

Evaluering af udbudsloven

Offentliggjort: Maj 2021



KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN

Evaluering af udbudsloven

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby
Tlf.: +45 41 71 50 00
E-mail: kfst@kfst.dk

Online ISBN 978-87-7029-528-4

Rapporten er udarbejdet af
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Indhold

Opsamling.....	6
Kapitel 1	11
Indledning.....	11
1.1 Baggrund for evalueringen.....	11
1.2 Oversigt over en udbudsproces.....	12
1.3 Centrale elementer i udbudsloven fra 2016.....	15
1.4 Den danske implementering af udbudsdirektivet.....	17
1.5 Fremgangsmåde ved evalueringen.....	18
1.6 Temaer i evalueringen.....	19
1.7 Evalueringens opbygning.....	20
Kapitel 2	22
Udbud i Danmark.....	22
2.1 Indledning.....	22
2.2 Ordregivernes erfaringer med udbudsloven.....	22
2.3 De danske udbud.....	24
2.4 Flere ordregivere anvender rammeaftaler.....	25
2.5 Øget adgang til de fleksible udbudsprocedurer.....	28
2.6 Små virksomheders andel af danske EU-udbud.....	29
2.7 Transaktionsomkostninger ved EU-udbud.....	30
2.8 Annullationer af danske EU-udbud.....	33
Kapitel 3	35
Små og mellemstore virksomheders deltagelse i offentlige udbud.....	35
3.1 Indledning.....	35
3.2 Fakta om små virksomheders deltagelse i offentlige udbud.....	36
3.3 Hovedresultater fra analyse af små virksomheders oplevede barrierer ved deltagelse i offentlige udbud.....	42
3.4 Rammerne for SMV'ers deltagelse i offentlige udbud.....	47
3.5 Centrale problemstillinger vedrørende SMV'ers deltagelse i offentlige udbud.....	48
3.5.1 Efterlevelse af "opdel eller forklar"-princippet.....	48
3.5.2 Krav til egnethed.....	59
3.5.3 Dokumentationskrav som barrierer for SMV'er.....	63
3.6 Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker.....	66
Kapitel 4	67
Ændringer i udbudsmaterialet og af den indgåede kontrakt.....	67
4.1 Indledning.....	67
4.2 Praksis hos danske ordregivere.....	68
4.3 Rammerne for ændringer.....	71
4.4 Centrale problemstillinger vedrørende ændringer i udbudsmateriale og kontrakter.....	73

4.4.1	Uklarhed om anvendelsesområdet for reglerne om ændringer i udbudsmaterialet.....	74
4.4.2	Uklarhed om anvendelsesområdet for reglerne om ændringer af kontrakter ..	77
4.5	Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker	81
Kapitel 5		82
De fleksible udbudsprocedurer		82
5.1	Indledning.....	82
5.2	Rammerne for de fleksible udbudsprocedurer	83
5.3	Brugen af fleksible udbudsprocedurer blandt danske ordregivere	84
5.4	Centrale problemstillinger vedrørende de fleksible udbudsprocedurer	90
5.4.1	Mulighed for at ændre udbudsmaterialet i forbindelse med forhandlingsforløbet.....	91
5.4.2	Overgang til udbud med forhandling ved forudgående mislykket udbud	94
5.4.3	Usikkerhed om betingelserne for at anvende de fleksible udbudsprocedurer ..	96
5.4.4	Reduktion af tilbudsgivere tidligt i forhandlingsprocessen	97
5.5	Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker	99
Kapitel 6		100
ESPD og dokumentation		100
6.1	Indledning.....	100
6.2	Rammerne vedrørende ESPD og dokumentation	101
6.3	Centrale problemstillinger vedrørende dokumentation	104
6.3.1	Indhentelse af dokumentation og ESPD.....	104
6.4	Retvisende dokumentation.....	108
6.5	Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker	111
Kapitel 7		112
Rammeaftaler, sortimentsudbud og dynamiske indkøbssystemer		112
7.1	Indledning.....	112
7.2	Hvad er en rammeaftale?.....	113
7.3	Fakta om danske rammeaftaler	115
7.4	Centrale problemstillinger vedrørende rammeaftaler	117
7.4.1	Adgang til at indgå rammeaftaler på mere end fire år	118
7.4.2	Omsætningen på rammeaftaler	122
7.4.3	Sammenhængen mellem udbudslovens § 185, stk. 2, og lov om Klagenævnet for Udbuds § 17, stk. 5	123
7.4.4	Mere fleksible regler for sortimentsudbud	125
7.4.5	Begrundelseskravet i dynamiske indkøbssystemer.....	128
7.5	Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker	133
Kapitel 8		134
Udelukkelse og self-cleaning		134
8.1	Indledning.....	134
8.2	Rammerne vedrørende udelukkelse og self-cleaning	135
8.3	Centrale problemstillinger vedrørende udelukkelse og self-cleaning.....	137
8.3.1	Udvidelse og tydeliggørelse af udelukkelsesgrundene	137
8.3.2	Udvidelse af udelukkelsesperioden og uklarhed om udelukkelsesperioden ved de frivillige udelukkelsesgrunde	142
8.3.3	Self-cleaning.....	142
8.3.4	Anvendelsesområdet for udelukkelsesgrundene i kontraktperioden.....	144
8.4	Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker	147

Kapitel 9	148
Indkøb under tærskelværdierne for EU-udbud	148
9.1 Indledning.....	148
9.2 Praksis vedrørende indkøb under tærskelværdierne.....	149
9.3 Rammerne for indkøb under tærskelværdierne	151
9.4 Central problemstilling vedrørende indkøb under tærskelværdierne	154
9.4.1 Anvendelse af ”tungere” regler i udbudsloven, end hvad der er påkrævet.....	154
9.4.2 Vurderingen af grænseoverskridende interesse	154
9.5 Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker	158
Kapitel 10	159
Samfundsansvar i offentlige udbud	159
10.1 Indledning.....	159
10.1.1 Varetagelse af samfundshensyn i udbudsprocessen.....	160
10.2 De nuværende regler og praksis vedrørende inddragelse af samfundshensyn i forbindelse med udbudsprocedurer.....	160
10.3 Centrale problemstillinger	169
10.3.1 Inddragelse af krav om samfundsansvar ved tildeling af offentlige kontrakter	169
10.3.2 Muligheden for anvendelse af arbejdsmiljøklausuler og arbejdsklausuler....	172
10.3.3 Inddragelse af skattemæssige forhold ved offentlige udbud	177
10.4 Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker	179
Kapitel 11	180
Ændringer af udbudsloven i 2019	180
11.1 Indledning.....	180
11.2 Hovedpunkterne i lov nr. 204 af den 5. marts 2019	180
11.3 Centrale problemstillinger	184
11.3.1 Kravet om fastlæggelse og offentliggørelse af evalueringsmodellen	184
11.3.2 Pligt til at foretage kvalitetsevalueringen uden kendskab til prisevalueringen (det såkaldte ”to-kuvert-system”)	185
11.4 Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker	186
Kapitel 12	187
Øvrige problemstillinger.....	187
12.1 Indledning.....	187
12.2 Annullationer.....	187
12.3 Delkontrakter	194
12.4 Delydelsesreglen.....	195
12.5 Berigtigelse af ansøgninger og tilbud.....	198
12.6 Klagefrister	201
12.7 Aktindsigt.....	205
12.8 Tidsfrister.....	209
12.9 Tekniske specifikationer – angivelse af fabrikatnavne.....	213
12.10 Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker..	216
Appendiks I	218
Beskrivelse af de juridiske rammer for de fleksible udbudsprocedurer	218
Appendiks II	225
Øvrige problemstillinger, som ikke indgår i evaluering af udbudsloven	225
Appendiks III	233
Tekniske og sproglige rettelsesbehov i udbudsloven.....	233

Opsamling

Udbudsloven spiller en væsentlig rolle for ordregivere og tilbudsgivere i Danmark, der hver dag handler med hinanden eller samarbejder om at løse eller udvikle de mange opgaver i den offentlige sektor. Derfor er det vigtigt, at rammerne i udbudsloven er velfungerende. Denne rapport indeholder Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens faglige evaluering af udbudsloven.

Udbudsloven gælder overordnet set, når den offentlige sektor vælger at købe varer, tjenesteydelser og bygge-anlægsopgaver hos private leverandører. Loven regulerer derimod ikke, hvad det offentlige køber ind, eller om en opgave skal løses af det offentlige selv, eller om den skal udliciteres. Det er et politisk valg.

Udbudsreglerne har deres oprindelse i de retlige rammer for EU's Indre Marked. Formålet med reglerne er at sikre ligebehandling og gennemsigtighed og modvirke fx korrupsion, bl.a. med sigte på at åbne for adgangen til de offentlige markeder på tværs af EU's landegrænser. Grundprincipperne i udbudsreglerne, herunder kravene om ligebehandling og gennemsigtighed, flugter samtidig med vores almindelige danske opfattelse af god forvaltningsskik for offentlige myndigheder. De indimellem meget præcise krav til fx procedurer og formalia kan være besværlige, men bidrager til at sikre overholdelse af de grundlæggende principper i alle EU-landene. Det er til gavn for danske virksomheder.

Evalueringen vedrører udbudsloven og dermed implementeringen af udbudsdirektivet.

Der er under evalueringen også fremkommet en række relevante problemstillinger, herunder mulige forbedringsforslag til selve udbudsdirektivet, Lov om Klagenævnet for Udbud og Tilbudsloven. Disse problemstillinger er ikke en del af denne evaluering, men der kan i lyset af høringen være gode grunde til at se nærmere på disse regelsæt også.

Evalueringen er gennemført i tæt dialog med interessenterne på udbudsområdet bl.a. for at sætte fokus på de praktiske erfaringer med udbudsloven, siden den blev implementeret i 2016. Evalueringen blev igangsat med en offentlig høring, der blev afsluttet i februar 2019. Evalueringsrapporten bygger i høj grad på de indkomne høringssvar. Det skal samtidig understreges, at fremstillingen i denne rapport og vurderingerne heri alene er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens ansvar. Rapporten har primært til hensigt at behandle faglige temaer med direkte betydning for udbudsloven med afsæt i en række evalueringskriterier. De mange høringssvar fra den gennemførte offentlige høring kan ses på kfst.dk.

De centrale temaer

Evalueringen og den offentlige høring viser sammenfattende, at den danske udbudslov er forholdsvis velfungerende. Det bliver klart tilkendegivet, at udbudsloven har bidraget betydeligt til at fremme overblikket og forståelsen af udbudsreglerne sammenlignet med situationen, før udbudsloven trådte i kraft, hvor udbudsdirektivet var direkte implementeret via en bekendtgørelse. Endvidere hilses det velkomment, at der med udbudsloven blev introduceret bedre muligheder for at benytte fleksible procedurer, små indkøb blev gjort nemmere, da annonceringspligten for disse indkøb blev fjernet, og at det blev tydeliggjort, at der er vide rammer for dialog med markedet, inden udbuddet påbegyndes.

I kapitel 2, *Udbud i Danmark*, fremgår det bl.a., at op imod 80 procent af ordregiverne er helt eller overvejende enige i, at udbudsloven understøtter muligheden for effektiv konkurrence, og godt 90 procent tilkendegiver, at udbudsloven understøtter ligebehandling af virksomhe-

derne. Dette er nogle af de centrale formål med loven og en stærk indikation af, at lovens overordnede hensyn iagttages i praksis. Det fremgår også, at mange udbud annulleres i Danmark, bl.a. pga. fejl og behov for at foretage ændringer i udbudsmaterialet. Til gengæld er antallet af klager over udbud relativt begrænset sammenlignet med andre nordiske lande.

Endelig fremgår det, at transaktionsomkostningerne som andel af kontraktværdien ved at gennemføre og deltage i udbud er moderate for hovedparten af de offentlige indkøb, men at de formentlig kan nedbringes yderligere, især for mindre indkøb og særligt inden for visse brancher. Dette understreger, at transaktionsomkostninger i forbindelse med offentlige udbud har to sider. På den ene side er de nødvendige for at udarbejde gode og konkurrencedygtige tilbud og for at skabe en velfungerende konkurrence, hvor fx SMV'er får adgang til at byde på opgaverne gennem opdeling af udbuddene. Desuden er de centrale hensyn omkring ligebehandling og gennemsigtighed vanskelige at efterleve, uden at det medfører visse administrative byrder. På den anden side er der unødvendige transaktionsomkostninger, som kan nedbringes, bl.a. ved at se på, om reglerne kan gøres klarere og anvendes bedre.

Kapitel 3, *SMV'ers deltagelse i offentlige udbud*, viser, at langt størstedelen af de danske virksomheder er små eller mellemstore virksomheder. SMV'ernes deltagelse i de offentlige udbud er en vigtig forudsætning for en god konkurrence om opgaverne og gode vækstvilkår for virksomhederne. Derfor indeholder den danske udbudslov og det bagvedliggende udbudsdirektiv en række muligheder for at sikre, at SMV'er har gode betingelser for at deltage i offentlige udbud. Det er fx muligt at reservere pladser til SMV'er ved udvælgelsen, og der er forbud mod at stille omsætningskrav til tilbudsgiverne, som overstiger kontraktværdien med mere end en faktor to. Der er også et krav om at opdele kontrakter eller forklare, hvorfor det ikke er sket. Efterlevelsen af "opdel eller forklar"-princippet har været stigende siden indførelsen i 2016.

