

Høring vedrørende evaluering af udbudsloven – Indholdsfortegnelse over høringsvar

1	Medicoteknik, Region Syddanmark	1
2	LOS – Landsorganisationen for sociale tilbud	5
3	Danva	7
4	Udbudsjust Kathrine Eriksen	9
5	TEKNIQ	11
6	Rigsrevisionen	15
7	Aalborg Forsyning	17
8	Albertslund Kommune	21
9	Transport-, Bygnings og Boligministeriet	23
10	Modus	31
11	Foreningen af Rådgivende Ingeniører	33
12	Amgro IS	37
13	SMV danmark	41
14	DANSK IT	45
15	Danske Service	49
16	KL	53
17	Trafikselskaberne i DK (Midttrafik + NT)	63
18	Dansk Erhverv	65
19	Rådet for samfundsansvar og verdensmål	75
20	Bygningsstyrelsen	77
21	IKA + IKA's medlemmer	85
22	Aarhus Universitet	143
23	Rigspolitiet og Kriminalforsorgen	147
24	Bygge- Anlægs og Trækartellet (BAT-kartellet)	157
25	DI	159
26	Danske Regioner	167
27	Danske Advokater	191
28	Bygherreforeningen	195
29	Hoff Sko Ortopædiske Skomageri	203
30	Dansk Standard og Miljømærkning Danmark	205
31	Miljø- og Fødevareministeriet	207
32	Finansministeriets koncern (Modst og Digitaliseringsstyrelsen)	211
33	SKI	227
34	Danske Arkitektvirksomheder	235
35	Dansk Byggeri	239
36	FOA	247
37	Ørsted	251
38	IT-Branchen	255
39	Oxfam IBIS	257
40	Advokatsamfundet	263
41	Slots- og Kulturstyrelsen	275
42	Ikast-Brande Kommune	278
43	Skatteministeriet	281
44	Medicoindustrien	286
45	Amnesty International Danmark	289
46	Forsvarsministeriet	296
47	Fagbevægelsens Hovedorganisation	301
48	Danmarks Almene Boliger	306

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby
Att. Direktør Jakob Hald

Medicoteknik
Region Syddanmark

Kontakt: Søren Birkenfeldt
soeren.birkenfeldt@rsyd.dk

Direkte tlf. 2159 8410
Journal nr. P-9900-2018

Side 1 af 4

Odense den 2018.11.20

Denne henvendelse skal ses som forslag til elementer, der bør indgå i den kommende revision af den danske udbudslov.

Henvendelsen er udarbejdet af en gruppe indkøbere af medicoteknisk udstyr i Region Syddanmark. Indkøberne anskaffer medicoteknisk udstyr for i gennemsnit 365 mio.kr per år og har derved et indgående kendskab til brugen af den danske udbudslov.

Rammeaftaler

Rammeaftaler, er defineret til kun at have en gyldig løbetid på 4 år. Det er kun i "særlige" tilfælde, at en længere løbetid accepteres.

- Det ønskes uddybet, hvilke "særlige tilfælde", der kan gøres gældende for en længere løbetid
- Det ønskes revurderet om løbetiden er rimelig set i lyset af ordregivers omkostninger ved genudbud
- Det kunne foreslås, at der stilles krav om markedsdialog forud for et genudbud med fokus på rentabilitet og effektivitet
- Det kunne foreslås, at der forud for en forlængelse af en rammeaftale foretages en profilakse-bekendtgørelse.

Barriereomkostninger

Det bør inddrages i revisionen af udbudsloven, at ordregiver ofte har en række omkostninger ved et leverandørskifte, som ikke gennem det afsluttede udbud dækkes af en eventuel opnået besparelse.

Udgiften til et leverandørskifte finansieres derved af en øget skattebetalt højere pris for varen.

Det bør gøres tydeligere for tilbudsgiveren, at ordregiver har mulighed for at inddrage de følgeomkostninger, der er ved et leverandørskifte.

Følgeomkostninger er ofte lager- og logisk omkostninger, uddannelse af personale, Drift- service introduktioner og omkostninger, risiko for utilsigtede hændelser for patienterne og endelig den "uro" det skaber, når der gennemføres et leverandørskift.

Profilakse-bekendtgørelse

Udbudslovens § 80 stk. 3 begrænser ordregiver i brugen af en "profilakse-bekendtgørelse".

- Ved en ændring af § 80 stk. 3 kunne der gives ordregiver en mulighed for i øget omfang at kunne foretage blandt andet markedsundersøgelser, herunder tillige undersøge muligheden for forlængelse af en eksisterende rammeaftale.
- Det kunne foreslås, at der udarbejdes retningslinjer/procedurer for en leverandørs henvendelser på ordregiver profilakse-bekendtgørelse. Retningslinjen/procedure bør forholde sig til, såfremt leverandør og ordregiver ikke er enige om ordregiver hensigter.
- En eventuel indbringelse for Klagenævnet for Udbud bør ikke være omkostningspådragende for nogen af parterne. Det grundlæggende element i bekendtgørelse baseres på frivillighed, som det ligeledes fremgår af bekendtgørelsens titel: Bekendtgørelse med henblik på frivillig forudgående gennemsigthed.

Stordrift

Der har i sagen vedrørende SKI's udbud af kødprodukter været et samråd med deltagelse af minister for offentlig innovation Sophie Løhde og tidligere erhvervsminister Brian Mikkelsen, se: <http://www.ft.dk/udvalg/udvalgene/MOF/kalender/35402/samraad.htm>).

Ud fra dette samråd kunne det afstedkomme at ordregiver får skærpede krav til dokumentation af "følg eller forklar"-princippet.

Såfremt kravet til "følg eller forklar-princippet" fører til skærpede krav til dokumentation for ordregiver beslutninger, må det i sagens natur følges op af en konkret beskrivelse af, hvilke elementer, der skal indgå i denne undersøgelse og hvilke krav der stilles til dokumentation for ordregivers beslutning, om en eventuel opdeling eller samling af kontrakter.

Det skal i den forbindelse fremhæves, at et væsentligt forhold for etableringen af Regionerne i Danmark var, at der derved kunne opnås stordriftsfordele.

Dokumentation for ansøger/tilbudsgivers oplysninger af givet i ESPD

Denne problemstilling tager afsæt i Udbudslovens § 151, stk. 2:

Ordregiveren kan på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremlægger dokumentation som nævnt i § 152, jf. dog stk. 3 og 5, når dette er nødvendigt for, at proceduren gennemføres korrekt. I disse situationer skal ordregiveren fastsætte en passende tidsfrist for ansøgeren eller tilbudsgiveren til at fremlægge dokumentationen.

samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens "Gennemgang af reglerne om dokumentation" af den 30. juni 2017 (sag: OK-16/10415-1) punkt 8.2.1.:

Medicoteknik

Region Syddanmark

Journal nr.
Ref. Nr.
Side 3 af 4

Det følger af lovbemærkningerne til § 151, stk. 2, at det er muligt at indhente dokumentation ved procedurer med to faser (begrænsede udbud, udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber), hvor ordregiveren gør brug af muligheden for at begrænse antallet af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud.

Ved at indhente dokumentation fra de ansøgere, der bliver opfordret til at afgive tilbud, kan ordregiveren sikre sig, at disse ansøgere kan levere den efterspurgte dokumentation og dermed ikke optager en plads på bekostning af en forbigået ansøger, der er i stand til at levere dokumentationen. Det kan dermed være medvirkende til at sikre en effektiv konkurrence, når dokumentationen ved disse procedurer indhentes tidligt i processen.

Med baggrund i nedenstående eksempel på et to faser udbudsforløb ønskes det belyst om ordregiver, ud fra effektiviseringsprincippet, kan kræve dokumentation for en ansøgers/tilbudsgivers oplysninger, der er afgivet i den fremsendte ESPD på et tidligere tidspunkt end efter afsluttet tilbudsvurdering.

Eksempel:

Der er tale om et to faset udbudsforløb, eksempelvis "Udbud med forhandlingen".

1. Ansøgerene fremsender EDSP indeholdende de af ordregiver ønskede oplysninger
2. Ordregiver ønsker at begrænse feltet af tilbudsgiver til kun at omfatte 3 tilbudsgivere.
3. Ordregiver foretager en vurdering af de ankomne ansøgninger med det formål at prækvalificere 3 tilbudsgivere.
4. Ordregiver sender meddelelse til de 3 prækvalificerede ansøgere
5. Ordregiver opfordrer samtidig de 3 prækvalificerede ansøgere til at afgive det indledende tilbud
6. Samtidig med denne opfordring, anmoder ordregiver de 3 tilbudsgivere til at fremsende dokumentation for de oplysninger, der er afgivet i de fremsendte ESPD'er
7. Der afsættes en frist på 18 kalenderdage til at fremsende denne dokumentation
8. Tilbudsfristen for det indledende tilbud er fastsat til 30 dage efter fremsendes af opfordringen til at afgive det indledende tilbud.
9. Ordregiver modtager således dokumentation fra de prækvalificerede tilbudsgivere 12 kalenderdage før det indledende tilbud modtages
10. Ordregiver kan således i denne periode undersøge om den fremsendte dokumentation er tilstrækkelig til, at de prækvalificerede tilbudsgiveren kan "godkendes" som leverandør, ved en eventuel efterfølgende tildeling af kontrakten

Emner til revision af udbudsloven:

- Ordregiver anvender derved ikke unødigt tid på at vurdere et tilbud fra en tilbudsgiver, som ikke kan godkendes som leverandør
- Det må anses som en ulempe at ordregiver pålægger to tilbudsgivere at fremsende dokumentation, som ikke kommer i anvendelse

Medicoteknik

Region Syddanmark

Journal nr.

Ref. Nr.

Side 4 af 4

- Udbudsprocessen kan afkortes med den tid, der normalt afsættes til at indhente dokumentation for oplysninger, der er afgivet i det fremsendte ESPD, efter afsluttet tilbudsvurdering

Anvendelse af ESPD

Det har hos såvel tilbudsgiver som ordregiver givet anledning til skarp kritik og usikkerhed i anvendelsen af den elektroniske udgave af ESPD (Det fælles europæiske udbudsdokument, European Single Procurement Document)

Der bør afsættes tid og ressourcer til en væsentlig forbedring af den elektroniske udgave af dette dokument.

Det kunne eksempelvis ske ved at indsætte hjælpetekster i dokumentet (pop up tekster/talebobler), således at både tilbudsgiver og ordregiver få sikkerhed for, at tilbudsgiver ikke ved fejlagtigt at skrive sig ud af et udbud.

"Taleboblerne" kunne eventuelt udfyldes af ordregiver for der igennem at sikre, at ordregiver får tilstrækkelige, relevante og korrekte oplysninger til brug for en objektiv udvælgelse af ansøgerne.

Annoncering

Det er stadig til stor gene, at der ved oprettelse af annoncer i Supplement til Den Europæiske Unions Tidende ikke fastsættes entydige terminer for offentliggørelser af indrykkede annoncer.

Der angives stadig en termin; "Den vil blive offentliggjort på TED-websted inden 5 dage"

Det opleves ikke som værende i tråd med den ellers så restriktive tilgang til overholdelse af terminer i det samlede udbudsforløb.

Venlig hilsen

Steffen Pryds
Konst. Chef for
Medicoteknik

Steffan Stuhr Petersen
Regional Indkøber

Søren Birkenfeldt
Regional Indkøber



Blekinge Boulevard 2
2630 Taastrup

Telefon: 7023 3400
E-mail: los@los.dk
CVR nr. 15906987

www.los.dk

ERHVERVSMINISTERIET
Slotsholmsgade 10-12
1216 København K

Att: Rasmus Jarlov

Taastrup den 23. januar 2019

Høring vedrørende evaluering af udbudsloven

LOS - Landsorganisation for sociale tilbud takker for muligheden for at afgive høringssvar til evaluering af udbudsloven.

Med det antal udbud der har været for nuværende, og forskelligheden heraf, kan LOS ikke komme med et fyldestgørende svar.

Med venlig hilsen
Jesper Gravesen
Juridisk konsulent, LOS

Erhvervsministeriet
ok@kfst.dk

DATO: 6. februar 2019

PROJEKTNR.: 3004

SV

Evaluering af udbudsloven

Dansk Vand- og Spildevandsforening, DANVA, vil gerne tilkendegive sin respekt for arbejdet udført i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i forbindelse med implementeringen af udbudsdirektiverne herunder den løbende dialog, der inviteres til. Foreningen finder bl.a. de planlagte regelændringer, som opfølgning på høringen ultimo 2018, gode, da afsættet er større klarhed, forenkling og fleksibilitet.

DANVA organiserer blandt andre kommunalt ejede vand- og spildevandsforsyninger. De kommunalt ejede spildevandsforsyninger er omfattet af udbudsdirektivet/udbudsloven, mens vandforsyningerne og juridiske enheder bestående af såvel vand som spildevandsforsyninger er omfattet af forsyningsdirektivet/forsyningsdirektivbekendtgørelsen, der i høj grad henviser til udbudsloven.

Dette faktum giver løbende nogle udfordringer, hvorfor DANVAs grundsynspunkt fortsat er, at regeringen og Erhvervsministeriet på EU niveau bør arbejde aktivt for at få flyttet spildevandsforsyninger til forsyningsdirektivet, hvor bl.a. tærskelværdien er langt højere.

I øvrigt ser vi gerne:

- En tilpasning af udbudslovgivningen med afsæt i dels evalueringen dels nye kendelser fra Klagenævnet for Udbud.
- Udfærdigelse af en vejledning om innovationspartnerskaber incl. erfaringer fra Danmark og udlandet – såfremt at denne udbudsform ønskes bibeholdt.
- Vejledning med fokus på forsyningerne generelt; det vil sige på tværs af direktiver/nationale regelsæt.
- Konkrete ministerielle overvejelser i forhold til at udfærdige en decideret forsyningsudbudslov, hvor fokus er implementering af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Udvalgte erfaringer

Nedenstående har nærmest karakter af en opstilling:

I Danmark er der multi-forsyninger med flere forsyningsarter – herunder rigtig mange koncerner, der organiserer såvel vand- som spildevandsforsyninger. Det er værd at bemærke, at det er dybt kompliceret – ikke mindst for disse koncernfolk, der har forsyninger, der er omfattet af dels udbuds- dels forsyningsdirektivet. Det skal i den forbindelse nævnes, at de nævnte koncerner ikke nødvendigvis har særlig mange mennesker i administrationen.

Brugen af forsyningsdirektivbekendtgørelsen, hvor der er dels en henvisning til direktivet, dels angivelse af regler stammende fra udbudsdirektivet, er desværre knyttet til en del usikkerhed.

Dette kan meget vel skyldes, at der er mange tvivlsspørgsmål netop til de udbudslovsrelaterede regler – men der synes også at være udfordringer i begrebsanvendelsen.

Som DANVA er oplyst, synes der derudover at være en vis usikkerhed i forhold til forbruger-ejede forsyninger, som principielt alene er omfattet af forsyningsdirektivet – da disse selskaber også synes fanget af reglerne i udbudsloven, når emnet er småindkøb.

Når emnet er innovationspartnerskab, har vi kun kendskab til, at der er gennemført et udbud, se evt. <https://www.frederiksberg.dk/nyheder/innovationspartnerskaber-sikrer-klimalosninger-pa-frederiksberg>. Der har dog været overvejelser af flere omgange bl.a. ved målerindkøb.

Der synes som udgangspunkt at være flere situationer, hvor vandsektoren med sine mange, store projekter (spildevandsrensning, klimatilpasning o. lign.) principielt kunne have glæde af denne udbudsform. Men store transaktionsomkostninger og generel lille erfaring med formen – også blandt rådgiverne gør - at denne udbudsform fravælges til fordel for udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog. Det synes hensigtsmæssigt, at det bliver synliggjort, at en oplagt tilgang til valg af udbudsform er at vurdere på, om transaktionsomkostninger står mål med (forventeligt øgede) gevinster ved det efterfølgende resultat og den efterfølgende kontrakt.

Der er desværre også en usikkerhed i forhold til, hvornår der må indhentes dokumentation i forbindelse med egnethed. Konkret synes det juridisk uklart, om der lige efter prækvalifikationen må indhentes dokumentation for alle de prækvalificerede, så man evt. kan få en ny tilbudsgiver ind, såfremt en af de oprindelige tilbudsgivere viser sig ikke at være egnet.

Derudover synes brugen af udbudslovens § 8 om delkontrakter udfordrende, hvorfor DANVA opfordrer til, at bestemmelsen gentænkes og gerne suppleres med en vejledning.

Det virker også hensigtsmæssigt at gentænke reglerne om supplerende oplysninger og muligheden for at bede om ny ansøgning. Afsættet for denne bemærkning er kendelsen fra klagenævnet af 18.01.2019 (jnr. 18/09707), som gik mod DSB.

Afslutningsvis vil vi dvæle ved tilbudsloven, da vi vil anmode om, at det bliver prioriteret at opdatere denne lov, så den stemmer overens med udbudsloven på tildelingskriteriet. Derudover synes bestemmelsen, § 7, om adgang til at være fysisk tilstede ved åbningen af licitationsbudene ude af trit med virkeligheden i dag.

Med venlig hilsen


Carl-Emil Larsen
Susanne Vangsgård

1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)

Fra: Kathrine Henny Bendtsen Eriksen <kaek@sonderborg.dk>
Sendt: 8. februar 2019 11:57
Til: 1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)
Emne: SV: Bemærkninger til udbudsloven

Kære Andrea Findling Andersen.

Jeg skal beklage, men jeg har ikke været tydelig i min mail.
Jeg udtaler mig på egne vegne som udbudsjurist.

Jeg udtaler mig ikke, så Sønderborg Kommunes vegne.

Undskyld for ulejligheden.

Venlig hilsen

Sønderborg Kommune
Udbud, Økonomiforvaltningen

Kathrine Eriksen
Udbudsjurist

T 88 72 57 06 | M 27 90 57 06
kaek@sonderborg.dk
www.sonderborgkommune.dk

Fra: 1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST) [mailto:ok@kfst.dk]
Sendt: 8. februar 2019 11:01
Til: Kathrine Henny Bendtsen Eriksen <kaek@sonderborg.dk>
Emne: SV: Bemærkninger til udbudsloven

Kære Kathrine

Tak for det fremsendte.

Vi bekræfter hermed modtagelsen af Sønderborg Kommunes høringssvar.

Med venlig hilsen

Andrea Findling Andersen
Fuldmægtig/Head of Section
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen/
Danish Competition and Consumer Authority
Direkte +45 4171 5043
E-mail afa@kfst.dk



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby
Tlf. +45 4171 5000

*Vi arbejder for velfungerende markeder.
Se vores privatlivspolitik på kfst.dk.*

Fra: Kathrine Henny Bendtsen Eriksen <kaek@sonderborg.dk>
Sendt: 8. februar 2019 08:41
Til: 1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST) <ok@kfst.dk>
Emne: Bemærkninger til udbudsloven

Til Konkurrence- og forbrugerstyrelsen.

Angående bemærkninger til udbudsloven.

Der er rigtig mange annulleringer af udbud. Dette kunne der måske ændres på.

Udbud fungerer ofte sådan, at udbudsmaterialet sendes i høring hos nogle af de økonomiske aktører eller hvor der sker en offentlig høring. Efter høring modtager ordregiver ofte (stort set altid) ændringsforslag og kommentarer til udbudsmaterialet.

Ordregiver er ikke interesseret i annullerede udbud, derfor ændre vi ofte udbudsmaterialet, så de passer med de produkter og forhold der er for markedet.

Efter endt udbudsproces starter en "find fem fejl" proces hos de tilbudsgiver, der har tabt konkurrencen. Der er ofte forhold, der kan sættes en finger på, når der laves så stort et materiale. Dette også ud fra, at mange af de mennesker der laver materialet ikke er jurister med HK'er. Resultatet bliver ofte en annullering, da der kan findes fejl, når der søges efter fejl.

Det burde have en betydning, at ordregiver har haft materialet i høring hos leverandørerne. Med de elektroniske udbudssystemer er det muligt, at lægge udbudsmaterialet op til høring hos alle interesserede økonomiske aktører. Det bør være sådan, at det er svære at få underkendt en fejl i udbudsmaterialet hos Konkurrencemyndighederne, når ordregiver har haft udbudsmaterialet i høring.

Det bør være sådan, at tilbudsgiver ikke først kan sige god for et udbudsmateriale og så siden få det underkendt hos myndighederne.

Kan ordregiver påvise, at ordregiver har haft materialet i høring, så må det være en accept fra markedet om, at materialet er godkendt. Dog naturligvis ikke, hvis der er tale om lovstridige fejl eller mangler.

Venlig hilsen

Sønderborg Kommune
Udbud, Økonomiforvaltningen

Kathrine Eriksen
Udbudsjurist

T 88 72 57 06 | M 27 90 57 06
kaek@sonderborg.dk
www.sonderborgkommune.dk


Sønderborg
Udsigt i verdensklasse

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Pr. mail ok@kfst.dk

TEKNIQ
Paul Bergsøes Vej 6
2600 Glostrup
Telefon 4343 6000
Telefax 4343 2103
teknIQ@teknIQ.dk
www.teknIQ.dk

Høring vedrørende evaluering af udbudsloven

8. februar 2019

Erhvervsministeren har igangsat evalueringen af udbudsloven og anmodet om at eventuelle bemærkninger mailles til KFST.

Ref JES
jes@teknIQ.dk
Dir 77411580

Indledningsvis bemærker TEKNIQ at udbudsloven på mange områder fungerer fint og navnlig kravet om at hele udbudsmaterialet skal foreligge på udbudstidspunktet har stor betydning for tilbudsgiverne.

Side 1/3

TEKNIQ har dog en række bemærkninger til udbudsloven og til kultur og adfærd på udbudsområdet som TEKNIQ foreslår ændret gennem ændring af udbudsloven.

Evalueringsmodeller og evaluering

TEKNIQs erfaring er at evalueringsmodeller og evalueringen fortsat lider under manglende gennemsigtighed og giver anledning til mange tvister eller overvejelser om at indlede sag ved Klagenævnet for udbud.

TEKNIQ støtter derfor det fremsatte lovforslag om ændring af udbudsloven således at alle dele af evalueringsmodellen skal offentliggøres.

Dette kan imidlertid ikke stå alene. Det er fortsat oplevelsen at prisen er et meget afgørende kriterium uanset om den oplyste vægtning mellem pris og andre kriterier viser at pris vægtes lavere end andre kriterier. Der er derfor brug for at bestemmelserne om evaluering af priskriterier og andre kriterier ændres så der opnås større sikkerhed for at ordregivers kendskab til de tilbudte priser ikke påvirker bedømmelsen af andre kriterier end prisen.

TEKNIQ foreslog derfor at det fremsatte lovforslag hvorefter pris og kvalitetskriterier skal vægtes adskilt ved udbud over 350 mio. kr. omfattede alle udbud efter udbudsloven. TEKNIQ foreslår fortsat dette.

Meddelelser til tilbudsgiverne

Meddelelsen til tilbudsgiverne om tildelingsbeslutningen og den heri indeholdte begrundelse for beslutningen er i mange tilfælde meget sparsom. Der er derfor brug for at bestemmelsen herom stiller krav om en mere detaljeret begrundelse så indholdet og oplysningerne, der skal gives til tilbudsgiverne dels gør ordregivers beslutning mere gennemsigtig og dels kan fremme læringen hos tilbudsgiver af hvorfor de ikke fik tildelt opgaven.

Udbud med forhandling

Tilbudsgivernes erfaring med udbud med forhandling er at det er en god udbudsform men også at det er en meget omkostningsfuld proces idet der skal anvendes meget tid på møder, herunder forberedelse og på projektudvikling eller projektoptimering med tilhørende ændringer i projektering og beregninger. For TEKNIQs medlemmer er det en særlig udfordring da tilbudsgiverne ofte også er projekterende. Transaktionsomkostningerne ved anvendelsen af denne udbudsform er derfor meget betydelige for tilbudsgiverne. Dernæst er oplevelsen at en tilbudsgivers gode ideer til valg af løsninger, arbejdsmetoder eller materialer ikke opfattes som fortrolige oplysninger men oplysninger der kan anvendes til at ændre projektet og dermed gives videre til de øvrige tilbudsgivere. Dette reducerer virksomhedernes interesse for at komme med gode ideer da disse ofte har stor betydning for virksomhedens konkurrencekraft og dermed mulighed for at få tildelt opgaven.

Der er derfor dels behov for øget vejledning til ordregivere om tilrettelæggelse og gennemførelse af udbud med forhandling med fokus på at reducere tilbudsgivernes transaktionsomkostninger og dels at bestemmelsen om fortrolighed om tilbudsgivernes forslag fx også anføres i bestemmelsen om udbud med forhandling så ordregivers opmærksomhed herpå øges.

Annullering af udbud

Det meget store antal annulleringer af udbud, som senest dokumenteret af KFST i deres analyse fra januar 2019 er et meget stort problem for tilbudsgiverne. Transaktionsomkostningerne ved deltagelse i annullerede udbud er meget betydelige.

I KFSTs analyse angives årsager til annullation og det fremgår heraf at årsagen i meget stort omfang beror på ordregivers egne forhold, herunder fejl i udbudsmaterialet, ønske om ændringer, afværgelse af klagenævns sag eller uegnet evalueringsmetode.

Adgangen til at annullere er meget fri blot må denne ikke forfølge formål der strider mod grundlæggende EU retlige principper eller være usaglig.

TEKNIQ

Paul Bergsøes Vej 6

2600 Glostrup

Telefon 4343 6000

Telefax 4343 2103

teknIQ@teknIQ.dk

www.teknIQ.dk

8. februar 2019

Ref JES

jes@teknIQ.dk

Dir 77411580

Side 2/3

Der er behov for at reducere antallet af annulleringer meget betydeligt for at nedbringe tilbudsgivernes transaktionsomkostninger. Da et stort antal annulleringer beror på ordregivers egne forhold foreslår TEKNIQ at udbudsloven ændres således at annullation kræver saglig grund og således at der gives tilbudsgiver ret til økonomisk kompensation for forgæves tilbudsbehandling i de tilfælde hvor annullationen beror på ordregivers forhold fx fejl i udbudsmaterialet, ønske om ændringer i udbudsmaterialet, afværgelse af klagenævns sag eller uegnet evalueringsmodel.

SMV bestemmelsen

Bestemmelsen i udbudsloven om opdeling af udbud til fordel for SMVer har efter TEKNIQs erfaring ikke spillet nogen som helst rolle i praksis. Hvis denne bestemmelse overhovedet skal have nogen betydning for ordregivers tilrettelæggelse af udbud af rammeaftaler eller opgaver er der behov for at ændre loven. På det seneste har der været meget store rammeaftaler og meget store byggeopgaver i udbud. Bestemmelsen bør afspejle at princippet om opdeling af aftalerne ikke blot er en diskussion om SMV virksomheder men den bør gøres til en helt almindelig bestemmelse om opdeling af udbud for at udvide antallet af mulige tilbudsgivere og for at modvirke at udbud samles så ordregiver alene gennem udbuddets størrelse og de fastsættelse af minimumskrav reelt kan fastsætte hvilke (få) tilbudsgivere der har mulighed for at afgive tilbud.

TEKNIQ er gerne til rådighed med yderligere oplysninger eller en uddybning af vores synspunkter hvis dette måtte ønskes.

Med venlig hilsen


Jan Eske Schmidt

TEKNIQ

Paul Bergsøes Vej 6
2600 Glostrup
Telefon 4343 6000
Telefax 4343 2103
teknIQ@teknIQ.dk
www.teknIQ.dk

8. februar 2018

Ref JES
jes@teknIQ.dk
Dir 77411580

Side 3/3

1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)

Fra: rr@rigsrevisionen.dk
Sendt: 11. januar 2019 11:36
Til: 1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)
Emne: Høringsbrev vedrørende evaluering af udbudsloven
Signeret af: rr@rigsrevisionen.dk

Kategorier: Overført til 360; Rasmus svarer

Til Erhvervsministeriet.

Erhvervsministeriet har den 17. december 2018 sendt en invitation til evaluering af udbudsloven til Rigsrevisionen.

Vi har indledningsvist gennemgået udbudsloven med fokus på bestemmelser vedrørende statslige revisions- og/eller regnskabsforhold jf. Rigsrevisorlovens §§ 7 og 10 og kan konstatere, at den ikke omhandler sådanne forhold.

Herudover kan vi oplyse ministeriet om, at vi er i gang med en undersøgelse om omkostningerne ved offentlige indkøbsprocesser og mulige effektiviseringer. Når beretningen er færdig, vil Rigsrevisionen meget gerne tage en drøftelse med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om særligt de af vores resultater, som evt. peger på, at det kunne være hensigtsmæssigt at ændre i lovgivningen.

Med venlig hilsen

Mette E. Matthiasen
 Ledelsessekretariatet



FOLKETINGET
RIGSREVISIONEN

Landgreven 4
 DK-1301 København K

Tlf. +45 33 92 84 00
 Dir. +45 33 92 85 73
 mem@rigsrevisionen.dk

www.rigsrevisionen.dk

Fra: noreply.erhvervsministeriet@em.dk

Sendt: 17. december 2018 15:48

Til: 'samfund@advokatsamfundet.dk'; 'ac@ac.dk'; 'arc@a-r-c.dk'; 'amgros@amgros.dk'; 'ae@ae.dk';
 'info@asfaltindustrien.dk'; 'banedanmark@bane.dk'; 'bat@batkartellet.dk'; 'bm@bm.dk';
 'kontakt@bryggeriforeningen.dk'; 'info@byggesoc.dk'; 'info@bygherreforeningen.dk'; 'bygst@bygst.dk';
 'mail@dbmf.dk'; 'mail@cccdk.org'; 'co@co-industri.dk'; 'bl@bl.dk'; 'apotekerforeningen@apotekerforeningen.dk';
 'eksporttraadet@um.dk'; 'mail@dkfisk.dk'; 'kommunikation@nationalbanken.dk'; 'info@shipowners.dk';
 'mail@danskaffaldsforening.dk'; 'daf@annoncoer.dk'; 'da@da.dk'; 'info@danskbyggeri.dk'; 'info@danskeenergi.dk';
 'info@danskerhverv.dk'; 'mail@danskfjernvarme.dk'; 'di@di.dk'; 'info@dieh.dk'; 'dit@dit.dk'; 'info@dlbr.dk';
 'info@skovforeningen.dk'; 'dtr@taxi.dk'; 'dtl@dtl.eu'; 'mail@danskeadvokater.dk'; 'info@danskeark.dk'; 'db@db-
 dk.dk'; 'mail@danskemedier.dk'; 'danskehavne@danskehavne.dk'; 'sekretariatet@malermestre.dk';
 'info@danskeservice.dk'; 'regioner@regioner.dk'; 'fsr@fsr.dk'; 'danva@danva.dk'; 'dsk@dsk.dk';

'dommerforeningen@gmail.com'; 'info@ecocouncil.dk'; 'info@dongenergy.com'; 'info@ecolabel.dk'; 'ens@ens.dk';
'efkm@efkm.dk'; 'info@fairtrade.dk'; 'kundeservice@falck.dk'; 'fm@fm.dk'; 'mail@finansraadet.dk';
'hoeringer@fbr.dk'; 'ika@ika.dk'; 'fri@frinet.dk'; 'info@danskeforlag.dk'; 'danskeforlag@danskeforlag.dk';
'fp@forsikringogpension.dk'; 'fmn@fmn.dk'; 'FMI@mil.dk'; 'info@fsc.dk'; 'beso@ftf.dk'; 'horesta@horesta.dk';
'hvr@hvr.dk'; 'ida@ida.dk'; 'itb@itb.dk'; 'IT-projektraad@ks.kk.dk'; 'jm@jm.dk'; 'km@km.dk'; 'kl@kl.dk';
'klfu@erst.dk'; 'kontakt@kooperationen.dk'; 'kum@kum.dk'; 'info@kreakom.dk'; 'info@lf.dk'; 'lo@lo.dk';
'lederne@lederne.dk'; 'ac@ac.dk'; 'sekretariatet@lopi.dk'; 'los@los.dk'; 'mfvm@mfvm.dk'; 'uvm@uvm.dk';
'modst@modst.dk'; 'oao@oao.dk'; 'info@oilgasdenmark.dk'; 'mail@realkreditforeningen.dk'; 'rkr@rkr.dk';
'info@rigsrevisionen.dk'; 'rfs@erst.dk'; 'skm@skm.dk'; 'sim@sim.dk'; 'kundeservice@ski.dk'; 'stm@stm.dk';
'sum@sum.dk'; 'teknig@teknig.dk'; 'mba@moviatrafik.dk'; 'trm@trm.dk'; 'ufm@ufm.dk'; 'um@um.dk';
'uibm@uibm.dk'; 'vd@vd.dk'

Emne: Høringsbrev vedrørende evaluering af udbudsloven

Hermed fremsendes høringsbrev vedrørende evaluering af udbudsloven af 17. december 2018.

Høringsbrevet er vedhæftet.

Med venlig hilsen



Notat

Dato: 12.02.2019
Sagsnr.: 2019-008491
Dok. nr.: 2019-008491-1
Direkte telefon: 2247 8337
Initialer: RWS

Aalborg Forsynings hørings svar vedrørende evaluering af udbudsloven

Aalborg Forsyning udgøres af en række forsyningsvirksomheder ejet af Aalborg Kommune, som forsyner kunder med fjernvarme, gas og vand, ligesom vi afleder spildevand, afhenter affald og tilbyder energirådgivning. Aalborg Forsyning er underlagt såvel udbudsloven som forsyningsvirksomhedsdirektivet alt efter, hvilket selskab der er ordregiver i de konkrete indkøb.

Aalborg Forsyning har pr. 1. januar 2018 oprettet en central udbudsfunktion, som bistår organisationen i forbindelse med udbud. Ud over at sikre lovmedholdelighed i organisationens indkøb har den centrale udbudsfunktion en opgave i at være med til at sikre forsyningsikkerheden ved indkøbene – såvel ved akutte brist men også fremtidigt. Aalborg Forsyning har i den forbindelse gjort sig betydelige erfaringer med den udbudsretlige regulering, herunder bl.a. fordi der ofte er tale om blandede indkøb, og fordi udformningen af kravspecifikationer og lignende kan have stor betydning for den fremtidige forsyningsikkerhed mv.

Aalborg Forsyning sætter derfor pris på muligheden for at komme med input til evalueringen af udbudsloven.

Formålet med udbudsloven var som bekendt at sikre effektiv konkurrence om opgaverne, og føre til større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lave transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som leverandører. Disse forhold vil derfor være omdrejningspunkterne i nærværende hørings svar, men de vil ikke blive behandlet særskilt.

Dog skal vi indledningsvist generelt bemærke, at udbudsreglerne synes at have en begrænsende indvirkning på indkøbene i højere grad end tidligere, og de synes at have en negativ effekt på omkostningerne ved at udbyde en ydelse, herunder hovedsageligt fordi leverandørerne (fortsat) ikke er rustet til at håndtere den meget formelle udbudsproces, udbudsloven foreskriver. Når der udbydes inden for områder, hvor der er en del små og mellemstore virksomheder (SMV), som typisk ikke har adgang/midler til juridisk bistand til at deltage i et udbud, er det ikke sjældent at ordregivere er nødsaget til at aflyse et udbud eller til at afholde op til flere informationsmøder for at undgå en senere aflysning. SMV'er oplever generelt EU-udbud som værende meget formalistiske og uigenkendskelige og især formuleringerne i ESPD'et volder problemer for, herunder bl.a. formuleringerne omkring deltagelse i udbuddet sammen med andre økonomiske aktører mv. Det skal i den forbindelse bemærkes, at der generelt synes at være en positiv holdning til baggrunden for og formålet med indførelsen af ESPD'et, og det er således alene formuleringerne og begrænsningerne i forhold til angivelse af referencer, der leder til utilfredshed.

Desuden er der til tider betydeligt samfundsøkonomiske konsekvenser ved et udbud, bl.a. fordi adgangen til at kræve kompatibilitet med et system er begrænset. Ordregivere står ofte i den situation, at der rent praktisk og økonomisk kun er én potentiel leverandør, men hvor andre aktører dog kan byde ind – blot til en meget højere pris – og et udbud er derfor oftest blot en sikkerhedsforanstaltning, der gennemføres for en sikkerheds skyld, men hvor det på forhånd er åbenlyst, hvem der kan tilbyde ydelsen (langt) billigst og bedst. Det kan f.eks. være i følgende situationer hvor:

- Ordregiver har et system, der er lukket, således det kun er én leverandør, der kan tilgå det (f.eks. CTS-, alarmsystemer mv.), og ordregiver kan ikke kræve at systemet bliver åbnet grundet indholdet af kontrakten med den oprindelige leverandør,
- Ordregiver har en specialfremstillet genstand, som alene én leverandør (med sikkerhed) kan fremstille de helt specielle reservedele til grundet ophavsret, forretningshemmeligheder eller lignende.

Til spørgsmålet om, hvorvidt udbudsloven har haft den tilsigtede virkning og om der er erfaringer, der giver anledning til, at der skal foretages ændringer af loven, har vi principielle bemærkninger på følgende punkter:

1. Udbudsloven § 8 - anvendelsesområde.
2. Tilbudsgivernes adgang til at overvære åbning af tilbud ved udbud med forhandling.
3. Snitflader til og anvendelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Bemærkningerne er uddybet nedenfor.

Udbudsloven § 8 - anvendelsesområde

Brugen af reglen i udbudsloven § 8 er behæftet med stor usikkerhed såvel i teorien som praktisk.

For det første er det uklart i hvilket omfang, tjenesteydelser (og til dels også varer) skal anses for at være "det samme indkøb". Baggrunden er, at der i lovbemærkningerne til udbudsloven § 8, stk. 1 er angivet, at "[v]urderingen [...] skal foretages ud fra indholdet af og formålet med kontrakterne, samt den tidsmæssige sammenhæng mellem kontrakterne."

Ovenstående er ofte i praksis blevet fortolket i overensstemmelse med den projekt-tilgang, der er foreskrevet i udbudsloven § 34, herunder bl.a. i en kendelse fra Klagenævnet for Udbud vedr. rådgivningsydelser til en række bygge- og bygningsrenoveringsprojekter, hvor projekterne udførtes tidsmæssigt forskudt, og hvor det på tidspunktet for udbuddet af de første dele af projekterne ikke var sikkert, om de efterfølgende dele ville blive gennemført. Klagenævnet nåede frem til, at der var en så nær tidsmæssig og indholdsmæssig sammenhæng, at det måtte anses for et samlet projekt. [min fremhævning]

Udbudsloven § 34 finder imidlertid alene anvendelse på bygge- og anlægskontrakter, og der er ikke en lignende bestemmelse, som finder anvendelse på varer og tjenesteydelser. Den tilsvarende bestemmelse for varer og tjenesteydelser (i § 35) angår alene kontrakter, der skal indgås med regelmæssige mellemrum, eller skal fornyes inden for et bestemt tidsrum.

Spørgsmålet er herefter, om lovbemærkningernes angivelse af, at det afgørende er "indholdet af og formålet med kontrakterne, samt den tidsmæssige sammenhæng mellem kontrakterne", skal fortolkes i overensstemmelse med en projekt-tilgang – som i § 34 – således at formålet med eksempelvis en bygherrerådgivningskontrakt og en projekteringskontrakt er at få gennemført et projekt, eller om det skal fortolkes i overensstemmelse med vurderingen i henhold til § 35, således at der skal være tale om lignende ydelser, jf. lovbemærkninger til § 35, hvori angives, at det skal være forudsigeligt for udbyder, "at der vil blive indgået flere lignende kontrakter inden for det samme år" [min fremhævning]. I sidstnævnte tilfælde vil en bygherrerådgivningskontrakt og en projekteringskontrakt ikke have samme formål, idet bygherrerådgivning (hvor rådgiver er bygherres generelle rådgiver) og projektering (hvor rådgiver laver beregninger, tegninger mv., dvs. hovedprojekt) ikke er lignende kontrakter.

Der henvises i den forbindelse til Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. sep. 2003, hvor Klagenævnet fandt at indkøbet af nogle printere skulle sammenlægges med indkøb af computere, bl.a. under henvisning til at printerne skulle anvendes i forbindelse med den indkøbte computere (dvs. en projekt-tilgang), men hvor Østre Landsret underkendte denne kendelse ved dom af 11. okt. 2007, navnlig fordi de to genstande var anskaffet på henholdsvis

en ordinær og en ekstraordinær bevilling, samt fordi printerne ikke var nødvendige for computernes funktion (dvs. i højere grad en vurdering af, om der var tale om "ensartede varer", jf. udbudsloven § 35).

Det er således ikke klart, hvorledes vurderingen i henhold til udbudsloven § 8, stk. 1 af, hvorvidt der er tale om "samme indkøb", skal foretages, idet det dog bemærkes, at problemet er størst ved tjenesteydelser, idet § 8, stk. 1 for så vidt angår varekøb fastlægger, at der skal være tale om "ensartede varer".

For det andet medfører ovenstående uklarhed vedrørende anvendelse af udbudsloven § 8, stk. 1 desuden, at det er uklart, hvordan udbudsloven § 8, stk. 2 skal anvendes for så vidt angår varer og tjenesteydelser.

For så vidt angår tjenesteydelser samt varekøb, der ikke har karakter af en bygherreleverance, er det en direkte følge af ovenstående uklarhed, at det er svært for ordregivere at vurdere, hvilken sum der skal lægges til grund for beregningen af den 20 % grænse, der følger af § 8, stk. 2.

For så vidt angår varer, der har karakter af en bygherreleverance, er det yderligere uklart, om 1) bygherreleverancen skal anses for (fortsat) at være en del af entrepriseprojektet, jf. bl.a. udbudsloven § 34, idet det er tilfældigt, at bygherre har valgt at udskille denne ydelse fra entreprenørens kontrakt, eller om 2) bygherreleverancen skal anses for et selvstændigt varekøb, der skal vurderes selvstændigt i forhold til udbudspligten?

Ad 1) Indledningsvist bemærkes at hvis bygherreleverancen skal anses for fortsat at være en del af entrepriseprojektet uanset det er udskilt fra entreprenørens kontrakt, må det lægges til grund, at det vil værdien af det samlede entrepriseprojekt, jf. § 34, der skal lægges til grund for beregningen af den 20 % grænse, der følger af § 8, stk. 2. Herefter skal det afklares, om det er den høje tærskelværdi i § 8, stk. 2 (ca. 7,5 mio. kr.), der skal lægges til grund, idet bygherreleverancen bliver betragtet som en del af det samlede entrepriseprojekt, eller om det er den lave tærskelværdi i bestemmelsen (ca. 500.000 kr.), der skal lægges til grund for hver enkelt delkontrakt.

Ad 2) Hvis bygherreleverancen skal anses for et selvstændigt varekøb, der skal vurderes selvstændigt i forhold til udbudspligten, er det relevant at se på, om vurderingen af, hvorvidt der er tale om "samme indkøb" ændres, fordi der er tale om en bygherreleverance. Det må imidlertid antages, at vurderingen skal følge vurderingen ved øvrige varekøb, som behandlet ovenfor, således at værdien af (samtlige, evt. forskelligartede) bygherreleverancerne alene skal lægges sammen, hvis vurderingen skal foretages ud fra en projekt-tilgang. Hvis vurderingen skal foretages ud fra § 8, stk. 1 ("ensartede varer") sammenholdt med lovbemærkningerne til § 35 ("lignende kontrakter"), vil bygherreleverancer således alene skulle lægges sammen værdimæssigt, hvis de konkrete leverancer har karakter af ensartede varer.

Tilbudsgivernes adgang til at overvære åbning af tilbud ved udbud med forhandling

Tilbudsloven § 7 om tilbudsgivernes adgang til at overvære åbningen af tilbud, jf. tilbudsloven § 1, stk. 3, antages i teorien at finde anvendelse på de indledende tilbud i udbud med forhandling, hvis ordregiver har forbeholdt sig retten til at indgå kontrakt på baggrund af de indledende tilbud – uanset man de facto ikke gør det.

Ovenstående er uhensigtsmæssigt, idet tilbudsgiverne således kender konkurrenternes samlede tilbudssum, når de skal beregne deres andet henholdsvis endelige tilbud. Tilbudsgivernes kendskab til hinandens priser kan på den måde have en negativ effekt på konkurrencen i de efterfølgende tilbud (herunder de endelige tilbud).

For at sikre effektiv konkurrence om opgaverne, bør tilbudslovens § 1, stk. 3 undtages for så vidt angår indledende tilbud i forbindelse med udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, uanset om ordregiver har forbeholdt sig ret til at tildele kontrakten ud fra de indledende tilbud.

Snitflader til og anvendelse af forsyningsvirksomhedsdirektivet

(Fejlen i FVD (BKG om FVD), hvor de har skrevet "og" i stedet for "til", således at det er uklart i hvilken grad man skal anvende ESPD, når man er i FVD

Det fremstår ikke gennemskueligt for ordregivere, hvordan forsyningsvirksomhedsdirektivet skal anvendes idet implementeringsbekendtgørelsen, hvor der dels er en henvisning til direktivet (bilag), og dels er en angivelse af regler stammende fra udbudsdirektivet, gør, at det er uigennemsigtigt og uoverskueligt at benytte reglerne i praksis.

Ovenstående forstærkes af det faktum, at der synes at være en oversættelsesfejl i forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80, som desuden er ført med over i implementeringsbekendtgørelsen § 11, sidste linje. I forsyningsvirksomhedsdirektivets artikel 80 fremgår, at "artikel 59 og 61 i direktiv 2014/24/EU [finder] anvendelse." [min fremhævning]. I de øvrige udgaver af forsyningsvirksomhedsdirektivet (dvs. direktiverne på andre sprog end dansk) står der "til" i stedet for "og" på det fremhævede sted.

Oversættelsesfejlen medfører, at det er uklart for ordregivende enheder, i hvilken grad den ordregivende myndighed er forpligtet til at anvende det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD), når udbuddet gennemføres efter reglerne i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Skulle ovenstående bemærkninger give anledning til spørgsmål stiller Aalborg Forsyning sig naturligvis til rådighed.

Venlig hilsen

Søren Gais Kjeldsen
Adm. Direktør, Aalborg Forsyning

Bo Laden
Vicedirektør, Aalborg Vand Holding A/S



Albertslund Kommunes høringssvar til evaluering af udbudsloven

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i december sendt et høringsbrev om evaluering af udbudsloven i høring med svarfrist den 20. februar 2019.

Udbudsloven sætter rammene for de kommunale muligheder i forbindelse med udbud og indkøb, og evalueringen har haft til hensigt at give svar, om udbudsloven har den tilsigtede virkning, og om der er erfaringer, der giver anledning til lovændringer.

Kommunerne er underlagt reglerne i udbudsloven (lov nr. 1564 af 15. december 2015). Udbudsloven giver adgang til, at:

1. udelukke tilbudsgivere iht. obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde
2. stille krav til tilbudsgivernes egnethed som betingelse for deltagelse i udbudsprocedurer
3. lægge vægt på forhold ved tildeling, som er egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud
4. indarbejde kontraktvilkår, der er forbundet med kontraktens genstand

Dato: 12. februar 2019

Albertslund Kommune ønsker at benytte anledningen til at gøre opmærksom på de begrænsede muligheder udbudsloven stiller kommunerne, særligt i forhold til ovenstående.

Forarbejderne til udbudsloven nævner, at overtrædelse af skatteregler kan skabe tvivl om virksomhedens integritet. Det er ordregiver, der har bevisbyrden. Dermed skal ordregiver kunne påvise, at virksomheden har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om virksomhedens integritet. Samlet set, vil dette medføre betydelige administrative omkostninger for ordregivere, og vi mener derfor at reglerne herom kan lettes så det bliver muligt for bl.a. kommuner som ordregiver at udelukke virksomheder på baggrund af mistanke om aggressiv skatteadfærd.

Generelt er det vores overbevisning, at udbudsreglerne sætter for snævre rammer for i hvor høj grad ordregivere, som fx kommuner må lade skatteforhold indgå i deres vurdering af leverandører, og eventuelt efterfølgende eksklusioner af de mest kontroversielle virksomheder. Det forekommer uoverskueligt og urealistisk at vurdere skatteforholdene hos hundredvis af ofte mindre lokale leverandører og hos det endnu større antal selskaber, kommunerne indgår aftaler med.

Afslutningsvis skal bemærkes, at Albertslund Kommune naturligvis gerne står til rådighed for drøftelse af ovenstående. Såfremt man ønsker at ændre de nuværende bestemmelser vil vi opfordre til, at udbudslovsudvalget træder sammen igen, så der kan opnås enighed om, hvordan de nye regler bør udformes.

Det bemærkes, at høringssvaret er med forbehold for endelig politisk godkendelse i Albertslund Kommunes Økonomiudvalg i marts 2019. Såfremt den politiske behandling giver anledning til ændringer, fremsendes et revideret svar.

Med venlig hilsen

Jette Runchel,

Kommunaldirektør

KOMMUNALDIREKTØREN

Albertslund Kommune
 Nordmarks Allé 2
 2620 Albertslund

www.albertslund.dk
 albertslund@albertslund.dk
 T 43 68 68 68

DEPARTEMENTET

Til Erhvervsministeren

Dato 13. februar 2019
J. nr. 2018-6835

Transport-, Bygnings-
og Boligministeriet
Frederiksholms Kanal 27 F
1220 København K

Telefon 41 71 27 00
trm@trm.dk
www.trm.dk

Hørings svar – Evaluering af udbudsloven

Transport-, Bygnings- og Boligministeriet kan henholde sig til følgende bemærkninger fra Vejdirektoratet og Banedanmark.

Bank Danske Bank
reg. 0216 kt. 4069 065880
EAN 5798000893429
CVR 43265717

Vejdirektoratet:

"Vejdirektoratet gennemfører ca. 100-150 udbud (deraf 40 – 80 EU-udbud) årligt til en værdi af ca. 3 mia. kr. Vejdirektoratet aflyser kun enkelte udbud årligt, ligesom at der kun klages til Klagenævnet for udbud i ca. 1 pct. af udbuddene.

Vejdirektoratet er underlagt udbudsdirektivet, ikke forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Hovedvægten af Vejdirektoratets indkøb er relateret til anlægsprojekter, men vi gennemfører også en række indkøb af tjenesteydelser, data samt it-indkøb. Desuden har Vejdirektoratet midlertidigt overtaget det styrings- og udførelsesmæssige ansvar for gennemførelsen af fire universitetsbyggerier for Bygningsstyrelsen. Vejdirektoratet har i relativt stort omfang anvendt mulighederne i udbudsloven, blandt andet i relation til anvendelse af fleksible udbudsformer.

Vejdirektoratet må derfor siges at have både bred og omfattende erfaring med udbudsloven.

Vejdirektoratet tager i sin vurdering udgangspunkt i, om udbudsloven har bidraget til mere effektivitet og lavere transaktionsomkostninger gennem større klarhed, forenkling og fleksibilitet.

Vejdirektoratets bemærkninger fordeler sig først i en bredere vurdering af nogle af de centrale nye tiltag i udbudsloven, derefter i en række specifikke punkter, hvor vi vurderer, at der ved en revision er behov for yderligere præciseringer med henblik på at sikre lovens formål.

1. Nye tiltag i udbudsloven

Indledningsvist vurderer Vejdirektoratet, at retstilstanden er blevet klarere med udbudsloven, særligt ift.:



- Øget adgang til de fleksible udbudsformer
- Adgang til at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgninger og tilbud
- Klare rammer for indledende markedsundersøgelser
- Klar regulering af rammeaftaler
- Formalisering af light-regimet

Øget adgang til anvendelse af fleksible udbudsformer

Vejdirektoratet har i høj grad benyttet sig af den øgede adgang til anvendelse af fleksible udbudsformer, både konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling, særligt i forbindelse med udbud af større komplekse anlægsprojekter og IT-kontrakter, men også i mindre indkøb.

Det er Vejdirektoratets vurdering, at de fleksible udbudsformer medvirker til at mitigere risici i kontrakterne således at risici placeres, hvor de bedst og billigst håndteres. Vejdirektoratet vurderer, at det medfører større sikkerhed for, at projektet er realistisk og bygbart, og medfører færre konflikter i udførelsesfasen. Det er Vejdirektoratets vurdering, at dette også betyder færre ekstraopgaver, hvilket medfører større budgetsikkerhed samlet set.

De fleksible udbudsformer medfører dog flere omkostninger, både for ordregiver og for de bydende, og udbudsprocessen tager generelt længere tid end offentlige eller begrænsede udbud. Det er desuden Vejdirektoratets erfaring, at konkurrencepræget dialog øger transaktionsomkostningerne mere end udbud med forhandling, herunder tager længere tid. Derudover er det Vejdirektoratets erfaring, at små og mellemstore virksomheder sjældent har kompetencer eller ressourcer til at deltage i dialog- eller forhandlingsrunder.

Derfor bør man som ordregiver generelt overveje nøje, om projektets karakter og størrelse kan retfærdiggøre en mere kompleks og omkostningstung udbudsproces samt sørge for at skalere processerne tidsmæssigt og emnemæssigt, så der fokuseres på det væsentlige. De bydendes omkostninger kan dog i noget omfang søges afbødet ved at honorere de bydende for deres indsats, hvilket Vejdirektoratet typisk gør.

Der er efter Vejdirektoratets opfattelse fortsat nogen usikkerhed om, hvor store ændringer der kan foretages undervejs i de fleksible udbudsprocesser.

Vejdirektoratet foreslår, at det fx tydeliggøres, om der kan ske ændringer i grundlæggende elementer i løbet af en dialog- eller forhandlingsproces. Dette bør følges op af en præcisering af, at det tydeligt bør fremgå af udbudsmaterialet, hvad der er grundlæggende elementer.

Vejdirektoratet finder i øvrigt, at det er uklart, om spillerummet for ændringer er ens for konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling.



Adgang til at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgninger eller tilbud

Vejdirektoratet benytter sig jævnligt af muligheden for at lade ansøgere og tilbudsgivere rette mindre fejl og mangler, idet det giver god mening for alle parter, at udbudsprocessen afvikles så smidigt som muligt og uden unødige transaktionsomkostninger. Vejdirektoratet vurderer umiddelbart, at dette er medvirkende til, at VD annullerer relativt få udbud, hvilket i høj grad bidrager til at reducere unødige transaktionsomkostninger.

Indledende markedsundersøgelser

Vejdirektoratet udnyttede også inden udbudsloven muligheden for indledende markedsundersøgelser, og benytter sig fortsat ofte heraf. Vejdirektoratet anvender særligt muligheden i forbindelse med indkøb på områder, hvor vores kendskab til markedet ikke er så omfattende, og vi betragter det som et godt redskab til at kvalificere, hvad markedet kan tilbyde.

Dette medfører efter Vejdirektoratets vurdering væsentligt højere sikkerhed for at udbudte opgaver er markedsrettede, hvilket skaber bedre konkurrence og højere budgetsikkerhed samt minimerer risikoen for, at udbud må aflyses eller gå om. Vejdirektoratet påskønner således, at rammerne for indledende markedsundersøgelser er blevet præciseret ved bestemmelserne i udbudsloven.

Klar regulering af rammeaftaler

Vejdirektoratet udbyder rammeaftaler hvert år og påskønner derfor, at nogle af de usikkerheder, der tidligere var i relation til indkøbsmetoden, er blevet reduceret ved reguleringen i udbudsloven.

Der er dog stadig usikkerheder vedr. fremgangsmåden for genåbning af konkurrencen.

Eksempelvis fremgår det af BEK nr. 1572 om elektronisk kommunikation, at bekendtgørelsen finder anvendelse ved indgåelse af kontrakter omfattet af udbudslovens afsnit II og III. Det synes indlysende, at bekendtgørelsen ikke har relevans ved direkte tildeling, men der er behov for at præcisere, om bekendtgørelsen er gældende ved genåbning af konkurrencen, eller om den kun er gældende ved EU-udbud.

Et andet eksempel er egnethedsvurdering ved genåbning af konkurrencen. Det fremgår af bilag 1 til Kommissionens gennemførelsesordning om ESPD, at

Tilbud ved offentlige udbud og anmodning om deltagelse ved begrænsede udbud, udbud med forhandling, konkurrenceprægede dialoger eller innovationspartnerskaber skal alle ledsages af et ESPD, som de økonomiske aktører har udfyldt for at fremlægge de krævede oplysninger. Undtagen i forbindelse med visse kontrakter baseret på rammeaftaler, skal den tilbudsgiver, til



hvem det er hensigten at tildele kontrakten, fremlægge ajourførte certifikater og supplerende dokumenter.

Undtagelsen fremgår af udbudsloven, § 151, stk. 3, idet der ved direkte tildeling ikke skal kræves (ajourført) dokumentation for egnethed, men det skal der ved miniudbud. Der savnes en logisk begrundelse for denne forskel.

Der savnes endvidere en logisk begrundelse for forskellen på rammeaftaler og enkeltaftaler, som godt kan have en varighed på flere år uden at der skal kræves fornyet dokumentation.

Formalisering af light-regimet

Det er ved udbudsloven blevet præciseret, hvilken retstilstand der gælder for udbud under tærskelværdierne i udbudsdirektiverne. Professionelle ordregivere som Vejdirektoratet har godt kunnet gennemskue hvilke regler, der tidligere gjaldt for hvilke indkøb, men for knap så erfarne aktører var retstilstanden svært gennemskuelig.

Med formalisering af light-regimet er reglerne for, hvad der gælder for indkøb under EU-tærskelværdierne men over 500.000 kr., blevet væsentlig klarere.

I forhold til lovens øvrige formål om forenkling og fleksibilitet kan det dog diskuteres, om dette helt er opnået. Alene det forhold, at der findes to sæt regler, er i sig selv en komplicerende faktor. Mere specifikt viser Vejdirektoratets erfaringer, at kravet om vurdering af grænseoverskridende interesse er vanskeligt at håndtere i praksis.

Vejdirektoratet vil anbefale, at der i forbindelse med evalueringen foretages en mere generel vurdering af behov for og indhold af de specifikke danske regler.

2. Behov for præciseringer eller andre tiltag til sikring af udbudslovens formål

I forbindelse med en revision af udbudsloven er det Vejdirektoratets vurdering, at der på en række områder vil være behov for yderligere konkrete præciseringer og justeringer.

Kapitel 5. Beregning af kontraktens værdi

Anvendelsen af udbudsloven i praksis har vist, at flere af bestemmelserne vedr. beregningen af kontraktværdi har givet anledning til diskussioner og fortolkningstvivl. Der er derfor efter Vejdirektoratets vurdering behov for, at enkelte bestemmelser udbygges og præciseres. Det drejer sig om:

- Det kan være vanskeligt at forklare nye brugere af udbudsloven, at "kontrakt" mange steder anvendes synonymt med "projekt". Det kunne med fordel forklares i lovbemærkningerne.



- I udbudsloven er der ingen steder direkte angivet, at alle tjenesteydelser (hhv. vareindkøb) vedr. et projekt skal sammenlægges ved beregning af kontraktværdien. Dette har Kommissionen dog givet udtryk for i EU-dom C-574/10. Dette kunne med fordel præciseres.
- § 34 i udbudsloven foreskriver, at

Værdien af en bygge- og anlægskontrakt er den højest anslåede værdi af bygge- og anlægsarbejderne samt den højest anslåede samlede værdi af de varer og tjenesteydelser, der er nødvendige for arbejdernes udførelse, og som ordregiveren stiller til entreprenørens rådighed.

Vejdirektoratet konstaterer, at der er tvivl om hvilke varer og tjenesteydelser, dette omfatter. Formuleringen stammer muligvis fra forsyningsvirksomhedsdirektivet, hvor det fremgår af 2004-forsyningsvirksomhedsdirektivets præambel, at *De i dette afsnit nævnte tjenesteydelser er dem, som ydes af ordregiverne ved hjælp af deres eget personale.* Det bør efter Vejdirektoratets vurdering præciseres hvilke varer og tjenesteydelser, der er omfattet.

- § 35 i udbudsloven beskriver, at kontraktværdien for vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakter, der indgås med regelmæssige mellemrum, beregnes over 12 måneder. Ifølge lovbemærkningerne skal der være tale om flere kontrakter indenfor 12 måneder, og det efterlader 1-årige kontrakter i en lidt uklar situation. Det er Vejdirektoratets opfattelse, at kontraktværdien for 1-årige kontrakter, der indgås med regelmæssige mellemrum, beregnes for 1 år, men denne fortolkning er der ikke enighed om. Der er efter Vejdirektoratets opfattelse behov for en præcisering af retstilstanden.

2.1. Kapitel 6. Forberedelse af udbud

Flertallet af Vejdirektoratets anlægsudbud er for så vidt angår materialekrav omfattet af byggeveforordningen.

Udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2) foreskriver, at henvisninger til tekniske standarder skal efterfølges af udtrykket '... eller tilsvarende'. Dette vurderer Vejdirektoratet er i modstrid med byggeveforordningen, særligt i forhold til byggevarer, som er CE-mærkede i henhold til harmoniserede produktstandarder, som netop er defineret ved egenskaber, og ikke ved specifikke produkthenvisninger.

Vejdirektoratet anbefaler derfor, at forholdet undersøges nærmere således at det sikres, at der ikke er uoverensstemmelser mellem udbudsloven og byggeveforordningen.



Kapitel 12. Dokumentation angående udelukkelse, minimumskrav til egnethed og udvælgelse

Vejdirektoratet har i forbindelse med udbud, hvor der deltager udenlandske virksomheder konstateret, at de udenlandske tilbudsgivere bruger væsentlige ressourcer på at fremskaffe den fornødne dokumentation for egnethed, da en række EU-lande ikke har nationalt standardiserede dokumenter (som den danske serviceattest).

E-Certis yder kun begrænset omfang bistand til tilbudsgivere og ordregivere, og det er vanskeligt for alle parter at vurdere, hvornår der foreligger den fornødne dokumentation, som loven kræver.

Vejdirektoratets erfaringer indikerer, at de strenge dokumentationskrav ikke bliver håndhævet i samme udstrækning i alle EU-lande. Derfor møder vi tilbudsgivere, der er uforstående over for kravene i den danske udbudslov. Samtidig skaber uensartetheden på tværs af lande usikkerhed omkring ligebehandlingen af danske og udenlandske tilbudsgivere.

Vejdirektoratet vil derfor opfordre til, at der i forbindelse med evalueringen af udbudsloven også fokuseres på, hvordan administrationen af dokumentationskrav kan ensartet, således at der ikke de facto skabes ulige vilkår for virksomheder på tværs af landegrænser. Dette kan fx gøres ved, at der på EU-plan bliver arbejdet for en centraliseret løsning for, hvordan tilbudsgivere skal overholde kravene om dokumentation, således at dokumentationskravene bliver ensartede og genkendelige for tilbudsgiverne på tværs af EU. Alternativt kunne der etableres en fælles dansk løsning, fx med inspiration fra Sverige, hvor en central enhed har ansvaret for verifikationen af udenlandske virksomheders dokumentation. Dette vil kunne bidrage til at reducere tilbudsgivernes transaktionsomkostninger i forbindelse med tildeling af kontrakter.

Kapitel 15. Kontraktens gennemførelse

I udbudsloven findes reglerne om ændringer efter indgåelse af kontrakt i udbudslovens kapitel 15 – særligt §178-184. Reglerne var med udbudsloven en nyskabelse og har medvirket til at sikre et øget fokus på rammerne for ændringer efter kontraktindgåelse.

Vejdirektoratet vurderer dog, at der fortsat er nogen uklarhed om under hvilke omstændigheder, de forskellige betingelser for ændringer kan finde anvendelse. Og der er ikke megen støtte at finde i den noget uensartede praksis på området.

Ligeledes vurderer Vejdirektoratet, at der er behov for større klarhed i forhold til § 182 vedrørende hvilke omstændigheder, der skal være til stede for at et konsortium kan udskifte en konsortiedeltager i forbindelse med konkurs og rekonstruktion, herunder hvornår et oprindeligt konsortium kan overdrage opgaven til kun én tilbageværende leverandør



Overvejelser omkring tilbudsloven

Vejdirektoratet gennemfører i dag en lang række udbud af bygge- og anlægsopgaver under tærskelværdien for udbudsloven. Disse gennemføres under tilbudslovens regime. Vejdirektoratet vælger ofte at anvende reglerne om underhåndsbud, når dette er muligt. Når indkøbene overstiger 3 mio. kr., anvender Vejdirektoratet typisk offentlig licitation.

Det kan i den forbindelse anføres, at tilbudsloven er transaktionsdrivende og et tegn på overimplementering.

Det er Vejdirektoratets opfattelse, at det bør overvejes, hvorvidt tilbudsloven også i forbindelse med revisionen af udbudsloven bør revideres, alternativt at de relevante bestemmelser indarbejdes i udbudsloven. Eller at tilbudsloven helt afskaffes ud fra betragtningen om at skabe effektiv konkurrenceudsættelse gennem klarhed og forenkling.

I den sammenhæng bør det desuden særligt overvejes, hvorvidt tilbudslovens § 7 om offentlig licitation fortsat skal være gældende, både henset til at nedbringe transaktionsomkostningerne, og set i lyset af, at alle tilbud siden 1. juli 2018 har skullet indleveres elektronisk.”

Banedanmark:

”ESPD dokument

Det er Banedanmarks erfaring, at ESPD dokumentet ved dets indførelse var sprogligt og teknisk svært tilgængeligt. Det er især kommet til udtryk ved udbud med mindre udbudsvante tilbudsgivere. Tilbudsgiverne har haft svært ved både at forstå indholdet af ESPD’et samt den praktiske udfyldelse og fremsendelse.

Store ellers ressourcetunge internationale tilbudsgivere har ligeledes udvist en usikkerhed omkring udfyldelsen af ESPD’et. Det har blandt andet vist sig ved, at tilbudsgiverne har udfyldt og fremsendt mere end krævet, eksempelvis ESPD’er for underleverandører, som tilbudsgiveren havde intention om at bruge, men ikke baserede sin formåen på.

ESPD’et er siden sin indførelse blevet forbedret, men ovenstående usikkerheder fortsætter med at gøre sig gældende. Overgangen til elektroniske udbudssystemer med ESPD-integration forventes at mindske usikkerheden omkring selve brugen af ESPD’et.

ESPD dokumentation

ESPD-dokumentationen har for så vidt angår tilbudsgivere etableret i Danmark ikke medført de store problemer. Erhvervsstyrelsens serviceattest fungerer praktisk godt og udgør en for både tilbudsgiver og ordregiver effektiv måde at dokumentere de for udelukkelsesgrundende nødvendige oplysninger på. Det har dog enkelte gange givet anledning til forvirring hos tilbudsgivere, at ser-



viceattesten udstedes i versioner, som ikke indeholder oplysninger om alle udelukkelsesgrundene (straffedomme).

For så vidt angår ESPD-dokumentation fra udenlandske tilbudsgivere, har processen og dokumentationen vist sig at være mere problematisk og tidskrævende. Erfaringen er primært, at udenlandske tilbudsgivere ikke har adgang til et dokument svarende til serviceattesten. Indhentelsen af dokumentation skal derfor ske hos flere forskellige myndigheder med lange sagsbehandlingstider til følge. Den dokumentation, som fremgår af eCertis, er ikke altid fyldestgørende i forhold til, hvad ordregiver kan eller skal acceptere i henhold til udbudsloven. At dokumentationen typisk alene forefindes på originalsproget, forstærker usikkerheden omkring, hvilke dokumenter der kan og skal accepteres.

Denne usikkerhed omkring udenlandske tilbudsgiveres dokumentation for ESPD oplysninger kan medføre, at der i udbuddene må allokeres betydelig tid til denne del af processen i tidsplanen for et udbud. At ordregiver på et tidligere tidspunkt end umiddelbart før tildeling kan vælge at indhente ESPD-oplysninger kan medføre et *betydeligt* ekstra arbejde for både ordregiver, som skal gennemgå en betydelig større mængde dokumenter, og de tilbudsgivere, som kommer til at indhente dokumentation uden at få tildelt en kontrakt. Dette ses dermed ikke som et praktisk alternativ.

Kodificering af gældende principper for offentlige indkøb

Med vedtagelsen af udbudsloven er en række af de gældende principper for offentlige indkøb blevet kodificeret. Dette medvirker til at skabe større klarhed på området, hvilket er positivt. Et eksempel på dette er reglerne for indkøb under tærskelværdien i udbudslovens afsnit IV og V.”

1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)

Fra: Anne Mette Skovsen <ams@modusplus.dk>
Sendt: 15. februar 2019 11:10
Til: 1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)
Emne: Kommentarer til udbudsloven

Som respons på høringsbrevet vil vi som lille konsulentvirksomhed (3 personer) byde ind med en kort kommentar. Vi oplever nemlig, at praksis i dag på nogle punkter er i modstrid med formålet:

Formålet var at regelsættet skulle sikre effektiv konkurrence om opgaverne, og føre til større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lave transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som leverandører.

Vi oplever, at opgaver i udbud kræver uforholdsmæssigt mange ressourcer at byde på. Faktisk så mange, at vi ofte fravælger at byde. Vi kan simpelthen ikke afsætte så mange timer til en opgave, der kun potentielt giver forretningsværdi. Små spillere har ringe vilkår i det eksisterende setup.

Derudover bliver kvaliteten i løsningen (som i vores tilfælde er konsulentydelse) ofte for ringe, fordi vi ikke har mulighed for den nødvendige dialog med kunden, hvor vi kan udfordre definitionen af opgaven, der bliver udbudt. Der er vores erfaring, at kunder som regel har brug for en lidt anderledes løsning end den, de selv kan se for sig.

En sidste erfaring, som bestemt også er relevant er, at vi til stadighed oplever, at vi prismæssigt ligger under de konsulent- og kursusydelse på det offentlige marked, som har været konkurrenceudsat efter udbud. Det hører vi også fra vores offentlige kunder.

Jeg står selvfølgelig til rådighed, hvis I skulle ønske en uddybning af ovenstående.

Med venlig hilsen

Anne Mette Skovsen
Partner og medstifter
modus+

Telefon: +45 2093 3515
ams@modusplus.dk
www.modusplus.dk





Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
 Carl Jacobsensvej 35
 2500 Valby

DOKNR-2-2647
 Ref.: US/us
 E-mail: us@frinet.dk

15. februar 2019

Sendt pr. e-mail til: ok@kfst.dk

FRI's hørings svar vedrørende evaluering af Udbudsloven.

Hermed følger FRI's hørings svar i forhold til den påtænkte evaluering af Udbudsloven.

Udover det overordnede formål om at sikre konkurrencen, var formålet med Udbudsloven at opnå større klarhed, forenkling og fleksibilitet i udbudsreglerne. Herudover skulle loven medvirke til at sænke transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som leverandører. Sidstnævnte blev håndteret ved at indskrive proportionalitet som et parameter, der skulle indgå i overvejelserne ved tilrettelæggelse af tilbud.

FRI finder, at man med fordel kan indskrive hensigten om at mindske transaktionsomkostninger direkte i lovtæksten, da proportionalitet ikke er tilstrækkeligt dækkende/forståeligt for dem, der læser loven uden forudsætninger for lovens oprindeligt formulerede formål.

FRI's holdning er, at Udbudsloven har været med til at gøre udbudsreglerne klarere bla. ved at omskrive direktivteksten, så loven er blevet mere læsevenlig. Herudover har det været hensigtsmæssigt at inkorporere praksis fra Klagenævnet for udbud i lovtæksten. I FRI's optik er det vigtigere at skrive klart end at holde antallet af paragraffer nede.

Indkøb under tærskelværdierne

FRI kan konstatere, at ophævelsen af annonceringspligten for offentlige kontrakter under tærskelværdien er en forenkling, som har sænket transaktionsomkostningerne ved indkøb af mindre rådgiveropgaver. Desværre oplever vi ofte, at offentlige indkøbere ved indkøb af rådgiverydelser under 500.000 kr. benytter "tungere" regler end foreskrevet i Udbudslovens kap. V. Det er tankevækkende og bør give anledning til at overveje at udvide reglerne for indkøb efter kapitel V til at også at omfatte indkøb under 500.000 kr.

Besøgsadresse:
 Industriens Hus
 Rådhuspladsen 29
 1052 København Ø
 T: +45 35 23 22 33
 F: +45 35 23 22 34
 E: us@frinet.dk
 W: www.frinet.dk

Postadresse:
 Industriens Hus 1C, 1. sal
 Rådhuspladsen 29
 DK-1504 København Ø

ESPD (European Single Procurement Document)

Kravet om udfyldelse af ESPD har -uanset de gode intentioner - vist sig at øge transaktionsomkostningerne i stedet for det modsatte. ESPD'en administreres af forskellige udbudsportaler og da der ikke er noget krav om ensartethed, er dokumentet disponeret forskelligt i de forskellige portaler. Dette giver vanskeligheder med at genbruge oplysninger samt - overføre elektronisk. Den manglende ensartethed i systematikken giver anledning til unødige transaktionsomkostninger.

FRI vil henstille til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen påtager sig opgaven at tilsikre ensartethed samt mulighed for genbrug af data m.m., så hensigten med at lette virksomhedernes arbejdsbyrde i forbindelse med tilbud opnås.

FRI har kunne konstatere, at nogle ordregivere kræver dokumentation for opfyldelse af oplysninger i ESPD'et allerede i forbindelse med anmodninger om prækvalifikation. Denne praksis sker muligvis under henvisning til Udbudslovens §151, stk. 2, hvorefter, at ordregiver har ret til på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren at kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremlægger dokumentation for overholdelse af udelukkelsesgrunde og egnethedskrav. Imidlertid forekommer denne praksis umiddelbart uforenelig med intentionen bag indførelsen af ESPD'et, hvorefter at dokumentationen af oplysningerne i ESPD'et først skulle finde sted efter tildeling. Med henblik på at begrænse transaktionsomkostningerne bør det overvejes at præcisere bestemmelsen.

Herudover bør ordregivers pligt til at indhente dokumentation for oplysningerne i ESPD'et før indgåelse af en kontrakt på baggrund af et miniudbud under en rammeaftale fjernes eller indskrænkes mest muligt.

Udbud med forhandling

Fleksibiliteten ved indførelse af fx udbud med forhandling har – på godt og ondt - fået stor udbredelse netop ved indkøb af rådgiverydelser. Det er godt, at der er mulighed for at forhandle om kvaliteten af ydelserne. Omvendt er denne udbudsform meget transaktionsomkostningstungt, hvis ikke forhandlingen håndteres hensigtsmæssigt.

For at undgå unødige transaktionsomkostninger bør reglerne om udbud med forhandling (Udbudslovens §§61-66) præciseres yderligere, således at mulighederne for at begrænse antallet af tilbudsgivere, der deltager i forhandlingen, kan indskrænkes. Det vil begrænse transaktionsomkostningerne betydelig, hvis ordregiver ikke behøver at invitere alle fx fem tilbudsgivere til forhandling. Det vil give mulighed for, at ordregiver kan beslutte, at kun tre tilbudsgivere går videre til forhandlingsrunden efter det indledende tilbud, hvilket ikke er en mulighed i henhold til bemærkningerne til loven i deres nuværende form, uanset at dette næppe var hensigten.

Frivillige udelukkelsesgrunde.

FRI har endnu ikke oplevet, at de frivillige udelukkelsesgrunde er blevet taget i anvendelse, men bestemmelsen lægger op til en lidt for tilfældig administration, da der er meget få retningslinjer til bestemmelserne. Så ud fra en retssikkerhedsmæssig betragtning bør der udstykes nogle klarere retningslinjer for bestemmelserne om udelukkelsesgrunde. I den forbindelse bør den individuelle praksis, der lægges op til når det gælder selfcleaning også revurderes. Umiddelbart kan det forekomme hensigtsmæssigt at etablere et centralt organ, som vurderer om betingelserne er opfyldt.

SMV'er

Det er FRI's indtryk, at Udbudsloven ikke har øget SMV'ernes deltagelse i udbud, hvilket muligvis skyldes bestemmelsen i § 144 stk. 5, hvor der er indføjet opfordring til at kræve solidarisk ansvar, hvilket forekommer at være en kontraktsbestemmelse, der ikke har udbudsretlig relevans.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens bør undersøge SMV'ernes deltagelse i de offentlige udbudsprocesser samt hvad der eventuelt afholder dem fra deltagelse.

Referencer

Udbudslovens krav i §155 om, at referencer til dokumentation af teknisk formåen maksimalt må være 3 år for tjenesteydelser er et problem særligt for SMV'erne. Det vil derfor være hensigtsmæssigt at få afklaret, om det er muligt at fravige direktivet på dette område, så grænsen kunne følge de 5 år for entrepriser.

2-kuverts-system

FRI går ind for yderligere udbredelse af to kuvert-systemet i forbindelse med tilbudsevaluering, da dette sikrer og giver tillid til, at der kommer den annoncerede vægt på kvalitet i ordregivernes evaluering af de tilbudte løsninger. FRI foreslår derfor at anvendelse af 2 kuverts-systemet udvides til en forpligtelse også i langt mindre sager. Det er netop i rådgivningsydelser, at kvaliteteten har værdi og dermed skal sikres.

Det videre forløb

FRI anbefaler, at de relevante parter bliver inddraget i den påtænkte evalueringen af Udbudsloven og ser derfor frem til at deltage i de kommende drøftelser af Udbudsloven.

FRI står naturligvis til rådighed for uddybning af ovennævnte.

Med venlig hilsen



Ulla Sassarsson

Vicedirektør, advokat



Erhvervsministeriet
Slotsholmsgade 10-12
1216 København K

Amgros I/S
Dampfærgevej 22
2100 København Ø
Danmark
T +45 88713000
F +45 88713008
Amgros@amgros.dk
www.amgros.dk

19. februar 2019
LPE – J.nr. 2019 - 0114

Erhvervsministeriet har den 20. december 2018 sendt udbudsloven i høring, med henblik på den kommende evaluering i 2020.

Amgros har følgende bemærkninger til høringen, som primært knytter sig til Erhvervsministeriets ønske om at adressere de grundlæggende hensyn: større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lave transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som leverandører.

Amgros har følgende bemærkninger:

Klar grænseoverskridende interesse

Intentionen bag kravet om vurdering af grænseoverskridende interesse er at sikre, at selv indkøb som ligger under tærskelværdien for EU-udbud, vurderes for deres eventuelle interesse for udenlandske tilbudsgivere. På den måde sikres optimal udbredelse af nationale kontrakter til det indre marked i EU.

Der er ingen nedre økonomisk grænse for kravet om vurdering af klar grænseoverskridende interesse. Dette medfører i praksis, at selv mindre indkøb skal vurderes i forhold til grænseoverskridende interesse. I det daglige anvendes derfor mange ressourcer på at foretage konkrete vurderinger af indkøb. Det er Amgros opfattelse at dette ikke står mål med indsatsen, hvorfor Amgros finder det hensigtsmæssigt med en nedre grænse.

Amgros er opmærksom på, at forholdet følger af EU-Domstolens praksis og forventer derfor ikke, at det kan ændres under den aktuelle revision af udbudsloven. Vi håber dog, at Erhvervsministeriet vil bære vores ønske om omtanke for transaktionsomkostningerne på dette område videre i EU-regi i stedet.

Krav om dokumentation for det af tilbudsgiver oplyste i ESPD'et

Intentionen med indførelsen af ESPD'et var at forenkle processen for indhentelse af dokumentation for både ordregiver og tilbudsgiver. Virkeligheden har dog vist, at kravene til de dokumenter der skal anvendes er vanskelige for tilbudsgiver at opfylde.



2014-direktivet indeholder krav om, at ordregiver skal anvende og acceptere ESPD'et som egen erklæring og derefter indhente dokumentation for indholdets korrekthed fra den tilbudsgiver, som ordregiver har til hensigt at tildele kontrakten. I praksis kræver dette – særligt for så vidt angår udenlandske tilbudsgivere og/eller bestyrelsesmedlemmer – en del ressourcer, idet tilbudsgiver ofte fremsender fejlagtig dokumentation, som derefter skal suppleres. Ofte er tilbudsgiver ikke selv klar over, hvilken dokumentation vedkommende er pligtig at fremsende, og selv efter henvisning til e-certis opstår der fortsat tilfælde, hvor kontrakten må tildeles til anden tilbudsgiver, fordi den *rette* dokumentation ikke når frem i tide. Dette kan til tider virke stærkt formalistisk og også her anvendes store ressourcer hos såvel ordregiver som tilbudsgiver.

Amgros er opmærksom på, at kravet er direktivfastsat, og at det derfor ikke kan ændres under den aktuelle revision af udbudsloven. Da Amgros dog oplever, at der stadig er tale om en tung administrativ byrde foreslår vi derfor, at Erhvervsministeriet arbejder for en mere smidig og mindre ressourcekrævende procedure i EU-regi.

