kan de ikke antages at gøre vurderingen af, hvorvidt der foreligger en fejl i tilbudene, nemmere. Dette skyldes, at ordregiver ofte selv har konstrueret systemet, som derfor er udtryk for ordregivers egen vægtning af de elementer der indgår i udbudet, og ikke en objektiv vurdering af tilbudenes sammensætning, som kan danne grundlag for tros-vurderingen.

4.2 Undersøglespligt

Årsagen til, at uoverensstemmelsen, som medfører ugyldigheden, ikke opdages af udbyder, er ofte, at tilbudene afgives på formularer og skemaer, som udbyderen kræver anvendt. Dette skyldes hensigtsmæssighedshensyn, da en udbyder eksempelvis ved en entreprise ofte vil modtage mange tilbud, alt efter opgavens art og omfang. Såfremt tilbudsgiverne anfører de for ordregiver relevante oplysninger på særlige skemaer, lettes gennemgangen og vurderingen af tilbudene. Ulempen ved denne løsning er, at der ofte i tilbudene kan gemme sig uopdagede fejl.³⁵ Det kan på denne baggrund overvejes, om udbyder i forbindelse med gennemgangen af tilbud afgivet ved licitation eller EU-udbud, kan forpligtes til at gennemgå tilbudene grundigere end blot en gennemlæsning af den første side, som angiver den samlede tilbudspris og tilbudsgiverens forbehold.³⁶ At ordregiver ikke læser resten af tilbudet, kan konstateres i de tilfælde, hvor der dér findes elementer, som ordregiver burde have undersøgt, men hvor dette ikke er sket.

Det må efterfølgende overvejes, i hvilke situationer en sådan undersøgelsespligt kan pålægges ordregiver. Det vil være uhensigtsmæssigt, hvis ordregiver var forpligtet til at gennemgå alle detaljer ved alle tilbud i tilfælde, hvor dette ikke er nødvendigt for beslutningen om, hvem opgaven skal tildeles. Modsat vil det være oplagt, at udbyderen undersøger tilbud, som på markant måde adskiller sig (prismæssigt?) fra de andre. I disse tilfælde vil undersøgelsespligten være et nyttigt redskab, da det må slås fast, at der skal store forskelle til, før selve prisforskellen

³⁵ Såfremt den første gennemlæsning udelukkende omfatter skemaerne, vil tros-vurderingen baseres på, hvordan ordregiver opfatter disse, jf. aftalelovens § 39, som bestemmer, at tidspunktet for tros-vurderingen er det tidspunkt, hvor tilbudet kommer til ordregivers kundskab. Det må formodes, at tilbudet er kommet til kundskab, når ordregiver har læst de i skemaerne anførte oplysninger, også selv om dette kun inkluderer en mindre del af tilbudets indhold. Denne fortolkning vil medføre, at der ofte vil være brug for anvendelse af aftalelovens § 39, 2. pkt, da de resterende oplysninger først senere kommer frem. Udgangspunktet er, at re integrareglen i § 39, 2. pkt. ikke finder anvendelse ved licitationer, jf. *Kai Krüger*, Public Procurement: Global Revolution, s. 196, note 35.

³⁶ Ellers vil udbyder have mulighed for at holde sig i »forsætlig« god tro, jf. *Lennart Lyngé Andersen, Palle Bo Madsen og Jørgen Nørgaard*: Aftaler og mellemmand, s. 158.

alene kan medføre ond tro hos udbyder. Det vil også være en mulighed at pålægge udbyder en undersøgelsespligt i tilfælde, hvor der er en risiko for, at forholdet ved udbudet giver anledning til misforståelser.³⁷

Dette var tilfældet i U 2000. 60 H hvor opdelingen mellem tilbudene blev ændret under udbudet, hvilket medførte, at en tilbudsgiver afgav bud efter den tidligere opdeling med det resultat, at delbudene fik en pris, som var henholdsvis meget for lav og meget for høj.

³⁷ Undersøgelsespligten kunne eventuelt begrænses til de tilfælde, hvor risikoen for misforståelser skyldes ordregivers forhold, som eksempelvis ændringer i udbudet efter udbudet er startet.