Der er rejst flere forslag om at forbedre SMV'ers adgang yderligere ved fx at skærpe kravene til opdeling af kontrakter i mindre dele eller fjerne muligheden for, at ordregivere kan kræve solidarisk hæftelse fra tilbudsgiverne. Endelig er det også foreslået, at det skal være lettere for nystartede virksomheder at få adgang til udbud. Der kan være gode grunde til at overveje sådanne ændringer af SMV-vilkårene i udbud, men fordelene herved skal afvejes over for bl.a. transaktionsomkostninger m.v. for ordregiverne. Analysen viser, at danske SMV'er i dag er forholdsvis godt repræsenteret i de offentlige udbud. Det må samtidig antages, at SMV-andelen af vundne udbud under EU-tærskelværdierne er endnu større end deres vinderandel over disse grænser. Samlet set tegner evalueringen et forholdsvis positivt billede af den danske SMV-deltagelse i offentlige udbud.

I kapitel 4, *Muligheden for at foretage ændringer*, behandles en række forslag, der går ud på at øge eller tydeliggøre mulighederne for, at ordregiver kan ændre i udbudsmaterialet, efter at udbuddet er offentliggjort, eller i kontrakten, efter at den er indgået. Det er et vigtigt tema, da der ofte er behov for at ændre stort eller småt i materialet, fx på grund af fejl eller uklarheder. Udbudsreglerne begrænser adgangen til at foretage ændringer i materialet eller kontrakten for at sikre gennemsigtighed og ligebehandling. Det er således ikke lovligt at foretage såkaldte *grundlæggende ændringer* i et udbud (eller i kontrakten). Andre og mindre ændringer kan godt foretages. Grundlæggende ændringer er kendetegnet ved, at andre tilbudsgivere kunne tænkes at have budt ind på opgaven, hvis ændringen havde været kendt fra start. Det afspejler, at grundlæggende ændringer potentielt kan underminere hele idéen med udbudsreglerne. Den centrale udfordring er her, at det kan være forbundet med en usikkerhed at foretage de konkrete vurderinger af, om en ændring er af en sådan grundlæggende karakter og derfor ikke tilladelig uden et nyt udbud. Evalueringen viser samlet set, at de danske ordregivere i vidt omfang benytter adgangen til at foretage ændringer i udbudsmaterialet, og at reglerne i Danmark harmonerer med den praksis, der er anlagt ved EU-domstolen.

I kapitel 5, *De fleksible udbudsprocedurer*, evalueres de forslag og bestemmelser i udbudsloven, som vedrører de procedurer, der giver mulighed for dialog og forhandling. Adgangen til at anvende de fleksible udbudsprocedurer, udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog

blev udvidet væsentligt ved seneste direktivændring. Det har både ordregivere og tilbudsgivere taget vel imod, og procedurerne bruges samlet set i højere grad end tidligere. De forslag, der er fremsat i høringen, går også primært ud på at øge muligheden for at benytte – eller lade bruge af – en fleksibel procedure. Evalueringen viser, at de danske regler i vidt omfang udnytter den fleksibilitet, der følger af EU-retten, men der er samtidig fremkommet forslag, som formentlig vil kunne gennemføres i udbudsloven eller udbudsdirektivet, og som kan øge fleksibiliteten i de fleksible procedurer yderligere. Det gælder fx muligheden for at tillade frasortering af tydeligt ukvalificerede tilbudsgivere, inden der indledes forhandlinger. Samlet set er det indtrykket, at de fleksible procedurer fungerer godt og nyder voksende udbredelse.

ESPD (European Single Procurement Document) og dokumentation er det tema i evalueringen, der har givet anledning til flest høringssvar og forslag. Disse belyses i kapitel 6. ESPD er oprindeligt tænkt som en standardiseret og enkel metode for ansøgere og tilbudsgivere til at afgive de oplysninger, som ordregiver kræver. Det har ikke fungeret efter hensigten, særligt ikke i starten, og har givet anledning til omkostninger hos både ordregivere og tilbudsgivere siden indførelsen. Formålet med ESPD og den efterfølgende dokumentation af indholdet er imidlertid centralt i udbudsretten. Det skal sikre, at der ikke tildeles offentlige opgaver til tilbudsgivere, der fx har begået alvorlige lovovertrædelser eller forsømmelser, eller som er økonomisk eller teknisk uegnede til at løse opgaven. Evalueringen har vist, at der stadig er udfordringer med selve ESPD'et, fx manglende mulighed for datagenbrug m.v. De største udfordringer ses imidlertid i forhold til indhentelse og verifikation af dokumentation for ESPD'ets indhold. Det gælder særligt dokumentation fra udenlandske tilbudsgivere, da den danske Serviceattest har lettet dokumentationsbyrden betydeligt for danske tilbudsgivere. Evalueringen viser, at der er et begrænset juridisk rum for ændringer på dette område, men samtidig et betydeligt potentiale for at nedbringe transaktionsomkostningerne i udbud, fx gennem tekniske løsninger og datagenbrug.

I Danmark spiller rammeaftaler en stor rolle. De udgør ca. hvert andet EU-udbud. Denne særlige indkøbsform belyses nærmere i kapitel 7, *Rammeaftaler, sortimentsudbud og dynamiske indkøbssystemer*. En rammeaftale er en offentlig kontrakt, der udgør en løbende aftale mellem en eller flere ordregivere på den ene side og en eller flere leverandører på den anden. Et stort flertal af de danske rammeaftaler indgås med kun en leverandør (godt 85 procent), mens godt 8 procent indgås med mere end to leverandører. Sidstnævnte dækker bl.a. over store landsdækkende rammeaftaler udbudt af fx Statens og Kommunernes Indkøbscentral. Brugen af rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer kan medvirke til at smidiggøre indkøb og holde omkostningerne nede, bl.a. ved at udnytte stordriftsfordele, men kan omvendt begrænse konkurrencen i aftalens løbetid.

Mange af de indkomne forslag i høringen kredser om at effektivisere brugen af rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer samt at skabe større juridisk sikkerhed for både udbyderne og brugerne af rammeaftalerne og de dynamiske indkøbssystemer. Det er fx foreslået at indføre bedre mulighed for at opdatere eller udskifte elementer i sortimentsudbud, så udgåede varer kan erstattes, og nye produkter kan introduceres. Det er også foreslået at smidiggøre brugen af dynamiske indkøbssystemer. Sidstnævnte giver EU-direktivet visse muligheder for, men derudover er de juridiske muligheder for at imødekomme forslagene inden for de nuværende EU-retlige rammer begrænsede. Der er fx ikke fundet juridisk grundlag for at behandle store, ofte komplekse udbud som sortimentsudbud retligt anderledes end andre udbud. Samlet set tyder den udbredte anvendelse af rammeaftaler på, at det er et attraktivt alternativ til løbende udbud for mange ydelser.

I kapitel 8, *Udelukkelse og self-cleaning*, behandles de dele af udbudsloven, som har til formål at sikre, at der ikke tildeles offentlige kontrakter til tilbudsgivere, der i lovens forstand er upålidelige. En tilbudsgiver er fx upålidelig, hvis den pågældende er dømt for korruption, skattevig eller kartelvirksomhed. Inden udelukkelse fra et udbud skal en tilbudsgiver dog gives mu-

lighed for at dokumentere sin pålidelighed (self-cleane), fx ved at foretage organisatoriske ændringer, have betalt eventuel erstatning osv. Det er i dag den enkelte ordregiver, der vurderer, om tilbudsgiveren igen er pålidelig og dermed kan deltage i udbuddet.

Der er fremført forslag, som har til formål at skabe en mere enkel og forudsigelig proces for udelukkelse og self-cleaning. De juridiske rammer for at ændre udbudsloven på dette område er ganske vide. Direktivet fastsætter maksimalperioder for udelukkelse, men der er relativ stor fleksibilitet i forhold til, hvordan medlemslandene kan vælge at organisere og regulere processerne omkring udelukkelse og self-cleaning. Der er fx frihed til at beslutte, om det skal være den enkelte ordregiver eller en central myndighed, som foretager vurderingen af, om en virksomhed igen anses for at være pålidelig. En centraliseret vurdering kan evt. medføre en mere ensartet praksis og større ekspertise i arbejdet med at foretage self-cleaning.

De danske regler for små offentlige indkøb under tærskelværdierne for EU-udbud er i høringen blevet fremhævet som et positivt element ved udbudsloven i 2016. Dette tema behandles i kapitel 9, *Indkøb under tærskelværdierne for EU-udbud*. Udbudsloven forenkler reglerne omkring de mindre indkøb, og der blev i stedet indført et markedsprincip. I dag gælder således for de indkøb under tærskelværdierne, som ikke har klar grænseoverskridende interesse, at de skal ske efter de almindelige forvaltningsretlige regler, herunder på markedsvilkår – og at indkøbet ikke skal annonceres på udbud.dk. Der annonceres derfor i dag væsentligt færre indkøb på udbud.dk end før regelændringen. Det medfører isoleret færre transaktionsomkostninger for ordregiver, men kan som en mulig negativ bivirkning reducere kendskabet og adgangen til opgaverne og dermed have svækket konkurrencen.

Hvis et indkøb under tærskelværdierne har klar grænseoverskridende interesse, skal det annonceres på udbud.dk. Det følger således af udbudsloven og EU-Domstolens praksis, at der gælder særlige krav, hvis et indkøb under tærskelværdierne har klar grænseoverskridende interesse, da det så er omfattet af EUF-Traktaten og dermed af krav om en passende grad af offentlighed. I udbudsloven er det netop sikret ved krav om annoncering. Det betyder, at der i forbindelse med disse køb skal foretages en konkret vurdering af, om der er klar grænseoverskridende interesse (eller, alternativt, at købet under alle omstændigheder annonceres). Det er under høringen fremhævet, at det kan være relativt omkostningstungt at vurdere, om et indkøb med lav kontraktværdi har klar grænseoverskridende interesse og det således bør overvejes at indføre en bagatelgrænse, således at vurderingen ikke skal foretages for indkøb under et vist beløb. Det er imidlertid klart vurderingen med afsæt i EU-Domstolens praksis, at der ikke kan indføres en sådan generel bagatelgrænse. Derimod er der givetvis mulighed for at fastsætte fx lokale retningslinjer for vurderingen, ligesom de administrative omkostninger ved annoncering muligvis kan nedbringes for små indkøb.

I kapitel 10, *Samfundsansvar i offentlige udbud*, belyses en række udbudsmæssige problemstillinger, som vedrører mere overordnede samfundshensyn. Det omfatter bl.a. udbudslovens regulering af brugen af krav til arbejdsmiljø, miljømærker, arbejds-klausuler, lærlingeklausuler, skatteklausuler og lignende hensyn i udbud. Som udgangspunkt er der i udbudsloven ganske vide rammer for at forfølge en række samfundshensyn, fx via en generel indkøbspolitik, som retter sig mod ordregivernes adfærd. Princippet i udbudsloven og i EU-retten er således, at der kan stilles krav til tilbudsgiverne, men de skal være tæt knyttet til det konkrete køb – dvs. til kontraktens genstand. Det betyder, at der fx kan stilles krav om, at en konkret opgave skal udføres på en særlig klimavenlig måde, eller at de medarbejdere, som udfører opgaven på dansk grund, skal omfattes af en særlig beskyttelse osv. Desuden er der en række muligheder for at udelukke virksomheder fra udbud, hvis de er omfattet af den relativt lange række af udelukkelsesgrunde, som fremgår af og kan aktiveres inden for rammerne af udbudsloven. Omvendt kan der ikke stilles krav til virksomheders generelle politik (og som ikke vedrører kontraktens genstand), så længe virksomheden efterlever reglerne og i øvrigt ikke er omfattet af de nævnte udelukkelsesgrunde.

Udbudsretten begrænser ikke medlemslandenes mulighed for at stille generelle krav ved lov, aftaler m.v., som skal efterleves i Danmark, fx i skattelovgivning, arbejdsmiljøbeskyttelsen, produktsikkerhedsreglerne m.v. I forbindelse med høringen er der fremsat forskellige forslag, som har til formål at fremme samfundsansvar i udbud, herunder øget brug af arbejdsklausuler, skatteklausuler m.v. Sådanne klausuler er i dag lovlige at benytte i udbud, såfremt de er knyttet til kontraktens genstand. Der skal således hver gang foretages en konkret vurdering af, om et krav er knyttet til den pågældende kontrakts genstand.