§ 61, stk. 4

At alle tilbudsgivere fra et foregående udbud skal inkluderes i processen, hvis der afholdes udbud med forhandling i tilfælde af, at der alene er modtaget ukonditionsmæssige tilbud i første runde, ses hverken nævnt i udbudsloven eller i dennes forarbejder.

Udbudslovens § 61, stk. 4 gennemfører 2014-direktivets art. 26, stk. 4, b) hvoraf følger, at i de situationer, hvor et udbud kun har medført ikkeforskriftsmæssige eller uantagelige tilbud, behøver de ordregivende myndigheder ikke at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse "... hvis proceduren omfatter alle tilbudsgivere...". Dette krav ses ikke implementeret i § 61, stk. 4 og er heller ikke nævnt i forarbejderne dertil, hvilket kan skabe tvivl om retstilstanden.

Amgros foreslår derfor, at dette bliver præciseret i udbudsloven.

§ 140, stk. 2

Egnethedskrav skal fastsættes som minimumskrav i selve udbudsbekendtgørelsen, men skabelonen til udbudsbekendtgørelsen gør det muligt at henvise til udbudsmaterialet i stedet.

Af udbudslovens § 140, stk. 2 fremgår, at ordregiver skal fastsætte egnethedskrav som minimumskrav i udbudsbekendtgørelsen. Det samme fremgår af udbudsdirektivets artikel 58, stk. 5. Ikke desto mindre er det i pkt. III, 1. 2) i standardformularen for udbudsbekendtgørelsen muligt at afsætte kryds i "udvælgelseskræver som angivet i udbudsmaterialet" fremfor, som krævet, at anføre disse i udbudsbekendtgørelsen.

Amgros er opmærksom på, at da kravet om at angivelsen skal ske i udbudsbekendtgørelsen fremgår af direktivet, kan dette ikke afhjælpes ved



ændring af udbudsloven. Vi foreslår i stedet, at Erhvervsministeriet gør opmærksom på forholdet i standardblanketten, således at denne eventuelt kan tilrettes direktivets ordlyd, hvorved fejlmuligheden ikke længere foreligger.

Med venlig hilsen

Line Trøst Pedersen
Chefjurist - Ledelsessekretariatet

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Sendt via mail til ok@kfst.dk

 Islands Brygge 26
 Postboks 1990
 2300 København S

 T +45 33 93 20 00
 F +45 33 32 01 74

 SMV@SMVdanmark.dk
 SMVdanmark.dk

19. februar 2019

Vedr. Evaluering af udbudsloven

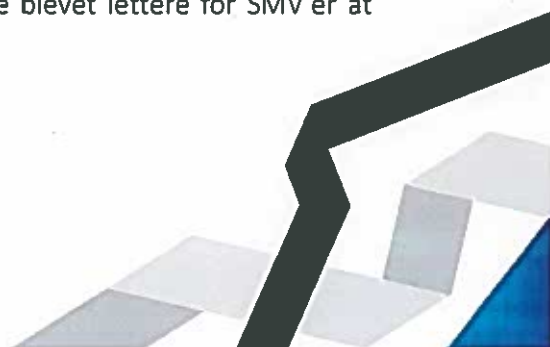
SMVdanmark var repræsenteret udvalget, der udarbejdede forslag til den nye udbudslov. Håndværksrådet har siden skiftet navn til SMVdanmark, men den gang, som nu er vores fokus, at det skal være lettere for SMV'er at deltage i udbud om offentlige opgaver og at SMV'er ikke på forhånd skal være udelukket fra at deltage alene på grund af størrelsen af opgaven og kravene til de bydende.

Opdeling i mindre kontrakter – udbudslovens § 49

Det var under hele udbudslovens tilblivelse SMVdanmarks ambition, at udbudsdirektivets pas-sus om, at store kontrakter skulle opdeles i mindre kontrakter, ikke skulle blive en tom erklæ-ring uden indhold og uden virkning. SMVdanmark argumenterede derfor for, at bestemmelsen om at opdele i mindre kontrakter skulle gøres forpligtende og at der skulle være en konsekvens ved ikke at opdele som foreskrevet. Dette kunne SMVdanmark desværre ikke finde opbakning til i udvalget, hvorfor resultatet blev, at der alene var en forpligtelse til at forklare hvorfor, hvis man ikke opdelte i mindre kontrakter, men uden krav til begrundelsens saglighed og uden konsekvens ved manglende forklaring.

Resultatet har desværre vist sig at blive som SMVdanmark forventede og frygtede. Ifølge Sty-relsens egen undersøgelse fra 2017 bliver kun en mindre del af udbuddene opdelt i mindre kontrakter (22 %), mens der for næsten halvdelen (44 %) af de kontrakter, der ikke opdeles slet ikke gives den påkrævede forklaring på, hvorfor der ikke sker opdeling i mindre kontrakter. I den anden halvdel kender vi ikke noget til begrundelsens saglighed og rigtighed, men en lang række af de begrundelser, som SMVdanmark har set, har ikke givet nogen reel information til tilbudsgiverne om overvejelserne bag beslutningen. Der har blot været anført "af økonomiske årsager" eller "efter en samlet vurdering" og lignende intetsigende begrundelser.

Dette har bevirket, at direktivets og udbudslovens ambition om, at det skulle være lettere for SMV at deltage i udbud, aldrig er blevet realiseret. Det er ikke blevet lettere for SMV'er at



deltage i udbud. Tværtimod går tendensen i retning af større og større udbud, bl.a. med statens egen Bygningsstyrelsen og landets største kommune Københavns Kommune i spidsen som ek-sponent for denne holdning. Bygningsstyrelsen har markedsført, en ny udbudspolitik, hvor man i fremtidige udbud i praksis har vendt udbudslovens udgangspunkt. Bygningsstyrelsens ud-gangspunkt er herefter, at der udbydes i en stor samlet kontrakt, med mindre der er en særlig begrundelse for at opdele i mindre kontrakter.

Københavns Kommune har for nylig indgået milliard-byggekontrakter med to byggeteams, som skal stå for al udvidelse, ombygning, reovering og nybyggeri af skoler og daginstitutioner, idrætsanlæg, botilbud og kulturinstitutioner i Københavns Kommune indtil 2027.

Som disse eksempler illustrerer, er der brug for en tydeliggørelse og skærpelse af kravene til opdeling af store kontrakter, både i forhold til krav om begrundelsens saglige tyngde og rigtig-hed, hvis en opdeling ikke finder sted, samt til konsekvenserne ved manglende overholdelse, så lovens hensigt i højere grad bliver mødt.

Rammeaftaler – udbudslovens §§ 95-100

Det er endvidere et problem for tilbudsgiverne, at den i udbuddet angivne forventede omsæt-ning og kontraktsum, meget sjældent opnås. Mange gange opnås en omsætning, der kun er en brøkdel af det, som tilbudsgiverne stilles i udsigt og som de byder på, hvis der overhovedet opnås nogen omsætning. Det medfører, at tilbudsgiverne anvender ressourcer på at afgive til-bud på en aftale, der viser sig slet ikke at kunne bære de forbrugte omkostninger på tilbudsgiv-ningen. Men det medfører også, at der bydes ind med priser, der viser sig ikke at kunne holde, når de forventede mængder ikke bliver til virkelighed, idet man ikke opnår de mængderabatter eller stordriftsfordele, der var forudsat ved tilbudsafgivelsen.

På samme måde oplever mange tilbudsgivere, at grænsen for hvornår en opgave under en rammeaftale skal genudbydes i miniudbud er meget lav. Det betyder, at selvom en virksomhed har vundet en rammeaftale, skal de konkurrere en gang til om opgaven og anvende flere res-sourcer på det, som virksomhederne synes, at de allerede har afgivet tilbud på. Det er ikke en hensigtsmæssig anvendelse af samfundets ressourcer, hvis det stort set kun er bagatelagtige opgaver, der tildeles direkte til vinderen af en rammeaftale.

Derfor er SMVdanmark af den opfattelse, at vinderne af rammeaftaler skal garanteres en mini-mumsomsætning på rammeaftalen. Dette vil give et større incitament til at deltage i rammeaf-taler, skærpe den indledende konkurrence om rammeaftalen og nedbringe de samlede trans-aktionsomkostninger på begge sider af bordet i forhold til rammeaftaler.

Transaktionsomkostninger

Et af formålene med udbudsloven var at nedbringe transaktionsomkostningerne. En række af bestemmelserne, som udvalget foreslog, trak i den modsatte retning, men det var udvalgets forventning, at det på daværende tidspunkt ukendte ESPD ville blive en administrativ lettelse, der kunne opveje de andre modsatrettede regler. Dette har vist sig ikke at være tilfældet og ESPD har udviklet sig til en administrativ byrde.

Det er endvidere virksomhedernes oplevelse, at det ikke er blevet administrativt lettere at afgive tilbud på offentlige udbud. Dette hænger ifølge virksomhederne sammen med, at reglerne med udbudsloven er blevet mere komplicerede, hvilket ifølge virksomhederne er en følge af, at man har givet ordregiverne mere frirum. Når udbydere ikke helt har fundet ud af at udnytte dette frirum på en hensigtsmæssig måde, er det medvirkende til at trække omkostningerne op.

Derfor er det vigtig hele tiden at have fokus på at nedbringe transaktionsomkostningerne, bl.a. ved at ordregiverne hele tiden bliver bedre til at udarbejde og styre udbuddene og processen på den mest effektive måde.

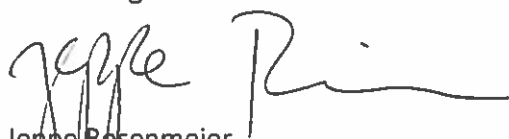
Afsluttende bemærkninger

Set fra de små og mellemstore virksomheders side, er udbudsloven en fuldstændig uoverskuelig og ekstremt kompliceret lov. Det er tankevækkende, at byggebranchens udbud i årtier var reguleret af en licitationslov på 9 paragraffer, mens udbudsloven er på 199 paragraffer.

Lovens kompleksitet er i sig selv en medvirkende årsag til, at mange virksomheder afstår fra at byde på offentlige opgaver. Enhver forenkling vil derfor være et fremskridt.

For de små og mellemstore byggevirksomheder er det meget vigtigt, at de fleste udbud på mindre opgaver, udbydes efter tilbudsloven, som er meget mere overskuelig. Det er derfor vigtigt, at man bevarer tilbudsloven, så man ikke i et misforstået forsøg på at forenkle udbudsreglerne, lader udbudsloven gælde for alle udbud.

Med venlig hilsen



Jeppe Rosenmejer
Chefkonsulent

Erhvervsministeriet
 Slotsholmegade 10-12
 1216 København K
 Att: ok@kfst.dk



Den 20. februar 2019

Høringsvar om evaluering af udbudsloven

DANSK IT, en uafhængig interesseorganisation med flere end 9.300 medlemmer, udgør et talerør for de it-professionelle i Danmark. DANSK IT's mål er at fremme og understøtte it, hvor det skaber værdi for samfundet og den enkelte.

DANSK IT har gennem årtier været stærk optaget af rammevilkår og praksis for digitaliseringsindkøb, og foreningen har bidraget gennem dialog med de mange aktører og interessenter på området, gennem etablering af høringer, ved udgivelse af analyser og anbefalinger og gennem deltagelse i udvikling af kontraktstandarder mm.

DANSK IT har i forbindelse med tilblivelsen af udbudsloven haft en række møder med lovsekretariatet, samt haft lejlighed til at drøfte loven med den daværende erhvervsminister Brian Mikkelsen. DANSK IT hilser evalueringen af udbudsloven velkommen, og har hermed fornøjelsen at bidrage med DANSK IT's synspunkter.

Indledende bemærkninger

DANSK IT konstaterer, at den digitale udvikling foregår med hidtil udset fart, og at intet tyder på, at tempoet sænkes. Samtidig ser vi, hvordan digitaliseringen bevæger sig ind i alle dele af den offentlige sektor i processer, services og produkter. Digitalisering og forretningsudvikling bliver hermed to sider af samme sag.

Samtidig konstateres, at samfundets kompleksitet øges, og dermed øges kravene til de teknologiske løsninger, som skal understøtte samfundet. DANSK IT noterer med tilfredshed, at samtlige partier har stillet sig bag regeringens initiativ om digitaliseringsklar lovgivning. For at lovgivning kan administreres i dagens samfund, er det imidlertid afgørende, at processen fra problem til løsning via lovgivning og implementering - ud i digitale løsninger mod borgere og virksomheder og på tværs af myndigheder for at sikre en sammenhængende service - fungerer optimalt.

Den øgede kompleksitet fordrer, at indkøb i stigende grad placeres i et strategisk og forretningsmæssigt perspektiv for dels at skabe sammenhæng, dels at sikre et mere optimalt snit mellem det, vi kalder *digitale fundament* (samfundets digitale infrastrukturer, herunder vitale registre og transaktionssystemer, som udgør en grundlæggende service for andre myndigheder og organisationer) og *digitale services*, som i højere grad udvikles tæt på borgerne og markedet og dermed mere decentralt.

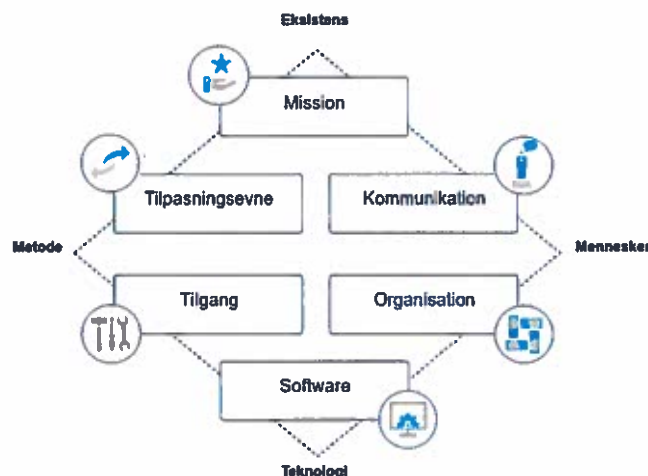
Det medfører igen behovet for dels en forankring af det ledelsesmæssige ansvar for digitale indkøbsprocesser på et højere organisatorisk niveau, dels en større forståelse for naturen af digitalisering, og hvad der reelt er kritisk i en indkøbsproces. Af den grund har DANSK IT udgivet anbefalingerne "Indkøb set i et strategisk og forretningsmæssigt perspektiv". De kan læses på følgende link: www.dit.dk/nyheder/it-indkoeb

For at skabe en bedre forståelse for den ledelsesmæssige udfordring omkring digitalisering, nedsatte DANSK IT tænketanken Danmark 3.0, hvilket resulterede i bogen "Ledelse i d-land – om ledelse på tærsklen til det digitale samfund". I bogen opstilles en model til støtte for den ledelsesmæssige optik og diskurs.

Pointen i denne kontekst er, at metodesiden er udfordret på grund af dels den disruptive karakter af digitaliseringen, dels hastigheden i såvel samfundets og den digitale udvikling.

Selv om Danmark i alle internationale analyser rangerer blandt de bedste i verden til offentlig digitalisering, så står det for DANSK IT meget klart, at vi er udfordret på tilgangen til digitalisering af ovennævnte årsager, og at det, der har bragt os til, hvor vi er i dag, ikke vil føre os derhen, hvor vi gerne vil være i morgen. Der er brug for nye tilgange.

Når vi ser talrige eksempler på, at udbudsprocesser i den tidsmæssige udstrækning tager længere tid end den efterfølgende implementering af løsning, er det nødvendigt at stoppe op og reflektere. Når det efterhånden mere er blevet reglen end undtagelsen, at der anvendes eksterne rådgivere for at gennemføre digitaliseringsudbud, kalder det på omtanke. Når der hersker bekymring for fejl og der bruges uforholdsmæssigt megen tid på at gøre tingene rigtigt, fremfor at gøre det rigtige, er det tid til at genoverveje processen. Når offentlige virksomheder optager videofilm af leverandørpræsentationer med den begrundelse, at det er af hensyn til en evt. klagesag, er det tid til at overveje, om man er gået for vidt og om man har koblet fornuften fra.



Ovennævnte forhold kan ikke tilskrives udbudsloven alene. Derfor er spørgsmålet: Er der noget i udbudsloven, som kan påvirkes, så loven inden for rammerne af EU-udbudsdirektiverne, i højere grad understøtter agilitet, eksperimenter, højere tempo og nedsætter bekymringen for fodfejl og overdreven forsigtighed.

Udbudslovens længde i sig selv, også sammenlignet med hvad der er praksis uden for Danmark, er problematisk. Det fremmer ikke, at den forretningsmæssige ledelse selv tager ejerskab og ansvar og måske endnu mere vigtigt; selv tager en større aktiv del af processen. Ønsket om at fremme klarhed i udbudsprocesserne gennem en omfangsrig detailregulering må siges at være mislykket med Udbudsloven. Der er behov for at deregulere og lade udbydere anvende deres skøn under ansvar overfor Klagenævnet for Udbud i videst muligt omfang.

DANSK IT har følgende konkrete høringssvar til opfyldelsen af de definerede mål ved vedtagelsen af Udbudsloven:

Effektiv konkurrence

Den lettere adgang til forhandlede udbud af komplekse it-ydelser har været fremmede for konkurrencen, idet forhandlinger typisk demonstrerer løsninger for udbydere, der med ændringer i krav, giver større værdi for pengene.

Dette er dog modvirket af den udbredte brug af store offentlige rammeaftaler til it-ydelser, som flytter konkurrencen ind på indersiden af rammeaftaler med fastlagte vilkår. Rammeaftalerne reducerer konkurrencen, da det er svært for leverandører at udnytte kapacitetsoverskud og teknologisk overlegenhed, til at skærpe konkurrencen i rammeaftalens løbetid. Udbudslovens intention om at fremme SMV'ers adgang til det offentlige marked for it-ydelser er ikke lykkedes.

Samlet set har Udbudsloven og særligt adgangen til forhandlede udbud dog været fremmende for konkurrencen.

Større klarhed

Udbudsloven har indført en række detailregler, som ikke tidligere var gældende. Disse detailregler har medført en række fortolkningsspørgsmål, der snarere har skabt uklarhed i større it-udbud. Et eksempel er kravet om offentliggørelse af evalueringsmodeller.

Kravet om at færdigt udbudsmateriale skal være tilgængeligt ved annoncering har medført større klarhed for tilbudsgiverne. Samlet set har Udbudsloven indledningsvist medført større uklarhed pga. de nye regler, men der må nu siges at være marginalt større klarhed omkring anvendelse af udbudsreglerne på it-udbud. Hovedsageligt pga. det gode arbejde med vejledninger som Forbruger- og Konkurrencestyrelsen står bag.

Forenkling

Udbudsloven har ikke medført forenklinger for it-udbud. Brugen af ESPD og forhandlede udbud har snarere forøget kompleksiteten af udbuddene for udbydere og tilbudsgivere.

Lavere transaktionsomkostninger

Udbudsloven har udvidet adgangen til de forhandlede udbudsformer, hvilket har haft en positiv effekt på kvaliteten af it-udbud og reduceret risikoen for aflyste udbud, med deraf følgende omkostninger. Brugen af forhandling og konkurrencepræget dialog har dog samlet set drevet transaktionsomkostninger i vejret, men ikke i et omfang, der er disproportionalt med de opnåede fordele.

Mangel på viden hos både udbyder og tilbudsgiver om effektive forhandlingsforløb, samt udbydere der ikke er tilstrækkeligt forretningsmæssigt afklarede til at gennemføre forhandlinger, er en typisk årsag til langtrukne forhandlingsforløb. Ingen øvrige tiltag i Udbudsloven har reduceret transaktionsomkostningerne for it-udbud. Navnlig har ESPD ikke medført nogen lempelse. Samlet set har vi set en stigning i transaktionsomkostninger de seneste år.

Yderligere information

DANSK IT - Bredgade 25 A - 1260 København K
Tlf: 33 11 15 60 - Email: rhj@dit.dk - web: www.dit.dk



Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

20. februar 2019

Danske Services høringssvar vedrørende evaluering af udbudsloven

Danske Service har den 17. december 2018 modtaget Erhvervsministeriets høring vedrørende evaluering af udbudsloven.

Danske Service bakker op om evalueringen, der har til formål at afdække, om loven har haft den tilsigtede virkning, og om der er erfaringer, som giver anledning til, at foretage ændringer af loven.

Danske Service opfordrer til inddragelse af Forum for Udbud og Følgegruppen for Udbud i den videre proces. Danske Service har med udgangspunkt i medlemmers konkrete erfaringer følgende kommentarer vedrørende evalueringen af udbudsloven.

Generelle bemærkninger

Danske Service ønsker at fremme det offentlig-private samarbejde med så begrænsede transaktionsomkostninger som muligt. Som repræsentant for særligt små- og mellemstore servicevirksomheder i rengøringsbranchen har Danske Service fokus på at sikre, at rammerne for offentlig-privat samarbejde ikke begrænser deres adgangen til det offentlige marked.

Det overordnede sigte med evalueringen af udbudsloven skal være at foretage ændringer i loven og at igangsætte initiativer, der styrker konkurrencen om offentlige opgaver og minimere såvel virksomheders som ordregivers transaktionsomkostninger.

Generelt mener Danske Service, at der skal arbejdes for at styrke gennemsigtigheden, øge fleksibiliteten, forbedre vilkårene for små- og mellemstore virksomheder samt at reducere af transaktionsomkostninger.

Specifikke bemærkninger

For korte tilbudsfrister

Danske Services medlemmer oplever, at der ved tilrettelæggelsen af særligt mere komplicerede udbud ikke fastsættes tilbudsfrister mv., der giver virksomhederne den fornødne tid til at udarbejde tilbud.

Herudover igangsættes der fortsat for mange udbud med frist i (til og med uge 32) eller umiddelbart efter sommerferien (uge 33). Konsekvensen er, at ordregiverne modtager tilbud af dårligere kvalitet fra virksomheder, eller at virksomhederne i det hele taget afholder sig fra at afgive tilbud. Der er behov for at sikre, at ordregiverne i højere grad sikre virksomhederne har passende tid til at udarbejde tilbud.



Danske Service kan **tilslutte** sig Dansk Erhvervs forslag om at tilføje en yderligere obligatorisk årsag for offentlige ordregivere til at forlænge tilbudsfristen i et udbud. Konkret skal udbudslovens § 93, stk. 4, udvides ved at tilføje et nyt punkt 5 til bestemmelsens stk. 4. D. Som foreslået af Dansk Erhverv kan teksten i et nyt punkt 5 affattes som følger: "Hvis ordregiveren har placeret en væsentlig del af tilbudsfristen i perioden fra og med 1. juli til og med 15. august."

Danske Services medlemmer oplever endvidere udfordringer med 'skjulte tilbudsfrister'. Der er tale om udbud, hvor tilbudsfrist er rimelig, men hvor der er en skjult frist i form af en korte tilmeldingsfrist til fx en obligatorisk besigtigelse.

Et konkret eksempel er et nyligt vinduespoleringsudbud, hvor der var ca. én måned fra annoncering til tilbud skulle afleveres. Det forekommer umiddelbart at være en acceptabel tilbudsfrist. Men nærmere gennemgang af udbuddet viste en skjult frist i form af en obligatorisk bestigelse af lokationer, hvor tilmeldingsfristen var 7 dage efter annonceringen, mens bestigelsen skulle finde sted 10 dage efter annonceringen. Dermed havde virksomhederne mindre end én uge til at blive opmærksomme på udbuddet og planlægge sit arbejde med udbuddet forud for den obligatoriske bestigelse.

Danske Service **forstår**, at der tages initiativer, der hindrer ordregivers muligheder for at indlægge uhensigtsmæssigt korte 'skjulte tilbudsfrister' i form af fx obligatoriske besigtigelser.

Adgang til annulation

Offentlige ordregivere har, som reglerne ser ud i dag, vid adgang til at annullere udbud. Der er ingen eksplicite regler om ordregivernes adgang til at annullere udbud. Annulationer skal alene ske i overensstemmelse udbudslovens ligebehandlingsprincip såvel som ikke at forfølge "usaglige" formål. Ordregivere har yderligere en underrettelses- og begrundelsespligt overfor virksomheder. Danske Service ønsker øget gennemsigtigheden omkring annulationen af udbud.

En stor del af virksomheders omkostningerne i forbindelse med udbud på rengøringsområdet falder i 'spørgsmål/svar, besigtigelse af lokation, opmålinger mv' fasen. Besigtigelse af lokationer, hvilket er en forudsætning for at kunne afgive et retvisende tilbud, er særligt ressourcekrævende for virksomheder. Når et udbud annulleres efter denne fase er igangsat, er det forbundet med store økonomiske konsekvenser for virksomhederne. Danske Service **forstår**, at mulighederne for at begrænse ordregivers adgang til – omkostningsfrit – at kunne annullere udbud efter denne fase er igangsat undersøges.

Danske Service **bakker** endvidere op om Dansk Erhvervs forslag om, at virksomhedernes retstilling på området styrkes ved, at der fastsættes klare og udtrykkelige regler for, hvornår ordregiverne kan annullere et udbud. Det gør det lettere for både ordregiverne og virksomhederne at fastslå, hvornår ordregiver i praksis kan annullere et udbud.

Tildelingskriterier: Øget gennemsigtighed og styrket grundlag for prioritering af kvalitet

Længe har der været en uheldig tendens til, at ordregivere fokuserede alene på pris i forbindelse med rengøringsudbud, og at et ønske besparelser var drivende for udbuddene. Danske Service oplever et stigende ønske om at tildele af kontrakter på baggrund af både pris og kvalitet.



Danske Service

Der findes mange eksempler på udbud, hvor pris vægtes 40% og øvrige kriterier 60%. De øvrige kriterier er oftest skriftlige redegørelser for ex kvalitet og arbejdsforhold. Det er svært målbart, og der mangler gennemsigtighed om, hvordan vurderingen af de øvrige kriterier foretages. De fleste virksomheder formår at leverer tilfredsstillende beskrivelser af de øvrige kriterier. Dermed bliver det afgørende konkurrenceparameter prisen til trods for både ordregivers og virksomheders ønske et mere nuanceret fokus.

Danske Service **forstår**, at igangsættes initiativer med henblik på kortlægning af muligheder for og anbefalinger til, hvordan ordregivere kan sikre øget gennemsigtighed og reel vægtning af andre kriterier end pris. Danske Service **opfordrer** i den forbindelse til at overveje, hvorvidt to-kuverts systemet som er kendt fra andre områder kan være relevant.

Uhensigtsmæssige krav til referencer

Det er almindelig praksis at efterspørge referencer i forbindelse med udbud. Danske Services medlemmer oplever i stigende grad, at kravene til referencerne er indsnævret uhensigtsmæssigt meget. Der stilles eksempelvis krav om lignende igangværende referencer for at kunne byde. Dette kan særligt for små- og mellemstore virksomheder være vanskeligt at efterkomme, og dermed udelukkes de til trods for, at de godt kan løse opgaven. Andre virksomheder har oplevet ikke at kunne opfylde referencekravene på genudbud af en opgave som de løste fordi de ikke kunne give andre referencer. De skarpe referencekrav hæmmer konkurrencen.

Længere kontrakter

Kontraktens længde har væsentlig betydning for den samlede tilbudspris. Længere kontrakter giver mulighed for at udnytte den læring, der kommer som følge af erfaring med opgaveløsning. Derudover giver det virksomhederne mulighed for at høste udbyttet af erfaringerne efter alle afskrivninger.

Danske Service **opfordrer** ordregivere til at medtage optioner for forlængelse i kontrakter så kontraktens løbetid som udgangspunkt er 5 år + 2 års option for forlængelse.

Bedre vilkår for SMV'er: Uproportionelle krav skævrider konkurrencen

Danske Service oplever, at der er kommet et stigende fokus på virksomheders økonomiske formåen, når der fastsættes egnethedskrav. Det er ikke i sig selv problematisk. Det problematiske opstår, når kravene ikke er proportionelle med udbuddet. Kravene skal stå mål med udbuddets størrelse. Krav til fx virksomheders økonomiske soliditet og finansielle styrke skal være afstemt i forhold til opgavens størrelse. Er kravene ikke det, undergraves den fair og lige konkurrence, og små- og mellemstore virksomheders mulighed for at byde på opgaverne begrænses.

Med venlig hilsen


Malene Jæpelt
 Sekretariatsleder



Konkurrence og Forbrugerstyrelsen
 Carl Jacobsens Vej 35
 2500 Valby
 Sendt per e-mail til ok@kfst.dk

Høringssvar - Evaluering af udbudsloven

KL har modtaget Erhvervsministeriets invitation til høring af d. 17. december 2018 vedrørende evaluering af udbudsloven.

Af høringsbrevet fremgår det, at formålet med evalueringen er at afdække, om loven har haft den tilsigtede virkning, og om der er erfaringer, der giver anledning til, at der skal foretages ændringer af loven.

Der anmodes om, at bemærkningerne i videst muligt omfang tager udgangspunkt i de hensyn, der lå til grund for udbudslovens vedtagelse. Formålet var, at regelsættet skulle sikre effektiv konkurrence om opgaverne, og føre til *større klarhed, forenkling og fleksibilitet* med lave transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som leverandører.

KL ser frem til den kommende evalueringsproces med følgende bemærkninger og står naturligvis til rådighed for uddybende bemærkninger og spørgsmål i forbindelse med den videre proces.

Generelle bemærkninger

KL ser som interesse- og arbejdsgiverorganisation for kommunerne og kommunale ordregivere med stor interesse på evalueringen af udbudsloven. Med evalueringen er der mulighed for at se på erfaringerne med udbudslovens første år og tilpasse lovgivningen, så den indenfor direktivet kan optimere udbudsprocessen for såvel ordregivere som tilbudsgivere.

Som erhvervsministeren også anmoder om, lægger KL kraftig vægt på, at der kommenteres på erfaringer med udbudsloven med det for øje, at udbudsloven er *en dansk implementering af EU's udbudsdirektiv*, og at loven skal virke efter dette opdrag. Det har med andre ord ikke været tilsigtet, at udbudsloven skal være et politisk instrument, der kan fremme andre hensyn end at sikre en effektiv implementering af EU's udbudsdirektiv. Dette princip, minder KL om, er vigtigt at værne om i evalueringen.

Udover at undgå overimplementering opfordrer KL til, at eventuelle lovændringer hviler på et reelt grundlag med afsæt i analyser og studier af andre EU-landes implementering af udbudsdirektivet og på baggrund af konkrete drøftelser med interessenter på området. KL minder i den forbindelse om, at der op mod udbudslovens tilblivelse var en god proces i udbudslovsudvalget og opfordrer til, at evalueringen og eventuelle justeringer må ske i samme ånd. Lovændringer bør tillige funderes med blik for både ordregivers og tilbudsgivers transaktionsomkostninger.

Overordnet set er det KL's opfattelse, at udbudsloven langt hen ad vejen fungerer efter hensigten. KL's prioriteter for evalueringen går på, at der fort-

Dato: 20. februar 2019

Sags ID: SAG-2019-00663
 Dok. ID: 2712242

E-mail: LNFA@kl.dk
 Direkte: 3370 3646

Weidekampsgade 10
 Postboks 3370
 2300 København S

www.kl.dk
 Side 1 af 9



sat arbejdes for, at udbudsloven sikrer *fleksibilitet, klarhed og forenkling* i udbudsloven, hvorfor KL's bemærkninger struktureres efter disse fokusområder.

Først og fremmest appellerer KL til, at man i højere grad åbner op for den *fleksibilitet*, der ligger i EU's udbudsdirektiv, men som ved den danske implementering i flere tilfælde har fået en skærpelse. Det gælder eksempelvis kravet om offentliggørelse af alle dele af evalueringsmodellen i udbudsbekendtgørelsen. Øget fleksibilitet vil kunne reducere antallet af annullationer, som er en stor barriere for både ordregiver og tilbudsgiver, og som er forbundet med u hensigtsmæssige transaktionsomkostninger. Særligt er der behov for at tydeliggøre adgangen til at foretage justeringer i udbudsmaterialet, da praksis i dag er, at justeringer som oftest kun kan foretages, såfremt ordregiver annullerer udbuddet. Der er således behov for at se på, om man kan understøtte øget fleksibilitet i udbudsloven. Tilsvarende vil øget fleksibilitet også på andre områder kunne øge smidigheden og skabe bedre udbud.

I forlængelse heraf er det også et tema for KL, at lovgivningen præciseres for at skabe *større klarhed*, så ordregiver netop kan benytte de muligheder udbudsdirektivet giver for at tilrettelægge de bedst mulige udbudsprocesser med lave transaktionsomkostninger. Særligt er der behov for at præcisere rammerne for udelukkelse og self-cleaning. Øget klarhed vil betyde, at både ordregiver og tilbudsgiver undgår at bruge unødigt mange ressourcer på at afklare fortolkningsrum, hvilket vil føre til færre transaktionsomkostninger.

KL vil i høringssvaret også kommentere på potentialer for *forenkling*. Vi har med inspiration fra implementeringen af EU's direktiv fra andre EU lande identificeret nogle unødigt komplekse processer, der med fordel kan forenkles inden for direktivet. Efter KL's opfattelse kan der med fordel lempes i kravene om indhentelse af dokumentation – særligt ved miniudbud og dynamiske indkøbssystemer. Forenklinger vil reducere transaktionsomkostningerne og kan efter KL's opfattelse bidrage til, at ordregiveres og tilbudsgiveres ressourcer anvendes mere optimalt.

Endeligt har KL identificeret nogle konkrete u hensigtsmæssigheder i Lov for Klagenævnet for Udbud, som adresseres til slut i høringssvaret.

Konkrete bemærkninger til evalueringen

I det følgende redegøres for KL's konkrete bemærkninger til udbudsloven, der i struktureres efter de prioriterede temaer for evalueringen

- Flexibilitet
- Større klarhed
- Forenkling

Øget fleksibilitet giver bedre løsninger

Nedenfor redegøres for de konkrete punkter, som efter KL's opfattelse vil fremme fleksibiliteten til at give bedre løsninger i udbuddene.

Dato: 20. februar 2019

Sags ID: SAG-2019-00663
Dok. ID: 2712242

E-mail: LNFA@kl.dk
Direkte: 3370 3646

Weidekampsgade 10
Postboks 3370
2300 København S

www.kl.dk
Side 2 af 9



Dato: 20. februar 2019

Sags ID: SAG-2019-00663
Dok. ID: 2712242E-mail: LNFA@kl.dk
Direkte: 3370 3646Weidekampsgade 10
Postboks 3370
2300 København Swww.kl.dk
Side 3 af 9

Lømpelse af krav om offentliggørelse af alle dele af evalueringsmodellen
Med den netop foreslåede ændring af § 160 i udbudsloven d. 12. december 2018 forpligtes ordregiver til at offentliggøre alle dele af evalueringsmodellen. Denne stramning af udbudsloven øger kompleksiteten og transaktionsomkostningerne og bør efter KL's klare opfattelse fjernes.

I praksis betyder lovforslaget, at man forudsætter, at tildeling af kontrakter kan bero på en forudbestemt matematisk beregning, der er funderet på et fuldt overblik over tilbuddenes udfald. Men sådan er virkeligheden ikke. I forvejen skal ordregiver offentliggøre evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbedsevalueringen, så tilbudsgiver får et reelt indblik i, hvordan tilbuddene evalueres. Lovforslaget indebærer derfor en overimplementering af evalueringspraksis i forhold til udbudsdirektivet.

KL bakker naturligvis op om gennemsigtighed, men minder om, at det også skal kunne fungere i praksis i tråd med hensigten med udbudsreglerne – nemlig muligheden for som tilbudsgiver at afgive sit bedste tilbud, og som ordregiver at identificere det bedste tilbud ud fra en samlet vurdering baseret på gennemsigtige kriterier. Dels kræver reglerne en ressourcetung forberedelse af udbuddene. Ordregiver skal blandt andet forud for fastsættelsen af evalueringsberegningemetoden foretage en markedsanalyse og opstille forskellige scenarier for tilbuddenes spredning, der skal stresstestes. Dels medfører stramningen i praksis, at udbuddene bliver yderst sårbare for annullation, når leverandørmarkedet og de indkomne tilbud ikke nødvendigvis stemmer overens med det antagne. De skærpede regler betyder i disse tilfælde, at ordregiver for at justere evalueringsmodellen, så den netop giver mening, må annullere udbuddet.

Alt i alt er kravet om en offentliggørelse af alle dele af evalueringsmodellen uflexibel, ressourcetung og uhensigtsmæssig, da mindre tilpasninger i mange tilfælde vil være nødvendige. Ordregiver vil sjældent kunne få så meget indblik i markedet, at resultatet altid kan forudses ud fra en logisk beregningsmodel.

KL opfordrer derfor erhvervsministeren til at fjerne kravet om offentliggørelse af alle dele af evalueringsmodellen. Der er tale om en omkostningsfuld skærpelse og unødigt bureaukratisering af udbudsprocesserne for ordregiver. Samtidig kan der stilles spørgsmål ved den tilsvarende gevinst ved for tilbudsgiver, når udbuddet må gå om, og de må byde igen.

Uhensigtsmæssig adskillelse af vurderingen af pris og kvalitet

Med afsæt i ønsket om øget fleksibilitet vækker det bekymring, at erhvervsministeren netop har fremsat forslag om et to-kuvert system til at sikre en adskillelse af pris og kvalitet ved større bygge- og anlægsudbud til en værdi over 300 mio. kr.

KL minder om, at dette vil være et skridt i den modsatte retning fra den fleksibilitet, som netop er udbudslovens formål, og som der særligt lægges op til med de fleksible udbudsformer. Her er et centralt element netop, at pris og kvalitet skal kunne ses i sammenhæng.



De fleksible udbudsformer er netop særligt relevante for større bygge- og anlægsprojekter, fordi man kan høste stor fordel ved – i dialog med leverandører - at kvalificere indkøbet. Det kunne fx gælde i relation til innovative løsninger, såsom miljøhensyn i byggerier.

Dernæst vil lovændringen medføre øgede transaktionsomkostninger i de tilfælde, hvor de afgivne priser på et udbud ikke stemmer overens med det forventede budget, og udbuddet må annulleres. Her må ordregiver køre udbuddets evalueringsproces helt til ende for at kunne annullere udbuddet - i stedet for undervejs at kunne imødegå evt. misforhold i forhold til den økonomiske ramme. Det er hverken ordregiver eller tilbudsgiver tjent med.

På trods af, at kommunerne kun vil være påvirket af lovforslaget i få tilfælde, mener KL, at lovforslaget beror på en ubegrundet frygt for, hvor meget kvalitetsvurderingen kan påvirkes af kendskabet til den afgivne tilbudspris. KL må derfor mane til besindighed i forhold dette krav om at adskille vurderingen af pris og kvalitet – og særligt i evt. relation til andre typer udbud.

Bedre muligheder for at justere i udbudsmaterialet efter offentliggørelse
For at kunne løfte kvaliteten i udbuddene og reducere transaktionsomkostningerne, er der behov for bedre muligheder for, at ordregiver kan foretage justeringer i udbudsmaterialet efter offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen. KL ser fra ordregivers side ofte eksempler på, at udbudsmaterialet forud for offentliggørelse af bekendtgørelsen har været i høring, men at gode råd til justeringer først fremkommer efter udbuddets offentliggørelse og i forbindelse med spørgsmålene til udbuddet. Ordregiver har derfor ikke kunnet tage højde for disse i det offentliggjorte materiale.

KL anerkender, at der er grundlæggende elementer, som ikke kan ændres, fordi udbuddet i så fald ændrer karakter. Den efterspurgte fleksibilitet drejer sig om muligheden for justeringer i mindstekrav.

Det er først og fremmest ærgerligt – men også ufleksibelt og omkostningsfuldt, at lovgivningen ikke giver mulighed for at følge op på de gode råd, som der kommer frem undervejs i processen uden at skulle annullere udbuddet. Den manglende fleksibilitet til at kunne inddrage gode råd fra leverandører hindrer muligheden for at kunne optimere udbuddet og fremstå lydhør og samarbejdsvillig over for tilbudsgiverne. Alternativet er at annullere udbuddet, hvor ordregiver "straffes" for ikke at have modtaget ændringsforslag i høringsfasen.

Annulation er ikke ønskværdigt for hverken ordregiver eller tilbudsgivere, og der er fælles interesse i at reducere antallet af annulationer, som i følge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens seneste analyse af annulationer af danske EU udbud synes at være steget siden udbudslovens ikrafttræden. Selvom ordregiver vælger at annullere, justere og genudbyde opgaven for at optimere udbudsmaterialet, er også det - grundet de øgede transaktionsomkostninger – et u hensigtsmæssigt udfald. Adgangen til justeringer i udbudsmaterialet bør derfor løpes - og kan for at imødekomme tilbudsgivere med tilsvarende fleksibilitet udløse fristforlængelse.

Særligt ved brug af de fleksible udbudsformer giver det ikke mening, at udbudsmaterialet er underlagt så rigide krav for ændringer. Her er formålet

Dato: 20. februar 2019

Sags ID: SAG-2019-00663
Dok. ID: 2712242

E-mail: LNFA@kl.dk
Direkte: 3370 3646

Weidekampsgade 10
Postboks 3370
2300 København S

www.kl.dk
Side 4 af 9



netop, at ordregiver og tilbudsgivere har en dialog, der skal lede til den bedste løsning.

Det giver fx ikke mening, at man ved 'udbud med forhandling' ikke kan forhandle om mindstekravene, jf. § 66, stk. 2. Denne manglende fleksibilitet opleves både af ordregiver og tilbudsgiver som en barriere for forhandlinger, hvorfor dette bør være et opmærksomhedspunkt i evalueringen. Tilsvarende gør sig gældende ved konkurrencepræget dialog, hvor resultatet af dialogfasen ikke må medføre ændringer i mindstekrav jf. § 70, stk. 2 og stk. 5. Ovenstående krav betragtes som en indskrænkning af de fleksible udbudsformers anvendelsesmuligheder og bør derfor lempes.

I forlængelse af dette ser KL behov for en præcisering, hvad der ligger i betegnelserne *minimumskrav*, *mindstekrav* og *grundlæggende elementer* og bemærker, at alene de grundlæggende elementer bør danne en ufravigelig ramme for et udbud.

Mulighed for at opdatere produkter

Øget fleksibilitet er også ønskværdigt, når det drejer sig om muligheden for løbende at kunne opdatere et sortimentsudbud på en rammeaftale, så der tages højde for innovation.

I dag er det i praksis svært at tage højde for potentielle opdateringer og innovation i forhold til et udbud af et givet produkt i en rammeaftales løbetid, samtidig med at udbuddet overholder lovens krav om klarhed og entydighed. Denne regel medfører, at sortimentet hos det offentlige kan forekomme utilsigtet umoderne. Rigiditeten er også en barriere for tilbudsgiver, der for at overholde kontrakten skal holde fast i tidligere løsninger, som markedet ellers har bevæget sig væk fra.

KL foreslår derfor, at sortimentet på en rammeaftale åbner op for innovation ved at formulere fleksible kontraktbestemmelser om opdateringer af sortimentet inden for rammerne af det udbudte produkt, og hvad man må forvente af naturlige opdateringer på et marked.

Øget fleksibilitet i kravspecifikationer af sortimentsudbud

Et yderligere opmærksomhedspunkt er en lempelse af kravet om at specificere samtlige produkter i et varesortiment på en rammeaftale. Eksempelvis vil det i forbindelse med udbud af en rammeaftale af vedrørende hobbyartikler være nødvendigt at beskrive farven på alle perler og tusser, hvilket forekommer uproportionalt og administrativt tungt.

Det anbefales derfor, at der åbnes op for, at et repræsentativt udsnit af det forventede kendte køb af et varesortiment på en rammeaftale kan danne baggrund for kravspecifikationen af varer, der falder under samme kategori, og indkøbes til en fastlagt rabat.

Øget fleksibilitet ved manglende levering af efterspurgt dokumentation til ESPD'et

Et sidste opmærksomhedspunkt under temaet fleksibilitet går på at indføre et skøn i forhold til fristen for dokumentation ved tildeling af kontrakt. Forud for kontrakttildeling følger det af § 151, stk. 1, at ordregiver skal kræve dokumentation fra vinderen for oplysningerne i ESPD'et inden for en passende

Dato: 20. februar 2019

Sags ID: SAG-2019-00663
Dok. ID: 2712242

E-mail: LNFA@kl.dk
Direkte: 3370 3646

Weidekampsgade 10
Postboks 3370
2300 København S

www.kl.dk
Side 5 af 9



tidsfrist. Kommunerne oplever dog af og til, at særligt mindre virksomheder kan være udfordret med at levere serviceattester inden for fristen. Det kan skyldes, at de har lavet fejl i bestillingen af serviceattesten og derfor har brug for en fristforlængelse til at bestille en ny serviceattest.

Det giver ikke altid mening, at ordregiver *skal* udelukke en tilbudsgiver, der ikke kan levere inden for den fastsatte frist. KL anbefaler derfor, at ordregiver får et *skøn* til at vurdere, om der er saglig grund til at give tilbudsgiveren en fristforlængelse med henblik på at kunne afgive korrekt og fyldestgørende dokumentation.

Dato: 20. februar 2019

Sags ID: SAG-2019-00663

Dok. ID: 2712242

E-mail: LNFA@kl.dk

Direkte: 3370 3646

Weidekampsgade 10

Postboks 3370

2300 København S

www.kl.dk

Side 6 af 9

Større klarhed vil mindske transaktionsomkostningerne

I det følgende redegøres der for punkter, hvor KL ser behov for, at udbudsloven skaber større klarhed.

Præcisering af udelukkelsesgrunde

I lyset af de forskellige sager om skattely, hvidvask mv. efterspørger kommunerne større klarhed om rammerne for udelukkelse af deltagelse i offentlige udbud.

Der er i dag usikkerhed om, hvorvidt virksomheder, der udviser aggressiv skatteplanlægning og anvender skattely, vil kunne udelukkes med henvisning til § 137, stk. 1, nr. 3 og nr. 4. På den baggrund foreslår KL blandt andet, at der foretages en udtømmende præcisering af, hvad der ligger i begreberne *integritet* og *konkurrencefordrejning*, herunder hvad der udgør tilstrækkelige plausible indikatorer for dette.

Klarere rammer for self-cleaning

Som reglerne er i dag, er det jf. § 138 i vid udstrækning op til ordregiver selv at foretage en vurdering af, hvornår en tilbudsgiver efter udelukkelse igen kan deltage i et offentligt udbud. Det er yderst ressourcekrævende og kræver særlige kompetencer at foretage en vurdering af, hvorvidt en virksomhed er self-cleanet. Ressourcer og kompetencer som en gennemsnitskommune typisk ikke vil være i besiddelse af.

Dernæst udfordrer varigheden af en self-cleaning efter KL's opfattelse hele formålet med udelukkelse som følge af terrorfinansieret virksomhed, anvendelse af børnearbejde og lignende fundamentale lov- og normbrud, når man kan foretage en self-cleaning på et ukendt niveau og – uden en karantæneperiode – fortsat kan deltage i konkurrencen om offentlige kontrakter.

Der er med andre ord behov for større klarhed omkring rammerne for self-cleaning. Der kunne blandt andet etableres et nationalt organ, der vurderer virksomheders pålidelighed, som ordregiver kan læne sig op ad.

Præcisering af udelukkelsesgrund som ophævelsesgrund

Der er behov for en præcisering af ordregivers handlerum i situationer, hvor der efter afslutningen af et udbud og efterfølgende i kontraktperioden indtræder forhold, der forud for kontrakttildelingen var defineret som udelukkelsesgrunde.



§ 176 fastsætter, at ordregiver kan stille særlige betingelser for kontraktens gennemførelse, forudsat at disse er 'forbundet med kontraktens genstand'. Der er dog behov for en tydeligere præcisering af ordregivers mulighed for at opsig en kontrakt ved væsentlig misligholdelse af kontrakten. Det gælder i tilfælde, hvor leverandøren i kontraktperioden bliver omfattet af en udelukkelsesgrund. KL foreslår derfor, at ordregiver bør kunne ophæve en kontrakt med en leverandør i tilfælde, hvor der i kontraktperioden opstår et forhold, som man – hvis forholdet havde opstået forud for kontrakttildelingen – ville have udelukket leverandøren på baggrund af.

Dato: 20. februar 2019

Sags ID: SAG-2019-00663
Dok. ID: 2712242

E-mail: LNFA@kl.dk
Direkte: 3370 3646

Weidekampsgade 10
Postboks 3370
2300 København S

www.kl.dk
Side 7 af 9

Præcisering af de frivillige udelukkelsesgrundenes forældelsesfrist

KL ønsker endvidere en præcisering af, hvorledes to-års forældelsesfristen i forbindelse med overskridelse af de frivillige udelukkelsesgrunde skal tolkes.

§ 138, stk. 6 angiver, at de to år skal beregnes ud fra 'datoen for den relevante hændelse eller handling'. Dette strider dog mod en ny dom fra EU-domstolen (C-124/17), hvori domstolen sætter tidspunktet for konkurrencemyndighedens afgørelse som skæringsdato for to-års forældelsesfristen. Det er KL's opfattelse, at visse af de frivillige udelukkelsesgrunde i praksis aldrig vil kunne anvendes, hvis to års fristen skal forstås ud fra hændelsen, som beskrevet i udbudsloven, da forholdene sædvanligvis er længere tid om at komme frem i lyset. Vi opfordrer derfor til, at udbudsloven bringes i overensstemmelse med EU's praksis.

Præcisering af anvendelsesmulighederne for de fleksible udbudsformer

Der kan herske tvivl om, hvornår et udbud kan udbydes med en af de fleksible udbudsformer. Det betyder, at ordregiver holder sig på "den sikre side" og udbyder efter de traditionelle udbudsformer, hvilket modstrider hensigten om øget fleksibilitet.

Det bør derfor præciseres, at de fleksible udbudsformer kan anvendes meget bredt, fordi markedet fx kan være komplekst, eller logistikken kan håndteres på forskellige måder – og det gælder også ved hydevarer.

Præcisering af offentligt udbud vs. rammeaftale

KL ønsker i forlængelse af ovenstående også en klarere sondring mellem, hvornår noget kan udbydes på en offentlig kontrakt i forhold til, hvornår indkøbet skal på en rammeaftale. Spørgsmålet relaterer sig især til spørgsmålet om kontraktens løbetid, og hvor en kontrakt på et marked, der ikke er karakteriseret ved ændringer, med fordel kan løbe over længere tid end de maksimale fire år. KL foreslår samtidig en præcisering af, hvornår en rammeaftale må løbe længere end de maksimale fire år.

Forenkling til at frigøre ressourcer

Nedenfor redegøres der for punkter, som efter KL's opfattelse kan forenkles i udbudsprocesserne og frigøre ressourcer.

Lempelse i krav om dokumentation for ESPD'et vedrørende miniudbud på rammeaftaler og ved dynamiske indkøbssystemer

ESPD'ets dokumentationskrav opleves som et relativt tungt system at administrere ved kontrakttildeling, og som lægger pres på tidsplanen.



En særlig problemstilling er der i forbindelse med miniudbud på rammeaftaler og ved dynamiske indkøbssystemer. Her er det KL's klare opfattelse, at der med fordel kan lempes på kravene om at indhente fornyet dokumentation af serviceattesten i ESPD'et.

Ifølge reglerne skal ordregiver både indhente dokumentation ved tildeling af en kontrakt om en rammeaftale og igen efterfølgende indhente fornyet dokumentation, når der købes ind på rammeaftalen undervejs i kontraktperioden. Tilsvarende skal der ved dynamiske indkøbssystemer indhentes fornyet dokumentation til ESPD'et til hvert indkøb. Det er ressourcekrævende for både ordregiver og leverandører og ofte forbundet med forsinkelse. Sammenlignes dokumentationskravet med reglerne ved offentlige kontrakter, hvor dokumentation udelukkende kræves ved kontraktindgåelsen, synes kravet uproportionalt.

Både ved rammeaftaler og ved dynamiske indkøbssystemer hæmmer dokumentationskravene den fleksibilitet ved indkøbene, som er selve grundtanken med miniudbud og dynamiske indkøbssystemer. Kravene bør derfor lempes.

Sammentænkning af regler for underrettelse ved kontrakttildelelse

Kommunale ordregivere henleder opmærksomhed på, at det ikke er muligt at skabe samtidighed i underrettelsen af tilbudsgivere, samtidig med at der er indhentet dokumentation på den tilbudsgiver, der tildeles kontrakten. Med de nuværende regler strider § 152 og § 171 mod hinanden, og reglerne bør derfor præciseres.

Konkretisering (eller lempelse) i forhold til udenlandsk dokumentation

Ved indhentning af dokumentation i udlandet efterspørges en konkretisering af, hvilke dokumenter, der kan indhentes og hvilke myndigheder, der har kompetencerne i de forskellige lande.

I den forbindelse opfordrer KL Erhvervsministeriet til at bede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen undersøge andre EU-landes implementeringer af dokumentationskravet til ESPD'et og afdække, om Danmark kan lade sig inspirere af andres praksis. Det forlyder fx, at der i UK arbejdes med tro- og love erklæringer som tilstrækkelig dokumentation til ESPD'et. En tilsvarende lempelse i dansk kontekst kunne også fra KL's perspektiv efterstræbes, således ESPD'et i sig selv bliver tilstrækkeligt.

Kommentarer vedrørende Lov for Klagenævnet for Udbud

KL vil afslutningsvist benytte lejligheden til at rette opmærksomhed på følgende uhensigtsmæssigheder i klagenævnsløven, som bidrager til en uproportional adgang til at indgive klage, til skade for ordregiver og vindende tilbudsgiver.

For det første bør det ikke være muligt for en tilbudsgiver at afgive en klage over valget af udbudsform, hvis tilbudsgiver selv har deltaget i udbuddet. Vurderer tilbudsgiver, at ordregivers valg af udbudsform er ulovlig, bør klagen indgives inden tildelingen af kontrakten. Men har en virksamhed først

Dato: 20. februar 2019

Sags ID: SAG-2019-00663

Dok. ID: 2712242

E-mail: LNFA@kl.dk

Direkte: 3370 3646

Weidekampsgade 10

Postboks 3370

2300 København S

www.kl.dk

Side 8 af 9



NOTAT

valgt at deltage i et udbud, har de også accepteret ordregivers valg af udbudsform. Aktiv deltagelse i et fleksibelt udbud bør således medføre en indskrænkning i adgangen til at klage.

For det andet forekommer det som uforholdsmæssigt lang tid, at der kan afgives klage om alle dele af et udbud op til seks måneder efter kontraktens til-
deling. Der kan efter KL's opfattelse med fordel arbejdes med præklusive frister.

Endelig er der behov for en præcisering af, hvornår en kontrakt på baggrund af en rammeaftale, der er indgået af en ordregiver på vegne andre ordregivere, kan erklæres for endelig ophørt efter en annullation. Som reglerne er i dag, er udbudslovens § 185, stk. 2 ikke i overensstemmelse med klagenævnslovens § 17, stk. 5. Det bør derfor tydeliggøres, at kontrakten skal være *endelig* annulleret i § 17, stk. 5, for at kontrakten kan erklæres uden for virkning.

KL står naturligvis til rådighed for en uddybning af ovenstående og eventuelle videre drøftelser.

Med venlig hilsen



Claus Brum Mogensén
Økonomisk Sekretariat

Dato: 20. februar 2019

Sags ID: SAG-2019-00663
Dok. ID: 2712242

E-mail: LNFA@kl.dk
Direkte: 3370 3646

Weidekampsgade 10
Postboks 3370
2300 København S

www.kl.dk
Side 9 af 9

1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)

Fra: Morten Brønnum Andersen <mba@MOVIATRAFIK.DK>
Sendt: 20. februar 2019 11:32
Til: 1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)
Emne: Høringssvar vedrørende evaluering af udbudsloven

Til ok@kfst.dk

Vedr. høring om evaluering af udbudsloven

Trafikselskaberne i Danmark har modtaget høring om evaluering af udbudsloven. Fra de regionale trafikselskaber er modtaget nedenstående input:

Midttrafik:

I lyset af formålet med udbudslovens vedtagelse; *større klarhed, forenkling og fleksibilitet*, har Midttrafik særligt drøftet udfordringer forbundet med kravet om at al udbudsmateriale skal være klar til offentliggørelse i forbindelse med udbudsbekendtgørelsen, jf. loven § 132, der gennemfører direktivets artikel 53.

Midttrafik oplever, at bestemmelsen medfører manglende fleksibilitet i forhold til ændringer og suppleringer af materialet under udbudsprocessen, særligt ved udbud med forhandling, hvor ikke alt materiale er relevant for en ansøgning om prækvalifikation.

Der kan være visse dele af materialet, hvor det er hensigtsmæssigt at vi kan arbejde videre med indholdet i prækvalifikationsfasen, f.eks. vognløbsplaner og lign.

Henset til længden af en udbudsproces og processens karakter (forhandling) kan der komme ændringer i materialet. Det er Midttrafiks erfaring at bestemmelsen i § 132 hindrer en optimering af udbudsmaterialet.

Generelt er det oplevelsen, at udbudsloven på en del områder rummer klarhed og fleksibilitet for tilbudsgiver, mens der for ordregiver ikke længere er fleksibilitet, idet der ikke er rum for at blive klogere undervejs i processen og f.eks. ændre i materialet til gavn også for tilbudsgiver.

NT:

Markedsdialog: NT finder det positivt, at der i udbudsloven er taget konkret stillingtagen til rammerne for markedsdialog. Det er et brugbart redskab i udbudsøjemed for både ordregiver og tilbudsgiver.

Det fælleseuropæiske udbudsdokument (ESPD): NT finder det problematisk, at udbudsloven stiller et ufravigeligt krav om anvendelse af ESPD'et. Ofte udgør dette krav en ekstra byrde for de små- og mellemstore virksomheder i en proces, der herudover kræver stor præcision for tilbudsgivere med denne kapacitet. I Tyskland har man valgt at fortolke udbudsdirektivet i det lys, at tilbudsgiver kan stille kravet om ESPD'et i udbudsprocessen. En tilsvarende fortolkning i den danske udbudslov ville lette udbudsproceduren for de typer af udbud, som trafikselskaberne (NT) udfører.

I udbudsloven er udelukkelsesgrunden § 136 angivet som en obligatorisk udelukkelsesgrund. Denne fremgår som en frivillig udelukkelsesgrund i udbudsdirektivet. Dette skaber problemer, når ESPD'et skal udfyldes, og det mest hensigtsmæssige ville derfor være, at udbudslovens regler om udelukkelse stemmer overens med samme i udbudsdirektivet.

Med venlig hilsen

Morten Brønnum Andersen

Seniorkonsulent
Trafikselskaberne i Danmark

Mobil: 2320 6131



TRAFIKSELSKABERNE

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby
ok@kfst.dk

20. februar 2019

Høringsvar vedrørende evaluering af udbudsloven

Dansk Erhverv har modtaget Erhvervsministeriets høring af 17. december 2018 vedrørende evaluering af udbudsloven.

Af høringsbrevet fremgår det, at det overordnede formål med evalueringen er at afdække, om loven har haft den tilsigtede virkning, og om der er erfaringer, der giver anledning til, at der skal foretages ændringer af loven.

Det fremgår endvidere af høringsbrevet, at bemærkningerne i videst muligt omfang skal tage udgangspunkt i de hensyn, der lå til grund for udbudslovens vedtagelse. Formålet hermed var, at regelsættet skulle sikre effektiv konkurrence om opgaverne og føre til større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lave transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som leverandører.

Dansk Erhverv ser frem til den kommende proces omkring evalueringen af udbudsloven og bidrager naturligvis gerne hertil. Dansk Erhverv opfordrer i den forbindelse til, at såvel Forum for Udbud og Følgegruppen for Udbud inddrages aktivt i det kommende arbejde med evalueringen af loven.

I den anledning har Dansk Erhverv følgende bemærkninger:

Generelle bemærkninger

Som erhvervsorganisation for en lang række virksomheder, der samarbejder med det offentlige, ser Dansk Erhverv positivt på den kommende evaluering af udbudsloven. Med evalueringen er der mulighed for at tilpasse reglerne i udbudsloven, således at gennemførelsen af udbud smidiggøres både for ordregiverne og virksomhederne. Evalueringen er således en god anledning til at foretage et grundigt "servicetjek" af udbudsloven med henblik på at undersøge, hvordan der kan skabes grundlag for bedre udbud i Danmark.

Efter Dansk Erhvervs opfattelse bør det overordnede fokus med evalueringen af udbudsloven være at tage initiativer, der kan øge konkurrenceudsættelsen af offentlige opgaver og minimere transaktionsomkostningerne for såvel virksomheder som ordregivere.

Dansk Erhverv har på denne baggrund identificeret en række fokusområder, hvor der enten er behov for at foretage ændringer af udbudsloven eller nærmere undersøgelser med henblik på at vurdere, om der er grundlag for at tage yderligere initiativer.

Overordnet er der behov for, at tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbud efter udbudsloven smidiggøres, således at ordregiverne kan tilrettelægge udbud mest hensigtsmæssigt for alle parter, og at der i højere grad kan foretages tilpasninger undervejs i udbudsprocessen, jf. **pkt. 1.**

Herudover skal der med evalueringen af udbudsloven sættes fokus på at skabe de bedst mulige forudsætninger for innovative offentlige indkøb. I den forbindelse er det afgørende, at ordregiverne har den videst mulige adgang til at gøre brug af udbudsformer, der fremmer innovative løsninger, jf. **pkt. 2.**

Samtidig er der behov for at styrke gennemsigtigheden på flere punkter, således at det i højere grad bliver muligt at få indsigt i oplysninger hos ordregiveren. Dette gælder navnlig, når ordregiverene annullerer et udbud med henblik på at hjemtage den udbudte opgave, og når ordregiverne gør brug af rammeaftaler, jf. **pkt. 3.**

Der skal endvidere tages en række skridt for at minimere transaktionsomkostningerne – både for ordregiverne og for virksomhederne. Eksempelvis initiativer, der modvirker det høje antal annullationer, forbedrer markedsdialogen (og den efterfølgende udbudsproces), fremmer offentlige indkøb efter den mindst byrdefulde fremgangsmåde, smidiggør kontrollen med ESPD'er og giver virksomhederne den fornødne tid til at udarbejde tilbud, jf. **pkt. 4.**

En række konkrete sager har desuden skabt et behov for at styrke ordregiveres håndhævelse af udbudslovens regler om udelukkelse og "self-cleaning". Det kan f.eks. ske gennem en målrettet vejledningsindsats og central understøttelse af ordregiverens vurdering af, om en virksomhed i tilstrækkeligt omfang har foretaget "self-cleaning", jf. **pkt. 5.**

Endelig er der behov for i højere grad at skabe bedre vilkår for små- og mellemstore virksomheder, således at de i højere grad kan deltage i konkurrencen om offentlige opgaver, jf. **pkt. 6.**

Konkrete fokusområder

Til brug for evaluering af udbudsloven peger Dansk Erhverv på følgende fokusområder:

1. Større smidighed ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbud
2. Bedre forudsætninger for innovative indkøb
3. Øget gennemsigtighed
4. Lavere transaktionsomkostninger
5. Øget ansvarlighed
6. Bedre vilkår for små- og mellemstore virksomheder (SMV'er)

I det følgende redegøres der nærmere for baggrunden og indholdet af de enkelte fokusområder.

1. Større smidighed ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbud:

Gennemførelsen af udbud efter udbudsloven skal smidiggøres, således at udbud i højere grad kan tilrettelægges og gennemføres mest hensigtsmæssigt for både ordregivere og virksomheder, og således at et større antal udbud rent faktisk gennemføres (frem for at de annulleres).

På en række punkter er reglerne i udbudsloven unødvendigt rigide, hvilket gør gennemførelsen af udbud unødvendigt ufleksibel og tung. Samtidig viser Konkurrence- og Forbrugerbrugerstyrelsens analyse "Annulationer af danske EU-udbud" af januar 2019, at alt for mange udbud annulleres, til trods for at det i mange tilfælde var muligt at undgå annulationerne.

Dansk Erhverv anbefaler, at der skabes større smidighed ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbud efter udbudslovens regler, således at offentlige indkøb kan gennemføres mest hensigtsmæssigt fra et samfundsøkonomisk perspektiv.

Behovet for større smidighed kommer f.eks. til udtryk i forbindelse med ordregivers adgang til at foretage tilpasninger undervejs i udbudsprocessen. Ofte kan der i et udbud opstå behov for at tilpasse udbudsgrundlaget mv. undervejs. Som reglerne er i dag, hersker der på flere punkter en vis usikkerhed om, i hvilket nærmere omfang ordregiver kan foretage nødvendige tilpasninger. Det skyldes navnlig, at det er uklart, hvornår der i udbudslovens forstand er tale om såkaldte "grundlæggende elementer". Klarere rammer for ordregivernes adgang til at foretage ændringer undervejs i udbudsprocessen vil føre til, at der annulleres færre udbud. Samlet set betyder det færre transaktionsomkostninger for både ordregiver og tilbudsgiverne sammenholdt med den situation, hvor et udbud annulleres, hvorefter der foretages gendbud med visse (mindre) ændringer.

Herudover skal der endvidere sættes fokus på ordregivernes praktiske tilrettelæggelse af udbud, hvor tilrettelæggelsen fører til, at gennemførelsen af udbuddet bliver unødvendigt tung eller ufleksibel. Det gælder særligt de situationer, hvor ordregiver stiller mange og meget specifikke mindstekrav til den ønskede samarbejdspartner, vare eller ydelse. Det forhindrer virksomhederne i at byde ind med innovative løsninger og begrænser mulighederne for efterfølgende af foretage tilpasninger undervejs i udbudsprocessen. **Dansk Erhverv anbefaler** endvidere, at ordregiverne skal fremlægge en samlet konkret begrundelse for de mindstekrav, som ordregiveren vælger at stille i det pågældende udbud. Det skal sikre, at ordregiverne ikke stiller irrelevante eller uforholdsmæssige mindstekrav, således at der kun i nødvendigt omfang stilles mindstekrav til den ønskede samarbejdspartner og den konkrete anskaffelse. Hvis der stilles særligt byrdefulde mindstekrav, skal ordregiveren (herunder samtlige ordregivere på offentlige kontrakter udbud af indkøbscentraler) samtidig have pligt til at følge op på, at den vindende tilbudsgiver lever op til disse krav i den efterfølgende kontraktperiode.

Også efter gennemførelsen af en udbudsforretning kan der opstå behov for at ændre den udbudte kontrakt, hvorved udbudslovens §§ 178-184 finder anvendelse. Disse regler bygger hovedsageligt på retspraksis fra EU-Domstolen, hvorfor der er behov for at sikre, at reglerne fortsat er i overensstemmelse med retspraksis på området. Hvis der er i medfør af nyere retspraksis gives en videre adgang til at foretage ændringer af udbudte kontrakter, skal reglerne i udbudsloven tilpasses den seneste praksis.

2. Bedre forudsætninger for innovative indkøb:

Med den nuværende udbudslov blev der skabt bedre muligheder for at foretage offentlige indkøb efter udbudsprocedurene "udbud med forhandling", "konkurrencepræget dialog" og "innovationspartnerskaber". Disse udbudsformer skal bl.a. fremme innovative indkøb gennem mere dialog og samarbejde med henblik på at finde de bedste og mest effektive løsninger.

I praksis viser det sig imidlertid, at de fleksible udbudsformer bliver anvendt alt for sjældent. De seneste tal fra Udbudsvagten A/S viser, at brugen af de fleksible udbudsformer kun udgør 8,2 % af den samlede mængde udbud i 2018. Det kan således konstateres, at ordregiverne generelt er meget tilbageholdende med at anvende de fleksible udbudsformer.

Som reglerne er i dag, jf. udbudslovens §§ 61-72, er der en vis juridisk usikkerhed om, hvornår betingelserne for at anvende de fleksible udbudsformer, jf. udbudslovens §§ 61, stk. 1, og 67, stk. 1, er opfyldt, hvilket kan føre til, at ordregiver undlader at udbyde et indkøb i en af de fleksible udbudsformer. Herudover er ordregivers forhandlingsrum heller ikke entydigt. Det skyldes navnlig, at der ikke må forhandles om "grundlæggende elementer", hvilket i praksis kan være vanskeligt at vurdere.

Det er afgørende, at ordregiverne sikres så vide rammer som muligt for at gennemføre fleksible udbud for at fremme innovative offentlige indkøb. **Dansk Erhverv anbefaler**, at betingelserne for, hvornår de fleksible udbudsformer kan anvendes, gøres klarere. Det samme gælder rammerne for ordregiverens forhandlingsrum, jf. **pkt. 1** ovenfor.

Herudover giver en række virksomheder, der har erfaring med deltagelse i de fleksible udbudsformer, udtryk for, at der ofte under forhandlingsforløbene forhandles om selve udmøntningen eller den nærmere gennemførelse af det eventuelt kommende samarbejde. Denne praksis gør anvendelsen af de fleksible udbudsformer unødigt tung og modvirker virksomhedernes incitament til at deltage heri. **Dansk Erhverv anbefaler**, at ordregiverens tilrettelæggelse og gennemførelse af fleksible udbud styrkes ved hjælp af øgede vejledningstiltag fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, således at det sikres, at ordregiverne gennemfører fleksible udbud så smidigt som muligt.

3. Øget gennemsigtighed:

Som et af udbudslovens bærende principper er gennemsigtighedsprincippet en afgørende forudsætning for, at udbudslovens øvrige grundlæggende principper om ligebehandling og ikke-diskrimination kan slå igennem. På flere punkter er der imidlertid behov for at øge gennemsigtigheden. Det gælder navnlig på følgende områder:

3.1. Øget gennemsigtig ved annullation af udbud med efterfølgende hjemtagning af den udbudte opgave:

Offentlige ordregivere har i dag en meget vid adgang til at annullere udbud. Det kræves alene, at annullationen sker i overensstemmelse med udbudslovens ligebehandlingsprincip, og at annullationen ikke forfølger usaglige formål. Der findes dog ingen udtrykkelige regler om ordregiverens adgang til at annullere udbud, idet disse regler bygger på rets- og klagenævnpraksis.

Efter Dansk Erhvervs opfattelse er der behov for at øge gennemsigtigheden omkring annullationen af udbud. Det gælder navnlig i de tilfælde, hvor ordregiveren beslutter at annullere et udbud for efterfølgende at hjemtage opgaven, herunder særligt når begrundelsen for annullationen er, at ordregiveren selv kan løse opgaven bedre eller billigere.

Dansk Erhverv har i en række tilfælde konstateret, at der ikke er hold i ordregiverens påstande om, at en given opgave enten kan løses bedre eller billigere på offentlige hænder. Ofte viser det sig, at de beregninger, som ordregiveren har foretaget, og som dermed udgør grundlaget for annullationen, ikke er retvisende for ordregiverens reelle udgifter forbundet med varetagelsen af opgaven, idet der f.eks. ikke er taget højde for alle relevante omkostninger.

Dansk Erhverv anbefaler, at virksomhedernes retstilling på området styrkes. Det skal ske ved, at der i lovgivningen fastsættes klare og udtrykkelige regler for, hvornår ordregiverne kan annullere et udbud. Herved kan adgangen til at annullere udbud præciseres nærmere. På denne måde bliver det lettere for både ordregiverne og virksomhederne at fastslå, hvornår ordregiver i praksis kan annullere et udbud.

Samtidig skal annullationen af et udbud være båret af saglige hensyn (og ikke blot et krav om at annullationen ikke være usaglig). Det indebærer, at bevisbyrden for sagligheden bag annullationen af udbuddet skal placeres hos ordregiveren, således at det – f.eks. i en klagesag for Klagenævnet for Udbud – påhviler ordregiveren at dokumentere, at annullationen af udbuddet hviler på et sagligt grundlag. Herved placeres bevisbyrden hos den part, der er nærmest til at dokumentere sagligheden bag annullationen. En sådan retsstilling stemmer bedre overens med princippet om saglighed i forvaltningen, hvor der heller ikke blot stilles krav om, at en forvaltningsretlig afgørelse mv. ikke må være usaglig. Til gengæld kan der opstilles en rimelig præklusiv klagefrist for virksomhedernes indgivelse af klage over ordregiverens annullation af et udbud.

Herudover er der behov for nærmere kendskab til omfanget af hjemtagninger af offentlige opgaver. Derfor skal det kortlægges, hvor mange hjemtagninger, der årligt finder sted.

3.2. Skærpet regulering af rammeaftaler:

På baggrund af en række henvendelser fra medlemsvirksomhederne har Dansk Erhverv foretaget en stikprøvekontrol af kommunernes evne til at estimere omsætningen på rammeaftaler, jf. **bilag 1**.

Stikprøven viste, at de adspurgte kommuner kun i meget begrænset omfang har evnet at skønne omsætningen på rammeaftalerne tilstrækkeligt præcist. Stikprøven viste yderligere, at de adspurgte kommuner reelt ikke har overblik over, hvad den faktiske omsætning har været på kommunens rammeaftaler, og at det faktiske forbrug på en rammeaftale typisk ikke monitoreres under aftalens løbetid. Det indebærer, at der typisk heller ikke tages højde for det faktiske forbrug på en rammeaftale, når kommunen ved genudbud af en tilsvarende rammeaftale skal skønne omsætningen på den nye rammeaftale.

Der er behov for at sikre, at ordregiverne i langt højere grad formår at estimere omsætningen på rammeaftalerne mere præcist, og at gennemsigtheden omkring ordregivernes brug af rammeaftaler styrkes.

Dansk Erhverv anbefaler, at ordregiveren ved udbud af rammeaftaler skal anføre den procentvise afvigelse, som de tilbudsgivende virksomheder kan forvente i forhold til omsætningen på den konkrete rammeaftale. Efter Dansk Erhvervs opfattelse vil en margin på +/- 15 % som udgangspunkt være en acceptabel afvigelse.

For at imødekomme denne målsætningen skal ordregiveren ved tilrettelæggelse af udbud af rammeaftaler:

- foretage et konkret og specifikt estimat af sit forventede forbrug af den pågældende vare eller ydelse,
- tage udgangspunkt i den faktiske omsætning på tidligere tilsvarende rammeaftaler,
- undersøge forbruget af den pågældende vare eller ydelse hos andre ordregivere af tilsvarende størrelse eller sammensætning mv.

Under rammeaftalernes løbetid skal der stilles krav om, at ordregiverne har overblik over forbruget på rammeaftalen. Der skal i den forbindelse navnlig stilles krav om, at ordregiver:

- løbende har overblik over omsætningen på rammeaftalen,
- tager passende forholdsregler, hvis omsætning på en rammeaftale afviger væsentligt fra ordregivers estimat,

Ved udløb af rammeaftaler skal ordregiverne inden for rammerne af offentlighedsloven forpligtes til at offentliggøre den samlede omsætning på rammeaftaler.

Herudover skal ordregiveren sikre, at der på rammeaftaler, hvor leverandørerne på aftalen pålægges faste og varige omkostninger som f.eks. omkostninger til fast beredskab mv., er en tilsvarende omsætning, der dækker omkostningerne forbundet hermed.

Dansk Erhverv anbefaler endvidere, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen undersøger ordregivernes evne til at estimere omsætningen på rammeaftaler. Undersøgelsen skal munde ud i konkrete anbefalinger til initiativer, der kan igangsættes for at styrke ordregivernes evne til mere præcist at estimere omsætningen på rammeaftaler.

4. Lavere transaktionsomkostninger:

Når offentlige opgaver eller indkøb sendes i udbud, anstrenger virksomhederne sig for at afgive deres bedst mulige tilbud. Det koster mange ressourcer – de såkaldte transaktionsomkostninger. Desværre oplever en række af virksomheder, at nogle udbud er forbundet med enormt høje transaktionsomkostninger.

I det følgende peges der på en række initiativer, der kan minimere transaktionsomkostninger for både ordregivere og virksomheder:

4.1. Færre annullationer af udbud:

Af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse "Annullationer af danske EU-udbud" af januar 2019 fremgår det bl.a., at fejl i udbudsmaterialet eller under udbudsprocessen er den væsentligste årsag til annullation af udbud. Af analysen fremgår det endvidere, at det i overvejende grad er ordregivernes vurdering, at udbuddet kunne have været håndteret eller tilrettelagt anderledes, således at annullationen af udbuddet kunne være undgået.

Dansk Erhverv anbefaler, at der iværksættes initiativer, der kan nedbringe antallet af annullationer markant samtidig med, at der, jf. pkt. 1 ovenfor, sikres ordregiverne mere smidighed i forbindelse med gennemførelsen af udbud.

4.2. Øget brug af markedsdialog:

Med den nugældende udbudslov blev der med udbudslovens § 39 givet udtrykkelig hjemmel for ordregiverne til at gennemføre markedsdialog i forbindelse med tilrettelæggelse af udbud.

På baggrund af en lang række henvendelser fra Dansk Erhvervs medlemsvirksomheder på tværs af mange forskellige brancher kan det konstateres, at der fortsat er et væsentligt behov for at øge ordregivernes anvendelse af markedsdialog. Det er Dansk Erhvervs erfaring, at en række af de problemstillinger, der kan føre til annullationen af et udbud, opstår, fordi ordregiver ikke (i tilstrækkelig grad) har inddraget markedet i tilrettelæggelsen af udbuddet, herunder fastlæggelsen af kravene til den ønskede ydelse.

Helt konkret oplever Dansk Erhverv, at der hos flere ordregivere fortsat udvises en vis tilbageholdenhed med at gå i dialog med markedet i forbindelse med tilrettelæggelsen af udbud. Det sker til trods for, at markedsdialog er et godt værktøj til f.eks. at præcisere kravene til den ønskede vare eller ydelse, fastslå egnethedskrav til den ønskede samarbejdspartner og til at tilrettelægge udbudsprocessen mest hensigtsmæssigt.

Samtidig er der behov for i højere grad at målrette ordregivernes brug af markedsdialog, således at det i højere grad står klart for virksomhederne, hvilke dele af udbudsmaterialet eller -processen ordregiveren ønsker markedets input til.

Dansk Erhverv anbefaler, at der iværksættes initiativer, der kan øge ordregivernes brug af markedsdialog. Det kan f.eks. være udarbejdelse af en række "standardkoncepter" for, hvordan markedsdialog kan gennemføres. På denne måde får ordregiverne konkret vejledning til, hvordan markedet i højere grad kan inddrages under tilrettelæggelsen af udbud.

4.3. Dokumentation af virksomhedernes oplysninger i ESPD'et:

På tværs af EU-medlemslande er der betydelige forskelle på, hvor indgående der følges op på virksomhedernes ESPD'er. Det siger sig selv, at ordregiverne skal have adgang til at sikre sig, at alle formaliteter er på plads, inden en virksomhed bliver tildelt en offentlig opgave.

Danske virksomheder anvender imidlertid mange ressourcer på at dokumentere de oplysninger, der fremgår af ESPD'et. Hvis en virksomhed sideløbende deltager i flere udbud, kan virksomheden komme ud for at skulle dokumentere sine oplysninger ad flere omgange over for hver enkelt ordregiver. I de mange tilfælde, hvor oplysningerne i ESPD'et efterfølgende verificeres af virksomheden, er de ressourcer, der er anvendt på efterfølgende at dokumentere oplysningerne i ESPD'et, kun af meget begrænset værdi for både ordregiveren og den pågældende virksomhed.

Dansk Erhverv anbefaler, at det som udgangspunkt kun skal være den vindende tilbudsgiver, der skal dokumentere oplysningerne i sit ESPD. Ordregiverne skal dermed kun i særlige tilfælde – f.eks. hvor ordregiver har en konkret mistanke til, at en tilbudsgivende virksomhed er ramt af en udelukkelsesgrund – have mulighed for at kræve dokumentation af oplysningerne i ESPD'et på et tidligere tidspunkt. Som reglerne er i dag, har ordregiverne i en række tilfælde mulighed for at kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremlægger dokumentation, når dette er nødvendigt for, at proceduren gennemføres korrekt, jf. udbudslovens § 151, stk. 2.

Dansk Erhverv anbefaler endvidere, at det undersøges, om der i andre EU-medlemslande findes alternative fremgangsmåder, der sikrer et tilstrækkeligt kontrolniveau med lavere transaktionsomkostninger for såvel ordregivere som virksomheder.

4.4. Ordregivers valg af en mere byrdefuld fremgangsmåde end nødvendigt:

Offentlige indkøb skal inden for rammerne af udbudsloven foretages med så få transaktionsomkostninger som muligt.

En række af Dansk Erhvervs medlemsvirksomheder oplever imidlertid, at offentlige udbud f.eks. fremmes efter reglerne i udbudslovens afsnit II, til trods for at udbuddet kunne have været foretaget efter reglerne i et mindre byrdefuldt afsnit i udbudsloven, jf. lovens afsnit IV eller V.

