

20. februar 2019

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
ok@kfst.dk

Høringsvar: 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 drifter 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 anskaffelsers 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 - udformer 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 - u hensigtsmæssig. 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 indkøbscentralers 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 klagenævnspraksis 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 ressource tung 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 offentliges forventede efterspørgsel. Metodikken er således ganske ressourcekrævende for både leverandører og ordregivere.

Ofte 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/ydelse 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-cleanings 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