I kapitel 11, *Ændringer af udbudsloven i 2019*, behandles de to ændringer af udbudsloven, der er vedtaget af Folketinget i 2019. Den første ændring, der blev vedtaget i marts 2019, indførte pligt til at fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet. Herudover indførte loven pligt til for visse meget store udbud at foretage evalueringen af de indkomne tilbuds kvalitet uden forudgående kendskab til tilbuddenes pris, det vil sige et såkaldt "to-kuvert-system". Den anden lovændring blev vedtaget i november 2019 med det formål at bringe dansk ret i overensstemmelse med direktivet, efter at Danmark havde modtaget en åbningsskrivelse fra EU-Kommissionen. Erfaringerne med de vedtagne regelændringer i 2019 er endnu meget begrænsede.

I evalueringens afsluttende kapitel 12, *Øvrige problemstillinger*, behandles en række konkrete forslag fra høringen m.v., som ikke hører naturligt hjemme under de øvrige temaer. Nogle af forslagene er fx rettet mod at nedbringe antallet af annullerede udbud i Danmark, som ligger på et relativt højt niveau. Blandt de berørte emner er visse elementer ved klagesystemet på udbudsområdet, aktindsigt i udbud, brug af fabrikatnavne samt muligheden for at foretage berigtigelse af oplysninger i tilbud m.v.

Samlet set har udbudsloven bidraget til at skabe mere klarhed over udbudsreglerne, hvilket var et af hovedformålene forud for dens vedtagelse. Evalueringen, international forskning og EU-Kommissionens implementeringskontrol (jf. afsnit 1.5) efterlader desuden det samlede indtryk, at de muligheder, der er for fleksibilitet inden for udbudsdirektivet og EU-Domstolens praksis, i vidt omfang er udnyttet i den danske udbudslov. I evalueringen er der dog fundet grundlag og muligheder for at styrke udbudsloven yderligere på flere konkrete områder. Det drejer sig om både mindre tekniske ændringer med det formål at smidiggøre processerne, såvel som enkelte potentielle større ændringer, der kan fremme formålene bag reglerne.

Kapitel 1

Indledning

1.1 Baggrund for evalueringen

Folketinget vedtog udbudsloven den 19. november 2015. Med vedtagelsen af udbudsloven fik Danmark for første gang en samlet dansk lov, som implementerede de fælles EU-regler i udbudsdirektivet. Det blev i forbindelse med lovens behandling besluttet, at den skulle evalueres af Erhvervs- og Vækstministeriet (nu Erhvervsministeriet) i 2020.¹

Formålet med udbudsdirektivet er grundlæggende at sikre, at tildeling af offentlige kontrakter i EU sker i overensstemmelse med traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) og navnlig med bestemmelserne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser. Med andre ord er formålet at sikre et velfungerende indre marked, også når det kommer til indkøb fra offentlige ordregivere.

Fra traktatens grundlæggende bestemmelser følger fem centrale principper, som offentlige indkøb skal leve op til:

- » Ligebehandling.
- » Ikkeforskelsbehandling.
- » Gensidig anerkendelse.
- » Proportionalitet.
- » Gennemsigtighed.

Disse principper fungerer bl.a. som et værn mod korrupsion, nepotisme og national protektionisme, så danske virksomheder ikke diskrimineres i andre EU-lande og omvendt.

På den baggrund indeholder udbudsdirektivet en række processuelle regler, som beskriver, *hvordan* det offentlige skal købe ind, således at disse centrale principper er overholdt. Udbudsdirektivet indeholder derimod ingen krav til, hvordan medlemslandene organiserer deres offentlige sektorer. Der er ikke i udbudsreglerne pligt til hverken at udbyde eller udlicitere offentlige opgaver eller indholds krav til, hvad der konkret må købes.

De juridiske rammer for den danske udbudslov er således udbudsdirektivet, Traktaten og den praksis, der er skabt i en række domme fra EU-Domstolen. De rammer kan ikke fraviges i dansk ret, men de kan i visse tilfælde præciseres og tydeliggøres, og direktivet giver også medlemslandene en række valgmuligheder med hensyn til den nationale implementering.

I 2013 og 2014 udarbejdede *Udbudslovsudvalget*² en rapport med forslag til dansk implementering af udbudsdirektivet i dansk lov i stedet for – som hidtil – at implementere direktivet direkte ved bekendtgørelse. Hensigten med at gennemføre udbudsdirektivet ved lov i Danmark

¹ Jf. betænkning afgivet af Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget den 12. november 2015.

² Rapport fra Udvalg om dansk udbudslovgivning, december 2014.

var, at man dermed i struktur og bemærkninger kunne skabe et mere *klart, enkelt og fleksibelt* regelsæt, som fortsat sikrede overholdelse af EU-retten og de heraf afledte principper.

Med et mere *klart* regelsæt skal forstås, at den nye udbudslov skulle øge den juridiske sikkerhed for regelforståelsen i Danmark. Et mere *enkelt* regelsæt sigtede på, at en samlet lov med tilhørende lovbemærkninger skulle sammenfatte regler, der tidligere var beskrevet i henholdsvis direktiv, bekendtgørelse, vejledninger og retspraksis. Endelig skal målet om et *fleksibelt* regelsæt forstås bredt, således at udbudsloven både skal udnytte den juridiske fleksibilitet, der er i udbudsdirektivet til at træffe de valg, der giver bedst mening i Danmark, samt i videst muligt omfang at understøtte de skønsbeføjelser, der er tillagt ordregiverne under udbudsprocesserne.

Udbudslovsudvalgets forslag til lov blev (med få undtagelser) vedtaget af et bredt flertal i Folketinget herunder udvalgets anbefalinger om de bestemmelser, hvor medlemslandene har mulighed for at træffe egne valg. Det gælder fx, om visse udelukkelsesgrunde skal være frivillige eller obligatoriske, og om udelukkelsesperioden for de obligatoriske grunde skal være tre, fire eller fem år.

Udbudslovsudvalget var bredt sammensat af repræsentanter fra ordregivere, tilbudsgivere og rådgivere samt medarbejderrepræsentanter. Anbefalingerne fra udvalget var samlet set udtryk for et bredt forankret kompromis, hvor alle interesser var afspejlet.

Denne brede opbakning til udbudsloven er også kommet til udtryk i den høring, der er gennemført i forbindelse med denne evaluering, hvor et meget stort flertal af høringsparterne har udtrykt, at loven markerer et klart fremskridt i forhold til den tidligere regulering. Høringen giver det generelle indtryk, at loven i vidt omfang har virket efter hensigterne. De problemstillinger, som er rejst under høringen, vedrører således delelementer i loven og ikke loven som helhed.

1.2 Oversigt over en udbudsproces

Som nævnt indeholder udbudsloven en række processuelle regler for, hvordan det offentlige skal købe ind. Der er tre forhold, som afgør, om et køb er omfattet af lovens bestemmelser om almindelige EU-udbud³:

- » Indkøbet skal foretages af en *ordregiver*, som er forpligtet til at følge udbudsregler i medfør af udbudsloven.
- » Som udgangspunkt er indkøb af varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder omfattet af loven. Der er dog en række kontrakter, som er undtaget fra reglerne, og kontrakter, som er omfattet af light-regimet. Ordregiver skal derfor vurdere, hvorvidt det konkrete indkøb er omfattet af lovens hovedregel, af light-regimet eller kan undtages.
- » Værdien af det konkrete indkøb er afgørende for, om der er udbudspligt. Kontrakter, som overstiger den relevante tærskelværdi i udbudsloven, er udbudspligtige. Kontrakter under tærskelværdierne er i stedet omfattet af mere fleksible regler for mindre indkøb, som behandles i kapitel 9.

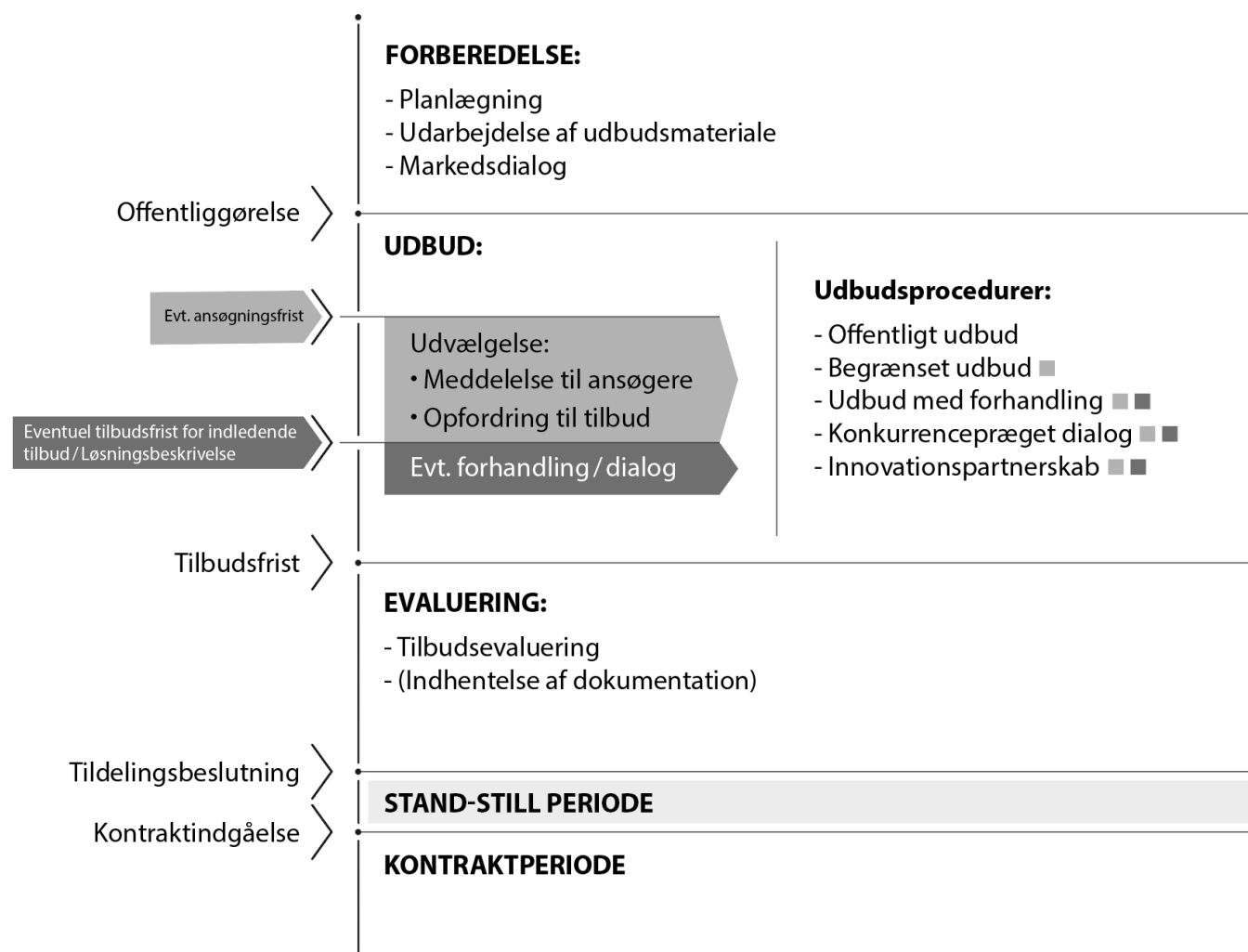
³ Dvs. udbudslovens afsnit II.

Udbudsprocessen overordnet deles op i følgende fire trin:

- » Forberedelse.
- » Udbud.
- » Evaluering.
- » Kontrakt.

De forskellige trin er skitseret i *figur 1.1* og gennemgås nærmere nedenfor.

Figur 1.1 Udbudsproces efter udbudsloven



Trin 1: Forberedelse af udbuddet

Inden gennemførelse af udbuddet skal ordregiverne udarbejde det udbudsmateriale, som skal danne grundlag for udbuddet. Ordregiveren skal i forbindelse hermed overveje, hvilken udbudsprocedure der skal anvendes, krav til kontraktens udførelse, betingelser for deltagelse i udbuddet m.v.

Ordregiveren har i forbindelse med forberedelsen af udbuddet en vid adgang til at indgå i dialog med markedet.

Trin 2: Udbud

Den konkrete udbudsproces afhænger af, hvilken af lovens udbudsprocedurer der vælges. Ordregiverne har mulighed for at vælge procedurerne "Offentligt udbud" og "Begrænset udbud". I disse procedurer er der ikke adgang til at forhandle med tilbudsgiverne.

Derudover har ordregiverne mulighed for at anvende de såkaldte fleksible udbudsprocedurer "Udbud med forhandling", "Konkurrencepræget dialog" og "Innovationspartnerskaber", når nogle nærmere betingelser er opfyldt. Disse procedurer giver adgang til forhandling/dialog med tilbudsgiverne. De fleksible udbudsprocedurer er nærmere beskrevet i kapitel 5 og appendiks I.

Udbuddet starter normalt med offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse. Hele udbudsmaterialet skal som klart udgangspunkt offentliggøres samtidigt med bekendtgørelsen.

