

NOTAT

Dato: 12. marts 2020

Sag: 19/00810-21

Sagsbehandler: /RHN

Udbudsretlige problemstillinger vedrørende COVID-19

De indførte foranstaltninger i forbindelse med COVID-19 indebærer en række udbudsretlige problemstillinger for såvel ordregivere som tilbudsgivere og leverandører. I dette notat beskrives de juridiske rammer for følgende situationer:

- Tilbudsfrister i igangværende udbudsprocedurer
- Ændringsbehov i løbende kontraktforhold
- Akutte behov for indkøb som følge af COVID-19

**KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN**

ERHVERVSMINISTERIET

Tilbudsfrister i igangværende udbudsprocedurer

I henhold til udbudslovens § 93, stk. 3 skal ordregivere fastsætte en frist for modtagelsen af tilbud. Virksomheder kan som følge af COVID-19 opleve udfordringer med at aflevere et tilbud inden for den fastsatte tilbudsfrist.

Ordregivere kan *forlænge tilbudsfrister*, når det er begrundet i varetagelsen af saglige hensyn.

Det fremgår således af § 93, stk. 4, at fristen for modtagelse af tilbud kan forlænges.¹ Som det fremgår af lovbemærkningerne til § 93, stk. 4, skal en forlængelse af tilbudsfristen ske under overholdelse af de EU-retlige principper, herunder proportionalitets- og ligebehandlingsprincippet.

Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering kan konsekvenserne af COVID-19 på forskellige vis udgøre et sagligt grundlag for at forlænge tilbudsfristen.² Eksempelvis kan der være forhold hos ordregiver såsom karantæne eller nødvendig hjemsendelse af medarbejdere, der gør, at udbudsprocessen ikke kan overholde den oprindeligt fastsatte tidsplan. Derudover kan eksempelvis foranstaltningerne i forbindelse med COVID-19 indebære, at der må forventes færre tilbud, såfremt den oprindeligt fastsatte frist opretholdes. Dette kan påvirke konkurrencen negativt. Dermed kan hensyntagen til konkurrencen udgøre et grundlag for at forlænge tilbudsfristen.

Dette underbygges af det forhold, at ordregiveren er forpligtet til at fastsætte en passende tilbudsfrist, hvilket blandt andet har til formål at fremme en effektiv konkurrence.³ Henset til COVID-19 kan der være situationer, hvor tilbudsfristen ikke længere er passende.

¹ Det fremgår også af udbudslovens § 93, stk. 4, at ordregiveren i visse situationer "skal" forlænge fristen. Ingen af disse situationer angår dog forhold, som følger af situationen, der er opstået som følge af COVID-19.

² Det samme gør sig gældende i forhold til ansøgningsfrister ved begrænsede udbudsprocedurer såsom begrænset udbud og udbud med forhandling.

³ Se udbudslovens §§ 57, stk. 1, § 59, stk. 1, § 60, stk. 1, § 63, stk. 1, § 65, stk. 1, § 66, stk. 6, § 68, stk. 4, § 71, stk. 2, § 74, stk. 4, § 76, stk. 1 og § 77, stk. 7.

Konkret vil forlængelsen af tilbudsfristen ske ved et rettelsesbånd til EU's publikationskontor, hvorefter frister angivet i udbudsbekendtgørelsen ændres. Såfremt fristen er angivet i andre dele af udbudsmaterialet, skal ændringen af tilbudsfristen offentliggøres det sted, hvor udbudsmaterialet er offentliggjort.

I henhold til proportionalitetsprincippet skal forlængelsen af tilbudsfristen stå i et rimeligt forhold til det hensyn, som varetages ved forlængelsen. Det betyder, at den nye tilbudsfrist ikke må være længere, end hvad der er nødvendigt for at imødekomme det relevante hensyn. Eksempelvis kan en forlængelse af tilbudsfristen for at sikre en effektiv konkurrence, ikke være længere eller kortere, end den tid, som er nødvendig for potentielle tilbudsgivere til at afgive et tilbud.

Ændringsbehov i løbende kontraktforhold

Foranstaltningerne som følge af COVID-19 kan medføre udfordringer for leverandører i forhold til at levere i henhold til kontrakten. Derudover kan der opstå problemer for ordregivere i forhold til at modtage leverancer.