Hvis et udbud kan fremmes efter et af de mindre indgribende afsnit i udbudsloven (afsnit III, IV eller V), skal udbuddet ikke fremmes efter reglerne i udbudslovens afsnit II. Hvis dette finder sted, pålægges virksomhederne såvel som ordregiverne unødvendige transaktionsomkostninger. En sådan praksis kan derfor føre til forøgede omkostninger for ordregiverne, og – i værste fald – at flere tilbudsgivere helt afholder sig fra at afgive tilbud på den udbudte opgave.

Dansk Erhverv anbefaler, at der tages skridt til at sikre, at offentlige indkøb i højere grad udbydes efter den mindst indgribende fremgangsmåde, der er tilgængelig for det pågældende indkøb. Som led heri skal ordregiverne bl.a. forpligtes til at foretage offentlige indkøb efter reglerne i udbudslovens afsnit V, hvis der er grundlag herfor.

4.5. For korte tilbudsfrister:

En række af Dansk Erhvervs medlemsvirksomheder og brancheforeninger oplever i stigende grad, at der ved tilrettelæggelsen af særligt mere komplicerede udbud ikke fastsættes tilbudsfrister mv., der giver virksomhederne den fornødne tid til at udarbejde tilbud.

Herudover igangsættes der fortsat for mange udbud med frist i (til og med uge 32) eller umiddelbart efter sommerferien (uge 33). Dansk Erhverv undersøger årligt antallet af udbud, hvor tilbudsfristen mv. fastsættes i eller umiddelbart efter sommerferien. Den seneste undersøgelse viser, at der i 2018 blev igangsat 123 udbud med en sådan tilbudsfrist.

Konsekvensen heraf kan være, at ordregiverne modtager tilbud af dårligere kvalitet fra virksomheder, eller at virksomhederne i det hele taget afholder sig fra at afgive tilbud. Dertil kommer, at de virksomheder, der til trods for den korte tilbudsfrist alligevel vælger at indgive tilbud, presses ud i forøgede transaktionsomkostninger.

Dansk Erhverv anbefaler, at det sikres, at ordregiverne i højere grad tager højde for at sikre virksomhederne den fornødne tid til at udarbejde tilbud. Særligt i forhold til at undgå, at ordregiverne unødigt igangsætter udbud med tilbudsfrist mv. i eller umiddelbart efter sommerferien.

I forhold til at undgå udbud af offentlige kontrakter med tilbudsfrist i eller umiddelbart efter sommerferien skal anvendelsesområdet for udbudslovens § 93, stk. 4, udvides, således at der tilføjes en yderligere obligatorisk årsag for offentlige ordregivere til at forlænge tilbudsfristen i et udbud. Den nye bestemmelse kan affattes som følger: *"Hvis ordregiveren har placeret en væsentlig del af tilbudsfristen i perioden fra og med 1. juli til og med 15. august."*

5. Øget ansvarlighed:

En række konkrete sager har gjort udbudslovens regler om udelukkelse og navnlig "self-cleaning" aktuelle.

Som reglerne er i dag, står den enkelte ordregiver meget alene, når det skal vurderes, om en virksomhed skal udelukkes, eller om virksomheden (i tilstrækkelig grad) har foretaget "self-cleaning", jf. udbudslovens § 138. Det indebærer en risiko for, at en virksomhed udelukkes af en ordregiver, mens en anden ordregiver finder, at den pågældende virksomheds tilbud kan tages i betragtning. En sådan vilkårlighed er hverken acceptabel eller rimelig.

Dansk Erhverv anbefaler, at der iværksættes initiativer, der styrker den enkelte ordregivers håndtering af denne opgave. Konkret anbefaler Dansk Erhverv en målrettet vejledningsindsats navnlig i forhold til anvendelsen af de frivillige udelukkelsesgrunde, jf. udbudslovens § 137, samt at den enkelte ordregivers vurdering af, om en virksomhed i tilstrækkelig grad har foretaget "self-cleaning" understøttes fra centraladministrationen. Det sikrer ensartet anvendelse af udbudslovens regler på dette område.

6. Bedre vilkår for små- og mellemstore virksomheder (SMV'er):

Med den nugældende udbudslov blev der taget skridt til at skabe bedre vilkår for små og mellemstore virksomheder, således at de i højere grad kan deltage i konkurrencen om offentlige opgaver, herunder bl.a. ved indførelsen af opdel - eller forklar-princippet, jf. udbudslovens § 49.

De eksisterende tiltag har dog vist sig utilstrækkelige, idet en række SMV'er fortsat oplever, at udbud tilrettelægges på en sådan måde, at disse virksomheder reelt holdes uden for konkurrencen,

uden at der er saglige grunde til det. Ofte sker denne "udelukkelse" ved fastsættelse af unødvendige eller uforholdsmæssige krav til virksomhedernes cgnethed eller selve den ønskede vare eller ydelse.

Dansk Erhverv anbefaler, at der tages initiativer, der skal sikre, at ordregiverne ved tilrettelæggelsen af udbud i højere grad har fokus på ikke at stille unødvendige eller uforholdsmæssige krav, der afskærer SMV'er fra at deltage i udbud. Det kan f.eks. ske gennem øget brug af markedsdialog, jf. **pkt. 4.2** ovenfor.

Også ved offentlige indkøb under tærskelværdierne, hvor der ikke er klar grænseoverskridende interesse, er der behov for at sikre SMV'er bedre vilkår. En række SMV'er oplever, at der i forbindelse med tilbudsindhentning efter udbudslovens afsnit V alene indhentes fra "velkendte og store" virksomheder på det pågældende marked.

Dansk Erhverv anbefaler endvidere, at der tages initiativer, der sikrer, at SMV'er i højere grad inddrages i ordregiverens markedsprøvning mv. Det kan f.eks. ske ved, at der som udgangspunkt stilles krav om, at markedsprøvningen skal involvere et bredt udsnit af de virksomheder, der måtte være på det pågældende marked.

Med venlig hilsen


Mårten Jung
Markedschef



Erhvervsminister
Rasmus Jarlov

Sekretariatet
Erhvervsstyrelsen
Dahlerups Pakhus
Langelinie Allé 17
2100 København

20. februar 2019

Kære Rasmus Jarlov

Vedr. rådets interesse i evaluering af udbudsloven

I min egenskab af formand for det af regeringen nedsatte Rådet for samfundsansvar og verdensmål vil jeg gerne gøre dig opmærksom på rådets interesse for den igangværende evaluering af udbudsloven, og den høring du har iværksat med høringsfrist den 20. februar 2019.

Rådet blev nedsat i oktober sidste år. Vi har desværre ikke haft mulighed for at reagere på evalueringen af udbudsloven inden for høringsfristen. Som led i rådets arbejde vil udbudsloven imidlertid have stor interesse i relation til, hvordan vi kan handle samfundsansvarligt - ikke mindst når det handler om offentlige indkøb. Jeg forventer, at rådet vil lægge vægt på, at mulighederne for social ansvarlighed og virksomhedernes arbejde med de internationale CSR-retningslinjer samt bæredygtig produktion i globale værdikæder, bliver vurderet som led i revisionen af udbudsloven.

På den baggrund vil jeg foreslå, at rådet får mulighed for at blive inddraget i den videre proces med de synspunkter, som rådet måtte have i relation til udbudsloven.

Med venlig hilsen

Thorkil Sonne

Formand for Rådet for samfundsansvar og verdensmål

M: thso@specialisterne.com

T: 2020 0008

Høring vedr. evaluering af udbudsloven

20. februar 2019

Center for Byggeri
akn/majat

Bygningstyrelsen gennemførte i 2018 cirka 150 udbud af rådgivnings- og entreprenørydelser til en samlet værdi af ca. 1.635 mio. kr.

Bygningstyrelsen er underlagt udbudsdirektivet og anvender udbudsloven, samt tilbudsloven hvor udbud af bygge- og anlægsopgaver ikke overstiger tærskelværdien for EU-udbud iht. udbudslovens afsnit II.

Rådgivningsydelser udbydes for hovedpartens vedkommende på rammeaftaler, som der trækkes på både ved genåbning af konkurrencen (miniudbud) og direkte tildeling. Bygge- og anlægsopgaver udbydes for hovedpartens vedkommende separat, og primært som total- eller hovedentreprise.

Indledningsvist berøres Bygningstyrelsens vurdering af, om udbudsloven har ført til større klarhed, forenkling samt lavere transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som leverandører. Efterfølgende og afsluttende belyses hvilke områder, hvor Bygningstyrelsen har identificeret, at der efter styrelsens vurdering er behov for en revision for yderligere præciseringer.

Nye tiltag i udbudsloven

Indledningsvist vurderer Bygningstyrelsen, at retstilstanden er blevet klarere med udbudsloven, dette særligt ift.:

- Breder adgang til anvendelse af de fleksible udbudsprocedurer
- Adgang til at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgninger og tilbud
- Klar regulering af rammeaftaler
- Klare regler om ændring af kontrakter m.v.

Breder adgang til anvendelse af de fleksible udbudsprocedurer

Med implementering af udbudsloven blev adgangen til at anvende de fleksible udbudsprocedurer som udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog mere lempelig.

Den lettere adgang til at anvende de fleksible udbudsprocedurer har medført, at Bygningstyrelsen så vidt muligt anvender udbud med forhandling, hvor kravene hertil er opfyldt, for herved at minimere usikkerheder og risici for de bydende såvel som Bygningstyrelsen.

Anvendelse af udbud med forhandling medfører imidlertid øgede transaktionsomkostninger for såvel de bydende som Bygningstyrelsen, da gennemførelse af en eller flere forhandlingsrunder kræver flere ressourcer i forhold til begrænset udbud. Bygningstyrelsen prækvalificerer derfor som udgangspunkt kun 3 ansøgere, og forsøger ligeledes så vidt mulig alene at afholde én forhandlingsrunde, medmindre projektet tilsiger andet. Endvidere har Bygningstyrelsen på enkelte projekter foretaget tildeling på baggrund af det indledende tilbud, således transaktionsomkostningerne ikke blev unødigt høje. Ende-

lig har Bygningsstyrelsen i forbindelse med flere udbud med forhandling honoreret de bydende for at deltage i forhandlingen og afgive tilbud, for herved at afbøde de forøgede transaktionsomkostninger, der for de bydende er forbundet med forhandlingen. Bygningsstyrelsen vurderer dog, at de forøgede transaktionsomkostninger opvejes af muligheden for at få afdækket og minimeret risici og usikkerheder i projektet. De tilkendegivelser Bygningsstyrelsen har modtaget fra tilbudsgiverne om muligheden for udbud med forhandling har også været overvejende positive.

Adgang til at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgninger og tilbud

Med udbudsloven er der i højere grad kommet klarhed omkring adgangen til at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgninger og tilbud, hvilket Bygningsstyrelsen jævnligt benytter sig af. Dette medfører, at Bygningsstyrelsen ikke nødvendigvis er forpligtet til at se bort fra ansøgninger eller tilbud på grund af blandt andet formelle fejl og mangler. Det er Bygningsstyrelsens oplevelse, at risikoen for utilstrækkelig konkurrence og aflysning af udbud minimeres.

Klar regulering af rammeaftaler

Bygningsstyrelsen anvender i høj grad rammeaftaler på styrelsens indkøb af rådgivningsydelser. Der er tale om rammeaftaler, der skal dække store såvel som små projekter samt alt fra nybyggeri til mindre vedligehold. Bygningsstyrelsen har derfor i længere tid i rammeaftalerne indarbejdet mulighed for forskellige tildelingsformer herunder muligheden for at anvende både direkte tildeling og genåbning af konkurrencen (miniudbud). Med udbudsloven er der kommet klarhed omkring mulighederne herfor, dvs. at ordregiver på den samme rammeaftale kan anvende både direkte tildeling og genåbning af konkurrencen (miniudbud), hvilket Bygningsstyrelsen har gjort brug af, og som Bygningsstyrelsen vurderer, er en væsentlig forbedring i forhold til tidligere.

Klare regler om ændring af kontrakter m.v.

Før udbudsloven har ordregivers adgang til at foretage ændringer i kontrakter m.v. i høj grad fuldt retspraksis. I udbudsloven er der nu indarbejdet forholdsvis klare regler om, i hvilket omfang ordregiver kan foretage ændringer, samt hvornår der er tale om ændringer af grundlæggende elementer, hvilket Bygningsstyrelsen vurderer som et positivt tiltag.

Behov for revision og yderligere præciseringer

I det følgende har Bygningsstyrelsen identificeret enkelte områder, hvor Bygningsstyrelsen vurderer, at der er behov for revision og/eller yderligere præciseringer.

Begrundelse for tildeling af kontrakter

I underretning til tilbudsgivere om tildeling af en kontrakt skal ordregiveren angive det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele set i forhold til det afviste tilbud, jf. udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2. Af forarbejderne til udbudslovens § 160, fremgår det, at ordregiver frit kan vælge, om tilbud skal evalueres relativt i forhold til hinanden på økonomiske eller kvalitative kriterier, eller om de skal evalueres i forhold til en absolut standard. Dette skal ligeledes fremgå af beskrivelsen i udbudsmaterialet.

Bygningsstyrelsen vælger som udgangspunkt den absolutte standard ved evaluering af de kvalitative kriterier, og derfor opstår der her en modsætning mellem evalueringen af tilbuddene og begrundelsespligten i udbudslovens § 171. Dette vurderes uhensigtsmæssigt.

Bygningsstyrelsen anerkender, at ordlyden stammer fra udbudsdirektivet (2014/24) artikel 55, stk. 2, litra c, og dets forgængere, men ønsker en afklaring af, hvordan "relative fordele" i udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2 skal forstås, ved evaluering i forhold til en absolut standard.

Skræddersyet byggeri

En udfordring som specielt Bygningsstyrelsen står overfor er i forbindelse med den udbudsrættelige regulering af såkaldt skræddersyet byggeri og skræddersyede lejemål. Bygningsstyrelsen ejer mange ejendomme, men samtidig lejer styrelsen også mange private lejemål, som styrelsen stiller til rådighed for andre statslige institutioner. Ofte skal der foretages større eller mindre renoveringer, ombygninger eller tilbygninger til den eksisterende ejendom, og det vil udlejer som udgangspunkt selv gennemføre før Bygningsstyrelsens overtagelse og finansiere mod betaling over huslejen.

I litteraturen har man differentieret mellem *skræddersyet byggeri* og *skræddersyede lejemål*, men i forarbejderne til udbudsloven, omtaler man kun *skræddersyet byggeri* og bruger det som en samlebetegnelse for begge forhold. Nedenfor benyttes derfor betegnelsen *skræddersyet byggeri*.

Udgangspunktet er, at udbudslovens afsnit II og III ikke gælder for erhvervelse eller leje af eksisterende bygninger eller anden fast ejendom, jf. udbudslovens § 21, stk. 1, nr. 1. Af forarbejderne til udbudslovens § 21 fremgår det dog, at undtagelsen ikke finder anvendelse "... i forbindelse med såkaldt skræddersyet byggeri, hvor en privat virksomhed overtager bygherrerollen til et byggeri med offentligt formål fra ordregiver. Afgørende ved vurderingen af om der er tale om et skræddersyet byggeri er, om byggeriet for hovedpartens vedkommende opføres og indrettes til ordregiverens brug."

Offentlige bygge- og anlægskontrakter er en del af anvendelsesområdet for udbudslovens afsnit II, jf. udbudslovens § 6, stk. 1, nr. 1.

Udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 23 definerer offentlige bygge- og anlægskontrakter. I definitionen fremgår det af litra c, at offentlige bygge- og anlægskontrakter er offentlige kontrakter om "... udførelse af et bygge- og anlægsarbejde, jf. nr. 5, der opfylder krav, som er specificeret af ordregiveren og har afgørende indflydelse på arbejdets art eller projektering."

I forarbejderne til ovennævnte bestemmelse fremgår det, at definitionen bl.a. omfatter "... udførelse ved et hvilket som helst middel af et bygge- og anlægsarbejde, der svarer til behov præciseret af den ordregivende myndighed, der har afgørende indflydelse på arbejdets art eller projektering. Det indebærer, at definitionen omfatter kontrakter om skræddersyet byggeri, dvs. kontrakter i forbindelse med et byggeri, der finansieres af en entreprenør, der skal udleje bygningen til ordregiveren, forudsat at byggeriet er tilrettelagt ud fra ordregiverens behov. Det er et krav, at ordregiveren har afgørende indflydelse på arbejdets art eller projektering. Bestemmelsen indebærer, at kontrakter om leje og køb af bygninger under de anførte omstændigheder skal betragtes som bygge- og anlægskontrakter og dermed vil være omfattet af udbudsloven (forudsat at lovens bestemmelser i øvrigt er opfyldt), selvom udgangspunktet, jf. § 21, er, at kontrakter om erhvervelse eller leje af fast ejendom er undtaget loven." (min understregning).

Det fremgår ikke klart, hvad der ligger i "... afgørende indflydelse på arbejdets art eller projektering." Uden klarere retningslinjer efterlades offentlige myndigheder med et meget

bredt skøn, der kan medføre en uensartet fortolkning hos forskellige ordregivere, der i stedet må opstille egne retningslinjer for forståelsen af sætningen.

Tilbudsloven opererer ikke med den samme brede definition af bygge- og anlægskontrakter, og det er dermed som udgangspunkt kun ved bygge- og anlægsarbejder med en værdi over tærskelværdien i udbudsloven, at ordregiver skal tage stilling til, om der er afgørende indflydelse på arbejdets art eller projektering og dermed udbudspligt.

Det medfører en anden udfordring, idet det ikke er klart, hvordan værdifastsættelsen af bygge- og anlægsarbejdet skal ske. En udfordring opstår bl.a. hvor flere lejere skal flytte ind i en ejendom, der skal renoveres, og den offentlige myndighed kun skal leje en del af den renoverede ejendom. Her er det uklart, om tærskelværdien skal vurderes på den samlede renovering af hele ejendommen eller alene på omkostningerne til den del af entreprisen, der vedrører den offentlige myndigheds lejemål. Hvis kun en del af renoveringen af ejendommen er udbudspligtig efter udbudsloven, så skal renoveringen enten opdeles, eller også skal den samlede renovering underlægges udbudsloven.

Det er også uklart, om tærskelværdien skal måles op imod den samlede værdi af byggesagen (f.eks. opførelsen af et kontorbyggeri) eller kun det skræddersyede element (f.eks. placering af lette vægge og særlige krav til luftskifte pga. den offentlige lejers særlige brug af lokalerne).

Det har tidligere været foreslået, at der ikke skal tages udgangspunkt i byggeomkostningerne, men i de forventede kommende lejebetalinge.

Bygningsstyrelsen savner præcisering af, hvad der ligger i "*afgørende indflydelse på arbejdets art eller projektering*".

Bygningsstyrelsen ønsker afklaring af, hvordan værdien af det udbudspligtige bygge- og anlægsarbejde skal opgøres ved skræddersyet byggeri.

Tilbudslovens § 7 og udbudsloven

Tilbudslovens § 7 finder også anvendelse ved udbud af bygge- og anlægskontrakter efter udbudsloven, jf. tilbudslovens § 1, stk. 3. Efter bestemmelsens første del skal tilbud åbnes på et forud fastsat tidspunkt. Efter bestemmelsens anden del er de bydende berettiget til at være til stede ved åbningen af tilbuddene og til at blive bekendt med budssummer og eventuelle forbehold.

Bestemmelsens anden del synes at være et uhensigtsmæssigt levn fra fortiden. Bestemmelsen har sin oprindelse i licitationsloven og er tiltænkt fysisk tilbudsafgivelse, hvor der konkurreres på tildelingskriteriet *laveste pris*, og stammer fra en tid, hvor det ikke var muligt at vælge udbudsproceduren *udbud med forhandling*, som det er efter udbudsloven.

Et af formålene med bestemmelsen var at sikre, at ordregiver ikke gjorde sig bekendt med indholdet af budsummerne i de fysiske tilbud før licitationstidspunktet. Dette formål kan tilgodeses på anden vis i dag, og er utidssvarende henset til, at ordregiver skal anvende elektronisk kommunikationsmidler til modtagelse af tilbud, jf. BEK nr. 1572 om elektronisk kommunikation.

Et andet formål var, at tilbudsgiverne kunne blive bekendt med selve licitationsresultatet. Dette formål kan ikke længere tilgodeses på denne måde, da det nu er muligt at vælge

tildelingskriteriet *bedste forhold mellem pris og kvalitet*, og resultatet derfor ikke kun afhænger af budsummer og forbehold men også af vurdering af tilbuddene på baggrund af de kvalitative kriterier. Denne vurdering kan af gode grunde ikke foretages på tidspunktet for åbning af tilbuddene.

Der savnes en stillingtagen til om tilbudslovens § 7 bør finde anvendelse ved udbud af bygge- og anlægsarbejder efter udbudsloven. Såfremt dette er tilfældet, savnes der 1) en afklaring med, hvordan den skal fortolkes i forhold til tildelingskriteriet *bedste forhold mellem pris og kvalitet*, 2) en stillingtagen til om den finder anvendelse ved indledende og reviderede tilbud i *udbud med forhandling* eller kun sidste og bedste bud, og 3) en afklaring med, hvordan den skal fortolkes, hvor ordregiver i *udbud med forhandling* udnytter muligheden for at tildele en kontrakt på baggrund af et indledende tilbud, jf. udbudsloven § 66, stk. 1.

Frister for udelukkelse er illusoriske

Frister for udelukkelse ved både frivillige og obligatoriske udelukkelsesgrunde er i udbudsloven 1 år kortere end de maksimale frister, som direktivet tillader. Denne beslutning blev truffet efter pres fra tilbudsgiverrepræsentanter. Fristerne er så korte, at de bliver illusoriske, specielt for de frivillige udelukkelsesgrunde. Tidligere udbudsdirektiver indeholdt ikke en udelukkelsesperiode, men længden skulle bestemmes ud fra en iagttagelse af det EU-retlige ligebehandlingsprincip, og der er derfor ikke meget erfaring at hæfte sig ved, ved fastsættelsen af udelukkelsesperioderne.

Hvor udelukkelsesperioden ved de obligatoriske udelukkelsesgrunde løber fra virksomheden har modtaget en endelig dom eller har vedtaget bødeforlæg, så løber udelukkelsesperioden ved de frivillige udelukkelsesgrunde fra datoen for den relevante hændelse eller handling. Sidstnævnte kan være en udfordring, da ordregiver ofte først får kendskab til en omfattet handling længe efter at den har fundet sted. EU-Domstolen fandt ved dom af 24. oktober 2018 (C-124/17) at tidsperioden for udelukkelse efter de frivillige udelukkelsesgrunde skal forstås i overensstemmelse med beregningen af tidsperioden for de obligatoriske udelukkelsesgrunde. Det kunne være interessant at vide, om dette også bør gælde efter udbudsloven.

Omvendt synes det uhensigtsmæssigt, hvis udelukkelse efter de frivillige udelukkelsesgrunde kræver dom eller vedtaget bødeforlæg, netop fordi der ofte går lang tid fra datoen for den relevante hændelse eller handling, til der afsiges endelig dom.

Bygningsstyrelsen ønsker stillingtagen til længden af udelukkelsesperioderne i udbudsloven.

Tildeling af kontrakter på baggrund af indledende tilbud

I udbudsproceduren *udbud med forhandling* fremgår det af udbudslovens § 66, stk. 1, at ordregiver har mulighed for at tildele en kontrakt på baggrund af det indledende tilbud. Det er samme formulering i udbudsdirektivets artikel 29, stk. 4.

Bygningsstyrelsen anvender til tider flere forhandlingsrunder med aflevering af tilbud efter hver forhandlingsrunde. Her opstår der tvivl, om Bygningsstyrelsen må tildele en kontrakt på baggrund af de tilbud der indgives mellem to forhandlingsrunder, og dermed hverken er indledende tilbud eller sidste og bedste bud.

Bygningsstyrelsen ønsker derfor en afklaring af, om indledende tilbud skal forstås som alle tilbud der afgives før et sidste og bedste bud.

Udskillelse i forhandlingsfasen

Ordregiver har mulighed for at udskille tilbudsgivere undervejs i forløbet i *udbud med forhandling*, så længe der sikres konkurrence ved den endelige tildeling, jf. udbudslovens § 66, stk. 3.

KFST har i et svar på www.bedreudbud.dk udtalt, at fordi det fremgår af udbudslovens § 66, stk. 1, at der skal forhandles med alle tilbudsgivere om det indledende tilbud, medmindre kontrakten tildeles på baggrund af det indledende tilbud, så kan udskillelse af tilbudsgivere tidligst ske efter første forhandlingsrunde.

Af udbudslovens § 66, stk. 1 fremgår det, at "*En ordregiver skal forhandle med tilbudsgiverne om de indledende og alle efterfølgende tilbud...*". Af bestemmelsen fremgår det, at der både skal forhandles om det indledende og om alle efterfølgende tilbud, og det er derfor lidt svært at følge KFST's fortolkning.

Bygningsstyrelsen modtager indledende tilbud, som enten på grund af pris eller kvalitet aldrig vil have en realistisk chance for at konkurrere med de andre tilbud. Muligheden i udbudslovens § 66, stk. 3 bør derfor gælde allerede ved indledende tilbud. Dette vil være i tråd med formålet om at nedbringe transaktionsomkostninger for både ordre- og tilbudsgiver, da der ikke er nogen grund til at bruge ressourcer på at forhandle med tilbudsgivere, der ikke har nogen reel chance for at vinde.

Bygningsstyrelsen har ofte kun én forhandlingsrunde, og muligheden for at udskille tilbudsgivere bliver derfor uanvendelig.

Bygningsstyrelsen ønsker afklaring af, om der i udbud med forhandling kan ske udskillelse af tilbudsgivere på baggrund af indledende tilbud.

Indhentning af dokumentation ved træk på rammeaftaler

Efter udbudslovens § 151, stk. 3, skal ordregiver før beslutning om tildeling af en kontrakt på baggrund af en rammeaftale indhente dokumentation i henhold til udbudslovens § 152 for oplysninger i ESPD'et, hvis der er tale om genåbning af en konkurrence (miniudbud), jf. udbudslovens § 98, stk. 1, nr. 2, men ikke hvis der kan direkte tildeles, jf. udbudslovens §§ 97 og 98, stk. 1, nr. 1. Det virker ulogisk, hvorfor der skal være forskel på de to situationer.

Bygningsstyrelsen ønsker en stillingtagen til, om der fortsat skal differentieres mellem miniudbud og direkte tildeling ved indhentning af dokumentation. Og i den forbindelse, hvad det betyder for rammeaftalen, hvis en eller flere tilbudsgivere ikke formår at fremlægge den nødvendige dokumentation.

Parter i rammeaftaler

Af det tidligere udbudsdirektiv (2004/18) fremgår det, at rammeaftaler kun kan anvendes af "*... de ordregivende myndigheder og økonomiske aktører, der oprindelig var parter i rammeaftalen.*" (min understregning), jf. artikel 32, stk. 2, 2. afsnit.

I det gældende udbudsdirektiv (2014/24) er formuleringen ændret til, at rammeaftaler kun kan "*... anvendes mellem de ordregivende myndigheder, der er klart identificeret til dette*

formål i indkaldelsen af tilbud eller opfordringen til at bekræfte interessetilkendegivelsen, og de økonomiske aktører, der var parter i den indgåede rammeaftale." (min understregning), jf. artikel 33, stk. 2, 2. afsnit. Her differentieres der mellem leverandørsiden, hvor man skal være part fra start af, og ordregiversiden, hvor man "blot" skal være klart identificeret. Det betyder, at en ordregiver kan indgå en rammeaftale, der giver mulighed for, at andre ordregivere, som er klart identificeret, men ikke fra starten har været parter i rammeaftalen, efterfølgende kan tiltræde rammeaftalen. Dette er i tråd med EU-domstolens dom af 19. december 2018 (C-216/17)

Af udbudslovens § 96 fremgår det, at det i udbudsbekendtgørelsen skal angives "... *hvilke ordregivere der skal kunne gøre brug af rammeaftalen. Kontrakter baseret på en rammeaftale kan indgås mellem parterne i rammeaftalen.*" Af forarbejderne til udbudslovens § 96 fremgår det, at rammeaftalen kun finder anvendelse "... *mellem de ordregivere og de økonomiske aktører, der oprindeligt var parter rammeaftalen*" (min understregning). Det kan læses som en fravigelse fra direktivet.

Bygningstilsynet ønsker en afklaring af, om ordregivere, som er klart identificeret, men ikke fra starten har været parter i en given rammeaftale, efterfølgende kan tiltræde rammeaftalen.

Revision af tilbudsloven

Tilbudsloven er utidssvarende og er ikke længere i tråd med EU's regulering af udbudsretten og herunder udbudsloven. Tilbudsloven bør strømlignes udbudsloven. Bygningstilsynet står til rådighed for en høring om tilbudsloven, hvis det ønskes. Det understreges dog, at Bygningstilsynets holdning er, at tilbudsloven ikke bør afskaffes.

Evaluering af Udbudsloven

Generelle bemærkninger:

IKA takker for muligheden for at deltage i evaluering af udbudsloven. IKA vil samtidig gerne opfordre til, at evalueringen drøftes i Forum for Udbud, som kan vurdere de indkomne bemærkninger og indstille til ministeren, hvilke ændringer der er hensigtsmæssige at foretage.

En række af IKAs bemærkninger vedrører bestemmelser i udbudsdirektivet, som ikke kan ændres uden at ændre direktivet. IKA skal opfordre til, at man fra dansk side arbejder på at få ændret direktivet på de nedenfor anførte områder.

Specifikke bemærkninger til de enkelte bestemmelser:

§ 8 (Delydelsesreglen)

Efter § 8, stk. 2, kan en delkontrakt undtages fra udbudslovens afsnit II eller III, hvis to betingelser er opfyldt:

- 1) Den anslåede værdi af den pågældende delkontrakt er under 596.520 kr. for varer eller tjenesteydelser eller under 7.456.500 kr. for bygge- og anlægsarbejder, og
- 2) den samlede værdi af delkontrakter, der tildeles uden anvendelse af afsnit II eller III, ikke overstiger 20 pct. af den samlede værdi af alle de omhandlede delkontrakter. Heri ligger således også forudsætningsvist et krav om, at den resterende del af anskaffelsen (delkontrakterne) udbydes efter loven.

I relation til "20 pct.-reglen" beskrives det i bemærkningerne, at *"[i]det bestemmelsen er relevant på tidspunktet, hvor ordregiveren påtænker at foretage et indkøb, kan delydelsesreglen alene benyttes i det omfang, at det fra projektets begyndelse er planlagt, hvorledes delydelsesreglen skal bruges."*

Ifølge ordlyden af forarbejderne til delydelsesreglen er det således en betingelse for at anvende undtagelsen, at ordregiver fra projektets/indkøbets start planlægger, hvordan bestemmelsen skal bruges.

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

Klagenævnet for Udbud har i sagen LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland af 19. juni 2017 taget stilling til spørgsmålet og konkluderede, at betingelserne for indkøb uden udbud efter § 8, stk. 2, var opfyldt, uanset at regionen ikke havde planlagt, hvordan anvendelsen af bestemmelsen skulle ske. Klagenævnet henviste til, at de pågældende lovbemærkninger ikke har fundet vej til lovteksten, ligesom at betingelsen ikke kan udledes af udbudsdirektivet (2014/24/EU). Herudover bemærkede klagenævnet, at det i lovbemærkningerne til § 8, stk. 2, anføres, at bestemmelsen viderefører gældende ret, og at der samme sted henvises til, at (kun) to betingelser skal opfyldes for at bruge undtagelsen (tærskelværdien og 20 pct.-reglen).

Bemærkningerne har inden klagenævnets kendelse givet anledning til uklarhed i strid med formålet med udbudsloven. IKA skal på denne baggrund opfordre til, at bemærkninger til § 8 om, at det er en betingelse for anvendelse af reglen, at anvendelsen er planlagt fra begyndelsen, udgår i forbindelse med revision af udbudsloven.

§ 10 (Kontrakter med klar grænseoverskridende interesse)

Det er angivet i § 10, at proceduren i afsnit IV (annoncering) gælder for offentlige kontrakter, der ikke er omfattet af afsnit II eller III, hvis kontrakten har klar grænseoverskridende interesse. I modsætning til § 11, som omhandler kontrakter, der ikke har klar grænseoverskridende interesse, er der ikke indsat en beløbsgrænse for, hvornår der skal foretages annonceringer. Resultatet er, at der selv for helt små kontrakter – fx 2000 kr. – skal ske annonceringer, allerede fordi varen ikke købes i Danmark men fx i Malmø.

Bestemmelsen indebærer, at der er uforholdsmæssige store transaktionsomkostninger for såvel ordregiver som tilbudsgiver, såfremt der er tale om små kontrakter. IKA skal derfor – af hensyn til forenkling og lettelse af transaktionsomkostningerne – opfordre til, at der indsættes en beløbsgrænse for, hvornår afsnit IV finder anvendelse – fx 500.000 kr. i lighed med kontrakter, der ikke har klar grænseoverskridende interesse.

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

§ 22 (tjenesteydelser vedr. forskning og udvikling)

Det er IKAs opfattelse, at der hersker uklarhed om anvendelsen af § 22 - navnlig i forbindelse med OPI-kontrakter. IKA vil gerne opfordre til, at der foretages en præcisering, således det er klart, hvornår der er udbudspligt forbundet med OPI. I de tilfælde, hvor OPI vil være omfattet af bestemmelse, vil dette understøtte udbudsformen OPI til gavn for den generelle udvikling og innovation i samfundet.

§§ 25 - 28 (Blandede kontrakter)

Bestemmelserne vedrørende blandede kontrakter henviser flere steder til andre regelsæt. Det er ofte en udfordring for især forsyningsvirksomheder at finde ud af, hvilket regelsæt der skal anvendes. Det er ønskeligt, at udbudsloven fuldt ud regulerer blandede kontrakter og ikke henviser til andre regelsæt, alternativt at der udarbejdes vejledninger til rette valg af regelsæt.

Derudover bemærker IKA, at de specielle bemærkninger til udbudslovens §§ 25 og 26 er direkte modstridende i forhold til, om der er udbudspligt i relation til blandede kontrakter, hvor tjenesteydelsesdelen overstiger tærskelværdien, men hvor den samlede kontraktværdi samt bygge- og anlægsdelen (der udgør kontraktens hovedformål) er under tærskelværdien. IKA opfordrer derfor til at der lægges én klar linje.

§ 41 (Henvisning til tilsvarende standarder)

Bestemmelsen i § 41 angiver, at en henvisning skal efterfølges af udtrykket "eller tilsvarende", når der henvises til en eller flere af følgende standarder m.v. i prioriteret rækkefølge.

Der savnes en præcisering af, hvilken metode ordregiver skal benytte for at sikre dokumentation for, at tilsvarende produkter lever op til de angivne standarder, samt hvor grundig og i hvilken udstrækning ordregiver via sin undersøgelsespligt skal gå til værks.

§ 42 (Tekniske specifikationer)

IKA opfordrer til, at udbudslovens § 42 bringes i overensstemmelse med udbudsdirektivet, således at det klart fremgår, at der kan være særlige tilfælde,

IKAs høringssvar til bemærkninger til Udbudsloven

hvor kontraktens genstand gør det berettiget, at der henvises til fabrikater, uden at der anføres "eller tilsvarende".

Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvis ordregiveren har et berettiget kompatibilitetsbehov.

Det er IKAs vurdering, at dette også kan være tilfældet såfremt der er sikkerhedsmæssige risici forbundet med at erstatte et produkt med et andet - fx reservedele til fly eller respiratorer.

Når til kommer til at referer til et specifikt produkt, efterfulgt af "eller tilsvarende", er det IKAs opfattelse, at ordregiver har en legitim begrundelse for at undlade detaljerede kravspecifikationer på store sortimentsudbud på mange varelinjer, fordi det vil kræve ekstraordinært mange ressourcer fx at beskrive kvaliteten for hver enkelt varelinje. IKA vil derfor opfordre til at det er muligt at henvise til specifikke produkter, efterfulgt af "eller tilsvarende" ved sortimentsudbud på eksempelvis mere end 50 varelinjer.

Når det kommer til IT-området, er det IKAs opfattelse, at § 42 ikke omfatte henvisninger til teknologier. Det er således IKAs vurdering, at en ordlydsfortolkning af § 42 ikke understøtter, at henvisning til teknologier skal være omfattet, når indkøbet ikke angår selve teknologien, men derimod udvikling/programmering i et system baseret på en sådan teknologi.

Det følger af bestemmelsen, at ordregiver i de tekniske specifikationer ikke må "angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, som kendetegner de produkter eller tjenesteydelser, som en bestemt økonomisk aktør leverer". Bestemmelsen har til formål at forhindre begrænsning og fordrejning af konkurrence samt at forhindre, at det bliver uigennemsigtigt, hvilke krav ordregiveren reelt stiller.

Ved indkøb af IT-ydelser giver bestemmelsen imidlertid betydelige vanskeligheder, såfremt bestemmelsen skal forstås således, at den indbefatter henvisninger til teknologier. Ved udbud af IT-ydelser arbejdes ofte med teknologier, som ikke er begrænset til én leverandørs anvendelse, men som snarere er et sæt retningslinjer for løsningen. Det kan også være en anvendelse,

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

der bygger ovenpå et eksisterende produkt. Det er således meget udbredt, at man kan programmere i Net frameworket, selvom man ikke er Microsoft, eller at man kan bygge et intranet op, selvom man ikke er Sitecore. Henvisninger til sådanne teknologier udelukker således i sig selv ikke nogen leverandører, men den vil give en fordel til de leverandører, som har kompetencer indenfor de pågældende retningslinjer.

En sådan fordel er ikke en konkurrencebegrænsning, men snarere et udtryk for, at visse leverandører har kernekompetencer det efterspurgte område.

Det bemærkes, at en kravspecifikation, der ikke må indeholde henvisninger til teknologier, i praksis ofte vil være umulig at lave. Det kræver et kendskab til samtlige de funktionaliteter, der ligger bag teknologien, og et sådant kendskab har ordregiver stort set aldrig. Hvis det overhovedet er muligt at opnå et sådant kendskab, så vil det kræve betragtelige eksterne ressourcer og dermed forøge transaktionsomkostningerne og forlænge udbudsprocessen. Endvidere vil det næppe forøge klarheden af udbudsmaterialet, idet henvisning til de funktioner, der ligger bag en teknologi, som regel vil fremstå langt mere uigennemskuelige for tilbudsgiverne end en henvisning til teknologien.

Med udgangspunkt i ovenstående, skal IKA opfordre til, at der sker en præcisering af, at § 42 ikke finder anvendelse på henvisning til teknologier, som er tilgængelige for alle leverandører.

§ 45 (Sortimentsudbud)

Bestemmelsens stk. 2 angiver: *"En ordregiver kan i forbindelse med gennemførelsen af udbud hvor ordregiveren henviser til specifikke produktkategorier, gennemføre tilbudsevalueringen, jf. § 169, på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgiverens tilbudte sortiment."*

Som bestemmelsen er formuleret, er det uklart, hvad begreberne "repræsentativt" og "sammenlignelige" dækker over. IKA opfordrer til at det gøres klart, hvornår noget er repræsentativt (fx ved angivelse af et procentvist interval). Dette vil gøre bestemmelsen mere gennemsigtig og mindske risikoen for fejl med risiko for efterfølgende annullation.

IKAs høringsvar til bemærkninger til Udbudsloven

§ 53 (Sideordnede tilbud)

Det er IKAs vurdering at bestemmelserne i § 53 er uklare i forhold til, hvilke pligter der påhviler ordregiver i forhold til valget mellem flere sideordnede bud. Bemærkningerne er ikke tilstrækkelig klare, og det er især uklart, hvilke pligter ordregiver har i forhold til offentliggørelse af evalueringsmodel, der skal kunne rumme sideordnede bud. Resultatet er en generel tilbageholdende med at anvende sideordnede bud, hvilket kan resultere i dårlige og/eller mindre innovative løsninger.

§ 60 (Frister)

Bestemmelsen i stk. 5 angiver, at ikke statslige ordregivere i særlige tilfælde kan fastsætte, at fristen for modtagelsen af tilbud er mindre end 30 dage, dog mindst 10 dage fra dagen efter afsendelsen af opfordringen til at afgive et tilbud.

IKA opfordrer til, at man fra dansk side arbejder for, at bestemmelsen udvides til også at opfatte statslige ordregiver. Det synes ulogisk, at en mindre statslig ordregiver skal behandles mere restriktivt end en stor ikke statslig ordregiver.

§ 61 (Udbud med forhandling)

Indledningsvist bemærker IKA, at der generelt er behov for at få præciseret, hvilke betingelser, der skal være opfyldt for at kunne gennemføre udbud med forhandling. De uklare betingelser gør, at der er tilbageholdenhed i forhold til at anvende udbudsformen, hvilket kan føre til, at markedet ikke får lejlighed til at tilbyde nye innovative løsninger, som kunne opfylde ordregivers behov bedre og smartere end eksisterende løsninger.

Bestemmelsen i § 61 angiver, hvornår udbudsproceduren udbud med forhandling kan anvendes. Det fremgår af stk. 2, at proceduren kan anvendes, når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun afgives ikke forskriftsmæssige eller uacceptable tilbud.

For at skabe større fleksibilitet bør man fra dansk side arbejde for, at proceduren endvidere kan anvendes, såfremt der kun modtages ét forskriftsmæssigt eller acceptabelt tilbud. Dette skal for det første ses i lyset af, at der i dette tilfælde ikke vil ske forskelsbehandling, idet der kun er modtaget ét tilbud. For det andet

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

skal forslaget ses i lyset af, at når der kun modtages ét tilbud, har der sjældent været konkurrence om anskaffelsen, hvorfor tilbuddet heller ikke nødvendigvis er optimeret i forhold til ordregivers behov. Når det ikke er muligt at forhandle om det eneste modtagne tilbud, er det eneste alternativ at gennemføre annullation, hvilket medfører øgede transaktionsomkostninger til skade for såvel ordregiver som tilbudsgiver.

Derudover opfordrer IKA til en præcisering af, hvornår et udbud er afleveret for sent (stk. 2, litra 2), idet bestemmelsen angiver, at et udbud, der er afleveret for sent, anses for et ikke forskriftsmæssigt tilbud. Omdrejningspunktet er dermed, hvorvidt en tilbud, der er afleveret for sent, skal medtages, hvis et udbud overgår til forhandling. Dette bør præciseres. Det bemærkes, at det er IKAs vurdering, at det vil stride mod ligebehandlingsprincippet, såfremt et for sent afleveret bud skal medtages i en forhandlingsrunde.

Ligeledes bør det præciseres, om et tilbud, der er afleveret fysisk i stedet for elektronisk, kan anses for ikke er modtaget, eller om det er ikke forskriftsmæssigt, ligesom det skal præciseres om et sådant tilbud skal indgå i forhandlingerne, såfremt der overgås til udbud med forhandling.

Derudover efterlyser IKA en præcisering af at store sortimentsudbud vil være omfattet af udbudsformen udbud med forhandling. Store sortimentsudbud er af en sådan kompleksitet, at tilbudsgiverne ofte ikke er konditions-mæssige pga. fejl i udfyldelsen af tilbudslisterne. En række ordregiver anvender udbudsformen, mens andre er tilbageholdende, hvilket medfører en række annullationer, som kunne have været undgået.

Endelig opfordrer IKA til, at bestemmelsen i § 61, stk. 4 bliver bragt i overensstemmelse med udbudsdirektivet, så ordregiver ikke er afskåret fra at benytte denne mulighed i en situation, hvor en enkelt eller enkelte tilbudsgivere er uegnede eller ikke opfylder et formelt krav.

§ 63 (offentliggørelse af udbudsmateriale i forbindelse med udbud med forhandling)

Det følger af § 63, stk. 3, at det samlede udbudsmateriale skal offentliggøres ved offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen. Derimod fremgår det ikke klart, at

IKAs høringssvar til bemærkninger til Udbudsloven

ændringer i udbudsmaterialet ikke skal offentliggøres, når ændringer sker som led i forhandlinger ved udbudsformen udbud med forhandling. Det er en naturlig følge af denne udbudsform, at der ofte vil ske ændringer i udbudsmaterialet, og det er derfor hensigtsmæssigt med større klarhed.

IKA skal derfor opfordre til, at det præciseres og klart fremgår, at ordregiver ikke har pligt til at offentliggøre ændringer ved anvendelsen af udbud med forhandling, men derimod fortsat har pligt til samtidig underretning af tilbudsgivere.

§ 66 (Udbud med forhandling - forhandling om mindstekrav)

Det er IKAs vurdering, at man fra dansk side har lavet en uhensigtsmæssig skærpelse af udbudsdirektivet ved at bestemme, at det ikke er tilladt at forhandle om mindstekrav i udbud med forhandling. Netop i udbud med forhandling er der behov for fleksibilitet, fordi ordregivers behov eller markedet løsning ikke er defineret klart fra starten. Den manglende fleksibilitet er til ulempe for såvel tilbudsgiver og ordregiver, og en lempelse af den danske særregel vil kunne forhindre annullationer og sænke transaktionsomkostningerne.

Derudover er det IKAs vurdering, at der er behov for at få klarlagt, om ordregiver har mulighed for at nedbringe antallet af tilbudsgivere (shortliste) allerede på baggrund af de indledende tilbud. Det er således uklart om dette er tilfældet eller om samtlige tilbudsgivere skal inviteres til at deltage i den første runde af forhandlinger.

§ 67 (Konkurrencepræget dialog)

Bestemmelsen i § 67 angiver, hvornår udbudsproceduren udbud med forhandling konkurrencepræget dialog kan anvendes. Det fremgår af stk. 2, at proceduren kan anvendes, når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun afgives ikke forskriftsmæssige eller uacceptable tilbud.

For at skabe større fleksibilitet bør der fra dansk side arbejdes for, at proceduren endvidere bør kunne anvendes, såfremt der kun modtages ét forskriftsmæssigt eller acceptabelt tilbud. Dette skal for det første ses i lyset af, at der i dette tilfælde ikke vil ske forskelsbehandling, idet der kun er modtaget ét tilbud. For

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

det andet skal forslaget ses i lyset af, at når der kun modtages ét tilbud sjældent har været konkurrence om anskaffelsen, hvorfor tilbuddet heller ikke nødvendigvis er optimeret i forhold til ordregivers behov. Når det ikke er muligt at anvende konkurrencepræget dialog om det eneste modtagne tilbud, er eneste alternativ at foretage annullation. Dette medfører unødige transaktionsomkostninger for såvel ordregiver som tilbudsgiver.

§ 80 (Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse)

Bestemmelsen giver mulighed for, at ordregiver under visse betingelser kan anvende udbuds med forhandling uden forudgående offentliggørelse i forbindelse med et offentligt udbud eller et begrænset udbud. IKA opfordrer til, at der arbejdes for, at bestemmelsen i direktivet udvides, således at det også i forbindelse med konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber er muligt - under samme betingelser - at anvende udbudsformen. Alternativet er annullation til skade for både ordregiver og tilbudsgiver.

§ 137 (De frivillige udelukkelsesgrunde)

De frivillige udelukkelsesgrunde er flere steder formuleret uklart, og der mangler en tydeliggørelse af bestemmelserne og rækkevidden heraf. Dette gør sig navnlig gældende for bestemmelserne i § 137, stk. 1, 3) om forsømmelse, der sår tvivl om ansøgerens integritet og 4) om plausible indikationer til at konkludere aftaler om konkurrencefordrejning.

Navnlig bør der tages stilling til, hvor meget der skal til for at udelukke virksomheder i forbindelse med ulovlig skatteunddragelse. Er en mistanke tilstrækkelig eller skal der forlægges en endelig dom?

Endelig opfordres til, at serviceattesten udvides til at omfatte emner, som vil vedrøre ansøgerens forsømmelser, der kan sår tvivl om ansøgerens integritet eksempelvis ulovlig skatteunddragelse.

§ 138 (Selfcleaning)

Bestemmelsen i § 138 angiver, at en ordregiver ikke kan udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, der har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er pålidelig, selv om den pågældende er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrundene i §§ 135-137.

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

Bestemmelsen indebærer, at det er den enkelte ordregiver, der til enhver tid skal foretage en vurdering af, hvorvidt tilbudsgiverens dokumentation er tilstrækkelig til at godtgøre, at tilbudsgiver er pålidelig. Derimod gives der ingen adgang til, at fx en indkøbscentral eller et indkøbsfællesskab på vegne af sine medlemmer kan foretage denne vurdering. Dette indebærer for det første, at der skal anvendes omfattende ressourcer på at samme vurdering, som skal foretages af en lang række ordregivere. For det andet medfører fremgangsmåden en risiko for ugenomsigtighed og forskelsbehandling, idet en tilbudsgiver risikerer, at de mange vurderinger giver forskelligt udfald.

IKA foreslår, at bestemmelsen om selfcleaning udvides, således at indkøbscentraler og indkøbsfællesskaber gives adgang til at foretage vurdering af tilbudsgiver dokumentation på vegne af medlemmerne. Derudover opfordres til, at en uafhængig instans - fx Kammeradvokaten, kan gives hjemmel til at foretage en sådan vurdering på vegne af samtlige ordregivere i Danmark. Dette vil sikre en klar forenkling og større klarhed - helt i overensstemmelse med udbudslovens formål. Resultatet vil være færre transaktionsomkostninger for ordregivere og ikke mindst for den pågældende leverandør, der risikerer at skulle fremsende den nødvendige dokumentation, om og om igen. Samtidig skabes der tryghed hos leverandører, der ikke risikerer forskelsbehandling ordregiverne imellem.

De obligatoriske - såvel som de frivillige udelukkelsesgrunde - stammer fra udbudsdirektivet. IKA vil gerne opfordre til, at der fra dansk side arbejdes for en skærpelse af reglerne, således at det ikke er muligt at selfcleane sig ud af alvorlig økonomisk kriminalitet (bestikkelse, svig, terror eller hvidvaskning), men der indføres en karenperiode (på fx 2 år), hvor det er obligatorisk at udelukke den pågældende virksomhed. Herefter kan virksomheden selvcleane sig til at være pålidelig, således at virksomheden ikke udelukkes i 4 år.

Endelig vil IKA gerne opfordre til, at bestemmelsen i § 138, stk. 6 præciseres således, at det klart fremgår, fra hvornår perioden for udelukkelses skal beregnes i det tilfælde, hvor der er hændelser eller adfærd omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde, der strækker sig over tid. Som bestemmelsen er nu, er det uklart, hvornår perioden på to år skal beregnes.

IKAs høringsvar til bemærkninger til Udbudsloven

§ 140 (mindstekrav i udvælgelseskriterier)

Det fremgår af bestemmelsen, at udvælgelseskriterier skal være knyttet til et mindstekrav. Det er IKAs vurdering, at der er tale om en overimplementering af direktivet, og at reglen er uhensigtsmæssig. Såfremt ordregiver ikke stiller mindstekrav, risikerer ordregiver at skulle antage en tilbudsgiver, der ikke kan løfte opgaven. Såfremt ordregiveren stiller mindstekrav, men kommer til at sætte overliggeren for højt, risikerer ordregiveren at udelukke en konkurrencedygtig virksomhed, som sagtens kan løfte opgaven. IKA anbefaler derfor, at kravet udgår, og de igen gives mulighed for at kunne gennemføre en egentlig egnethedsvurdering, i stedet for blot at opstille nogle mindstekrav, som tilbudsgiveren skal efterleve.

§ 151 (Indhentning af ESPD)

Følgende fremgår af § 151, stk. 1:

"Før ordregiverens beslutning om tildeling af kontrakten skal en ordregiver kræve, at den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, fremlægger dokumentation i henhold til § 152 for de oplysninger, der er afgivet i det fælles europæiske udbudsdokument i henhold til § 148, jf. dog stk. 3 og 5. [...]"

Bestemmelsen betyder i praksis, at dokumentation for det i ESPD-dokumentet angivne oplysninger skal indhentes, inden stand still perioden iværksættes.

Det er uhensigtsmæssigt, at stand still perioden skal afvente tilbudsgivers fremsendelse af dokumentation, da udbudsprocessen forlænges unødigt. IKA opfordrer til, at bestemmelsen ændres til, at indhentning af dokumentation skal ske inden kontrakten *underskrives*. Dette vil betyde, at den tid, der medgår til indhentning af dokumentation, kan anvendes til at gennemføre stand still perioden. Såfremt den pågældende tilbudsgiver ikke kan fremsende den efterspurgte dokumentation, skal der foretages en ny tildelingsbeslutning, og en ny stand still periode skal iværksættes.

§ 151, stk. 3, angiver, at der ikke skal indhentes dokumentation for tildeling på rammeaftaler med én leverandør eller når der sker direkte tildeling på en rammeaftale med flere leverandører.

IKAs høringssvar til bemærkninger til Udbudsloven

Det er i praksis et problem, at der skal indhentes denne dokumentation ved genåbningen af konkurrencen, idet miniudbud i kommunerne ofte foretages i små decentrale enheder (fx en skole) og kan vedrøre ganske små kontrakter. Det er således administrativt tungt og uhensigtsmæssigt, at fx en skole skal indhente denne dokumentation, såfremt de indkøber et nyt klatrestativ på en rammeaftale med flere leverandører. De virksomheder, der er på rammeaftalen, har allerede forelagt dokumentationen ved indgåelsen af rammeaftalen, og det virker uhensigtsmæssigt, at det tilsyneladende er behov for et ekstra tjek ved genåbning af konkurrencen, mens det ikke er nødvendigt, når kontrakter tildeles direkte. Især på rammeaftaler, hvor der både kan ske direkte tildeling og genåbning af konkurrencen forekommer bestemmelsen besynderlig. IKA vil derfor opfordre til, at tildeling på rammeaftaler håndteres på samme måde, således at der heller ikke skal indhentes dokumentation ved genåbning af konkurrencen.

§ 154 (Krav om dokumentation)

Bestemmelsen angiver, at en ordregiver kan kræve, at en ansøger eller tilbudsgiver dokumenterer sin økonomiske og finansielle formåen. Af stk. 2 fremgår, at en ansøger eller tilbudsgiver kan godtgøre sin formåen ved ethvert andet dokument, som ordregiver vurderer passende, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge de dokumenter, som ordregiver forlanger.

Det er IKAs vurdering, at der er behov for en præcisering i forhold til nystartede virksomheder, der netop ikke kan fremlægge den ønskede dokumentation. Det bør således fremgå specifikt af bestemmelsen, at ordregiver kan undlade at håndhæve mindstekrav i relation til økonomisk og teknisk kapacitet i forhold til nystartede virksomheder.

Det aktuelle forslag om nyt § 159, stk. 8 (to kuvert system)

Det bemærkes indledningsvist, at der ikke er fremført begrundelse for behovet for en ny bestemmelse, der indskrænker ordregivers metodefrihed i forbindelse med evaluering af tilbud. Formålet med bestemmelsen er at fjerne risikoen for, at kendskabet til pris utilsigtet påvirker vurderingen af kvaliteten af de indkomne bud. Det er IKAs vurdering, at lovgiver dermed drager ordregivers

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

professionalisme i tvivl, uden der i øvrigt er belæg for, at der er tale om et reelt problem. Det forekommer således IKA ejendommeligt, at i Danmark, som er kendt for at have en meget lav grad af korrupsion, skulle være et større behov for den slags regulering end i det øvrige EU.

Bestemmelsen indskrænker ordregivers metodefrihed, og pålægges dermed en ekstra forpligtelse i forhold til hvad der i øvrigt følger af EU-reglerne. Såfremt man fra dansk side finder en sådan indskrænkning nødvendig, opfordrer IKA til, at man fra dansk side arbejder for at dette bliver en del af EU's regelsæt, frem for at gå dansk enegang.

IKA bemærker, at de økonomiske og administrative konsekvenser ikke kan siges at være bagatelagtige. Tværtimod kan den nye bestemmelse medføre en omfattende evalueringsproces, som med de gældende regler kunne have været foretaget med et langt mindre ressourceforbrug. Tages der fx udgangspunkt i udbud af et stort byggeprojekt, vil ordregiver blive tvunget til at lave en omfattende kvalitetsevaluering på alle de indkomne tilbud, uanset om der modtages tilbud, der er så dyre, at det vil være matematisk umuligt for dem, at vinde udbuddet. Ligeledes vil der skulle foretages omfattende kvalitetsevalueringer på tilbud, som ville kunne blive afvist som unormalt lave. Samlet set, vil forslaget kunne medføre betydelige administrative omkostninger for ordregivere.

Det bemærkes at der ligeledes kan være væsentlige merudgifter for tilbudsgiver. Uanset at der er afgivet et tilbud, hvor det vil være en matematisk umulighed at vinde udbuddet, vil tilbudsgiver skulle afgive tid til tilbudspræsentation, besigtigelse eller lign.

IKA opfordrer til, at bestemmelsen udgår af udbudsloven.

Det aktuelle forslag om nyt § 160, stk. 1 (offentliggørelse af evalueringsmodeller)

Der er tale om en skærpelse af ordregiverens forpligtelser, når det gælder offentliggørelse af evalueringsmodellen. Bestemmelsen går videre end, hvad der følger af EU-reglerne og pålægger dermed danske ordregivere en yderligere

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

forpligtelse i forhold til andre EU-ordregivere. Det ses ikke at være begrundet, hvorfor en sådan entydig skærpelse over for danske ordregivere er nødvendig eller hensigtsmæssig. Såfremt lovgiver ønsker større gennemsigtighed i evalueringsmodellen, opfordrer IKA til, at der fra dansk side arbejdes for, at dette bliver en del af EU's regelsæt frem for at gå dansk enegang og pålægge danske ordregivere byrder, som ingen andre europæiske ordregivere har.

Det fremgår af forslagetets bemærkninger, at formålet med lovforslaget er at styrke den forudgående gennemsigtighed og understøtte hensynet til ligebehandlingen. IKA bemærker, at den forudgående gennemsigtighed alene styrkes, såfremt de forskellige tilbudsgivere har indgående kendskab til hinandens tilbud, hvilket ikke kan være lovgivers hensigt. Hermed fremstår den øgede gennemsigtighed som illusorisk.

Det bemærkes, at der ikke ses at være taget stilling til de økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige.

Det fremgår, at specifikke parametre i evalueringsmodellen kan afhænge af de indkomne tilbud, men at det entydigt skal fastlægges og beskrives på forhånd, hvordan parametrene fastlægges. Lovbemærkningerne angiver, som eksempel på en evalueringsmodel, at den laveste pris vil modtage de maksimale point, mens priser, der er 50 pct. højere, vil modtage 0 point, og at der laves en lineær interpolation mellem disse to punkter. Det er IKAs erfaring, at sådan prismodel ikke i alle tilfælde vil være velegnet til at identificere det bedste bud. Tager man eksempelvis et udbud af en tjenesteydelse, hvor der modtages ét tilbud med meget lavt tidsforbrug men hvor det tilbudte arbejde er meget overfladisk, og de øvrige tilbud er 51-60 pct. dyrere, vil evalueringsmodellen ikke være velegnet. Med andre ord kan der være tilfælde af stærke udsving i pris og kvalitet, som det ikke er muligt at forudsige på forhånd. Dette vil uvægerligt føre til flere annullationer.

Det er IKAs vurdering, at ændringen af bestemmelsen om offentliggørelse af evalueringsmodel skaber en væsentlig øget risiko for annullering af udbud. Dette medfører øgede omkostninger for både ordregiver og tilbudsgivere, og fører i sidste ende til et samfundsmæssigt tab. Dette hænger også sammen med, at der efter udbudslovens ikrafttrædelse primo 2016 nu er en klar praksis for

IKAs høringssvar til bemærkninger til Udbudsloven

offentliggørelse, og der ikke længere er usikkerhed om, hvad der accepteres og ikke accepteres. Ved den foreslåede ændring sås der ny tvivl om, hvorvidt en offentliggjort evalueringsmodel vil blive tilsidesat af klagemyndigheden, såfremt et enten meget lavt tilbud eller et meget højt tilbud ikke kan rummes inden for den offentliggjorte evalueringsmodel. I et sådant tilfælde er det muligt, at Klagenævnet ikke finder den offentliggjorte evalueringsmodel egnet, hvorefter Klagenævnet kan tilsidesætte modellen med den begrundelse, at evalueringsmodellen - trods sin offentliggørelse - strider mod ligebehandlingsprincippet. IKA er derfor af den opfattelse at bestemmelsen bør udgå.

Afslutningsvist bemærkes, at forslaget ikke harmonerer med, hvad udbudslovsudvalget efter lange forhandlinger kunne opnå enighed om i forbindelse med det lovforberedende arbejde forud for fremsættelse af lovforslaget om udbudsloven. Lovforslaget synes at fokusere entydigt på, at gøre op med Klagenævnets praksis, som har lagt sig entydigt op ad de gældende EU-regler.

IKA opfordrer til, at bestemmelsen drøftes i Forum for Udbud på lige fod med den øvrige evaluering af udbudsloven.

§ 164 (Kontrol af oplysninger til tilbuddet)

Det er i § 164, stk. 2 angivet, at ordregiveren i tvivlstilfælde skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet.

Bestemmelsen angiver således, at ordregiveren i en eller anden udstrækning har undersøgelsespligt, men det fremstår som uklart - i strid med lovens formål - hvornår der er tale om en tvivlssituation. Ligeledes er det uklart, hvornår der er tale om "effektiv kontrol". Spørgsmålene er ikke uddybet i bemærkninger, og i forbindelse med en revision af udbudsloven opfordrer IKA til, at det klart fremgår, hvornår ordregivers undersøgelsespligt indtræder.

§ 176 (Udelukkelsesgrund som ophævelsesgrund)

Bestemmelsen fastslår, at ordregiver kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens gennemførelse, forudsat at disse er "forbundet med kontraktens genstand".

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

På baggrund heraf har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i sin vejledning om "Skattemæssige forhold i offentlige udbud" konstateret, at ordregiver ikke lovligt kan fastsætte kontraktvilkår om, at det udgør væsentlig misligholdelse, såfremt leverandøren i kontraktperioden bliver omfattet af en udelukkelsesgrund (som også har været gældende i det udbud, der ligger til grund for kontraktforholdet).

Det er IKAs opfattelse, at styrelsens vurdering bygger på en for restriktiv forståelse af, hvad der må forstås ved udtrykket "forbundet med kontraktens genstand". Forhold, der har haft afgørende betydning for, om leverandøren overhovedet kunne få kontrakten, må per definition have en forbindelse til kontraktens genstand. Desuden er det ikke givet, at bestemmelser om misligholdelse og ophævelse overhovedet kan betragtes som "særlige betingelser for gennemførelsen af en kontrakt", da der ikke er tale om vilkår for udførelsen, men om vilkår for terminering.

Det er IKAs opfattelse, at det er særdeles uhensigtsmæssigt, hvis det ikke er lovligt at ophæve en kontrakt med en leverandør på grund af et forhold, som man – hvis forholdet var opstået eller konstateret tidligere – kunne have udelukket leverandøren på baggrund af.

IKA vil således opfordre til, at det indføres i udbudsloven, at det er i overensstemmelse med reglerne at ophæve en kontrakt, såfremt en virksomhed udviser en adfærd, som er omfattet af udelukkelsesgrundene, i kontraktens løbetid.

§§ 178-184 (Udbudslovens regler om ændringer)

Terminologien i udbudslovens regler om ændringer skaber i praksis en del forvirringen, fordi der i nogle tilfælde henvises til både kontrakter og rammeaftaler, mens der i andre tilfælde kun henvises til kontrakter. IKA vil derfor gerne opfordre til, at bestemmelserne bringes i overensstemmelse med udbudsdirektivets regulering.

§ 180 (Ændringer i kontrakter)

Udbudslovens §180 angiver at ændringer i en kontrakt eller i en rammeaftale ikke er ændringer af grundlæggende elementer, når værdien af ændringen er lavere

IKAs høringsvar til bemærkninger til Udbudsloven

end tærskelværdien og lavere end 10 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt for varer og tjenesteydelser og 15 pct. af værdien for bygge og anlægskontrakter.

Bestemmelsen giver ingen retningslinjer i forhold til, hvordan værdien skal beregnes, når der er tale om rammeaftaler. IKA vurderer, at det ville være hensigtsmæssigt, at beregning af den procentvise værdi, foretages, således at ændringer inden for det første år opgøres som 25 pct. af den skønnede kontraktværdi for en 4-årig rammeaftale. De efterfølgende år baserer opgørelsen sig på det faktiske træk på rammeaftalen. IKA vil opfordre til dette indarbejdes i bestemmelsen.

Derudover bemærker IKA, at grænsen på de 10 pct. er lav. IKA vil derfor opfordre til, at man fra dansk side arbejder på at hæve grænsen, når udbudsdirektivet skal revideres.

Øvrige bemærkninger:

Forbedrede muligheder for at justere i udbudsmaterialet efter bekendtgørelse

Det er IKAs vurdering, at der er et behov for at forbedre adgangen til at lave ændringer i udbudsmaterialet efter offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen. Adgangen er blevet væsentlig indsnævret med udbudsloven, og er medvirkende årsag til de mange annullationer. En forbedret adgang til ændringer vil sænke transaktionsomkostninger for såvel ordregiver som tilbudsgiver.

Det er IKAs opfattelse, at der hersker stor uklarhed om, hvornår et mindstekrav kan ændres - særligt ved offentligt udbud. Ved øvrige udbudstyper drejer usikkerheden sig ofte om, hvorvidt de tekniske specifikationer kan ændres. Det er generelt uklart, hvornår der er tale om et mindstekrav, og hvornår der er tale om et grundlæggende element.

Det er IKAs vurdering, at der behov for klare regler om muligheden for at ændre i udbudsmaterialet undervejs i udbudsprocessen. Det er uhensigtsmæssigt, at dette spørgsmål kun er beskrevet i forarbejderne. Klare regler vil have stor betydning i forhold til transaktionsomkostningerne og bestræbelserne på at minimere antallet af annullationer.

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

Usikkerhed om dokumentation for ESPD-oplysninger

Der er ikke klarlagt i udbudsloven, om den dokumentation, der skal fremlægges for ESPD-oplysninger hos den vindende tilbudsgiver, alene vedrører oplysningerne i ESPD'et eller om der også skal tages højde for nye oplysninger. Dette kan fx være et aktuelt spørgsmål, såfremt der fra tilbudsgivers side er afgivet et nye årsregnskab, efter fremlæggelse af ESPD. IKA vil gerne opfordre til, at denne uklarhed adresseres i udbudsloven.

Koncessionskontrakter og udbudslovens afsnit II

IKA bemærker, at det ikke fremgår af udbudsloven, at udbudsloven afsnit II ikke finder anvendelse i forhold til koncessionskontrakter, der værdimæssigt, ligger under tærskelværdien i koncessionsdirektivet. IKA opfordrer til, at det fremgår specifikt af udbudsloven, at loven ikke finder anvendelse på sådanne koncessionskontrakter.

Sammenlægning af tilbudsloven og udbudsloven

Det foreslås at tilbudsloven bliver lagt ind under udbudsloven, således at der eksisterer ét samlet regelsæt for både over og undertærskelværdien, når det gælder varer, tjenesteydelser samt bygge- og anlægsopgaver.

Ensretning af terminologi i de forskellige formularer

IKA vil gerne opfordre til, at terminologien i de forskellige formularer ensrettes. Som det er nu, hedder det økonomisk og finansiel "kapacitet" i formularen til udbudsbekendtgørelsen, mens det hedder "formåen" i ESPD'en.

Evaluering af udbudsloven

Hørings svar - Martin Stæhr, SSI-advokaterne

Paragraf	Beskrivelse af problematik	Forslag til ændring
	<p>Klar grænseoverskridende interesse. Man bør overveje, om det er muligt at fastlægge en bundgrænse for, hvornår afsnit IV gælder. Store transaktionsomkostninger forbundet med at ordregivere i princippet skal vurdere klar grænseoverskridende interesse i forhold til kontrakter helt ned til få tusinde kroner.</p>	
	<p>Behov for i selve udbudsloven at have klare regler om muligheden for at ændre i udbudsmaterialet undervejs i udbudsprocessen. Det er uhensigtsmæssigt, at dette yderst relevante issue kun er beskrevet i forarbejderne. Stor betydning i forhold til transaktionsomkostninger og bestræbelserne på at minimere antallet af annullationer.</p>	
§22	<p>Aftaler om forskning og udvikling. Mange misforstår udbudslovens § 22. Behov for at præcisere bestemmelsen, så det er klart, hvornår der er udbudspligt forbundet med OPI-aftaler.</p>	
§§25 og 26	<p>De specielle bemærkninger til udbudslovens §§ 25 og 26 er direkte modstridende i forhold til, om der er udbudspligt i relation til blandede kontrakter, hvor tjenesteydelsesdelen overstiger tærskelværdien, men hvor den samlede kontraktværdi samt byggeanlægsdelen (der udgør kontraktens hovedformål) er under tærskelværdien.</p>	

§42	<p>Det fremgår ingen steder af udbudsloven, at udbudslovens afsnit II ikke finder anvendelse i relation til koncessionstrakter, der værdimæssigt ligger under tærskelværdien i koncessionsdirektivet. Der bør i udbudsloven være en bestemmelse, der gør det klart, at udbudslovens afsnit II ikke finder anvendelse på sådanne kontrakter.</p>	
§42	<p>Udbudslovens § 42 bør bringes i overensstemmelse med udbudsdirektivets § 42, så det klart fremgår, at der kan være særlige tilfælde, hvor kontraktens genstand bør det berettiget, at der henvises til fabrikater uden at det anføres "eller tilsvarende". Kompatibilitetsbehov, tilbygninger etc.</p>	
§53	<p>Sideordnede tilbud i udbudslovens § 53. Der er behov for at få præciseret, hvilke pligter der påhviler ordregiver i forhold til valget mellem flere sideordnede tilbud. De specielle bemærkninger er yderst uklare, herunder i forhold til kravet om at evalueringen skal ske i overensstemmelse med § 160.</p>	
§61, stk. 1.	<p>Udbud med forhandling, jf. udbudslovens § 61, stk. 1. Behov for at klargøre betingelserne for at kunne gennemføre udbud med forhandling. De uklare betingelser bevirker, at der er tilbageholdenhed i forhold til at bruge udbudsformen.</p>	
§61, stk. 4	<p>Udbud med forhandling i forlængelse af et strandet offentligt eller begrænset udbud - uden ny udbudsbekendtgørelse, jf. § 61, stk. 4. Behov for at få bragt bestemmelsen i overensstemmelse med udbudsdirektivet, så en ordregiver ikke er afskåret fra at benytte denne mulighed i en situation, hvor en enkelt eller enkelte tilbudsgivere er uegnede eller ikke opfylder et formelt krav.</p>	

§66, stk. 1 og 3	Udbudslovens § 66, stk. 1 og 3. Behov for at få klarlagt, om der kan shortlistes allerede på baggrund af de indledende tilbud ved et udbud med forhandling.	
	Behov for at få klarlagt i udbudsloven, om den dokumentation, der skal fremlægges for ESPD-oplysninger hos vindende tilbudsgiver, alene vedrører oplysningerne i ESPD'et, eller om der også skal tages højde for nye oplysninger - eksempelvis i den situation en tilbudsgiver siden fremlæggelse af ESPD har afgivet et nyt årsregnskab. Uklart reguleret i udbudsloven.	
	Behov for at få klarlagt, hvordan en ordregiver skal forholde sig i relation til dokumentation ved rammeaftaler med både direkte tildeling og mini-udbud. Hvis det ved et mini-udbud viser sig, at vindende tilbudsgiver ikke længere opfylder et mindstekrav eller befinder sig i en udelukkelsesgrund, vil det så også få afsmittende virkning på tilbudsgiverens mulighed for at få kontrakter ved direkte tildeling. Ikke reguleret i udbudsloven.	
§154, stk. 2	Behov for at få klargjort i udbudsloven, om en ordregiver kan undlade at håndhæve mindstekrav i relation til økonomisk og teknisk kapacitet i forhold til nystartede virksomheder. § 154, stk. 2 er ikke klar i denne henseende.	
§§178-184	Udbudslovens regler om ændringer - §§ 178-184. Skaber stor forvirring, at der i nogle tilfælde henvises til både kontrakter og rammeaftaler og i andre tilfælde kun kontrakter. Bør bringes i overensstemmelse med udbudsdirektivets regulering.	
§17, stk. 5 og §185, stk. 2	Lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 5, bør "koordineres" med udbudslovens §	

	185, stk. 2, jf. problematikken omkring annullationen af tildelingsbeslutningen ved SKI's store fødevareudbud.	
--	---	--

Høringsvar - Fredericia Kommune

Paragraf	Beskrivelse af problematik	Forslag til ændring
Generelt	<p>Den oprindelige intention med en dansk udbudslov om at sikre den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler gennem effektiv konkurrence om opgaverne, opfatter vi som en meget positiv og til dels gennemført intention. Dog mener vi, at udbudsloven endnu ikke har haft den fornødne ro til at udfolde sit endelige og fulde potentiale, da der er et sideløbende øget positivt fokus på udbuds- og indkøbsområdet fra KLs side, og som ses i økonomiaftalen.</p> <p>Implementering af nye processer og skabeloner i kommunalt regi er derfor i en konstant dynamisk proces i disse år. Vi mener derfor en færdiggørelse af evaluering af udbudsloven i 2020 er for tidlig i forhold til at opnå fuld effektivitet af resultater.</p>	En færdiggørelse af evaluering af udbudsloven i 2020 er for tidlig i forhold til at opnå fuld effektivitet af resultater.
§191, §192 og §193	<p>Indkøb under tærskelværdierne finder ofte anvendelse i en kommunestørrelse som Fredericia Kommune, hvorfra udbudslovens §191 og 193 er en <u>langt mere</u> effektiv måde at sikre konkurrencen på markedsmæssige vilkår og foretage gode indkøb med besparende ressourcer og lave transaktionsomkostninger.</p>	Ingen ændringsønsker
Kapitel 7, Flexible udbudsformer	<p>Med udbudsloven er det muligt at bruge mere fleksible udbudsformer og processer, som fx udbud med forhandling eller innovationspartnerskaber. Det synes dog ikke udført og afprøvet i en ønskelig grad, hvilket vi indledningsvis tror kan skyldes implementeringsfasen af udbudsloven endnu ikke er 100% gennemført hos de forskellige ordregivere.</p> <p>Hos Fredericia Kommune ønsker vi at "dykke" yderligere ned i de fleksible</p>	Yderligere præcisering og vejledning på området.

	<p>udbudsformer og afprøve nye processer de kommende år.</p> <p>Innovationspartnerskaber synes dog svære at tilgå for mange ordregivere, og vi mener yderligere præcisering og vejledning på området ville kunne hjælpe usikre ordregivere i gang med udbud gennemført via innovationspartnerskaber.</p>	
Generel dialog	<p>Det er opfattelsen, at de offentlige ordregiver er blevet meget bedre til dialog gennem alle faser af et udbud og efterfølgende kontraktstyring uanset hvilken udbudsform, der benyttes. Det er vores klare opfattelse, at udbudsloven har været med til at skubbe dette i gang. Det ses meget positivt og resulterer i bedre kontrakter.</p>	Ingen ændringsønsker
Kapitel 12, dokumentation	<p>Det fælles ESPD-dokument er nemt at tilgå fra både tilbudsgiver og ordregiver. Det ses utrolig ressourcebesparende for begge parter med fælles dokumenthåndtering med ESPD og dertil hørende krav til egnethed og udvælgelse.</p>	Ingen ændringsønsker
§160 Offentliggørelse af evalueringsmodel	<p>Kravet om offentliggørelse af evalueringsmodellen på forhånd stiller unødigt store krav til ordregiver i at skulle forudsige eksempelvis prissammensætningen i kommende tilbud. Det sker samtidig ofte, at prisspænd og lignende er meget anderledes end forventet, hvilket gør, at ordregiver tyer til primære, sekundære og tertiære modeller i et forsøg på at favne alle mulige kombinationer i tilbuddene. Dette kan ikke være hensigten med kravet om offentliggørelse af evalueringsmodel. Samtidig får ordregivere ofte skudt i skoene, at der sker mange annulleringer pga. fejl. Fejl i udbudsmaterialet er f.eks. ofte, hvis den opstillede evalueringsmodel ikke viser sig egnet, og her er eneste mulighed en annulation. I disse situationer kan ordregiver simpelthen ikke</p>	<p>Man bør gå tilbage til den tidligere model uden dette krav og i stedet have mere tillid til, at hver ordregiver sagligt og ordentligt evaluerer tilbuddene.</p>

	<p>gøre det rigtige. Som det lægges op til med ændringen til udbudsloven, så vil dette krav blive strammet, hvilket gør det endnu mere uhensigtsmæssigt for ordregiver. Samtidig vil markedet forgæves afgive flere tilbud i udbud, som resulterer i annulation som følge af en forkert forventning til tilbuddene. Man bør derfor gå tilbage til den tidligere model uden dette krav og i stedet have mere tillid til, at hver ordregiver sagligt og ordentligt evaluerer tilbuddene.</p>	
--	--	--

Høringsvar - Fællesindkøb Fyn

Paragraf	Beskrivelse af problematik	Forslag til ændring
Udbudsloven §61 stk. 2	<p>Vedrørende Udbudslovens § 61 stk. 2 ønskes en klar uddybning af, hvordan og hvornår et tilbud anses for sent afleveret. Dette med afsæt i at der i ovenstående paragraf litra 2 står beskrevet, at et tilbud som er afleveret for sent anses for et ikke forskriftsmæssige tilbud. Såfremt den ordregivende myndighed skal efterleve EU'rettens grundlæggende princip omhandlende ligebehandling vil der efter ordregivers vurdering ikke kunne tillades, at tilbudsgivere som aflevere et tilbud for sent kan medtages, hvis ordregivere overgår til udbud med forhandling efter § 61 stk. 2. Hertil er det ikke tydeligt beskrevet i Udbudsloven og lovbemærkningerne hertil, hvorvidt et tilbud afleveret for sent via eks. mail egentlig kan sidestilles med et modtaget tilbud, eller hvorvidt tilbuddet kan anses for ikke modtaget, hvis der i udbudsmaterialet er indsat et formelt krav om, at tilbuddet skal fremsendes via et navngiven elektronisk udbudssystem indenfor en angiven frist???</p>	
Udbudsloven §149	<p>I forbindelse med krav til ansøgeres eller tilbudsgivers egenhed jf. Udbudslovens § 149 ønskes, at Udbudsudvalget forholder sig til, hvorvidt den valgte overimplementering i Udbudsloven § 140 har skabt det ønskede resultat. Fra ordregiversiden vurderes overimplementering i dansk ret at påvirke især de små og mellemstore virksomheders mulighed for at tilgå det offentlige marked, ide ordregivere ikke kan foretage en egentlig egenhedsvurdering, men i stedet blot opstille nogle minimumskrav som tilbudsgiverne skal efterleve.</p>	

<p>Udbudsloven § 160</p>	<p>Hertil ønskes at Udbudsudvalget vil genoverveje betydning af det lovforslag som pt. pågår i folketinget omkring Udbudslovens § 160 evalueringsmodeller. Der ønskes i forbindelse hermed at udvalget udarbejder en økonomisk analyse baseret på hvilke omkostninger en ordregiver og tilbudsgiver påføres ved at lave en så restriktiv formulering af ordregivers evalueringsmodel. Hertil ønskes en analyse af, hvor tit ordregiver egentlig kender det udbudte marked i så tilstrækkelig grad, at ordregiver allerede inden udbuddet offentliggøres kan fastsætte evalueringsmodellen helt ned i mindste detalje. Ud fra ordregivers erfaring er der så mange variable faktorer som påvirker prisstrukturen i tilbudsgivernes afgivne tilbud, at ordregiver i yderst sjældne tilfælde kan forudsige spændet i de indkomne tilbud.</p>	
<p>Udbudsloves §61 stk. 1 litra</p>	<p>I forbindelse med udbud med forhandling jf. Udbudslovens § 61 stk. 1 litra C ønskes en klar uddybning af brugen af førnævnte ifm. store sortimentsudbud. Ved sidstnævnte udbudstype ses ofte en høj grad af annullation idet kompleksiteten ved de store sortimentsudbud betyder, at tilbudsgiverne ofte ikke er konditionsmæssige pga. ukorrekt udfyldelse af tilbudsliste. Det er ordregivers vurdering at Forbruger og Konkurrencestyrelsen og store dele af advokatstanden ikke er enig i, hvorvidt disse sortimentsudbud kan omfattes af udbudslovens § 61 stk.1 litra C og herfor stiller det ordregiver en i situation, hvor mange ordregiver fravælger at anvende førnævnte udbudsform.</p>	

Høringssvar - Indkøbsfællesskab Nordsjællands (IN):

Paragraf	Beskrivelse af problematik	Forslag til ændring
§10	<p>Ved indkøb under tærskelværdierne fremgår det af § 10, at afsnit IV gælder uanset den anslåede værdi af kontrakten i modsætning til § 11, hvor tilsvarende afsnit V gælder for kontrakter med en anslået værdi over 500.000 kr.</p> <p>Men da retstilstanden før udbudsloven var mindre restriktiv på indkøb af varer og tjenesteydelser under tærskelværdien, da området var reguleret af tilbudsloven, må den danske lovbestemmelse i udbudsloven kunne opblødes ved fx at sætte samme begrænsning op som i § 11.</p>	<p>§ 10</p> <p>"Afsnit IV gælder for indgåelse af offentlige vare- og tjenesteydelseskontrakter, der ikke er omfattet af afsnit II eller III, hvis kontrakten eller projektkonkurrencen har klar grænseoverskridende interesse."</p> <p>ændres til:</p> <p>"Afsnit IV gælder for indgåelse af offentlige vare- og tjenesteydelseskontrakter, der ikke er omfattet af afsnit II eller III, og som har en anslået værdi på mindst 500.000 kr. eksklusive moms, hvis kontrakten eller projektkonkurrencen har klar grænseoverskridende interesse."</p> <p>Lovbemærkningerne skal beskrive, at hensigten er en opblødning, så bestemmelsen i § 10 følger bestemmelsen i § 11.</p>
§41	<p>"Ved henvisning til en eller flere af følgende standarder m.v. i prioriteret rækkefølge, idet hver henvisning skal efterfølges af udtrykket »eller tilsvarende«"</p> <p>Der savnes en præcisering af, hvilken metode ordregiver skal benytte for at sikre dokumentation for, at tilsvarende produkter lever op til de angivne standarder samt hvor grundig og i hvilken udstrækning ordregiver via sin undersøgelsespligt skal gå til værks.</p>	<p>§ 41 stk. 1 nr. 2</p> <p>"Ved henvisning til en eller flere af følgende standarder m.v. i prioriteret rækkefølge, idet hver henvisning skal efterfølges af udtrykket »eller tilsvarende«."</p> <p>Foreslås ændret til:</p> <p>"Ved henvisning til en eller flere af følgende standarder m.v. i prioriteret rækkefølge, idet hver henvisning skal efterfølges af udtrykket »eller tilsvarende«. Ordregiver anmoder i udbudsmaterialet tilbudsgiver om at</p>

		dokumentere at de tilsvarende produkter overholder standarden og undersøger om nødvendigt at et tilsvarende produkt overholder standarden.
§45	<p>Stk. 2. En ordregiver kan i forbindelse med gennemførelsen af udbud, hvor ordregiveren henviser til specifikke produktkategorier, gennemføre tilbudsevalueringen, jf. § 160, på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgivernes tilbudte sortiment.</p> <p>Der synes at mangle en/et definition/spillerum for begreberne "repræsentativt" og "sammenlignelige".</p> <p>En procentvis angivelse (f.eks. et spillerum) der fastlægger hvornår noget er repræsentativt samt en tydeliggørelse af hvad der skal til for at sikre sammenlignelighed. Dette vil gøre det mere gennemsigtigt og mindre risikofyldt at anvende metoden.</p>	<i>Vi har ikke et konkret forslag til at møde/løse problematikken.</i>
§67-72	<p>Hvorfor anvende udbudsformen konkurrencepræget dialog med kun én tilbudsrunde, når udbud med forhandling kan gennemføres i flere runder indtil endelig tilbudsafgivelse.</p> <p>Der bør indføres mulighed for at forhandle i konkurrencepræget dialog, da den ofte anvendes ved særligt komplekse anskaffelser. Nok kan dialogfasen udløse en ide/et løsningsforslag, som kan udbydes, men der synes at være behov for derefter at forhandle en endelig tilpasset løsning på plads med deltagerne.</p>	<p>§ 71. En ordregiver skal efter at have erklæret dialogen for afsluttet og underrettet de resterende deltagere herom opfordre deltagerne til at afgive de endelige tilbud på grundlag af den eller de løsninger, der er fastlagt under dialogen. De endelige tilbud skal indeholde alle de elementer, der er nødvendige for projektets udførelse.</p> <p>Stk. 2. En ordregiver skal fastsætte en passende frist for afgivelse af endeligt tilbud, jf. § 93.</p> <p>Stk. 3. På ordregiverens anmodning kan disse endelige tilbud afklares,</p>

præciseres og optimeres. Dette må dog ikke føre til, at der ændres ved vigtige elementer i udbuddet eller tilbuddet, eller til konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling i øvrigt.