Herefter afhænger processen af udbudsformen. I proceduren "Offentligt udbud" kan alle interesserede virksomheder afgive tilbud inden for den fastsatte tilbudsfrist. Offentlige udbud er derfor den procedureform, der umiddelbart giver den bredeste adgang til at deltage i udbuddet og konkurrere om opgaven.

I proceduren "Begrænset udbud" er udbuddet delt op i to faser: en ansøgnings- og en tilbudsfasen. Enhver virksomhed kan deltage i ansøgningsfasen, men kun de udvalgte ansøgere vil blive inviteret til at afgive tilbud. Denne udbudsform vil (afhængig af udvælgelseskriterier) indskrænke konkurrencefeltet, men kan også nedbringe transaktionsomkostningerne i de tilfælde, hvor der ellers kunne forventes et stort antal tilbud.

Ansøgnings- og tilbudsfasen er tidsmæssigt adskilte, og der skal fastsættes både en ansøgningsfrist og en tilbudsfrist.

Ved begrænset udbud skal ordregiver tage stilling til, hvor mange ansøgere man vil udvælge og opfordre til at give et egentligt tilbud. Dette skal angives i udbudsbekendtgørelsen. Der skal som udgangspunkt udvælgelse mindst fem ansøgere. Ordregiveren foretager udvælgelsen på baggrund af de kriterier, som er fastsat i udbudsbekendtgørelsen. Ordregiveren skal underrette alle de deltagende ansøgere om sin beslutning vedrørende udvælgelse.

De udvalgte ansøgere bliver opfordret til at afgive tilbud inden for den fastsatte tilbudsfrist. Det er således kun de udvalgte ansøgere, som bruger ressourcer på udarbejdelse af et endeligt tilbud.

De fleksible udbudsprocedurer følger processen for begrænset udbud indtil tilbudsfristen. I stedet for udarbejdelse af endeligt tilbud afgiver tilbudsgiverne i de fleksible procedurer et indledende tilbud/løsningsforslag. På baggrund af disse tilbud/forslag gennemføres herefter forhandlinger/dialog med tilbudsgiverne. Efter eventuelt flere forhandlingsrunder og flere indledende tilbud indleveres et endeligt tilbud.

Trin 3: Evaluering

Efter modtagelse af tilbud (endelige tilbud i fleksible udbudsprocedurer) foretager ordregiveren evaluering af tilbuddene på baggrund af den oplyste evalueringsmetode.

Når ordregiveren har fundet den tilbudsgiver, som har vundet kontrakten, skal ordregiveren indhente endelig dokumentation for vedkommendes egnethed, ikke-udelukkelse og evt. udvælgelse. Regler for indhentelse af dokumentation fremgår nærmere af kapitel 6.

Ordregiveren skal underrette alle de berørte tilbudsgivere om sin beslutning vedrørende tildeling af kontrakt. Ordregiver må herefter ikke indgå kontrakt i 10 dage efter underretningen (såkaldt stand-still periode). Formålet med denne periode er at sikre effektiv håndhævelse af udbudsreglerne, således at forbigåede tilbudsgivere har mulighed for at klage over udbuddet, inden kontrakten bliver indgået.

Trin 4: Kontraktperiode

Efter stand-still perioden kan ordregiveren indgå kontrakt om den påtænkte anskaffelse med den vindende tilbudsgiver. Udbudsreglerne indeholder visse begrænsninger i adgangen til at foretage ændringer i den indgåede kontrakt. Formålet med disse regler er at værne om den konkurrence, der lå forud for kontraktindgåelsen. Reglerne om ændringer af kontrakter gennemgås i kapitel 4.

1.3 Centrale elementer i udbudsloven fra 2016

Med udbudsloven, der trådte i kraft 1. januar 2016, skete en række nyskabelser, der havde til formål at sikre mere klare og fleksible regler samt bidrage til at undgå unødvendige transaktionsomkostninger. Loven er ændret to gange siden 2016. Disse ændringer gennemgås nærmere i kapitel 11.

I forbindelse med den høring, som blev foretaget forud for vedtagelsen af udbudsloven, blev følgende elementer i udbudsloven fremhævet:

Fleksible procedurer: Udbudsloven udvider adgangen til de fleksible udbudsprocedurer for konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling. Det er endvidere tydeliggjort, hvad disse procedurer indebærer, og hvornår de kan anvendes.

Innovationspartnerskaber: Udbudsloven giver mulighed for at benytte en ny udbudsprocedure til innovative indkøb kaldet innovationspartnerskaber. Denne udbudsprocedure giver mulighed for at indgå en eller flere længerevarende partnerskabskontrakter med henblik på at udvikle et produkt eller en ydelse og understøtter dermed innovation.

Dialog: Udbudsloven understøtter dialog i de udbud, der gennemføres efter procedurerne for offentligt og begrænset udbud. Dialogen understøttes ved, at det i loven gøres klarere, at offentlige ordregivere kan gennemføre indledende markedsundersøgelser og ved at gøre det klarere, hvordan ordregivere kan rådføre sig med økonomiske aktører, der er potentielle tilbudsgivere, uden at disse udelukkes fra det efterfølgende udbud.

Gennemsigtighed i tilbudsevalueringen: Udbudsloven indebærer et krav om, at en ordregiver på forhånd i udbudsmaterialet skal beskrive den valgte evalueringsmetode samt beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen.⁴

Kortere tidsfrister: Udbudsloven giver mulighed for at gøre brug af kortere minimumstidsfrister, end der tidligere er anvendt.

⁴ Dette krav blev præciseret af Folketinget i 2019.

Tidlig offentliggørelse: Udbudsloven indebærer, at ordregiver fremover skal offentliggøre udbudsmaterialet samtidig med udbudsbekendtgørelsen. Det betyder, at offentlige ordregivere tidligere skal fastlægge kravspecifikationer og lignende, men også at de økonomiske aktører har et bedre grundlag for at vurdere, om de ønsker at deltage i udbuddet.

Rammeaftaler: Udbudsloven indeholder bestemmelser, der udtrykkeligt tager stilling til de forhold, der tidligere har givet anledning til tvivl i forbindelse med rammeaftaler. Det fremgår bl.a. af loven, at samme rammeaftale under visse betingelser kan tillade både direkte tildeling og miniudbud, at en ordregiver kan indgå eller anvende flere rammeaftaler med et sammenfaldende sortiment, samt at der på grundlag af en rammeaftale kan indgås kontrakter, der kan have karakter af at være løbende forhold, også kaldet periodekøbskontrakter. Derudover indeholder udbudsloven bestemmelser, der fastlægger en klar ansvarsfordeling mellem indkøbscentraler og brugere heraf.

Ændringer af kontrakter: Udbudsloven indeholder bestemmelser, der regulerer forholdene vedrørende kontraktændringer. Loven giver fx større fleksibilitet til at foretage ændringer af en indgået kontrakt, end hvad opfattelsen har været tidligere (før udbudsloven). Samtidig skabte loven klarhed om mulighederne for at foretage ændringer.

Små og mellemstore virksomheder: Udbudsloven indebærer forbedringer for små og mellemstore virksomheders mulighed for at deltage, når det offentlige sender opgaver i udbud. Offentlige ordregivere skal i forbindelse med udbud fx overveje, om opgaven med fordel kan opdeles i mindre dele, ligesom der indføres en pligt for ordregivere til at begrunde, hvorfor et konkret udbud ikke deles op. Derudover må ordregivere som udgangspunkt ikke stille større krav til virksomhedernes minimale årsomsætning end det dobbelte af kontraktens værdi.

Underentrepriser: Udbudsloven indebærer, at ordregiver kan bede om at få oplyst, om en hovedleverandør forventer at få en underleverandør til at udføre dele af opgaven. Loven understøtter også tilsyn med, om underleverandører overholder sociale, miljømæssige og arbejdsmæssige regler, idet ordregivere fx kan vælge at udelukke en underleverandør, der ikke har overholdt gældende forpligtelser inden for det miljø, social og arbejdsretlige område.

Enklere dokumentation: Udbudsloven indebærer, at tilbudsgivere skal anvende det fælles europæiske udbudsdokument som foreløbig dokumentation (ESPD). Det vil som udgangspunkt kun være den vindende tilbudsgiver, der skal fremsende fuld dokumentation.

Særlig indkøbsordning for sociale tjenesteydelser (light-regimet): Med udbudsloven indføres en særlig ordning for en række sociale og andre specifikke tjenesteydelser, og loven giver ordregivere en større fleksibilitet i forbindelse med denne type indkøb.

Enklere regler for indkøb under tærskelværdien uden klar grænseoverskridende interesse: Udbudsloven indeholder nye regler for indkøb af varer og tjenesteydelser under EU's tærskelværdi uden grænseoverskridende interesse. Disse indkøb var før udbudslovens ikrafttrædelse som udgangspunkt reguleret i tilbudslovens afsnit II. Udbudsloven indebærer, at annonceringspligten erstattes af simple regler om, at ordregiver i forbindelse med indkøb af varer og tjenesteydelser under tærskelværdien og uden grænseoverskridende interesse skal sikre sig, at købet foregår på markedsmæssige vilkår.

Enklere regler for indkøb under tærskelværdien med klar grænseoverskridende interesse: Udbudsloven indebærer et nyt enkelt regelsæt for indkøb af varer og tjenesteydelser under tærskelværdien, der har klar grænseoverskridende interesse. De nye regler giver ordregiver øget fleksibilitet i forbindelse med mindre indkøb, da der nu kun undtagelsesvist skal annonceres (i de tilfælde, hvor indkøbet vurderes at have klar grænseoverskridende interesse).

E-udbud: Udbudsdirektivet indebærer krav om, at alle udbud fra 2018 skal gennemføres elektronisk. For indkøbscentraler blev pligten til at bruge e-udbud gennemført allerede fra april 2017.

Bæredygtige indkøb: Udbudsloven præciserer, at ordregivere kan benytte livscyklusomkostninger som kriterium for tildeling af kontrakten. Loven giver også mulighed for, at ordregiver kan henvise til bestemte mærkningsordninger, når de stiller krav til varer, ydelser eller bygge- og anlægsarbejder.

Evalueringen af udbudsloven har vist, at en række af de forventninger, der var til udbudsloven i 2015, er blevet indfriet, og at der i almindelighed er positive tilkendegivelser om loven.

Der er dog også punkter, hvor erfaringerne med loven viser, at hensigten med lovens bestemmelser ikke fuldt ud er blevet indfriet. Desuden er der i evalueringen blevet identificeret nye udfordringer, som ikke var i fokus i forbindelse med vedtagelsen i 2015. Disse forhold behandles i denne evaluering.

1.4 Den danske implementering af udbudsdirektivet

Den danske implementering af udbudsdirektivet er kontrolleret af EU-Kommissionen, som i 2019 sendte en åbningsskrivelse til en lang række lande, herunder Danmark, med en række primært tekniske bemærkninger til implementeringen. Som det fremgår af kapitel 11, er der i 2019 foretaget en række præciseringer i udbudsloven med det formål at imødekomme EU-Kommissionens bemærkninger.

Udbudsloven må på det grundlag anses for at være i fuld overensstemmelse med EU-Kommissionens opfattelse af retstilstanden på udbudsområdet i EU. Denne sikkerhed er det væsentligt at fastholde, således at der ikke opstår unødigt juridisk usikkerhed for danske tilbudsgivere og ordregivere.

Den danske implementering af udbudsdirektivet er bl.a. analyseret i forbindelse med et internationalt forskersamarbejde under ledelse af den danske professor i udbudsret og privatiseringsret, Steen Treumer, og den italienske professor i udbudsret, Mario Comba.

Forskningen er bl.a. præsenteret i udgivelsen *Modernising Public Procurement – The Approach of Member States*. Heri gennemgås implementeringen af EU-direktivet i Danmark, Estland, Finland, Frankrig, Tyskland, Italien, Polen, Rumænien, Slovenien, Spanien, Sverige og Storbritannien.

Disse lande er bl.a. interessante i et forskningsperspektiv, fordi man her har valgt at implementere udbudsdirektivet ved nationale love frem for at sætte EU-direktivet i kraft direkte, dvs. uden selvstændig national lov.

Det fremgår bl.a. af analysen, at *”of the member states covered by this study, Denmark appears to be the only one, that has consistently put the boundaries of EU public procurement to the test”*.

Dette forskningsresultat indikerer, at Udbudslovsudvalget med sit lovforslag fra 2014 er ”gået til kanten” af, hvad der er mulighed for inden for EU-retten med det formål at skabe et mere klart, enkelt og fleksibelt dansk regelsæt.

I denne evaluering vil det dog fremgå, at der fortsat kan være visse muligheder for at styrke de danske udbudsregler på enkelte områder.

1.5 Fremgangsmåde ved evalueringen

Evalueringen blev igangsat med en offentlig høring den 19. december 2018, hvor alle interessenter fik mulighed for at afgive høringssvar med overvejelser, kommentarer og forbedringsforslag m.v. til den nuværende udbudslov. Høringen blev udsendt på Høringsportalen og via e-post til de interessenter, der modtog lovforslaget i høring i 2015. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har modtaget 48 høringssvar, som er offentliggjort i sin helhed på styrelsens hjemmeside **kfst.dk**.

