

NOTAT

Dato: 2. september 2021

**KONKURRENCE- OG
FORBRUGERSTYRELSEN**

Offentlige ordregiveres pligt til anvendelse af elektronisk kommunikation ved miniudbud

ERHVERVSMINISTERIET

I forbindelse med offentlige ordregiveres pligt til at anvende elektroniske kommunikationsmidler, er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at denne pligt ligeledes gælder ved miniudbud, der gennemføres under en rammeaftale. Den juridiske argumentation, som ligger til grund for denne vurdering, fremgår af det følgende. Det skal bemærkes, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen alene udtaler sig vejledende om udbudsreglernes anvendelse.

Problemstillingen

Det fremgår af § 2 i bekendtgørelse om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud¹, at al kommunikationsudveksling i forbindelse med en udbudsprocedure skal ske ved anvendelse af elektroniske kommunikationsmidler. En rammeaftale betegnes imidlertid som en indkøbsmetode, og ikke en udbudsprocedure, jf. udbudslovens² kapitel 8 om indkøbsmetoder. Her er rammeaftaler med genåbning af konkurrencen (miniudbud) også reguleret. Selvom de forskellige indkøbsmetoder ikke er udbudsprocedurer, bliver de indgået enten på baggrund af, eller som led i en udbudsprocedure. Eftersom ordlyden af bekendtgørelsens § 2 henviser til kommunikationsudveksling i forbindelse med en udbudsprocedure og ikke indkøbsmetoder, fremgår det ikke klart, hvorvidt gennemførelsen af miniudbud også er omfattet af pligten til at anvende elektroniske kommunikationsmidler i overensstemmelse med bekendtgørelsen. Denne uklarhed behandles nærmere i det følgende.

Regelgrundlag

Bekendtgørelse om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud finder anvendelse ved indgåelse af kontrakter omfattet af udbudslovens afsnit

¹ Bekendtgørelse nr. 1572 af 30. november 2016 om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse.

² Lov nr. 1564 af 15/12/2015.

II og III, medmindre andet følger af reglerne i udbudsloven, jf. bekendtgørelsens § 1, stk. 1. Bekendtgørelsen implementerer udbudsdirektivets³ artikel 22, og er udstedt med hjemmel i udbudslovens § 194, stk. 1. I henhold til artikel 22, stk. 1, skal medlemsstaterne sikre, at al kommunikation og al informationsudveksling i henhold til direktivet gennemføres ved hjælp af elektroniske kommunikationsmidler.

Udbudsdirektivets artikel 22, stk. 1, litra a)-d), indeholder en række undtagelser til pligten til at anvende elektronisk kommunikation. Disse undtagelser er implementeret i bekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 1-4. Derudover indeholder bekendtgørelsens § 5 en yderligere undtagelse i stk. 1, nr. 5, hvorefter anvendelse af elektroniske kommunikationsmidler kan fraviges af hensyn til fortrolighed.

Idet bekendtgørelsen om elektronisk kommunikation finder anvendelse ”ved indgåelse af kontrakter” omfattet udbudslovens afsnit II og III, er miniudbud vedrørende rammeaftaler, der er reguleret i udbudslovens afsnit II, også omfattet af bekendtgørelsen.

Udbudslovens § 194, stk. 1, giver hjemmel til at fastsætte regler om brug af elektroniske kommunikationsmidler i forbindelse med informationsudveksling i henhold til loven. Af lovforarbejderne til denne bestemmelse fremgår, at ”bekendtgørelsen gennemfører artikel 22 i direktivet fuldt ud, hvorefter al kommunikation skal gennemføres ved hjælp af elektroniske kommunikationsmidler i overensstemmelse med kravene i artikel 22 i udbudsdirektivet”. Det fremgår ligeledes af lovforarbejderne til bestemmelsen, at der ved elektronisk kommunikation forstås ”elektronisk kommunikation i alle faser af en udbudsproces. Det vil sige fra offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen til og med, at de private leverandører har fremsendt deres tilbud”.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering

Bekendtgørelsens henvisning til ”udbudsprocedure” i § 2 har skabt tvivl om anvendelsesområdet. Ved uklarheder mellem nationale og EU-retlige retsakter, og deraf opstået fortolkningstvivl, må der tages udgangspunkt i

³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

EU-retten.⁴ Når der opstår en uklarhed vedrørende forståelsen af ”udbudsprocedure”, må bekendtgørelsen derfor fortolkes i lyset af udbudsdirektivet.

Af artikel 22, stk. 1, fremgår det, at medlemsstaterne skal sikre, at al kommunikation og al informationsudveksling i henhold til direktivet gennemføres ved hjælp af elektroniske kommunikationsmidler. Der er dermed ingen angivelse af, at kravet om anvendelsen af elektronisk kommunikation udelukkende gælder i forbindelse med udbudsprocedurer. Eftersom reglerne om rammeaftaler og miniudbud er indeholdt i direktivet, taler en fortolkning af ”udbudsprocedure” i lyset af direktivet for, at miniudbud omfattes af pligten til at anvende elektroniske kommunikationsmidler.

Af lovforarbejderne fremgår det, at bekendtgørelsen gennemfører artikel 22 i direktivet fuldt ud. Det viser, at der ikke har været tilsigtet en implementering, der afviger fra udbudsdirektivets artikel 22, hvilket understøtter, at bekendtgørelsen skal forstås i lyset af direktivet. Det medfører, at ”udbudsprocedure” må forstås således, at al kommunikation, der angår processen, der leder til tildeling af en kontrakt, er omfattet, hvorved pligten til at anvende elektronisk kommunikation ligeledes gælder ved miniudbud. Såfremt der anlægges mere indskrænkende fortolkning af bekendtgørelsen, vil dette ikke være i tråd med udbudsdirektivets artikel 22, stk. 1, som angår ”al informationsudveksling i henhold til dette direktiv”.

På baggrund af ovennævnte er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at bekendtgørelse om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud i sammenhæng med udbudsdirektivet skal forstås således, at offentlige ordregivere er forpligtede til at anvende elektroniske kommunikationsmidler i overensstemmelse med bekendtgørelsen ved gennemførelsen af miniudbud under en rammeaftale. Henset til ordlyden af og formålet bag udbudsdirektivets artikel 22, må angivelsen af ”udbudsprocedure” i bekendtgørelsens § 2, og ”alle faser af en udbudsproces” i forarbejderne til udbudslovens § 194, stk. 1, forstås således, at de omfatter indkøbsmetoder, og herunder gennemførelsen af miniudbud under en rammeaftale.

⁴ Henset til pligten til EU-konform fortolkning, der først blev fastslået i EU-Domstolens afgørelse C-14/83, Von Colson.