Foreslås ændret til:

§ 71. En ordregiver skal efter at have erklæret dialogen for afsluttet og underrettet de resterende deltagere herom opfordre deltagerne til at afgive tilbud på grundlag af den eller de løsninger, der er fastlagt under dialogen. *Stk. 2.* En ordregiver kan forhandle med tilbudsgiverne om de indledende og alle efterfølgende tilbud, medmindre ordregiveren har forbeholdt sig ret til at tildele kontrakten på grundlag af det indledende tilbud.

Stk. 3. Det indledende tilbud skal danne grundlag for den efterfølgende forhandling. Der kan ikke forhandles om det endelige tilbud og grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.

Stk. 4. Forhandlingen kan finde sted i flere successive faser med henblik på at begrænse antallet af tilbud, der skal forhandles. Begrænsningen skal ske på grundlag af de kriterier for tildeling, der er fastlagt i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale.

Stk. 5. En ordregiver skal dokumentere forhandlingsforløbet og sikre, at alle tilbud under forløbet indgives skriftligt.

Stk. 6. Foretages der som følge af forhandlingerne ændringer i udbudsmaterialet, skal alle tilbudsgivere, der ikke er blevet afvist i henhold til stk. 3, orienteres herom.

		<p>Ordregiveren må ikke foretage ændringer i de grundlæggende elementer i det oprindelig udsendte udbudsmateriale.</p> <p><i>Stk. 7.</i> De endelige tilbud skal indeholde alle de elementer, der er nødvendige for projektets udførelse.</p> <p><i>Stk. 8.</i> En ordregiver skal fastsætte en passende frist for afgivelse af endeligt tilbud, jf. § 93.</p> <p><i>Stk. 9.</i> På ordregiverens anmodning kan disse endelige tilbud afklares, præciseres og optimeres. Dette må dog ikke føre til, at der ændres ved vigtige elementer i udbuddet eller tilbuddet, eller til konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling i øvrigt.</p>
§§135-138	<p>Det skal ikke være muligt at self-cleane i de tilfælde, der er nævnt i § 135 stk. 1 nr. 1) -5). Er virksomheden dømt for f.eks. bestikkelse, svig, terror eller hvidvaskning, skal det være muligt for ordregiver direkte at udelukke virksomheden fra deltagelse i udbuddet. En periode på 4 år er muligvis for længe og kan overvejes nedsat ved direkte udelukkelse uden forudgående self-cleaning.</p>	<p>§ 138. En ordregiver kan ikke udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, der har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er pålidelig, selv om den pågældende er omfattet af en eller flere af udelukkelsesgrundene i §§ 135-137.</p> <p>ændres til -</p> <p>§ 138. En ordregiver kan ikke udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, der har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er pålidelig, selv om den pågældende er omfattet af en eller flere af udelukkelsesgrundene i §§ 136-137.</p> <p>Øvrige bestemmelser i § 138 konsekvensrettes tilsvarende.</p>

<p>§137</p>	<p>Fiere af de frivillige udelukkelsesgrunde er formuleret uklart og der mangler en tydeliggørelse af bestemmelserne og deres rækkevidde samt hvor langt ordregiver skal gå i sin undersøgelse af om ansøger/tilbudsgiver er omfattet af udelukkelsesgrunden.</p> <p>F.eks. kræver man fra politisk side, at kommunen udelukker firmaer, som er involveret i skatteunddragelse eller ophæver kontrakten, hvis mistanken/konstateringen opstår under udførelsen af kontrakten. Det er ganske svært eller nærmest umuligt at udelukke firmaer som blot er mistænkt for skatteunddragelse. Det er også svært at fastsætte et niveau for udelukkelse af firmaer som har modtaget en endelig dom eller accepteret bødeforlæg for skatteunddragelse. Ordregiver har desuden ganske svært ved at afsøge markedet (også globalt) for diverse domme, kendelser, afgørelser m.v. som skal danne grundlag for en evt. udelukkelse.</p> <p>Kunne serviceattesten fra Erhvervsstyrelsen udvides til at kontrollere/erklære for udvalgte områder som f.eks. skatteunddragelse?</p>	<p>Det kunne overvejes at tydeliggøre enkelte frivillige udelukkelsesgrunde i § 137. F.eks.-</p> <p>3) ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet,</p> <p>4) ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning,</p> <p>Foreslås ændret til -</p> <p>3) ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet. Alvorlige forsømmelser kan bl.a., men ikke udelukkende, vedrøre forhold som skatteunddragelse.....</p> <p>4) ordregiveren har tilstrækkelige plausible indikationer til at konkludere, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. Tilstrækkelige plausible indikationer kan bl.a., men ikke udelukkende, vedrøre forhold som</p>
-------------	--	---

Høringssvar - Langeland Kommune:

Paragraf	Beskrivelse af problematik	Forslag til ændring
Vedrører §191 - 192	<p>I forbindelse med vurderingen af, om udbudslovens afsnit IV eller afsnit V - finder anvendelse, skal ordregiver vurdere, om en given kontrakt har klar grænseoverskridende interesse.</p> <p>Kravet opfattes som bureaukrati. Kravet giver øget transaktionsomkostninger for ordregiver og glemmes i nogle tilfælde fordi kravet ikke giver mening ved mindre enkelt køb.</p>	<p>Indsæt en beløbsgrænse - eksempelvis kr. 500.000</p> <p>Eller:</p> <p>Vurderingen foretages kun såfremt der er tale om en kontrakt.</p>

Høringsvar - Nørgaard Piening Advokater:

Paragraf	Beskrivelse af problematik	Forslag til ændring
§4	<p>Det bør i denne bestemmelse præciseres, at der er tale om interessekonflikter hos ordregiver, samt hvad disse kunne bestå i. Det forekommer eksempelvis i praksis, at der indenfor den ordregivende myndighed opstår interessekonflikter i forbindelse med gennemførelsen af udbud.</p> <p>Det vil i den forbindelse være ideelt at anføre en henvisning til forvaltningslovens bestemmelser vedrørende inhabilitet.</p>	<p>"En ordregiver skal træffe passende foranstaltninger til at identificere, forebygge og afhjælpe interessekonflikter i forbindelse med gennemførelsen af et udbud"</p> <p>ændres til:</p> <p>"En ordregiver skal træffe passende foranstaltninger til at identificere, forebygge og afhjælpe interessekonflikter i forbindelse med gennemførelsen af et udbud. Det skal således sikres, at der ikke deltager personer i udarbejdelse, evaluering eller lign. af udbud, såfremt der foreligger omstændigheder, som er egnede til at vække tvivl om vedkommendes upartiskhed"</p>
§5, stk. 3	<p>Bestemmelsen er en implementering af direktivets artikel 22, stk. 2, der omhandler spørgsmålet om, hvorvidt der kan kommunikeres mundtligt i forbindelse med andre kommunikationer end dem, der vedrører de væsentligste elementer i en udbudsprocedure.</p> <p>Bestemmelsen bør præciseres, da meningen med væsentlige elementer går på udbudsprocedurens elementer og tager ikke sigte på grundlæggende elementer i udbudslovens forstand.</p>	
§24	Definitionsbestemmelsen indeholder ikke en beskrivelse af, hvordan loven skal	

	<p>forstås i forhold til dynamiske indkøbssystemer. Der er ingen definition af begrebet. Indførelse af dynamiske indkøbssystemer i definitionsbestemmelsen kan resultere i, at flere ordregivere får større kendskab til indkøbsmetoden samt dens anvendelighed.</p> <p>Udbudslovens bestemmelser fra §§ 101 til 108 vedrører alle anvendelsen af dynamiske indkøbssystemer, derfor bør loven ligeledes indeholde en definition af dynamisk indkøbssystem.</p>	
§§ 95 - 100	<p>Rammeaftaler.</p> <p>Det bør ifm. rammeaftaler præciseres, hvorvidt der kræves fremsendelse af ESPD og serviceattest hver gang, der foretages et miniudbud (tildeling), samt hvordan det forholder sig, hvis der har været indhentet disse ting ifm. tildeling af rammeaftalen.</p> <p>Det bør uddybes at estimerer ifm. rammeaftaler altid skal oplyses i udbudsbekendtgørelsen og er udtryk for maksimalværdi som betyder, at rammeaftalen mister sin virkning når maksimalværdien er nået. Dette spørgsmål blev i december 2018 behandlet af EU-Domstolen i en præjudiciel afgørelse (C-216/17), hvor Domstolen bl.a. kom frem til, at der på trods af, at den ordregiver, som oprindeligt er part i sagen, kun er forpligtet til at iværksætte foranstaltninger, når der er tale om at præcisere værdien og hyppigheden af hver enkelt af de efterfølgende kontrakter, der indgås, skal ordregiveren til gengæld anføre den samlede mængde, der kan blive genstand for efterfølgende kontrakter. Ordregiveren er bundet af den samlede mængde, der anføres, og i tilfælde af, at den angivne mængde bliver overskredet i løbet af rammeaftalens løbetid, vil den pågældende rammeaftale</p>	

	<p>i følge EU-domstolen have udtømt sin virkning.</p> <p>I den forbindelse bør det præciseres at dette princip ligeledes gælder leveringsaftaler indgået på baggrund af en rammeaftale og det bør også præciseres, hvorvidt dette princip ligeledes gælder for estimater på varelinjeniveau.</p>	
§§ 101 - 108	<p>Det bør ifm. dynamiske indkøbssystemer præciseres, at der ikke kræves fremsendelse af ESPD og serviceattest hver gang, der foretages et miniudbud (tildeling) samt at disse kan indhentes fra tidspunktet for optagelse på systemet.</p> <p>Det bør præciseres, at det ikke er i overensstemmelse med reglerne om dynamiske indkøbssystemer at opkræve nogen form for betaling af leverandørerne, heller ikke bod ved manglende deltagelse i miniudbud eller omsætningsandel. Dette er præciseret af Kommissionen.</p> <p>Det bør præciseres, hvorvidt de 10 dage, der er fastsat til behandlingen af en ansøgning, alene gælder for ansøgninger, der indkommer efter udbuddet er afsluttet, eller om det også gælder ved evalueringen af de ansøgninger, der er indkommet ifm. afholdelse af EU-udbud.</p> <p>Det bør præciseres at levetiden i udbudsbekendtgørelsen skal opgøres pr. år (værdimæssigt).</p>	
§160	<p>Den pågældende bestemmelse bør slettes, hvis ikke bør det præciseres, at der kræves en mindre beskrivelse ved innovationspartnerskaber, konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling end ved begrænset og offentligt udbud.</p> <p>Det fremgår eksempelvis af bemærkningerne, at ordregiver i forbindelse med sortimentsudbud skal oplyse, hvilke varer, der danner grundlag for evalueringen. Det er relevant, hvis</p>	

	<p>ordregiver i forbindelse med et sortimentsudbud anvender en varekurv. Her skal det fastlægges og beskrives, hvilke varer fra varekurven, som vil danne grundlag for evalueringen. Ovenstående vil gøre det kommercielt uhensigtsmæssigt at foretage evalueringer på baggrund af et repræsentativt udsnit af tilbudte produkter. Dette er nu korrigeret til ikke at gælde for sortimentsudbud.</p> <p>I forbindelse med sortimentsudbud, hvor f.eks. kvalitetsvurderingen foretages på baggrund af en udvalgt varekurv, således ikke er hensigten med den foreslåede bestemmelse i § 160, stk. 1, 1. pkt., at ordregiveren på forhånd skal oplyse om, hvilke varer der vil danne grundlag for evalueringen ved at indgå i en eventuel varekurv.</p>	
§164	<p>Bestemmelsen kan give anledning til, at der fra tilbudsgivernes side er en øget tendens til at udforme tilbuddene så der ikke gennemføres kontrol, hvilket kan resultere i, at der er en risiko for fordrejning af konkurrencen til fordel for de tilbudsgivere, der skriver under på, at de overholder krav, som de i realiteten ikke overholder.</p>	
§185	<p>Det bør præciseres, om en rammeaftale kan anvendes, indtil der foreligger en ny rammeaftale i de tilfælde, hvor tildelingsbeslutningen, der ligger til grund for rammeaftalen, er blevet annulleret af Klagenævnet for Udbud.</p> <p>Det bør ligeledes præciseres, om en ordregiver er forpligtet til at opsiges en aftale, hvor tildelingsbeslutningen, der ligger til grund for aftalen, er blevet annulleret af Klagenævnet for Udbud før det tidspunkt hvor klagenævnets afgørelse er blevet endelig, eller om denne forpligtelse først træder i kraft, når kendelsen er blevet endelig (dvs. enten ved at kendelsen ikke er anket til</p>	

	domstolene, eller hvor der er afsagt endelig dom ved domstolene).	
--	---	--

Hørings svar - Odense Kommune:

Paragraf	Beskrivelse af problematik	Forslag til ændring
§176	<p>Udelukkelsesgrunde som ophævelsesgrund</p> <p>Bestemmelsen fastslår, at ordregiver kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens gennemførelse, forudsat at disse er <i>"forbundet med kontraktens genstand"</i>. På baggrund heraf har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i sin vejledning om <i>"Skattemæssige forhold i offentlige udbud"</i> konstateret, at ordregiver ikke lovligt kan fastsætte kontraktvilkår om, at det udgør væsentlig misligholdelse, såfremt leverandøren i kontraktperioden bliver omfattet af en udelukkelsesgrund (som også har været gældende i det udbud, der ligger til grund for kontraktforholdet). Det er Odense Kommunes opfattelse, at styrelsens vurdering bygger på en for restriktiv forståelse af, hvad der må forstås ved udtrykket <i>"forbundet med kontraktens genstand"</i>. Forhold, der har haft afgørende betydning for, om leverandøren overhovedet kunne få kontrakten, må per definition have en forbindelse til kontraktens genstand. Desuden er det ikke givet, at bestemmelser om misligholdelse og ophævelse overhovedet kan betragtes som <i>"særlige betingelser for gennemførelsen af en kontrakt"</i>, da der ikke er tale om vilkår for udførelsen, men om vilkår for terminering. Det er Odense Kommunes opfattelse, at det er særdeles uhensigtsmæssigt, hvis det ikke er lovligt at ophæve en kontrakt med en leverandør på grund af et forhold, som man - hvis forholdet var opstået eller konstateret tidligere - kunne have udelukket leverandøren på baggrund af.</p> <p>Det er desuden Odense Kommunes opfattelse, at retstilstanden er uklar og bør afklares.</p>	<p>Præcisering af, at ordregiver inden for rammerne af § 176 lovligt kan definere indtræden af forhold omfattet af en udelukkelsesgrund som væsentlig misligholdelse, forudsat at de pågældende udelukkelsesgrunde har været gældende i det udbud, der lå til grund for kontrakttildelingen.</p>
§42, stk. 1, nr. 1	<p>Kravspecificering på IT-området</p> <p>Det følger af bestemmelsen, at ordregiver i de tekniske specifikationer ikke må <i>"angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, som kendetegner de produkter eller tjenesteydelser, som en bestemt"</i></p>	<p>Præcisering af, at § 42 ikke finder anvendelse på henvisning til teknologier, som er tilgængelige for alle leverandører.</p>

økonomisk aktør leverer". Bestemmelsen har til formål at forhindre begrænsning og fordrejning af konkurrence samt at forhindre, at det bliver uigennemsigtigt, hvilke krav ordregiveren reelt stiller. Ved indkøb af IT-ydelser giver bestemmelsen imidlertid betydelige vanskeligheder, og dens anvendelse synes ikke på IT-området at understøtte dens formål.

Ved udbud af IT-ydelser arbejdes ofte med teknologier, som ikke er begrænset til én leverandørs anvendelse, men som snarere er et sæt retningslinjer for løsningen. Det kan også være en anvendelse, der bygger ovenpå et eksisterende produkt. Det er således meget udbredt, at man kan programmere i .Net frameworket, selvom man ikke er Microsoft, eller at man kan bygge et intranet op, selvom man ikke er Sitecore. Lidt populært kan det sammenlignes med, at dogmefilm er underlagt et sæt retningslinjer, men det er ikke Lars, Thomas og Søren, som er begrænset til at lave dem.

Henvisninger til sådanne teknologier udelukker således i sig selv ikke nogen leverandører, men den vil give en fordel til dem, som har kompetencer indenfor de pågældende retningslinjer. En sådan fordel synes ikke i sig selv at være en egentlig konkurrencebegrænsning, men synes snarere at være udtryk for, at visse leverandører har kernekompetencer inden for det område, som leverandøren efterspørger. Det er således Odense Kommunes opfattelse, at den teknologiske udvikling har betydet, at § 42 "rammer skævt" på IT-området, hvis den skal omfatte henvisninger til teknologier. Det er endvidere Odense Kommunes opfattelse, at en ordlydsfortolkning af § 42 ikke synes at understøtte, at henvisning til teknologier skal være omfattet heraf, når indkøbet ikke angår selve teknologien, men derimod udvikling/programmering i et system baseret på en sådan teknologi.

Det bemærkes, at en kravspecifikation, der ikke må indeholde henvisninger til teknologier, i praksis ofte vil være umulig at lave. Det kræver et kendskab til samtlige de funktionaliteter, der ligger bag teknologien, og et sådant kendskab har ordregiver stort set aldrig. Hvis det overhovedet er muligt at

	<p>opnå et sådant kendskab, så vil det kræve betragtelige eksterne ressourcer og dermed forøge transaktionsomkostningerne og forlænge udbudsprocessen. Endvidere vil det næppe forøge klarheden af udbudsmaterialet, idet henvisning til de funktioner, der ligger bag en teknologi, som regel vil fremstå langt mere uigennemskuelige for tilbudsgiverne end en henvisning til teknologien.</p>	
§42, stk. 1	<p>Open source kan ikke betragtes som et "fabrikat" Klagenævnet for Udbud ved kendelsen af 18. maj 2018, EG A/S mod Ejerkredsen ØS Indsigt, fundet, at en henvisning til et open source-system er omfattet af udbudslovens § 42. Det er Odense Kommunes opfattelse, at denne vurdering er forkert, og at kendelsens præmisser vil kunne skabe betydelige udfordringer ved køb af IT-ydelser.</p> <p>Open source-produkter er gratis og frit tilgængelige. En henvisning til et open source-system kan i sig selv således ikke begrænse konkurrencen, idet alle leverandører har fri og lige adgang til systemet. Den eneste "begrænsning", der vil kunne opstå, er, at visse leverandører har mere erfaring og stærkere kompetencer inden for systemet end andre leverandører har. Dette kan imidlertid ikke betragtes som en egentlig konkurrencebegrænsning. Derfor synes en henvisning til et open source-system ikke naturligt at falde inden for § 42's anvendelsesområde.</p> <p>Hvis det ikke er lovligt for ordregivere at henvise til open source-produkter, vil det i mange tilfælde blive særdeles vanskeligt for ordregivere at kravspecifilere IT-ydelser. Hvis man skal "oversætte" en henvisning til et open source-system med funktionskrav, så vil dette kræve uproportionalt mange ressourcer hos ordregiver (ressourcer, som sjældent findes internt), ligesom det ofte vil resultere i en mindre klar og gennemsigtig kravspecifikation.</p>	<p>Præcisering af, at open source-programmer ikke skal betragtes som værende omfattet af § 42, stk. 1.</p>
§42, stk. 1	<p>Medarbejderkompetencer som "eksisterende produkter"</p> <p>Det følger af forarbejderne til udbudslovens § 42, at "hvis ordregiver har behov for at et indkøb er</p>	<p>Præcisering af, at også eksisterende medarbejderressourcer kan betragtes som et</p>

	<p><i>kompatibelt med ordregiverens eksisterende produkter, kan ordregiveren efter omstændighederne være berettiget til at henvise til det eksisterende produkt". "Eksisterende produkter" er ikke defineret nærmere. Efter sin ordlyd synes det imidlertid ikke at omfatte eksisterende medarbejderkompetencer, selvom det umiddelbart synes sammenligneligt. Det er Odense Kommunes opfattelse, at hvis man kan henvise til eksisterende produkter, fordi disse i forvejen indgår i ordregivers drift/løsning, så må ordregiver også kunne henvise til, at et indkøb skal være af et bestemt fabrikat eller lignende med henvisning til, at ordregivers medarbejdere kun har kompetencer til at arbejde inden for lige netop dette. Hvis dette ikke er tilladt, vil et indkøb kunne nødvendiggøre firing af eksisterende personale eller tidskrævende og dyr efteruddannelse. Hvis man eksempelvis har ansat 20 mand, som kun har evner indenfor SQL-databaser, men man ikke må henvise til SQL ved indkøb af systemet, så kan man i praksis blive nødsaget til at afskedige disse medarbejdere, hvis den vindende tilbudsgiver ikke har tilbudt SQL.</i></p>	<p>forhold, der retfærdiggør henvisning til et bestemt produkt.</p>
<p>§42, stk. 2</p>	<p>Hvornår er det muligt at beskrive kontraktgenstanden?</p> <p>Det følger af bestemmelsen, at man kan anvende henvisninger som omtalt i stk. 1, hvis "<i>en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke er mulig</i>". Der savnes vejledning i relation til, hvornår beskrivelse ikke er <i>mulig</i>, herunder om vurderingen skal foretages på objektivet eller subjektivt grundlag, og om der kan konstateres umulighed med henvisning til at, at de ressourcer, som beskrivelsen vil kræve, er uforholdsmæssigt store.</p> <p>Det bemærkes, at for så vidt angår teknologiske produkter og IT-ydelser vil ordregiver oftest ikke have interne kompetencer, der er i stand til at udfærdige en kravspecifikation uden henvisning til bestemt produkter. I visse tilfælde vil kompetencer kunne købes eksternt, men det vil ofte medføre en betragtelig merudgift og forlængelse af udbudsprocessen.</p>	<p>Vejledning omkring niveauet for, hvornår et produkt er så tilpas svært at beskrive, at det er tilladt at anvende undtagelsen i §42, stk. 2</p>

<p>§42, stk. 2</p>	<p>Skal ordregiver på forhånd definere "eller tilsvarende"?</p> <p>Det følger af bestemmelsens andet punktum, at en produkthenvi- sing skal efterfølges af udtrykket "eller tilsvarende". På baggrund af dommen C-14/17, VARSrl, Azienda Transporti Milanisi Spa (ATM) mod Iveco Orecchia SpA er der tvivl om, hvorvidt ordregiver er forpligtet til i udbudsmaterialet at angive, hvad der vil blive betragtet som "eller tilsvarende", eller om dette kan afgøres efter ordregivers skøn ved evaluering af tilbuddene. Odense Kommune savner derfor en afklaring af retstilstanden.</p> <p>Det bemærkes, at hvis ordregiver er forpligtet til i udbudsmaterialet at beskrive, hvad der udgør "eller tilsvarende", så vil dette særligt ved komplekse ydelser i praksis ofte være umuligt, idet henvisningen til "eller tilsvarende" netop sker på baggrund af, at det ikke er muligt at kravspecifilere på anden vis – og dermed er det heller ikke muligt på forhånd at definere på hvilke andre måder kravene kan opfyldes.</p> <p>Hvis ordregiver derimod efter modtagelsen af tilbuddene kan foretage en skønsmæssig bedømmelse af den tilsvarende opfyldelse, så vil dette være en fleksibel løsning, der kan være medvirkende til at nedsætte transaktionsomkostningerne og fremme konkurrencen.</p>	<p>Præcisering af hvorvidt det er nødvendigt, at der på forhånd skal være opstillet kriterierne for, hvad der udgør "eller tilsvarende".</p>
<p>§43</p>	<p>Hvordan kan et krav i en standard opfyldes på "tilsvarende måde"?</p> <p>Det følger af bestemmelsen, at når ordregiver kravspecificerer med henvisning til standarder, så vil et tilbudt produkt, der ikke opfylder standarden, dog ikke kunne erklæres konditionsmæssigt, hvis tilbudsgiveren godtgør, "at de tilbudte løsninger på tilsvarende måde opfylder de krav, der er fastsat i den pågældende standard". Der savnes vejledning om, hvordan ordregiver skal foretage vurderingen af, om en løsning på tilsvarende måde opfylder standardens krav. Hvis en standard fx stiller krav om, at et produkt skal have en bestemt højde eller bestemt farve, hvordan kan et sådant krav så opfyldes på en "tilsvarende" måde? Hvis det</p>	<p>Vejledning om brug af bestemmelsen i praksis.</p>

	<p>er tanken, at ordregiver skal vurdere den tilsvarende opfyldelse ud fra de hensyn og formål, der ligger bag standardens enkelte krav, så stiller dette nogle krav til ordregivers tekniske indsigt, som i praksis ikke kan honoreres, og som vil kunne medføre betydelige transaktionsomkostninger for ordregiver. Det medfører desuden en iboende uklarhed om, hvilke krav der reelt stilles til ydelsen.</p>	
--	---	--

Høringssvar - SamAqua:

Paragraf	Beskrivelse af problematik	Forslag til ændring
	Bemærkning til ovenstående problematik	Ønske om, at mere fleksibilitet i forbindelse med forhandling. Mulighed for forhandling af områder, der kan økonomiseres og ikke begrænset af grundlæggende elementer. Alternativt skal ordregiver præcisere, hvad der ikke kan forhandles.
§160	Fuld offentliggørelse af evalueringsmodel	Fuld tilslutning til yderligere præcisering af, at evalueringsmodellen skal offentliggøres.
Tilbudsloven	Der er i dag to regelsæt, Tilbudsloven og Udbudsloven.	Det foreslås, at Tilbudsloven bliver lagt ind i Udbudsloven.
Kapitel 4, Blandede kontrakter	Afsnittet vedrørende blandede kontrakter henviser flere steder til andre regelsæt. Dette er ofte en udfordring for især forsyningsvirksomheder, at finde ud af hvilket regelsæt der skal anvendes.	Det er ønskeligt, at Udbudsloven fuldt ud regulerer blandede kontrakter og ikke henviser til andre regelsæt, alternativt at der udarbejdes vejledninger til rette valg af regelsæt.
Kapitel 18	Forsyningerne oplever i stigende grad en klagekultur fra tilbudsgiveres side, der animerer til nul-tolerancekultur, som medfører flere annullerede udbud og genudbud. Dette medfører øgede transaktionsomkostninger for både ordregiver og tilbudsgivere. Det opleves desuden, at udbud annulleres på baggrund af punkter, som i sidste ende ikke har konsekvens for tildelingen af kontrakten.	Indførelse af en proportionalitetsbestemmelse, hvilket medfører at der laves en minimumsgrænse for, hvornår en annullering skal ske. Annullering skal udelukkende ske ved mere alvorlige fejl og overtrædelser end det er tilfældet i dag. Dermed mindskes transaktionsomkostninger

		<p>for både leverandører og ordregivere.</p> <p>Indførelse af bestemmelse om konfliktbehandlingstrappe, der skal gennemføres før en klagesag gennemføres.</p>
--	--	---

Høringssvar - Syddansk Universitet:

Paragraf	Beskrivelse af problematik	Forslag til ændring
§191	<p>§ 191 fastsætter at en ordregiver forud for indgåelse af vare og tjenesteydelseskontrakter med klar grænseoverskridende interesse skal annoncere kontrakten. Der er imidlertid ikke nogen grænseværdi som tidligere, for hvornår denne vurdering skal foretages og vurderingen må således foretages for hvert et indkøb under tærskelværdierne. Dette er en tung og administrativ proces for en del offentlige ordregiver særlig de ordregiver der ofte foretager småindkøb (helt ned til 500 DKK) i udlandet.</p>	<p>Der bør indføres en grænseværdi fx 500.000 DKK for hvornår denne vurdering skal foretages.</p>

Høringsvar - Sydjysk Kommuneindkøb:

Paragraf	Beskrivelse af problematik	Forslag til ændring
§160	At evalueringsmodel skal beskrives specifikt og ikke kan fraviges i evalueringsprocessen ved eksempelvis stor spredning i de indkomne tilbud.	Det fungerer fint i praksis i de fleste tilfælde, men det skal være muligt at fravige såfremt tilbuddene ikke kan evalueres på den offentliggjorte model , hvis der er uventet stor spredning i eks. Pris, hvor hverken model nr. 1, 2 eller 3 kan rumme tilbuddene, så står vi kommunerne med en stor udfordring med at rumme de indkomne tilbud uden at skulle annullere. Trods kendskab og undersøgelse af markedet, kender vi ikke virksomhedernes nuværende situation, og ved derfor aldrig hvor tilbuddene lander prismæssigt.
§151	Indhentning af dokumentation før meddelelse om tildeling. Udfordrer ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet, da tilbudsgiverne ikke får oplyst resultatet simultant.	At tildelingen kan foretages med forbehold. Hvorefter dokumentation indhentes, hvis det viser sig, at tilbudsgiver ikke lever op til krav, kan tildelingen tilbagetrækkes og gives til en anden tilbudsgiver. Vi har endnu ikke oplevet at en tilbudsgiver ikke lever op til krav ved indlevering af dokumentation.
§151	Indhentning af dokumentation efter fornyet konkurrence/ miniudbud. Det er uhensigtsmæssigt, at der skal indhentes dokumentation for udelukkelseskriterierne efter miniudbud.	Løsning kunne være at ordregiver løbende i kontrakten, fx årligt kan indhente dokumentation på udelukkelseskriterier gældende for den

	<p>Det øger transaktionsomkostningerne for ordregiver i forhold til indhentning og vurdering af dokumentation, men det er også omkostningstungt for tilbudsgiver, der konstant skal have dokumentation klar.</p>	<p>kommende periode. Så det ikke skal gøre pr. gang.</p>
	<p>Særligt ved Offentlig udbud er det for uklart hvornår et mindstekrav kan og ikke kan ændres. Ved øvrige udbudstyper kan der være tekniske specifikationer som i dag sidestilles som mindstekrav disse kan heller ikke forhandles.</p> <p>Og hvornår et krav er et mindstekrav. Og der ved også et grundlæggende element. Det gør ikke processen mere fleksibel, for hverken tilbudsgiver eller ordregiver, at mulighederne for at ændre et mindstekrav er så indskrænkede og uigennemsigtige.</p> <p>Denne usikkerhed kan fører til flere annullationer som blot forøger transaktionsomkostningerne for alle parter</p>	<p>Kender ikke umiddelbart løsningen, men mener der bør arbejdes hermed</p>
§138	<p>Håndtering af udelukkelsesgrunde</p> <p>Kan være rigtig svære for kommunerne reelt at benytte sig af, da bevisbyrden i forbindelse med f.eks. en selfcleaning kan være enormt omfattende og helt umulig for en kommune at håndtere økonomisk og ressourcemæssigt.</p> <p>Udfordringen er at det først, er når der er faldet dom, som nogle gange er 2 - 3 år efter hændelse. Der var reelt ikke konsekvens for Atea, da de havde selfcleanet sig.</p>	<p>Kender ikke umiddelbart løsningen, men mener der bør arbejdes hermed</p> <p>Arbejdsbyrden kunne måske afhjælpes med et register ved KL som samler oplysninger og foretager løbende selfcleaning af virksomhederne.</p>
§140	<p>At udvælgelseskriterier skal være bundet op på et mindstekrav. Det betyder at vores tidligere brede skøn om en tilbudsgiver kan løfte opgaven kan vi ikke foretage mere.</p> <p>Ved fastsættelse af mindstekrav kan det nogle gange betyde, at man udelukker en tilbudsgiver, som fint kan løfte opgaven. Problemet er også at ikke alle regnskab er</p>	<p>Gør mindstekrav frivilligt. Altså man selv bestemmer hvornår det benyttes.</p>

	<p>offentligt tilgængeligt, så vi kan ikke undersøge på alle mulige tilbudsgiver. Risikoen ved fastsættelse af mindstekrav kan udelukke små og mellemstore virksomheder, hvilket ikke altid er intentionen.</p>	
	<p>Det er en udfordring for de små og mellemstore virksomheder at udfylde ESPD. Der er flere felter i skemaet som ikke er relevant for danske tilbudsgiver, de burde kunne slettes/fjernes lokalt. Vi modtager mange spørgsmål på denne del.</p>	
<p>§194 samt bek nr. 1572 af 30/11/2016</p>	<p>Krav om elektroniske udbud. Usikkerhed og evt. overimplementering af bekendtgørelsen. Anvisninger fra KFST siger, at der også er krav om at miniudbud også skal gennemføres via elektronisk system.</p> <p>I dag gennemfører vores decentrale selv miniudbud på ganske fornuftigvis, dette krav vil fremover medføre en højere intern transaktionsomk. i tid og penge.</p> <p>I bekendtgørelsen står der ikke specifik at miniudbud skal gennemføres elektronisk via et system.</p>	<p>Frafalde krav om elektronisk udbud ved miniudbud, ved genåbning af konkurrence</p>

Hørings svar - Aalborg Kommune:

Paragraf	Beskrivelse af problematik	Forslag til ændring
	<p>Markedsundersøgelse og inddragelse af ansøgere eller tilbudsgivere:</p> <p>I de nye udbud er det meget vigtigt at benytte sig af udvidede inddragelse af markedet flere gange i udbudsprocessen. Meget tidligt i udbudsprocessen skal markedet inddrages for at afprøve egne ideer og høre hvad markedet kan, herunder forandringsparathed. Senere i processen er det vigtigt at høre om der er bemærkninger til udbuddet før selve offentliggørelsen. Der kan også være en fordel af inddrage markedet i forbindelse med løsning af en case. Endelig er vores erfaringer med udbud med forhandlinger rigtig gode. Kommunen fik både et bedre produkt og en bedre pris end hvis det havde være uden forhandling.</p>	
	<p>SMV'er</p> <p>For at understøtte SMV'er er det et godt tiltag at kunne opdele udbud i mindre kontrakter. Dette gør f.eks. at lokale økologiske producenter kan tilgå en kontrakt med kommunen.</p> <p>Dette understøtter den erhvervsstrategi som kommunerne ofte har og samtidig "ædes" f.eks. de gode bæredygtige intentioner med et bæredygtigt udbud ikke af CO2-udledningen ved en lang transportafstand.</p>	
	<p>Mærkning og enklere dokumentation:</p> <p>Dette giver en lettere kontrol af et evt. krav om mærkning. Samt en sikring af at produktet lever op til mærkningen. Dog skal der være opmærksomhed på, at en mærkning kan udløbe i kontraktperioden eller at mærkning er på andre produkter end lige det der udbydes.</p>	

	<p>Hvis det alene er en tilkendegivelse af overholdelse af diverse miljøkrav er det svært at kontrollere om det også svarer til virkeligheden.</p> <p>Dog er der nogle virksomheder, som lever op til mærkningen på produkter men vælger det fra pga. det er dyrt at få mærket og opretholde mærkning. Mærkningen har også sine begrænsninger, da det ikke omfatter hele den cirkulære økonomi. En mærkning har svært ved at omfavne brugsdelen og bortskaffelsen.</p>	
	<p>Bæredygtige indkøb og livscyklusomkostninger</p> <p>Det er virkelig noget der batter i den grønne omstilling, hvis kommunerne kan bruge den store købekraft til at købe bæredygtigt ind.</p> <p>Erfaringer viser, at virksomhederne er parate til at byde på cirkulære udbud – dog har mindre virksomheder lettere ved at skabe forandringer end store virksomheder. Jeg har hørt virksomheder sige, at det er svært at forberede sig på cirkulært udbud for kommunerne indarbejder forskellige cirkulære elementer. Det er nemmere for en virksomhed, at forberede sig på krav om mærkning, for der ved de hvad der kræves.</p> <p>Erfaringer med at udbyde cirkulært er, at det kræver en investering af kommunen i udbudsprocessen. Ofte ender udbuddet med en økonomisk besparelse andet sted i kommune.</p> <p>Ofte vægtes det ikke hvor meget miljø, CO2, m.v. der spares ved at købe bæredygtigt.</p> <p>Dokumentationen og opfølgning på bæredygtighedskriterier kan være ekstra i et udbud.</p>	<p>Derfor anbefales det, at der arbejdes med en mere ensartet ramme for hvad cirkulære udbud er.</p> <p>Vejledning i hvordan kommunerne kan investere i udbud og få besparelserne kanaliseret til udbudsprocessen. CO2-besparelse m.v. med i beregning af bedste pris.</p> <p>Vejledning i hvordan man følger op på cirkulære krav</p> <p>Det kan være ønskeligt, at det er hele virksomheden, der stilles krav til.</p> <p>Der mangler nok mere hjælp til udbudskonsulenterne til hvordan udvælgelsen kan ske ud fra beskrivelser????</p>

	<p>Hvis det kræves at varen er købt af en bæredygtig virksomhed, kan der alene stilles krav til den del af virksomheden, der producerer varen.</p> <p>Bæredygtighed er svært at forudsætte, da forskellige byder kan have satset på forskellige forhold. Derfor kræver det, at tilbuddet går på en beskrivelse af et forhold og ikke på præcist på et bestemt forhold. Dette kræver et mod fra udbudskonsulenterne at baser udvælgelsen på en beskrivelse.</p>	
--	--	--

Høringsvar - Aarhus Kommune, Teknik og miljø

Paragraf	Beskrivelse af problematik	Forslag til ændring
Tilbudslovens §1, stk. 3	Det opleves som et problem, at der ikke foreligger klare retningslinjer for, hvornår man som ordregiver er forpligtet til at afholde licitation efter Tilbudslovens §7 i forbindelse EU-udbud med forhandling af bygge-anlægsarbejder (både efter Udbudsdirektivet og Forsyningsvirksomhedsdirektivet).	<p><i>Det foreslås, at man i forbindelse med en evt. revision af Udbudsloven overfører bestemmelserne fra Tilbudslovens §3, stk. 2 og §7, som, jf. lovens §1, stk. 3, er gældende for udbud af bygge- og anlægsarbejder over tærskelværdierne for EU-udbud, til Udbudsloven (og med en henvisning hertil i Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester).</i></p> <p><i>I denne forbindelse ønskes det klarlagt i lovteksten, alternativt i bemærkningerne til loven, hvornår der er pligt til at afholde licitation ved et udbud med forhandling. Er det:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. I forbindelse med åbningen af de indledende tilbud</i> <i>2. I forbindelse med åbningen af de indledende tilbud, forudsat at man har forbeholdt sig retten til at tildele kontrakten på baggrund af de indledende tilbud</i> <i>3. I forbindelse med åbningen af de endelige tilbud</i>

		<p>4. Hver gang man åbner tilbud, hvor man som ordregiver, på baggrund af disse tilbud, skal skille en eller flere økonomiske aktører fra i processen</p>
--	--	---

Hørings svar - Aarhus Kommune:

Paragraf	Beskrivelse af problematik	Forslag til ændring
	<p>Ensrettet terminologi i de forskellige formularer.</p>	<p>Terminologien i de forskellige formularer bør ensrettes; lige nu hedder det økonomisk og finansiel kapacitet i formularen til udbudsbekendtgørelsen og formåen i ESPD'en.</p>
<p>§151, stk. 1 samt stk. 3</p>	<p>Ordregiver skal forinden beslutning om tildeling af kontrakten kræve, at den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, fremlægger dokumentation i henhold til § 152 for de oplysninger, der er afgivet i det fælles europæiske udbudsdokument i henhold til § 148.</p> <p>Dette gælder dog ikke jf. §151 stk. 3 for tildeling på rammeaftaler med én leverandør eller når der sker direkte tildeling på rammeaftaler med flere leverandører.</p> <p>Det er i praksis et problem, at der skal indhentes denne dokumentation ved genåbningen af konkurrencen, idet miniudbud i kommunerne ofte foretages decentralt fx på en skole, og da det også kan vedrøre ganske små kontrakter. Det er således administrativt tungt og uhensigtsmæssigt, at fx en skole skal indhente denne dokumentation, såfremt de indkøber et nyt klatrestativ på en rammeaftale med flere leverandører. De virksomheder, der er på rammeaftalen, har allerede forelagt dokumentationen ved indgåelsen af rammeaftalen, og det virker besynderligt, at det tilsyneladende er ligegyldigt med et ekstra tjek, når kontrakter tildeles direkte, mens at det er lovpligtigt ved en genåbning af</p>	<p>Stk. 3 Stk. 1 gælder ikke for kontrakter, der er baseret på rammeaftaler, når sådanne kontrakter tildeles i overensstemmelse med §97 eller § 98, stk. 1, nr. 1.</p> <p>ændres til:</p> <p>Stk. 3. Stk. 1 gælder ikke for kontrakter, der er baseret på rammeaftaler.</p>

	konkurrencen. Især på rammeaftaler, hvor der både kan ske direkte tildeling og genåbning af konkurrencen forekommer bestemmelsen besynderlig.	
--	---	--

1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)

Fra: Marie-Louiss Nørmølle Nordlander <maln@au.dk>
Sendt: 20. februar 2019 14:06
Til: 1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)
Emne: Evaluering af udbudsloven
Vedhæftede filer: Evaluering af udbudsloven.docx

Hej

Vedhæftet Aarhus Universitets mest centrale bemærkninger i forbindelse med evaluering af udbudsloven.

Med venlig hilsen

Marie-Louiss Nørmølle Nordlander
Specialkonsulent og faglig koordinator

Mobil tlf.: 2280 4097
E-mail: maln@au.dk

AU Økonomi og Bygninger
Indkøb
Trøjborgvej 82-84
Bygn. 1918/322
8000 Aarhus C
<http://www.au.dk>



 Think before you print

Emne: Grundlæggende element jf. udbudslovens § 2 jf. § 66.5

Der ønskes en synliggørelse af "hvornår en ændring i udbudsmaterialet anses at udgøre en ændring af grundlæggende elementer" både i prækvalifikationsfasen samt tilbudsfasen, som medfører at ordregiver er forpligtet til at annullere og genudbyde opgaven.

I en synliggørelse kunne det fremgå hvilke overvejelser (evt. med eksempler) ordregiver skal gøre sig til at nå frem til, om ændringen vil være grundlæggende, herunder hvornår ændringen har påvirket deltagelsen, samt hvornår ændringen har påvirket konkurrencen.

Som eksempel fremgår det af kendelsen af 9. februar 2018, Dansk Cater A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S anføres det, at ændringen i dette udbud ikke angik juridiske eller funktionelle forhold, men alene lempelse af formkrav til tilbuddet, som ikke opfyldt kravene til påvirke beslutning om deltagelse eller egnet til at fordreje konkurrencen.

Mulighed for øget fleksibilitet i forhold til at kunne ændre krav undervejs i udbudsprocessen ved f.eks. opdeling af krav (mindstekrav-krav-evalueringskrav), hvor man ikke bliver ramt af ikke at kunne ændre kravene, fordi de (muligvis) kan anses for værende grundlæggende.

Emnet opleves som et praktisk stort problem, der giver benspænd i forhold til at få udbud gennemført uden annullationer.

Der efterspørges klarere anvisninger fra Kfst angående emnet.

Emne: Fristforlængelser ved grundlæggende elementer, UDBL § 93, stk. 4, nr. 2

Udbudsloven blev i sin tid lavet med det formål, at skulle sikre effektiv konkurrence om opgaverne, og føre til større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lave transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som leverandører.

Det fremgår af KFSTs analyse *Annulationer af danske EU-Udbud* fra januar 2019 at hvert femte danske EU-udbud annulleres og at 54 procent af disse annullerede udbud herefter genudbydes i modificeret form. Førromtalte annulleringer medfører store omkostninger for både ordregivere og leverandørerne, hvilket er ugunstigt og uhensigtsmæssigt i forhold til Udbudslovens formål. Større fleksibilitet i muligheden for fristforlængelser efter offentliggørelse af udbudsmaterialet vil potentielt kunne mindske antallet af annulleringer af EU-udbud og samtidig være i tråd med udbudslovens formål.

Det ville være en forbedring af Udbudsloven, såfremt klassificeringen af hvad der var et grundlæggende element blev gjort smallere, således flere små ændringer kunne ske uden at det samlet set ville være udtryk for en ændring af grundlæggende elementer.

Som konsekvens ville de annullationer, der sker med henvisning til fx den manglende mulighed for fristforlængelse efter § 93, stk. 4, nr. 2 kunne ske i højere grad, hvilket vil opleves mindre byrdefuldt for både ordregiver og leverandørfeltet end annullationen med deraf følgende genudbud.

Emne: § 160 - hældningsgrad

Med henvisning til den argumentation, som Region Midtjylland i kendelse fra Klagenævnet for Udbud af 8.8.17 har anført for påstand 1 og Klagenævnets udtalelse om dette, anser Indkøb på Aarhus Universitet det for en meget uhensigtsmæssig retsstilling, hvis hældningsgraden skal angives i udbudsmaterialet.

Det medfører en reel risiko for, at udbud vil skulle annulleres med det deraf følgende ekstra ressourceforbrug forbundet dermed for både ordregiver og tilbudsgiver. Der er i forvejen en alt for høj andel af udbud, der bliver annulleret som retsstillingen er nu.

I mange tilfælde vil det erfaringsmæssigt ikke være muligt at antecipere et realistisk forventeligt prisniveau, da mange faktorer spiller ind i prissætninger for tilbudsgivere, og dette ikke nødvendigvis kan afdækkes i en markedsdialog. Nogle brancher er mere konkurrenceprægede end andre, hvilket gør det sværere at afdække.

Det skal derudover nævnes, at det må anses at være i både ordregivers og tilbudsgivers interesse, at en evaluering kan tage højde for eventuelle udsving i forhold til et forventet prisniveau, der vil kunne favne disse udsving.

En fremgangsmåde kunne være at angive de elementer af en evalueringsmodel, der skal beskrives, for at denne anses som tilstrækkelig, jf. § 2, jf. § 160. Dette kunne være de afgørende elementer, som Klagenævnet lagde vægt på i ovennævnte kendelse: "at der ville blive benyttet en lineær pointmodel, at maksimumpoint ville blive givet til tilbuddet med den laveste pris, og at 0 point ville blive givet til det tilbud, der lå "xx %" over tilbuddet med den laveste pris. Det var samtidig oplyst, at der ved fastlæggelsen af den procentsats, som ville blive benyttet til at beregne nulpunktet, ville blive taget højde for det prisniveau, der forventedes forud for tilbudsfristen, samt for spredningen i de faktisk indkomne priser justeret for eventuelle unormalt lave eller unormalt høje priser" (side 28).

En fremgangsmåde kunne være at man i udbud med flere faser, fx udbud med forhandling, i forbindelse med det indledende tilbud ikke angav hældningsgraden, men at man når man offentliggjorde materialet til brug for afgivelse af det endelige tilbud angav hældningsgraden, da man med de indledende tilbud får en indsigt i prissætningen. Der er dog den uhensigtsmæssighed, at tilbudsgiver ved afgivelse af endeligt tilbud kan ændre så meget i sin prissætning, at det anteciperede prisniveau ikke længere er realistisk.

Alternativt kunne man indsætte en pligt til at kunne sandsynliggøre, hvorfor man ikke på forhånd kan fastlægge hældningsgraden, hvilket vil kunne være genstand for en efterprøvelse.

Formålet med udbudsloven er bl.a, at regelsættet skulle sikre effektiv konkurrence om opgaverne, og føre til mere fleksibilitet med lave transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som tilbudsgivere. En pligt til at angive hældningsgraden i udbudsmaterialet vil modvirke dette formål.

Modtager
Erhvervsministeriet
ok@kfst.dk

Dato: 20.02.2019
J. nr.: 2019-004122
Sagsbehandler: JUT001/
MJA032/BW1006/NNI029

KONCERNSTYRING
KONCERNØKONOMI
KONCERNINDKØB

Polititorvet 14
1780 København V

Telefon: 4515 4515
Direkte: 4137 3881

Besvarelse af høring vedrørende evaluering af udbudsloven

Rigspolitiet takker for at have fået mulighed for at fremkomme med høringssvar i forbindelse med evaluering af udbudsloven. Nedenfor følger Rigspolitiets og Kriminalforsorgens bemærkninger baseret på praktiske erfaringer med udbudsloven. Rigspolitiet har udarbejdet input umiddelbart nedenfor markeret med blå og Kriminalforsorgen den følgende markeret med grønt, men begge myndigheder står bag det samlede input.

Høringssvaret tager, som ønsket, udgangspunkt i de bagved liggende hensyn med udbudsloven, som bl.a. er at sikre effektiv konkurrence og lavere transaktionsomkostninger for ordregiver og marked.

Vi står naturligvis til rådighed for besvarelse af eventuelle spørgsmål og ser frem til resultatet af Erhvervsministeriets arbejde med evalueringen af udbudsloven.

Rigspolitiets input til evaluering af udbudsloven	
Emne	Bemærkning
UBL § 2, samt lov-bemærkninger til § 2. Generelle principper - mindstekrav som grundlæggende element.	<p>Det fremgår i bemærkningerne til udbudsloven, at mindstekrav, som et klart udgangspunkt, er et grundlæggende element og at en ændring af mindstekrav vil medføre annullation af udbud og fornyet udbuds procedure.</p> <p>Det bemærkes, at Direktivet ikke synes fuldt ud at understøtte den danske fortolkning af hvad et mindstekrav er. Konkurrence og forbrugerstyrelsen har netop offentliggjort i en ny rapport, at mange udbud annulleres pga., at Ordregiver har formuleret mindstekrav som ikke er markedskonforme eller har lavet mindre fejl i udbudsmaterialet, fx fejl i formuleringen i et af de ofte hundredvis af mindstekrav. Det kan være små, i realiteten ubetydelige, detaljer i mindstekrav, der kan medføre annullation. Fx kan der i et sortimentsudbud med tusindvis af varelinjer være stillet et mindstekrav om en bestemt længde, som alle tilbudsgivere</p>



	<p>falder uden for med en halv cm. Og dermed er alle tilbud ukonditionsmæssig. I sådanne tilfælde er den sikre løsning at annullere udbuddet for ikke at risikere at overtræde udbudsreglerne ved at overgå til udbud med forhandling. Der kunne nemlig potentielt findes en leverandør på markedet, som netop lige præcis kunne have opfyldt mindstekravet og dermed teoretisk kunne have budt ind.</p> <p>Det kunne derfor være gavnligt, rent samfundsøkonomisk, samt både for Ordregiver og Tilbudsgiver, at der gøres op med den rigide fortolkning af mindstekrav, som værende partout lig med et grundlæggende element, og at der i Udbudsloven blev åbnet op for en mindre snæver opfattelse af, hvad et mindstekrav er. Der burde således gives en mere bred adgang til at ændre og justere i mindstekrav inden tilbudsfrist, samt at kunne lade urealistiske mindstekrav udgå. Resultatet ville blive at mange annullationer og genudbud kunne undgås. Med andre ord ønskes retspraksis tilbage til før Udbudsloven, hvor der var en mindre snæver opfattelse af mindstekrav.</p> <p>Alternativt kunne Udbudsloven indarbejde en helt ny kategori af mindstekrav, som værende mindstekrav, som ikke er grundlæggende elementer, således kunne der implementeres tre kategorier af krav:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Mindstekrav, der er grundlæggende elementer og som ikke kan ændres (nuværende opfattelse af mindstekrav). 2) Mindstekrav, som skal overholdes af tilbudsgiver, men som ikke er grundlæggende elementer, dvs. de kan til en hvis grad justeres ændres, præciseres og slettes frem til tilbudsfrist. Manglende overholdes betyder ikke automatisk udelukkelse/ukonditionsmæssighed. 3) Evalueringskrav / krav (ønsker)
<p>UBL § 61, stk. 1. Hvornår er endeligt tilbud endeligt</p>	<p>Udbudsprocedure: Udbud med forhandling, "endeligt revideret tilbud", jf. § 61, stk. 1 er det muligt?</p> <p>Det er uklart hvad man gør i den situation hvor man gennemfører udbud med forhandling (fra start af) og alle endelige tilbud ikke er konditionsmæssige. Der efterspørges en afklaring på hvorvidt det er muligt at bede om et endeligt revideret tilbud, såfremt alle endelige tilbud ikke er kondi-</p>



	<p>tionsmæssige.</p> <p>Rigspolitiet anbefaler, at der åbnes op for muligheden for et "endeligt revideret tilbud" eller at der alternativt åbnes op for muligheden for at overgå til udbud med forhandling, jf. § 61, stk. 1, nr. 2, ved anvendelse af udbudsformen udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.</p>
<p>Gennemsigtighed med hældningsgrad</p>	<p>Det vurderes unødvendigt, at angive hældningsgraden ved "Pris" ved pointmodellen, idet det vil være en klar overimplentering af direktivet.</p> <p>I praksis vil det betyde, at pointmodellen ikke vil kunne anvendes fuldt ud, idet de sekundære modeller der skal anvendes er svært tilgængelige for både ordregiver og tilbudsgivere. Dette tager ligeledes en stor del fleksibilitet ud af ordregivers muligheder for, at "Pris" får den reelle vægtning, da alle scenarier skal udtænkes forud for at de reelle priser indkommer.</p> <p>I praksis kunne man også overveje, om gennemsigtighed med hældningsgraden får den tilsigtede virkning hos tilbudsgiver, idet kompleksiteten af de alternative modeller ofte er uproportionelle ift. udbuddets økonomiske omfang og idet den endelige hældningsgrad alligevel afhænger fuldt ud af de konkurrerende virksomheders tilbudspris, som ikke er kendt på forhånd.</p> <p>Rigspolitiet anbefaler derfor, at retstilstanden efter Region Midtjylland kendelsen af 8. august 2017 fastholdes.</p>
<p>UBL §§ 10 og 191. Kontrakter med klar grænseoverskridende interesse med en værdi under 500.000 kr.</p>	<p>I henhold til udbudsloven § 191 har ordregivere pligt til at annoncere anskaffelser under tærskelværdi, som har klar grænseoverskridende interesse.</p> <p>For helt små anskaffelser synes det ressourcetungt i hver enkelt sag at foretage og dokumentere en konkret vurdering af om en anskaffelse har klar grænseoverskridende interesse eller ej.</p> <p>I mere udtalt grad kan annonceringspligten synes byrdefuld. Særligt når anskaffelsers karakter trods en lav værdi kan tale for, at anskaffelserne har klar grænseoverskridende interesse. I disse tilfælde er transaktions-/administrations-omkostningerne ofte uproportionelt høje, herunder fordi annonceringsprocesser kan blive komplekse</p>



	<p>og give anledning til såvel klagesager og aktindsigtssager. Dette skal ligeledes ses i lyset af, at det kan være svært at skære ned på kompleksitet og ressourceforbrug i annonceringsprocedurer, bl.a. fordi de økonomiske aktører har en forventning om en høj grad af gennemsigtighed og ligebehandling – ofte svarende til udbudslovens regler om evaluering mv.</p> <p>Det kan desuden overvejes, om dansk erhvervsliv stilles dårligere end udenlandsk, hvis man i andre lande lader ordregivere købe alle mindre anskaffelser (f.eks. alle indkøb under 500.000 kr.) ind lokalt på <i>markedsmæssige vilkår</i>, således at dansk erhvervsliv oplever større konkurrence udefra, men ikke modsvarende får adgang til de tilsvarende udenlandske kontrakter, hvor man har valgt en mere liberal gennemførelse af direktivet.</p> <p>Også i lyset af de tidligere regler, hvor der kun var annonceringspligt for anskaffelser over 500.000 kr. anbefaler Rigspolitiet derfor, at der igen indføres en beløbsgrænse, hvorunder anskaffelser ikke skal annonceres.</p>
<p>UBL §§ 29 og 178-182. Værdiopgørelse ved ændringshåndtering.</p>	<p>§ 29 fastsætter, hvordan kontraktværdier opgøres. §§ 180, 181 og 183 muliggør %-mæssige udvidelser ift. kontraktværdien. Det virker imidlertid uhensigtsmæssigt, hvis procenterne skal opgøres på baggrund af værdien i udbudsbekendtgørelsen – både hvis den reelle værdi af kontrakten viser sig at være væsentlig højere eller væsentlig lavere, end det er skønnet/fastsat i udbudsbekendtgørelsen.</p> <p>Det anbefales derfor at specificere, hvordan disse værdier opgøres, og gerne på baggrund af værdien i kontrakttildelingsbekendtgørelsen.</p>
<p>BEK nr. 1572 af 30/11/2016 - anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud. Miniudbud gennem elektronisk system</p>	<p>Alle udbud skal gennemføres elektronisk, jf. BEK nr. 1572 af 30/11/2016 vedrørende anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud – hvilket for Ordregiver i realiteten betyder anvendelse af et elektronisk udbudssystem, som EU-Supply eller Mercell.</p> <p>Men det kan være uhensigtsmæssigt, at alle mindre miniudbud med en begrænset kontraktværdi i realiteten skal gennemføres via elektronisk udbudssystem, da det er en ressourcekrævende og omkostningstung proces for både Ordregiver og Tilbudsgiver. Det er ofte ikke Ordregivers centrale indkøbsafdelinger, der i praksis gennemfører miniudbud, men mindre decentrale enheder, der ofte ikke</p>



	<p>tidligere har anvendt elektroniske udbudssystemer til at gennemføre miniudbud. Anvendelse af de ret tekniske udbudssystemer, som ikke er særligt brugervenlige, er ressource tungt – i særdeleshed for Ordregiver men også for Tilbudsgiver. Det vil derfor være mindre ressourcekrævende for både ordregiver og tilbudsgiver ved mindre miniudbud med begrænset værdi (bagatelgrænse på fx 100.000 kr.), at miniudbud kunne gennemføres uden brug af elektronisk udbudssystem. I stedet kunne ordregiver fx udsende udbudsmateriale via e-mail, up-loade på hjemmeside og modtage tilbud via sikker mail eller elektronisk per USB stick. Ordregiver skal naturligvis stadig kunne dokumentere, at de grundlæggende principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet overholdes - fx at Tilbud ikke åbnes før tilbudsfrist, mv.</p> <p>Rigspolitiet anbefaler således, at miniudbud med en begrænset værdi kan udføres uden om elektroniske udbudssystemer.</p>
<p>UBL §95 Rammeaftales længde ud over 4 år.</p>	<p>Jf. § 95 kan rammeaftaler i ekstraordinære tilfælde have en længde på mere end 4 år.</p> <p>I lovbemærkningerne til § 95 nævnes få eksempler på ekstraordinære tilfælde, der kan begrunde en længere løbetid. Men der savnes en generel definition af hvad, der begrunder såkaldte ekstraordinære tilfælde.</p> <p>Rigspolitiet opfordrer til, at der tilføjes flere eksempler, som understøtter gældende retspraksis, det ville have stor værdi og fjerne en hel del usikkerhed for ordregivere, der fx udbyder IT-kontrakter og øvrige kontrakter, hvor produkternes levetid eller tilbudsgivers afskrivningshorisont rækker ud over 4 år.</p>
<p>UBL § 171, stk. 2.</p>	<p>"§ 171. En ordregiver <i>skal</i> hurtigst muligt og samtidig underrette alle berørte ansøgere og tilbudsgivere skriftligt om, hvilke beslutninger ordregiveren har truffet, <i>herunder</i> beslutninger om</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) udvælgelse af økonomiske aktører, 2) begrænsning af antallet af tilbud og løsninger, 3) tildeling af en kontrakt, 4) optagelse i et dynamisk indkøbssystem og 5) annullation af udbudsproceduren. <p>Stk. 2. Underretning om beslutninger som nævnt i stk. 1,</p>



	<p>nr. 1, skal til forbigående ansøgere være ledsaget af en begrundelse for, hvorfor ansøgerens anmodning om deltagelse er blevet afvist, og navnet på de ansøgere, som er blevet udvalgt."</p> <p>I bemærkningerne til lovforslaget § 171 står: "Stk. 1 fastsætter, at ordregiveren hurtigst muligt og samtidigt skal underrette alle berørte ansøgere og tilbudsgivere om, hvilke beslutninger ordregiveren træffer som led i udbudsproceduren. Forpligtelsen gælder, uanset hvilken udbudsprocedure ordregiveren har anvendt.</p> <p>Beslutninger som ordregiveren skal underrette om <u>kan</u> efter bestemmelsens stk. 1, nr. 1, være beslutninger om, hvilke økonomiske aktører, der er blevet udvalgt."</p> <p>Det er lidt uklart om ordregiver <u>skal</u> meddele, hvem der er prækvalificeret, samt om listen er udtømmende. Dette er relevant når der f.eks. kun er én ansøger. I det tilfælde kan det være relevant at tilbageholde oplysningen om, at kun én er prækvalificeret for at sikre incitamentet for gode priser og høj kvalitet.</p> <p>Rigspolitiet anbefaler således, at der ikke skal ske offentliggørelse af prækvalificerede virksomheder som en del af opfordringskrivelser.</p>
<p>UBL § 35. Tidspunkt for 12-måneders-periode.</p>	<p>§ 35 opsætter reglerne for successiv sammenlægning af varer/tjenesteydelser i relation til tærskelværdierne. Det virker utilsigtet og uhensigtsmæssigt, at leveringstidspunktet for første leverance initierer 12-måneders-perioden i § 35, nr. 2, når tildelingstidspunktet er afgørende for hvilke kontrakter, der skal tælles med inden for perioden.:</p> <p><i>"Ved vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakter, der indgås med regelmæssige mellemrum, eller som skal fornyes inden for et bestemt tidsrum, er grundlaget for beregning af kontraktens anslåede værdi</i></p> <p><i>1) den samlede faktiske værdi af lignende successive kontrakter, der er tildelt i løbet af de foregående 12 måneder eller det foregående regnskabsår, så vidt muligt korrigeret for alle forventede ændringer i mængde eller værdi i løbet af de 12 måneder, der følger efter indgåelsen af den indledende kontrakt, eller</i></p> <p><i>2) den samlede anslåede værdi af de successive kon-</i></p>



	<p><i>trakter, der vil blive <u>tildelt</u> i løbet af de 12 måneder, der følger efter første <u>levering</u>, eller i løbet af regnskabsåret, når dette er over 12 måneder.”</i></p> <p>Hvis der er dækning for at antage, at det er en fejl i direktivet, anbefaler Rigspolitiet, at det tilrettes i udbudsloven.</p>
<p>UBL § 138, stk. 6 Periode for udelukkelsesgrunde.</p>	<p>Der mangler klarhed over fra hvornår ordregiver kan udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra deltagelse i udbudsproceduren.</p> <p>Jf. udbudslovens § 138, stk. 6 er udelukkelsesperioden fastlagt til to år fra den relevante hændelse eller handling. I forarbejderne til udbudsloven står bl.a.:</p> <p><i>”Den 2-årige periode løber fra den relevante hændelse eller handling, der kan begrunde udelukkelse hvilket vil sige tidspunktet for den handling, som ansøgeren eller tilbudsgiveren har begået, og kan danne grundlag for ordregiverens brug af en udelukkelsesgrund.</i></p> <p>[...]</p> <p><i>I forhold til § 137, stk. 1, nr. 4, vil den relevante hændelse være på det tidspunkt, at ansøgeren eller tilbudsgiveren foretager en handling, der imødekommer indholdet af udelukkelsesgrunden. Dette kan være ved indgåelsen af en aftale mellem ansøgeren eller tilbudsgiveren og andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning. [...] Udelukkelsen på 2 år kan senest beregnes fra tidspunktet for aftalens ophør.”</i></p> <p>Forståelsen har derfor hidtil været, at udelukkelsesperioden beregnes fra deltagelsen i hændelse eller handling.</p> <p>I en nye dom (Sag C-124/17, Vossloh Laeis GmbH mod Stadtwerke München GmbH) slår EU-Domstolen imidlertid fast, at udelukkelsesperioden skal beregnes fra den dato, hvor den kompetente myndighed fastslår, at adfærden udgør en overtrædelse.</p> <p>Rigspolitiet anbefaler, at der i Udbudslovens skabes klarhed om hvorledes perioden for udelukkelse beregnes.</p>
<p>UBL § 24, nr. 24., §§ 12-16, In-house.</p>	<p>Rigspolitiet modtager jævnligt forespørgsler fra andre myndigheder vedr. ønske om at foretage indkøb på en af Rigspolitiets aftaler, hvor de forespørgende myndigheder</p>



	<p>ikke fremgår. Rigspolitiet er af den opfattelse, at der er uklarhed omkring de udbudsretlige udfordringer for disse transaktioner.</p> <p>Udbudsloven regulerer gensidigt bebyrdende aftaler, jf. UBL § 24, nr. 24. Ordregivende myndigheder kan imidlertid ikke indgå gensidigt bebyrdende aftaler med sig selv, hvorfor udbudsloven ikke regulerer <i>in-house</i> kontrakter indgået mellem forskellige enheder inden for samme myndighed.</p> <p>Det er i dansk retspraksis (Højesterets domme gengivet i U.f.R 1955, side 13, og U.f.R 1982, side 24) og i almindelighed antaget, at staten er ét retssubjekt og dermed én juridisk enhed, hvorfor en statsinstitutions anskaffelse af varer og tjenesteydelser fra en anden statsinstitution ikke er en egentlig gensidigt bebyrdende formueretlig aftale, da den indgås mellem to dele af samme retssubjekt – staten, Se Kammeradvokatens "Aktuel udbudsret" (2011), side 77-78.</p> <p>Antagelsen om at der ikke foreligger en udbudspligtig aftale, når der indgås aftaler mellem forskellige dele af staten, hvortil henregnes alle departementer og styrelser, uanset hvilket ressortområde, de pågældende myndigheder henhører under, deles endvidere – med støtte i dansk retspraksis – af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der positivt har tilkendegivet, at dette er tilfældet, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse af 15. december 2011 om "Hvorvidt staten i relation til det klassiske <i>in-house</i> begreb kan betragtes som en enhed", s.1-3.</p> <p>Der er altså momenter, der kunne tale for, at det i nogle tilfælde vil være i overensstemmelse med udbudsloven, at videresælge f.eks. lagermateriel fra en udløbet rammeaftale eller at foretage udlån i en begrænset periode til andre myndigheder af allerede konkurrenceudsat materiel.</p> <p>Rigspolitiet anbefaler, at der i forlængelse af §§ 12-16, undtagelser, indføres en bestemmelse, der regulerer forholdene omkring anskaffelser imellem myndigheder evt. med en bagatelgrænse.</p>
UBL § 8, stk. 2. Sammenlægning af projekt-anskaffelser	Det vurderes uhensigtsmæssigt, at delydelsesreglen i visse henseender ikke kan anvendes efter hensigten.



<p>i relation til tærskelværdierne.</p>	<p>Hvis man f.eks. har en bygge-anlægskontrakt på 2 mio. kr. kan den tilbudsindhentes, men en tilhørende kontrakt på en byggerådgivningstjenesteydelse til 20.000 kr. skal i udbud, da den skal sammenlægges med de 2 mio. kr. og idet § 8, stk. 2 ikke finder anvendelse, da hovedydelsen i dette eksempel ikke har været i udbud.</p> <p>Herudover er det uklart, om en vare/tjenesteydelseskontrakt (<595.000 kr.), som er udbudspligtig – både pga. § 8, fordi den indgår i et projekt, og pga. § 35, fordi den ordregivende myndighed løbende køber ind over tærskelværdien – kan undtages fra udbud efter § 8, stk. 2. Eller med andre ord er det uklart, om § 8, stk. 2, også kan undtage en kontrakt fra den successive sammenlægningsregel.</p> <p>Rigspolitiet anbefaler, at der skabes mere fleksibilitet omkring anvendelse af delydelsesreglen.</p>
<p>Praksis efter dom C-216/17.</p>	<p>Af dom C-216/17 af 19. december 2018 fremgår af præmis 61, " ... at den ordregivende myndighed, der oprindeligt var part i rammeaftalen, kun kan forpligte sig i eget navn og på vegne af andre ordregivende myndigheder, der er klart udpeget i denne aftale, inden for grænserne af en bestemt mængde, og at når denne grænse er nået, vil den pågældende aftale have udtømt sine virkninger " .</p> <p>Da dommen har skabt en uklar retstilstand, anbefaler Rigspolitiet således, at det bliver tydeliggjort, om udbudsloven skal fortolkes således, at ordregivers forbrugsestimater, herunder også på varelinjeniveau, ikke kan overskrides.</p>

Kriminalforsorgens input til evaluering af udbudsloven

Emne	Bemærkning
<p>Delydelsesreglen, § 8 stk. 2.</p>	<p>Loven (og bemærkningerne) bør afspejle gældende praksis, samt uddybes yderligere. Det bør klarlægges, hvornår og hvordan Ordregivere kan benytte sig af delydelsesreglen, samt om ordregiver som følge af saglige hensyn kan benytte delydelsesreglen flere gange.</p>
<p>ESPD § 151, stk. 2.</p>	<p>Mere fleksible regler for tidspunktet for indhentelse af dokumentationen i fx udbudsprocesser med prækvalifikation. Der bør være mulighed for at der i udbudsprocesser med prækvalifikationen kan indhentes dokumentation for oplysningerne angivet i ESPD'et tidli-</p>



	gere end før fremsendelse af underretningerne. Det er uhensigtsmæssigt, at ordregiver kan risikere at aflyse proceduren, fordi den potentielt vindende tilbudsgiver ikke kan verificere oplysningerne.
Effektiv kontrol, § 159, stk. 3 vs. § 164, stk. 2.	Er der en reel forskel eller kan den ene paragraf skrives ud eller slettes? Bemærkningerne til begge paragraffer giver ikke klarhed om en egentlig forskel eksisterer og § 164, stk. 2 virker ude af egentlig kontekst.
Overgang til udbud med forhandling, § 61, 2)	Der er proceduremæssig uklarhed over, hvordan selve overgangen foregår. Fx: er det tilbuddet afgivet i det annullerede udbud første tilbud i udbuddet med forhandling? Det bør beskrives bedre i både lovteksten og bemærkningerne, hvordan ordregiver skal håndtere overgangen til udbud med forhandlingen uden forudgående udbudsbekendtgørelse.
Mindstekrav (lovbemærkninger til § 2 og generel opfattelse)	Der er sondring mellem mindstekrav i offentlige/begrænsede udbud og udbud med forhandling. Jf. ligebehandlingsprincippet kan mindstekrav i nogle tilfælde ændres i førstnævnte procedurer, men mindstekrav betragtes (jf. bemærkningerne) altid som grundlæggende elementer i udbud med forhandling. Sondringen bør fjernes, så der ikke er forskel på mindstekrav i udbudsformerne.
Rammeaftaler	Det bør med den seneste EU-dom klarlægges om det forventede forbrug angivet i en rammeaftale tjener som en maksimalgrænse for hvornår rammeaftalen er opbrugt.
Produktkategorier, § 45.	Det bør klarlægges om en ordregiver ved sortimentsudbud kan handle fx "øvrigt sortiment", som ikke er specifikt medtaget i tilbudsliste/udbudsmaterialet, så længe ordregiver i udbudsmaterialet har taget højde for at inddrage produktkategorier. Dette ses i lyset af Klagenævnets dom af 15. februar 2019, KONE A/S mod SKI, hvor tildeling af ordrer for øvrigt sortiment blev annulleret, fordi produktkategorierne for øvrigt sortiment ikke var inkluderet af det oprindelige udbud.

Med venlig hilsen

Kriminalforsorgen og Rigspolitiet



Bygge- Anlægs og Trækartellet kvitterer for modtagelsen af høringsbrevet vedrørende evaluering af udbudsloven.

BAT-kartellet hilser ministerens arbejde velkomment, og ser frem til at bidrage med erfaringer fra bygge- og anlægsbranchen.

I samarbejde med Transport-, Bygnings- og Boligudvalget inviterede BAT i januar til høring om udbud i byggeriet med fokus på sociale klausuler og arbejdsklausuler. Dette hørings svar tager afsæt i de temaer og indlæg der blev præsenteret fra de tilstedeværende politikere samt byggeriets aktører.

Offentlige bygherrer og klausuler

Det er væsentligt at de offentlige bygherrer går forrest i kampen om at etablere arbejdsmiljøklausuler allerede i udbudsfasen. Da det jo som bekendt, er det offentlige der står med regningen når det dårlige arbejdsmiljø resulterer i udgifter til bl.a. sygedagpenge, revalidering og førtidspension samt udredning og behandling. Årligt koster dårligt arbejdsmiljø staten mellem 70-80 mia. kr. Selvom bygge- og anlægsbranchen kun beskæftiger 6 procent af arbejdsstyrken, stod branchen for 13 procent af arbejdsulykkerne i 2017 og 20 % af de alvorlige arbejdsulykker.

EU's udbudsdirektiv og de danske udbudsregler giver rig mulighed for, at offentlige bygherrer fastlægger krav om arbejdsmiljø allerede når byggeopgaven udbydes. Et sådan krav kan formuleres som arbejdsmiljøklausuler på linje med arbejdsklausuler, som det er sket i de fire største danske byer. Her har man i udbudsfasen frasorteret entreprenører der ikke har ordentlige forhold. Sådanne klausuler har en præventiv effekt og fordrer dialog mellem aktørerne i bygge- anlægsbranchen, hvilket kan fremme det gode arbejdsmiljø og reducere ulykkestallet.

Andre lande har allerede iværksat arbejdsmiljøklausuler, derfor opfordrer BAT danske myndigheder og arbejdsmarkedets parter til at kortlægge udformningen af disse. Dette vil skabe grundlag for udviklingen af lignende tiltag i Danmark. Dette kan realiseres under Ekspertudvalgets anbefaling nummer 17, der omhandler den fremtidige arbejdsmiljøforskningsstrategi.

Best available technology (BAT)

Offentlige udbud bør stille krav om, at bygherre og entreprenører så vidt muligt anvender den bedste tilgængelige teknologi til udførelsen af arbejdet. Det skaber klare rammer for det udførende arbejde i byggeriet, og vil bevirke at færre vil blive nedslidt. Et krav om anvendelse af BAT i udbuddet, bidrager også til et bedre 'byggeflow' og stærkere økonomi i det pågældende bygge- anlægsprojekt.

På vegne af byggefagene i BAT-kartellet

Casper Arnsbo Poulsen

Arbejdsmiljøkonsulent i BAT.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

Dansk Industri
Confederation of Danish Industry

Sendt pr. e-mail til: ok@kfst.dk

DI's høringsvar vedrørende evaluering af udbudsloven

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har bedt om bemærkninger til udbudsloven til brug for en kommende evaluering af loven. Styrelsen har efterspurgt, at bemærkningerne i videst muligt omfang tager udgangspunkt i de hensyn, der lå til grund for udbudslovens vedtagelse.

Formålet var at regelsættet skulle:

- føre til *større klarhed, forenkling og fleksibilitet* med lave transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som leverandører, og
- sikre effektiv konkurrence om opgaverne.

DI's vurdering af udbudsloven

DI vurderer, at udbudsloven danner et godt grundlag for offentlige ordregiveres indgåelse af kontrakter med virksomheder. Udbudsloven har - sammenlignet med den tidligere implementering af EU's udbudsdirektiver - skabt større *klarhed* om udbudsreglerne hos såvel ordregivere som tilbudsgivere. Dette skyldes dels lovens intuitive opbygning, dels de grundige lovbemærkninger til udbudsloven samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledningsarbejde.

Det er DI's opfattelse, at selve implementeringsmodellen (lovimplementering fremfor bekendtgørelse) grundlæggende har *forenklet* reglerne. Dertil kommer, at udbudsloven medførte en ophævelse af annonceringspligten for offentlige kontrakter under tærskelværdien, hvilket af både ordregiver og tilbudsgiver opfattes som en forenkling.

DI bemærker tillige, at den praktiske implementering og håndtering af det fælleseuropæiske udbudsdokument, ESPD'er (European Single Procurement Document) har vist sig uforholdsmæssigt omkostningsdrivende for virksomheder. Trods gode intentioner i tankerne bag ESPD'et, så har ESPD'et øget kompleksiteten omkring udbudsprocessen, i særdeleshed for virksomheder, som ikke hyppigt deltager i offentlige udbud, herunder også SMV'er. DI anbefaler, at det er et indsatspunkt fremadrettet for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at følge og tilsikre en let og smidig anvendelse af ESPD'et for virksomhederne.

For så vidt angår *fleksibilitet*, så er det DI's overordnede vurdering, at udbudsloven medførte flere mekanismer, som understøttede fleksibilitet - i særdeleshed indførelse af bestemmelsen om markedsdialog, udbudsformen udbud med forhandling og bestemmelserne om ændringsadgang. Det er dog også DI's vurdering, at nogle af disse mekanismer ikke for alvor bliver bragt i anvendelse i dag. Og det er derfor DI's opfordring, at den kommende evaluering har fleksibilitet som et centralt omdrejningspunkt.