Ud over bidragene fra den offentlige høring har temaerne i evalueringen af udbudsloven været drøftet i Forum for Udbud. Endvidere har der været nedsat en teknisk arbejdsgruppe med repræsentanter fra både tilbuds- og ordregiverside, hvor temaerne og de specifikke problemstillinger har været drøftet.

Resultatet af høringen og de efterfølgende drøftelser med interessenterne har som nævnt vist, at der i almindelighed er stor tilfredshed med implementeringen af udbudsdirektivet i udbudsloven. Endvidere har høringen bidraget materielt til evalueringen ved at skabe klarhed over en række centrale temaer, som har vist sig at være vigtige og af bred interesse for interessenterne.

Som led i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af udbudslovens rammer er der gennemført flere analyser, herunder også en spørgeskemaundersøgelse af ordregivernes erfaringer med anvendelsen af udbudsreglerne samt en analyse af tilbudsgivernes oplevelse af at deltage i offentlige udbud. Endvidere har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som led i arbejdet med evalueringen konsulteret EU-Kommissionen, ligesom der i forbindelse med afdækningen af specifikke forslag har været rettet henvendelse til relevante myndigheder i andre EU-lande.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ved gennemgangen af høringssvarene kategoriseret svarene i otte temaer, samt en kategori med øvrige forhold, som ikke naturligt kan placeres under de otte temaer. Denne kategorisering har været udgangspunkt for evalueringen, og evalueringsrapporten er struktureret herefter, idet de otte temaer behandles i kapitel 3-10, mens de øvrige forhold behandles i kapitel 12. Formålet med evalueringsrapporten er at vurdere de udbudsjuridiske rammer og muligheder for de problemstillinger, som er blevet rejst i høringen. I afsnit 1.5 nedenfor er der et overblik over temaerne.

De problemstillinger, der er identificeret under hvert tema, vurderes ud fra *seks kvalitative pejlemærker*. Tre af disse pejlemærker svarer til de overordnede fokuspunkter ved udformningen af den gældende udbudslov, nemlig:

- » Øget klarhed om, hvad reglerne indebærer.
- » Flexibilitet.⁵
- » Lavere transaktionsomkostninger⁶ for både ordre- og tilbudsgivere.

Dertil vurderes problemstillingerne ud fra yderligere tre pejlemærker:

⁵ Flexibilitet dækker i realiteten over to dimensioner. Dels den fleksibilitet, som de nationale lovgivere i visse tilfælde har i udbudsdirektivet til at træffe konkrete implementeringsvalg (fx frihed til at beslutte, om visse udelukkelsesgrunde skal være frivillige eller obligatoriske). Dels den fleksibilitet, der ligger i, at reglerne kan indeholde en større eller mindre skønsbeføjelse.

⁶ Transaktionsomkostninger er de processuelle omkostninger, der er forbundet med, at ordregivere fx skal udforme udbudsmateriale og gennemføre et udbud, og at tilbudsgiverne skal forberede og udforme tilbud.

-
- » Fremme af innovative indkøb.
 - » Betydning for SMV'ers incitament og mulighed for at deltage i offentlige udbud.
 - » Betydningen for konkurrencen blandt leverandørerne til den offentlige sektor.

Indkøb af innovative varer, tjenesteydelser og bygge- og anlægsarbejder spiller en vigtig rolle i opnåelsen af større effektivitet og højere kvalitet, som bl.a. kan være medvirkende til at fremme bæredygtig økonomisk vækst.⁷ Det er derfor relevant at evaluere på, om der kan tages skridt i udbudsloven, som fremmer innovative indkøb yderligere.

Pejlemærket konkurrence er centralt at evaluere på, idet effektiv konkurrence (afhængig af evalueringskriterierne i et udbud) kan understøtte fx innovation og klimavenlige løsninger, samt at det offentlige køber ind til fornuftige priser. God konkurrence indgår i formålsbestemmelsen i udbudslovens § 1⁸. Betydningen for konkurrencen skal i evalueringen forstås bredt. Det vil sige både i relation til, om det aktuelle eller potentielle konkurrencefelt mindskes eller øges, og om konkurrencen sker på nogle vilkår, der sikrer ligebehandling og gennemsigtighed. Til opfyldelsen af dette formål er det samtidig vigtigt, at SMV'er har gode muligheder for at deltage i konkurrencen om de offentlige kontrakter, da konkurrencefeltet derved bliver større.

Alle seks pejlemærker er anvendt i behandlingen af de enkelte problemstillinger, som er identificeret under temaerne. I denne rapport er der dog som generel fremgangsmåde fokus på de af pejlemærkerne, som har en direkte relevans og betydning for de konkrete problemstillinger. De pejlemærker, der ikke er påvirket af problemstillingerne i nævneværdig grad, indgår derfor ikke nærmere i behandlingen. Der kan derudover også være andre vigtige samfundshensyn, som ikke er omfattet af de seks pejlemærker, men som det er relevant at lade indgå i en vurdering af, om, og i så fald hvordan, den konkrete problemstilling bør løses.

Der er i slutningen af de relevante kapitler indsat en skematisk oversigt med problemstillingernes mulige virkninger for evalueringens pejlemærker.

Langt de fleste af de i høringen rejste problemstillinger er behandlet i denne evaluering. Visse meget specifikke eller mindre problemstillinger er dog, bl.a. i samråd med Den tekniske arbejdsgruppe for evaluering af udbudsloven, ikke medtaget.

1.6 Temaer i evalueringen

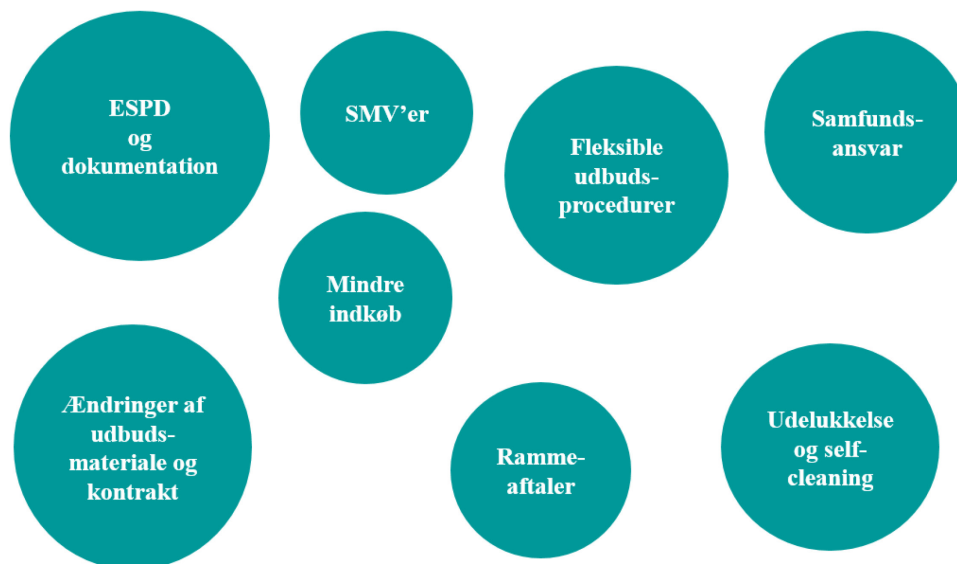
Udgangspunktet for evalueringen af udbudsloven er de udfordringer, som interessenterne møder ved anvendelsen af loven. Høringen bidrog til at identificere i alt otte centrale temaer, som gik igen i flere høringssvar. Da ønsket med evalueringen bl.a. har været at imødekomme de udfordringer, som interessenterne møder ved anvendelsen af udbudsloven, har temaerne således fået en central plads i evalueringen.

⁷ Udbudsdirektivets præambelbetragtning 47.

⁸ Det fremgår her, at formålet med loven er at fastlægge procedurerne for offentlige indkøb, så der gennem en effektiv konkurrence opnås den bedst mulige udnyttelse af de offentlige midler.

De identificerede temaer fremgår af figur 1.2 nedenfor.

Figur 1.2 Otte centrale temaer i evalueringen



Anm.: Størrelsen af boblerne i figuren illustrerer, hvor fremtrædende de enkelte temaer har været i hørings svarene. Ud over de otte større temaer er der en række enkeltstående problemstillinger, som behandles særskilt i kapitel 12.

Der er som nævnt en række relevante problemstillinger, som ikke opfanges af de otte temaer. Der er primært tale om enkeltstående problemstillinger. Disse behandles i kapitel 12, *Øvrige problemstillinger*.

Endelig er der i høringen og i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens almindelige virksomhed og anvendelse af udbudsloven identificeret en række mindre og typisk lovtekniske problemstillinger. Det drejer sig om fx henvisninger, begrebsmæssig konsistens og lignende, som ikke har materiel betydning for lovens indhold. Disse problemstillinger behandles ikke nærmere i evalueringen, men de er kort oplistet i appendiks III.

1.7 Evalueringens opbygning

I evalueringsrapportens kapitel 2 gives en status på det danske udbudsmarked, herunder et overblik over nyere viden om udbud og brugen af udbudsreglerne baseret på analyser, som er gennemført af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

I de efterfølgende kapitler gennemgås de enkelte temaer og de problemstillinger, som er blevet identificeret på baggrund af høringen. De nuværende regler på området vil blive beskrevet, og i det omfang, der er relevante data, anvendes disse til at belyse, hvorvidt der i praksis forekommer udfordringer på området. Det vil blive vurderet, hvorvidt rammerne i udbudsdirektivet giver rum til at imødekomme problemstillingerne ved national regulering og i så fald, hvilken effekt dette vil have på de forskellige evalueringskriterier.

Af tabel 1.1 nedenfor fremgår en oversigt over de problemstillinger, der behandles i denne rapport, og det kapitel, hvor de behandles. Konkret er de otte tidligere nævnte temaer og de tilknyttede problemstillinger behandlet i kapitel 3-10. De seneste lovændringer er behandlet i kapitel 11, mens de øvrige forhold og problemstillinger er behandlet i kapitel 12.

Tabel 1.1 Oversigt over temaer og de indeholdte problemstillinger

Indledning (kap. 1)	Introduktion til evalueringen, baggrund og den valgte fremgangsmåde.
Udbud i Danmark (kap. 2)	Generel beskrivelse af udbudsadfærd, data om udbud, tilbud, procedurer m.v.
1. SMV'ers deltagelse i offentlige udbud (kap. 3)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Efterlevelse af "opdel eller forklar"-princippet. 2. Krav til egnethed. 3. Dokumentationskrav som barrierer for SMV'er.
2. Muligheden for at foretage ændringer (kap. 4)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uklarhed om anvendelsesområdet for reglerne om ændringer i udbudsmaterialet. 2. Uklarhed om anvendelsesområdet for reglerne om ændringer af kontrakter.
3. De fleksible udbudsprocedurer (kap. 5)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Mulighed for at ændre udbudsmateriale ifm. forhandlingsforløbet. 2. Overgang til udbud med forhandling ved forudgående mislykket udbud. 3. Usikkerhed om betingelserne for at anvende de fleksible udbudsprocedurer. 4. Reduktion af tilbudsgivere tidligt i forhandlingsprocessen.
4. ESPD og dokumentation (kap. 6)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Indhentelse af dokumentation og ESPD. 2. Retvisende dokumentation.
5. Rameaftaler, sortimentsudbud og dynamiske indkøbssystemer (kap. 7)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Adgang til at indgå rammeaftaler på mere end fire år. 2. Gennemsigtighed vedr. omsætningen på rammeaftaler. 3. Sammenhæng mellem udbudslovens § 185, stk. 2 og lov om Klagenævnet for Udbuds § 17, stk. 5. 4. Mere fleksible regler for sortimentsudbud. 5. Begrundelseskravet i dynamiske indkøbssystemer.
6. Udelukkelse og self-cleaning (kap. 8)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Udvidelse og tydeliggørelse af udelukkelsesgrundene. 2. Udvidelse af udelukkelsesperioden og uklarhed om udelukkelsesperioden for de frivillige udelukkelsesgrunde. 3. Self-cleaning. 4. Anvendelsesområdet for udelukkelsesgrundene i kontraktperioden.
7. Indkøb under tærskelværdierne for EU-udbud (kap. 9)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Anvendelse af "tungere" regler i udbudsloven, end hvad der er påkrævet. 2. Vurdering af kontrakter med klar grænseoverskridende interesse.
8. Samfundsansvar i offentlige udbud (kap. 10)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Inddragelse af krav om samfundsansvar ved tildeling af offentlige kontrakter. 2. Muligheden for anvendelse af arbejdsmiljøklausuler og arbejds-klausuler. 3. Inddragelse af skattemæssige forhold ved offentlige udbud.
9. Ændringer af udbudsloven i 2019 (kap. 11)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Kravet om fastlæggelse og offentliggørelse af evalueringsmodellen. 2. Pligten til at foretage kvalitetsevalueringen uden kendskab til prisevalueringen (det såkaldte to-kuvert-system).
10. Øvrige problemstillinger (kap. 12)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Annullationer. 2. Delkontrakter. 4. Berigtigelse af ansøgninger og tilbud. 5. Klagefrister. 6. Aktindsigt. 7. Tidsfrister. 8. Tekniske specifikationer – angivelse af fabrikatnavne.