Som udgangspunkt reguleres ordregivernes og leverandørens pligter af kontrakten. Dog indeholder udbudsloven også en række muligheder for at foretage ændringer i kontrakten.

For det første har ordregivere mulighed for at foretage ændringer i henhold til § 180, hvorefter der kan foretages ændringer, når værdien af ændringen ikke overstiger 10 pct. af den oprindelige værdi for tjenesteydelser og varer og 15 pct. for bygge- og anlægskontrakter. Endvidere må ændringerne ikke overstige tærskelværdierne,⁴ og ændringerne må ikke ændre den overordnede karakter af kontrakten.

Derudover er der i udbudslovens § 183 en adgang til at ændre med op til 50 pct. af den oprindelige kontraktværdi, hvis behovet for ændringen ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver, og kontraktens overordnede karakter ikke ændres.

Betingelsen hvorefter behovet for en ændring ikke kunne forudses er opfyldt, når ordregivere på trods af rimelig og påpasselig forberedelse i den oprindelige udbudsprocedure ikke med rimelighed kunne have forudset de situationer, der nødvendiggør ændringerne.

Det vil være en konkret vurdering, hvorvidt behovet for ændring ikke kunne forudses. I forhold til COVID-19 kan epidemier efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering være en begivenhed, der ikke kunne forudses, hvilket kan medføre et behov for visse ændringer. Det gør sig også gældende i forhold til en udvikling i forhold til beredskabet og andre begivenheder knyttet til COVID-19, og dermed ikke knyttet til selve udbruddet af sygdommen.

⁴ Tærskelværdierne er fastsat i udbudslovens § 6 og opdateres hvert andet år.

Konsekvenserne af COVID-19 kan indebære, at tilbudsfristen i et igangværende udbud forlænges. Det kan betyde, at en igangværende kontrakt udløber, før der kan indgås en ny kontrakt på baggrund af et afsluttet udbud. På baggrund af de foreliggende oplysninger, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at konsekvenserne af COVID-19 kan danne grundlag for en anvendelse af § 183, således kontrakten kan forlænges indtil der foreligger en ny kontrakt. Ændringen skal i denne forbindelse overholde betingelserne i § 183 samt principperne. Blandt andet betyder proportionalitetsprincippet, at forlængelsen af kontrakten ikke kan være længere end nødvendigt, og ændringerne kan alene angå de dele, der er nødvendige for ordregiveren at anskaffe.

Akutte behov for indkøb som følge af COVID-19

Som udgangspunkt skal alle offentlige kontrakter med en værdi, der overstiger tærskelværdierne sendes i udbud, hvilket sker ved offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Dog kan ordregivere i henhold til udbudslovens § 80, stk. 5⁵ foretage indkøb uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, når der opstår et akut behov. I disse situationer vil det være muligt at kontakte en leverandør direkte med henblik på at indgå en kontrakt om levering af varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder, der skal imødekomme det akutte behov.

Udbudslovens § 80, stk. 5 kan anvendes, når følgende betingelser er opfyldt:

1. **Akut behov⁶:** Grundlaget for behovet skal skyldes en akut situation, der nødvendiggør et indkøb, hvorved behovet imødekommes.⁷
2. **Fristerne kan ikke overholdes:** Det akutte behov skal gøre det umuligt at overholde tidsfristerne for en almindelige udbudsprocedure. Det betyder blandt andet, at det ikke er muligt at få behovet opfyldt ved brug af en hasteprocedure, hvor tidsfristerne er kortere end normalt.⁸

⁵ Udbudslovens § 80, stk. 5 er en tekstnær implementering af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 2, litra C.

⁶ I udbudsloven og udbudsdirektivet er akut behov benævnt "tvingende grunde".

⁷ Når der er tale om et akut behov skal indkøbet gennemføres straks. Se i denne forbindelse C-352/12, Consiglio Nazionale degli Ingegneri.