DI skal endvidere minde om, at klarhed og fleksibilitet ofte i reguleringssammenhæng er hinandens modsætninger. DI har vanskeligt ved at se, at der kan opnås yderligere forenkling af regelsættet uden, at det vil have en uheldig og uønskelig effekt på fleksibiliteten i regelsættet.

Endeligt skal DI konstatere, at udbudsloven understøtter, at der er en *effektiv konkurrence* om de offentlige opgaver i Danmark. Det er dog ikke DI's vurdering, at udbudsloven i væsentlig grad har styrket konkurrencen om de offentlige opgaver.

DI skal påpege, at udbudsloven ikke har ført til konkurrence om flere offentlige opgaver. Siden udbudslovens ikrafttrædelse i 2016 er der alene konstateret en mindre stigning i kommunernes konkurrenceudsættelse. Fra 2015 til 2017 er indikatoren for konkurrenceudsættelse i kommunerne steget fra 26,5 pct. til 27,1 pct. Samtidig ses ifølge en undersøgelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at der samlet set er sket et fald i konkurrencen om de offentlige opgaver fra 2016 til 2017, således der nu på tværs af kommuner, regioner og stat i 2017 skabes konkurrence om 25,3 pct. af opgaverne.¹

Som supplement kan også DI henlede opmærksomheden på Europa-Kommissionen årlige gennemgang og vurdering af EU-landenes performance på 12 centrale parametre inden for offentlige udbud.² På fire ud af 12 parametre konkluderer Kommissionen, at Danmark har en utilfredsstillende performance. Det gælder eksempelvis for SMV'ers deltagelse i udbud, og offentlige ordregiveres afgivelse af tilstrækkelig informationer ved indgåelse af offentlige kontrakter. På tre parametre vurderer Kommissionen, at Danmarks performance er middel. Og på fem parametre er Danmarks performance tilfredsstillende, eksempelvis fællesindkøb på tværs af flere ordregivere.

DI's prioriteter for evalueringen

DI finder det nødvendigt, at evalueringen af udbudsloven indebærer et forløb med en konkret drøftelse af flere af bestemmelserne i loven med henblik på at afsøge muligheden for at skabe yderligere fleksibilitet i regelsættet inden for rammerne af EU's udbudsdirektiv.

DI anbefaler endvidere, at evalueringen af udbudsloven dels sker med afsæt i en række analyser og indsamling af oplysninger om andre medlemslandes implementering af ud-

¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2018)
<https://www.kfst.dk/pressemeddelelser/kfst/2018/20181214-lille-nedgang-i-konkurrenceudsattelse-af-offentlige-opgaver/>

² Europa-Kommissionen. Public Procurement Scoreboard 2017:
http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm

budsdirektivet, dels sker med en systematisk inddragelse af interessenter på området. DI skal derfor opfordre til, at der fra Erhvervsministeriets samt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens side afsættes de nødvendige ressourcer hertil. DI angiver i det nedenstående de punkter, som vi finder relevante, at styrelsen belyser yderligere i forbindelse med evalueringen.

Samlet set er DI's prioriteter og anbefalinger til fokusområder for evalueringen:

- Innovation og kvalitet
- Fleksibilitet
- Ansvarlighed
- SMV'ers adgang
- Transaktionsomkostninger

I forhold til **innovation og kvalitet** er det generelt oplevelsen blandt virksomheder, at de ofte i både udbudsprocessen og kontraktfasen har vanskeligt ved at se efterspørgslen på og muligheden for at byde ind med nye og innovative løsninger. Forventningen til udbudsloven var, at den vil føre til en mere innovativ og effektiv opgaveløsning i den offentlige sektor. Dette synes dog ikke umiddelbart at være tilfældet og skyldes bl.a., at der ikke benyttes totalomkostningsperspektiver og fleksible udbudsformer i den grad, som det var forventet. DI skal derfor opfordre til, at styrelsens evaluering belyser ordregiveres (barrierer for) brug af de mekanismer, som netop kan åbne for innovation og kvalitet.

Konkret anbefaler DI i forhold til udbudsformen **udbud med forhandling** (udbudslovens §§ 61-66), at det undersøges og drøftes, om adgang til at benytte udbudsformen kan tydeliggøres og udvides. Det er DI's opfattelse, at udbudsformen kan benyttes til udbud af vareindkøb, når indkøbet medfører brede sortimenter, komplekse leveringsforhold, omfattende serviceaftaler mv. DI anbefaler også, at det drøftes, om adgangen til at indsnævre feltet af tilbudsgivere undervejs i udbudsprocessen er tilstrækkelig vid og velbeskrevet.

Blandt virksomheder er der erfaring med og tiltro til, at **to kuvert-systemet** for tilbuds-evaluering sikrer et klart fokus på kvalitet i ordregivernes evaluering af de tilbudte løsninger. Derfor vurderer DI, at der er behov for en central opsamling på erfaringerne med at benytte to kuvert-systemet med henblik på en vurdering og drøftelse af udbredelse af modellen, herunder særligt tærsklen for modellen.

Det er DI's indtryk, at inddragelse af **livscyklusomkostninger** i tildelingen af offentligt udbudte kontrakter ikke for alvor har vundet udbredelse. DI opfordrer til, at det drøftes, om udbudslovens bestemmelse om livscyklusomkostninger i §§ 166-168 kan justeres.

I forhold til **fleksibilitet** er det et udbredt ønske blandt virksomheder på tværs af brancher, at der indlægges mere fleksibilitet og ændringsadgang i samarbejdet med offentlige aktører. Det gælder både for udbudsfasen og kontraktfasen. Dette ønske skal blandt an-

det ses i lyset af, at ca. hvert femte udbud i dag bliver annulleret, og at den hyppigste årsag hertil er fejl i udbudsmaterialet.³

DI opfordrer til, at ordregivers adgang til at tilpasse et udbudsmateriale efter offentliggørelse, men før henholdsvis anmodningsfristen og tilbudsfristen undersøges og drøftes særskilt. Dette blandt andet med henblik på at udvide rummet for, at offentlige ordregivere kan tilpasse udbudsmaterialet i kølvandet på indkomne spørgsmål i udbuddets spørgsmål-svar fase. Tilpasningen skal naturligvis ske med en tilsvarende passende forlængelse af tilbudsfristen.

Udbudsloven tydeliggør adgangen til at foretage ændringer af kontrakter i drift ved at kodificere retspraksis. §§ 178-180 i udbudsloven beskriver ordregiveres adgang til at foretage ændringer i indgåede kontrakter. Flere virksomheder oplever et behov for at kunne tilpasse sin opgaveløsning undervejs i kontraktperioden. Eksempelvis fordi ny teknologi tillader optimering og ændring af opgaveløsningen. DI anbefaler, at det undersøges og drøftes, om der inden for rammen af direktivet kan skabes klarere og større adgang til at foretage ændringer af kontrakter, end udbudsloven giver i dag. I denne forbindelse bør det undersøges, hvordan vores nabolande har skabt adgang til at foretage kontraktændringer undervejs i driftsfasen.

Under temaet **ansvarlighed** finder DI det naturligt, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen belyser nærmere i evalueringen, hvordan der kan opnås større klarhed om udelukkelsesmekanismerne i udbudsloven. Siden udbudslovens ikrafttrædelse i 2016 er der oparbejdet erfaringer med adgangen til at udelukke virksomheder fra udbud, og DI kan konstatere, at det aktuelt drøftes åbent blandt nogle ordregivere, om der kan etableres "sortlister" eller advarselsregistre med henblik på udelukkelse. DI opfordrer til en drøftelse og præcisering af klarheden af bestemmelsen om de frivillige udelukkelsesgrunde, særligt § 137, stk. 1, nr. 3-6. Det er DI's vurdering, at der i dag er betydelig uklarhed om rækkevidden og de tilknyttede dokumentationskrav, hvilket efterlader de offentlige ordregivere i tvivl og tilbudsgiverne i en retssikkerhedsmæssig gråzone.

Endvidere finder DI, at det bør drøftes i regi af evalueringen, hvem der er den relevante part til at vurdere virksomhedernes dokumentation for pålidelighed, jf. §138. I dag er det op til den enkelte ordregivere, dvs. den enkelte indkøbskonsulent i kommunen e.l., at vurdere, om en virksomhed skal udelukkes eller betragtes som såkaldt self-cleanet. Dette skaber risiko for en varierende praksis, og det pålægger den enkelte indkøbskonsulent en vanskelig opgave, som forventeligt kun opstår med års variation. DI kan forstå, at andre lande har indført centrale organer, der vurderer en virksomheds dokumentation for pålidelighed på vegne af de enkelte indkøbere og ordregivende myndigheder. En central løsning vil sikre en ensartet praksis samt forenkle udbudsarbejdet for de enkelte ordregivende myndigheder.

Udbudslovens § 159, stk. 3, stiller krav om, at ordregivere skal foretage en effektiv kontrol af oplysninger i tilbud. Virksomheder på tværs af brancher har været i situationer, hvor de kunne konstatere, at det vindende tilbud i en udbudsproces ikke har levet op til

³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2019) Annullationer af danske EU-udbud, se: <https://www.kfst.dk/media/53660/annullationer-af-danske-eu-udbud.pdf>

ordregiveres krav, og virksomhederne har derfor gjort ordregivere opmærksom herpå. Det er eksempelvis set på området for byggevarer, hvor de tilbudte produkter i et vindende tilbud ikke har levet op til kravene i udbudsmaterialet om bl.a. brudstyrke og sikkerhed. Dette er dog sket uden, at ordregiverne på den baggrund har udført en kontrol af de tilbudte produkter. Den manglende håndhævelse skaber en uhensigtsmæssig konkurrencesituation.

DI foreslår, at det undersøges, hvordan andre lande regulerer ordregiveres pligt til at føre effektiv kontrol med tilbudsgivernes tilbud og efterfølgende opgaveløsning. I forlængelse heraf foreslår DI, at det drøftes, hvorvidt den pligt, der følger af § 159, stk. 3, giver den fornødne klarhed for ordregiveres pligt, om den med fordel kan tydeliggøres, eller om pligten bør skærpes.

For så vidt angår *SMV'ers adgang* til offentlige kontrakter, så er det indtrykket blandt virksomheder, at udbudsloven ikke i væsentlig grad har øget SMV'ernes andel blandt de tilbudsgivende virksomheder. DI skal opfordre til, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens evaluering særskilt undersøger SMV'ernes faktiske deltagelse i de offentlige udbudsprocesser og faktiske andel af de tildelte kontrakter.

Endvidere finder DI det vigtigt, at styrelsen undersøger offentlige ordregivers praksis for kontrakter under tærskelværdier uden grænseoverskridende interesse, svarende til udbudslovens § 193. Som tidligere nævnt, finder DI ophævelsen af annonceringspligten i udbudsloven og indførelse af § 193 som et positivt element i udbudsloven, fordi det fungerer afbureaukratiserende og transaktionsomkostningsbesparende. På den anden side har flere virksomheder overfor DI angivet, at det i dag er sværere at komme i betragtning, som mulig tilbudsgiver hos offentlige ordregivere, i forbindelse med en tilbudsindhentning. Det bør drøftes, om der skal indføres supplerende tiltag for at styrke gennemsigtigheden blandt offentlige ordregivers kommende indkøb over 500.000 kr. og under tærskelværdien, eksempelvis indførelse af krav om offentliggørelse af en årlig indkøbsplan i stil med det krav, som i dag omfatter alle statslig institutioner i medførelse af statens indkøbscirkulære.

Endeligt skal DI's konstatere, at udbudslovens krav i § 155 om, at referencer til dokumentation af teknisk formåen maksimalt må være tre år gamle for vare- og tjenesteydelseskontrakter (og fem år for bygge- og anlægskontrakter), forekommer unødigt ufleksibelt og med risiko for udelukkelse af SMV'er. SMV'er kan ikke forventes at have nye referencer (mindre end tre år gamle) på alle typer opgaver, hvorfor en meget stringent tilgang til kravet skaber risiko for udelukkelse af ellers konkurrencedygtige virksomheder. I den forbindelse skal DI opfordre til, at evalueringen belyser muligheden for en øget fleksibilitet omkring kravet til referencers alder, herunder præcisering og udvidelse af undtagelsen i § 155, stk. 1, punkt 2, om konkurrencehensyn samt præcisering af begrebet "referencens alder".

I forhold til *transaktionsomkostninger* skal DI kvittere positivt for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens fokus på emnet siden udbudslovens ikrafttrædelse. Endvidere skal DI tilføje, at der ses med bekymring på udviklingen i brugen af udbudsformerne, idet of-

fentligt udbud benyttes væsentligt oftere end tidligere. For udbudslovens ikrafttrædelse blev udbudsformen offentligt udbud benyttet i ca. 50 pct. af udbuddene, hvorimod det i 2018 blev benyttet i mere end 60 pct. af udbuddene. Brugen af begrænset udbud er faldet tilsvarende. Særligt på rådgiverområder, hvor der typisk er mange interesserede tilbudsgivere, resulterer brugen af udbudsformen offentlig udbud i store transaktionsomkostninger for branchen.

Forklaringen på udviklingen skyldes sandsynligvis, at udbudsloven i § 56, stk. 6, indfører krav om, at hele udbudsmaterialet skal offentliggøres samtidig med udbudsbekendtgørelse (og ikke efter prækvalifikationsvurderingen som tidligere). Dermed har ordregivere mister den tidsbesparende gevinst ved begrænset udbud, som de tidligere har kunne drage nytte af.

DI foreslår, at det undersøges, hvordan andre lande har implementeret bestemmelsen om udbudsformen offentlige udbud, herunder kravet om tidspunktet for offentliggørelse af udbudsmaterialet, og at det drøftes, om erfaringerne herfra kan overføres til Danmark med henblik på at sikre fleksible forhold for ordregivere i forbindelse med offentliggørelse af hele udbudsmaterialet. Dette punkt kan også samtænkes med ovenstående afsnit om fleksibilitet og ordregiveres adgang til at foretage ændringer i et offentliggjort udbudsmateriale.

Adskillige virksomheder har gjort opmærksom på, at det er en udbredt praksis at kræve dokumentation for opfyldelse af oplysninger i ESPD'et allerede i forbindelse med vurderingen af anmodninger om prækvalifikation. Udbudslovens § 151, stk. 2, giver ordregivere ret til - for at sikre en korrekt udbudsprocedure - på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren at kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremlægger dokumentation for overholdelse af udelukkelsesgrunde og egnethedskrav.

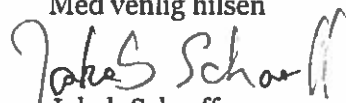
Umiddelbart forekommer denne praksis uforenelig med intentionen bag indførelsen af ESPD'et og skaber unødige transaktionsomkostninger, da virksomheder i stedet kan nøjes med at aflevere et udfyldt ESPD. DI foreslår, at adgangen til at kræve tidlig dokumentation for oplysninger i et ESPD begrænses i udbudsloven. Eksempelvis kan hentes inspiration i den undtagelsesformuleringen i § 142, stk. 2, som angiver, at afvigelser alene kan ske, når der er særlige risici forbundet med opgaveløsningen.

Endvidere foreslår DI, at ordregivers pligt til at indhente dokumentation for oplysningerne i ESPD'et, før indgåelse af en kontrakt på baggrund af et miniudbud under en rammeaftale fjernes eller indskrænkes i videst mulig grad.

Afslutningsvist skal DI nævne, at flere virksomheder endvidere har gjort opmærksom på eksempler, hvor ordregivere for kontrakter under 500.000 kr. ikke følger lovens intention for tilbudsindhentning af op til tre tilbud og i stedet indhenter fire eller fem tilbud på opgaver på eksempelvis 300.000. Heri ligger en kilde til unødvendige transaktionsomkostninger for virksomheder, idet den brede tilbudsindhentning i de konkrete situationer ikke var begrundet. DI foreslår, at det drøftes, hvordan denne praksis undgås, herunder om indgåelse af offentlige kontrakter under 500.000 kr. også bør reguleres efter udbudslovens § 193.

DI står naturligvis til rådighed for en uddybning af ovenstående, og vi ser frem til de kommende drøftelser af udbudsloven.

Med venlig hilsen


Jakob Scharff



NOTAT

20-02-2019

EMN-2018-02364

1259615

Kenneth H. Sørensen

Evaluering af udbudsloven

Danske Regioner vil hermed kvittere for lejligheden til at give svar på, om udbudsloven har haft den tilsigtede virkning, og om der er erfaringer, der giver anledning til anbefaling af lovændringer.

Det fremgår af høringsbrevet, at bemærkningerne i videst muligt omfang skal tage udgangspunkt i de hensyn, der lå til grund for udbudslovens vedtagelse. Formålet hermed var, at regelsættet skulle sikre effektiv konkurrence om opgaverne og føre til større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lave transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som leverandører.

Danske Regioner har både nogle overordnede, generelle bemærkninger med forslag til indsatsområder for det kommende evalueringsarbejde, og konkrete, begrundede forslag til konkrete ændringer og præciseringer i udbudsloven. Forslag der kan bidrage til at skabe større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lavere transaktionsomkostninger til følge. De konkrete forslag er vedlagt.

Danske Regioner ser frem til det videre arbejde med evalueringen og vil opfordre til en inddragende proces, hvor såvel Forum for Udbud som Følgegruppen for Udbud inddrages aktivt.

Overordnede bemærkninger

Regionerne har brug for en effektiv konkurrence og velfungerende markeder, så de kan købe effektivt ind. Udbudsloven regulerer regionernes omfattende indkøb af varer og tjenesteydelser og er overordnet set velfungerende og fungerer efter hensigten. Men det er en kompleks lovgivning, og der er behov for en vis smidiggørelse, hvis målet om større klarhed, forenkling og fleksibilitet skal nås.

En vej er at se på de områder, hvor den danske udbudslov er mere vidtgående end udbudsdirektivet. Her kan der hentes inspiration fra øvrige EU-lande. Formålet er at se på mulighederne for at forenkle regelsættet med henblik på at reducere transaktionsomkostningerne og antallet af annullationer. Danske Regioner vurderer, at der er flere eksempler på en mindre effektiv regulering af området som følge af særlige nationale regler.

Der er tilsvarende behov for at skabe større klarhed om mulighederne for at smidiggøre arbejdet i det udbudsfaglige maskinrum. Dette gælder tilrettelæggelsen, gennemførelsen og evalueringen af udbud. Det fremstår unødigt komplekst, hvilket bidrager til annullationer og klagesager, der medfører betydelige omkostninger for både ordre- og tilbudsgivere.

Evalueringsarbejdet kan også foregå mere tematisk, hvor relevante temaer drøftes. Dette arbejde bør tage udgangspunkt i grundige analyser og studier, således at der sikres et solidt grundlag for eventuelle lovjusteringer. Danske Regioner har følgende forslag til overordnede temaer

- A) Lavere transaktionsomkostninger
- B) Unødig overimplementering af udbudsdirektivet
- C) Større smidighed i tilrettelæggelsen, gennemførelsen og evalueringen af udbud.
- D) Bidrag til at fremme innovation og kvalitet
- E) Ansvarlighed, herunder klarere rammer for udelukkelse og selfcleaning

Forslag til temaer i evalueringen

a) Lavere transaktionsomkostninger

Transaktionsomkostningerne er betydelige for både ordre- og tilbudsgivere. Dette følger af mange form- og proceskrav i udbudsloven. Også klager og annullationer bidrager til at øge omkostningerne ved udbudsarbejdet. Det er derfor vigtigt, at den lovgivningsmæssige ramme ikke bidrager til at fremme antallet.

Danske Regioner anbefaler, at der fokuseres på mulighederne for at smidiggøre form- og proceskrav med henblik på at reducere unødige transaktionsomkostninger.

b) Unødig overimplementering af udbudsdirektivet

Der er en række områder, hvor udbudsdirektivet er overimplementeret i dansk lovgivning. Konkret drejer det sig eksempelvis om kravet om offentliggørelse af alle dele af evalueringsmodellen. Der er tale om en omkostningsfuld skærpelse og unødig bureaukratisering af udbudsprocesserne for ordregiver. Tilbudsgiverne har større risici for annullation. Kravet om "to-kuvert" system medfører

mindre fleksibilitet for ordregiverne og vil også medføre flere annullationer. Annullationer, der foretages efter tilbudsfristens udløb, medfører ofte meget store omkostninger for både ordregiver og tilbudsgiver.

Danske Regioner anbefaler, at der i forbindelse med evalueringen indhentes viden om praksis i de lande, vi normalt sammenligner os med. Formålet er at afdække mulighederne for at reducere omfanget af danske "sær-regler".

c) *Større smidighed i tilrettelæggelsen, gennemførelsen og evalueringen af udbud.*

Reglerne er i dag unødigt rigide, og der er stadig uklarhed om mulighederne for at agere fleksibelt og agilt i forbindelse med udbudsprocesserne. Konkurrence- og Forbrugerbrugerstyrelsens analyse "Annullationer af danske EU-udbud" af januar 2019 indikerer, at alt for mange udbud annulleres. Der er eksempelvis uklarhed om, i hvilket nærmere omfang ordregiver kan foretage nødvendige tilpasninger af udbudsmaterialet. Den øgede fleksibilitet vil kunne reducere antallet af annullationer, som er en stor barriere for både ordregiver og tilbudsgiver, og som er forbundet med uhensigtsmæssige transaktionsomkostninger.

Særligt ved brug af de fleksible udbudsformer giver det ikke mening, at udbudsmaterialet er underlagt så rigide restriktioner for ændringer.

Danske Regioner anbefaler, at der sættes fokus på de regler, der modvirker eller hindrer en smidig tilrettelæggelse, gennemførelse og evaluering af udbud med henblik på at få afklaret mulighederne for regeltilpasninger. Det drejer sig eksempelvis om mulighederne for at justere i udbudsmaterialet samt en lempelse af kravet om at offentliggøre alle dele af evalueringsmodellen.

d) *Bidrag til at fremme innovation og kvalitet*

Udbud og indkøb bidrager løbende til at løfte kvaliteten i opgaveløsningen. Udbudsloven skal sikre fornuftige rammer for at fremme forsknings- og innovationsarbejde, herunder indkøb af innovative løsninger. I den forbindelse er det afgørende, at ordregiverne har adgang til at gøre brug af udbudsformer, der fremmer innovative løsninger.

Regionerne har positive erfaringer med at bruge de fleksible procedurer, der er beskrevet i udbudsloven. Dette gælder den tidlige dialog med markedet, udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Regionerne benytter de fleksible procedurer i stigende omfang og særligt inden for bygge- og anlægsområdet. Netop med henblik på at sikre højere kvalitet i udbudsmaterialet.

Der er behov for at inddrage internationale erfaringer og eksempler på mere innovationsfremmende indkøb, herunder særligt kontraktmuligheder for længevarende innovative partnerskaber

Danske Regioner anbefaler, at der skabes klarere og enklere rammer for brugen af de fleksible udbudsformer samt at der indhentes gode og illustrative eksempler på udbudsformer og kontrakter, der er fremmende for innovative partnerskaber.

e) Ansvarlighed – herunder klarere rammer for self-cleaning og udelukkelse

Ansvarlighed er kommet i fokus som følge af flere aktuelle sager, hvor der bl.a. fokuseres på udbudslovens regler om udelukkelse og self-cleaning. Som reglerne er i dag, står den enkelte ordregiver meget alene, når det skal vurderes, om en virksomhed skal udelukkes, eller om virksomheden (i tilstrækkelig grad) har foretaget self-cleaning. Det er yderst ressourcekrævende og kræver særlige kompetencer at foretage en vurdering af, hvorvidt en virksomhed er self-cleanet. Der er også behov for en nærmere undersøgelse og vurdering af mulighederne for ordregivere, hvis der i kontraktperioden indtræder forhold, der forud for kontrakttildelingen var defineret som udelukkelsesgrunde.

Danske Regioner anbefaler, at det undersøges, om det er muligt at skabe klarere rammer for self-cleaning og udelukkelse, herunder om der er relevante internationale eksempler, der kan trækkes på. Det kan fx være et nationalt organ, der vurderer virksomhederne.

Indledning

Dette dokument beskriver Danske Regioners, på vegne af de fem regioners, forslag til ændringer i udbudsloven under en kommende revision af loven.

Afsnit 1 viser ændringsforslagene i tabeloversigt, inklusive forslag til formulering.

Afsnit 2 indeholder uddybende bemærkninger til hvert forslag.

AFSNIT 1: Ændringsforslag - tabeloversigt

#	§	Beskrivelse af problematik	Forslag til ændring
1	§ 8, stk. 2	Ordlyden kan rejse tvivl om, hvorvidt indkøb omfattet af § 8, stk. 2 i stedet for er omfattet af udbudslovens afsnit IV og V. Ordlyden i § 8, stk. 2 bør ændres, så det tydeligt fremgår, at reglerne i afsnit II-V ikke skal følges ved indkøb omfattet af § 8, stk. 2.	<p>"Uanset stk. 1 kan en ordregiver tildele en delkontrakt uden at følge reglerne i afsnit II eller III, når den anslåede værdi"</p> <p>ændres til</p> <p>"Uanset stk. 1 kan en ordregiver tildele en delkontrakt uden at følge reglerne i afsnit II-V, når den anslåede værdi"</p>
2	§ 61, stk. 4	<p>Det er uklart om det er et krav, at <u>alle</u> tilbudsgivere, der deltog i det forudgående offentlige eller begrænsede udbud, 1) opfyldte udbudsprocessens formelle krav, 2) ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund og 3) lever op til egnethedskravene, for at udbud med forhandling uden offentliggørelse af en bekendtgørelse kan anvendes.</p> <p>Eller om det alene er et krav, at kun de tilbudsgivere, der <u>deltager</u> i det nye udbud med forhandling, opfylder disse krav.</p> <p>Den sidstnævnte forståelse af bestemmelsen støttes af udbudsdirektivets artikel 26, stk. 4, litra b), der implementeres i § 61, stk. 4.</p> <p>§ 61, stk. 4 bør derfor præciseres i overensstemmelse med ordlyden i artikel 26, stk. 4, litra b).</p>	<p>"... når alle tilbudsgiverne under det forudgående offentlige eller begrænsede udbud har afgivet tilbud i overensstemmelse med udbudsprocedurens formelle krav..."</p> <p>ændres til</p> <p>"... når de deltagende tilbudsgivere under det forudgående offentlige eller begrænsede udbud afgav tilbud i overensstemmelse med udbudsprocedurens formelle krav..."</p>

3	§ 61, § 67 og § 73	<p>Påstand om, at ordregiver ikke har haft ret til at anvende udbudsformerne Udbud med forhandling, Konkurrencepræget dialog og Innovationspartnerskab bør ikke kunne rejses efter, at aktøren selv har givet tilbud.</p> <p>Bevæggrunden for den nuværende § 61, stk. 1, 67 stk. 1 og 73 er at beskytte tilbudsgivere mod unødige proces, men har de først valgt at deltage, og afgivet tilbud, har de også accepteret ordregivers vurdering af behovet for forhandling/dialog.</p> <p>Forslaget beskytter ordregiver og tilbudsgivere mod formelle klager vedr. procedurevalg, der kan føre til annullering af tildelingsbeslutning, jf. udbudslovens § 185.</p> <p>Bemærk at øvrige aktører samt klageberettigede organisationer fortsat har ubegrænset klageadgang, samt at klage over de materielle krav til procedurernes gennemførelse ikke foreslås begrænset (frister, forbud etc.).</p>	<p>Ny § 61, stk. 5: Tilbudsgivere er afskåret fra at klage over ordregivers valg af procesformen udbud med forhandling, efter at tilbudsgiveren selv har afgivet indledende tilbud, jf. § 65.</p> <p>Ny § 67, stk. 5: Tilbudsgivere er afskåret fra at klage over ordregivers valg af procesformen konkurrencepræget dialog, efter at tilbudsgiveren selv har afgivet tilbud, jf. § 71.</p> <p>Ny § 73, stk. 2: Tilbudsgivere er afskåret fra at klage over ordregivers valg af procesformen innovationspartnerskab, efter at tilbudsgiveren selv har afgivet indledende tilbud, jf. § 76.</p> <p>Lov om klagenævnet § 7 påvirkes af forslaget, idet der indsættes henvisning til udbudslovens Ny § 61, stk. 5, Ny § 67, stk. 5 og Ny § 73, stk. 2.</p>
4	§ 66, stk. 2	<p>I udbud med forhandling kan der ikke forhandles om mindstekrav. Baggrunden for bestemmelsen er UBD/2014/24/EU artikel 29, stk. 3, der har ordlyden: "<i>Minimumskravene og tildelingskriterierne er ikke genstand for forhandling</i>".</p> <p>Men da retstilstanden før 2014 var mindre restriktiv, og da der ikke med UBD/2014/24/EU er påtænkt en skærpelse, må den danske lovbestemmelse kunne opblødes ved fx at skabe afstand mellem definitionen på "minimumskrav" i direktivet og på de danske "mindstekrav".</p> <p>Ifølge Kirsi-Maria Halonen, President of the Finnish Public Procurement Association and Senior Lecturer, Docent, University of Lapland, er dette udbredt praksis i andre EU-lande, jf. hendes indlæg på</p>	<p>Der kan ikke forhandles om de endelige tilbud og grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling."</p> <p>ændres til:</p> <p>"Der kan ikke forhandles om minimumskrav, der må anses som grundlæggende elementer."</p> <p>Lovbemærkningerne skal beskrive, at hensigten er en opblødning.</p>

		<p>DFFU's medlemskonference den 24.1.2019.</p> <p>Den manglende fleksibilitet i forhandlingsudbud opleves af både ordregivere og tilbudsgivere som et problem, da den nuværende strenge fortolkning af § 66, stk. 2 er en barriere for det gode købmandskab.</p>	
5	§ 70, stk. 2 og stk. 5	<p>Under afholdelse af konkurrencepræget dialog må dialogfasen ikke medføre ændringer i mindstekrav, hvilket medfører en indskrænkning i fleksibiliteten i udbudsproceduren i forhold til den tilsvarende bestemmelse i UBD/2014/24/EU artikel 30.</p> <p>Ordlyden udgør en væsentlig indskrænkning i forhold til ordlyden i udbudsdirektivet, og dette udgør en barriere for opnåelse af de bedste, billigste og/eller mest innovative løsninger til løsning af væsentlige samfundsmæssige behov.</p> <p>Bestemmelsen bør ændres, så ordlyden bliver mere tekstnær i forhold til UBD/2014/24/EU artikel 30, og så bestemmelsen tilpasses på en sådan måde, at ordregiver kan tilføje, ændre eller supplere tekniske mindstekrav så længe, dette ikke medfører ændring i grundlæggende elementer.</p> <p>Stk. 5 ændres, så den ikke gentager ordlyden i stk. 2.</p>	<p>Stk.2. Dialogen kan vedrøre alle aspekter af udbuddet, men må ikke medføre ændringer i grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.”</p> <p>ændres til</p> <p>”Stk.2. Dialogen kan vedrøre alle aspekter af udbuddet, men må ikke medføre ændringer i grundlæggende elementer.”</p> <p>og</p> <p>”Stk. 5. Foretages der ændringer i udbudsmaterialet som følge af dialogen, skal alle de resterende deltagere orienteres herom. Ordregiveren må ikke foretage ændringer i de grundlæggende elementer i det oprindelig udsendte udbudsmateriale.”</p> <p>ændres til</p> <p>”Stk. 5. Foretages der ændringer i udbudsmaterialet som følge af dialogen, skal alle de resterende deltagere orienteres herom.”</p>
6	§ 95, stk. 2	<p>Ordlyd: ”En rammeaftale kan højst have en løbetid på 4 år. I ekstraordinære tilfælde kan en rammeaftale indgås for en længere periode.”</p> <p>UBD/2014/24/EU artikel 33, stk. 1 lyder: ”Rammeaftaler må højst gælde for en periode på fire år, undtagen i ekstraordinære tilfælde, som er behørigt begrundet navnlig i rammeaftalens formål.”</p> <p>Direktivet åbner således i modsætning til</p>	

		<p>udbudsloven op for, at ekstraordinære tilfælde kan være behørigt begrundet, og at dette især gælder, hvis begrundelsen relaterer sig til rammeaftalens formål.</p> <p>Udbudsloven indsnævrer herved mulighederne for at fravige varighed på 4 år.</p>	
7	§§ 135, 136 og 137	<p>I praksis giver det udfordringer, at udbudsloven ikke har de samme obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde som UBD/2014/24/EU.</p> <p>Når tilbudsgivere skal afgive tilbud, skal de udfylde et ESPD. Det giver anledning til praktiske problemer, at Danmark har valgt, at de frivillige udelukkelsesgrunde i § 136 skal være obligatoriske i Danmark.</p> <p>Der opfordres til, at man gør de obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 136 frivillige, som det er tilfældet i UBD/2014/24/EU.</p> <p>Det følger af § 137, stk. 1, at de frivillige udelukkelsesgrunde, som finder anvendelse i et udbud, skal anføres i udbudsbekendtgørelsen. Bestemmelsen implementerer UBD/2014/24/EU artikel 57, stk. 4, litra a)-d), g) og i), som ikke indeholder et tilsvarende krav.</p> <p>Der opfordres til, at § 137, stk. 1 ændres således, at de frivillige udelukkelsesgrunde skal anføres <i>enten</i> i udbudsbekendtgørelsen <i>eller</i> i udbudsmaterialet.</p> <p>Endvidere opfordres de danske myndigheder til at skabe et direkte link mellem udbudsbekendtgørelsen og ESPD, så udbudsbekendtgørelsen ikke kan offentliggøres uden samtidig offentliggørelse af ESPD.</p>	<p>Ens obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudsloven og i UBD/2014/24/EU.</p> <p>§ 137, stk. 1. En ordregiver skal anføre i udbudsbekendtgørelsen,,"</p> <p>ændres til</p> <p>§ 137, stk. 1. En ordregiver skal anføre i udbudsmaterialet,,"</p>
8	§ 135, stk. 1, nr. 5	<p>En tilbudsgiver kan være dømt ved endelig dom eller have vedtaget bødeforlæg for overtrædelse af reglerne i hvidvaskningsdirektivet som implementeret i national ret, uden at den pågældende tilbudsgiver dermed er omfattet af den obligatoriske udelukkelsesgrund i § 135, stk.</p>	<p>"hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme som defineret i artikel 1 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/60/EF af 26. oktober 2005 om forebyggende</p>

		<p>1, nr. 5. Denne forskel på definitionerne af hvidvask i reglerne er i strid med den almindelige retsfølelse.</p> <p>Der opfordres til, at denne udelukkelsesgrund skærpes i dansk ret, således at den omfatter alle tilfælde af hvidvask.</p>	<p>foranstaltninger mod anvendelse af det finansielle system til hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme (EU-Tidende 2005, nr. L 309, side 15)“</p> <p>ændres til</p> <p>”hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme som defineret i artikel 1 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/60/EF af 26. oktober 2005 om forebyggende foranstaltninger mod anvendelse af det finansielle system til hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme (EU-Tidende 2005, nr. L 309, side 15) samt dom og bøde for overtrædelse af reglerne i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/60/EF af 26. oktober 2005 om forebyggende foranstaltninger mod anvendelse af det finansielle system til hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme.”</p>
9	§ 140, stk. 2	<p>Bestemmelsen implementerer udbudsdirektivets artikel 58, stk. 5, der fastslår at egnethedskriterier (udvælgelseskriterier) skal angives i udbudsbekendtgørelsen. Bestemmelsen er dog implementeret i Kommissionens udbudsbekendtgørelser på den måde, at kriterierne for egnethed – via afkrydsning i udbudsbekendtgørelsens afsnit III.1.2 og III.1.3. - også kan angives i udbudsmaterialet.</p> <p>Implementeringen i udbudsbekendtgørelsen må derfor anses som Kommissionens fortolkning af artikel 58, stk. 5.</p> <p>Der opfordres derfor til, at § 140, stk. 2 ændres, således bestemmelsen bringes i overensstemmelse med denne fortolkning, og at egnethedskrav kan fastsættes som minimumskrav enten i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsmaterialet.</p>	<p>”Ordregiveren skal fastsætte egnethedskravene som minimumskrav i udbudsbekendtgørelsen”</p> <p>ændres til</p> <p>”Ordregiveren skal fastsætte egnethedskravene som minimumskrav i udbudsmaterialet”</p>
10	§ 144, stk. 2	<p>Støtteerklæringer kan kræves som en del af ansøgningen ved begrænset udbud, jf. KLFU-kendelse af 20/6 (Icomera mod DSB). Der er tvivl om, hvorvidt dette også gælder for offentlige udbud. Dette bør præciseres.</p>	<p>Tilføjelse til § 144, stk. 2 (dvs. nyt 3. pkt.):</p> <p>”Støtterklæringer kan kræves fremlagt som en del af ansøgningen eller tilbuddet.”</p>

11	§ 151	<p>Der er behov for en præcisering af dokumentationsforpligtelserne i forbindelse med miniudbud, jf. udbudslovens § 151, stk. 3.</p> <p>Reglerne er uklare, og KFST's vejledning "ESPD Dokumentation og e-Certis, Juni 2017" peger i retning af, at reglerne skal forstås således, at ordregiver i tilfælde af miniudbud er forpligtet til at indhente dokumentation for, at tilbudsgiveren <i>fortsat</i> ikke er omfattet af de oprindeligt valgte udelukkelsesgrunde og minimumskrav til egnethed.</p>	<p>Der opfordres til at præcisere reglerne eller vejledningen, således at det er klart, hvilke krav der er til overholdelse af de oprindelige udelukkelsesgrunde og minimumskrav til egnethed i forbindelse med miniudbud.</p>
12	§§ 152-153	<p>Det er forbundet med vanskeligheder i dag at kontrollere dokumentation for udelukkelsesgrundene hos udenlandske ansøgere og tilbudsgivere. Ordregiver står ofte med dokumenter, der er vanskelige at fortolke tilbundsående, og må ty til tro- og loveerklæringer.</p> <p>Det ønskes, at det gøres legalt at anvende tro- og loveerklæringer i alle situationer for udenlandske tilbudsgivere.</p>	<p>Der tilføjes følgende sætning til § 152, stk. 3:</p> <p>"Såfremt de ikke er dækkende for ordregiverens behov, kan der anvendes en erklæring på tro og love."</p> <p>I § 153, stk. 1, tilføjes som nyt nr.</p> <p>"3) En erklæring på tro og love".</p> <p>§ 153, stk. 2 slettes i sin helhed.</p>
13	§ 160	<p>Bestemmelsen om offentliggørelse af evalueringsmetode er hverken i sin oprindelige formulering, eller i den formulering, der følger af lovforslag fremsat i december 2018, hensigtsmæssig for ordregivere eller tilbudsgivere, da formuleringerne medfører en alt for uflexibel binding i relation til at finde det økonomisk mest fordelagtige tilbud.</p> <p>EU-rettens praksis, jf. Dimarso-dommen, udgør et tilstrækkeligt værn for tilbudsgivere mod, at ordregivere har frit valg mht. valg af evalueringsmetoden. Danske Regioner mener således ikke, at der er brug for § 160, der blot lægger bureaukratiske hindringer i vejen for det gode købmandskab og medfører risiko for flere annullationer, fordi ordregivere tvinges til på forhånd at lægge sig fast på en evalueringsmodel.</p>	<p>Det foreslås, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indhenter flere erfaringer med hensyn til, hvorledes reglerne om offentliggørelse af evalueringsmetode er i andre sammenlignelige EU-lande fx Sverige.</p>

14	§ 185, stk. 2	<p>En ren national bestemmelse, og dermed en overimplementering af udbudsdirektivet.</p> <p>Det anbefales, at bestemmelsen udgår, da den medfører risiko for, at ordregivere i højere grad end før udbudsloven vælger at anlægge sager ved domstolene for at undgå at skulle ophæve kontrakter i utide.</p> <p>Domstolene vil ofte først træffe afgørelse i sagen, når kontraktens løbetid er slut, hvorfor bestemmelsens virkninger vil være yderst begrænsede. Bestemmelsen medfører derfor risiko for ressourcespild for såvel de private aktører som de offentlige ordregivere.</p>	<p>Det anbefales at bestemmelsen udgår.</p>
15	§ 188, stk. 2 og stk. 3	<p>Vedrørende anvendelse af forhåndsmeddelelse til indkaldelse af tilbud i udbud omfattet af udbudslovens Afsnit III.</p> <p>Før kontraktindgåelser på baggrund af forhåndsmeddelelser skal der ske 1) underretning til ansøgere/tilbudsgivere i overensstemmelse med § 171, og 2), gennemførelse af standstill, jf. klagenævnslovens § 3, stk. 12.</p> <p>Kravet vurderes at være en skærpelse af betingelserne for anvendelse af forhåndsmeddelelse, der reelt har medført en begrænsning af mulighederne for løbende kontraktindgåelser (på grundlag af periodemæssigt afgrænsede forhåndsmeddelelser). Omfanget af berørte ansøgere/tilbudsgivere er netop ikke kendt på tidspunktet for tildeling af en sådan kontrakt.</p> <p>Kravet om begrundelse iht. § 171 og kravet om standstill bør derfor modificeres i forhold til løbende kontraktindgåelser på grundlag af periodemæssigt afgrænsede forhåndsmeddelelser.</p>	<p>”Stk. 2. Underretning til ansøgere og tilbudsgivere skal ske i overensstemmelse med § 171.</p> <p>Stk. 3. En ordregiver må tidligst indgå kontrakt, når standstillperioden er udløbet, jf. § 3, stk. 1 eller 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.”</p> <p>ændres til</p> <p>”Stk. 2. Underretning til ansøgere og tilbudsgivere skal ske i overensstemmelse med § 171.</p> <p>Stk. 3. En ordregiver må tidligst indgå kontrakt, når standstillperioden er udløbet, jf. § 3, stk. 1 eller 2, i lov om Klagenævnet for Udbud.</p> <p>Stk. 3. Stk. 2 og 3 gælder ikke for kontrakter indgået på baggrund af forhåndsmeddelelser i henhold til § 187, stk. 3.”</p>

16	§ 191	<p>Proceduren i udbudslovens afsnit IV er lempeligere end procedurerne beskrevet i udbudslovens afsnit III (light-udbud).</p> <p>Kontrakter under tærskelværdien med klar grænseoverskridende interesse skal, jf. § 191, stk. 1, annonceres.</p> <p>Der er i bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016, udstedt med hjemmel § 191, stk. 2 alene hjemmel til, at ordregiver kan løfte sin annonceringsforpligtelse i henhold til § 191, stk. 1 ved en udbudsbekendtgørelse.</p> <p>Der opfordres til, at det i bekendtgørelse 1572 § 10, stk. 4 præciseres, at ordregiver også kan løfte annonceringsforpligtelsen ved at anvende en forhåndsmeddelelse, jf. udbudslovens § 187, stk. 3.</p>	<p>I bekendtgørelse nr. 1572 af 30.11.2016 § 10, stk. 4 ændres</p> <p>”Stk. 4. Forpligtelsen til at annoncere indhentning af tilbud med klar grænseoverskridende interesse i henhold til udbudslovens afsnit IV på www.udbud.dk anses for tilsvarende opfyldt ved offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i supplement til Den Europæiske Unions Tidende”.</p> <p>til</p> <p>Stk. 4. Forpligtelsen til at annoncere indhentning af tilbud med klar grænseoverskridende interesse i henhold til udbudslovens afsnit IV på www.udbud.dk anses for tilsvarende opfyldt ved offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse eller en forhåndsmeddelelse i supplement til Den Europæiske Unions Tidende”.</p>
----	-------	--	--

AFSNIT 2: Uddybende bemærkninger

1. § 8, stk. 2 – ”delydelsesreglen”

Bestemmelsen implementerer Udbudsdirektivets artikel 5, stk. 10.

Bestemmelsen finder anvendelse, når to betingelser er opfyldt:

1. Delkontraktens anslåede værdi skal være under 595.608 kr. ekskl. moms for indkøb vedr. varer og tjenesteydelser eller under 7.445.100 kr. ekskl. moms for indkøb vedr. bygge- og anlægsarbejder og
2. Den samlede værdi af delkontrakter må ikke overstige 20 % af den samlede værdi af alle delkontrakter, som det påtænkte indkøb er opdelt i.

Såfremt disse betingelser er opfyldt, skal indkøbet ikke følge udbudslovens afsnit II og III.

Det følger af § 10, at afsnit IV gælder for indgåelse af varer- og tjenesteydelseskontrakter, der ikke er omfattet af afsnit II og III, hvis kontrakten har klar grænseoverskridende interesse. Af § 11 følger det, at afsnit V gælder for indgåelse af varer- og tjenesteydelseskontrakter, der ikke er omfattet af afsnit II-IV, og som har en anslået værdi på mindst 500.000 kr. ekskl. moms.

Det kan derfor være tvivl om, hvorvidt indkøb omfattet af § 8, stk. 2 skal følge udbudslovens afsnit IV og V. Afsnit IV og V er nationale bestemmelser, hvorfor det vil være en overimplementering af udbudsdirektivet, hvis indkøb omfattet af § 8, stk. 2 skal følge udbudslovens afsnit IV og V. Det følger således af artikel 5, stk. 10, at bestemmelsen omfatter "...delkontrakter, der tildeles uden anvendelse af direktivet..".

Det formodes, at det ikke har været udbudslovsudvalgets hensigt, at indkøb omfattet af § 8, stk. 2 skal følge afsnit IV eller V, da der i forarbejderne § 8, stk. 2 står "[...], at en ordregiver kan tildele særskilte delkontrakter uden at anvende procedurerne i denne lov, når 2 betingelser er opfyldt. [...]" smh. direktivets artikel 9, stk. 5, jf. oven for.

Regionerne opfordrer derfor til, at ordlyden i § 8, stk. 2 ændres, således at det tydeligt fremgår, at reglerne i afsnit II-V ikke skal følges ved indkøb omfattet af § 8, stk. 2.

2. § 61, stk. 4 – udbud med forhandling uden offentliggørelse af bekendtgørelse

Bestemmelsen regulerer de situationer, hvor en ordregiver, efter iværksættelse af offentligt eller begrænset udbud, kan overgå til udbud med forhandling uden offentliggørelse af en bekendtgørelse.

Betingelserne for at overgå til udbud med forhandling uden udbudsbekendtgørelse kan dog fortolkes forskelligt. Det er således uklart, om alle tilbudsgivere, der deltog i det oprindelige tilbud, skal opfylde de tre krav anført i stk. 4, dvs. 1) har afgivet tilbud i overensstemmelse med udbudsprocedurens formelle krav, 2) ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund og 3) lever op til egnetheds- og udvælgelseskriterierne, eller om det er tilstrækkeligt, at blot de tilbudsgivere, der deltager i det nye udbud, dvs. udbud med forhandling uden offentliggørelse af en bekendtgørelse, opfylder kravene.

Både ordlyden i § 61, stk. 4 og forarbejderne hertil indikerer, at alle tilbudsgivere, der deltog i det oprindelige tilbud, skal opfylde kravene, før en ordregiver kan overgå til udbud med forhandling uden offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse.

Dette harmonerer dog ikke med udbudsdirektivets artikel 26, stk. 4, litra b), som § 61, stk. 4 implementerer. Ifølge udbudsdirektivets artikel 26, artikel 26, stk. 4, litra b) er det ikke en betingelse for, at bestemmelsen finder anvendelse, at alle tilbudsgivere, der deltog i det oprindelige tilbud, skal opfylde kravene, ad "...hvis proceduren omfatte alle de tilbudsgivere – og kun dem – der opfylder de i artikel 57-65 omhandlende kriterier, og som under de forudgående offentlige eller begrænsede udbud afgav tilbud, der er i overensstemmelse med udbudsprocessen formelle krav" [mine fremhævelser].

Det forekommer endvidere ulogisk, at muligheden for at kunne overgå til udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse beror på, om en eller flere af de oprindelige tilbudsgivere har været omfattet af en udelukkelsesgrund eller ikke opfyldte et minimumskrav til egnethed. Disse tilbudsgivere vil jo hverken have mulighed for at deltage i udbuddet med forhandling eller i et "normalt" genudbud efter en annulation. Hvis anvendelsen af § 61, stk. 4 således kræver, at alle oprindelige tilbudsgivere opfylder minimumskravene og ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde, bliver det for de tilbudsgivere, som opfylder alle kravene, afgørende, om der herudover er en tilbudsgiver, som ikke opfylder alle kravene. Det er svært at se, hvilken interesse man kan ønske at beskytte med en sådan regel.

Regionerne anbefaler derfor, at bestemmelsens ordlyd ændres, så den stemmer overens med udbudsdirektivet.

3. § 61 og § 67 – aktiv medvirken i fleksibelt udbud bør medføre indskrænkning i retten til at klage over valget af udbudsformen

Bevæggrunden for de nuværende §§ 61 og 67 stk. 1 er at beskytte tilbudsgivere mod unødige procedurer. Har tilbudsgiverne først valgt at deltage i den valgte udbudsform, bør tilbudsgiveren også de facto have accepteret ordregivers vurdering af behovet for denne procedure.

Jo tidligere i en udbudsproces spørgsmålet om valg af udbudsform efterprøves, desto mindre en del af processen skal ordregiver og tilbudsgivere gennemgå igen (som følge af annullation og genudbud under en anden udbudsform), hvis klager får medhold i klagen.

Forslaget har således til formål at undgå væsentlige ressourcospild, hvis muligheden for at klage over udbudsformen reduceres til perioden frem til afgivelse af tilbud

Bemærk at øvrige aktører samt klageberettigede organisationer fortsat har ubegrænset klageadgang, samt at klage over de materielle krav til procedurernes gennemførelse ikke foreslås begrænset (frister, forbud etc.).

4. § 66, stk. 2 – Forbud mod forhandling af mindstekrav i udbud med forhandling.

I udbud med forhandling kan der ikke forhandles om mindstekrav. Baggrunden for bestemmelsen er UBD/2014/24/EU artikel 29, stk. 3, der har ordlyden "Minimumskravene og tildelingskriterierne er ikke genstand for forhandling". Men da retstilstanden før 2014 var mindre restriktiv, og da der ikke med UBD/2014/24/EU er påtænkt en skærpelse, må den danske lovbestemmelse kunne opblødes ved fx at skabe afstand mellem definitionen på "minimumskrav" og på de danske "mindstekrav".

Dette er en udbredt praksis i andre EU-medlemsstater ifølge Kirsi-Maria Halonen, President of the Finnish Public Procurement Association and Senior Lecturer, Docent, University of Lapland, jf. hendes indlæg på DFFU's medlemskonference den 24. januar 2019.

Den manglende fleksibilitet i forhandlingsudbud opleves af både ordregivere og tilbudsgivere som et problem, da den nuværende strenge fortolkning af § 66, stk. 2 er en barriere for det gode købmandskab.

Regionerne opfordrer derfor til, at der sker en opblødning i ordlyden af § 66, stk. 2, således at der gøres forskel på minimumskravene i henhold til direktivet, der ikke er genstand for forhandling, og de i dansk ret anvendte mindstekrav, der i en vis udstrækning kan ændres, såfremt de ikke må antages at være grundlæggende.

5. § 70 – konkurrencepræget dialog

§ 70, stk. 2 og stk. 5, hvori det fastlægges, at resultatet af dialogfasen ikke må medføre ændringer i mindstekrav, medfører efter regionernes opfattelse en indskrænkning i fleksibiliteten i udbudsproceduren i forhold til den tilsvarende bestemmelse i udbudsdirektivets artikel 30. Den danske version af konkurrencepræget dialog adskiller sig således reelt ikke (på de fleste punkter) fra proceduren udbud med forhandling.

Konkurrencepræget dialog anvendes ved udbud, hvor ordregiver ikke kender den løsning, der kan opfylde ordregivers behov. Grundlaget for konkurrencepræget dialog er således en *behovsbaseret specifikation* (beskrivende dokument), frem for en *løsningsbaseret specifikation*.

Som følge heraf er det sjældent muligt, eller hensigtsmæssigt, allerede ved offentliggørelsen af udbudsmaterialet (det beskrivende dokument) at anføre eventuelle mindstekrav til den endelige løsning, idet mindstekravene enten ikke kendes, eller nødvendigvis må skulle ændres, såfremt en anden tekniske løsningen end den forudsatte vurderes at være bedst egnet til at opfylde ordregivers behov. Det må dog samtidigt erkendes, at ordregiver altid vil have behov for at fastsætte mindstekrav til den løsning der udbydes, hvilket i konkurrencepræget dialog vil være den løsning, der vælges efter dialogens afslutning. Med den nuværende formulering af § 70 er det hverken muligt at ændre eller (angiveligt) tilføje mindstekrav efter dialogens afslutning.

Det er regionernes opfattelse, at § 70 med den nuværende formulering udgør end væsentlig indskrænkning i Kommissionens påtænkte anvendelsesmuligheder for konkurrencepræget dialog, og at denne indskrænkning potentielt udgør en barriere for, at danske ordregivende myndigheder indkøber de bedste, billigste og/eller mest innovative løsninger til løsning af væsentlige samfundsmæssige behov ¹.

Regionerne opfordrer til, at § 70, stk. 2 og stk. 5 ændres, så ordlyden bliver mere tekstnær i forhold til direktivets artikel 30, og/eller at bestemmelsen tilpasses på en sådan måde, at ordregiver kan tilføje/ændre/supplere tekniske mindstekrav så længe, at dette ikke medfører ændring i grundlæggende elementer, jf. i øvrigt udbudslovens § 178, stk. 2.

6. § 95, stk. 2 – Behov for større fleksibilitet mht. rammeaftalers længde.

§ 95, stk. 2 har ordlyden: "En rammeaftale kan højst have en løbetid på 4 år. I ekstraordinære tilfælde kan en rammeaftale indgås for en længere periode."

UBD/2014/24/EU artikel 33, stk. 1 lyder: "*Rammeaftaler må højst gælde for en periode på fire år, undtagen i ekstraordinære tilfælde, som er behørigt begrundet navnlig i rammeaftalens formål.*" Direktivet åbner således i modsætning til udbudsloven op for, at ekstraordinære tilfælde kan være behørigt begrundet, og at dette især gælder, hvis begrundelsen relaterer sig til rammeaftalens formål.

Udbudsloven indsnævrer herved mulighederne for at fravige varighed på 4 år.

Der foreslås en sproglig præcisering af bestemmelsen, således at rummet for de ekstraordinære tilfælde, hvor de 4 år kan fraviges, udvides til tilfælde, som er behørigt begrundet i rammeaftalens formål. Herved følges direktivets terminologi, og det bliver lettere for ordregiver at argumentere for, at der foreligger ekstraordinære tilfælde.

¹ For en mere uddybende beskrivelse af problematikken, se artiklen "*Konkurrencepræget dialog – er udbudsformen reelt gjort mere anvendelig?*" af Maria Haugaard og Vibeke Jessen, Udbudsportalen nr. 7, 7. marts 2017.

7. §§ 135, 136 og 137 – obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde

§§ 135 og 136 regulerer de obligatoriske udelukkelsesgrunde, mens § 137 regulerer de frivillige udelukkelsesgrunde. De obligatoriske udelukkelsesgrunde skal anvendes ved udbud, mens det er op til den enkle ordregiver at beslutte, hvilke frivillige udelukkelsesgrunde, der skal anvendes ved udbuddet. Ordregiver har pligt til at håndhæve de obligatoriske udelukkelsesgrunde.

I Danmark har man valgt, at udelukkelsesgrundene i § 136 skal være obligatoriske til trods for, at de oplyste udelukkelsesgrunde er frivillige i udbudsdirektivet. Det drejer sig om udelukkelsesgrunde vedrørende interessekonflikter, konkurrencefordrejning og afgivelse af groft urigtige oplysninger.

I praksis giver det udfordringer, at udbudsloven ikke har de samme obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde som i udbudsdirektivet.

Når tilbudsgivere skal afgive tilbud, skal de udfylde et såkaldt ESPD. ESPD er et foreløbigt bevis for, at tilbudsgiverne ikke er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde, samt at tilbudsgiverne opfylder kravene til egnethed og udvælgelse.

Til udfyldelse af ESPD'et benytter mange offentlige ordregiver en hjemmeside, som Kommissionen har stillet til rådighed.

I forhold til de obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde bygger Kommissionens hjemmeside på udbudsdirektivet.

I praksis foregår udfyldelsen af ESPD'et i forhold til udelukkelsesgrundene ved, at tilbudsgiverne skal svare ja eller nej til, hvorvidt de er omfattet af udelukkelsesgrundene. Kommissionen har valgt, at fire frivillige udelukkelsesgrunde, i udbudsdirektivets forstand, skal besvares samlet. Uheldigvis er netop tre af disse frivillige udelukkelsesgrunde obligatoriske i Danmark. Det betyder, at ordregivere i Danmark er tvunget til at vælge en frivillig udelukkelsesgrund, da udelukkelsesgrunden skal besvares sammen med de 3 obligatoriske udelukkelsesgrunde.

Regionerne opfordres til, at man genovervejer, hvorvidt de obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 136 skal være frivillige, som det er tilfældet i udbudsdirektivet.

Det følger af § 137, stk. 1, at de frivillige udelukkelsesgrunde, som finder anvendelse i et udbud, skal anføres i udbudsbekendtgørelsen. Bestemmelsen implementerer direktivets artikel 57, stk. 4, litra a)-d), g) og i), som ikke indeholder et tilsvarende krav om angivelse af grundene i udbudsbekendtgørelsen. Det ville mindske risikoen for formelle fejl i udbudsbekendtgørelsen, hvis ordregiver ikke nødvendigvis behøvede at skrive udelukkelsesgrundene i *udbudsbekendtgørelsen*, men i stedet kunne vælge at skrive dem i *udbudsmaterialet*. Af samme grunde som nævnt i relation til minimumskrav til egnethed er det svært at forestille sig, at en sådan ændring vil få betydning for potentielle tilbudsgiveres arbejdsgang i forbindelse med vurdering af, om et konkret udbud er relevant for dem at deltage i.

Det ville endvidere være hensigtsmæssigt, hvis udbudsbekendtgørelsen ikke kunne offentliggøres uden samtidig offentliggørelse af en ESPD.

Derfor opfordrer regionerne til, at § 137, stk. 1 ændres således, at de frivillige udelukkelsesgrunde skal anføres *enten* i udbudsbekendtgørelsen *eller* i udbudsmaterialet. Endvidere opfordrer regionerne til, at de danske myndigheder i EU-regi arbejder på at få skabt et direkte link mellem udbudsbekendtgørelsen og ESPD, så udbudsbekendtgørelsen ikke kan offentliggøres uden samtidig offentliggørelse af ESPD.

Det bemærkes, at Kommissionens ESPD-tjeneste nedlægges pr. 1. april 2019. I Danmark forventes det, at ESPD i praksis vil blive håndteret via private leverandører af udbudssystemer. Disse må forventes at basere deres løsning på direktivet, da disse leverandører typisk leverer systemer til flere forskellige EU-lande. Dermed vil nedlæggelsen af Kommissionens ESPD-tjeneste formentlig ikke føre til, at de afløsende ESPD-tjenester i Danmark kommer til at følge udbudsloven i stedet for udbudsdirektivet. Behovet for ens snitflade mellem frivillige og obligatoriske udelukkelsesgrunde i henholdsvis udbudsloven og udbudsdirektivet består således fortsat efter 1. april 2019.

8. § 135, stk. 1, nr. 5 – hvidvaskning af penge

§ 135, stk. 1, nr. 5) implementerer direktivets artikel 57, stk. 1, litra e) og fastsætter, at en ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra en udbudsprocedure, hvis den pågældende er dømt ved endelig dom eller har vedtaget bødeforlæg for hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme *som defineret i artikel 1 i hvidvaskningsdirektivet (2005/60/EF)*.

Dette betyder, at en tilbudsgiver godt kan være dømt ved endelig dom eller have vedtaget bødeforlæg for overtrædelse af reglerne i hvidvaskningsdirektivet som implementeret i national ret, uden at den pågældende tilbudsgiver dermed er omfattet af den omtalte obligatoriske udelukkelsesgrund. Det gælder f.eks. hvis dommen eller bøden vedrører overtrædelse af reglerne om overvågning af korrespondentbanker. Disse regler er omfattet af hvidvaskningsdirektivet (og den danske hvidvaskningslov), men udgør ikke hvidvaskning som defineret i artikel 1 i direktivet.

Det strider mod den almindelige retsfølelse, at en tilbudsgiver kan være dømt for overtrædelse af regler vedr. hvidvaskning, og at en offentlig ordregiver alligevel ikke er berettiget til at udelukke vedkommende fra en udbudsprocedure under henvisning hertil.

På denne baggrund opfordrer regionerne til, at denne udelukkelsesgrund skærpes i dansk ret, således at den ikke kun omfatter hvidvaskning af penge eller finansiering af terrorisme *som defineret i artikel 1 i hvidvaskningsdirektivet*, men derimod omfatter dom og bøde for *overtrædelse af reglerne i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/60/EF af 26. oktober 2005 om forebyggende foranstaltninger mod anvendelse af det finansielle system til hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme*.

9. § 140, stk. 2 – fastsættelse af egnethedskrav i udbudsbekendtgørelsen

§ 140, stk. 2 implementer bl.a. udbudsdirektivets artikel 58, stk. 5.

Udbudsdirektivets artikel 58, stk. 5 fastslår bl.a.: "De ordregivende myndigheder anfører i udbudsbekendtgørelsen...[kravene for deltagelse]" [min fremhævning].

§ 140, stk. 2 implementer dette krav med formuleringen "Ordregiveren skal fastsætte egnethedskravene som minimumskrav i udbudsbekendtgørelsen", dvs. en tekstnær implementering af kravet om, at egnethedskravene (i udbudsdirektivet kaldet "udvælgelseskriterier), skal anføres i udbudsbekendtgørelsen.

I Kommissionens skabeloner for udbudsbekendtgørelser, afsnit III, ad. afsnit III.1.2 om Økonomisk og finansiel kapacitet og afsnit III.1.3) om Teknisk og faglig kapacitet, kan ordregiveren imidlertid vælge at afkrydse feltet "Udvælgelseskriterier som angivet i udbudsmaterialet".

Da skabelonen er udfærdiget af Kommissionen, og anvendelsen er obligatorisk, er der er klar formodning om, at Kommissionen fortolker kravet i artikel 58, stk. 5 på den måde, at egnethedskravene (udvælgelses-kriterierne), som alternativ til angivelse i udbudsbekendtgørelsen, kan angives i udbudsmaterialet.

Artikel 58, stk. 5 skal altså læses på den måde, at en ordregiver enten kan anføre egnethedskravene i udbudsbekendtgørelsen, eller i udbudsmaterialet.

Uklarheden kan illustreres med Klagenævnet for Udbuds kendelse af 24. juli 2018 (Albertslund Tømrer og Snedker A/S mod Hillerød Kommune), hvor klagenævnet annullerede en tildelingsbeslutning, fordi kriterierne for prækvalifikation ikke var angivet i udbudsbekendtgørelsen, men kun i udbudsmaterialet.

Situationen mht. udbudslovens § 140, stk. 2 adskiller sig dog fra § 145, stk. 3 (vedr. kriterierne for prækvalifikation) derved, at udbudsbekendtgørelsen ikke tillader, at kriterierne for prækvalifikation ikke – via afkrydsning – kan beskrives i udbudsmaterialet.

Det modsatte gør sig derimod gældende mht. egnethedskriterierne, jf. § 140, stk. 2.

Uklarheden er uacceptabel, og regionerne opfordrer derfor til, at § 140, stk. 2 ændres, således at egnethedskrav skal fastsættes som minimumskrav *enten* i udbudsbekendtgørelsen *eller* i udbudsmaterialet.

Supplerende kan det anføres, at udbudsbekendtgørelsens funktion er at tiltrække interesserede ansøgere/tilbudsgivere, og på denne måde give interesserede ansøgere/tilbudsgivere et hurtigt overblik over den udbudte kontrakt, hvorefter alle interesserede – via den elektroniske offentliggørelse af udbudsmaterialet – kan gøre sig bekendt med kriterierne for deltagelse.

Det er således ikke regionernes opfattelse, at en henvisning til udbudsmaterialet påvirker den måde, hvorpå der kan skabes interesse for udbuddet for interesserede ansøgere/tilbudsgivere.

10. § 144, stk. 2 – støtteerklæringer

Ingen uddybende bemærkninger.

11. § 151 - Præcisering af dokumentationsforpligtelserne i forbindelse med genåbning af konkurrencen (miniudbud)

Det fremgår af udbudslovens § 151, at før ordregiver kan tildele en kontrakt, skal ordregiver indhente den i § 152 omtalte dokumentation. § 152 omhandler dokumentationen for udelukkelse (§ 135-137) og minimumskrav til egnethed (§140).

Det fremgår af § 151, stk. 3, at forpligtelsen til at indhente dokumentation ikke gælder ved direkte tildelinger på rammeaftaler (§ 98, stk. 1, nr. 1), mens forpligtelsen derimod gælder ved genåbning af konkurrencen (miniudbud), jf. § 98, stk. 1, nr. 2.

Af Vejledningen om ESPD – Dokumentation og e-Certis samt herunder notatet "Gennemgang af reglerne om dokumentation", punkt 12, fremgår, at ordregiver skal indhente dokumentation for den vindende til-

budsgivers overholdelse af de oprindeligt indeholdte udelukkelsesgrunde, men også de oprindelige minimumskrav til egnethed. Kun i den situation, hvor ordregiver allerede er i besiddelse af en "egnet/gyldig" dokumentation, kan ordregiver undlade at indhente dokumentationen på ny.

I et eksempel vedrørende referencer beskrives det i notatets punkt 12, at referencer for varer eller tjenesteydelser kan være op til 3 år gamle. Det, kombineret med den omstændighed, at den *oprindelige* dokumentation indeholder referencer, som ikke er mere end tre år gamle, kan så føre til, at ordregiver er i besiddelse af den nødvendige dokumentation for opfyldelsen af et minimumskrav til egnethed.

Eksemplet er vanskeligt at forstå, hvis ikke man formoder, at det skulle være Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse, at ordregiver, i tilfælde af en genåbning af konkurrencen på en rammeaftale, er forpligtet til at indhente dokumentation for, at tilbudsgiveren *fortsat* ikke er omfattet af de oprindeligt valgte udelukkelsesgrunde og minimumskrav til egnethed. Udbudsdirektivets artikel 59, stk. 4 anvender da også ordene "ajourførte supplerende dokumenter".

For at fjerne denne usikkerhed opfordrer Regionerne til en præcisering af reglerne, således at det er klart, hvilke krav der er til overholdelse af de oprindelige udelukkelsesgrunde og minimumskrav til egnethed i forbindelse med genåbning af konkurrencen. Dermed også hvilken dokumentation ordregiver er forpligtet til at sikre sig besiddelsen af.

12. § 152-153 – udvidet adgang til tro- og loveerklæringer ved udenlandske tilbudsgivere

Det er forbundet med vanskeligheder i dag at kontrollere dokumentation for udelukkelsesgrundene hos udenlandske ansøgere og tilbudsgivere. Ordregiver står ofte med dokumenter, der er vanskelige at fortolke tilbundsående, og må ty til tro- og loveerklæringer. Det ønskes, at det gøres legalt at anvende tro- og loveerklæringer i alle situationer for udenlandske tilbudsgivere.

13. § 160 – offentliggørelse af evalueringsmetoder

Ingen uddybende bemærkninger.

14. § 185, stk. 2 – ophør af indgået kontrakt eller rammeaftale

§ 185, stk. 2 implementerer ikke en artikel i udbudsdirektivet, men er en ren national bestemmelse, og dermed en overimplementering af udbudsdirektivet.

Bestemmelsen regulerer tilfælde, hvor en tildelingsbeslutning er annulleret ved endelig afgørelse eller dom. I sådanne situationer, skal ordregiver bringe kontrakten til ophør med et passende varsel, medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende.

Det anbefales, at bestemmelsen udgår, da den medfører risiko for, at ordregivere i højere grad end før udbudsloven vælger at anlægge sager ved domstolene for at undgå at skulle ophæve kontrakter i utide. Dom-

stolene vil ofte først træffe afgørelse i sagen, når kontraktens løbetid er slut, hvorfor bestemmelsens virkninger vil være yderst begrænsede. Bestemmelsen medfører derfor risiko for ressourcespild for såvel de private aktører som de offentlige ordregivere.

15. § 188, stk. 2 og stk. 3 – begrundelse og standstill ved løbende kontraktindgåelser på grundlag af forhåndsmeddelelse (Afsnit III-udbud)

Reglerne i § 187, stk. 3 (om forhåndsmeddelelser af afsnit III-kontrakter) har baggrund i udbudsdirektivets artikel 75, stk. 1, litra b, der er en nyskabelse i EU udbudsretten. Hensigten med bestemmelsen har været at åbne mulighed for en fleksibel kontraktindgåelsesprocedure via *løbende kontraktindgåelser* på grundlag af *periodemæssigt afgrænset forhåndsmeddelelser*.

Betingelserne for anvendelsen af forhåndsmeddelelser er i dansk ret blevet skærpet i forhold til artikel 75, stk. 1, litra b, idet udbudslovens § 188, stk. 2 og stk. 3 stiller som krav, at kontraktindgåelser på baggrund af forhåndsmeddelelser skal ske på baggrund af 1) underretning til ansøgere/tilbudsgivere i overensstemmelse med § 171, og 2), at der skal gennemføres standstill, jf. klagenævnenslovens § 3, stk. 12.

2 Tilsvarende krav fremgår af klagenævnenslovens § 3, stk. 1.

Det er regionernes vurdering, at skærpelsen af betingelserne for anvendelse af forhåndsmeddelelse reelt har medført en begrænsning af mulighederne løbende kontraktindgåelser (på grundlag af periodemæssigt afgrænsede forhåndsmeddelelser), idet kravene om begrundelser efter § 171 og standstill antageligt forudsætter, at omfanget af berørte ansøgere/tilbudsgivere er kendt på tidspunktet for tildeling af en kontrakt. Såfremt dette er tilfældet, er der derfor reelt ikke nogen fordele ved at anvende *periodemæssigt afgrænsede forhåndsmeddelelser*, idet der i alle tilfælde skal gennemføres en traditionel tildelingsprocedure med et afgrænset tilbudsgiverfelt.

Det er regionernes vurdering, at kravet om begrundelse iht. § 171 og kravet om standstill skal modificeres i forhold til *løbende kontraktindgåelser* på grundlag af *periodemæssigt afgrænsede forhåndsmeddelelser* for at få en reel effekt af muligheden for at anvende periodemæssigt afgrænsede forhåndsmeddelelser, eksempelvis ved at fjerne kravet om standstill (smh. Klagenævnenslovens § 3, stk. 3, nr. 2 om rammeaftaler), og ved at modificere kravet om begrundelse til kun at omfatte berørte tilbudsgivere, der er kendte på tidspunktet for kontrakttildelingstidspunktet.

Regionerne opfordrer således til, at kravet om standstill ved indgåelse af kontrakter på grundlag af forhåndsmeddelelser, jf. § 187, stk. 3, og klagenævnenslovens § 3, stk. 1, udgår, og at begrundelseskravet ved tildeling af kontrakter på grundlag heraf præciseres i overensstemmelse med det oven for anførte.

16. § 191 - Annoncering af kontrakter med klar grænseoverskridende interesse

Det fremgår af Udbudslovens § 191, at en ordregiver skal gennemføre en annonceringsprocedure for indkøb af varer og tjenesteydelser med klar grænseoverskridende interesse. Der er tale om en rent national bestemmelse.

Det fremgår af forarbejderne til § 191, stk. 2, at *det er hensigten, at reglerne for indgåelse af kontrakter under EU's tærskelværdier med klar grænseoverskridende interesse, jf. § 191, stk. 1, i videst muligt omfang*

skal svare til reglerne for indgåelse af kontrakter om sociale og andre specifikke tjenesteydelser, som er nævnt i § 186.

Med hjemmel i § 191, stk. 2 er der udstedt bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016. Af § 10, stk. 4 i denne bekendtgørelse fremgår det, at ordregiver kan løfte annonceringsforpligtelsen ved en *udbudsbe-*
kendtgørelse.

Ved anvendelse af annoncering på udbud.dk er der mulighed for at vælge formular til "interessetilkendegivelse". Ved anvendelse af reglerne i udbudslovens afsnit III er der ligeledes mulighed for at anvende en forhåndsmeddelelse for at indkalde interessetilkendegivelser. Det mangler dog konkret hjemmel til i bekendtgørelse 1572 § 10, stk. 4 til at anvende forhåndsmeddelelse. Det formodes at være hensigten, at ordregiver også kan anvendes forhåndsmeddelelser, og ikke kun udbudsbekendtgørelser, hvilket bør præciseres. Ovennævnte vil have støtte i forarbejderne til § 191, stk. 2, og kan da heller ikke være forbundet med betænkkeligheder. Det er således en mulighed at anvende den "almindelige forhåndsmeddelelse" til interesseindkaldelser (indkaldelse af tilbud) i TED.

Regionerne opfordrer til, at det i bekendtgørelse 1572 § 10, stk. 4 præciseres, at ordregiver også kan løfte annonceringsforpligtelsen ved at anvende en forhåndsmeddelelse, jf. også udbudslovens § 187, stk. 3.



Erhvervsministeriet
Slotsholmsgade 12
1216 København K
E-mail: ok@kfst.dk

Den 20. februar 2019

Vedr.: Evaluering af udbudsloven

Vesterbrogade 32
1620 København V

Telefon 33 43 70 00
mail@danskeadvokater.dk
www.danskeadvokater.dk

Dok.nr. D-2019-007871

Erhvervsministeren har ved brev af 17. december 2018 iværksat høring om evaluering af udbudsloven.

Høringen, der har været behandlet i Danske Advokaters fagudvalg for konkurrenceret, giver Danske Advokater anledning til følgende bemærkninger:

Indledningsvis bemærkes, at Danske Advokater er bekendt med Advokatrådets høringssvar, som Danske Advokater i det hele kan tilslutte sig.

Derudover giver høringen Danske Advokater anledning til følgende bemærkninger om en tilgrænsende problemstilling, som opstår i samspillet mellem flere regelsæt, og som efter vores opfattelse udgør en af de væsentligste udfordringer med at håndhæve reglerne på det udbudsretlige område:

Aktindsigtsreglernes indvirkning på den effektive håndhævelse af udbudsreglerne

Ordregivende myndigheder er i henhold til Klagenævnet for Udbuds praksis overladt et meget vidt skøn ved vurderingen af, om et tilbud er konditionsmæssigt og har kun i tilfælde af åbenlyse fejl i de indkomne tilbud eller anden form for ond tro pligt til at efterprøve oplysninger i det indleverede tilbudsmateriale.

Denne retsstilling er som udgangspunkt – blandt andet af ressourcehensyn – hensigtsmæssig, men indebærer i sagens natur en risiko for, at et ukonditionsmæssigt tilbud i strid med ligebehandlingsprincippet kan blive erklæret for det økonomisk mest fordelagtige. Derfor er det – for at sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne og for at sikre, at de danske udbudsregler lever op til det generelle EU-retlige effektivitetsprincip – afgørende, at tilbudsgiverne i stedet har mulighed for at efterprøve konditionsmæssigheden af de øvrige tilbud.

Adgangen til aktindsigt er i den forbindelse afgørende, da beviset for en overtrædelse af udbudsreglerne i form af antagelsen af et ukonditionsmæssigt tilbud stort set altid kan findes i tilbudsmaterialet, og hverken de nationale udbudsregler eller EU-

udbudsdirektiverne foreskriver, at tilbudsmateriale skal udleveres til de øvrige tilbudsgivere.

Aktindsigtsanmodninger i tilbudsmateriale er underlagt offentlighedslovens regler. Det viser sig imidlertid ofte i praksis, at offentlighedslovens regler i deres nuværende form er svært forenelige med en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Det skyldes især misforholdet mellem offentlighedslovens regler om sagsbehandlingsfrister og behovet for hurtig ageren ved indgivelse af klager til Klagenævnet for Udbud.

Det vil i de fleste klagesager være afgørende, om det er muligt at indgive en klage inden for standstill-perioden, jf. § 3, stk. 1, i lov om Klagenævnet for Udbud. Hvis klagen indgives inden for standstill-perioden, vil klagen blive tillagt automatisk midlertidig opsættende virkning, hvilket effektivt betyder, at der – inden kontrakten indgås – vil blive taget stilling til lovligheden heraf.

I modsat fald vil den ordregivende myndighed som altovervejende udgangspunkt frit kunne indgå kontrakten, hvilket ofte vil fjerne en virksomheds incitament til at klage. Det er muligheden for at vinde kontrakten, der driver processen, og ikke udsigten til at bruge flere måneder og betydelige ressourcer på muligvis at opnå en mere eller mindre dækkende erstatning for – oftest – de afholdte tilbudsomkostninger.

Derfor er det afgørende for en effektiv håndhævelse, at tilbudsgiverne inden standstill-periodens udløb har det tilstrækkelige grundlag til at afgøre, om der muligvis er sket en overtrædelse, og der derfor er grundlag for at klage.

Standstill-perioden udløber som udgangspunkt 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet om tildelingsbeslutningen. Ordregiver kan dog fastsætte en længere standstillperiode.

Det er imidlertid Danske Advokaters erfaring, at det i praksis næsten er umuligt at opnå fornøden aktindsigt efter offentlighedsloven inden standstill-periodens udløb.

Der fremgår følgende om sagsbehandlingsfrister af offentlighedslovens § 32, stk. 2:

"Stk. 2. Vedkommende myndighed m.v. afgør snarest, om en anmodning om aktindsigt kan imødekommes. En anmodning om aktindsigt skal færdigbehandles inden 7 arbejdsdage efter modtagelsen, medmindre dette på grund af f.eks. sagens omfang eller kompleksitet undtagelsesvis ikke er muligt. Den, der har anmodet om aktindsigt, skal i givet fald underrettes om grunden til fristoverskridelsen og om, hvornår anmodningen kan forventes færdigbehandlet." (fremhævet her)

Fristen på syv arbejdsdage vil – afhængig af, hvilken ugedag underretningen udsendes – være sammenfaldende med (eller ligge en dag før eller en dag efter) standstill-periodens udløb.

I praksis vil ordregiver derudover oftest i forbindelse med behandlingen af aktindsigtsanmodningen foretage partshøring af den vindende tilbudsgiver, der ikke nødvendigvis har interesse i hurtigt og effektivt at bidrage til identifikationen af, hvilke oplysninger i tilbuddet der skal undtages fra aktindsigt.

Ofte vil dette indebære, at 7-dages fristen ikke kan overholdes, og offentlighedsloven giver ikke mulighed for at gennemtvningetvinge en hurtigere stillingtagen til aktindsigtsspørgsmålet, idet reaktionen over for manglende svar inden for fristen efter offentlighedslovens § 39, stk. 1-3, er følgende om klager over sagsbehandlingstiden:

"§ 39. Hvis en myndighed ikke har færdigbehandlet en anmodning om aktindsigt inden 14 arbejdsdage efter modtagelsen, kan sagsbehandlingstiden påklages særskilt og direkte til den myndighed, der er øverste klageinstans i forhold til afgørelsen eller behandlingen i øvrigt af den pågældende sag.

Stk. 2. Klagen fremsendes til den myndighed, hvis sagsbehandlingstid der klages over. Myndigheden skal, hvis den ikke har færdigbehandlet aktindsigtsanmodningen senest 7 arbejdsdage efter klagens modtagelse, videresende klagen til klageinstansen med en begrundelse for sagsbehandlingstiden. Ved forsinkelser uden fyldestgørende grund kan klageinstansen undtagelsesvis træffe afgørelse om aktindsigt.

Stk. 3. Klageinstansen skal inden 20 arbejdsdage efter modtagelsen af en klage over sagsbehandlingstiden have færdigbehandlet klagen, medmindre dette på grund af f.eks. sagens omfang eller kompleksitet ikke er muligt. Klageren skal i givet fald underrettes om grunden til fristoverskridelsen og om, hvornår klagen kan forventes færdigbehandlet." (fremhævet her)

I praksis vil en forbigået tilbudsgiver således ofte opleve ikke at få aktindsigt – og dermed ikke få det fornødne bevismateriale til en begrundet klage – inden standstill-periodens udløb. Det er Danske Advokaters opfattelse, at den nuværende retstilling dermed er til hinder for, at mange ellers berettigede klager bliver indgivet, hvilket efter vores opfattelse udgør et ganske væsentligt retssikkerhedsmæssigt og håndhævelsesmæssigt problem.