Kapitel 2

Udbud i Danmark

2.1 Indledning

I dette kapitel belyses udviklingen i det danske udbudsmarked, efter at udbudsloven trådte i kraft 1. januar 2016. Ud over en generel beskrivelse af de danske EU-udbud efter udbudslovens ikrafttrædelse sættes der særligt fokus på:

- » Anvendelsen af rammeaftaler.
- » Anvendelsen af de forskellige udbudsprocedurer, herunder de fleksible udbudsprocedurer.
- » Små virksomheders deltagelse i offentlige udbud.
- » Transaktionsomkostninger.
- » Annullationer.

Disse områder er udvalgt på baggrund af høringen. Nogle af emnerne er endvidere uddybet i de relevante temakapitler.

De generelle data, der er tilgængelige på udbudsområdet, stammer primært fra den europæiske udbudsdatabase TED, hvor alle udbudsbekendtgørelser skal offentliggøres. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen indhenter og kvalitetssikrer disse data til analyseformål, *jf. boks 2.1*. Ni ud af 10 danske EU-udbud gennemføres efter reglerne i udbudsloven.⁹ Evalueringen af udbudsloven har således betydning for langt hovedparten af de udbud, der hvert år foretages i Danmark.

Boks 2.1 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens data om EU-udbud

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har samlet data om danske EU-udbud siden 2015. Disse data samles med henblik på at styrke det evidensbaserede arbejde om EU-udbud. I praksis indgår al information, som angives i en *bekendtgørelse om indgået kontrakt* og dens tilhørende *udbudsbekendtgørelse* på Tenders Electronic Daily (TED). I KFST's database indgår som udgangspunkt 88 variable for hvert udbud. Data kvalitetssikres løbende ved bl.a. at kontakte ordregivere, når der opstår tvivl om informationerne i TED. Dette kapitel er primært baseret på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens data, men der indgår også andre selvstændige analyser.

2.2 Ordregivernes erfaringer med udbudsloven

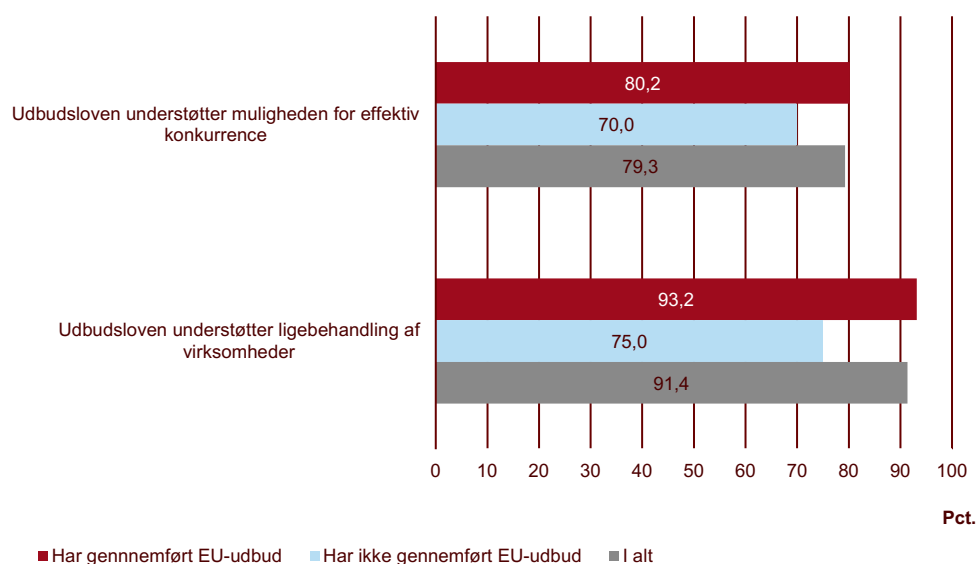
Som led i evalueringen er der gennemført en spørgeskemaundersøgelse om ordregivende organisationers erfaringer med udbudsloven, *jf. boks 2.2*.

Langt størstedelen af ordregiverne har i undersøgelsen tilkendegivet, at udbudsloven understøtter en effektiv konkurrence, samtidig med at reglerne sikrer mod forskelsbehandling af tilbudsgiverne, *jf. figur 2.1*. Op imod 80 procent af ordregiverne er således helt eller overvejende

⁹ Der findes ikke tilsvarende opgørelser for indkøb under tærskelværdierne.

enige i, at udbudsloven understøtter muligheden for effektiv konkurrence, og godt 90 procent tilkendegiver, at udbudsloven understøtter ligebehandling af virksomhederne. De ordregivere, som har gennemført mindst ét EU-udbud inden for det seneste år, er oftere enige i, at udbudsloven understøtter effektiv konkurrence og ligebehandling, end de ordregivere, som ikke har gennemført EU-udbud inden for det seneste år.

Figur 2.1 Andel som er "helt enig" eller "overvejende enig" i udsagn om udbudsloven



Anm.: Baseret på hhv. 199 og 198 besvarelser af ordregivende organisation. Opgørelsen indeholder ikke "Ved ikke"-besvarelser (hhv. tre og fire observationer for de to spørgsmål). Selve spørgsmålet, som er stillet, lyder: "Hvor enig eller uenig er du i følgende udsagn om udbudsloven?"

Kilde: Egne beregninger på baggrund af en spørgeskemaundersøgelse blandt offentlige ordregivere i 2019.

Boks 2.2 Om spørgeskemaundersøgelsen

Spørgeskemaet blev sendt til i alt 343 ordregivende organisationer, hvoraf 209 besvarede spørgeskemaet. Ledere af udbuds- og indkøbsafdelinger i stat, region, kommune og offentligtretlige organer er blevet bedt om at svare for hele deres organisation. Besvarelsene er ikke vægtet i forhold til antallet eller størrelsen af gennemførte indkøb. Besvarelsen fra en organisation, som kun har gennemført ét udbud, vægter dermed lige så højt som en organisation, som har gennemført mange udbud. Opgørelsen giver således et overordnet billede af ordregivernes holdning, men de enkelte besvarelser er forbundet med en vis usikkerhed. Kommuner og regioner har den største svarprocent, jf. tabel 2.1.

Tabel 2.1 Fordeling af svarprocent på ordregivertype

Ordregivertype	Antal besvarelser	Svarprocent
Stat	38	49,4
Region	5	100,0
Kommune	83	84,7
Offentligtretligt organ	83	50,9
Samlet	209	60,9

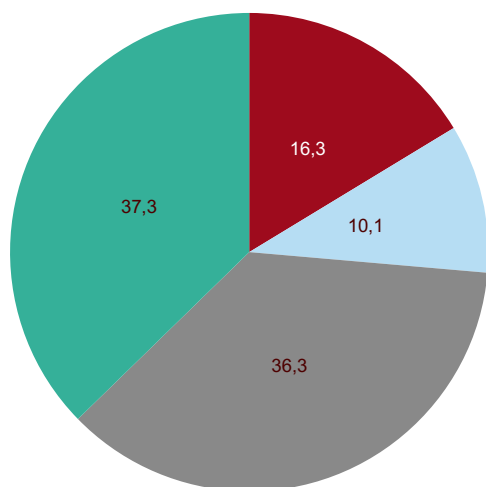
Kilde: Egne beregninger på baggrund af en spørgeskemaundersøgelse blandt offentlige ordregivere i 2019.

2.3 De danske udbud

Der blev i 2018 gennemført knap 2.000 EU-udbud efter udbudsloven. Heraf stod de offentligretlige organer for knap 38 procent og var dermed den ordregivertype, som udbød flest opgaver, *jf. figur 2.2a*. Offentligretlige organer er institutioner såsom Staten og Kommunernes Indkøbsservice (SKI), Amgros, forsyningselskaber og almene ejendomsselskaber.

Figur 2.2 Fordeling af ordregivertype ved EU-udbud, 2018 (pct.)

a) Andel af EU-udbud

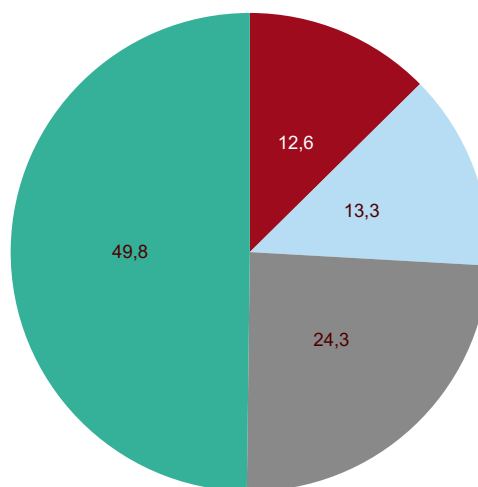


■ Stat ■ Region ■ Kommune ■ Offentligretlig organ

Anm.: Baseret på 1.949 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i 2018. Europæiske agenturer indgår ikke i opgørelsen. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Opgørelsen indeholder både offentlige kontrakter og rammeaftaler. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

b) Andel ud af kontraktsum



■ Stat ■ Region ■ Kommune ■ Offentligretlig organ

Anm.: Baseret på 1.949 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i 2018. Europæiske agenturer indgår ikke i opgørelsen. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Opgørelsen indeholder både offentlige kontrakter og rammeaftaler. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen. Når der ikke er oplysninger om den endelige kontraktværdi anvendes et gennemsnit for ydelsestypen. For rammeaftaler anvendes den estimerede maksimumsværdi for hele rammeaftalens løbetid.

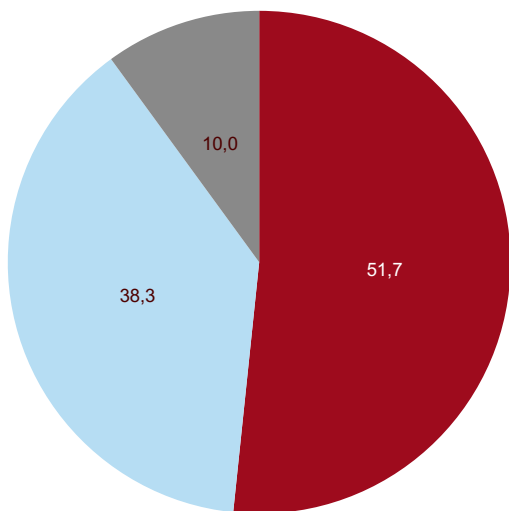
Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

I 2018 blev der indgået kontrakter og rammeaftaler via EU-udbud efter udbudsloven for knap 60 mia. kr. Offentligretlige organer står for ca. halvdelen af disse indkøb, mens kommunerne står for ca. en fjerdedel, *jf. figur 2.2b*. Kommunale udbud er i gennemsnit relativt små. Kommunerne stod for 36 pct. af alle danske EU-udbud, men kun knap 1/4 af den samlede kontraktværdi.

Lidt over halvdelen af de danske EU-udbud i 2018 vedrørte levering af tjenesteydelser, *jf. figur 2.3a*. Varekøb udgjorde godt 38 pct., mens bygge- og anlægsopgaver udgjorde 10 pct. af alle EU-udbud.