⁸ Ordregivere kan anvende en hasteprocedure henhold til udbudslovens § 57, stk. 5, § 59, stk. 3, § 60, stk. 6, § 63, stk. 2, jf. § 59, stk. 3, og § 65, stk. 2, jf. § 60, stk. 6, hvilket betyder at tidsfristerne kan forkortes til eksempelvis 15 dage for et offentlig udbud jf. § 57, stk. 5. Se i denne forbindelse C-107/92, Kommissionen mod Italien vedr. opførelse af et lavinedige, hvor Kommissionen anførte, at der kunne anvendes hasteproceduren i stedet. EU-Domstolen tiltrådte dette. Det er i denne forbindelse vigtigt, at selvom behovet for et indkøb skyldes ekstraordinære omstændigheder, kan adgangen til at anvende bestemmelsen bortfalde, hvis der går for lang tid fra den ekstraordinære omstændighed til indkøbet foretages. Se i samme retning C-24/91, Kommissionen mod Spanien.

3. **Uforudselige begivenheder:** Denne betingelse indeholder to led. For det første skal der være tale om en sammenhæng mellem de pågældende begivenheder og det akutte behov, således at det akutte behov opstår som følge af de pågældende begivenheder. Dernæst skal begivenhederne være uforudsigelige for ordregiveren. Det vil sige, at begivenhederne ikke må skyldes ordregiverens handlinger, eller på anden måde være mulig at afværge for ordregiveren.
4. **Alene i et strengt nødvendigt omfang:** Endeligt kan der alene foretages indkøb i et strengt nødvendigt omfang. Dette er et udtryk for proportionalitetsprincippet, hvorefter der alene kan foretages de nødvendige indkøb, men ikke foretages yderligere indkøb, der går ud over, hvad der nødvendigt for at imødekomme det akutte behov.⁹

Det fremgår ikke af § 80, stk. 5, hvilke konkrete indkøb, der kan foretages uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse. Dog fremgår det af lovbemærkningerne, at bestemmelsen eksempelvis kan være relevant, hvor *”naturkatastrofer kræver øjeblikkelig handling af hensyn til menneskers liv og sundhed.”*¹⁰

Derudover er der et eksempel fra 2015 vedrørende asylkrisen, der illustrerer muligheden for brug af § 80, stk. 5. I meddelelse af 9. september 2015¹¹ konstaterede Kommissionen, at i mange medlemsstater var antallet af asylansøgere steget markant på forholdsvis kort tid, og generelt kunne ordregivere ikke vide, hvor mange asylansøgere, der skulle hjælpes. Som følge heraf opstod der et akut behov for at foretage indkøb af eksempelvis telte, tæpper, mad og senge.

I forhold til COVID-19 kan epidemier være en begivenhed, der ikke kunne forudses, hvilket kan medføre et akut behov for at foretage visse indkøb. Et akut behov kan også opstå som følge af en udvikling i forhold til beredskabet og andre begivenheder knyttet til COVID-19, og dermed ikke knyttet til selve udbruddet af sygdommen.

Idet udbudsloven indeholder muligheden i § 80, stk. 5, til at foretage indkøb uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, omfatter udbudsloven tilstrækkelige muligheder for ordregivere til at imødegå de akutte behov, som kan opstå som følge af COVID-19. Ordregiveren kan

⁹ Dette betyder i henhold til lovbemærkningerne til § 80, stk. 5, at i det omfang, at en kontrakt opdeles, så kan alene de dele af kontrakten, som det akutte behov er knyttet til friholdes fra offentliggørelse, mens de øvrige dele skal udbydes efter de sædvanlige regler.

¹⁰ I samme retning udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 80.

¹¹ Kommissionens meddelelse COM(2015) 454 til Europa-Parlamentet og Rådet om regler for offentlige udbud i forbindelse med den aktuelle asylkrise.

dog kun anvende muligheden i § 80, stk. 5, når betingelserne herfor er opfyldt.¹² Ordregivere vil derfor i forhold til de enkelte indkøb skulle vurdere, hvorvidt betingelserne i § 80, stk. 5 er opfyldt, herunder om behovet kan imødekommes ved at anvende udbud med en hasteprocedure.

¹² Udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 50 anfører, at der er tale om en undtagelsesbestemmelse. Derfor vil bestemmelsen alene kunne ”anvendes under helt ekstraordinære omstændigheder.”