Danske Advokater skal derfor foreslå, at de relevante regelsæt - enten udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og/eller offentlighedsloven – overvejes ændret, sådan at en forbigået tilbudsgiver altid har et rimeligt tidsrum til at gennemgå materialet og om fornødent udarbejde og indsende et klageskrift. Dette kunne eksempelvis opnås med følgende initiativer:

- Der indføres en generel "hørings-/identifikationspligt", hvorefter tilbudsgiverne forpligtes til ved indsendelsen af deres tilbud at identificere alle oplysninger, som de mener, skal undtages en eventuel aktindsigtsanmodning ud fra hensynene i offentlighedslovens § 30. En sådan pligt fremgår allerede i dag i praksis i mange udbud. Ordregiver bør inden tildelingsbeslutningen udsendes skulle tage stilling til, om de på baggrund af tilbudsgivernes input kan træffe en beslutning om aktindsigt i tilbudsmaterialet.
- Ordregiver pålægges en *ex ante* vejledningspligt. I praksis kunne en sådan vejledning eksempelvis indarbejdes som en del af ordregivers standardudbudsmateriale.

- Det præciseres, at der ikke er pligt til at foretage yderligere høringer af tilbudsgiverne om aktindsigtsanmodninger angående tilbudsmateriale.
- Aktindsigtsanmodninger angående tilbudsmateriale samt ordregivers evalueringsrapporter og lignende dokumenter skal imødekommes senest ved udløbet af standstill-periodens femte dag. Herved sikres, at der som udgangspunkt er mindst tre arbejdsdage til at gennemgå materialet og – hvis relevant – udarbejde og indsende et klageskrift.
- Hvis ikke aktindsigtsanmodninger i ovenstående materiale imødekommes inden for 5 dages fristen, skal standstill-perioden udskydes således, at den anmodende part har mindst tre hverdage til at gennemgå materialet.

Danske Advokater skal i tilknytning hertil bemærke, at det i praksis snarere opleves som reglen end undtagelsen, at der anmodes om og gives aktindsigt i ikke bare det vindende tilbud, men i de fleste eller endda alle de indkomne tilbud. Der er således tale om gennemgange af materialet, som både tilbudsgivere eller ordregivere oftest alligevel vil foretage. Det er derfor Danske Advokaters vurdering, at ovenstående ikke vil indebære et markant forøget ressourceforbrug for hverken tilbudsgivere eller ordregivere, men i de fleste tilfælde blot indebære, at de ressourcer, der allerede i dag afholdes i en betydelig del af sagerne, vil blive afholdt på et tidligere tidspunkt i processen.

Med venlig hilsen

Jeanie Sølager Bigler
Retschef
jsb@danskeadvokater.dk



**BYGHERRE
FORENINGEN**

Hørings svar

Bygherreforeningen
Borgergade 111
DK-1300 København K

Telefon +45 7020 0071
Telefax +45 7020 1271

info@bygherreforeningen.dk
www.bygherreforeningen.dk

København den 20. februar 2019

Evaluering af udbudsloven

Bygherreforeningen takker Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for muligheden for at afgive hørings svar vedr. evaluering af udbudsloven.

Bygherreforeningen støtter op om udgangspunktet og de overordnede målsætninger for indførelse af en national udbudslov, som handlede om forenkling og godt købmandskab i forbindelse med offentlige udbud (med nøgleord som klarhed og fleksibilitet).

Vi mener, at det overordnede fokus for evalueringen bør være forenkling af udbudsloven og dermed begrænsning af de samlede omkostninger ved udbud. Derudover bør der være fokus på tilpasninger, der medvirker til effektiv konkurrence og modvirker kartelvirksomhed. Udbudslovens effekt på konkurrencen i bygge- og anlægssektoren bør derfor undersøges som led i evalueringen. Allerede gennemførte undersøgelser tyder på, at bygge- og anlægsbranchens aktører selv vurderer, at der er relativt mange konkurrenceretlige overtrædelser i branchen.

De analyseaktiviteter og den vejledningsindsats om transaktionsomkostninger i byggeriet, som Bygherreforeningen har gennemført, bør indgå i grundlaget for evalueringen. Rapport og anbefalinger vedr. indkøb af rådgivningsydelser foreligger allerede, mens materiale vedr. entrepriseudbud er under udarbejdelse, og forventes at være tilgængeligt i løbet af marts måned.¹

Bygherreforeningen planlægger derudover en målrettet analyse af medlemmernes erfaringer med udbudsloven, som vil blive gennemført over de kommende måneder. Vi forventer således efter sommerferien 2019 at kunne spille resultaterne af analysen ind i evalueringsprocessen som led i et samarbejde med styrelsen.

Bygherreforeningen anbefaler derudover, at følgende enkeltområder indgår i evalueringen:

Bedre overensstemmelse mellem direktiv, lov, forarbejder, vejledninger og afgørelser

Bygherrerne finder det vanskeligt at navigere i det meget omfattende kompleks omfattende EU-direktiv, udbudslov, forarbejder, vejledninger samt afgørelser i Klagenævnet. Udover tiltrængt forenkling og reduktion af omfang, vil det være på sin plads at forbedre lovkvaliteten ved at sikre bedre overensstemmelse mellem kompleksets forskellige elementer.

¹ Rapport og vejledningsmateriale vedr. transaktionsomkostninger: <https://bygherreforeningen.dk/spild-og-vaerdi-i-udbudsprocesserne-rapport-og-faelles-anbefaling/>

Eksempelvis tyder meget på, at § 160 stk. 2 ikke harmonerer med EU-retten, idet egnethed og proportionalitet er materielle krav til evalueringen, og det formodentlig ikke vil være i overensstemmelse med fællesskabsretten at afskære bedømmelser af EU-retlige krav til evalueringen for domstolene.

Et andet eksempel kunne være sideordnede tilbud, hvor kravet om at tilbudsevalueringen skal ske i henhold til Udbudslovens § 160, skaber usikkerhed om, hvordan dette skal forstås, herunder i forhold til tidligere klagenævnsspraksis.

Overimplementering fører til øgede omkostninger og unødvendigt bureaukrati

Udbudsloven og de tilhørende forarbejder og vejledninger bør gennemgås for tilfælde af overimplementering, som for bygherrerne ofte fører til øgede omkostninger og unødvendigt bureaukrati.

I den forbindelse bør også genovervejes de foreslåede stramninger i det fremsatte ændringsforslag til udbudsloven (evalueringsmodel og tokuvertsystem) som eksempler på overimplementering. Stramningerne indebærer nye administrative byrder, og det må forudses, at de vil give anledning til øgede transaktionsomkostninger. Dette særligt fordi de vil kunne føre til flere annullationer af udbud, hvilket er meget skadeligt, og særligt i den nuværende konjunktursituation.

Med de foreslåede ændringer må også påregnes en forøget risiko for tilbudskoordinering, når de præcise resultater kan udregnes af tilbudsgiverne forud for tilbudsgivningen.

Afskaffelse af tilbudsloven for enklere og mere overskuelig regulering

Produktivitetskommissionen anbefalede at skabe mere konkurrence om offentlige bygge- og anlægsopgaver ved at fjerne nogle af tilbudslovens begrænsninger.

Bygherreforeningen mener, at tilbudsloven bør afskaffes som selvstændig lov. Den nuværende tilbudslov opfattes af bygherrerne som bureaukratisk, ufleksibel og unødigt detaljeret i forhold til, at den regulerer bygge- og anlægsopgaver af begrænset størrelse. Tilbudslovens særlige bestemmelser om indhentning af tilbud på offentlige bygge- og anlægskontrakter synes at være en reminiscens fra Licitationsloven og er udtryk for en unødigt intens, national regulering af konkurrencen om offentlige bygge- og anlægskontrakter under tærskelværdien.

Der er efter Bygherreforeningens opfattelse ikke behov for særskilte og detaljerede regler for indhentning af tilbud på bygge- og anlægsarbejder under tærskelværdien – regler, der på nogle områder er mere detaljerede og regulerende end, hvad der gælder tilbudsindhentning over tærskelværdien. I stedet kan de absolut nødvendige overordnede regler og principper for mindre opgaver indarbejdes i en revideret udgave af udbudsloven.

Styrkelse af ordregiveres muligheder for anvendelse af frivillige udelukkelse

Det bør overvejes at give ordregiver bedre muligheder for at udelukke ansøgere/tilbudsgivere, hvis dette er velbegrundet, uanset at disse har rensset sig efter § 138 stk. 3. Bygherrerne finder i nogle tilfælde, at der stadig kan være "lig i lasten" i form af uheldig virksomhedskultur, som ikke nødvendigvis ændres blot ved betaling af erstatning, gennemførelse af kurser eller afskedigelse af nøglemedarbejdere. I den forbindelse kan det også være relevant at genoverveje § 138 stk. 6 og 2-årsreglen.

Derudover bør man overveje at oprette en platform til informationsudveksling mellem ordregivere om frivillige udelukkelse som foreslået ved udvalgshøring i Folketinget den 17. januar 2019 (se vedlagte notat af 10. januar 2019: Bygherreforeningens input til høring om udbud i byggeri (og anlæg) – med særligt fokus på sociale klausuler og arbejds-klausuler).

Øvrige generelle opmærksomhedspunkter

Øvrige generelle opmærksomhedspunkter kunne være udbudslovens betydning for international konkurrence om store projekter samt samspillet med det nye AB18-aftalesystem, hvor kravene til udbudsmaterialet generelt er blevet skærpet.²

Vi samarbejder gerne med styrelsen om evalueringen, eksempelvis med deltagelse af fagfolk fra medlemskredsen, som konkret står for udarbejdelse og gennemførelse af udbud og bygge- og anlægsbranchen.

Vi står naturligvis også til rådighed, såfremt ovennævnte bemærkninger ønskes uddybet.

² Vedr. international konkurrence om store projekter se rapport: <https://bygherreforeningen.dk/download/14/publikationer/4012/store-byggeprojekter-i-et-vanskeligt-dansk-marked-juni-2014.pdf>

10. januar 2019 HLB/HU

Notat

Bygherreforeningens input til høring om udbud i byggeri (og anlæg) – med særligt fokus på sociale klausuler og arbejdsklausuler

Notatet samler Bygherreforeningens input som optakt til høringen om udbud i byggeri (og anlæg), der afholdes af Transport-, Bygnings- og Boligudvalget i samarbejde med Bygge-, Anlægs- og Trækartellet i Landstingssalen den 17. januar 2019. I notatet præsenteres foreløbige svar på, hvordan man som bygherre sikrer den bedst kvalificerede rådgiver og entreprenør – med særligt fokus på sociale klausuler og arbejdsklausuler jf. høringens rammesætning.

Det understreges i det følgende, at der er stor interesse for samfundsansvar i bred forstand blandt professionelle bygherrer, at anvendelse af klausuler må ses i sammenhæng med den generelle fastlæggelse af indkøbspolitik og udbudsstrategi i bygherreorganisationer samt at Bygherreforeningen allerede har taget en række skridt til at understøtte medlemmerne arbejde med centrale områder inden for samfundsansvar. Endelig efterlyses initiativer, der kan give større gennemsigtighed med hensyn til bygherrens udelukkelse af leverandører, der forbyder sig mod spilleregler inden for samfundsansvar.

Samfundsansvar er fokusområde for bygherrer

De seneste 5-10 år er samfundsansvar for alvor begyndt at fylde i bevidstheden hos de professionelle bygherrer – det omfatter i stigende grad også sociale forhold (en dimension af bæredygtighed), hvilket aktuelt understøttes af en stærk interesse blandt bygherrer for udmøntning af FNs verdensmål.

Der er en erkendelse af, at man som bygherre kan præge udviklingen ved at stille krav – og en bevidsthed om den eksponering man selv risikerer, hvis man ikke håndterer problemstillingerne ("velkommen på forsiden").

Der er forskel på hvordan fx offentlige og private bygherrer griber dette an – og ikke mindst hvordan man følger op og sanktionerer. Men de fleste af Bygherreforeningens medlemmer stiller på en eller anden måde krav inden for arbejdsforhold og praktikpladser. Mange anvender klausuler, men der er også en del eksempler på frivillige aftaler og partnerskaber. Erfaringerne viser, at uanset om man arbejder med frivillige modeller eller med klausuler, er dialog mellem bygherre og entreprenører nødvendig for at ramme det rigtige niveau og sikre opfølgning på implementeringen i praksis.

Klausuler ift. indkøbspolitik og udbudsstrategi

Når bygherrer overvejer anvendelsen af klausuler eller andre måder at påvirke leverandørerne på (som egnethedskrav eller konkurrenceparametre), skal det ses i sammenhæng med den indkøbspolitik og udbudsstrategi, som den pågældende bygherre har som organisation og formulerer for det enkelte projekt ud fra en lang række hensyn.

Anvendelsen af klausuler følger som regel af en politisk eller strategisk beslutning om samfundsansvar. Her er det vigtigt at have øje for, at bygge- og anlægsaktiviteter er anderledes end udbud af de fleste andre typer opgaver og leverancer – både tilblivelse og produkt er mere komplekst, med samarbejde om definition af projektet og gennem en transaktion der strækker sig over lang tid (måneder eller år). Der er tale om et betydeligt element af lokal produktion, men i stigende omfang med involvering af udenlandske medarbejdere og/eller virksomheder. Bygherren er typisk på udebane ift. at gennemskue forhold vedr. fx overenskomst- og ansættelsesforhold samt erhvervsuddannelser og praktikforløb.

Det gode købmandskab er centralt i indkøbet for både private og offentlige bygherrer, men derudover fylder formalia om overholdelse af udbudsregler relativt meget for offentlige bygherrer. Indkøbet handler om at finde den optimale balance mellem kvalitet og pris – og bedømmelsen af tilbud sker med fokus på objektive kriterier for produktet (hovedydelsen) men i stigende omfang indgår også

omstændighederne omkring produktionen (bydelser). Det betyder også, at de efterfølgende indsatser for at sikre, at stillede krav og lovede kvaliteter bliver overholdt, bliver stadig mere afgørende for bygherrerne.

Der er en erkendelse af, at der skal være god sammenhæng mellem bedømmelse af tilbud og den opfølgende indsats. Kun ved effektiv kontrol og mærkbare konsekvenser af manglende performance opnås reel og fair konkurrence. Der er en udvikling i gang hos mange bygherrer fra primært fokus på udbudssituation og at stille krav – til behovet for at investere i redskaber, der kan sikre effekt på overholdelse af krav. Løbende dialog og forventningsafstemning er et vigtigt element i de værktøjer, der i disse år tages i anvendelse. Men også konsekvenser for dårlig performance.

Med udbudsloven blev der i 2016 åbnet for mere dialog i udbudsprocessen samt anvendelse af fleksible udbudsformer som fx udbud med forhandling. Dette er en fordel ift. at vurdere behovet for særlige indsatser vedr. samfundsansvar i det enkelte projekt og hvilke krav, markedets aktører kan honorere. Der er allerede gode eksempler på at sætte sociale dimensioner i spil, som fx arbejdsmiljøprocesser, i denne type udbudsmodeller.

Desværre er der stramninger på vej i udbudsreglerne vedr. anvendelsen af evalueringsmodeller, som overimplementerer EU's regler i Danmark, og som vil tage fokus fra andre indsatser og derudover risikerer at øge transaktionsomkostningerne i udbud (den gennemsnitlige organisation blandt Bygherreforeningens medlemmer omfatter kun 10 bygherre-faglige medarbejdere).

Aktuelle initiativer vedr. samfundsansvar

For offentlige bygherrer er en del af indsatserne vedr. samfundsansvar allerede reguleret i cirkulærer og vejledninger. Bygherreforeningen har derudover på en række punkter taget initiativ til at hjælpe både offentlige og private bygherrer:

- Som medstifter af Foreningen for Byggeriets Samfundsansvar – fordi vi kunne se, at der er behov for fælles handling – og fordi det giver bedre løsninger i praksis med dialog på tværs af værdikæden. FBSA har udviklet paradigmer til brug ifm. udbud – herunder til sociale klausuler og arbejdsklausuler – samt kontrolmetoder med en risikobaseret tilgang til opfølgning på krav.
- Med opstart af projektet "Videncenter for praktikpladser til unge på store byggerier", som sætter fokus på gennem partnerskaber at forbedre samspillet mellem erhvervsskoler, bygherrer og entreprenører. Ved anvendelse af indhøstede erfaringer får bygherrerne hjælp til at definere modeller, der reelt giver bedre match mellem elever og virksomheder og dermed øger antallet af realiserede praktikpladser. Ikke mindst for nogle af de unge, hvis karakterer ikke rækker til at komme ind på en erhvervsskole.
- Det nye AB18-aftalesystem indeholder elementer, der gør det lettere for bygherren at agere ift. overholdelse af pligter vedr. arbejdsforhold – med krav til entreprenører om oplysninger vedr. anvendte underentreprenører samt mulighed for bortvisning af medarbejdere og virksomheder
- Bygherreforeningen har derudover bedre arbejdsmiljø som mærkesag – vi slår på at man som bygherre både løfter sit samfundsansvar og får bedre kvalitet i produktet, hvis man er proaktiv og sætter ledelsesmæssigt fokus på arbejdsmiljø i sine projekter – bla. inspireret af positive erfaringer fra offshorebranchen.

Ønske om platform vedr. udelukkelse

For at sikre konsekvens af manglende performance efterlyser de offentlige bygherrer en løsning i form af en platform, der gør det nemmere at indhente viden om hvilke leverandører, som bør udelukkes efter udbudslovens principper om frivillig udelukkelse (omfatter bla. overtrædelse af miljømæssige, sociale og arbejdsretlige regler).

Det kræver større gennemsigtighed at undgå de virksomheder, som har udvist manglende performance i tidligere kontraktrelationer med andre bygherrer. Hvis bygherren anvender frivillige udelukkelsesgrunde, påtager bygherren sig en forpligtelse til ikke at indgå kontrakter med tidligere udelukkede virksomheder, hvilket kan være vanskeligt at leve op til i praksis, fordi den slags oplysninger i praksis er meget arbejdskrævende at indhente.

Flere af Bygherreforeningens medlemmer har ytret et stærkt ønske om en sådan platform vedr. udelukkelse. Bygherreforeningen har på den baggrund sonderet mulighederne og anbefaler, at den udarbejdes som videndelingsplatform fremfor i form af et centralt register. Ideen er, at man relativt nemt kan trække på øvrige bygherrers lokale og opdaterede registreringer om de aktuelle virksomheder ifm. et konkret udbud (svarende til aktindsigt). En bygherre kan som ordregiver vil på platformen kunne bede om oplysninger på konkrete tilbudsgivere, og i det tilfælde at en anden ordregiver har udelukket en specifik tilbudsgiver, kan man – i et lukket forum – udveksle information. Herefter er det op til bygherren selv at vurdere, om en anden ordregivers udelukkelse skal have konsekvenser i det konkrete udbud – altså en eventuel udelukkelse.

Det kunne være en oplagt opgave for Konkurrencestyrelsen eller evt. det nye Forum for Udbud at udvikle og drive platformen. Den kunne i første omgang udvikles med fokus på bygge- og anlægsprojekter i Danmark (andre brancher og det internationale perspektiv kunne overvejes derudfra).

Erhvervsminister Rasmus Jarlov

ok@kfst.dk

Holstebro, den 20. februar 2019

Høring vedrørende evaluering af udbudsloven

Jeg vil gerne gøre opmærksom på de problemstillinger, som vi i vores branche oplever mht licitationer og tilbudsgivning. Der vil givetvis være andre special- og håndværkerbrancher, der har de samme udfordringer:

- De ortopædiske skomagerier er typisk små virksomheder bestående af nogle få fagpersoner med kontorhjælp til administration og regnskab. Der er hverken ressourcer eller kompetancer til at sætte sig ind i og gennemføre en omstændig tilbudsgivning.
- Der er en enkelt stor virksomhed, der har såvel ressourcerne som kompetancerne til rådighed, hvilket har medført, at denne virksomhed vinder så godt som alle udbud og dermed kan styre markedet. Det vil et tjek af de senere års kommunale udbud for ortopædisk fodtøj og indlæg vise.
- For en del udbuds vedkommende har der slet ikke været tale om konkurrence, idet der kun er kommet tilbud fra denne store virksomhed. Man taler om "konkurrenceudsættelse", men det giver vel kun mening, hvis der er flere virksomheder, der byder ind? Ellers er der vel ikke tale om konkurrence.
- De kommuner, der således kun modtager et enkelt tilbud, må altså indgå aftale med den pågældende virksomhed, selvom de måtte have dårlige erfaringer med denne virksomhed. Alternativet er en ny udbudsrunde, hvilket er ressourcekrævende og kostbart for kommunen – og alligevel ikke ændrer noget som helst.
- De mindre kommuner har ikke de store budgetter for det her område, men ligger altså alligevel over tærskelværdierne, og er derfor nødsaget til at køre et "proforma" udbud, hvor resultatet er givet på forhånd. Det er meget utilfredsstillende for alle parter.
- Er tærskelværdierne for lave? Er Danmark for lille et marked, når der reelt er en enkelt virksomhed, der via lovpligtig udbud kan overtage hele markedet uden konkurrence?
- Inden for byggeri og anlæg er der blevet talt om fx pligten til at have lærlige, når man indgår aftaler med det offentlige. Det burde gælde alle brancher, så virksomheder af en vis størrelse/med et vist antal fagfolk er forpligtede til at have lærlinge/uddanne nye fagfolk.

Med venlig hilsen
Hoff Sko Ortopædisk Skomageri

Helle Baer

Helle Baer
Administrator

Erhvervsministeriet
Slotsholmsgade 10-12
1216 København K
Sendt pr. mail til:
ok@kfst.dk

2019-02-12

Hørings svar fra Dansk Standard og Miljømærkning Danmark vedr. evaluering af udbudsloven

Dansk Standard (DS) og Miljømærkning Danmark (MMD) ser positivt på udbudsloven fra 2015 og værdsætter muligheden for at kunne afgive bemærkninger i forbindelse med evalueringen af udbudsloven. Vores bemærkninger afgrænser sig til udbudslovens bestemmelser om brug af miljømærker og standarder i udbud.

Helt overordnet er det vores oplevelse, at udbudsloven fungerer godt i forhold til mulighederne for at fremme grønne og bæredygtige indkøb. Udbudslovens bestemmelser i §46 'mærker' har gjort det muligt for offentlige indkøbere at stille krav om mærker i offentlige udbud. Dermed har Danmark bidraget til at sikre opfyldelse af et af de meget væsentlig formål, som Kommissionen havde med at revidere udbudsdirektivet, nemlig at sikre, at offentlige indkøb kan bidrage til opfyldelse af EU's 2020 strategi om smart, bæredygtig og inkluderende vækst. Strategien fremgår af udbudsdirektivets betragtning nr. 2 i præambelen, men er ikke nævnt i udbudsloven i dag. Vi kunne godt ønske, at 2020-strategien fik en lige så fremtrædende plads i den danske udbudslov, som den har i udbudsdirektivet, idet der er en stærk signalværdi i at EU Kommissionen faktisk har et ønske om at offentlige indkøb bidrager til at nå målene i strategien.

Mulighederne for at stille krav om miljømærker har en række fordele for både indkøbere og leverandører. For indkøberne er det blevet lette at stille miljøkrav, fordi de kan nøjes med at stille krav om et mærke frem for at skulle udvikle egne krav og lettere at følge op og kontrollere at krav opfyldes fordi tredjepartscertificeringer, som Svanemærket og EU-Blomsten verificerer, at de mærkede produkter opfylder de bagvedliggende mærkekrav. For leverandørerne er konkurrencen blevet mere fair, fordi 3. parts certificeret kontrol sikrer, at det kun er de leverandører, der faktisk opfylder miljøkravene, der opnår en konkurrencefordel i udbuddet.

Derfor er vi også glade for at erfare, at indkøberne har taget udbudslovens bestemmelser om brug af mærker til sig og bringer muligheden i anvendelse i stadig flere udbud. En undersøgelse fra 2018 (<https://www.ecolabel.dk/da/aktuelt/nyheder/2018/09/flere-og-flere-stiller-krav-om-miljoemaerker>) viser således, at offentlige indkøbere både kender og benytter udbudslovens mulighed for at stille krav om miljømærker i indkøb og udbud: Mere end 9 ud af 10 indkøbere (91 %) ved, at udbudsloven giver mulighed for at stille krav om miljømærker. Det er en stigning på 12 procentpoint fra 2016. Ud af dem stiller knap hver tredje (29 %) meget ofte krav om miljømærkning i udbud, hvor der kan stilles krav om miljømærker. I 2016 var dette tal 21 %. Indkøberne angiver i undersøgelsen, at det særligt er øget sikkerhed og sundhed for borger samt sparede tid og ressourcer, der er årsag til at de stiller krav om Svanemærket et EU-Blomsten i udbud.

Derudover kan det fremhæves, at Miljøstyrelsen i "Undersøgelse af prisen for det offentliges grønne valg", har sammenlignet priser og miljøeffekt for 15 grønne og konventionelle produkter og tjenesteydelser. I 11 af tilfældene er de grønne produkter fuldt konkurrencedygtige på prisen. Og miljømærkerne Svanemærket og EU-Blomsten har en god del af æren for at mange grønne produktgrupper i dag kan matche de konventionelle produktgrupper på prisen. Alt tyder nemlig på,

at en vigtig drivkraft i den udvikling er kravene, der stilles for at blive certificeret med et af de to officielle miljømærker. Ved at efterspørge miljømærkede produkter og serviceydelser bidrager de offentlige indkøbere til at skærpe innovationen og konkurrencen, hvilket både påvirker prisniveauet i en positiv retning og samtidig fremmer en grøn udvikling, der rækker ud over eget forbrug.

Standarder

Udbudsloven giver mulighed for, at indkøbere kan henvise til standarder i deres udbudsmateriale og ved tildeling af kontrakter. Standarder kan jf. §41 anvendes ved udarbejdelse af tekniske specifikationer. § 155 angiver, at en ordregiver kan kræve dokumentation for, at en tilbudsgiver overholder en given standard. Det kan være i form af en attest, et certifikat eller anden skriftlig erklæring. §§ 157 og 158 siger, at standarder for miljøledelse og kvalitetsledelse kan anvendes som egnethedskrav i forbindelse med udvælgelse af tilbudsgivere.

Udbudsloven fra 2015 har dermed været med til at sikre, at offentlige udbydere kan stille krav om standarder, og er på den måde med til at sikre bedre udbud med fokus på skabe tydelige og gennemskuelige krav, hvilket er medvirkende til at holde transaktionsomkostninger nede.

Dansk Standard vil dog gøre opmærksom på, at brugen af standarder i offentlige udbud stadig kun anvendes i relativt begrænset omfang. Offentlige indkøbere får derfor ikke fuldt udbytte af de mange fordele, som fx en øget konkurrence, lavere transaktionsomkostninger, bedre kvalitet og længere holdbarhed af produkter, der er ved at anvende standarder i udbud. Dansk Standard vil derfor gerne opfordre til, at der i fremtiden sættes mere fokus på de klare fordele, der er for offentlige indkøbere ved at bruge denne mulighed.

Dansk Standard står naturligvis til rådighed ifm. spørgsmål til ovenstående kommentarer.



Besvarelse af høring om evaluering af erfaringer med udbudsloven

Miljø- og Fødevareministeriets departement har koordineret besvarelsen af høringen med ministeriets styrelser. Nedenfor følger Miljø- og Fødevareministeriets (MFVM) samlede besvarelse af høringen om evalueringen af erfaringerne med udbudsloven.

Evalueringen er baseret på formålene med regelsættet (større klarhed, forenkling, fleksibilitet og færre transaktionsomkostninger) jf. høringsbrevet fra erhvervsministeren.

1) Større klarhed

MFVMs erfaringer med, om udbudsloven har medført *større klarhed* i gennemførelsen af udbudsprocesser:

Det er MFVMs opfattelse, at der med udbudsloven generelt er skabt en større klarhed over reglerne, idet loven i sig selv er betydeligt klarere formuleret end det tidligere udbudsdirektiv, og idet lovbemærkningerne udgør et væsentligt og særdeles anvendeligt fortolkningsbidrag, som MFVM frekventerer i stor udstrækning.

Desuden er det positivt, at udbudsloven har givet en større klarhed om reglerne bag udbudsprocedurerne og mere fleksibilitet i forhold til mulighed for markedsafsøgning før og under udbud samt ændringer undervejs i udbudsprocessen. Endvidere har det skabt øget klarhed og fleksibilitet for ordregiver at få lovfæstet adgangen til at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre tilbud og anmodninger.

De mange vejledninger fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er generelt en stor hjælp og bidrager i mange tilfælde til et reduceret tidsforbrug ved vurderinger af, hvordan loven i konkrete situationer skal finde anvendelse.

MFVM har følgende ønsker til større klarhed:

Beregning af kontraktværdi – navnlig ved gentagne køb: Giver ofte anledning til tvivl og uklarheder, når der købes ind flere gange kort efter hinanden og på tværs af MFVM. Det virker som meget lidt hvis man ser på § 35 (forudgående 12 måneder), når man sammenligner med § 38 (48 måneder). Her vil det være hensigtsmæssigt med mere vejledning.

Blandede kontrakter (§§25-27): Det kan være vanskeligt at finde rundt i disse regler og hvordan de anvendes i praksis. Her vil det være hensigtsmæssigt med mere vejledning.

Regler om samarbejde mellem offentlige ordregivere (inhouse-reglen i § 15): Navnlig betingelsen i nr. 3 (samarbejdet må ikke være konkurrenceforvridende) kan være svær at få helt styr på. Her vil det være hensigtsmæssigt med mere vejledning.

Ændringer af eksisterende kontrakter: Efter § 196, stk. 3, gælder lovens §§ 178-184 for alle kontrakter, også dem, som er indgået efter de tidligere udbudsregler. Men det er stadig ikke 100% klart, om dette betyder, at reglerne også gælder ved ændringer af kontrakter under tærskelværdien (reglerne er en del af lovens Afsnit II – er det udtryk for, at de egentlig kun gælder for EU-udbud?). Den hidtidige tolkning har været, at reglerne skal tolkes analogt for kontrakter under tærskelværdien, men større klarhed vil være rart.

Forskning og udvikling: En (klarere) og mere forenklet definition af F&U i § 22 er relevant, gerne suppleret med mere vejledning i forhold til vurdering af udbudspligten for F&U-ydelser.

Selve formuleringen af § 22 er negativ, hvilket i praksis giver fortolknings- og anvendelsesproblemer. Derudover er det svært at afgrænse bestemmelsens anvendelsesområde ud fra de sparsomme oplysninger i CPV koderne, eksempelvis fordi samme termer anvendes både i de ydelser, der er med og som er undtaget efter bestemmelsen.

Elektroniske udbud: Både for tilbudsgiver og ordregiver en klar forbedring af processen. Især for ordregiver understøttes processen meget hermed. MFVM mener dog ikke, at standardformularerne (fx udbudsbekendtgørelsen) er af den kvalitet (kommunikativt eller i forhold pladsen til at skrive i felterne), som de bør have.

Regler for nystartede virksomheder: Nystartede virksomheder mangler muligheden for at dokumentere teknisk/faglig egnethed på alternative måder – i lighed med hvad der gælder i forhold til økonomisk/finansiel egnethed efter § 154, stk. 2.

2) Forenkling

MFVMs erfaringer med, om udbudsloven har medført *forenkling* ved gennemførelsen af udbudsprocesser:

Efter en indkøringsperiode vurderes ESPD på sigt at være en stor gevinst for såvel ordregivere som tilbudsgivere, dog har MFVM følgende erfaringer med anvendelsen:

ESPD: Der er dog ikke en fuld overensstemmelse mellem udbudsdirektivets regler og udbudslovens regler hvad angår udelukkelsesgrundene, hvilket volder vanskeligheder ved anvendelsen af ESPD.

Det er derfor kompliceret at udfylde ESPD'et både for tilbudsgiver og ordregiver – selvom tilbudsgiverne efterhånden har forstået at bruge den korrekt. I dag skal tilbudsgiverne hente en xml-fil og uploade på den europæiske platform, hvor de udfylder den. Herefter skal den udfyldte xml-fil hentes ned og uploades i det elektroniske system, som MFVM anvender (EU-supply). Men det bliver måske mindre kompliceret, når den europæiske platform lukker pr. 1. april 2019. Fremover skal tilbudsgiverne "bare" udfylde ESPD'et i EU-supply. Til gengæld har MFVM fået oplyst, at udgiften til EU-supply stiger, da systemet skal udvides med den nye funktion.

Indhentelse af dokumentation: I forbindelse med indhentning af dokumentation for ESPD har der vist sig vanskeligheder med at vurdere dokumentation fra en udenlandsk ansøger. E-Certis anviser forskellige institutioner, der kan bidrage til at løfte dokumentationsforpligtelsen med varierende tilgang. En tysk ansøger havde imidlertid fremlagt en notarattestation. MFVM havde ikke i udbudsbetingelserne forlangt oversættelse af dokumentationsmaterialet eller dets lovmæssige baggrund. Der opstod tvivl om attestationens rækkevidde, og både Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Kammeradvokaten blev spurgt, uden at der fandtes et direkte svar. Af andre grunde blev dokumentationsproblemstillingen frafaldet. I modsat fald havde MFVM været nødsaget til at anmode Kammeradvokaten om at gå ind i sagen og formentlig via en tysk forbindelse afklare retsstillingen. Det ville have været både en dyr og forsinkende fremgangsmåde. Det er MFVMs vurdering, at risikoen for at forskelsbehandle udenlandske ansøgere og tilbudsgivere er nærliggende, fordi det kan være meget vanskeligt at vurdere dokumentationskravet. Det blev desuden oplyst, at de tyske delstater kan have forskellig retsstilling på området.

Tilbudsloven: Det er en væsentlig forenkling, at der ikke længere består et annonceringskrav som efter den tidligere tilbudsloves afsnit 2 for indkøb over 0,5 mio. kr.

3) Flexibilitet

MFVMs erfaringer med, om udbudsloven har medført *flexibilitet* ved gennemførelsen af udbudsprocesser:

Mulighed for præcisering: Udbudslovens regler omkring mulighed for præcisering af tilbuddet hvis der er mindre fejl og mangler giver flexibilitet i proceduren. Ligeså opleves muligheden for ændringer efter kontraktindgåelse også som værende tilpas fleksible i forhold til tidligere.

Dialog: De øgede muligheder for dialog er positive for både for ordregiver og tilbudsgiver. Dialogen gør det nemmere at indkøbe det rette med input fra markedet.

Det er MFVMs opfattelse, at loven generelt har skabt større flexibilitet for ordregiverne.

Markedsundersøgelser: Loven har fx med bestemmelserne om indledende markedsundersøgelser medført et øget fokus på betydningen af at inddrage markedet på et tidligt tidspunkt med henblik på at ramme markedet bedst muligt og at undgå unødige annullationer. Disse muligheder bliver brugt.

Fleksible procedurer: MFVM har kun begrænsede erfaringer med at bruge de fleksible udbudsprocedurer, men det er MFVMs opfattelse, at det er væsentligt, at man som ordregiver i relevante tilfælde kan benytte denne mulighed. Ud fra den ene konkrete erfaring, MFVM har, er det muligt at gennemføre udbud med forhandling, uden at det kræver et stort og meget ressourcekrævende set-up.

Det har været en god hjælp at få den udviklede praksis om mulighederne for at ændre i bestående kontraktforhold skrevet ind i loven, men der savnes større klarhed over, hvilke regler der gælder for kontrakter og rammeaftaler, som ikke i sig selv har en fast pris.

4) Færre transaktionsomkostninger

MFVMs erfaringer med, om udbudsloven har medført *færre transaktionsomkostninger* ved gennemførelsen af udbudsprocesser:

Grænseoverskridende interesse: Der er meget arbejde forbundet med at udarbejde en vurdering af, hvorvidt en kontrakt under tærskelværdien har klar grænseoverskridende interesse, hvilket medfører flere transaktionsomkostninger end under det tidligere udbudsdirektiv med en bagatelgrænse på kontrakter på 0,5 mio. kr.

Det er særdeles positivt, at man kan gennemføre en tilbudsindhentning med 2-3 tilbudsgivere, når kontrakten ikke har en klar grænseoverskridende interesse. Det er en konkret og effektiv afgrænsning med reducere af omkostninger for både tilbudsgiver og ordregiver.

Det er ønskværdigt, at udbudsloven fremadrettet kan medtage en definition af rækkevidden i forhold til kontrakter, der skal udføres i tredjelande: For eksempel SSC-projekter i Sydafrika, Vietnam, Tyrkiet m.fl. MFVM har lagt en forsigtighedsvurdering til grund, og anvender som udgangspunkt altid annoncering på udbud.dk (under tærskelværdien) for disse sager. Af hensyn til at nedbringe transaktionsomkostningerne bør kontrakter, der udføres uden for EU (pga. kontrakten bedst kan udføres af lokale rådgivere) have en bagatelgrænse på 0,5 mio. kr. for at opveje transaktionsomkostningerne.

5) Andre bemærkninger

Eksplícitte evalueringskriterier: Det er positivt, at udbudsloven ændres, så der vil være krav til eksplícitte evalueringskriterier og evalueringsmodeller (det skaber større klarhed), men det bør også følges op med flere konkrete og enkle vejledninger og skabeloner (fx regneark med formler), så det er lettere for ordregiver at anvende brugbare værktøjer, der med få justeringer kan målrettes til de konkrete udbud.

Platformen udbud.dk er brugervenlig, men da sproget er dansk, kan det være vanskeligt for udenlandske virksomheder at anvende og navigere på platformen. Det vil også være en fordel at have en engelsksproget oversættelse af felterne på udbud.dk.

1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)

Fra: Jørgen Stenbæk
Sendt: 20. februar 2019 16:22
Til: 1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)
Cc: Anne Pontoppidan Sørensen; Jeppe Berg Jensen; Hans Christian Holdt; Louise Simoni
Emne: Høring vedr. evaluering af udbudsloven
Vedhæftede filer: Høringssvar_Moderniseringsstyrelsen.docx;
Høringssvar_Digitaliseringsstyrelsen.docx

Til Center for offentlig konkurrence

Hermed svar på høringen vedr. evaluering af udbudsloven. Det er på vegne af Finansministeriets concern.

Bidrag fra Moderniseringsstyrelsen og Digitaliseringsstyrelsen er vedhæftet. Statens IT og Statens Administration har ikke haft bemærkninger. I tillæg til betragtningerne i vedhæftede skal jeg viderebringe følgende:

"Finansministeriet er orienteret om, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har udarbejdet et udkast til vejledning om indkøb af sociale og andre specifikke tjenesteydelser. Disse ydelser er underlagt reglerne i udbudslovens afsnit III (det såkaldte "light-regime"). Udkastet er sendt i høring hos en række ministerier, og på baggrund af de foreløbige tilbagemeldinger vurderer Finansministeriet, at den kommende evaluering bør forholde sig til light-regimet og om hensigtsmæssigheden af reglerne på området."

Vh Jørgen



FINANSMINISTERIET

Jørgen Stenbæk
Fuldmægtig
Center for konkurrence, selskaber og forsyning
M 5084 7004
E jorgs@fm.dk

Du bedes venligst være opmærksom på, at Finansministeriet ved modtagelsen af din henvendelse behandler de personoplysninger om dig, der fremgår af beskeden. Dette sker som led i Finansministeriets myndighedsudøvelse. Du kan læse mere om, hvordan Finansministeriet behandler dine personoplysninger, og hvilke rettigheder du har som registreret mv. i ministeriets privatlivspolitik: <https://www.fm.dk/om-os/privatlivspolitik>

Notat

8. februar 2019
KDR/MLINI

Digitaliseringsstyrelsens bidrag til Finansministeriets høringssvar til Erhvervsministeriet vedrørende evaluering af udbudsloven

I forbindelse med høring vedrørende evaluering af udbudsloven har Digitaliseringsstyrelsen udarbejdet følgende høringssvar, der tager udgangspunkt i de tre formål, som var bærende for udbudsloven: klarhed, forenkling, og fleksibilitet

Større klarhed

Det var et ønske ved udarbejdelsen af udbudsloven, at den skulle være med til at skabe en større klarhed for både ordre- og tilbudsgivere. Effekten af dette skulle være færre sager ved Klagenævnet og lavere transaktionsomkostninger for både ordre- og tilbudsgiver, som i sidste ende skulle give mere konkurrencedygtige priser.¹

Baseret på styrelsens erfaringer er der områder i udbudsloven, hvor der kunne ønskes mere klarhed. Det er blandt andet ændringsreglerne, jf. udbudslovens kapitel 15, berigtigelse jf. § 159 og i forhold til udbud med forhandling

I forhold til § 159 har styrelsen erfaret, at bestemmelsen er uflexibel at anvende i praksis, da Klagenævnet på området for berigtigelse har en forholdsvis restriktiv praksis, hvorfor en tildeling let bliver tilsidesat, såfremt der er sket en berigtigelse af tilbuddet. I praksis kan dette betyde annullation af tilbud i stedet for berigtigelser, med forøgede omkostninger til følge.

Det er Digitaliseringsstyrelsens erfaring, at det ville skabe større klarhed i loven såfremt en bestemmelse som denne blev gjort mere klar. Dette vil være med til at give en større forståelse for bestemmelsens anvendelsesområde, som antageligt må medføre lavere transaktionsomkostninger.

I forhold til ændringsbestemmelserne, er det Digitaliseringsstyrelsens erfaring, at bestemmelserne er svære at forstå for indkøberne. Ændringsreglerne er essentielle for forvaltningen af kontrakter, og det er derfor vigtigt, at bestemmelserne fremstår med den tilstrækkelige klarhed. Det er Digitaliseringsstyrelsens erfaring, at dette er en udfordring.

For at sikre at loven efterlever de bagvedliggende formål, bør ændringsbestemmelserne sikres tilstrækkelig klarhed både i forhold til, hvordan reglerne skal for-

¹ Udbudslovens lovbemærkninger s 2

stås, og hvornår de forskellige regler kan anvendes, således at det bliver nemmere for indkøbere og kontraktforvaltere at anvende reglerne.

På baggrund af styrelsens erfaringer med anvendelsen af udbudsformen udbud med forhandling, vurderes der at være et behov for præcision af, hvornår ordregiveren har mulighed for at indhente ESPD ved anvendelse af denne udbudsprocedure. Et klart udgangspunkt om, at ESPD'et allerede kan indhentes ved prækvalifikation, vurderes at være fordelagtigt for ordregiver.

Digitaliseringsstyrelsen har desuden erfaret, at der i visse situationer kan være et behov for ikke at offentliggøre det fulde udbudsmateriale straks. Behovet kan eksempelvis komme til udtryk i større infrastrukturprojekter, hvor det er ønskeligt helt at undtage fortrolige oplysninger i udbudsmaterialet i en vis periode. Det er klart at en sådan ordning, kun kan anvendes i det tilfælde, hvor udbudsmaterialet, fremstår med en klarhed som muliggøre tilbudsgiver stadig at afgive et fuldstændigt tilbud.

Som loven er formuleret i dag, er det ikke en mulighed helt at undtage sådanne oplysninger i udbudsmaterialet, uanset at hensynene bag en sådan undtagelse måtte være sagligt begrundede.

Forenkling

Udbudslovens bestemmelser kan være vanskeligt tilgængelige for indkøberne. Den interne sammenhæng mellem de forskellige bestemmelser i kapitel 15 er vanskelig at gennemskue. Det er således ikke altid klart, hvornår de enkelte bestemmelser skal anvendes. Indkøberne ses på den baggrund at indhente juridisk bistand til gennemførelse af selv små ændringer i kontrakten. Det er styrelsens vurdering, at dette strider med udbudslovens formål.

Det er Digitaliseringsstyrelsens erfaring, at loven generelt stadig er kompliceret. Denne kompleksitet medfører frustration og medfører et stort ressourcospild, da ændringer og indkøb oftest kræver meget tid og mange ressourcer for ordregivere at foretage.

Fleksibilitet

Eventuelle kommende ændringer bør ske under hensyntagen til, at de fleksible udbudsformer i loven fortsat opretholdes og understøttes med respekt for kravtredeingen. Her tænkes især på udbud med forhandling, hvor styrelsens erfaringer tegner et billede af, at udbudsproceduren i høj grad stadig er under udvikling.

Digitaliseringsstyrelsens erfaringer har vist, at der er et behov for, at kunne 'blive klogere' på sit eget udbud. Dette har især vist sig nødvendigt ved it-udbud, hvor forhandlingsdelen ofte giver værdifuld viden om udbuddet hos ordregiveren. Som loven ser ud på nuværende tidspunkt, er det ikke altid, at denne viden også bliver



anvendt i udbuddene, da der mangler mulighed for at kunne tilrette udbudsmaterialet i tilstrækkelig grad.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse fra januar 2019² viser, at langt de fleste udbud bliver annulleret grundet fejl i udbudsmaterialet. Det må antages, at en øget fleksibilitet i forhold til ændringer i udbudsmaterialet således må medføre et fald i antallet af annullerede udbud og på samme tid medføre lavere transaktionsomkostninger.

I forlængelse af dette, har Digitaliseringsstyrelsen erfaret, at der ved anvendelse af udbudsformen udbud med forhandling er et behov for en øget fleksibilitet i forhold til berigtigelse af tilbud jf. § 159.

I større it-projekter vil der som følge af ydelsens kompleksitet ofte være en lang række krav og mindstekrav. Disse udbud vil ofte anvende udbudsformen "udbud med forhandling", og den restriktive retspraksis på området har vist sig uhenigtsmæssig, da det gør det unødigt besværligt at foretage en berigtigelse af åbenlyse fejl i tilbuddet. Alternativet til berigtigelse af tilbuddet er enten, at udbuddet bliver annulleret, eller at tildelingen udfordres af leverandorerne og i sidste ende underkendes i Klagenævnet. Begge udfald er uhenigtsmæssige, da det vil indebære en væsentlig forøgelse af transaktionsomkostningerne, hos både ordre- og tilbudsgiver.

Det er klart, at der ikke skal åbnes mulighed for berigtigelse af egentlige forbehold for mindstekrav, men der har vist sig at være et område hvor enten loven mangler fleksibilitet, eller hvor Klagenævnets restriktive retspraksis medfører væsentlig forøgede transaktionsomkostninger for både ordre- og tilbudsgiver.

I mange af de indkøb som styrelsen foretager, kan der være behov for indkøb af supplerende ydelser, eller for at foretage andre ændringer. Dette gør sig især gældende ved de større it-kontrakter, hvor det ønskede system eller ydelse ofte vil udvikle sig i løbet af kontrakten. Denne nødvendighed kan i visse tilfælde blive imødekommet ved brug af optioner, jf. udbudslovens regler i § 179, men det er ikke altid muligt at formulere en option med tilstrækkelig klarhed. Dertil kommer, at branchen i sin helhed udvikler sig med en sådan hast, at det kan være svært at forudsige behovet i en tidsramme på 3-4 år, som en typisk udbudt kontrakt vil have.

Derudover er det også Digitaliseringsstyrelsens erfaring, især når det gælder it-kontrakter, at der er relativt høje omkostninger ved ændringer, hvilket medfører, at bagatelgrænsen på enten tærskelværdien eller 10 % af kontraktværdien hurtigt vil blive brugt i løbet af kontrakten.

² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, *Annulatio af Danske EU-Udbud* – Januar 2019.



Som følge af disse forhold medfører den måde, hvorpå bestemmelserne er formuleret og fortolkes i dag, at ændringer ofte bliver unødvendigt byrdefulde for ordregivere at gennemføre.

Derudover må det også konstateres, at alternativet til at foretage en ændring med samme leverandør er, at der foretages endnu en konkurrenceudsættelse, med mulighed for at en anden leverandør bliver tildelt kontrakten.

Det kunne derfor være ønskeligt, at der var et større råderum til at foretage ændringer under overholdelse af udbudsdirektivets grundlæggende principper. En løsning på dette kunne f.eks. være at hæve grænsen i §180stk. 1 nr. 2.



Notat

19. februar 2019
SI/HCH/THONE

Moderniseringsstyrelsen bidrag til Finansministeriets hørings svar til Erhvervsministeriet vedrørende evaluering af udbudsloven

Generelle bemærkninger

Det er Moderniseringsstyrelsens vurdering, at udbudsloven generelt har bidraget til større klarhed, forenkling og fleksibilitet inden for det offentlige indkøbsområde.

Der er imidlertid tale om et kompliceret og svært tilgængeligt regelsæt, der løbende udvikles i retspraksis.

Der er derfor fortsat behov for en løbende vejledningsindsats, der bl.a. tager højde for udviklingen i Klagenævnet for Udbud, domstolenes og EU-domstolens praksis.

På visse områder kan der desuden være behov for at overveje at gøre retstilstanden klarere, jf. nedenfor.

Moderniseringsstyrelsen og SKI varetager Statens Indkøbsprogram bl.a. ved udbud af fællesoffentlige rammeaftaler. Det er derfor af stor betydning for gennemførelse af Statens Indkøbsprogram, at udbudslovens regler, herunder reglerne om rammeaftaler, er klare og ikke modvirker det gode købmandskab.

Rammeaftaler

Regler vedrørende miniudbud

Der er behov for, at det udtrykkeligt fastsættes i udbudsloven, hvilke af lovens regler, der gælder i forbindelse med genåbning af konkurrencen under en rammeaftale (miniudbud).

Genåbning af konkurrencen er beskrevet i udbudslovens § 100, men det er heraf ikke tydeligt, om krav, som i øvrigt gælder ved gennemførelse af udbud, også skal iagttages ved miniudbud.

Moderniseringsstyrelsen finder, at dele af teksten fra lovbemærkningerne bør indarbejdes i udbudslovens bestemmelser, herunder at det er overladt til ordregiverens skøn, for hvilke rammeaftaler det er relevant at genåbne konkurrencen på andre vilkår, end de vilkår der var gældende i forbindelse med tildelingen af rammeaftalen, når der blot ikke forfølges usaglige hensyn eller handles i strid med principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, ligesom det anføres i lovbemærkningerne, at der ikke er nogen grænse for, hvilke vilkår der

**MODERNISERINGSSTYRELSEN**

kan stå åbne i rammeaftalen til brug for det efterfølgende miniudbud, når blot dette er anført i udbudsmaterialet for rammeaftalen med den fornødne klarhed (gennemsigtighed).

Tilsvarende gælder kravet om vægtning af kriterier for tildeling i henhold til § 165 ikke udtrykkeligt i den situation, hvor konkurrencen genåbnes, men det er anført i lovbemærkningerne, at § 100 indebærer, at § 165 også vil være gældende i denne situation, mens det efter klagenævnspraksis kan lægges til grund, at en prioritering i nogle tilfælde vil være tilstrækkelig, hvis ordregiver ikke kender karaktererne af de ordrer, som skal tildeles ved miniudbudet.

Det er således et generelt behov for en klargøring af, hvilke rammer der er opstillet for gennemførelse af miniudbud.

EU-Domstolens dom af 19. december 2018, sag C-216/17

EU-Domstolen har i en dom af 19. december 2018, sag C-216/17, anført, at en ordregiver, der udbyder en rammeaftale, er forpligtet til i udbudsmaterialet at angive den maksimale mængde varer og tjenesteydelser, der kan blive genstand for efterfølgende kontrakter, og EU-Domstolen har samtidig anført, at en sådan fastlæggelse ikke kan ske ved henvisning til ordregiverens sædvanlige behov. EU-Domstolen anfører endvidere, at ordregiveren er bundet af den angivne maksimale mængde. Denne bemærkning er imidlertid ikke anført i dommens konklusion, men i en præmis, hvorfor det ikke er tydeligt, om der er tale om generelle udtalelser, eller om de alene vedrører den konkrete sag.

Hvis det lægges til grund, at den angivne mængde ”opbruges” i løbetiden, vil en rammeaftale kunne udtømme sin virkning inden rammeaftalens udløbstidspunkt med den konsekvens, at den ikke længere vil kunne anvendes til at aflofte ordregivers udbudspligt.

I det omfang, det anførte skal lægges generelt til grund, vil det vanskeliggøre anvendelsen af rammeaftaler. Det vil særligt gøre sig gældende i forbindelse med fælles udbud og udbud, der gennemføres af indkøbscentraler, da det forventede forbrug fra alle ordregivende myndigheder på en rammeaftale mv. ikke kan opgøres uden en vis usikkerhed.

Af udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 30, fremgår vedrørende rammeaftaler, at dette er aftaler, som fastsætter vilkårene for kontrakter, der tildeles i løbet af en nærmere fastsat periode, navnlig med hensyn til pris og påtænkte mængder. Anvendelsen af begrebet ”påtænkte” må fortolkes således, at det ikke kan lægges til grund, at der er tale om en øvre grænse. Samtidig står der i udbudslovens § 32, at værdien af en rammeaftale er den højest anslåede værdi af samtlige kontrakter, der forventes tildelt inden for rammeaftalens løbetid. Anvendelsen af ordene ”anslåede” og ”forventede” taler ligeledes for, at der ikke opstår en øvre grænse.



MODERNISERINGSSTYRELSEN

Skulle man fremadrettet lægge til grund, at dommen medfører et krav om en øvre grænse, vil der samtidig opstå et spørgsmål om, hvorvidt det også kræves, at ordregiver skal anføre en nedre grænse, dvs. en garanteret mindsteomsætning, hvilket heller ikke tidligere har været praksis.

Den retstilstand, som dommen muligvis kan ses som udtryk for, er ikke hensigtsmæssig, hvorfor dommens rækkevidde bør afklares, ligesom der i fornødent omfang må gennemføres ændringer af udbudsloven.

Moderniseringsstyrelsen er i øvrigt bekendt med, at det forekommer, at leverandører i forbindelse med gennemførelsen af en kontrakt påberåber sig delestimer, fx estimer af efterspørgslen vedrørende enkelte varelinjer. Der er på den baggrund efter Moderniseringsstyrelsens opfattelse behov for, at der tages udtrykkeligt stilling til, at estimer, der er foretaget i overensstemmelse med gældende regler, ikke har betydning for gennemførelsen af en kontrakt.

Periodekøbskontrakter og parallelle rammekontrakter

Det fremgår af forarbejderne til udbudsloven, at kontrakter, der indgås på grundlag af en rammeaftale, kan have karakter af at være løbende forhold (periodekøbskontrakter). Det fremgår endvidere af forarbejderne, at der ikke er noget til hinder for, at den samme ordregiver indgår eller anvender flere rammeaftaler, der har et sammenfaldende sortiment (parallelle rammeaftaler).

Det kan overvejes at fastslå dette udtrykkeligt i udbudsloven for at undgå tvivl om retstilstanden.

Ændring af udbudsmaterialet efter offentliggørelsen

Mange danske EU-udbud aflyses og tilpasses og udbydes på ny, og som det fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens publikation "Annullationer af danske EU-udbud (januar 2019)", skyldes dette ofte fejl i udbudsmateriale og behov for at foretage ændringer.

Moderniseringsstyrelsen finder, at der er en meget snæver adgang for ordregivere til at foretage ændringer i offentliggjort udbudsmateriale. Det formodes i praksis at bidrage til aflysning og genudbud, også i tilfælde, hvor dette ikke er påkrævet. Det skyldes, at vurderingen af, om en ændring kan gennemføres, er vanskelig, og at en vurdering, der tilsidesættes af Klagenævnet for Udbud eller domstolene, kan have alvorlige konsekvenser.

Det bør derfor overvejes, om adgangen til at foretage ændringer kan udvides eller præciseres, således at ordregivere har større sikkerhed for, at gennemførte ændringer ikke vil blive underkendt. Dette vil alt andet lige føre til færre aflysninger af udbud og dermed reduktion af transaktionsomkostningerne for både ordregivere og virksomheder.



Dokumentation for oplysninger afgivet i ESPD mv.

Tidspunktet for indbentelse af dokumentation

Med henblik på at reducere udbudsprocessens varighed, bør det overvejes, om det er muligt at ændre bestemmelsen i udbudslovens § 151, stk.1, således at indhentning af dokumentation blot skal ske for *indgåelse* af kontrakt.

Indhentning af dokumentation ifm. tildeling ved miniudbud

Før tildelingen af en kontrakt ved miniudbud på en rammeaftale, skal ordregiver indhente dokumentation for de oplysninger, som den vindende leverandør har afgivet i dennes ESPD. Ordregiver er ikke forpligtet til at indhente dokumentation ved direkte tildeling på en rammeaftale, og ordregivere kan derfor blive ansporet til at lave rammeaftalekonstruktioner, der ikke indebærer miniudbud, alene med henblik på at undgå bureaukrati og transaktionsomkostninger for ordregiver såvel som tilbudsgivere.

Moderniseringsstyrelsen finder, at der er behov for at lette ordregiveres og leverandørers udveksling af dokumentation i forbindelse med miniudbud under rammeaftaler. Det kan eksempelvis ske ved at udtrykkeligt at fastsætte gyldighedsperiode for den af leverandørerne afgivne dokumentation, mulighed for at oprette en "dokumentationsbank" hos udbyderen af en rammeaftale eller andet.

ESPD-skabelonen

I EU-Kommissionens skabelon til ESPD sporges i forbindelse med de obligatoriske udelukkelsesgrunde alene til, om den økonomiske aktor er dømt ved endelig dom, mens skabelonen ikke afspejler de danske regler om, at en økonomisk aktor også omfattes af udelukkelsesreglerne, hvis aktoren har vedtaget et bodeforlæg. Dette kan give anledning til misforståelser, hvilket ikke er hensigtsmæssigt.

EU-Kommissionens tjeneste for at fremme anvendelsen af ESPD vil blive udfaset i april 2019, men forpligtelsen til at bruge ESPD består og kan opfyldes ved at anvende de nationale ESPD-tjenester. Det kan derfor være hensigtsmæssigt, at de danske nationale ESPD-tjenester anvender de danske formuleringer eller tydeliggør at ansøgere og tilbudsgivere ved udfyldelse skal være opmærksomme på, at der svares på de danske formuleringer.

Annulation af en udbudsprocedure

Moderniseringsstyrelsen finder, at det af udbudsloven bør fremgå, at en ordregiver i forbindelse med et udbud, der omfatter flere delaftaler, har mulighed for at annullere udbuddet for så vidt angår en eller flere af disse delaftaler, såfremt betingelserne herfor i øvrigt er opfyldt, og bestemmelsen i § 171, stk. 6, overholdes.

Dette vil sikre, at der fx i tilfælde, hvor der konstateres fejl i udbudsmaterialet vedrørende en enkelt delaftale, utvivlsomt ikke vil skulle ske aflysning af det samlede udbud, fx med den konsekvens at en lang række tilbudsgivere (på andre delaftaler) vil skulle afgive nye tilbud med øgede transaktionsomkostninger til følge.



MODERNISERINGSSTYRELSEN

Væsentlige samfundsinteresser og udelukkelse

Det bør overvejes, om en bestemmelse svarende til § 135, stk. 5, om at udelukkelse kan undlades af hensyn til væsentlige samfundsinteresser, skal indsættes i § 137 om frivillige udelukkelsesgrunde. En ordregiver vil naturligvis lade hensynet til væsentlige samfundsinteresser indgå i vurderingen af, om en eller flere frivillige udelukkelsesgrunde skal være gældende i forbindelse med et konkret udbud. Dette bør imidlertid ikke indebære, at en ordregiver er afskåret fra at undlade at udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis dette er nødvendigt af hensyn til væsentlige samfundsinteresser.

Tærskelværdi vedrørende indkøb med klar grænseoverskridende interesse

Det bør overvejes, om der i udbudslovens § 10 kan indsættes en beløbsgrænse for anvendelse af reglerne i udbudslovens kapitel IV om indkøb med klar grænseoverskridende interesse. Det vil lette ordregivende myndigheders administration af reglerne væsentligt, hvis der fastsættes en sådan beløbsgrænse, der kunne svare til beløbsgrænsen i § 11 vedrørende offentlige indkøb under tærskelværdierne uden klar grænseoverskridende interesse (udbudslovens kapitel V).

Tilbudslovens bestemmelser kan overvejes indskrevet i udbudsloven

Af hensyn til at sikre overskuelighed kan det overvejes at indskrive de tilbageværende regler i tilbudsloven (lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter) i udbudsloven, således at tilbudsloven kan ophæves.

Terminologi

Vurdering og evaluering

Der sondres ikke konsekvent mellem begreberne "vurdering" og "evaluering" i udbudsloven, jf. fx udbudslovens § 112, hvor begrebet "vurdering" anvendes om en evaluering i henhold til en fastsat evalueringsmetode. Begrebet "vurdering" bør reserveres til vurderinger, der ikke er evalueringer i henhold til en evalueringsmetode.

Annullation og aflysning

Begrebet "annullation" bør i udbudsloven alene anvendes i forbindelse med den udbudsretlige sanktion annullation af en tildelingsbeslutning og ikke i forbindelse med en ordregivers beslutning om, at bringe en udbudsprocedure til ophor inden tildelingen af kontrakt. En sådan beslutning vil mere hensigtsmæssigt kunne kaldes "aflysning".

Klagenævnet for Udbud kendelse af 9. februar 2019

Klagenævnet for Udbud har i kendelse af 9. februar 2019 i sagen Dansk Cater mod SKI slået fast, at SKI havde anvendt en evalueringsmodel, der ikke var egnet til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

SKI har indbragt dele af kendelsen for domstolene.



MODERNISERINGSSTYRELSEN

Moderniseringsstyrelsen finder, at det bør overvejes, om kendelsen og en senere dom kan give anledning til lovændringer, herunder vedrørende spørgsmålet om Klagenævnet for Udbuds og domstolenes adgang til at tilsidesætte en offentliggjort evalueringsmetode, jf. udbudslovens § 160, stk. 2.

Bemærkninger vedrørende konkrete bestemmelser i udbudsloven

§ 5, stk. 3

Der synes at være uoverensstemmelse mellem teksten i udbudslovens § 5, stk. 3, og direktivteksten i udbudsdirektivets art. 22, stk. 2. Ifølge loven kan der kommunikeres om *ikkegrundlæggende elementer*, mens direktivet tillader kommunikation vedrørende andet end *væsentlige elementer*, dvs. udbudsdokumenter, ansøgninger om deltagelse, bekræftelse af interessetilkendegivelser og tilbud.

§ 31

Det kan overvejes at præcisere udbudslovens § 31 om decentrale enheders indkøb, således at det fremgår klarere, i hvilket omfang fx koncernfunktioner i et ministerium kan bistå andre enheder (der opfylder lovens krav for at købe ind som decentrale enheder) med at købe ind under tærskelværdien, uden at det anses for et fællesindkøb (der måske tilsammen overstiger tærskelværdien).

§ 61, stk. 1, nr. 1, litra c

Det er uklart, hvad der konkret ligger i betingelsen ”særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed”, hvilket bør præciseres. Det er eksempelvis uklart, om en kontrakt med et meget stort antal varelinjer kan udgøre en kompleksitet, der muliggør anvendelse af bestemmelsen.

Præciseringen bør underbygge direktivets betragtninger om at udvide ordregivers adgang til at anvende udbud med forhandling.

§ 80, stk. 3, nr. 2 og 3

Det er uklart, hvornår der kan anvendes udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse på grund af *manglende konkurrence af tekniske årsager* eller *beskyttelse af eksklusiv rettigheder*. Der er derfor behov for at præcisere reglens anvendelsesområde.

§ 80, stk. 4, angiver, at proceduren kan anvendes, når der ikke findes et *rimeligt alternativ eller erstatning* og den manglende konkurrence ikke er et resultat af en *kunstig indskrænkning* af udbudsvilkårene. Det anføres endvidere i bemærkningerne til § 80, stk. 4, at der skal foreligge *objektiv eksklusivitet*, som ikke må være skabt af ordregiver selv.

Det synes vanskeligt at vurdere anvendelsesområdet for § 80, stk. 3, nr. 2 og 3 i praksis. Som eksempel kan man ved ordregivers behov for at købe specifik software, der er beskyttet af intellektuelle ejendomsrettigheder, dels argumentere for,



MODERNISERINGSSTYRELSEN

at der findes (potentielt meget bekostelige) alternativer, der består i at foretage grundlæggende ændringer af ordregivers IT-infrastruktur, og dels at ordregiver har et vist ansvar for den manglende konkurrence qua opbygningen af ordregivers IT-infrastruktur.

Kommissionens kontrakttildeling, jf. bekendtgørelse om indgåede kontrakter nr. 2017/S 076-146562 af 19. april 2017, synes at være et konkret eksempel på en sådan foretaget vurdering, som Moderniseringsstyrelsen vurderer vanskelig at foretage i en dansk kontekst.

§ 120, stk. 2

Bestemmelsen forekommer overflødig, da de regler, der er fastsat i bestemmelsen, kan fastsættes i medfør udbudslovens § 194, stk. 1.

I øvrigt er anvendelsesområdet for bestemmelsen i stk. 2 (udbudsprocedurer, der varetages af en indkøbscentral) videre end anvendelsesområdet for bestemmelsens stk. 1 (dynamiske indkøbssystemer, der drives af en indkøbscentral), hvilket lovteknisk set er uhensigtsmæssigt.

§ 137, stk. 1, nr. 6

Bestemmelsen i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 6, er vanskelig at læse, og der er tilsyneladende ved omskrivningen af direktivteksten til dansk lovtekst ikke sket en korrekt overførsel af direktivteksten. Nr. 6 kan i øvrigt evt. med fordel opdeles i flere numre.

§ 179

Rækkevidden af bestemmelsen i udbudslovens § 179, der giver hjemmel til at foretage ændringer i medfør af ændringsklausuler, forekommer uklar. Navnlig er det uklart, hvordan de tre kumulative krav til sådanne klausulers indhold (skal fastsætte *omfanget* og *arten* af eventuelle ændringer eller ændringsmuligheder og *betingelserne* for deres anvendelse) skal forstås, jf. også "Offentlige indkøb i praksis", 4. udg., s. 760-763.

Til mulig ugunst for både ordregiver og tilbudsgivere vil en forsigtig ordregiver alene anvende meget simple klausuler (fx prisregulering i henhold til et indeks eller optioner på forlængelse) og/eller læne sig op ad bestemmelsen i § 180, stk. 1. Ordregiver og leverandører risikerer herved, at udbudte kontrakter ikke indrettes til at håndtere eksempelvis "teknologiske ændringer" og "tekniske vanskeligheder", som det ellers er forudsat i udbudsdirektivets betragtning nr. 111.

Lovgivningen bør give ordregivere og leverandører en højere grad af sikkerhed for, at klausuler om eksempelvis sortimentsopdatering, indarbejdelse af nye innovative teknologiske løsninger, tvistløsning osv. lovligt kan anvendes.



§ 185, stk. 2

Moderniseringsstyrelsen finder, at der bør foretages en nærmere vurdering af hensigtsmæssigheden af bestemmelsen i udbudslovens § 185, stk. 2.

I § 185, stk. 2, fastsættes, at en ordregiver som udgangspunkt skal bringe en kontrakt eller rammeaftale, som er indgået på grundlag af en tildelingsbeslutning, der er annulleret ved endelig afgørelse eller dom, til ophør med et passende varsel.

§ 185, stk. 2, kan i praksis medføre, at en økonomisk aktør, der i forbindelse med en afgørelse om annullation af en tildelingsbeslutning er blevet tilkendt erstatning, samtidig kan blive leverandør på en aftale, der træder i stedet for den kontrakt, der er bragt til ophør.

Samspillet mellem udbudslovens § 185, stk. 2, og klagenævnslovens § 17, stk. 5

Såfremt bestemmelsen i § 185, stk. 2, opretholdes, bør samspillet med § 17, stk. 5, i lov om Klagenævnet for Udbud overvejes.

Efter udbudslovens § 185, stk. 2, vil, en indkøbscentral, i tilfælde hvor en Klagenævnet for Udbud har annulleret tildelingsbeslutningen vedrørende en rammeaftale, lovligt kunne opretholde rammeaftalen, hvis Klagenævnets afgørelse indbringes for domstolene. Indbringelsen af kendelsen for domstolene vil imidlertid ikke ændre på, at indkøbscentralens kunder (fx selvejende institutioner og kommuner) ikke længere lovligt vil kunne trække på aftalen, jf. klagenævnslovens § 17, stk. 5.

Dette medfører, at rammeaftalen i relation til indkøbscentralens kunder reelt bliver uden virkning, selv om rammeaftalen opretholdes.

Denne uhensigtsmæssighed i samspillet mellem de to bestemmelser kan der rettes op på ved i klagenævnslovens § 17, stk. 5, at ændre ”ikke er annulleret” til: ”ikke er endeligt annulleret”.

Bemærkninger vedrørende arbejdsgruppe om eventuelle regelændringer på baggrund af Atea-sagen

Erhvervsministeren og innovationsministeren har nedsat en arbejdsgruppe, som består af repræsentanter fra Erhvervsministeriet (formand), Finansministeriet og Justitsministeriet.

Arbejdsgruppen skal beskrive de erfaringer, der foreligger i forbindelse med Atea-sagen. Arbejdsgruppen skal på den baggrund vurdere, om der er grundlag for at foreslå ændringer af udbudsloven eller anden relevant lovgivning og/eller at gennemføre øvrige initiativer i relation til udelukkelse og pålidelighedsvurdering.

Arbejdsgruppen skal både se på, om rammerne for domte virksomheders udelukkelse fra offentlige udbud kan gores bedre for de offentlige ordregivere, og på om det kan gores lettere for offentlige ordregivere at hæve kontrakter som følge af

**MODERNISERINGSSTYRELSEN**

kriminalitet begået af leverandører til staten – fx hvis en virksomhed giver bestikkelse.

Arbejdsgruppen skal afrapportere i 1. halvår 2019.

Arbejdsgruppens resultater vil kunne føre til udarbejdelse af lovforslag inden færdiggørelsen af den evaluering, som dette høringsvar vedrører. Arbejdsgruppens arbejde foregår således uafhængigt af evalueringen.



Staten og Kommunernes
Indkøbsservice
Zeppelinerhallen
H.C. Hansens Gade 4
2300 København S

Telefon 33 42 70 00
www.ski.dk
CVR: DK17472437

20. februar 2019

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
ok@kfst.dk

Hørings svar: Evaluering af udbudsloven

Erhvervsministeren har den 17. december 2018 anmodet om bemærkninger og input til den kommende evaluering af udbudsloven.

Staten og Kommunernes Indkøbsservice (SKI) udvikler, udbyder og driver indkøbsaftaler for varer og tjenesteydelser på vegne af den offentlige sektor. Det betyder, at SKI konstant er i tæt kontakt med indkøbere i hele den offentlige sektor, ligesom SKI har en bred erfaring med, hvordan private virksomheder oplever at byde ind på offentlige kontrakter.

Det er vores overordnede vurdering, at udbudsloven er et betydeligt fremskridt og skaber bedre rammer for konkurrence om offentlige opgaver. Det gælder både for de offentlige ordregivere og de private tilbudsgivere.

Ud fra vores betydelige praksisnære erfaring med udbudsloven er det dog samtidig vores vurdering, at loven på visse områder desværre *ikke* har haft den tilsigtede virkning i forhold til det politisk definerede formål.

Der er således et stort potentiale for at skabe klarhed, understøtte forenkling og fremme fleksibilitet, så de samlede transaktionsomkostninger reduceres og effektiv konkurrence fremmes.

SKI byder på den baggrund evalueringen velkommen og takker for invitationen til at komme med forslag til evalueringen. Alle tiltag, der skaber bedre rammer for offentlige udbud, vil gavne såvel den offentlige som den private sektor, og vi ser frem til arbejdet.

SKI anbefaler, at nedenstående forslag indgår i evalueringen af udbudsloven. De enkelte forslag er beskrevet nærmere under tabellen.

SKI uddyber gerne de enkelte forslag og står til rådighed for opfølgende spørgsmål.

	<i>Effektiv konkurrence</i>	<i>Klarhed</i>	<i>Forenkling</i>	<i>Fleksibilitet</i>	<i>Lavere transaktionsomkostninger</i>
1. Større fleksibilitet til at kunne foretage ændringer der optimerer offentliggjort udbudsmateriale	X	X		X	X
2. Dynamiske indkøbssystemer: Lempelse af kravene til begrundede afslagsskrivelser og dokumentation	X	X	X	X	X
3. Klagenævnslovens §17 stk. 5 bringes i overensstemmelse med udbudslovens §185 stk. 2		X			
4. Bedre mulighed for opdatering og udvidelse af sortiment	X	X	X	X	X
5. Forenkling af sortimentsudbud	X	X	X	X	X
6. Lempelse af kravene til indhentning af endelig dokumentation forud for tildeling			X		
7. Lempelse af kravet om fuld offentliggørelse af evalueringsmetoden		X		X	
8. Revidering af klagefristens længde samt hvornår i en udbudsproces en klage kan afgives			X		
9. Klarhed om varigheden af en self-cleaning samt indførelse af et centralt organ, der kan vurdere en virksomheds dokumentation		X			X

1. Større fleksibilitet til at kunne foretage ændringer der optimerer offentliggjort udbudsmateriale

Når et udbudsmateriale er offentliggjort, kan tilbudsgiverne stille spørgsmål til materialet i forbindelse med deres tilbudsoptimering. På trods af forudgående markedsdialog og -høring, stiller tilbudsgiverne ofte forslag til yderligere justeringer af udbudsmaterialet, som kan resultere i bedre tilbud og dermed i sidste ende en bedre kontrakt. Udbudslovens mulighed for at justere i et allerede offentliggjort materiale fortolkes imidlertid snævert. Grundet klagerisiko undlader ordregivere ofte at foretage ellers fornuftige ændringer af udbudsmaterialet der efterspørges af tilbudsgiverne. Ønskes materialet tilpasset på baggrund af markedets forslag, er ordregivere ofte nødsaget til at annullere udbuddet, og dermed trække udbudsmaterialet tilbage og herefter offentliggøre et nyt udbud med et tilrettet materiale. Annullationen fjerner

klagerisikoen, *men* sker på bekostning af både ordregiver og tilbudsgivere, der må navigere i en besværlig udbudsproces.

Det foreslås, at udbudsloven justeres, så der nemmere kan foretages ændringer i udbudsmaterialet efter offentliggørelse, uden at udbuddet må annulleres. Den øgede adgang til at foretage ændringer kan suppleres med, at ordregiver foretager en fristforlængelse. Den øgede fleksibilitet vil reducere antallet af annullationer og nedbringe både tilbudsgivernes og ordregivernes transaktionsomkostninger.

2. Dynamiske indkøbssystemer: Lempelse af kravene til begrundede afslagsskrivelser og dokumentation

Der er mange fordele og stor fleksibilitet ved aftaleformen "Dynamisk indkøbssystem", som kan være et godt alternativ til en traditionel rammeaftale. Dynamiske indkøbssystemer anvendes imidlertid sjældent i Danmark.

Et dynamisk indkøbssystem kan, modsat etablerede rammeaftaler, løbende inkludere nye leverandører, så længe de lever op til systemets udvælgelseskriterier og leverandørerne skal først afgive tilbud, når ordregiver foretager et konkret indkøb. Ud over en større fleksibilitet end traditionelle rammeaftaler er dynamiske indkøbssystemer SMV-venlige, idet der ikke er budpligt og ressourceanvendelsen for at blive optaget i systemet er meget lille.

Den nuværende udbudslov stiller samme begrundelseskrav ved afslag til tilbudsgivere i et dynamisk indkøbssystem, som kræves ved de øvrige udbudsformer. Som konsekvens heraf skal ordregiver give samtlige, tabende tilbudsgivere et relativt begrundet afslag. Da antallet af leverandører i systemet ikke kan begrænses, kan kravet om begrundede og relative afslagsskrivelser til samtlige forbigåede tilbudsgivere indebære en uforholdsmæssig ressource- og tidskrævende opgave, som ofte ikke modsvarer de konkrete anskaffelses størrelse. Dette gælder især, hvis kvalitative parametre indgår i indkøbsbeslutningen, hvilket begrænser anvendeligheden af dynamiske indkøbssystemer.

Det foreslås for det første, at man ligesom i UK - der i høj grad benytter dynamiske indkøbssystemer - udfører udbudslovens begrundelseskrav for dynamiske indkøbssystemer således, at forbigåede tilbudsgivere aktivt skal anmode om en begrundelse for at modtage en sådan. Dette må forventes at fremme anvendelsen af dynamiske indkøbssystemer, medføre konkurrenceudsættelse af mindre indkøbsområder samt fremme SMV'er muligheder for at afgive tilbud på offentlige kontrakter med relativt lille ressourceindsats.

Tilsvarende er kravet til indhentning af endelig dokumentation for tilbudsgivers ESPD-oplysninger - typisk serviceattesten - uhensigtsmæssig. Processen fremmes ikke af, at man efter hver tilbudsfrist - der i et dynamisk indkøbssystem kan begrænses til 10 dage - potentielt må vente adskillige uger på den vindende tilbudsgivers dokumentation, før anskaffelsen kan gennemføres. Dermed underminerer dokumentationsreglerne den fleksibilitet og smidighed, der er selve grundtanken bag dynamiske indkøbssystemer.

Det foreslås for det andet, at der indhentes ESPD-dokumentation ved optagelse i systemet og at denne dokumentation danner grundlag for de efterfølgende konkrete anskaffelser. Herefter skal dokumentation løbende genfremsendes for at bibeholde deltagelsen i systemet efter en passende periode.

3. Klagenævnslovens §17 stk. 5 bringes i overensstemmelse med udbudslovens §185 stk. 2

Siden vedtagelsen af udbudsloven har der været en uoverensstemmelse mellem lovens § 185, stk. 2 og Klagenævnsloven §17 stk. 5.

Ordlyden af § 17, stk. 5 i Lov om Klagenævnet for Udbud skaber en væsentlig usikkerhed for, hvornår en kontrakt på baggrund af en rammeaftale indgået af en indkøbscentral kan erklæres for uden virkning med henvisning til at rammeaftalen er annulleret. Usikkerheden ligger i, hvornår man kan betragte en rammeaftale for annulleret. Er det på tidspunktet, hvor rammeaftalen erklæres uden virkning ved den første retsinstans selvom annullationen ankes, eller er det tidspunktet, hvor der er faldet endelig dom, og hermed efter en ankesag er færdigbehandlet?

Uoverensstemmelse mellem de to regelsæt indebærer, at det er usikkert om medlemmer af en indkøbscentral fortsat kan købe på rammeaftalen i det tilfælde, hvor rammeaftalen annulleres af Klagenævnet.

For alle andre ordregivere indeholder lovgivningen ikke samme usikkerhed, og det er vurderingen, at det ikke var den politiske hensigt med udbudsloven at stille indkøbscentralers kontrakter ringere end andre offentlige kontrakter.

Det foreslås, at § 17, stk. 5 i Lov om Klagenævnet ændres til følgende: "*Såfremt beslutning om tildeling af en indkøbscentrals rammeaftale ikke er **endeligt** annulleret, jf. § 13, stk. 1, nr. 2, på tidspunktet for iværksættelse af tildelingsprocedure for en kontrakt på baggrund af rammeaftalen, kan kontrakten ikke erklæres for uden virkning med henvisning til, at indkøbscentralen har begået fejl, jf. dog stk. 1, nr. 2 og 3.*"

4. Bedre mulighed for opdatering og udvidelse af sortiment

Udbudsloven indeholder forholdsvise restriktive krav, angående muligheden for at udarbejde bestemmelser om ændringer af kontrakten. Brugen heraf er relevant ved sortimentsudbud, eksempelvis IT-hardware, hvor der i kontrakten er behov for bestemmelser, som sikrer, at kontraktens genstande kan opdateres i aftalens levetid, for at kunne favne den teknologiske udvikling og innovation i kontraktens levetid.

I praksis udvikler leverandørerne nye og bedre løsninger, som ofte ikke nøjagtigt matcher de oprindelige kontraktkrav, der blev specificeret på udbudstidspunktet. Eksempelvis kan markedet ændre på tilslutningsstik og skærmstørrelser på computere. Det er imidlertid vanskeligt at udarbejde kontraktbestemmelser, der overholder udbudslovens krav om klarhed og entydighed og samtidig er tilstrækkeligt fleksible til at sikre, at bestemmelsen favner den teknologiske udvikling og innovation i kontraktens levetid. Dette begrænser ordregivers adgang til at tilgodese den løbende udviklingen af nye produkter under en eksisterende kontrakt. Brancherne



oplever som konsekvens, at det er vanskeligt at introducere innovative løsninger til den offentlige sektor i aftaleperioden.

Det foreslås, at udbudsloven i højere grad tilgodeser behovet for at formulere fleksible kontraktbestemmelser med sortimentsopdatering, der forbedrer leverandørernes mulighed for at tilbyde nye opdaterede og innovative produkter i en aftales levetid. Både som erstatning for de tidligere tilbudte produkter og som udvidelse af sortimentet.

5. Forenkling af sortimentsudbud

Udbudsloven og klagenævnspørgsmål medfører meget højere transaktionsomkostninger for både ordre- og tilbudsgiver ved såkaldte "sortimentsudbud", der er kendetegnet ved et meget stort antal varer.