Figur 2.3 Fordeling af kontrakttype ved EU-udbud, 2018 (pct.)

a) Andel af det samlede antal udbud

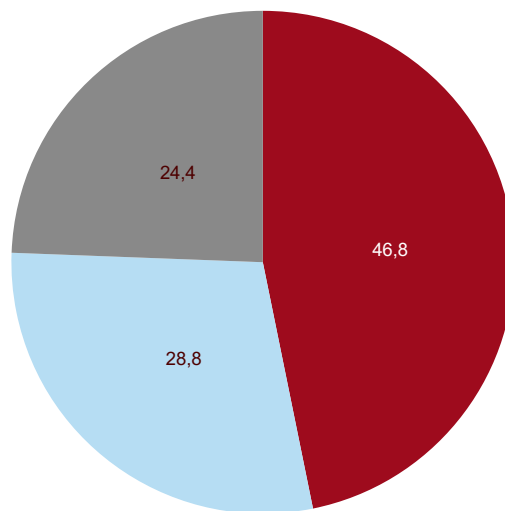


■ Levering af tjenesteydelser ■ Varekøb ■ Bygge- og anlægsopgaver

Anm.: Baseret på 1.965 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i 2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Opgørelsen indeholder både offentlige kontrakter og rammeaftaler. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

b) Andel af den samlede kontraktsum



■ Levering af tjenesteydelser ■ Varekøb ■ Bygge- og anlægsopgaver

Anm.: Baseret på 1.965 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i 2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Opgørelsen indeholder både offentlige kontrakter og rammeaftaler. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen. Når der ikke er oplysninger om den endelige kontraktværdi, anvendes et gennemsnit for ydelsestypen. For rammeaftaler anvendes den estimerede maksimumsværdi for hele rammeaftalens løbetid.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

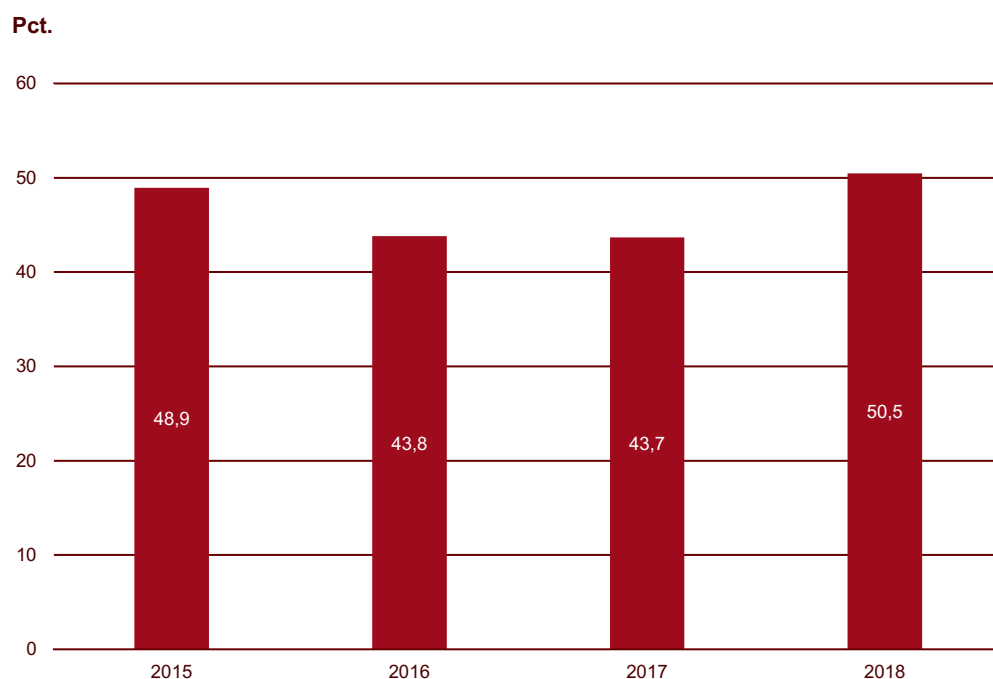
Udbud af bygge- og anlægsopgaver har en betydeligt højere gennemsnitlig kontraktværdi end de resterende produktkategorier. I 2018 var den gennemsnitlige kontraktværdi godt 86 mio. kr., når kontrakten vedrørte bygge- og anlægsopgaver, mens gennemsnitsværdien for levering af tjenesteydelser og varekøb var hhv. knap 32 mio. kr. og godt 26 mio. kr. Det skal ses i sammenhæng med, at tærskelværdien for, hvornår bygge- og anlægsopgaver bliver udbudspligtige efter EU-reglerne, er langt højere end de tilsvarende tærskelværdier for de øvrige kontrakttyper. Bygge- og anlægsopgaver udgør således godt 24 procent af den samlede kontraktsum, jf. figur 2.3b.

2.4 Flere ordregivere anvender rammeaftaler

En rammeaftale er en løbende aftale mellem en eller flere ordregivere på den ene side og en eller flere leverandører på den anden. Rammeaftaler har til formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal indgås i løbet af en nærmere fastsat periode. En af fordelene ved rammeaftaler er, at ordregiver ikke skal gennemføre et nyt udbud, hver gang der skal foretages et indkøb, og rammeaftaler anvendes oftest til mere standardiserede varer. Dertil kommer, at der kan være stordriftsfordele ved at tilrettelægge et indkøb som en rammeaftale. Omvendt indebærer en rammeaftale typisk, at der ikke er konkurrence om opgaven i aftalens løbetid, idet rammeaftalerne i de fleste tilfælde kun har tilknyttet én leverandør.

Udbudsloven har bl.a. bidraget til at skabe mere klarhed omkring anvendelsen af rammeaftaler, idet der blev taget stilling til en række forhold, der tidligere skabte usikkerhed. I 2018 havde 50,5 procent af alle danske EU-udbud tilknyttet en rammeaftale, hvilket er lidt mere end i de foregående år, *jf. figur 2.4*. Faldet i rammeaftalernes andel fra 2015 til 2016 kan bl.a. skyldes, at ordregiverne fremrykkede indgåelsen af rammeaftaler til 2015, hvormed de kunne indgås efter de regler, der gjaldt inden udbudslovens ikrafttrædelse. Dermed er antallet af rammeaftaler ekstraordinært højt i december 2015 og ekstraordinært lavt i januar-marts 2016.

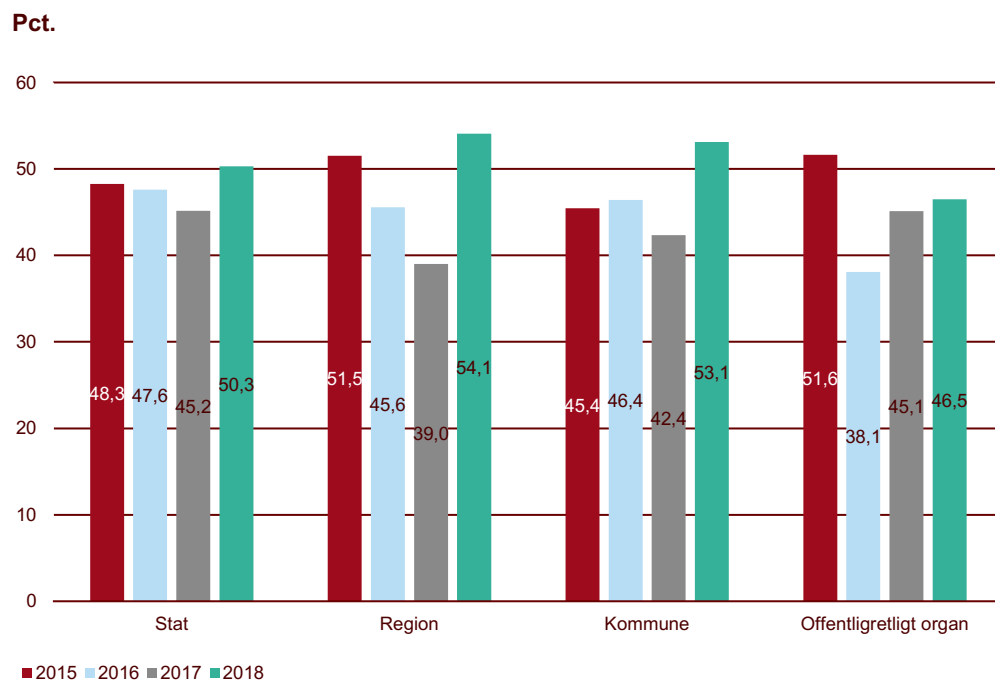
Figur 2.4 Rammeaftalernes andel af de danske EU-udbud



Anm.: Baseret på 7.740 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

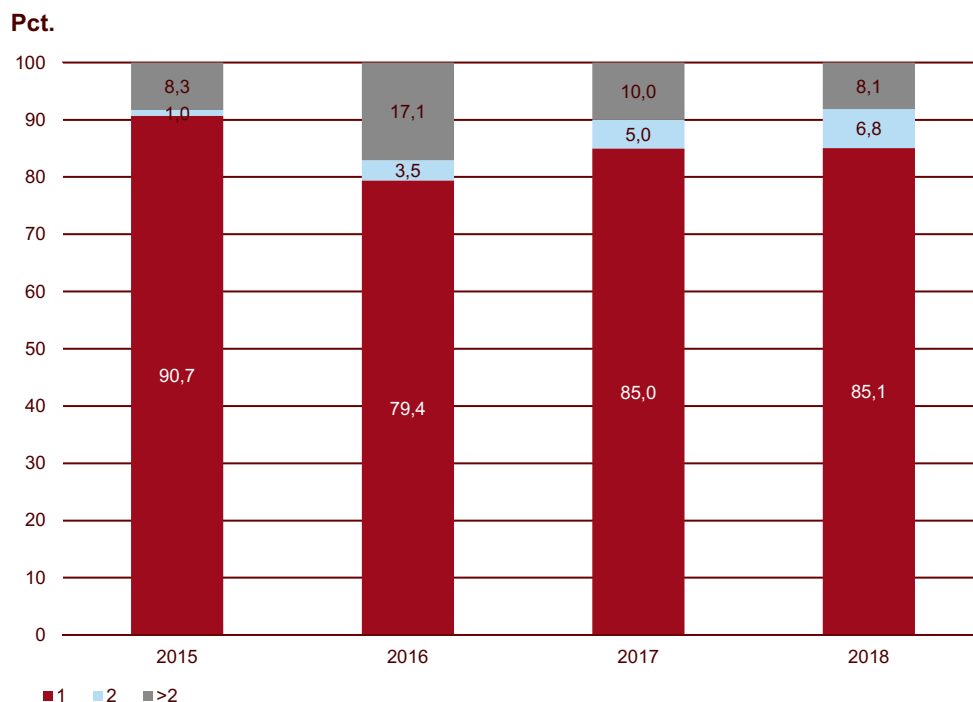
Anvendelsen af rammeaftaler er bl.a. påvirket af den politisk bestemte indkøbspolitik. Eksempelvis vil et ønske om mere centraliserede indkøb med henblik på at høste stordriftsfordele ofte føre til en stigning i antallet af rammeaftaler. Med aftalen om kommunernes økonomi for 2017 blev der bl.a. etableret et indkøbsstrategisk samarbejde med fokus på fællesoffentlige løsninger. Det blev aftalt at idriftsætte seks fælles indkøbsaftaler i 2018. Brugen af rammeaftaler er særligt steget for kommunerne og regionerne, når der sammenlignes med 2017. Både staten, regionerne og kommunerne anvendte i 2018 rammeaftaler i mere end halvdelen af deres udbud, mens offentligtretlige organer udbød knap 47 procent af deres opgaver med en tilknyttet rammeaftale, *jf. figur 2.5*.

Figur 2.5 Rammeaftalernes andel af de danske EU-udbud opdelt på ordregivertype

Anm.: Baseret på 7.740 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Europæiske agenturer indgår ikke i opgørelsen. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

De fleste rammeaftaler har kun én vinder og dermed kun én tilknyttet leverandør. I 2018 havde godt 85 procent kun en enkelt vinder, jf. figur 2.6. Det gennemsnitlige antal vindere af gennemførte rammeaftaler har været relativt konstant omkring 1,3-1,6 pr. rammeaftale.

Figur 2.6 Antal vindere på gennemførte rammeaftaler

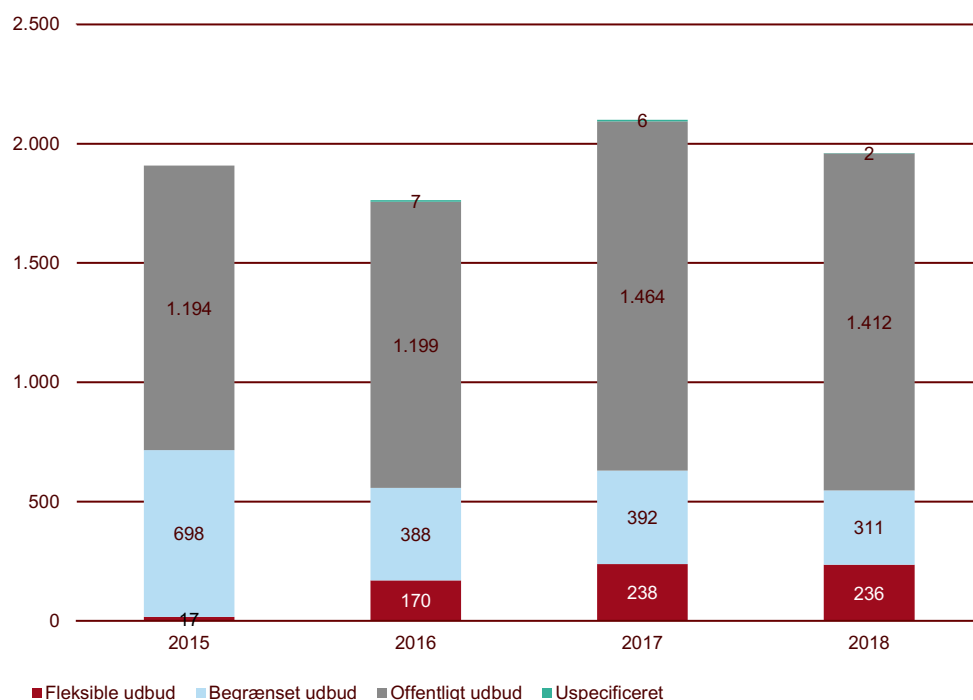
Anm.: Baseret på 9.144 delkontrakter af gennemførte rammeaftaler, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Annullerede udbud, profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

I kapitel 7 behandles udbudslovens bestemmelser om rammeaftaler nærmere.