Som udbudsloven fungerer og fortolkes i dag, kræves det som udgangspunkt, at hver enkelt vare er beskrevet, tilbudt og evalueret for at den efterfølgende er omfattet af aftalen. I praksis betyder det, at der ved indkøb af eksempelvis reservedele til biler skal kravspecificeres og vægtes mange tusinde reservedele. Tilbudsgiverne skal udfylde tilbudsark med samtlige disse reservedele, som efterfølgende skal evalueres (evt. et repræsentativt udsnit heraf). Ud over en ressourceforbrugende proces medfører kompleksiteten i disse procedurer ofte, at der opstår fejl i enten udbudsmaterialet eller tilbud. Dette kan medføre annullationer og genudbud, eller at ordregivere må forkaste ellers kvalificerede tilbud. Eksempelvis blev der ved SKI's seneste udbud af "Servere og Storage" modtaget tilbud på mere end 300.000 varelinjer for at sortimentet var dækkende for det offentlige forventede efterspørgsel. Metodikken er således ganske ressourcekrævende for både leverandører og ordregivere.

Oftest er der behov for at kunne købe ind fra hele kategorien, hvilket medfører at der oftest specificeres mange varelinjer, som efterfølgende ikke indkøbes, eller at der alligevel mangler varer som efterfølgende efterspørges. Private virksomheder, der ønsker at indgå en tilsvarende aftale, vil typisk konkurrenceudsætte den del af sortimentet, som der er et godt kendskab til, og som vægter mest, og indgå en rabataftale på leverandørernes øvrige sortiment inden for samme kategori.

Det foreslås, at der udarbejdes tydelige regler for sortimentsudbud, der muliggør, at eksempelvis et repræsentativt udsnit af det forventede kendte køb kan danne grundlag for kravspecifikation og tilbudsvurdering. Øvrigt sortiment kan indkøbes til eksempelvis en fastlagt rabat på offentlige tilgængelige priser, som enhver kan købe til, uden at ordregiver nødvendigvis har kravspecificeret disse, og tilbudsgiverne har skullet afgive tilbud på varelinjeniveau. På den måde vil ressourceforbruget for både ordregiver og tilbudsgiver i sortimentsudbud blive drastisk reduceret.

6. Lempelse af kravene til indhentning af endelig dokumentation forud for tildeling

Udbudslovens regler om indhentning af dokumentation indeholder et krav om indhentelse af endelig dokumentation forud for tildelingen. Det skal eksempelvis

dokumenteres, at ansøgere og tilbudsgivere ikke er udelukket og opfylder minimumskravene til egnethed. Ordregiveren er forpligtet til at verificere de anførte forhold på baggrund af dokumentationen, inden der kan ske tildeling.

Kravet om indhentning af endelig dokumentation besværliggør og forlænger udbudsprocessen i væsentlig grad. Udover ordregiverens egen tilrettelæggelse af processer, der eksempelvis skal tilgodese eventuelle persondataretlige spørgsmål, indebærer processen, at adskillige myndigheder skal indblandes. Dokumentation for udenlandske bestyrelsesmedlemmer, hvis hjemland er uden for EU, er ikke omfattet af den danske serviceattest. Konsekvensen er, at disses nationale myndigheder skal forholde sig til et direktivbaseret krav om fremsendelse af eksempelvis straffeattest. Dette kræver særskilte forklaringer og begrundelser, og møder ikke altid forståelse.

Der er behov for en lempelse af kravene til den dokumentation, som skal fremlægges forud for tildelingen.

Det foreslås, at kravet om indhentelse af yderligere dokumentation lempes.

7. Lempelse af kravet om fuld offentliggørelse af evalueringsmetoden

Regeringen har den 12. december 2018 fremsat et lovforslag til ændring af udbudsloven, der indebærer, at ordregivende myndigheder bliver forpligtede til at offentliggøre alle dele af evalueringsmodellen. Ordregivende myndigheder skal dermed i detaljer beskrive de værktøjer, der benyttes, når tilbuddene skal sammenlignes og der skal findes en vinder af udbuddet. Dette lovforslag 3. behandles den 26. februar 2019, og det skal således bemærkes, at forslaget endnu ikke er endeligt vedtaget.

Kravet er i udbudskredse genstand for generel modstand fra både ordregivere og teoretikere, og udtryk for endnu en særskilt dansk overimplementering af udbudsdirektivet.

Kravet bidrager ikke til større gennemsigtighed, men i stedet til større kompleksitet og øgede transaktionsomkostninger for både ordregivere og tilbudsgivere. Ordregivere risikerer således at må lade udbud gå om, såfremt ordregiveren ikke har kunnet forudse alle potentielle udfaldsrum i tilbuddene på tværs af de økonomiske aktører, der konkret har afgivet tilbud, og afstemt modellen herefter. Dette kan f.eks. være tilfældet, fordi tilbudsgiveres priser afviger væsentligt fra hinanden, eller omvendt, fordi priserne ligger meget tæt på hinanden. Ved et udbud af enkelte varer/ytelser kan udfordringen måske være mindre, men ved de mange større sortimentsudbud, eller rammeaftaler med flere ordregivere, er der adskillige variable, som kan gøre det overordentligt vanskeligt at forudse prisspændet i indkomne tilbud.

Tilsvarende forudsætter reguleringen et stort markedskendskab hos ordregiverne, som muligvis er tilstede for nogle brancher, og i specifikke sammenhænge, men langt fra et kendskab den gennemsnitlige ordregiver har for alle brancher og i alle sammenhænge. Reguleringen kan samtidig indebære risici for de ordregivere, der ikke har gennemtænkt alle detaljer i deres evalueringsmodel. De risikerer, at tilbudsgivere gennemskuer eventuelle svagheder i modellen, som de udnytter på



bekostning af konkurrencen mellem tilbudsgiverne. Dette vil resultere i dårligere tilbud på den offentlige sektors udbudsforretninger.

Det foreslås, at kravet fjernes.

8. Revidering af klagefristens længde samt hvornår i en udbudsproces en klage kan afgives

Der kan i dag klages over alle elementer i udbudsforretningen inden for de fastsatte klagefrister. Det medfører, at ordregivere efter kontrakttildeling kan modtage klager over alle dele af det offentliggjorte udbudsmateriale og alle dele af udbudsproceduren. Denne klagemulighed strækker sig til 6 måneder efter indgået rammeaftale jf. Lov om Klagenævnet for Udbud § 7, stk. 2, nr. 3.

De facto har en klageberettiget i dag 6 måneder, plus tiden fra offentliggørelsen af udbudsmaterialet, til at klage over indholdet af udbudsmaterialet. At en klageberettiget herefter har mulighed for at klage i 6 måneder efter, at rammeaftalen er indgået, betyder, at en for længst idriftsat rammeaftale vil kunne annulleres.

Ordregivere og vindende tilbudsgiver skal således begge i en lang periode leve med usikkerhed om, hvorvidt der vil blive klaget, og de konsekvenser dette måtte medføre. Klageberettigede bør indenfor en kortere frist end 6 måneder efter indgået rammeaftale kunne vurdere, om man ønsker at indgive en klage.

I forlængelse af ovenstående opleves det i praksis ganske ofte, at der efter tildelingen af en kontrakt modtages klager over udbudsmaterialet eller over processer, der ligger langt tilbage i udbudsprocessen og som dermed ikke omhandler selve tildelingen. Med andre ord vælger klageren at klage over forhold, som klageren har haft fuldt kendskab til, før klageren valgte at afgive sit tilbud, og som først viser sig at være et problem, da klageren ikke blev tildelt kontrakten. Klagen er således udelukkende af strategisk karakter.

Det er SKI's vurdering, at der spekuleres i at klage alene med den hensigt at bremse en konkurrenceudsættelse på et marked, som konkurrenceudsættelsen netop er møntet på at løsne op, eller for at bremse idriftsættelsen af en aftale indgået med en konkurrerende aktør. Klagen vil i disse tilfælde betyde, at klageren i en periode kan lukrere på, at offentlige kunder fortsætter med at bruge eksisterende aftaler. Ovennævnte bidrager til en uforholdsmæssig hensyntagen til den klageberettigede, til skade for både ordregiver og ikke mindst den vindende tilbudsgiver.

Det foreslås for det første, at længden af en samlet klagefrist forkortes, således at klager kommer hurtigere på banen, og perioden, hvor ordregiver og de(n) vindende leverandør(er) må leve med usikkerhed for en klage, reduceres.

Det foreslås for det andet, at klageadgangen tilpasses, således at potentielle tilbudsgivere kan klage over metoden (udbudsmateriale, proces, vægtninger, estimater mv.) indtil tilbudsfristen. Det er alt sammen forhold, som tilbudsgiverne kan forholde sig til inden afgivelse af tilbud. Efter tilbudsfristen skal det alene være muligt at klage over evalueringen.

De to forslag vil føre til, at klageadgangen balanceres bedre med hensynet til effektiv konkurrence og hensynet til ordregiver og vindende tilbudsgiver(e).

9. Klarhed om varigheden af en self-cleaning samt indførelse af et centralt organ, der kan vurdere en virksomheds dokumentation

Det følger af udbudsloven, at virksomheder, der er endelig dømt for eksempelvis bestikkelse, skal dokumentere deres pålidelighed i 4 år efter dommen, hvis de ikke skal udelukkes fra offentlige kontrakter.

Det fremgår imidlertid ikke klart af udbudsloven, hvor lang tid en konkret self-cleaning holder. Som konsekvens heraf skal alle offentlige ordregivere vurdere den dømte virksomheds dokumentation for pålidelighed forud for tildelingen af enhver offentlig kontrakt, uagtet en sådan self-cleaning er foretaget kort tid forinden af den samme ordregiver. Man kunne evt. - ud fra et hensyn til de offentlige ordregivere - indføre, at en self-cleaning principielt er gældende i hele den periode, hvor en virksomhed, der er dømt for eksempelvis bestikkelse, skal dokumentere deres pålidelighed. Såfremt der i denne periode opstår omstændigheder, der indebærer, at forudsætningen for den oprindelige self-cleaning bortfalder, eller såfremt der fremkommer nye forhold som måtte ændre på vurderingen, bør der naturligvis være en pligt til fornyet vurdering af den dømte virksomheds self-cleaning's tiltag.

Der bør i den forbindelse også tages stilling til, hvem der er den relevante part til at vurdere virksomhedernes dokumentation for pålidelighed. I dag er det op til den enkelte ordregiver, dvs. i praksis den enkelte indkøbskonsulent i kommunen eller lignende part, at vurdere, om en virksomhed skal udelukkes eller betragtes som såkaldt self-cleaned. Dette skaber risiko for en varierende praksis, og det pålægger den enkelte indkøbskonsulent en vanskelig opgave, som forhåbentlig kun opstår i sjældne tilfælde. SKI har fået oplyst, at andre lande har indført centrale organer, der vurderer en virksomheds dokumentation for pålidelighed på vegne af de enkelte indkøbere og ordregivende myndigheder. En central løsning kunne fx sikre en ensartet praksis samt forenkle arbejdet for de enkelte ordregivende myndigheder.

Det foreslås, at det tydeliggøres i udbudsloven, hvor lang tid en konkret self-cleaning holder og at der tages stilling til, om der bør indføres centrale organer, der vurderer en virksomheds dokumentation for pålidelighed på vegne af de enkelte indkøbere og ordregivende myndigheder.

Med venlig hilsen

Anders Stribolt
Vicedirektør



Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

Danske Arkitektvirksomheder
Vesterbrogade 1E, 2. sal
1620 København V

Tlf. 32 83 05 00

info@danskeark.dk
www.danskeark.dk

Høring vedrørende evaluering af Udbudsloven

Med henvisning til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens (KFST) høringsskrivelse i forbindelse med den påtænkte evaluering af udbudsloven følger her Danske Arkitektvirksomheders kommentarer.

Danske Arkitektvirksomheder forholder sig i det følgende ikke til om de emner, der omtales, er direkte implementeret fra Udbudsdirektivet eller baseret på udbudslovsudvalgets indstilling.

Generelt bemærkes, at der er tilfredshed med implementering af direktivet i form af en lov. Det har gjort det nemmere at forstå- og arbejde med reglerne ikke mindst for ikke-jurister.

2-Kuvertsystem

Danske Arkitektvirksomheder hilser de påtænkte ændringer i § 159, nyt stk. 8 og ny §160, stk. 1 velkommen, idet ændringerne klart vil opfylde forventningen om større klarhed.

Som omtalt i Danske Arkitektvirksomheders høringssvar af den 5. november 2018 håber vi, at KFST i forbindelse med evalueringen vil overveje at udvide "2 kuvertsystemet" til - udover byggeri og anlæg – også at gælde for tjenesteydelser og varer over tærskelværdierne i lovens § 6.

I den forbindelse bemærkes, at de hensyn, som ligger til grund for lovforslaget, også gør sig gældende for alle andre typer indkøb og også indkøb med lavere kontraktsummer.

Tilbudskomkostninger

KFST har i de senere år gjort meget for at sætte fokus på tilbudsgivernes omkostninger, og det vil Danske Arkitektvirksomheder gerne kvittere for. Selve italesættelsen er vigtigt, men der er stadig lang vej endnu til ordregiversiden inddrager hensyn til tilbudsgivernes omkostningsniveau i de konkrete udbud.

Derfor bør yderligere tiltag overvejes til nedbringelse af transaktionsomkostningerne. Det kan fx overvejes om proportionalitetsprincippet i § 2 kan udfoldes yderligere og blive mere forpligtende i forhold til spørgsmålet om transaktionsomkostninger i selve loven og ikke kun i forarbejderne.

Dato: 20-02-2019
Journalnr. J.nr 1/a
Ref.: PD/-



Udbudslovens §§191-193 om indkøb under tærskelværdierne er udtryk for en passende proportionalitet. Alligevel oplever tilbudsgiverne, at der fortsat skal udarbejdes omkostningstunge tilbud på opgaver, hvor der reelt ikke er proportionalitet mellem omkostning og kontraktværdi. KFST bør i det fremadrettede arbejde overveje, hvorledes dette kan undgås.

Især ved opgaver (tjenesteydelser) under 500.000 kr. opleves udbudsprocesser, som ikke står i rimeligt forhold til kontraktsummen, både med hensyn til omfanget af det tilbudsarbejde, der skal leveres men også i forhold til, hvor mange tilbudsgivere der inviteres til at byde på den lille opgave.

Ad § 155, nr. 1) og 2):

Udbudslovens krav til dokumentation af teknisk og faglig formåen, der som udgangspunkt ikke må være mere end 3 år gamle for varer og tjenesteydelser og 5 år for bygge- og anlægsarbejder er problematiske for konkurrencen.

Ikke mindst i en tid hvor ordregivere i vidt omfang anvender rammeaftaler og hvor SKI og andre indkøbssamarbejder "puljer" indkøb, er der risiko for at konkurrenterne lukkes ude af bestemte markeder, fordi de ikke har mulighed for at opbygge relevante referencer, når de er afskåret fra opgaver hos særlige kunder i en længere periode. Den tidsmæssige begrænsning af referencer medfører således stor risiko for at konkurrencen begrænses.

Den tidsmæssige begrænsning af referencer giver reelt ikke mening. En ordregiver vil altid fx i en prækvalifikationssituation kunne foretage en vurdering af referencens relevans, herunder den tidsmæssige relevans.

KFST kan således med fordel overveje om den tidsmæssige begrænsning af referencer helt kan undværes, både af hensyn til konkurrencesituationen og som et led i en almindelig regelforenklning.

ESPD

Kravet om ESPD har ikke haft den ønskede effekt. Kravet om ESPD opleves som en bureaukratisk byrde, der ikke tilfører nogen som helst værdi for tilbudsgiverne. Både selve udfydelsen er kompliceret, men også anvendelsen af forskellige digitale portaler gør det vanskeligt at iagttage nogen stordriftsfordele.

ESPD og projektkonkurrencer

Der gælder i princippet ikke krav om aflevering af ESPD ved afholdelse af projektkonkurrencer efter §§ 84 – 92. Udbudsloven er imidlertid bygget på et system om, at man afleverer ESPD.

Det har skabt forvirring om, hvad ordregiverne skal kræve i forbindelse med afholdelse af projektkonkurrencer:

Skal man alligevel kræve, at deltagerne afleverer et ESPD dokument?



Og hvis ordregiver ikke ønsker at kræve ESPD, hvad skal ordregiver så bede om i stedet? og på hvilket tidspunkt?

Danske Arkitektvirksomheder står gerne til rådighed for at uddybe ovennævnte kommentarer og står gerne yderligere til rådighed ved evalueringen af udbudsloven.

Med venlig hilsen



Preben Dahl
Chefjurist

Tlf.: 28690576

E-mail: pd@danskeark.dk

19. februar 2019

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Sendt pr. mail: ok@kfst.dk

18. februar 2019
J-nr.: 217498 / 2601174

Dansk Byggeris høringssvar vedrørende evaluering af udbudsloven

Overordnet finder Dansk Byggeri, at udbudsloven på mange områder fungerer overensstemmende med lovens formål. Der er der dog nogle områder, som giver anledning til manglende konkurrence og unødige hindringer for en gennemsigtig tildeling, som anført nedenfor.

Den generelle kontrol af lovens overholdelse:

Den primære kontrol med lovens overholdelse hviler på en antagelse af, at ansøgere og bydende i et udbud klager, hvis de mener, at loven overtrædes.

Klager til Klagenævnet for Udbud er imidlertid baseret på anvendelse af forhandlingsmaksimen. Det betyder, at selv om dommerne ved Klagenævnet for Udbud umiddelbart kan se, at loven er overtrådt, er de afskåret fra at pådømme overtrædelsen, hvis overtrædelsen ikke kan rummes inden for de nedlagte påstande og anbringender.

Det betyder i langt de fleste sager, at det er nødvendigt for klager at have advokatbistand for at sikre, at påstand og anbringender er korrekt formuleret, idet det er en forudsætning for at kunne vinde sagen. Omkostningerne til sådanne advokater er ganske betydelige, og har den følge, at mange overtrædelser ikke påtales. Det har medført, at et betydeligt antal advokater har kastet sig over udbudsretten som forretningsområde.

Det har derudover den effekt, at der oftest kun klages, hvis en forbigået tilbudsgiver mener, at han skulle have haft kontrakten, og dermed i sagsforløbet forbeholder sig ret til at kræve sit mistede dækningsbidrag erstattet, eller han kan få klagenævnet til at dømme kontrakten for "uden virkning", hvorved udbudet skal gå om. I de fleste andre sager er klagen direkte tabsgivende, selv om klager får medhold i sin påstand. Det skyldes, at klagenævnets tilken-

delse af omkostninger slet ikke står mål med de faktiske omkostninger, der skal til for at vinde en sag ved nævnet.

En ulempe ved denne retstilstand er, at der sjældent klages over meget hyppigt forekommende overtrædelser af loven. Eksempelvis vil man stort set i alle udbud kunne finde overtrædelse af lovens §§ 41 og 42. Det er meget sædvanligt i de tekniske specifikationer at anføre et produkt, der efterfølges med formuleringen "eller tilsvarende". En sådan og tilsvarende overtrædelser af §§ 41 og 42 reducerer konkurrencen betydeligt.

En anden typisk overtrædelse, som kan genfindes i mange udbudsmaterialer, beror på, at en del tekniske specifikationer ikke, som det kræves i loven, er knyttet til kontraktens genstand. Det ses i stadigt stigende omfang, at der i udbudsmaterialerne stilles krav om social ansvarlighed, men meget ofte er kravene ikke knyttet til kontraktens genstand.

Et tredje eksempel på manglende tilknytning til kontraktens genstand er, at mange udbydere kræver, som tildelingskriterium, at den bydende skal angive "organisering af arbejdet". Et sådant underkriterium er imidlertid kun lovligt, såfremt "organiseringen af det personale, der skal udføre kontrakten, og dets kvalifikationer og erfaring, hvor kvaliteten af det personale, der skal udføre kontrakten, kan påvirke niveauet af kontraktens opfyldelse betydeligt". Navnlige kravet om, at det tilbudte personale kan påvirke kontraktens opfyldelse betydeligt vil meget ofte ikke være overholdt. De pågældende personer vil være knyttet til den pågældende virksomhed, men at påstå at selv dygtige og erfarne ingeniører vil kunne løfte kontraktens opfyldelse betydeligt er illusorisk i de tilfælde, hvor det tekniske udfaldsrum ikke giver mulighed for sådanne løft.

Det er ejendommeligt, at se hvor forskelligt staten prioriterer, at lovene skal overholdes, Overholdelse af færdselsloven f.eks. udføres med nidkær stikprøvevis kontrol, mens overtrædelse af udbudsloven på de her nævnte områder fører staten ikke stikprøvevis kontrol med, og i modsætning til andre forvaltningsorganer anvendes her forhandlingsmaksimen. Overtrædelse af færdselsloven medfører bøder til statskassen, mens de her nævnte overtrædelser af udbudsloven fører til manglende konkurrence og dermed dyrere tilbud til de offentlige udbydere.

Udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog mv.

Fordelen ved udbud med forhandling m. fl. er, at det giver udbyder mulighed for at forhandle en løsning, der er optimeret i forhold til hans behov. Det er godt og udmærket.

Ulempen er, at disse udbudsformer er særdeles omkostningstunge for de bydende. Disse omkostninger – når tilbudet ikke fører til accept - indgår som generelle omkostninger og betales af andre udbydere gennem de tilbud, entreprenøren får accept på. Det betyder generelt stigende priser ved tilbudsafgivelse, som ikke er ubetydelige.

Der er åbenlyse tilfælde, hvor disse generelle omkostninger ikke bør overvælttes til markedets øvrige ordregivere. Navnlige burde en udbyder betale de tilbudsgivende deres tilbudsomkostninger, hvor et udbud er så ringe forberedt, at det annulleres af udbyder. Eksempler herpå kunne være: I tilbudsfasen stiller de bydende spørgsmål til udbyder, der medfører, at udbyder indser, at hans udbud er så mangelfuldt, at det kræver efterfølgende bearbejdning og fornyet udbud. Her burde udbyder betale en konventionalbod på f.eks. 3 % af den anslåede tilbudspris til hver af de bydende eller erstatning til de bydende, der kan bevise, at deres tab er større end 3 %. Et andet eksempel kunne være, at udbyders overslag viser sig så urealistisk i forhold de til indkomne tilbud, at udbyder må annullere udbudet og bearbejde det med henblik på fornyet udbud. Her kunne en tilsvarende konventionalbod med alternativ erstatning være berettiget.

Generelt ses især i bygge- og anlægsbranchen udbudsmaterialer af ringe kvalitet. Det er rigtig fint, at hele udbudsmaterialet skal være fuldt tilgængeligt ved annonceringen i EU-

tidende jf. lovens § 132. Men i praksis har det tilskyndet til dårligt gennemarbejdede udbudsmaterialer, som de bydende stiller mange spørgsmål til. Det resulterer typisk i, at rettelsesbladene udsendes ganske kort før tilbudsfristens udløb. Det medfører, at tilbudsgiverne afskæres fra at gennemarbejde deres tilbud, og risikoen dermed øges med højere tilbudspriser til følge og evt. annullering af udbudet.

Såfremt der indføres de foreslåede konventionalbøder, kunne det medføre en adfærdsregulerende forbedring hos udbydere, idet risikoen for at skulle betale konventionalbod/erstatning vurderes at ville øge kvaliteten af udbudsmaterialerne.

Bedømmelseskomite

Ved udbud hvor tildelingskriteriet er bedste forhold mellem pris og kvalitet, bør der udpeges et bedømmelseskomite svarende til §§ 89 til 92, når der i bedømmelsen indgår kvalitative tildelingskriterier. Det er helt åbenlyst, at der er mulighed for at inddrage uvedkommende hensyn i konkurrencen, hvis ikke bedømmelsen foretages af et bedømmelsesudvalg, der er uafhængig af udbydes interesser. Det ville være et godt supplement til det udmærkede forslag til ændring af udbudsloven, hvori der foreslås en ændring af § 160 stk. 1 i loven.

Underretning til de bydende om tildelingsbeslutning

I udbudslovens § 171, stk. 4 anføres:

"Stk. 4. En ordregiver skal i underretninger om beslutninger som nævnt i stk. 1, nr. 3, angive, hvornår standstillperioden udløber, jf. § 3 i lov om Klagenævnet for Udbud. Beslutningerne skal være ledsaget af følgende begrundelser:

- 1) Til tilbudsgivere, der afgiver et uantageligt tilbud, skal ordregiveren angive grundene til, at tilbudsgiverens tilbud er afvist.
- 2) Til tilbudsgivere, som har afgivet et antageligt tilbud, skal ordregiveren angive det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud og navnet på den vindende tilbudsgiver eller parterne i rammeaftalen. Ved innovationspartnerskab, udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog skal ordregiveren herudover redegøre for forløbet af forhandlingerne eller dialogen med tilbudsgiverne.

Stk. 5. En ordregiver skal i underretninger om beslutninger som nævnt i stk. 1, nr. 4, til forbigåede ansøgere angive en begrundelse for, hvorfor ansøgernes anmodning om optagelse i det dynamiske indkøbssystem er blevet afvist.

Stk. 6. En ordregiver skal i underretninger om beslutninger efter stk. 1, nr. 5, angive en begrundelse for, hvorfor udbudsproceduren er blevet annulleret."

Da standsstillperioden er 10 dage, og da ordregivers meddelelse - "Til tilbudsgivere, som har afgivet et antageligt tilbud, skal ordregiveren angive det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud og navnet på den vindende tilbudsgiver eller parterne i rammeaftalen." - ofte er særdeles summarisk, er de 10 dages stillstandsperiode meget ofte et utilstrækkeligt grundlag, når det ovevejes at indgive en klage til "Klagenævnet for udbud".

Da klagen er baseret på forhandlingsmaksimen, som beskrevet ovenfor, har udbyder en stor interesse i kun lige netop at give de oplysninger, der opfylder lovens krav. Hertil kommer, at når faktum er usikkert, bliver den tilhørende juridiske vurdering tilsvarende usikker, og en klage kan derfor skade forholdet til udbyder, hvis den ikke er funderet på en sikker vurdering af udbudsforløbet sammenholdt med retsfaktum. Hertil kommer, at i de ti dage standstillperioden varer, skal den potentielle klager bruge sine ressourcer optimalt, hvilket kan være en bekostelig affære.

Fremgangsmåden ved evaluering af tilbud

Dansk Byggeri hilser den forslåede ændring af § 160 stk. 1 velkommen, som anført i Lov L 125. Der henvises til bemærkningerne herom i vores høringssvar til dette lovforslag.

Som det fremgår af vores høringssvar til dette lovforslag, mener vi, at to kuvert systemet bør finde anvendelse på alle udbud over tærskelværdien, når tildelingskriteriet er "bedste forhold mellem pris og kvalitet".

Vægtning af tildelingskriterier

Af tilbudslovens § 165, stk. 1 fremgår:

§ 165. En ordregiver skal angive i udbudsmaterialet, hvordan ordregiveren vil vægte de fastsatte underkriterier. Dette gælder ikke, når der alene vurderes på baggrund af tildelingskriteriet pris eller omkostninger, jf. § 162, stk. 1, nr. 1 og 2.

Af sag EU-domstolens sag C 6/15 fremgår følgende af præmis 36

"Selv om det er tilladt den ordregivende myndighed at anvende en skala for at vurdere et af tildelingskriterierne, uden at denne skala offentliggøres i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, kan denne offentliggørelse, som det er fastslået i denne doms præmis 32, imidlertid ikke føre til en ændring af den i dokumenterne offentliggjorte relative vægtning af tildelingskriterierne."

Efter Dansk Byggeris vurdering sker der ofte en ændring af den anførte vægtning i forbindelse med anvendelse af offentliggjorte skalaer, idet disse skalaer fastsættes uden tilknytning til de anførte vægte.

I kendelser fra Klagenævnet for Udbud kan det påvises, at de anførte evalueringsmodeller fører til en ændring af de angivne vægte.

Forklaringen er, som følger:

Hvis der vælges tre tildelingskriterier, hvor $f(x)$ vægter 60 % repræsenterende pris; $g(x)$ vægter 30 % repræsenterende kvalitet og $h(x)$ vægter 10 % repræsenterende miljø, så er det givet, at vægtningen af de tre funktioner i det indbyrdes forhold skal give $(60 + 30 + 10) = 100$ %.

Hvis man for nemheds og eksemplets skyld bestemmer:

$$f(x) = ax$$

$$g(x) = bx$$

$$h(x) = cx$$

må følgende være givet: $f(x):(f(x) + g(x) + h(x)) = 0,6$, hvilket er det samme som

$$ax:(ax + bx + cx) = a:(a+b+c) = 0,6$$

Da forholdet mellem $f(x)$ og $g(x)$ forholder sig som 60 til 30, eller i forholdet 2 til 1 vil $b = a/2$

og

Da forholdet mellem $f(x)$ og $h(x)$ forholder sig som 60 til 10, eller i forholdet 6 til 1 vil $c = a/6$

a , b , c er hældningskoefficienterne til tre rette linjer, der går gennem $(x,y) = 0,0$.

Ændrer man således hældning på a, skal hældningen på b og c tilsvarende ændres, hvis man fortsat vil fastholde de valgte vægte af pris, kvalitet og miljø.

Det er således åbenlyst forkert og i strid med ovennævnte EU-domstolsafgørelse, når det i klagenævnet og i diverse juridiske artikler hævdes, at en ændring af kun én hældningskoefficient ikke fører til en ændring af de opgivne vægte.

At en ændring af en hældningskoefficient har betydning for vægten kan også forklares på følgende måde:

Meget ofte pointgives prisen ud fra en ret linje, med en negativ hældningskoefficient. Laveste pris gives karakteren 10, og hvis prisen tillagt et anslået spredningsinterval overstiges, gives karakteren nul. Grafisk er der tale om en ret linje, der fra skæring med y-aksen falder mod et skæringspunkt på x-aksen.

Forstiller man sig, at hældningen på linjen går mod nul, vil linjen gå mod vandret. Jo mere linjen nærmer sig vandret jo flere tilbudsgivere vil nærme sig karakteren 10. Modsat, hvis hældningskoefficienten går mod minus uendelig, det vil sige, at linjen bliver mere og mere lodret, så vil kun den laveste tilbudsgiver få karakteren 10, og alle andre tilbudsgivere vil få karakteren nul. I mellem de to yderpunkter vil vægtningen af pris variere mellem 0 % (nærmest vandret linje) og 100 % (nærmest lodret). En linje, som anført ovenfor, vil afhængig af den valgte hældning have en vægt, der varierer mellem 0 og 100 %.

Konklusion: Der vil således til en givet hældning kun være en vægt, og en hvilken som helst ændring af hældningen vil føre til en anden vægt, med mindre der foretages korrektioner på de andre vægtede parametre. Hvis man tillader udbyder at operere med to spredninger, på grund af at udbyder er usikker på prisvariationerne, er det således helt evident, at vægten af prisen indgår med to forskellige vægte afhængig af om den ene eller anden spredning kommer i spil.

Når man ser beregningen af de summerede vægte, sker det det typisk således:

$0,6 X$ point på pris + $0,3 X$ point på kvalitet + $0,1 X$ point på miljø = summeret point, som vil være mindre eller lig med 10. Herved er forudsat, at de indgående tildelingskriterier hver især udløser point mellem 0 og 10.

Men den udregning forudsætter, at funktionerne

Point på pris: $f(x,y,z)$

Point på kvalitet: $g(x, y, z)$

Point på miljø: $h(x, y, z)$

skal opfylde følgende krav:

$$0,6f(x,y,z) : (0,6f(x,y,z) + 0,3g(x,y,z) + 0,1h(x,y,z)) = 0,6$$

I modsat fald har prisen ikke vægtet med 60 % i forhold til, at miljø skulle vægte 30 % og miljø 10 %.

Udfordringen ligger i funktionerne på pointgivningen.

En simpel tilnærmelsesvis model kunne være, at alle parametre fik en karakter X, der ligger i et givet interval f.eks. mellem 0 – 20.

I så fald vil funktionen for pris, kvalitet og miljø være:

Pris: 0,6X

Kvalitet: 0,3X

Miljø: 0,1X

Vinderen ville så være den, der fik flest point ved at sammenlægge: $0,6X + 0,3X + 0,1 X$

Dermed ville kravet så være opfyldt, idet vægten i det indbyrdes forhold ville være respektet:

f.eks. fordi kvalitet vil vægte 30 %

$$0,3X:(0,6X + 0,3X + 0,1X) = 0,3$$

Problemet er naturligvis, hvordan X skal fastlægges. Hvordan findes en funktion, så kroner og æstetik er sammenlignelige? Æstetik kan ikke måles og vejes. Det er ganske udfordrende, hvis man skal finde en matematisk model på dette problem.

Man kunne derfor overveje en model, der tilnærmelsesvis opfyldte ovennævnte kriterier

En tilnærmelsesvis model

For bløde parametre (Kvalitative tildelingskriterier) kunne anvendes

20	Gives for det fremragende tilbud som bedst muligt opfylder underkriteriet med ingen eller få uvæsentlige undtagelser
18	Gives for tilbud med særdeles tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
16	Gives for tilbud med meget tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
14	Gives for tilbud med god opfyldelse af underkriteriet
12	Gives for tilbud med lidt over middel opfyldelse af underkriteriet
10	Gives for tilbud med middel tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
8	Gives for tilbud med lidt under middel opfyldelse af underkriteriet
6	Gives for tilbud med mindre tilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
4	Gives for tilbud med utilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
2	Givet for tilbud med meget utilfredsstillende opfyldelse af underkriteriet
0	Gives for tilbud, som kun netop er konditionsmæssigt (minimumskravene lige netop opfyldt)

For kvantitative parametre (kvantitative tildelingsparametre) kunne man f.eks. give point således:

20 point gives for fordelagtigste bud

18 point gives for en pris, der er 2 % dårlige end fordelagtigste bud

16 point gives for en pris, der er 4 % dårlige end fordelagtigste bud

14 point gives for en pris, der er 6 % dårlige end fordelagtigste bud

12 point gives for en pris, der er 8 % dårlige end fordelagtigste bud

10 point gives for en pris, der er 10 % dårlige end fordelagtigste bud

8 point gives for en pris, der er 12 % dårlige end fordelagtigste bud

6 point gives for en pris, der er 14 % dårlige end fordelagtigste bud

4 point gives for en pris, der er 16 % dårlige end fordelagtigste bud

2 point gives for en pris, der er 18 % dårlige end fordelagtigste bud

0 point gives for en pris, der er 20 % dårlige end fordelagtigste bud

Ovennævnte kan også skrives på følgende formel:

$$\text{Point} = ((- 100/\text{fordelagtigste bud}) \times \text{aktuelt bud} + 120)$$

Ovennævnte pointligning kunne f.eks. forstås således, at "fordelagtigste bud" kan f.eks. være "laveste pris" og aktuelt bud "en pris der er højere end laveste pris".

Hvis fordelagtigste bud er "pris", beregnes ovenstående procent således:

$((\text{Pris} - \text{laveste pris}) \times \text{laveste pris} \times 100\%)$, hvorefter der interpoleres retlinjet mellem de to point, hvorimellem det beregnede point ligger eller point beregnes ved ovennævnte pointformel.

Afsluttende bemærkning

Det skal i den forbindelse bemærkes, at den foreslåede ændring af § 160 stk. 1, som anført i Lov L 125, hilser Dansk Byggeri velkommen. Forslaget vil bringe afgørende gennemsigthed i evalueringsmodellerne. Der henvises til bemærkningerne herom i vores høringssvar til dette lovforslag.

Men lovforslaget ændrer ikke på det faktum, at et tildelingskriterium kan være af kvalitativ karakter, der i modsætning til kvantitative kriterier, kan indebære et vidtgående frit skøn. Så længe direktiverne tillader kvalitative tildelingskriterier, vil udbyder i vidt omfang kunne vælge frit blandt de indkomne bud. Med ovenstående forslag til model er der lavet en tilnærmelsesvis model, der forsøger at imødegå det subjektive skøn i videst muligt omfang.

Venlig hilsen
Dansk Byggeri

Henrik Fausing

J-nr.: 217498 / 2603553

ok@kfst.dk

Evaluering af udbudsloven

Med henvisning til høringsbrev er her input fra FOA til evaluering af udbudsloven.

Der henvises i øvrigt til hørings svar fra Fagbevægelsens Hovedorganisation (FH).

Rammer for evalueringen

Der har været forskellige tiltag til at ændre på rammerne og reglerne for udbud siden udbudsloven blev vedtaget. Dog blev der allerede med vedtagelsen af loven aftalt, at loven skulle evalueres i 2020.

Ved evaluering af loven bør der også ses kritisk på de tiltag, der allerede har været fremlagt.

Ligeledes bør der ses på både behov og mulighed for at ændre loven indenfor direktivets rammer og på behov for eventuelt at revidere udbudsdirektivet.

Kontrolbud

Et kontrolbud er en beregning, der skal sætte udbyder i stand til at kontrollere, om den bedste løsning er den, man selv kan levere, eller om et bud udefra vil være den bedste løsning. Et kontrolbud bliver afgivet på samme grundlag som et privat bud. Og et kontrolbud vurderes på samme betingelser som et privat bud.

En undersøgelse fra Rådet for Offentlig-Privat Samarbejde (ROPS) viser, at når kommuner afgiver kontrolbud, er kontrolbuddet bedst i forhold til de opstillede kriterier i ca. 50 % af tilfældene.

Når en serviceopgave udbydes bør det være obligatorisk, at der afgives kontrolbud. Det vil sikre, at der altid sammenlignes og vælges ud fra kriterierne i udbuddet og ikke ud fra mindre saglige hensyn.

Dato:

20. februar 2019

Sagsnr.:

19/69505

Ref.:

THEN

FOA

Staunings Plads 1-3
1790 København V

Tlf.:

+45 46 97 26 26

Fax:

+45 46 97 23 00

Kontonr.:

5301-0476807

Mail:

foa@foa.dk
a-kassen@foa.dk

www.foa.dk

Siden udbudslovens vedtagelse har der været flere ændringer af reglerne for kontrolbud. Men der er fortsat kritik fra private leverandører og deres erhvervsorganisationer af, at det offentlige ikke medtager alle udgifter, når der beregnes kontrolbud. Denne kritik er dog ikke velbegrundet. Der er allerede helt klare regler for, hvordan kontrolbud skal beregnes – og der er også mulighed for at klage, hvis man mener, at et kontrolbud ikke er beregnet korrekt.

Der er med de sidste regelændringer om kontrolbud en udvidet klageadgang, hvis udbyderen ikke følger rammerne for kontrolbuddet. Dette er i sig selv en overflødig regel, som bestemt ikke bør strammes yderligere, men i stedet fjernes igen.

FOA anbefaler, at eventuelle kommende ændring af reglerne om kontrolbud bliver på baggrund af en bredere og fagligt funderet viden om anvendelsen.

Beregningsprincipper

Det har været fremført fra bl.a. erhvervsorganisationerne, at man i højere grad skal anvende OECD's beregningsprincipper i forbindelse med udbud (til beregning af kontrolbud).

OECD's beregningsprincipper tager udgangspunkt i, at en prisfastsættelse skal udligne forskellen mellem offentlig og privat prisfastsættelse, men er alene rette mod offentligt ejet produktion, der sælges på et kommercielt marked.

Principperne indebærer, at der for den offentlige opgaver skal indregnes tillæg, der svarer til, hvad en privat virksomhed skal betale i virksomheds-skat samt tillæg, der svarer til et rimeligt afkast til den private virksomhed.

Men der er grundlæggende forskel på offentlig opgavevaretagelse og en privat virksomhed. Det giver ikke mening, at offentlige opgaver generelt skal pålægges fiktive tillæg, når de prisfastsættes. Der er allerede klare regler, der sikrer, at alle direkte og indirekte omkostninger er medregnet i prissætningen.

Light regime

Ved en evaluering af udbudsloven er der behov for at se kritisk på det såkaldte "light Regime".

Ifølge vejledningen om udbudsloven gælder følgende i dag:

” Baggrunden for at indføre light-regimet var, at visse kategorier af tjenesteydelser i kraft af deres natur har en begrænset grænseoverskridende interesse. Det gør sig bl.a. gældende for de tjenesteydelser, der kan betragtes som personlige tjenesteydelser, såsom visse sociale, sundhedsmæssige og uddannelsesmæssige tjenesteydelser. Disse tjenesteydelser leveres i en sammenhæng, der varierer fra medlemsstat til medlemsstat. Der er derfor oprettet en særlig ordning, som kan anvendes i forhold til disse indkøb.

Light-regimets regler er lempeligere end reglerne i udbudslovens afsnit II om offentlige indkøb over tærskelværdien. Ordregiver vælger selv, om det er udbudslovens afsnit II eller reglerne for light-regimet, der skal anvendes.”

FOA var allerede ved lovens vedtagelse skeptisk overfor de muligheder, Light regimet giver for ordregiver, og om reglerne sikrer ligebehandling og skaber tilstrækkelig gennemsigtighed for trediemand (bl.a. de berørte medarbejdere og deres organisationer). Jf. FOAs hørings svar af 8. januar 2015.

Efter FOAs vurdering er det ofte tilfældigt, om ordregiveren vælger disse regler, og hvordan konkurrenceudsættelsen i givet fald udmøntes. Denne praksis er så vidt vides ikke evalueret, og den bør derfor være et særligt opmærksomhedspunkt ved en samlet evaluering af udbudsloven.

Der er umiddelbart behov for at sikre større gennemsigtighed i, hvilke principper og kriterier, der bliver lagt til grund for udbyders valg af leverandør. Som reglerne er nu, er der risiko for, at der bliver valgt en leverandør med udgangspunkt i ikke-saglige principper.

Samfundshensyn

Der er behov for en mere klar - og formodentlig udvidet - adgang til at tage hensyn til tilbudsgivers CSR og til at anvende samfundshensyn ved valg af leverandør. Der kan samtidig være behov for at se på behov for yderligere klarhed om anvendelsen af arbejdsklausuler.

Der er i dag fokus på en række helt legitime samfundshensyn i den offentlige drift. En række af disse hensyn kan kun vanskeligt og med nogen usikkerhed overføres, hvis en driftsopgave udbydes.

Der er i dag usikkerhed om anvendelsen af krav om fx ”fair skat” og andre samfundshensyn. Og tilsvarende er der usikkerhed om mulighed for at udelukke leverandører fra (gen)udbud efter en kontrakt er opsagt på grund af misligholdelse.

Der er skabt klarhed om mulighederne for at anvende arbejdsklausuler via udmeldinger fra Beskæftigelsesministeriet.

Noget tyder på forskellig praksis på disse punkter i EU, ligesom der kan være forskellig praksis indenfor Danmark ud fra fortolkningen af udbudsloven. Forskelle i fortolkninger er problematiske.

I dag er Staten forpligtet til altid at bruge arbejdsklausuler med kædeansvar på alle områder uanset beløbsstørrelse. En central målsætning for revision af udbudsloven bør være en tilsvarende forpligtelse i alle offentlige udbud, herunder også for tværkommunale selskaber og andre samarbejdsformer. Ligeledes bør private institutioner, der får offentlig støtte, forpligtes på samme vis, når de udbyder opgaver, idet der ellers, efter FOAs opfattelse, vil være tale om unfair konkurrence til de privates favør.

Desuden er der særligt behov for at se på muligheder for at stille betingelser for at udelukke tilbudsgivere og for at ophæve kontrakter ved misligholdelse.

Behov for supplerende viden

Forum for Udbud, som har fået til opgave at samle input til en evaluering af udbudsloven, kan vælge at involvere eksperter, forskere og praktikere fra tilbudsgiver- og ordregiversiden m.fl. i arbejdet med at belyse konkrete problemstillinger – og altså herunder i en evaluering af udbudsloven.

Det er efter FOAs vurdering afgørende, at denne mulighed bliver anvendt forud for en opsamling i Forum for Udbud. Herunder at den eksisterende, forskningsbaserede viden bliver anvendt og eventuelt suppleret.

Særligt er der som nævnt ovenfor behov supplerende viden om anvendelsen af "light-regimet", og om anvendelsen af kontrolbud og de udfordringer, der er skabt for en øget anvendelse af kontrolbud med de allerede gennemførte ændringer af reglerne på området.

Med venlig hilsen

Thomas Enghausen
Forbunds næstformand

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
ok@kfst.dk

Høringssvar vedrørende evaluering af udbudsloven

20. februar 2019

Vores ref. Høringssvar
- udbudslov - 2019

Som anført i styrelsens invitation til afgivelse af høringssvar er formålet med udbudsloven at sikre effektiv konkurrence om offentlige kontrakter, og at skabe større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lave transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som leverandører. Nedenfor har vi adresseret disse hensyn.

Større klarhed og forenkling

Ørsted er enig i, at det bør være en grundlæggende forudsætning for beslutningen om at indføre ny udbudsretlig lovgivning og vejledning, at det skaber mere klarhed og forenkling.

Det er imidlertid Ørsteds vurdering, at der er en lboende udfordring i at indføre national lovgivning og særregler, når et af de væsentligste hensyn, som EU's udbudsregler tilsigter at beskytte, er lige adgang til deltagelse i udbud på tværs af landegrænser i EU, hvilket fordrer overordnet klarhed og eliminering af nationale forskelle.

Klarhed og eliminering af nationale forskelle er så meget desto vigtigere i takt med, at de europæiske forsyningssektorer liberaliseres. Dereguleringen betyder, at aktørerne også har ændret karakter. Fra at det var nationale ordregivere og offentligt ejede selskaber, der leverede eksempelvis strøm i Europa, er en stadig større andel af de aktører, der leverer energi og infrastrukturløsninger nu private og internationale aktører, der ikke er underlagt udbudsdirektiverne.

Det er vigtigt for Ørsted at pointere, at nationale særregler og fortolkningsbidrag er en barriere for ikke bare gennemførelsen af indkøb i andre EU lande, men også for udenlandske leverandører, som deltager i udbudsprocesser underlagt dansk ret. Det betyder yderligere procesomkostninger for indkøbere og leverandører, der opererer på tværs af landegrænserne, når begge sider skal forsøge at forstå og forholde sig til national lovgivnings betydning, frem for ordlyden af direktiverne og EU-Domstolens praksis, som gælder på tværs af landegrænserne.

Der er derfor behov for, at de aktører, der fortsat er underlagt forsyningsvirksomhedsdirektivet, og som i stadig højere grad udfører forsyningsaktiviteter i konkurrence med uregulerede selskaber og disses leverandører,

ikke skal forholde sig til national lovgivning og fortolkningsbidrag i større omfang end højst nødvendigt.

Vores ref. Høringssvar - udbudslov -
2019

Derfor anser Ørsted det overordnet set heller ikke for hensigtsmæssigt, at udbudsloven og vejledninger hertil finder anvendelse inden for forsyningsvirksomhedsdirektivets anvendelsesområde.

Fleksibilitet

Ørsted er ligeledes enig i, at anvendelsen af fleksible udbudsprocedurer, der i videst muligt omfang skaber rum for dialog mellem indkøber og leverandør, er helt afgørende for, at udbud i forsyningssektorerne kan resultere i indgåelse af kommercielt attraktive kontrakter.

Behovet for en fri dialog om tilpasning af udbudsmateriale og tilbud viser sig hurtigt i udbudsprocessen, når der indkøbes andet end helt basale ydelser og varer. Nationale regler og fortolkningsbidrag vedrørende gennemførelsen af udbud med forhandling fjerner imidlertid forsyningssektorens muligheder for at forhandle på lige kommercielle vilkår med udenlandske konkurrenter.

Uagtet, at udbudsloven ikke generelt gælder for forsyningsvirksomheder, vil vi påpege de u hensigtsmæssige bemærkninger i udbudslovens forarbejder om begrænsning i adgangen til at ændre udbudsmaterialet i udbudsprocessen, som efter vores opfattelse netop ikke er udtryk for en fleksibel tankegang.

Lave transaktionsomkostninger

Ørsted kan konstatere, at vores transaktionsomkostning som følge af implementeringen af de nye udbudsdirektiver i Danmark ikke er blevet reduceret.

Særligt beslutningen om at lade de nye ESPD-regler få virkning under forsyningsvirksomhedsdirektivet har medført øgede transaktionsomkostninger og har ført til afvisning af deltagere på grund af formelle krav. Vores erfaring er, at meget få leverandøroplysninger til brug for udvælgelse i prækvalifikationsfasen kan genbruges, og derfor skal leverandørerne i hvert udbud under alle omstændigheder udfylde et nyt ESPD.

Kravet om anvendelse af ESPD i udbud, hvor udelukkelsesgrundene ikke anvendes, bliver derfor alene opfattet som et formalistisk krav, der øger risikoen for formelle fejl og skaber forsinkelser i udbudsprocessen og udelukkelse af leverandører, som vi normalt vurderer egnede til at deltage. Forsinkelser i EU-udbud af kontrakter til store anlægsprojekter i forsyningssektoren kan få vidtrækkende økonomiske og tidsmæssige følger for anlægsprojektet.

Samarbejde om lovændringer, der berører forsyningssektoren

Ørsted tillader sig at benytte lejligheden til at gentage et ønske om, at lovgiver samarbejder med ordregivere og leverandører i forsyningssektoren om eventuelle ændringer til udbudsloven, når disse ændringer kan berøre forsyningssektoren. Der er i forsyningssektoren eksempelvis langvarig erfaring med gennemførelse af udbud med forhandling. Det undrer Ørsted, at lovgiver ikke i større omfang har vist interesse for at

drøfte sådanne emner med forsyningssektoren forud for udarbejdelsen af udbudsloven. Den erfaring håber vi, at styrelsen vil tage med i dets overvejelser i forbindelse med eventuelle ændringer til udbudsloven.

Vores ref. Høringsvar - udbudslov - 2019

Med venlig hilsen



Pernille Hollarp

Director

Legal Competition & Tender Law

pholl@orsted.dk

Tlf. +45 99 55 20 52

Hørings svar vedrørende evalueringen af udbudsloven

IT-Branchen har via Dansk Erhverv modtaget Erhvervsministeriets høring af 17. december 2018 vedrørende evaluering af udbudsloven. IT-Branchen ser frem til den kommende proces omkring evalueringen af udbudsloven og bidrager meget gerne hertil.

IT-Branchen kan generelt tilslutte sig høringssvaret fra Dansk Erhverv, og ønsker endvidere at tilføje nedenstående bemærkninger.

Problematisk anvendelse af udbudsloven

Det er IT-Branchen opfattelse, at selve loven – bortset fra de punkter der adresseres i Dansk Erhvervs høringssvar – i dens nuværende udformning er fornuftig nok. Det er mere udmøntning af reglerne i praksis, der er problemet. IT-Branchen oplever således udfordringer i forbindelse med tilrettelæggelsen af ordregivers udbudsprocesser og krav i udbudsmaterialet, som typisk besværliggør samarbejdet og reducerer konkurrencen. Nedenfor er udvalgte eksempler på den problematiske anvendelse af udbudsloven:

- Vi ser at ansvaret for GDPR compliance bliver forsøgt væltet over på leverandørerne. F.eks. i forbindelse med SKI 02.19. udbuddet der p.t. kører. Det medfører en meget stor risiko, som leverandøren ikke kan aftale sig ud af, og som leverandøren ej heller kan forsikre sig ud af, idet forsikringsselskaberne kun vil forsikre kontrakter, der indeholder et loft over erstatningsansvaret. IT-Branchen vurderer, at det i høj grad kan afholde leverandører fra at byde – til stor skade for konkurrencen på markedet og dermed kunden.
- Vi ser en række aftaler med voldsomme bodsregimer. Bod bør balanceres, da en meget høj potentiel bod kan reducere konkurrencesituationen og/eller fordyre projektet unødigt.

Vi opfordrer derfor til, at Erhvervsministeriet arbejder for mere afbalancerede databehandleraftaler – som minimum på det statslige område. Dette kunne eksempelvis ske i form af udarbejdelsen af en standard databehandleraftale, som så skal bruges ved offentlige IT-projekter.

Manglende markedsdialog

IT-Branchen vil endvidere opfordre til at mulighederne for markedsdialog bruges i større udstrækning end vi ser i dag, og ordregiverne bør give de potentielle leverandører mulighed for at komme med relevant input, uden at diktere for stramt hvad man vil have input på.

Forhandlingsforløb bør også i højere grad kunne bruges til at forbedre udbudsmaterialet, således at risici og evalueringsteknisk pris kan reduceres, samtidig med kravene afspejler kundens behov. Videre bør ordregiver fastsætte mere realistiske og robuste tidsplaner, der i højere grad giver mulighed for nødvendige tilpasninger og forbedringer.

Endvidere bør der også i højere grad åbnes op for ordregivers adgang til at foretage ændringer undervejs i udbudsprocessen. Ofte må ordregiver se sig nødsaget til at fastholde uhensigtsmæssige krav. En større fleksibilitet, der medfører at fejl og mangler kan afhjælpes og risici minimeres, vil give bedre IT-projekter.

Endelig vil IT-Branchen opfordre til, at det for at understøtte god videndeling og læring sikres:

- at tilbudsgivere, der vinder et givent udbud, også modtager en uddybet begrundelse, i lighed med taberne. Det sker for sjældent nu.
- at der ALTID inviteres til møde hos ordregiver efter endt udbudsforløb. En Lessons Learned-session, der kan give læring på begge sider

IT-Branchen står naturligvis til rådighed for uddybende bemærkninger og spørgsmål til ovenstående.

Bemærkninger til udbudsloven

Høringssvar fra Oxfam IBIS, Gravergruppen

20.2. 2019

➤ Skatteundgåelse – et angreb på principperne om ligebehandling og gennemsigtighed

De senere års intense fokus på omfang og effekter af international skatteundgåelse har afdækket, at problemet udgør en udfordring for såvel finansiering af velfærdsstaterne som for den frie og lige konkurrence i offentlige udbud. Det skønnes således, at 40% af multinationale selskabers profit overføres til skattelylande. På EU plan er det vurderet, at 20% af selskabsskatten går tabt på denne måde.

EU parlamentets skatteudvalg, TAXE, har vurderet, at multinationale selskaber betaler 30% mindre i skat end deres nationalt baserede konkurrenter. Den situation skaber åbenlyst en forvriddning af konkurrencen.

Den situation har forståeligt nok medført en markant folkelig reaktion, og mange borgere og lokalpolitikere har krævet af de lokale myndigheder, at de ophører med at handle med selskaber, der benytter skattely.

Oxfam IBIS har siden efteråret 2017 arbejdet tæt sammen med borgere og kommunalpolitikere i en lang række kommuner med henblik på at finde veje for kommunerne til at begrænse samarbejdet med selskaber i skattely.

Oxfam IBIS udarbejdede et skattely-charter, som indtil nu er underskrevet af 8 kommuner: København, Frederiksberg, Århus, Næstved, Roskilde, Gladsaxe, Albertslund og Sjællands Odde, som tilsammen repræsenterer 25% af den danske befolkning. Kommunerne har med underskrivelse af charteret tilkendegivet at ville arbejde for – indenfor lovgivningens rammer – at undgå at handle med selskaber i skattely. Flere kommuner er på vej mod underskrivelse og yderligere et antal kommuner har taget tilsvarende beslutninger, dog uden (endnu) at underskrive charteret.

Et enigt Folketing vedtog i maj 2017 en erklæring om styrket indsats mod international skatteunddragelse. I den sammenhæng efterlystes en afdækning af de juridiske muligheder for, at ordregivende myndigheder kan tage hensyn til de bydende selskabers skattemæssige forhold. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udgav i juni 2017 et notat om skatteforhold i udbud, som konkluderede, at retstilstanden i EU hindrer myndigheder i at inddrage skatteforhold, som ikke er kendt ulovlige ved dom eller lignende.

➤ Mulige åbninger for national lovgivning mod skatteundgåelse ved udbud

Udvidede beføjelser til medlemsstaterne

Et nyligt svar fra DG GROW på et spørgsmål om udelukkelse af selskaber i skattely fra deltagelse i offentlige udbud rejser tvivl om den hidtidige fortolkning af retstilstanden er korrekt (se vedlagt svarskrivelse og domstolskendelse).

I svaret henvises til en kendelse fra EU-domstolen fra 2008, som fastslår, at medlemsstater kan indføre udelukkelseskriterier, som rækker ud over udbudsdirektivets kriterier, såfremt kriterierne opfylder bestemte krav, herunder tilgodeser hensynet til ligebehandling og gennemsigtighed. Denne kendelse synes således at ramme en pæl gennem Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen opfattelse om, at direktivets

bestemmelser står i vejen for nationale bestemmelser omkring udelukkelse med baggrund i skattebaseret konkurrenceforvridding.

Kommissionens besvarelse tager ikke stilling til, om medlemsstaterne til støtte for ligebehandling og gennemsigtighed kan træffe foranstaltninger, der er mere vidtgående end udbudsdirektivets, også i forbindelse med udvælgelse af bydende, ved tildeling af kontrakten, eller som vilkår ved kontraktens gennemførelse.

Ansvarlig skatteadfærd og integritet

Udbudsdirektivets artikel 57, 4 c angiver, at udelukkelse kan ske, hvis en tilbudsgiver har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om den bydendes integritet. Vi er ikke bekendt med, at der er foretaget en konkret vurdering af, i hvilken udstrækning aggressiv skatteplanlægning vil kunne falde ind under denne bestemmelse, men der må efter vores vurdering være stærke argumenter for, at en sådan adfærd kan sidestilles med f.eks. karteldannelse, som i udbudsdirektivet udtrykkeligt angives som udelukkelsesgrund.

Inddragelse af international "soft-law"

På internationalt plan er udviklet en del "soft-law" for ansvarlig virksomhedsadfærd, som i stigende grad anvendes som reference for ansvarlig virksomhedsadfærd, f.eks. i form af et tillæg til kontrakten mellem ordregiver og leverandør. Det gælder f.eks. OECD's retningslinjer for multinationale selskaber og det FN-støttede Principles of Responsible Investments. Begge indeholder kapitler om ansvarlig skatteadfærd. Standardiseringsbureauet GRI er på vej med en standard for international skatterapportering for selskaber.

Det er os bekendt ikke klargjort, i hvilken udstrækning ordregivende myndigheder kan gøre brug af sådan "soft-law" til sikring mod skattemæssig forskelsbehandling.

➤ Oxfam IBIS' ønsker til revision af lovgivningen

Vi erkender, at uanset de ovennævnte mulige åbninger for at inkludere hensyn til ligebehandling i beskatning ved udbud og derigennem styrke konkurrencen, er det en betydelig udfordring at udvikle bestemmelser vedrørende skattemæssig ligebehandling, som er proportionale og ikke-diskriminerende uden at pålægge de ordregivende myndigheder urimeligt store administrative byrder.

Vi er derfor meget tilfredshed med, at Ministeren har besluttet at foretage en evaluering og en grundig analyse af mulighederne for at styrke lovgivningen.

Vi vil anbefale, at ministeriet igangsætter en grundig analyse af mulighederne for, at kommuner på en administrativt enkel måde og på et sikkert juridisk grundlag kan indarbejde hensynet til skattemæssig ligebehandling ved udbud, det være sig ved udelukkelse, ved krav og kriterier ved udvælgelse, ved endelig tildeling af kontrakten eller som kontraktligt vilkår.



Jifi Skuhrovec <jskuhrovec@gmail.com>

tax havens ban

Jaroslav.KRACUN@ec.europa.eu <Jaroslav.KRACUN@ec.europa.eu>

Fri, Dec 21, 2018 at 3:47 PM

To: jiri.skuhrovec@econlab.cz

Cc: Nikita.STAMPA@ec.europa.eu, David.BLANCHARD@ec.europa.eu, Bonifacio.Garcia-Porras@ec.europa.eu, Katharina.VIERLICH@ec.europa.eu, Nadia.Costacurta@ec.europa.eu

Dear Mr Skuhrovec,

Thank you for your questions.

In reply to both questions and without providing a legally binding interpretation, as only the Court of Justice of the EU can provide such an interpretation of EU law, DG GROW can offer the following overview of the applicable legal provisions.

Article 57 (2) of Directive 2014/24 /EU regulates situations related to tax avoidance. According to the Directive, economic operators shall be excluded from public tenders where the contracting authority is aware of the breach of tax payment obligations and this has been established by judicial or administrative decisions having a final and binding effect. In addition, contracting authorities may exclude (or may be required by a State measure to exclude) an economic operator from public procurement procedures where the contracting authority can demonstrate by any appropriate means the above breach of tax payment obligations. The Directive therefore contains a provision related to the individual tax payment obligations of a tenderer and their breach.

With respect to the list of exclusion grounds (Article 57 of Directive 2014/24/EU), the Court of Justice has clarified that it is exhaustive with regard to the reasons based on objective factors related to the professional qualities of the tenderers. The list with exclusion criteria "does not however preclude the option for Member States to maintain or adopt substantive rules designed, in particular, to ensure, in the field of public procurement, observance of the principle of equal treatment and of the principle of transparency entailed by the latter, principles which are binding on contracting authorities in any procedure for the award of a public contract" (case C-213/07, Michaniki, § 44). The Court has also stressed that "in accordance with the principle of proportionality, which constitutes a general principle of Community law [...], such measures must not go beyond what is necessary to achieve that objective" (case C-213/07, Michaniki, § 48).

Therefore, in line with CJEU jurisprudence, Member States are not precluded from adopting substantive public procurement provisions which aim to ensure the observance of the principle of equal treatment and transparency, provided that they respect the principle of proportionality.

The Court of Justice has also ruled (case C-213/07, Michaniki, §§ 60-62) that:

"60 It follows that Community law does not preclude the adoption of national measures designed to avoid, in procedures for the award of public works contracts, the risk of occurrence of practices capable of jeopardising transparency and distorting competition [...] and thus to prevent or punish fraud and corruption.

61 [...] it is also necessary for such measures to be compatible with the principle of proportionality.

62 A national provision [...] which establishes a system of general incompatibility [...] has the consequence of excluding from the award of public contracts public works contractors who are also involved in the media sector

on account of a connection as owner, main shareholder, partner or management executive, without affording them any possibility of showing, with regard to any evidence advanced, for instance, by a competitor, that, in their case, there is no real risk of the type referred to in paragraph 60 of this judgment (see, by analogy, Fabricom, paragraphs 33 and 35)."

Therefore the Court of Justice does not appear to exclude, in the context of public tenders, the possibility of a national legislative measure designed to preserve transparency and competition while preventing and punishing fraud and corruption provided it (i) is proportionate to the above-mentioned public policy objective pursued, (ii) does not establish a system of general incompatibility with tender participation that results in an automatic exclusion from tenders of an entire category of economic operators, and (iii) allows economic operators to prove that no real risk stems out of their participation in economic activities and therefore it does not jeopardise transparency and competition.

In the light of the aforementioned questions you raised with us, we would like to reassure you that DG GROW remains at your disposal for any additional clarification you may consider necessary.

Best regards,

Jaroslav KRAČÚN
Legal Officer



European Commission
DG for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs
Unit G-4 Innovative and E-Procurement

Avenue des Nerviens 105, (N105, 06/048)

B-1049 Brussels/Belgium
+32 229 68690
jaroslav.kracun@ec.europa.eu

Follow us on

Facebook: [EU Growth](#)

Twitter: [@EU_Growth](#)

Our Websites: ec.europa.eu/growth

ec.europa.eu/bienkowska

DG GROW works to create opportunities for all – European businesses and citizens

The views expressed in this e-mail are my own and may not, under any circumstances, be interpreted as stating an official position of the European Commission.

From: Jiří Skuhrovec - EconLab <jiri.skuhrovec@econlab.cz>
Sent: Friday, October 19, 2018 1:27 PM
To: KRACUN Jaroslav (GROW) <Jaroslav.KRACUN@ec.europa.eu>
Subject: tax havens ban

[Quoted text hidden]

Erhvervsministeriet
Slotsholmsgade 10-12
1216 København K

KRONPRINSESSEGADE 28
1306 KØBENHAVN K
TLF. 33 96 97 98

DATO: 21. februar 2019
SAGSNR.: 2018 - 3353
ID NR.: 580284

ok@kfst.dk

Høring - vedrørende evaluering af udbudsloven

Ved e-mail af 17. december 2018 har Erhvervsministeriet anmodet Advokatrådet om bemærkninger til evalueringen af udbudsloven.

Ministeriet har opfordret til, at bemærkningerne i videst muligt omfang tager udgangspunkt i de hensyn, som lå til grund for udbudslovens vedtagelse, navnlig at sikre effektiv konkurrence om opgaverne og føre til større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lave transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som leverandører.

Advokatrådet bemærker indledningsvis, at udbudsloven implementerer Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (Dir. 2014/24) ("udbudsdirektivet").

Udbudsdirektivet indeholder en omfattende og detaljeret regulering af offentlige udbud. Der er elementer i udbudsdirektivet, som med fordel vil kunne forenkles og klargøres, bl.a. i relation til reglerne vedrørende ansøgere og tilbudsgivers udelukkelse og egnethed (herunder anvendelsen af det fælleseuropæiske udbudsdokument ESPD) samt med hensyn til at skabe mere fleksible rammer for ændringer af udbudsmaterialet under udbudsprocedurens forløb m.v.

Da det følger af Danmarks EU-retlige forpligtelser, at udbudsdirektivet skal implementeres i dansk ret, og da direktivet som nævnt indeholder en ganske detaljeret regulering af det udbudsretlige område, sætter udbudsdirektivet grænser for den danske regulering på området.

En vurdering af, om de hensyn, som lå til grund for udbudslovens vedtagelse, er blevet varetaget på en tilfredsstillende måde, må derfor respektere, at de anførte

hensyn kun kan varetages i den udstrækning, udbudsdirektivet muliggør det, og at udbudsdirektivets omfattende og detaljerede regulering begrænser frihedsgraderne ved udformningen af udbudsloven væsentligt.

Generelt om implementeringsformen

Før udbudslovens ikrafttræden blev de tidligere udbudsdirektiver implementeret i dansk ret ved, at direktivteksten via en dansk bekendtgørelse blev gjort til direkte gældende ret i Danmark.

Med udbudsloven har man for første gang på det udbudsretlige område valgt at omskrive EU's udbudsregler til en dansk lovtekst. Det er Advokatrådets opfattelse, at denne fremgangsmåde overordnet set har været vellykket. Udbudsloven forekommer at have en klarere opbygning og udformning end udbudsdirektivet, hvilket gør udbudsloven lettere tilgængelig for borgere og virksomheder end udbudsdirektivet. De omfattende og detaljerede forarbejder til udbudsloven bidrager samtidig til en god forståelse af lovens bestemmelser, om end der kan være anledning til at se nærmere på, om der er tilstrækkelig overensstemmelse mellem lovtekst og forarbejder, jf. også nærmere nedenfor.

Det er samtidig Advokatrådets opfattelse, at både lovtekst og forarbejder lægger sig så tæt op ad udbudsdirektivets regulering – og EU-Domstolens praksis på området – at implementeringsformen ikke har givet anledning til væsentlige tvivlsspørgsmål om udbudslovens forenelighed med udbudsdirektivet.

Bemærkninger til visse elementer i udbudsloven

Selvom implementeringen af udbudsdirektivet i udbudsloven generelt forekommer vellykket, giver evalueringen af loven anledning til at pege på visse elementer, som det kan være relevant at inddrage i overvejelserne om en evt. revision af loven.

Visse fejlimplementeringer

Det er Advokatrådets opfattelse, at udbudsloven på enkelte, mindre punkter ikke implementerer udbudsdirektivet korrekt.

Udbudslovens § 5, stk. 3, som indebærer væsentlige begrænsninger i ordregivers adgang til at kommunikere mundtligt med tilbudsgiverne, implementerer ifølge forarbejderne udbudsdirektivets art. 22, stk. 2. Efter Advokatrådets opfattelse går den danske lovbestemmelse imidlertid væsentligt videre end det, som art. 22, stk. 2,

nødvendiggør, og er således udtryk for en overimplementering, der indskrænker muligheden for dialog i udbud.

Udbudslovens § 61, stk. 4, er formuleret på en sådan måde, at bestemmelsen udelukker, at der kan gennemføres et udbud med forhandling uden forudgående udbudsbekendtgørelse, hvis blot én tilbudsgiver under det foregående offentlige eller begrænsede udbud ikke har overholdt udbudsprocedurens formelle krav eller ikke opfyldt egnethedskravene. Dette forekommer at være en fejlimplementering af udbudsdirektivets art. 26, stk. 4, der blot bestemmer, at de sidstnævnte tilbudsgivere ikke må deltage i det efterfølgende udbud med forhandling.

Udbudslovens § 104, stk. 4 og 5, vedrørende fristen for behandling af ansøgninger om optagelse i et dynamisk indkøbssystem forekommer endvidere at være en fejlimplementering af udbudsdirektivets art. 34, stk. 5, der – i modsætning til udbudslovens formulering - fastsætter frister for behandling af ansøgninger under det dynamiske indkøbssystems løbetid.

Udbudslovens § 187, stk. 4, synes at tillade, at offentliggørelse af en anskaffelse af såkaldte "udbud light"-ydelser blot kan ske i ordregivers køberprofil. Dette synes imidlertid ikke klart tilladt efter udbudsdirektivets art. 74-76.

Forholdet mellem lovtæst og forarbejderne

Som anført ovenfor er udbudsloven forsynet med omfattende og detaljerede forarbejder, der i almindelighed bidrager godt til forståelsen af lovens regler.

Det følger af almindelige principper om lovfortolkning, at forarbejderne ikke i sig selv har lovkraft og dermed kun har betydning som fortolkningsbidrag, hvor forarbejderne understøtter og forklarer en i øvrigt tydelig lovtæst.

Det er Advokatrådets opfattelse, at der kan være behov for at gennemgå forarbejderne med henblik på at vurdere, om visse af de forhold, som er af væsentlig betydning for forståelsen eller brugen af reglerne, og som alene er omtalt i forarbejderne, bør optages i selve lovtæsten. Behovet herfor understøttes af, at Klagenævnet for Udbud i hvert fald i tre kendelser har afvist at lægge vægt på udsagn i forarbejderne til udbudsloven, fordi disse efter Klagenævnets vurdering ikke i tilstrækkelig grad havde manifesteret sig i selve lovtæsten.

Et relevant emne kunne f.eks. være reglerne vedrørende forbehold, som er udviklet i rets- og klagenævnspraksis og omtalt flere steder i forarbejderne, men ikke er lovreguleret.

Et andet eksempel er, at forarbejderne anfører, at en ordregiver ikke har pligt til at forkaste en tilbudsgivers forhandlingstilbud i et udbud med forhandling, selvom tilbuddet indeholder forbehold over for udbudsmaterialets krav, så længe tilbudsgiverens endelige tilbud ikke indeholder forbehold. En udtrykkelig lovregulering af dette vil kunne bevirke øget fleksibilitet i brugen af udbudsformen udbud med forhandling, jf. også nærmere nedenfor.

Det skal også bemærkes, at forarbejderne forekommer at fejlfortolke Kommissionens såkaldte fristberegningsforordning, således at forarbejderne flere steder indeholder angivelser vedrørende beregning af frister m.v., som ikke er i overensstemmelse med forordningen.

Små og mellemstore virksomheders adgang til udbud

Det er anført som et af formålene med udbudsdirektivet af fremme små og mellemstore virksomheders (SMVer) deltagelse i offentlige udbud.

Spørgsmålet om udbudsreglernes betydning i forhold til SMVer har også fået bevågenhed ved evalueringen af udbudsloven.

Det er Advokatrådets opfattelse, at udbudsloven ikke specielt kan siges hverken at fremme eller modvirke SMVeres mulighed for at opnå offentlige kontrakter.

Udbudsreglernes krav om forudgående offentliggørelse af offentlige anskaffelser over en vis størrelse indebærer den fordel for SMVer, at SMVer nemt og omkostningsfrit kan gøre sig bekendt med de muligheder, der ligger i sådanne anskaffelser. Udbudsreglernes bestemmelser om tildeling m.v. indebærer endvidere, at den fordel, større virksomheder måtte have af et større markedsføringsbudget og mere velkendte varemærker m.v., i høj grad neutraliseres.

Kompleksiteten i regelsættet ved anskaffelser over tærskelværdien for EU-udbud kan formentlig virke afskrækkende på nogle SMVer, men den afgørende faktor i relation til at overvinde denne barriere er næppe virksomhedsstørrelse, men erfaring fra tidligere udbud. Omvendt bør den meget fleksible adgang til at foretage anskaffelser under tærskelværdien for udbud og uden klar grænseoverskridende interesse (udbudslovens afsnit V) give et betydeligt spillerum for SMVer.

Det forekommer imidlertid klart, at der i de senere år har været en øget centralisering af offentlige indkøb, dels som følge af reformer på det kommunale og regionale område, dels i kraft af øget brug af indkøb i kommunale fællesskaber, øget centralisering i statens indkøb og i indkøb via SKI A/S. Denne centralisering vil antagelig på den ene side føre til besparelser og mere effektive offentlige indkøb, men vil antagelig på den anden side føre til, at indkøbene opnår en størrelse i mængdemæssig, geografisk og ansvarsmæssig henseende, som bevirker, at SMVer ikke kan deltage.

Omvendt kan det også konstateres, at på en række områder indgår det som en integreret del af de ordregivende myndigheders forberedelse af en effektiv konkurrence, at også SMVer kan deltage, herunder særligt i kommunale udbud.

Efter Advokatrådets opfattelse er det et politisk/samfundsøkonomisk snarere end et juridisk spørgsmål, hvordan man ønsker at afbalancere hensynet til besparelser og effektive indkøb over for hensynet til erhvervsudviklingen og SMVernes forhold.

Advokatrådet finder dog anledning til at bemærke, at udbudslovens § 49, stk. 2, pålægger ordregiverne en pligt til at begrunde, hvorfor en anskaffelse ikke udbydes i mindre delkontrakter. Udbud af en anskaffelse i mindre delkontrakter vil i højere grad kunne give SMVer mulighed for at afgive tilbud på opgaven.

Det er Advokatrådets opfattelse, at der tages relativt let på begrundelsespligten. Begrundelsespligten overholdes ikke altid, de givne begrundelser kan ofte forekomme overfladiske, og det har i øvrigt antagelig ingen nævneværdige retsfølger, såfremt pligten ikke overholdes. Begrundelsespligten omfatter i sin nuværende udformning næppe heller krav om begrundelse for, hvorfor en anskaffelse gennemføres centraliseret i samarbejde mellem flere ordregivere fremfor af den enkelte ordregiver.

Såfremt man ønsker en anden politisk/samfundsøkonomisk afvejning af hensynet mellem besparelser/effektive offentlige indkøb og hensynet til SMVernes muligheder, kan en revision af reglerne om begrundelsespligten være et af virkemidlerne hertil. Hvis det ikke ønskes, kan man overveje at fjerne begrundelsespligten, som i sin nuværende form kan fremtræde som en unødigt procedureregulering.

Transaktionsomkostninger

Spørgsmålet om transaktionsomkostninger i udbud er også relevant at se på i forbindelse med en evaluering af udbudsloven.

Det er Advokatrådets opfattelse, at spørgsmålet om transaktionsomkostninger nok generelt får større opmærksomhed, end forholdet berettiger til.

Udbudsreglernes formål er bl.a. at sikre en effektiv konkurrence om offentlige anskaffelser. Det er en nødvendig konsekvens af den effektive konkurrence mellem flere tilbudsgivere om samme anskaffelse, at de tilbudsgivere, som ikke opnår tildeling af opgaven, forgæves har afholdt tilbudsomkostninger. Jo bredere konkurrencen bliver (jo flere tilbudsgivere som deltager i udbuddet), jo større vil de samlede transaktionsomkostninger blive.

Udbudsreglerne vil således efter deres karakter nødvendigvis indebære, at der vil påløbe transaktionsomkostninger i større omfang, end såfremt ordregivere kunne indgå aftale om anskaffelser direkte med foretrukne tilbudsgivere uden forudgående konkurrence om opgaven.

Udbudsreglernes meget detaljerede og komplekse natur kan muligt i visse tilfælde føre til, at transaktionsomkostningerne bliver større, end hvad der er en nødvendig følge af effektiv konkurrence. Som nævnt ovenfor er udbudsloven imidlertid en implementering af et detaljeret og komplekst udbudsdirektiv, som sætter klare rammer for, hvor fleksible udbudslovens regler kan være.

Advokatrådet finder ikke umiddelbart grundlag for at antage, at der er bestemmelser i udbudsloven, som bevirker større transaktionsomkostninger, end hvad der er en nødvendig følge af udbudsdirektivet.

Ordregivere kan dog i den måde, hvorpå de tilrettelægger deres udbud, i større eller mindre grad tage hensyn til transaktionsomkostninger for tilbudsgivere, ligesom ordregivere kan vælge at honorere tilbudsgivere for deres afgivelse af tilbud. Tilsvarende kan øget grundighed fra tilbudsgivernes side i tilbudsudarbejdelsen også mindske ressourceforbruget for både ordregivere og tilbudsgivere.

Advokatrådet finder det imidlertid vanskeligt at regelsætte sådanne overvejelser på en egnet måde. Derimod vil en vejledningsindsats fra f.eks. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kunne medvirke til at sætte fokus på disse overvejelser.

Det skal endelig bemærkes, at det forhold, at der er en stabil retstilstand på det udbudsretlige område, formentlig i sig selv vil medvirke til begrænsede transaktionsomkostninger, både hos ordregivere og hos tilbudsgivere, fordi det vil kunne føre til, at der i højere grad etableres en fast praksis for, hvordan udbud gennemføres på bestemte områder. En øget erfaring hos såvel ordregivere som

tilbudsgivere med et stabilt regelsæt må alt andet lige tendere mod at begrænse transaktionsomkostningerne.

I overvejelserne om behovet for ændringer af udbudsloven bør man derfor også tage hensyn til, at hyppige eller omfattende ændringer af loven vil kunne bevirke øgede transaktionsomkostninger.

Egnethed, udelukkelse, ESPD og udvælgelse

Det er generelt Advokatrådets opfattelse, at udbudslovens regulering af reglerne om ansøges og tilbudsgiveres egnethed og udelukkelse samt brugen af ESPD rejser mange tvivlsspørgsmål i praksis.

Advokatrådet er endvidere af det indtryk, at indførelsen af det fælleseuropæiske udbudsdokument (ESPD), som skulle have været en lettelse for virksomhederne, reelt har påført både virksomhederne og ordregiverne betydelige omkostninger, og i sig selv har bevirket, at udbudsreglerne opleves som mere komplicerede og uigennemskuelige end under den tidligere regulering.

En del af de nævnte forhold kan føres tilbage til udbudsdirektivet og vil formentlig derfor kun kunne afklares ved en revision af udbudsdirektivet.

Advokatrådet er dog af den opfattelse, at der kan være et vist potentiale for at tydeliggøre og tilpasse udbudslovens regulering på området, evt. også suppleret med en forstærket vejledningsindsats, herunder også at der kan være mulighed for at afhjælpe nogle af de problemer, som benyttelsen af ESPD har givet anledning til.

Advokatrådet kan på den baggrund anbefale, at man i forbindelse med en evt. revision af udbudsloven overvejer, om reglerne om egnethed, udelukkelse og ESPD kan tydeliggøres og forenkles. Potentialet ved en revision af udbudsloven i denne henseende skal dog vurderes op mod, at hyppige ændringer og tilpasninger af reglerne kan medvirke til at skabe usikkerhed om reglernes anvendelse i praksis, jf. også bemærkningerne i sammenfatningen nedenfor.

Advokatrådet finder endelig, at der kan være anledning til at overveje, om der i udbudsloven bør ske en tydeliggørelse af ordregivers pligter i henseende til at beskrive, hvad der lægges vægt på ved udvælgelsen af deltagere i udbud med begrænset deltagelse.

Udbud med forhandling og fleksible udbudsformer

Med udbudsloven blev der indført mulighed for, at ordregivere i højere grad end tidligere kunne benytte sig af de såkaldt "fleksible udbudsformer" (udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog, innovationspartnerskaber).

Selvom det formentlig kan antages, at der er sket en øget brug af de nævnte fleksible udbudsformer, er det Advokatrådets opfattelse, at brugen af de pågældende udbudsformer ikke er øget i den udstrækning, som det var forventet.

Det kan bl.a. skyldes, at ordregiverne ikke har tilstrækkelige ressourcer til at gennemføre udbud med de pågældende udbudsformer, da disse formentlig i almindelighed er mere tids-/ressourcekrævende for ordregiverne end f.eks. offentlige eller begrænsede udbud. Det kan også skyldes, at der er retlig tvivl om, i hvor høj grad der er reel fleksibilitet under de pågældende udbudsformer, herunder i hvilken udstrækning ordregiver kan korrigere udbudsmaterialets krav som følge af dialog med tilbudsgiverne under udbudsproceduren. Endelig kan det naturligvis også skyldes, at der ikke er et reelt behov for fleksibiliteten.

Advokatrådet finder, at der savnes et tilstrækkeligt undersøgelsesgrundlag for at kunne vurdere, i hvilken udstrækning de pågældende fleksible udbudsformer benyttes, samt hvilke overvejelser ordregivere gør sig om brugen af de pågældende udbudsformer.

Advokatrådet vurderer endvidere, at der kan være behov for at se på, om der i regelsættet eller i en vejledning på området kan skabes større retssikkerhed med hensyn til mulighederne for at ændre udbudsmaterialet undervejs i de fleksible udbudsprocedurer, herunder for at skabe et reelt forhandlingsgrundlag og en gensidig kommunikation mellem ordregiver og tilbudsgiver fremfor den meget ensrettede kommunikation fra ordregiver til tilbudsgiverne, som typisk benyttes i disse udbud i dag. Undersøgelsesgrundlaget kunne også afdække et behov for at fastslå, at det altid er en mulighed at vælge udbud med forhandling som udbudsform, også i simple anskaffelser. Der ses således i praktisk at være tvivl om, hvorvidt udbudsformen kan anvendes, hvor 'summen af anskaffelserne' gør projektet til 'andet end en hyldevare' (f.eks. sortimentsudbud eller tilvirkningsopgaver).

Ordregivers undersøgelsespligt

Udbudsloven indeholder i modsætning til den tidligere regulering flere bestemmelser, som sigter på at sikre, at den tilbudsgiver, som opnår tildeling af

kontrakt, rent faktisk også opfylder udbudsmaterialets krav, samt muligheder for i visse tilfælde af berigtige eller præcisere forhold i tilbuddene.

I praksis, herunder i praksis fra Klagenævnet for Udbud, synes der dog ikke at kunne spores nogen reel ændring i forhold til tidligere, og der kan derfor fortsat være tilfælde, hvor det er tvivlsomt om ordregiver i tilstrækkelig grad sikrer sig - eller om ordregiver er forpligtet til at sikre sig - at den vindende tilbudsgiver opfylder udbudsmaterialets krav, herunder også om ordregiver i forbindelse med kontraktopfyldelsen har tilstrækkeligt fokus på, at udbudsmaterialets krav respekteres.

Det er Advokatrådets opfattelse, at det er afgørende for at sikre ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsprocessen, at ordregiver tager hensigtsmæssige og egnede skridt for at sikre, at den vindende tilbudsgiver opfylder de krav, som udbudsmaterialet fastsætter, såvel i forbindelse med tildelingen som under den efterfølgende udførelse af kontrakten, og at ordregiver bør have pligt til at udforme sit udbudsmateriale, så dette krav kan opfyldes. Omvendt er det også Advokatrådets opfattelse, at der ikke er et grundlag for at indføre en obligatorisk undersøgelsespligt for alle forhold, herunder bl.a. henset til ressourceforbruget/transaktionsomkostningerne, der er forbundet hermed.

Advokatrådet anbefaler dog på den baggrund, at man i forbindelse med en revision af udbudsloven overvejer, om der er anledning til at præcisere omfanget af ordregivers forpligtelser i denne henseende.

Udbudslovens § 160

Advokatrådet har noteret sig, at der er fremsat lovforslag om ændring af udbudslovens § 160, og at der på nuværende tidspunkt er udsigt til, at lovforslaget vil blive vedtaget.

Advokatrådet finder på den baggrund ikke anledning til at gå ind i en mere detaljeret evaluering af den nugældende § 160 i udbudsloven.

Udbudslovens § 185, stk. 2

Udbudslovens § 185, stk. 2, er en dansk særregel, der indeholder en forpligtelse for ordregivere til – under nærmere angivne betingelser og forudsætninger – at bringe en kontrakt, som er indgået efter udbud, til ophør, såfremt den tildelingsbeslutning, som lå til grund for kontraktindgåelsen, annulleres ved endelig afgørelse eller dom.

Der kan bestå en vis tvivl om rækkevidden af ordregiveres forpligtelser efter § 185, stk. 2, samt om de afledte konsekvenser som bestemmelsen kan have for den tilbudsgiver, ordregiveren har indgået kontrakt med. Bestemmelsen synes imidlertid ikke i praksis at have givet anledning til væsentlige tvister, og Advokatrådet er ikke bekendt med praksis fra Klagenævnet eller domstolene, der giver anledning til at konkludere, at bestemmelsen i det praktiske retsliv giver anledning til væsentlige problemer.

Advokatrådet bemærker, at selvom det kan være relevant at overveje bestemmelsens mere detaljerede udformning, forekommer det ud fra en retssikkerhedsmæssig betragtning rigtigt at pålægge den offentlige forvaltning en udtrykkelig pligt til at bringe en tilstand, som er tilvejebragt under overtrædelse af vigtige retsfor skrifter, til ophør, med mindre der er afgørende, modstående hensyn af samfundsmæssig karakter, eller er væsentlige, retsbeskyttede forventninger hos en borger eller virksomhed, der dermed krænkes.

Som anført nedenfor kan det dog være relevant at overveje, om bestemmelsen bør flyttes til lov om Klagenævnet for Udbud, således at regelsættet om håndhævelse af udbudsreglerne, herunder om konsekvenser af overtrædelser af reglerne, samles i sidstnævnte lov.

Forenkling ved inkorporering af tilbudsloven

Udbudsloven regulerer offentlige anskaffelser af varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder over tærskelværdien for EU-udbud i henhold til udbudsdirektivet.

Udbudsloven regulerer endvidere anskaffelser af varer og tjenesteydelser under tærskelværdien for EU-udbud.

Anskaffelser af bygge- og anlægsarbejder under tærskelværdien for EU-udbud er imidlertid reguleret i lovekendtgørelse nr. 1410 af 7. december 2007 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter ("tilbudsloven").

Det er Advokatrådets opfattelse, at det lovteknisk kan være hensigtsmæssigt at regulere anskaffelser af bygge- og anlægsarbejder under tærskelværdien for EU-udbud i udbudsloven og ophæve tilbudsloven.

Allerede i dag er der stor overensstemmelse mellem de principper om ligebehandling og gennemsigtighed, som er gældende inden for udbudslovens område, og de

principper, som er gældende inden for tilbudslovens område. Klagenævnet for Udbud er endvidere klageinstans for klager over udbud efter både udbudsloven og tilbudsloven. Det betyder, at der allerede i dag er en betydelig retsartethed mellem de to love - men de to love benytter til dels forskellig terminologi, hvilket kan give anledning til retsusikkerhed om, i hvilken udstrækning samme retlige principper finder anvendelse.

Såfremt udbud af bygge- og anlægsarbejder under tærskelværdien for EU-udbud reguleres i udbudsloven, vil det betyde, at der findes én samlet og ensartet regulering af offentlige anskaffelser, hvilket dels vil kunne indebære en regelmæssig forenkling, dels vil kunne reducere den ovenfor nævnte retsusikkerhed.

Det kan tilføjes, at tilbudsloven på flere punkter ikke forekommer tidssvarende, og at der kan stilles spørgsmål ved, om tilbudsloven fuldt ud afspejler Danmarks EU-retlige forpligtelser ved anskaffelser af bygge- og anlægsarbejder under tærskelværdien for EU-udbud.

Eftersyn af reglerne om håndhævelse af udbudsreglerne

Advokatrådet opfordrer til, at det overvejes, om reglerne om håndhævelse af udbudsreglerne, som i dag fortrinsvis er samlet i lov om Klagenævnet for Udbud, bør gøres til genstand for et eftersyn i forbindelse med evalueringen af udbudsloven, da de to regelsæt er nært forbundne.

Det kan overvejes, om det skaber udfordringer for håndhævelsen af udbudsreglerne, at Klagenævnet for Udbud på den ene side udelukkende kan tage stilling til påstande og anbringender, som klageren har gjort gældende, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 10, mens f.eks. aktindsigtsreglerne kan bevirke, at klageren ikke kan få de oplysninger om den vindende tilbudsgivers tilbud, som er nødvendige for at kunne udforme en klage.

Det kan også overvejes, om der bør indføres en bestemmelse svarende til udbudslovens § 185, stk. 2, i relation til udbud, som er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, forsvars- og sikkerhedsdirektivet eller koncessionsdirektivet, f.eks. hvor ordregiver er en del af den offentlige forvaltning.

Endelig kan det overvejes om den nugældende praksis fra Klagenævnet for Udbud vedrørende opsættende virkning fungerer tilfredsstillende.

Sammenfatning

Advokatrådet har i de ovenfor anførte bemærkninger peget på en række forhold, som efter rådets opfattelse bør tages i betragtning ved en revision af udbudsloven.

Advokatrådet finder dog anledning til at understrege, at udbudsloven indeholder en omfattende og detaljeret regulering, som i vid udstrækning er udtryk for en implementering af et omfattende og detaljeret udbudsdirektiv. Udbudsloven adskiller sig på en række punkter fra den tidligere gældende regulering.

Det må under disse omstændigheder anses for naturligt, at der vil gå en vis periode, fra udbudsloven er trådt i kraft, og indtil der er gjort tilstrækkelige erfaringer med lovens anvendelse til, at en grundig evaluering kan foretages.

Advokatrådet ønsker endvidere at pege på, at mere omfattende og gennemgribende ændringer af udbudsloven i sig selv kan medvirke til en øget usikkerhed om reglernes indhold, både blandt ordregivere og blandt borgere og virksomheder.

Det bør derfor også ved en evaluering af loven tages hensyn til, at der kan være fordele ved at opretholde en stabil retstilstand over en længere periode på udbudsområdet, således at såvel ordregivere som borgere og virksomheder kan indrette sig på reglerne og indvinde erfaringer med brugen af disse, idet sådanne erfaringer til en vis grad kan kompensere for reglernes kompleksitet.

Disse overvejelser betinger efter Advokatrådets opfattelse, dels at der gennemføres en grundig og velovervejet evaluering af loven, inden der tages stilling til revisionen heraf, dels at en evt. revision begrænser sig til forhold, som er væsentlige, som indebærer forenkling og tydeliggørelse af reglerne, og at revisionen har til formål at foretage sådanne tilpasninger, at regelsættet vil kunne bestå i en længere periode uden hyppige ændringer.

Med venlig hilsen



Nicolai Pii

Erhvervsministeriet

Sendt på mail til; ok@kfst.dk

Slots- og Kulturstyrelsen

H.C. Andersens Boulevard 2
1553 København V
Telefon 33 95 42 00

post@slks.dk
www.slks.dk

21. februar 2019
Jour.nr.: 19/01711-3

Høring: Evaluering af udbudsloven

Kulturministeriet har modtaget høringsmateriale fra Erhvervsministeriet omhandlende evaluering af udbudsloven sendt den 17. december 2018. Slots- og Kulturstyrelsens koncernenhed Koncern Udbud og Indkøb afgiver svar på vegne af Kulturministeriet.

Høringssvaret er forsøgt afgivet i lyset af formålet med høringen, således at fokus er lagt på formålet med udbudsloven, at sikre effektiv konkurrence om opgaverne og samtidig føre til større klarhed, forenkling og fleksibilitet hos både ordre- og tilbudsgivere.

Slots- og Kulturstyrelsen er bevidste om, at nogle af de emner og faktorer, der påpeges i høringssvaret udspringer af den EU-retlige regulering og derfor rettelig burde adresseres til EU.

Generelle bemærkninger

Slots- og Kulturstyrelsen finder tiltaget med en dansk udbudslov positivt, bl.a. fordi der derved er sket en stadfæstelse af en række retsprincipper. At der til udbudsloven endvidere forefindes fyldige lovbemærkninger, er en væsentlig forbedring, i forhold til tidligere, hvor lovgrundlaget var baseret alene på direktivteksten.

Slots- og Kulturstyrelsen finder dog, at Udbudsloven ikke ubetinget har medført den forventede forenkling. Det er oplevelsen, at forvaltningen af reglerne ikke er blevet lettere, og at juridiske fremfor merkantile overvejelser bliver retningsgivende for de beslutninger, der træffes. Og hvor selve udbudsprocessen fortsat er omkostningstung og tidskrævende for såvel ordregiver som tilbudsgiver.

Ønsker til forbedringer/ændringer

Uddybning af CPV koder

Et af formålene med loven var at skabe forenkling af udbudsprocessen og derved nedbringe transaktionsomkostninger, for ordregivere såvel som tilbudsgivere. Slots- og Kulturstyrelsen oplever dog, at nogle tiltag skaber usikkerhed og yderligere ressourceforbrug. Dette drejer sig bl.a. om det nye light regime, hvor det for nogle ydelser er behæftet med usikkerhed, hvorvidt de tilhører light regimet eller er fuldt udbudspligtige. Der ønskes derfor en mere detaljeret uddybning af de enkelte CPV koder i light regimet.

Bagatelgrænse for klar grænseoverskridende interesse

I forhold til indkøb under tærskelværdierne ønskes fastsat en bagatelgrænse i forhold til hvornår der skal gennemføres en konkret vurdering af, om det pågældende indkøb har en klar grænseoverskridende interesse. Det forekommer ikke som en hensigtsmæssig ressourceanvendelse hos tilbudsgivere og ordregivere at indkøb med en lav værdi skal annonceres.

ESPD

Indførelsen og anvendelsen af ESPD og efterfølgende dokumentationsindhentning har vist sig at være meget tids- og ressource tung for både ordregiver og tilbudsgiver. Udbudsprocessen forsinkes ofte, for såvel offentligt som begrænset udbud grundet manglende oplysninger eller dokumentation af oplysninger i de indsendte ESPD dokumenter. Spørgsmålet er, om tilbudsgiverne reelt har en gevinst ved den nuværende metode/proces angående brug af ESPD.

En alternativ løsning kunne være at eksempelvis serviceattester, regnskabsoplysninger mv. for virksomhederne kunne tilgås af ordregiver ved download fra en central database, hvor de hentede oplysninger dannes på baggrund virksomhedernes egen indtastning.

Offentliggørelse af evalueringsmodeller

Slots- og Kulturstyrelsen har afgivet høringssvar i forhold til forslaget om at ændre udbudsloven så ordregiverne pålægges et krav om at offentliggøre alle detaljer i evalueringsmodellen. Høringssvaret er gengivet nedenfor:

”Slots- og Kulturstyrelsen anerkender i højeste grad tilbudsgivernes behov for klarhed og gennemsigtighed i forhold til de af ordregivere anvendte evalueringsmodeller.

Stadig melder der sig dog en bekymring for, hvorvidt den fuldstændige forhåndsfastlæggelse af eksempelvis hældningsgrader i lineære pointmodeller kan resultere i et øget antal tilbudsevalueringer, hvor metoden ikke egner sig til at vurdere de specifikke resultater. Selvom ordregiver benytter sig af markedsdialog og muligheden for at anvende sekundære modeller, så kan det være en udfordring at forudsige variationen af indkomne tilbud med den fornødne præcision.

En konsekvens kan være, at lovændringen vil føre til, at flere udbud må gå om, fordi evalueringsresultatet ikke er retvisende i forhold til de faktiske forhold - med omkostninger til følge for ordregivere, men i allerhøjeste grad ligeledes for tilbudsgivere.”

Manglende afgivelse af tilbud fra prækvalificerede tilbudsgivere

Udbudsloven har indført at tilbudsgiverne med udbudsloven nu har mulighed for at sætte sig ind i det fulde udbudsmateriale, allerede ved udbudsbekendtgørelsens offentliggørelse, hvilket også gælder ved begrænset udbud.

Slots- og Kulturstyrelsen finder, at det er fordel, at de enkelte tilbudsgivere tidligt i processen kan orientere sig om den opgave, de bliver prækvalificeret til efterfølgende at afgive tilbud på. Imidlertid opleves det stadig ofte, at prækvalificerede tilbudsgivere afstår fra at afgive tilbud, også selvom der forud for offentliggørelse har været ført en grundig markedsdialog. Mulighederne i udbudsloven for at indlemme flere tilbudsgivere i udbuddet har væsentlige konsekvenser for tilbudsfristen.

Slots- og Kulturstyrelsen efterspørger løsninger, der kan minimere risikoen for at prækvalificerede tilbudsgivere ikke afgiver tilbud.

Herudover har Slots- og Kulturstyrelsen ingen yderligere bemærkning til evalueringen af udbudsloven.



Ikast-Brande
Kommune

Erhvervsministeriet

Slotsholmsgade 10

1216 København K

20. februar 2019

Økonomiafdelingen

Rådhusstrædet 6

7430 Ikast

Tlf.: +4599604000

Sagsbehandler:

Britt Igelkjøn Byrknes

E-mail:

briby@ikast-brande.dk

Direkte telefon:

Tlf.: +4599604080

Høringssvar vedrørende evaluering af Udbudsloven

I det følgende Ikast-Brande Kommunes høringssvar omkring evaluering af udbudsloven i forhold til om den imødekommer lovens formål om at *“sikre effektiv konkurrence om opgaverne, og føre til større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lave transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som leverandører.”* Ikast-Brande Kommune har holdninger til mange aspekter ved udbudsloven, men har i denne sammenhæng valgt kun at kommentere på det vi mener er det vigtigste hinder i udbudsloven for at imødekomme dens formål.

Jf. Udbudslovens § 160 skal en ordregiver *“...i udbudsmaterialet angive kriterierne for tildeling, beskrive evalueringsmetoden og beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen...”*

Denne bestemmelse er efter Ikast-Brande Kommunes erfaring det største hinder for at opnå udbudslovens formål, idet den medfører øget kompleksitet, mindre fleksibilitet, øgede transaktionsomkostninger for såvel tilbudsgivere og leverandører – uden at den fremmer konkurrencen eller giver større klarhed eller gennemsigtighed. Bestemmelsen er uhensigtsmæssig, og fordi det er en ren dansk bestemmelse som ikke stammer fra Direktivet fremstår det underligt hvorfor man har valgt at pålægge både ordregiver og tilbudsgiver de øgede transaktionsomkostninger og manglende fleksibilitet som bestemmelsen medfører.

§ 160 kan måske synes fornuftig på papiret, men den er ikke hensigtsmæssig i praksis. Virkeligheden er, at det er umulig at have så dyb en indsigt i et marked, at man på forkant kan beskrive evalueringsmodellen. Ikast-Brande Kommunes erfaring er, at selv i de udbud hvor man har indgående kendskab til markedet i hver mindste detalje, vil man i de fleste tilfælde ende ud med nogle overraskelser i de indkomne tilbud – med det resultat at man skal ud i at bruge sekundære og tertiære evalueringsmodeller. Konsekvensen af bestemmelsen er, at:

- Det ikke bliver mere gennemsigtigt for tilbudsgiverne hvordan tilbuddene skal evalueres, fordi ordregiver jo altid bliver nødt til at sikre sig at tilbuddene kan evalueres også hvis de ser anderledes ud end forventet – med den konsekvens at man beskriver scenarier for sekundære modeller mv.
- Udbudsmaterialet bliver mere komplekst, jf. ovenstående
- Bestemmelsen resulterer i rigtig mange annulleringer, fordi kompleksiteten øges mv. hvilket øger transaktionsomkostningerne betydeligt for ordregiver såvel som for tilbudsgivere.

Med baggrund i ovenstående bør det meste af § 160 udgå, således der kun kommer til at stå: *"En ordregiver skal i udbudsmaterialet angive kriterierne for tildeling og underkriterier med tilhørende vægtning."* Med andre ord bør man gå tilbage til det detaljeniveau man havde inden udbudsloven kom og som fremgår af Direktivet.

I er velkommen til at kontakte undertegnede hvis I ønsker ovenstående uddybet.

Med venlig hilsen

Britt Igelkjøn Byrknes
Leder Regnskab og Indkøb

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
ok@kfst.dk

21. februar 2019
J.nr. 2018 - 8669

Skatteministeriet
Nicolai Eigtveds Gade 28
DK 1402 – København K

Telefon +45 33 92 33 92
Mail skm@skm.dk

www.skm.dk

Høring vedrørende evaluering af udbudsloven

Skatteministeriet har på baggrund af erhvervsministerens brev af 17. december 2018 udarbejdet et høringssvar med udgangspunkt i de praktiske administrative erfaringer, som Skatteministeriet har gjort sig med anvendelsen af udbudsloven siden dens ikrafttræden. Skatteministeriets svar er således ikke udtryk for en politisk stillingtagen til loven.

Det er overordnet set Skatteministeriets oplevelse, at udbudsloven har bidraget til at fremme formålene om øget klarhed, forenkling og fleksibilitet, fx i forhold til emner som dialogen med markedet inden en formel udbudsprocedure iværksættes.

I relation til Skatteministeriets praktiske erfaringer kan følgende emner nævnes:

1. Lovens bemærkninger kontra lovteksten:

Det er Skatteministeriets oplevelse, at udbudsloven i praksis undertiden kan være svær at bruge, fordi lovbemærkningerne i nogle tilfælde er svære at forene med lovteksten. I praksis ses det f.eks. også, at Klagenævnet for Udbud ikke følger bemærkningerne, men foretager en ordlydsfortolkning af lovteksten. Dette er eksempelvis sket i kendelse af 19. juni 2017 - LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland, vedrørende udbudslovens § 8, stk. 2; kendelse af 11. juli 2017, Inventarland ApS mod Region Sjælland, vedrørende udbudslovens § 2 angående karakterisering af ændring af mindstekrav som ændring af grundlæggende elementer; og i kendelse af 8. august 2017, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mod Region Midtjylland, vedrørende udbudslovens § 160.

2. Udbudslovens § 8, stk. 2:

Ifølge § 8, stk. 2, kan en ordregiver tildele en delkontrakt uden at følge reglerne i afsnit II og III, når den anslåede værdi eksklusive moms af den pågældende delkontrakt er under 595.832 kr. eksklusive moms for varer og tjenesteydelser eller under 7.447.900 kr. eksklusive moms for bygge- og anlægsarbejder.

Det er Skatteministeriets oplevelse, at der i praksis hersker tvivl om, hvorvidt tildelingen af delkontrakter efter § 8, stk. 2, i stedet skal følge reglerne fastsat i afsnittene IV og V, herunder vurderingen af, om der for kontrakten er klar grænseoverskridende interesse, eller om anvendelse af § 8, stk. 2, medfører, at sådanne delkontrakter helt undtages fra udbudslovens bestemmelser. Det kunne derfor overvejes at præcisere dette punkt.

3. Udbudslovens § 61, stk. 4:

Det følger af udbudslovens § 61, stk. 4, at adgangen til at overgå til udbud efter forhandling uden forudgående bekendtgørelse forudsætter, at alle tilbudsgivere under det forudgående offentlige eller begrænsede udbud har afgivet tilbud i overensstemmelse med udbudsprocedurens formelle krav, og hvis de alle opfylder kravene i § 159, stk. 2, 2. pkt., nr. 1-3.

Det kunne overvejes at undersøge, om udbudsdirektivet kræver, at *alle* tilbudsgivere opfylder betingelserne, og i fald det modsatte gør sig gældende, at tilpasse bestemmelsen i overensstemmelse hermed.

4. Skærpede krav til de fleksible udbudsprocesser i forhold til de ikke-fleksible:

Det fremgår eksplicit for de fleksible udbudsprocesser: ”*Der kan ikke forhandles om de endelige tilbud og grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling*”, jf. udbudslovens §§ 66, stk. 2; 70, stk. 2; og 77, stk. 2.

Det fremgår dog samtidig af forarbejderne til udbudslovens § 2:

”...

Ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet udgør ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

...

Mindstekrav er centrale krav til egenskaber ved det udbudte indkøb eller til kontraktens udførelse, der fastsætter de karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have. Som følge heraf vil ændring af mindstekrav som klart udgangspunkt kunne karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer, der ikke kan foretages uden en fornyet udbudsprocedure.

Ligebehandlingsprincippet udelukker derimod ikke ændringer af mindstekrav, hvis ændringen ikke vil kunne påvirke potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure og ikke fordrejer konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere. I proceduren udbud med forhandling efter forudgående offentliggørelse vil en ændring af mindstekrav altid udgøre en ændring af grundlæggende elementer.

...”

Ligeledes fremgår det af praksis, at mindstekrav godt kan ændres uden, at der er tale om en ændring af et grundlæggende element, jf. eksempelvis Klagenævnets kendelse af 11. juli 2017, Inventarland ApS mod Region Sjælland.

Det kunne på baggrund af ovenstående overvejes at revurdere sidestillelsen af mindstekrav med grundlæggende elementer i de fleksible udbudsformer henset til at disse udbudsprocesser blandt andet har til formål at være mere fleksible og deraf facilitere ændringer til udbudsmaterialet.

5. *Udbudslovens §§ 25 og 32:*

Udbudslovens § 25, stk. 2, fastsætter, at ordregiver skal tildele en kontrakt efter de regler, der gælder for den type ydelse, der har den højeste værdi, når kontrakten fx vedrører både tjenesteydelser og varer.

Udbudslovens § 32 fastsætter, at værdien af en rammeaftale eller et dynamisk indkøbssystem er den højest anslåede værdi af samtlige kontrakter, der forventes tildelt inden for rammeaftalens eller de dynamiske indkøbssystems levetid.

I relation til sammensatte kontrakter kunne det overvejes at præcisere retsvirkningen, såfremt kontrakten i løbetiden skifter karakter, dvs. at hovedydelsen reelt skifter karakter fra at være en leverancekontrakt til en rammeaftale, eller omvendt.

I relation til den anslåede værdi af rammeaftaler mm. kunne det overvejes at præcisere retsvirkningen, såfremt den anslåede værdi af en rammeaftale uanset type overstiges. Overvejsen bygger blandt andet på seneste praksis fra EU-Domstolen i C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. Coop. arl. mod ASST m.fl.*, og de drøftelser blandt praktikere, denne har givet anledning til. Skatteministeriet har i den forbindelse noteret sig Kammeradvokatens vurdering af, at det ikke har været Domstolens hensigt at udtale sig generelt, og at rammeaftaler alt andet lige har til hensigt at være mere fleksible i forhold til aftagemængder end andre kontraktformer.

6. *Udbudslovens § 104, stk. 4:*

Det følger af udbudslovens § 104, stk. 4, at ordregiver skal behandle en ansøgning om optagelse i et dynamisk indkøbssystem, der modtages inden udløbet af fristen i stk. 1, inden for 10 arbejdsdage efter modtagelsen af ansøgningen, jf. dog stk. 5 og 6. Udbudslovens § 101 angiver imidlertid samtidigt, at et dynamisk indkøbssystem skal følge proceduren for begrænset udbud, der i udgangspunktet har en frist for modtagelse af ansøgninger på minimum 30 dage, jf. udbudslovens § 59, stk. 2. Når udbudslovens § 94 samtidigt angiver, at ordregiver ikke må undersøge indholdet af en ansøgning eller tilbud førend ansøgnings- eller tilbudsfristen er udløbet, synes det vanskeligt at overholde § 104, stk. 4, i praksis.

Det kunne på den baggrund overvejes at præcisere udbudslovens regler herom.

7. *Udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 5:*

Udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 5, henviser til, at udelukkelsesgrunden omfatter aktører, som er dømt for eller har vedtaget bødeforlæg for hvidvask af penge eller finansiering af terrorisme som defineret i artikel 1 i hvidvaskdirektivet.

På baggrund af ordlyden af udbudsdirektivets artikel 57, stk. 1, litra e, og udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 5, samt bemærkningerne i lovforarbejderne til udbudsloven, hvidvaskloven

og straffelovens §§ 290 samt 290a synes det, at hvidvaskloven i Danmark er implementeret således, at overtrædelse af hvidvaskdirektivets artikel 1 (svarende til hvidvasklovens § 3) er sanktioneret i straffeloven, mens overtrædelse af de forebyggende foranstaltninger, som medlemsstaterne skal pålægge bl.a. banker at gennemføre, sanktioneres i hvidvaskloven, jf. hvidvasklovens § 78.

Hvidvasklovens § 3 ser dermed ud til at implementere hvidvaskdirektivets artikel 1, som må antages alene at sanktioneres i straffeloven. Eftersom udbudslovens § 135, stk. 1, nr. 5, henviser til overtrædelser af hvidvaskdirektivets artikel 1, forstås det umiddelbart således, at alene sanktioner pålagt i henhold til straffelovens bestemmelser fører til, at en tilbudsgiver kan anses for omfattet af udelukkelsesreglen.

Det kunne på denne baggrund overvejes at tydeliggøre formålet med udbudslovens § 135, stk. 5, herunder i lyset af de seneste meget alvorlige sager om hvidvask og udbytteskat.

8. Udbudslovens § 169, stk. 2:

Af udbudslovens § 169, stk. 2, følger det, at en ordregiver skal afvise et tilbud som unormalt lavt, såfremt tilbudsgivers redegørelse ikke kan begrunde den tilbudte pris.

I praksis har Skatteministeriet dog endnu ikke oplevet, at tilbudsgiver ikke har været i stand til at redegøre for prissætningen, og selv hvis tilbuddet alligevel vurderes som unormalt lavt, så er pligten til at afvise tilbuddet uklar. Skatteministeriet er opmærksom på Rettens dom af d. 4. juli 2017, hvorefter ordregiver er forpligtet til at indhente en redegørelse og afvise tilbuddet, når det efter gennemgang af redegørelsen viser sig, at tilbuddet er unormalt lavt. Ligeledes har Klagenævnet for Udbud afsagt en kendelse af 12. juli 2017, hvor det angives, at hvornår et tilbud anses for unormalt lavt er et konkret skøn og ikke nærmere defineret. Bestemmelsen er derfor vanskelig at anvende.

Det kunne på denne baggrund overvejes at skabe mere klarhed omkring anvendelsen af § 169, herunder uddybe hvornår et tilbud anses for unormalt lavt, og i hvilke situationer ordregiver reelt skal afvise tilbuddet som unormalt lavt.

9. Udbudslovens § 180, stk. 1, nr. 1:

Udbudslovens § 180, stk. 1, nr. 1, pålægger ordregiver at foretage en udbudsretlig vurdering, hver gang der foretages en ændring, som værdimæssigt er over tærskelværdien men under 10 pct. af kontraktsummen.

Det kunne overvejes at undersøge nærmere, om reglens fleksibilitet kunne øges, således at ordregiver har mulighed for at forudsætte, at der ikke er tale om en ændring af et grundlæggende element, hvis ændringen blot ikke overstiger 10 pct. af kontraktværdien. Enhver ændring skal naturligvis overholde § 180, stk. 3, men ved store projekter på f.eks. 500 mio. DKK, skal ordregiver ved alle ændringer over tærskelværdien vurdere, om der er tale om

et grundlæggende element på trods af, at ændringen har en værdi langt under 10 pct. af den relevante kontraktværdi.

10. Udbudslovens §§ 180, 181 og 183:

I forlængelse af ovenstående punkt 9, kunne det også overvejes at præcisere, hvorvidt § 180 kan benyttes efter, at §§ 181 eller 183 er benyttet til at foretage ændringer, som er større end tærskelværdien og/eller 10 pct. af kontraktsummen.

Skatteministeriet tænker i denne forbindelse konkret på, at det vedrørende §§ 181 og 183 fremgår klart, at bestemmelserne kan bruges gentagne gange. For § 180 fremgår det derimod af stk. 2, at beregningerne skal tage udgangspunkt i værdien af alle ændringer, herunder således også de, der foretages med hjemmel i §§ 181 og 183. Umiddelbart vil en ændring foretaget med henvisning til § 183 udgøre en ændring, som ikke kunne forudses af en påpasselig ordregiver, hvorfor grundlaget for ændringen er en anden end i § 180, men alligevel afskærer den efterfølgende, som udgangspunkt, for brugen af § 180. Det kan umiddelbart forekomme underligt, at det er muligt at gennemføre en § 183-ændring efter en § 180-ændring, men ikke omvendt.

11. Udbudslovens afsnit IV og V:

Det følger af udbudslovens §§ 10 og 11, samt afsnit IV og V, at ordregivere skal foretage en vurdering af, om der foreligger klar grænseoverskridende interesse for kontrakten. Såfremt der konkret vurderes at foreligge klar grænseoverskridende interesse skal ordregiver følge bestemmelserne i afsnit IV. Dette indebærer, jf. udbudslovens § 191, at der skal foretages en forudgående annoncering af kontrakten.

Kontrakter, der udbydes efter bestemmelserne i udbudslovens afsnit II, kan i visse tilfælde gennemføres efter procedurer, der ikke indebærer en annoncering. Der tænkes her på udbud efter forhandling efter § 80.

Det kunne på den baggrund overvejes i relation til de ”nationale udbud” at give ordregivere mulighed for på de samme betingelser at anvende tilsvarende procedurer, som gælder for EU-udbuddene, herunder fordi reguleringen af de nationale ellers kan synes mere restriktiv på det punkt.

Såfremt der måtte være spørgsmål til ovenstående, er I meget velkomne til at kontakte undertegnede på mail MJen@skm.dk eller tlf. 7237 1543.

Med venlig hilsen

Mette Lind Jensen
Chefkonsulent

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby
Att.: ok@kfst.dk

22. februar 2019

Høringsvar vedr. evaluering af udbudsloven

Medicoindustrien har modtaget Erhvervsministeriets høring af 17. december 2018 vedrørende den kommende evaluering af udbudsloven.

Medicoindustrien skal beklage, at vores høringssvar er forsinket i forhold til den fastsatte høringsfrist, men vi håber alligevel, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil tage godt imod vores bidrag.

Medicoindustrien repræsenterer ca. 200 virksomheder, der enten udvikler, producerer, forhandler eller distribuerer medicinsk udstyr. Fælles for dem er, at de i Danmark har det offentlige som altdominerende kunde, og dermed er udbudsloven af højeste interesse for branchen.

Medicoindustrien har følgende input til evalueringen:

Øget regulering af rammeaftaler og ønske om retvisende estimater

Medicoindustriens medlemmer oplever som udgangspunkt både i kommuner, regioner og fra SKI og Amgros, at man udbyder rammeaftaler uden forpligtende omsætning fra ordregivers side.

Som oftest er der tale om skønnede estimater, som i mange tilfælde ikke holder. Medicoindustrien har desværre mange eksempler på medlemsvirksomheder som er kommet alvorligt i problemer, når forbruger går både op og ned.

Tilbudsgivere byder ind i blinde i forhold til hvilken omsætning man kan få på aftalen, omvendt er man ofte bundet af hårde leveringsbestemmelser med bod, hvis man leverer for sent, og som alt overvejende hovedregel kræves frit leveret, uanset hvor lille en ordre ordregiver afgiver. På denne måde er der tale om en ekstrem asymmetri.

Der er behov for at ordregiverne i langt højere grad end i dag magter at estimere omsætningen på rammeaftalerne meget mere præcist, og at der tilsvarende skabes gennemsigtighed omkring, hvordan ordregiver bruger rammeaftalen.

En mulighed er, som Dansk Erhverv forestår, at ordregiver forpligtes til at anføre den procentvise afvigelse, som tilbudsgiverne kan forvente i forhold til omsætningen på den konkrete rammeaftale, ned på delaftaleniveau, hvis det skal give mening.

En løbende monitorering under aftalens forløb vil også sikre, at der kan tages forholdsregler, hvis omsætningen på en rammeaftale/delaftale afgiver væsentligt fra det estimerede.

Medicoindustrien skal derfor opfordre til, at man under evalueringen undersøger ordregiverenes formåen udi i disciplinen 'retvisende estimerer' og på baggrund heraf kommer med initiativer til, hvordan man håndterer dette fremover, således at udbud af rammeaftaler kan leve op til gennemsigtighedsprincippet som jo er et af udbudslovens bærende principper.

Undersøgelsespligten, §§ 159, stk. 3 og 164, stk. 2

Medicoindustrien havde set frem til, at udbudsloven gav en forbigået tilbudsgiver, der kunne dokumentere, at vindende tilbudsgiver ikke har levet op til ordregivers minimumskrav en styrket retsstilling.

Ikke desto mindre har en kendelse fra Klagenævnet for Udbud af den 7. december 2017, Maquet Danmark A/S mod Region Midtjylland, slået fast, at ordregiver fortsat blot kan foretage den 'kontrol' at de spørger den tilbudsgiver, de har påtænkt at indgå aftale med, om vedkommende lever op til kravene, og hvis vedkommende bekræfter, så er dette tilstrækkeligt – ordregiver behøver så ikke selv undersøge mere.

Medicoindustrien anbefaler, at man skærper denne bestemmelse.

Fleksible udbudsformer

Det er Medicoindustriens fornemmelse, at de nye udbudsformer ikke har været anvendt i det omfang, som ellers var forventet. Da disse udbudsformer kan være et godt instrument til at fremme innovativt offentligt indkøb, er de en skam, at de ikke anvendes mere hyppigt. Hvis en undersøgelse af disse udbudsformers anvendelse underbygger, at de ikke bruges så ofte, så foreslår Medicoindustrien, at der sættes ind med (endnu mere) vejledning fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens side overfor ordregiversiden.

Kontrol af oplysninger i ESPD

Tilbudsgiverne bruger mange ressourcer for at dokumentere de oplysninger, der fremgår af ESPD'et, ikke mindst hvis man løbende deltager i udbud, hvilket de fleste af Medicoindustriens medlemmer gør. Medicoindustrien foreslår, at det som udgangspunkt kun skal være den vindende tilbudsgiver, der skal dokumentere oplysninger i sit ESPD. Ordregiveren har i dag i en række tilfælde muligheder for at kræve at ansøgeren/tilbudsgiveren fremlægger dokumentation, jf. §151 stk.2.

Brug af for korte tidsfrister

Tidsfristerne for at afgive tilbud blev strammet op ved vedtagelsen af udbudsloven. Samtidigt blev det præciseret, at ordregiver skal sætte en passende tidsfrist.

Medicoindustrien foreslår, at det undersøges, om dette også er tilfældet, da vi i nogen grad oplever det som om fristerne, der konkret anvendes, er blevet kortere. Et dårligt forberedt tilbudsmateriale kommer både tilbudsgiver og ordregiver til skade, så lidt længere frist, end minimumsfristen vil ofte være nødvendigt. Ligeledes er vi enige med Dansk Erhverv i, at udbud i sommerferien er meget u hensigtsmæssigt, og kan støtte forslaget fra Dansk Erhverv herom.

Medicoindustrien stiller sig meget gerne til rådighed for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i forhold til den kommende evaluering, navnlig rammeaftaler og estimater er noget vores medlemmer har stor interesse i, og hvis vi kan bidrage med input til de undersøgelser og analyser, som skal iværksættes under evalueringen gør vi det meget gerne.

Venlig hilsen



Lene Laursen
Vicedirektør



Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Gade 35
2500 Valby

**AMNESTY
INTERNATIONAL**
DANSK AFDELING

Gammeltorv 8, 5. sal
1457 København K

T: 3345 6565
F: 3345 6566

www.amnesty.dk
amnesty@amnesty.dk

1. marts 2019

Høring vedrørende evaluering af udbudsloven

Amnesty International Danmark takker for muligheden for at komme med høringssvar vedrørende evaluering af udbudsloven. I høringssvaret vil vi forholde os til den del af loven, der har med samfundsansvar i offentlige indkøb at gøre. Vi har fra Amnestys side ikke selv erfaringer som bruger af loven, men har bl.a. gennem vores repræsentation af NGO-netværket 92-gruppen i Dialogforum for Samfundsansvar og Vækst - som regeringen havde nedsat fra 1. januar 2016 til 31. december 2017 - haft mulighed for at drøfte samfundsansvar i offentlige indkøb og herunder udbudsloven med både tilbudsgivere, brancheorganisationer, kommuner og Kommunernes Landsforening. På baggrund af drøftelserne indgav Dialogforum i august 2017 nogle anbefalinger til regeringen på området¹ som vil blive inddraget i høringssvaret her, hvor vi finder det relevant. Dialogforums anbefalinger afgav dog sine anbefalinger indenfor rammen af den nuværende udbudslov, hvor det er muligt – men frivilligt - for offentlige aktører at stille krav om samfundsansvar i offentlige udbud og indkøb. Vi ønsker at gå længere i vores anbefalinger, da vi ser et klart behov for ændringer i udbudsloven for at samfundsansvar bliver en ordentlig og integreret del af offentlige indkøb. Anbefalingerne i dette høringssvar udgør et uddrag af de fælles anbefalinger som vi/Amnesty International Danmark indgav sammen med en række andre NGO'er og Herning Kommune, da forslag til udbudslov var i høring i december 2014.² Vi henviser udover høringssvaret her til anbefalingerne i det høringssvar, som går mere i detaljer med menneskerettigheder, miljø, skat og forskellige dele af udbudsprocessen, end vi har kunnet nå i dette høringssvar.

I høringssvaret her gennemgår vi først det behov, som vi ser for at inddrage samfundsansvar langt bedre i offentlige indkøb, dernæst redegør vi for de udfordringer med hensyn til samfundsansvar i offentlige indkøb, som mange

¹

https://erhvervsstyrelsen.dk/sites/default/files/media/dialogforums_anbefalinger_om_samfundsansvar_i_offentlige_indkoeb.pdf

²² <https://www.ft.dk/samling/20141/lovforslag/l164/bilag/2/1510921.pdf>



tilbudsgivere står overfor. Til sidst gennemgår vi de forslag til ændringer af udbudsloven, som vi ser et behov for.

Behovet for samfundsansvar i offentlige indkøb

Der var bred enighed i Dialogforum for Samfundsansvar og Vækst om, at det er både nødvendigt og muligt at identificere og gennemføre konkrete tiltag til fremme af mere ansvarlige og bæredygtige offentlige indkøb. Med indkøb for ca. 300 mia. kroner om året af varer, som ofte produceres under problematiske menneskerettigheds-, miljø- og skattemæssige forhold, er det vigtigt, at offentlige aktører får ordentligt kendskab til og integrerer internationalt anerkendte standarder, herunder først og fremmest FN's retningslinjer for menneskerettigheder og erhverv (UNGP) og OECD's retningslinjer for multinationale virksomheder i deres indkøbspraksis.

Tilbudsgivernes erfaringer med samfundsansvar i offentlige indkøb

Som det fremgår af Dialogforums anbefalinger om samfundsansvar i offentlige indkøb³, peger erfaringerne fra de tilbudsgivere, som Dialogforum indsamlede erfaringer fra bl.a. på, at der er mange virksomheder, der både har evnen og viljen til at tilbyde produkter og serviceydelser, der inddrager samfundsmæssige hensyn. Men de oplever ikke, at dette blev vægtet i tilstrækkelig grad af de offentlige aktører. De oplever også, at kravene om samfundsansvar ikke udmønter sig ensartet og klart overfor virksomhederne på tværs af stat, regioner og kommuner. Et problem er også opfølgning på og monitorering af de krav som stilles.

Amnesty International Danmarks anbefalinger med hensyn til ændringer af udbudsloven

Dialogforum giver i sine anbefalinger til regeringen udtryk for, at regeringen og politikere i regioner og kommuner bør formulere klare politiske forventninger til offentlige indkøb, der fremmer mere ansvarlige og bæredygtige indkøb. Dette er vi meget enige i. En vigtig forudsætning for det er dog, at udbudsloven ikke blot giver flere muligheder for, at offentlige aktører kan inddrage samfundsansvar i forbindelse med offentlige indkøb, men at det gøres mere lovpligtigt.

Vi anbefaler derfor følgende:

1) Det bør gøres lovpligtigt ikke at tildele kontrakter baseret på pris alene

EU's udbudsdirektiv gør det muligt for medlemsstaterne at beslutte ikke at benytte pris som eneste tildelingskriterium ved alle eller udvalgte indkøb:

3

https://erhvervsstyrelsen.dk/sites/default/files/media/dialogforums_anbefalinger_om_samfundsansvar_i_offentlige_indkøb.pdf, side 3



”Medlemsstaterne kan fastsætte, at de ordregivende myndigheder ikke må anvende pris alene som det eneste tildelingskriterium eller begrænse brugen heraf til bestemte kategorier af ordregivende myndigheder eller visse typer af kontrakter”⁴

Dette har et flertal i Folketinget dog valgt ikke at implementere i udbudsloven indtil nu. I stedet har ordregivende myndigheder mulighed for at benytte netop pris som eneste tildelingskriterie ved tildeling af kontrakter:

”En ordregiver skal identificere det mest økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af et af følgende tildelingskriterier:

- 1) Pris,
- 2) Omkostninger eller
- 3) Bedste forhold mellem pris og kvalitet”⁵

Dette finder vi meget beklageligt, da vi mener det kan stå i stor kontrast til ønsket om at fremme samfundsansvar ved offentlige indkøb.

Vi opfordrer derfor til, at betragtningen i EU-Direktivet bliver gjort gældende, således, at det ikke er muligt for offentlige ordregivere at tildele en kontrakt baseret på laveste pris alene. Dette er særligt vigtigt ved indkøb af risikoprodukter som fx elektronik og bomuld/tekstil, der ofte er produceret under problematiske menneskerettigheds- og miljømæssige forhold.

2) Det bør gøres lovpligtigt for offentlige aktører at udøve nødvendig omhu (due diligence) og kræve nødvendig omhu af tilbudsgivere baseret på FNs retningslinjer for menneskerettigheder og erhverv og OECDs retningslinjer for multinationale virksomheder

Ifølge FN's retningslinjer for Menneskerettigheder og Erhverv (UNGP) princip 6 har stater et ansvar for at fremme respekt for menneskerettighederne overfor de virksomheder, som de indgår kommercielle relationer med:

” States conduct a variety of commercial transactions with business enterprises not least through their procurement activities. This provides States – individually and collectively – with unique opportunities to promote awareness of and respect for human rights by those enterprises including through the terms of contracts, with due regard to States’ relevant obligations under national and international law”⁶

Udover det skal offentlige myndigheder også selv udvise ansvarlig virksomhedsadfærd i forhold til menneskers rettigheder, miljøet, klimaet og

⁴ EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, artikel 67

⁵ <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=175507>, §162

⁶ https://www.ohchr.org/documents/publications/GuidingprinciplesBusinesshr_eN.pdf, side 9.



principper om ansvarlig skattebetaling. Dette fremgår af Lov om mæglings- og klageinstitutionen for ansvarlig virksomhedsadfærd, hvor også offentlige institutioner kan blive indklaget ved mæglings- og klageinstitutionen, hvis de overtræder OECDs retningslinjer for multinationale virksomheder.⁷ Ifølge både OECDs retningslinjer og FNs retningslinjer for menneskerettigheder og erhverv skal der udøves nødvendig omhu (due diligence) for at leve op til ansvaret om ikke at overtræde OECD's og FNs retningslinjer. Ifølge OECD's retningslinjer går due diligence ud på følgende:

"håndtere aktuelle risici med nødvendig omhu (due diligence), for eksempel ved indarbejdning i virksomhedens risikostyringssystem, med henblik på at identificere, forebygge og afhjælpe aktuelle og mulige overtrædelser.....samt redegøre for, hvordan sådanne overtrædelser håndteres. Udvisning af nødvendig omhu afhænger af omstændighederne i den konkrete situation"⁸

Og endvidere:

"gennem egne aktiviteter undgå, at forårsage eller medvirke til overtrædelse på de områder, der er dækket af Retningslinjerne og adressere dem, hvor de forekommer"⁹

"søge at forebygge eller afhjælpe overtrædelser, hvor de ikke har forårsaget dem, men hvor overtrædelsen har direkte sammenhæng med deres aktiviteter, produkter eller serviceydelser via en forretningspartner. Formålet er ikke at flytte ansvaret fra den enhed, der forårsager overtrædelsen, til den virksomhed, den har en forretningsmæssig relation til"¹⁰

Offentlige myndigheder har altså et ansvar for ikke kun at fremme samfundsansvar i forhold til sine leverandører men også for selv at overholde internationale standarder for ansvarlig virksomhedsadfærd – da offentlige myndigheder i lov om mæglings- og klageinstitutionen for ansvarlig virksomhedsadfærd også selv ses som virksomheder eller "enterprises" der skal udvise ansvarlig virksomhedsadfærd og nødvendig omhu.

Vi anbefaler derfor, at udbudsloven revideres til at stille krav til ordregivere om at de både selv skal udøve nødvendig omhu på de områder, der indgår i OECD's retningslinjer for multinationale virksomheder og at offentlige myndigheder skal kræve, at de virksomheder som de indgår kommercielle relationer med, skal udøve due diligence på de samme områder.

Vi ser i denne sammenhæng en nøje sammenhæng mellem kontraktens genstand og kontraktens gennemførelse i udbudsloven. Produkter kan kun siges at være

⁷ <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=142515>

⁸

https://samfundsansvar.dk/sites/default/files/media/oecd_retningslinjer_for_multinationale_virksomheder.pdf, Generelle politikker 10

⁹ Ibid, 11

¹⁰ Ibid, 12



ansvarlige, hvis de forhold som produkterne er produceret under, er ansvarlige. Et ansvarligt produkt er en konsekvens af ansvarlige produktionsforhold.

3) Rapportering om samfundsansvar bør gøres lovpligtigt for offentlige ordregivere i lighed med virksomheder

Siden 2009 har de 1100 største danske virksomheder været forpligtet til at rapportere om deres arbejde med samfundsansvar som del af årsregnskabsloven (primært §99a)¹¹. Med EU-Direktivet fra 2014 er der også skærpede krav til rapporteringen. Virksomhederne skal bl.a. rapportere som de største risici på mindst 5 CSR-områder, de due diligence (nødvendig omhu) processer, som de har etableret samt også de risici, der er forbundet med deres leverandørkæder, serviceydelser og produkter. Det offentlige køber årligt ind for knapt 300 mia. kroner, men er i dag slet ikke forpligtet til at rapportere om sit arbejde med samfundsansvar.

Vi opfordrer til, at udbudsloven revideres til at stille krav om, at offentlige myndigheder skal rapportere om deres indsats mht samfundsansvar som minimum på lige fod med og i samme omfang som store danske virksomheder.

4) Der bør være flere muligheder for at udelukke en tilbudsgiver i udbudsloven

Med EU's udbudsdirektiv har offentlige ordregivere mulighed for at udelukke tilbudsgivere, samt at (præ)sortere tilbudsgivere ud fra egnedetskriterier.

Ifølge udbudsloven skal tilbudsgivere udelukkes fra offentlige kontrakter hvis de er dømt for:

- Deltagelse i kriminel organisation
- Bestikkelse
- Svig (herunder skattesvig)
- Terrorhandlinger
- Hvidvaskning eller finansiering af terrorisme
- Børnearbejde, menneskehandel
- Skattegæld på over 100.000 kr.¹²

Vi finder det problematisk, at listen ikke omfatter involvering i grove krænkelse af alle menneskerettighederne (men blot børnearbejde og menneskehandel), stor skade på miljøet og leverandører der opererer i skattely. Vi anbefaler at udbudsloven bliver revideret til også at omfatte udelukkelse i disse tilfælde.

¹¹ <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=206314>

¹² <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=175507>, §135



Udover dette bør der også gives mulighed for at udelukke leverandører på baggrund af negative udtalelser fra Mæglings- og klageinstitutionen for ansvarlig virksomhedsadfærd.

5) Der bør være lovkrav om at vurdere om leverandører lever op til krav om samfundsansvar

Når der stilles krav til kontraktens udførelse og der ikke følges op på dette, eller når overholdelse af menneskerettigheder, arbejdstagerrettigheder og miljø opstilles som et kontraktkrav, uden at der er en fast praksis for, hvordan man kontrollerer dette, så er det konkurrenceforvridende.

Virksomheder, der tager et samfundsansvar (som sikrer sig at deres produktion er i orden, at arbejderne har sikre arbejdsforhold, bliver betalt en fair løn og ikke bliver tvunget til overarbejde, f.eks.) vil bruge tid og ressourcer på dette. Hvis denne indsats ikke vurderes, når det offentlige tildeler ordrer, vil deres billigere konkurrent – der ikke lever op til deres samfundsansvar – vinde ordren. Dette må betragtes som en unfair konkurrencesituation og i strid med politiske målsætninger om, at det offentlige skal efterspørge produkter produceret under ansvarlige forhold.

Vi anbefaler derfor, at en dansk udbudslov sikrer en fast praksis for at vurdere hvorvidt leverandører til det offentlige lever op til krav om ikke at påvirke arbejdstagerrettighederne, miljøet og menneskerettighederne negativt, samt har en ansvarlig skattepraksis. Dette vil være en vigtig og nødvendig ensretning i krav til leverandører og dermed betyde en mere fair konkurrence for virksomheder der byder på offentlige ordre. Der bør også følges op og monitoreres overfor leverandøren efter at kontrakten er blevet tildelt.

19. februar 2019

Høringssvar vedr. evaluering af udbudsloven

Erhvervsministeriet har i høring vedrørende evaluering af udbudsloven anmodet om bemærkninger til, om udbudsloven har haft den ønskede effekt i forhold til at sikre effektiv konkurrence og føre til større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lave transaktionsomkostninger for parterne.

Da det er en del af Erhvervsministeriets dagsorden at fremme mere innovative og fleksible udbudsformer, der i sidste ende skal skabe bedre og billigere løsninger og dermed bidrage positivt til vækst dagsordenen, er det også et stort fokusområde for den almene sektor.

I regi af udviklingsforeningen AlmenNet er derfor - med støtte fra Landsbyggefonden og Byggeskedefonden - opstartet et nyt udviklingsprojekt vedrørende "Fleksibel anvendelse af udbudsreglerne". Projektet vil bl.a. udfordre i hvilket omfang kulturen og fortolkningen af udbudsreglerne kan sætte eventuelle begrænsninger for den optimale udbudsproces, behov for regelforenklinger samt undersøge muligheden for langsigtede partnerskabsmodeller.

Formålet med projektet er derfor både en evaluering af, om vi arbejder hensigtsmæssigt inden for de gældende rammer, når der ligeledes skal sikres effektivitet og bedst mulige byggeri, og en undersøgelse af nye muligheder for bl.a. langsigtede aftaler.

BL har derfor på nuværende tidspunkt ikke mulighed for at komme med konkrete bemærkninger til de enkelte dele af loven, men vil, både undervejs i projektet og efter endt evaluering inden årets udgang, kunne bidrage med input fra den almene boligsektor.

BL står til rådighed, såfremt der er behov for en uddybning af ovennævnte og deltager gerne i en videre dialog om evalueringen.

Med venlig hilsen



Bent Madsen

FORSVARSMINISTERIETS HØRINGSSVAR VEDRØRENDE EVALUERING AF UDBUDSLOVEN

1. INDLEDNING

Forsvarsministeriet har modtaget erhvervsministerens brev af 18. december 2018 vedrørende evalueringen af udbudsloven. Det har stor betydning for Forsvarsministeriet, at reglerne på udbudsområdet er velfungerende i praksis.

Da den praktiske gennemførelse af udbud under Forsvarsministeriet er decentralt placeret, har Forsvarsministeriet indhentet bidrag til høringen fra sine styrelser.

Forsvarsministeriets koncern har overordnet den opfattelse, at udbudsloven ikke har givet den forenkling og klarhed samt de lave(re) transaktionsomkostninger, der blev stillet i udsigt ved lovens indførelse. Det gælder for både styrelserne med få udbud og for Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI), der står for langt hovedparten af koncernens anskaffelser af materiel og IT, og som en af statens største indkøbsmyndigheder har betydelig erfaring med at anvende udbudsloven.

2. OVERORDNEDE BETRAGTNINGER VEDRØRENDE EVALUERINGEN AF UDBUDSLOVEN

Forsvarsministeriet vil gerne indledningsvist tilkendegive, at vi er enige i lovens målsætninger og bakker op om Erhvervsministeriets og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens (KFST) dagsorden om, at gevinsterne ved at sende opgaver i udbud ikke skal blive "spist" af omkostninger hos de offentlige myndigheder og leverandørerne.

Derfor er det også centralt for Forsvarsministeriet at følge KFST indsatsen for at mindske transaktionsomkostninger. Forsvarsministeriet har i den forbindelse bemærket og vil arbejde videre med anbefalingerne om ændringer i udbudsadfærden og udbudskulturen fra "*Arbejdsgruppen for hensigtsmæssig indretning af udbudsmateriale og dokumentationskrav*".

Forsvarsministeriet finder dog ikke, at begrænsning af transaktionsomkostninger ved udbud kun handler om en ændret udbudskultur og ud-

Dato: 1. marts 2019

Enhed: FMN-PMK
Sagsnr.: 2019/000443
Dok.nr.: 460036
Bilag: 1

Forsvarsministeriet
Holmens Kanal 9
1060 København K

budsadfærd. Der er også behov for at fokusere på de formelle lovgivningsmæssige rammer.

Forsvarsministeriet har således den opfattelse, at der er behov for ændringer i lovgivningen.

Udbudsloven indeholder forenklede – og i praksis velfungerende - procedurer, når det gælder anskaffelser under udbudslovens tærskelværdier, hvis der ikke er klar grænseoverskridende interesse.

Dette gør sig imidlertid ikke i samme udstrækning gældende for indkøb med klar grænseoverskridende interesse, uanset lovgivers intentioner om også at holde disse procedurer så simple som muligt.

Den type af varer/tjenesteydelser, som anskaffes i FMI, medfører ofte, at kravspecifikationen er kompliceret at udarbejde, idet der selv ved indkøb under tærskelværdierne ofte købes materiel, der stiller klare krav til form og funktion, og som indeholder en vis kompleksitet. Dette kan medføre store transaktionsomkostninger såvel for FMI som ordregiver som for de potentielle tilbudsgivere i forhold til den konkrete anskaffelses værdi.

På baggrund af FMI gennemførte annonceringer af indkøb under 500.000 kr. tyder det endvidere på, at annoncering kan medføre højere priser end de priser, FMI forventelig kunne opnå ved en markedsafdækning/indhentelse af tilbud. Flere af de annoncerede anskaffelser er således blevet væsentlig dyrere i forhold til, hvad FMI tidligere havde betalt for varerne. Endeligt er der ved flere annonceringer kun modtaget ét tilbud eller ingen konditionsmæssige tilbud.

3. KONTRAKTER OG RAMMEAFTALER MED "KLAR GRÆNSE-OVERSKRIDENDE INTERESSE"

Det er på denne baggrund Forsvarsministeriets holdning, at udbudsloven bør øge rummet for *såvel* forenklede procedurer for vurdering af, om der er klar grænseoverskridende interesse, *som* for forenklede procedurer, når det drejer sig om at skabe "fornøden grad af offentlighed" om anskaffelser med klar grænseoverskridende interesse under udbudslovens tærskelværdier.

Det er erfaringen, at vurderingen af klar grænseoverskridende interesse efter afsnit IV kan være særdeles transaktionstung for kontrakter med en ringe økonomisk værdi. Det gælder trods lovgivers hensigt om det modsatte.

For en myndighed, der har en betydelig mængde anskaffelser under tærskelværdierne, giver det således anledning til betydelige transaktionsomkostninger, der ofte ikke står mål med kontrakternes værdi.

Konsekvensen af, at der ikke er nogen bagatelgrænse er, at der selv for anskaffelser med en ganske ringe økonomisk værdi – eksempelvis DKK 2.000 – skal ske en vurdering af klar grænseoverskridende interesse, hvis det ikke kan udelukkes, at varen eller tjenesteydelsen kan anskaffes fra f.eks. Malmø, Sverige, fordi der er tegn på, at svenske leverandører kan levere varen eller tjenesteydelsen.

Det er erfaringen, at det forhold, at en udenlandsk leverandør **kan være interesseret i at sælge** og sende en vare eller tjenesteydelse til en ordregiver i Danmark, ikke er ensbetydende med, at den samme udenlandske leverandør konkret **vil være interesseret i at byde** på en eventuel annoncering. I praksis er der således forskel på blot "at takke ja til en ordre" og på at skulle indgive et tilbud på en annonceret opgave. Det sker således jævnligt, at FMI slet ikke modtager nogle tilbud, når der foretages annonceringer med en begrænset økonomisk værdi. Hertil har det erfaringsmæssigt vist sig, at leverandørerne ofte byder ind med højere priser, end hvad leverandørerne normalt ville forventes at tilbyde. Det skyldes formentlig, at leverandørerne overvælter de transaktionsomkostninger, som leverandøren afholder i forbindelse med afgivelsen af sit tilbud, på ordregiver.

FMI har endvidere oplyst, at det i forhold til selve gennemførelsen tager minimum 3-4 uger at gennemføre en annoncering pga. udarbejdelse af kravsspefifikation og den tilbudsfrist, der er i forbindelse med annonceringen. Til sammenligning kan en skriftlig markedsafdækning normalt gennemføres på 8 dage, svarende til den fastsatte tilbudsfrist.

Udbudslovens § 10 indebærer således, at der er uforholdsmæssige store transaktionsomkostninger for såvel ordregiver som tilbudsgiver, såfremt der er tale om kontrakter med klar grænseoverskridende værdi og med en begrænset økonomisk værdi.

Forsvarsministeriet ønsker således at påpege, at der er behov for en bagatelgrænse i forhold til vurderingen af klar grænseoverskridende interesse, således at helt små anskaffelser ikke skal vurderes.

Yderligere bør der åbnes op for, at ordregiver ikke nødvendigvis skal gennemføre denne vurdering på hvert enkelt, isoleret indkøb, eksempelvis ved, at vurdering kan ske på kategorier af anskaffelser. Dette begrundes hovedsageligt i hensynet til transaktionsomkostninger.

Endelig er det Forsvarsministeriets opfattelse, at der bør gennemføres yderligere forenkling af procedurer for "fornøden grad af offentlighed" om anskaffelser med klar grænseoverskridende interesse.

For så vidt angår tilfælde, hvor myndighederne har vurderet, at der er klar grænseoverskridende interesse, er det Forsvarsministeriets holdning, at udbudsloven alene bør fastsætte procedurekrav for, hvad der udgør "en passende grad af offentlighed", når indkøbet er større end 500.000 kr. Dette svarer til det oprindelige forslag til udbudslov, der blev sendt i høring i december 2014 baseret på udbudslovsudvalgets udkast til en ny udbudslov, idet det heri var anført følgende om annoncering af indkøb under tærskelværdien med klar grænseoverskridende interesse:

"Bestemmelsen fastætter, at en ordregiver forud for indgåelse af offentlige vare- og tjenesteydelses kontrakter med klar grænseoverskridende interesse, hvis værdi overstiger 500.000 kr., men ligger under den aktuelle tærskelværdi i § 2, skal annoncere kontrakten på udbud.dk."

Ved indkøb under 500.000 kr. med klar grænseoverskridende interesse bør det således være op til den enkelte myndighed at vælge de tiltag, der tilsikrer en passende grad af offentlighed.

4. BETRAGTNINGER VEDRØRENDE LIGEBEHANDLINGS-, GENNEMSIGTIGHEDS OG PROPORTIONALITETSPRINCIPPET

Det er et ønske fremadrettet, at udbudsloven overordnet set skal fokusere på overholdelse af *ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet*. Det er holdningen, at udbudsreglerne i større grad end tidligere bevirker, at mindre og ubetydelige fejl bliver udslagsgivende for resultatet af en udbudsproces, samtidig med, at ordregivers muligheder for at imødekomme disse fejl er næsten ikke eksisterende. Denne udvikling har en negativ virkning på såvel ordregiveres som tilbudsgiveres transaktionsomkostninger i forbindelse med udbudsprocessen. Det er endvidere opfattelsen, at udbudsloven er langt mere restriktiv end, hvad EU's udbudsdirektiv foreskriver.

Det er således Forsvarsministeriet opfattelse, at udbudsloven som udgangspunkt ikke bør lovgive på mere detaljeret niveau end nødvendigt, herunder at evt. behov for at supplere EU-udbudsdirektiv med egne nationale bestemmelser nøje bør overvejes.

Forsvarsministeriet bemærker endvidere ud fra et overordnet synspunkt, at udbudslovens procedureregler ikke i tilstrækkelig grad inddrager *proportionalitetsprincippet* i forhold til de transaktionsomkost-

ninger, der er forbundet med forskellen ved at gennemføre eksempelvis et EU-udbud af en *mindre* anskaffelse på DKK 2 *millioner* og en *anseelig* anskaffelse på DKK 2 *milliarder*. Forsvarsministeriet har blandt andet via Rigsrevisionens undersøgelse af transaktionsomkostninger vurderet, at selv meget *små* anskaffelser, der sendes i EU-udbud, har *høje transaktionsomkostninger*, da udbudsreglerne ikke i tilstrækkelig grad tillader lempelige procedureregler for sådanne mindre anskaffelser. Forsvarsministeriet er bekendt med, at en sådan ændring formentlig ikke kan rummes inden for det nugældende udbudsdirektiv.

5. SAMMENFATNING

Sammenfattende ønsker Forsvarsministeriet at fremhæve følgende forhold:

- Der er behov for en bagatelgrænse i forhold til vurderingen af klar grænseoverskridende interesse, således at helt små anskaffelser ikke skal vurderes.
- Der bør åbnes op for, at ordregiver ikke nødvendigvis skal gennemføre vurderingen af klar grænseoverskridende interesse på hvert enkelt indkøb, eksempelvis ved, at vurdering kan ske på kategorier af anskaffelser.
- Udbudsloven bør alene fastsætte procedurekrav for, hvad der udgør "en passende grad af offentlighed" i f.m. klar grænseoverskridende interesse, når indkøbet er større end 500.000 kr.
- Der bør i udbudsloven som udgangspunkt ikke lovgives på mere detaljeret niveau end nødvendigt, herunder bør evt. behov for at supplere EU-udbudsdirektiv med egne nationale bestemmelser nøje overvejes.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
ok@kfst.dk

Sagsnr. 19-0324
Vores ref. EKH/PAS/Igy
Deres ref

Den 20. februar 2019

Høringsvar vedrørende evaluering af udbudsloven

For Fagbevægelsens Hovedorganisation (FH) er det vigtigt at slå fast, at udbud kan være et redskab til at sikre god opgaveløsning og bedre velfærd. Et stærkt samarbejde mellem den offentlige og private sektor kan både være en katalysator for innovation og eksport såvel som bedre service, som kommer borgerne til gavn.

En central målsætning for udbudsloven bør således være at sikre god opgaveløsning, frem for flere udbud. Måltal for udbud er derfor den forkerte vej at gå. Man bør i stedet satse på at styrke offentlig-private samarbejder om innovation og kvalitet og i den sammenhæng sikre ordentlighed og medarbejderinddragelse i udbudsprocessen.

Desværre ser man i dag mange eksempler på, at den valgte leverandør hverken er i stand til levere den nødvendige kvalitet i opgaveløsningen eller sørge for ordentlige løn- og arbejdsforhold for medarbejderne. Det gælder ofte, fordi valget af leverandør primært har været baseret på opgavens pris. Ofte viser det sig, at det bliver en både dyr og dårlig udført opgave, fordi de nødvendige forudsætninger for opgavens udførelse ikke har været en del af udbudsbetingelserne.

FH mener derfor følgende temaer bør indgå i evalueringen af udbudsloven:

- Rammer for evaluering af loven
- Krav om arbejdsklausuler og øget håndhævelse
- Skærpede krav om egnethed og udelukkelse ift. virksomhedernes samfundsansvar
- Sikring af kvalitet og innovation i opgaveløsningen
- Kontrolbud og prissætningsregler
- "Light regime" og "reserverede kontrakter"
- Samspil med øvrig lovgivning, herunder loven om virksomhedsoverdragelse.

Rammer for evaluering af loven

Forarbejdet til udbudsloven blev lavet af en særligt nedsat ekspertgruppe. I nærværende evalueringsproces er det ligeledes vigtigt, at der sikres en bred inddragelse af interessenter og eksperter, så evalueringen foretages ud fra nyeste viden om praksis på området. Det er særligt vigtigt i lyset af, at der ikke er nogle forskere med ekspertise på området, som har plads i Forum for Udbud.

Krav om arbejdsklausuler og øget håndhævelse

Det er afgørende, at udbud ikke medfører forringede løn- og arbejdsvilkår – hverken for de medarbejdere, der skal udføre den udbudte opgave, eller generelt i Danmark. Derfor er det vigtigt, at udbudsbetingelserne altid omfatter arbejdsklausuler, så man sikrer, at arbejdet bliver udført på de løn- og arbejdsvilkår, der er sædvanlige i Danmark.

Løn- og arbejdsvilkår bliver i Danmark primært reguleret i overenskomster. Når udbudsbetingelserne ikke indeholder arbejdsklausuler, har det derfor vist sig, at der ofte bliver skabt en unfair konkurrencesituation, som favoriserer virksomheder uden overenskomst og medfører forringede løn- og arbejdsvilkår.

Mange store offentlige opgaver bliver fx udført under løn- og arbejdsforhold, der ligger langt under sædvanlig dansk standard. Der er tale om en farlig glidebane, som betyder, at både den danske model og sædvanlige danske arbejdsvilkår kommer under pres.

Det er desuden bekymrende, hvis offentlige myndigheder kan udnytte udbud til at omgå egne overenskomster.

En undersøgelse foretaget af Advice for 3F i 2017 viste, at det kun er 51 pct. af kommunerne, som altid bruger arbejdsklausuler på de fem undersøgte områder. Det er ikke godt nok. Et endnu større problem er imidlertid, at kommuner og regioner sjældent kontrollerer om klausulerne overholdes eller har sanktioner over for de virksomheder, som bryder klausulerne. Fx er det næsten 50 pct. af de adspurgte kommuner, som sjældent eller aldrig fører kontrol/tilsyn med leverandørens overholdelse af arbejdsklausuler, jf. førnævnte undersøgelse. Heraf fremgår det også, at det kun er i 20 pct. af de adspurgte kommuner, at byrådet har truffet beslutning om en bevilling, der sikrer løbende kontrol med overholdelse af klausulen.

FH mener derfor, at det skal fremgå direkte af udbudsloven, at offentlige udbud skal indeholde arbejdsklausuler. Derudover bør det sikres, at der bliver ført den nødvendige kontrol med leverandørens overholdelse af arbejdsklausuler, og at manglende overholdelse bliver effektivt sanktioneret.

Kædeansvar har vist sig at være et effektivt middel til at sikre arbejdsklausulers overholdelse. Erfaringerne med dette bør evalueres og muligheden for at udbrede brugen af kædeansvar bør undersøges.

Skærpede krav om egnethed og udelukkelse ift. virksomhedernes samfundsansvar

Det er vigtigt, at der sikres kvalitet i opgaveløsningen og ordentlige løn- og ansættelsesvilkår. Men der er også behov for skærpede krav om egnethed og udelukkelse ift. virksomhedernes samfundsansvar generelt.

Der er i dag fokus på en række helt legitime samfundshensyn i den offentlige drift, som ligger ud over den snævre opgavevaretagelse. Foruden de gængse områder, der kan dækkes af klausuler, er der i dag usikkerhed om anvendelsen af krav om fx "fair skat", klima- og miljøhensyn og andre generelle samfundshensyn. Og tilsvarende er der usikkerhed om mulighed for at udelukke leverandører fra (gen)udbud efter en kontrakt er opsagt på grund af misligholdelse.

Der er derfor behov for grundigt at analysere på muligheder for at skabe mere klarhed om inddragelsen af samfundshensyn ved udbud, herunder muligheder for at stille betingelser, for at udelukke tilbudsgivere og for at ophæve kontrakter ved misligholdelse. Udbudsloven bør

være mere klar og indeholde bedre værktøjer til udelukkelse af virksomheder, der ikke lever op til klausuler og bryder loven eller hvor der er forbindelser til fx hvidvask, organiseret kriminalitet eller menneskehandel. Muligheden for at oprette et nationalt register over virksomheder, som ikke overholder klausuler og lovgivning bør undersøges.

Der bør derfor også evalueres på brugen og effekten af de frivillige udelukkelsesgrunde samt om udbudsloven i tilstrækkelig grad sikrer overholdelse af internationale retningslinjer og konventioner, bl.a. ILO-konventionerne, OECD's Retningslinjer for Multinationale Virksomheder (herunder særligt ift. skat) m.v.

Sikring af kvalitet og innovation i opgaveløsningen

Udbudsloven regulerer de offentlige indkøb, som hvert år udgør omkring 355 mia. kr. En måde at sikre bedre udbud, frem for flere udbud, kan være at lade denne betragtelige sum være med til at fremme udviklingen af nye produkter, der sikrer bedre opgaveløsning og bedre velfærd. Det vil ikke kun være en hjælp for fx den enkelte kommune eller region, men for alle aktører med et lignende behov – i Danmark såvel som i andre lande. Det vil således også bidrage til at fremme udviklingen af innovative virksomheder – til gavn for danske arbejdspladser og eksportkroner.

Det bør derfor undersøges, hvilke barrierer der er for at bruge mulighederne i den eksisterende udbudslov til fulde, og hvordan innovative offentlige indkøb i højere grad kan fremmes.

Endvidere bør det undersøges, hvordan medarbejdernes værdifulde input i højere grad kan inddrages i udbudsprocessen, fx til at få præciseret de konkrete behov til produktet/service samt ift. brug og implementering.

Når et udbud skal vurderes er det altså oplagt at se på innovationspotentialet. Det indebærer også, at der generelt i udbudsloven bør lægges en større vægt på selve kvaliteten i de tilbud der gives. Prisen er naturligvis en vigtig faktor, men for ofte vinder det billigste tilbud uafhængig af tilbuddets kvalitet. Kriteriet "laveste pris" bør derfor ikke vægtes højest.

Det bør undersøges, hvordan udbud generelt påvirker forholdet mellem pris, kvalitet, innovation og arbejdsvilkår ift. de ydelser der leveres.

Kontrolbud og prissætningsregler

Det bør så vidt muligt være en forpligtigelse, at der afgives kontrolbud, når en serviceopgave udbydes. Det bør undersøges, hvilke barriere der evt. er for kontrolbud og hvordan de kan fjernes.

Et kontrolbud er en beregning, der skal sætte udbyder i stand til at kontrollere, om den bedste løsning er den, man selv kan levere, eller om et bud udefra vil være den bedste løsning.

Et kontrolbud bliver afgivet på samme grundlag som et privat bud. Og et kontrolbud vurderes på samme betingelser som et privat bud.

Hvis man leder efter den bedste løsning til den bedste pris, bør man altid tjekke, om den bedste løsning er ens egen. En undersøgelse fra Rådet for Offentlig-Privat Samarbejde har vist, at når kommuner afgiver kontrolbud, så viser det sig i 50 pct. af tilfældene, at kontrolbuddet er bedst i forhold til de opstillede kriterier.

Der har været kritik af, at det offentlige ikke medtager alle udgifter, når der beregnes kontrolbud. Denne kritik er ikke velbegrunderet. Der er allerede helt klare regler for, hvordan kontrolbud skal beregnes – og der er også mulighed for at klage, hvis man mener, at et kontrolbud ikke er beregnet korrekt.

Det vil være problematisk, hvis man kunstigt vil øge prissætningen ved offentlig erhvervsaktivitet, jf. regeringens, S, RV og DF's "Delaftale om fair og lige konkurrence mellem offentlige og private aktører" af 5. april 2018. Heri fremgår det bl.a., at *"prissætningsreglerne i stat, regioner og kommuner så vidt muligt skal ske med afsæt i OECD's anbefalinger til prissætning af offentlige ydelser"*. Disse anbefalinger tager udgangspunkt i, at en prisfastsættelse skal udligne forskellen mellem offentlig og privat prisfastsættelse. Det vil sige, at offentlige opgaver skal indregne tillæg, der svarer til, hvad en privat virksomhed skal betale i virksomhedsskat samt et tillæg, der svarer til et afkast til den private virksomhed.

Der er dog så grundlæggende forskel på offentlige opgavevaretagelse og en privat virksomhed, at det ikke giver mening, at offentlige opgaver skal pålægges kunstige tillæg, når de prisfastsættes.

Regler om et tvungent tillæg af et afkast/fortjeneste bryder med det overordnede princip om omkostningsbaseret prissætning i den offentlige sektor. De store opgaveområder, eksempelvis hele fritvalgsområdet og alle kommunale pris- og omkostningsberegninger ved kontrolbud, samt hele forsyningsområdet er principielt underlagt regler om omkostningsbestemte priser, hvor der netop ikke indregnes et afkast.

På den vis sikres borgerne mest mulig velfærd for deres skatte kroner. Udbud er et redskab, der kan være relevant til at sikre god opgaveløsning og bedre velfærd. Udbud er ikke en målsætning i sig selv, og det skal profit til private aktører heller ikke være.

En eventuel ændring af reglerne om kontrolbud skal derfor foretages på baggrund af en bred og fagligt funderet viden om anvendelsen.

Det er også vigtigt, at der bliver holdt fast i, at hvis kontrolbuddet er det bedste i forhold til udbudsbetingelserne, så betyder det, at udbuddet bliver annulleret og opgaven forbliver i eget regi. Det bør således ikke stilles nye krav om, at det udbudte område via "virksomhedsgørelse" skal indgå en kontrakt med kommunen eller regionen.

"Light-regime" og "reserverede kontrakter"

Ved en evaluering af udbudsloven er der behov for at se kritisk på rammerne for brug af kontrakter reserveret til organisationer om visse tjenesteydelser samt de mere generelle regler for det såkaldte "light-regime".

Ifølge vejledningen om udbudsloven gælder følgende i dag:

"Baggrunden for at indføre light-regimet var, at visse kategorier af tjenesteydelser i kraft af deres natur har en begrænset grænseoverskridende interesse. Det gør sig bl.a. gældende for de tjenesteydelser, der kan betragtes som personlige tjenesteydelser, såsom visse sociale, sundhedsmæssige og uddannelsesmæssige tjenesteydelser. Disse tjenesteydelser leveres i en sammenhæng, der varierer fra medlemsstat til medlemsstat. Der er derfor oprettet en særlig ordning, som kan anvendes i forhold til disse indkøb.

Light-regimets regler er lempeligere end reglerne i udbudslovens afsnit II om offentlige indkøb over tærskelværdien. Ordregiver vælger selv, om det er udbudslovens afsnit II eller reglerne for light-regimet, der skal anvendes."

Ifølge § 190 kan ordregiveren desuden forbeholde retten til at deltage i udbuddet til særlige organisationer (socialøkonomiske virksomheder).

FH er skeptisk over for de muligheder som light regimet giver for ordregiver og om reglerne sikrer ligebehandling og skaber tilstrækkelig gennemsigtighed for tredjemand (bl.a. de berørte medarbejdere og deres organisationer). Efter FH's vurdering er det ofte tilfældigt, om ordregiveren vælger disse regler og hvordan konkurrenceudsættelse i givet fald udmøntes. Denne praksis er så vidt vides ikke evalueret.

Der er umiddelbart behov for at sikre større gennemsigtighed i, hvilke principper og kriterier, der bliver lagt til grund for ordregivers valg af leverandør. Som reglerne er nu, er der risiko for, at der bliver valgt en leverandør med udgangspunkt i ikke-saglige principper.

Samspil med øvrig lovgivning, herunder loven om virksomhedsoverdragelse

Udbudsloven spiller sammen med en række andre love og særlig virksomhedsoverdragelsesloven har stor betydning ved udliciteringer. Dette bør indgå i evalueringen, og muligheden for at skærpe udbudsloven bør undersøges, så det ikke er muligt at unddrage sig reglerne for virksomhedsoverdragelse, fx ved genudbud ligesom der er områder og selskabskonstruktioner, der i dag kan unddrage sig virksomhedsoverdragelsesloven.

Med venlig hilsen

Ejner K. Holst
Næstformand

19. februar 2019

Høringssvar vedr. evaluering af udbudsloven

Erhvervsministeriet har i høring vedrørende evaluering af udbudsloven anmodet om bemærkninger til, om udbudsloven har haft den ønskede effekt i forhold til at sikre effektiv konkurrence og føre til større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lave transaktionsomkostninger for parterne.

Da det er en del af Erhvervsministeriets dagsorden at fremme mere innovative og fleksible udbudsformer, der i sidste ende skal skabe bedre og billigere løsninger og dermed bidrage positivt til vækst dagsordenen, er det også et stort fokusområde for den almene sektor.

I regi af udviklingsforeningen AlmenNet er derfor - med støtte fra Landsbyggefonden og Byggeskedefonden - opstartet et nyt udviklingsprojekt vedrørende "Fleksibel anvendelse af udbudsreglerne". Projektet vil bl.a. udfordre i hvilket omfang kulturen og fortolkningen af udbudsreglerne kan sætte eventuelle begrænsninger for den optimale udbudsproces, behov for regelforenklinger samt undersøge muligheden for langsigtede partnerskabsmodeller.

Formålet med projektet er derfor både en evaluering af, om vi arbejder hensigtsmæssigt inden for de gældende rammer, når der ligeledes skal sikres effektivitet og bedst mulige byggeri, og en undersøgelse af nye muligheder for bl.a. langsigtede aftaler.

BL har derfor på nuværende tidspunkt ikke mulighed for at komme med konkrete bemærkninger til de enkelte dele af loven, men vil, både undervejs i projektet og efter endt evaluering inden årets udgang, kunne bidrage med input fra den almene boligsektor.

BL står til rådighed, såfremt der er behov for en uddybning af ovennævnte og deltager gerne i en videre dialog om evalueringen.

Med venlig hilsen



Bent Madsen