2.5 Øget adgang til de fleksible udbudsprocedurer

Udbudsloven udvidede adgangen til de fleksible udbudsprocedurer og tydeliggjorde, hvad disse procedurer indebærer, samt hvornår de kan anvendes. Fleksible udbud omfatter "Udbud med forhandling", "Konkurrencepræget dialog" og "Innovationspartnerskaber". Disse udbudsprocedurer er nøjere beskrevet i kapitel 5 og i appendiks I. Anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer er steget, siden udbudsloven trådte i kraft, mens anvendelsen af udbudsproceduren "Begrænset udbud" er faldet, *jf. figur 2.7*. Året inden udbudsloven trådte i kraft, 2015, blev de fleksible udbudsprocedurer kun anvendt i 17 EU-udbud efter udbudsdirektivet, mens de i 2018 blev anvendt i 236 EU-udbud.

Figur 2.7 Antal udbud efter udbudsdirektiv

Anm.: Baseret på 7.734 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Opgørelsen indeholder både offentlige kontrakter og rammeaftaler. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer er således steget fra at udgøre knap 1 procent af EU-udbuddene i 2015 til at udgøre godt 12 procent i 2018, *jf. figur 2.7*. Stigningen i anvendelsen indikerer, at ordregiverne har taget de nye muligheder med øget adgang til de fleksible udbudsprocedurer til sig. Det gælder særligt for udbud med forhandling, der står for klart hovedparten af stigningen.

Udbud, der udbydes gennem en fleksibel udbudsprocedure, har relativt høje kontraktværdier. I 2018 udgjorde de fleksible udbudsprocedurer, som nævnt, 12 procent af alle EU-udbud, men de udgjorde godt 22 procent af den samlede kontraktsum. I 2015 var denne andel på fire procent. Særligt offentligretlige organer anvender i højere grad en fleksibel udbudsprocedure.

I kapitel 5 behandles anvendelsen og de juridiske rammer for de fleksible udbudsprocedurer nærmere.

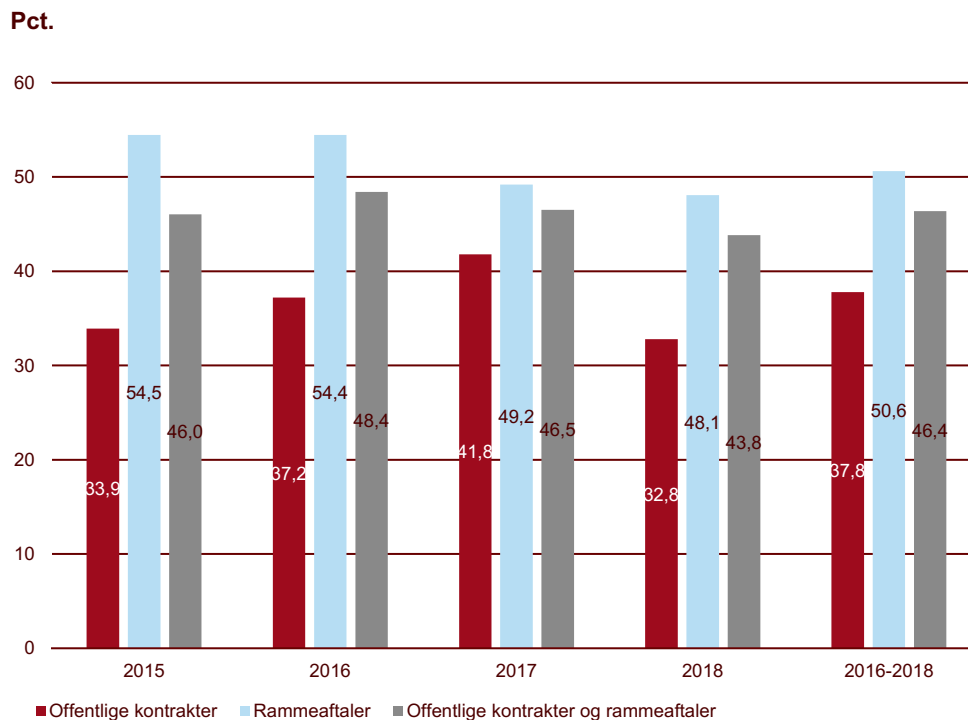
2.6 Små virksomheders andel af danske EU-udbud

Udbudsloven medførte, at små og mellemstore virksomheder fik bedre mulighed for at deltage i udbud af offentlige opgaver, fx gennem en pligt for offentlige ordregivere til at opdele udbuddet i mindre kontrakter eller forklare, hvorfor det ikke gøres, samt ved at ordregiver ikke må stille større krav til virksomhedernes årsomsætning end det dobbelte af kontraktens værdi.

Små virksomheder – her defineret som virksomheder med færre end 50 ansatte – har samlet i perioden 2016 til 2018 vundet lidt flere af de offentlige opgaver end i 2015, *jf. figur 2.8*. Det

afspejler en stigning i de små virksomheders andel af de offentlige kontrakter (dvs. andre kontrakter end rammeaftaler), mens deres andel af rammeaftaler er gået tilbage. Generelt vinder de små virksomheder omkring halvdelen af de udbudte rammeaftaler og ca. en tredjedel af de offentlige kontrakter.

Figur 2.8 Små virksomheders andel af danske EU-udbud



Anm.: Baseret på 14.169 udbud og delkontrakter, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. 8.110 af kontrakterne er tilknyttet en rammeaftale, mens 6.059 af kontrakterne vedrører offentlige kontrakter. Da rammeaftaler kan have flere vindere, opgøres de små virksomheders andel her som andelen af de vindende virksomheder. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt og indeholder information om antallet af ansatte i den vindende virksomhed. Opgørelsen indeholder ikke annullerede udbud, profylaksebekendtgørelser eller udbud, der er overgået til forhandling. Små virksomheder er her defineret som virksomheder med mindre end 50 ansatte.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

I kapitel 3 gennemgås små virksomheders deltagelse i offentlige udbud nærmere. Desuden beskrives udbudslovens bestemmelser i forhold til at sikre små virksomheder adgang til det offentlige marked, herunder det såkaldte "opdel eller forklar"-princip.

2.7 Transaktionsomkostninger ved EU-udbud

Et af målene med udbudsloven er at skabe mere klare, enkle og fleksible regler, der resulterer i lave transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som tilbudsgivere. En undersøgelse fra 2019 finder, at ordregiveres samlede transaktionsomkostninger udgør 1,4 procent af den

samlede kontraktsum, mens de vindende tilbudsgiveres samlede transaktionsomkostninger udgør 0,5 procent af kontraktsummen.¹⁰

Transaktionsomkostningerne er her defineret som de omkostninger, der afholdes frem til det tidspunkt, hvor der er fundet en vinder af et udbud, og omfatter således også udgifter til fx at udforme et tilbud. Der kan være store forskelle på transaktionsomkostningerne i forskellige brancher, hvilket understøttes af en tidligere undersøgelse af tilbudsgivernes transaktionsomkostninger.¹¹ Det er ofte udbud med en relativt lav kontraktværdi, hvor transaktionsomkostningerne fremstår relativt høje.

Uanset om en leverandør indgår en kontrakt med en privat eller en offentlig kunde, vil der være transaktionsomkostninger forbundet med processen. Det gælder i forbindelse med udarbejdelsen af tilbuddet, indgåelse af kontrakten og dokumentation af forskellige krav, der kan stilles af kunden. For den offentlige sektor gælder en række proces- og dokumentationskrav, som følger af udbudsreglerne. Disse regler sigter bl.a. på at sikre ligebehandling og gennemsigtighed i udbudsprocessen. Foreløbige resultater fra en undersøgelse af virksomheders transaktionsomkostninger ved salg til offentlige og private viser, at der ofte er lidt større omkostninger forbundet med salg til det offentlige. Undersøgelsen peger imidlertid også på, at der er brancher, hvor transaktionsomkostningerne for tilbudsgiverne ved salg til den private sektor ser ud til at være på niveau med eller større end det, man ser i det offentlige. Det gælder fx på markedet for it-projekter.¹²

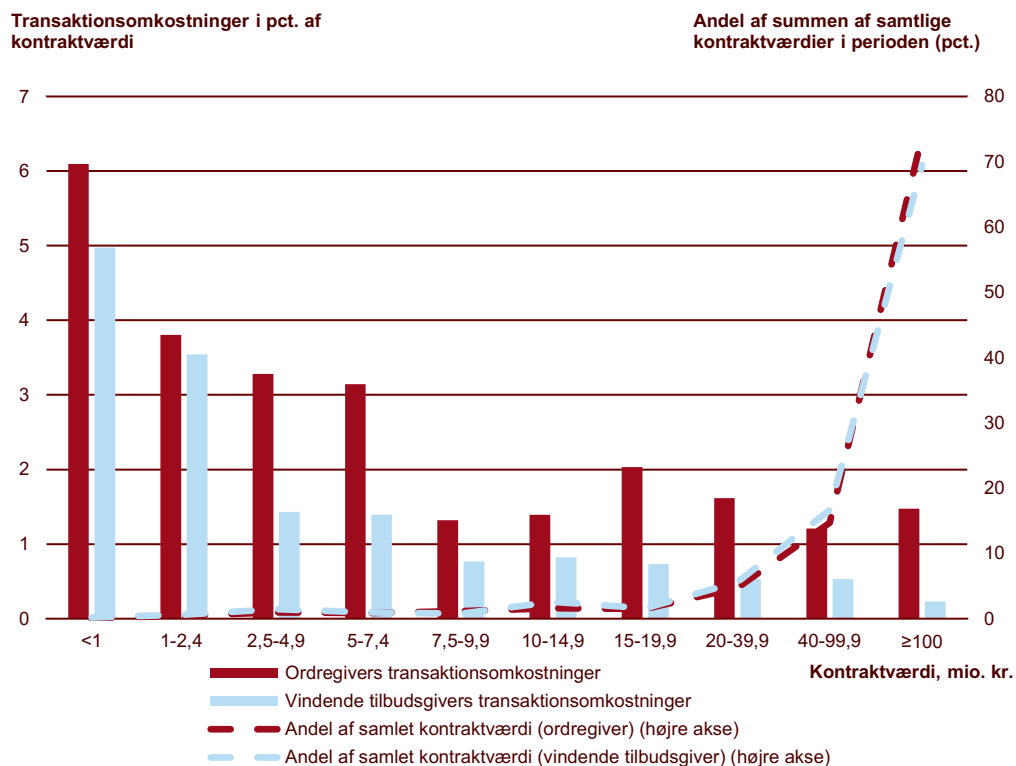
Udbud med lave kontraktværdier har i gennemsnit højere procentvise transaktionsomkostninger end udbud med højere kontraktværdier. For ordregiver har udbudte opgaver med en kontraktværdi på mere end 7,5 mio. kr. i gennemsnit lave transaktionsomkostninger målt som andel af kontraktværdien. Det samme gælder for tilbudsgiverne, når opgaverne er over 2,5 mio. kr., *jf. figur 2.9*. Langt den største del af de offentlige indkøb via EU-udbud vedrører kontraktværdier af denne størrelse. Udbud med en værdi under 7,5 mio. kr. udgør således under én procent af den samlede kontraktsum, *jf. den stiplede linje i figur 2.11*.

¹⁰ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse: "Transaktionsomkostninger ved EU-udbud", 2019.

¹¹ Hansen, Helby Petersen, Villadsen & Houlberg: "Private virksomheders transaktionsomkostninger ved offentlige udbud", 2017.

¹² Hansen, Helby Petersen, Potoski & Brown: "Virksomheders transaktionsomkostninger ved salg til offentlige og private –resultater", 2018.

Figur 2.9 Gennemsnitlige relative transaktionsomkostninger for EU-udbud fordelt på kontraktværdien



Anm.: Baseret på 163 observationer for ordregivere og 188 observationer for vindende tilbudsgivere. Skillelinjen for den første kategori "<1" er sat til 1.006.628 kr., som var den laveste af EU's tærskelværdier i 2017. Figuren tager udgangspunkt i offentlige kontrakter. Kontraktværdien angiver værdien for hele kontrakten for ordregiverne og den pågældende delkontrakt for vindende tilbudsgiver.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse "Transaktionsomkostninger ved EU-udbud" (2019).

Ved at bruge tilstrækkelige ressourcer på at forberede et udbud kan ordregiver spare unødige omkostninger senere i udbudsforløbet. Samtidig kan et velforberedt udbud reducere transaktionsomkostningerne for tilbudsgiverne, herunder risikoen for annullationer. Det kan således være en god idé at investere ressourcer i den indledende fase, så den udbudte opgave er veldefineret, og udbudsmaterialet er gennemarbejdet. Det kan betyde lavere transaktionsomkostninger i det videre udbudsforløb.

Unødige transaktionsomkostninger er omkostninger, som ikke er nødvendige i forhold til at sikre en sund konkurrence om opgaven, ligebehandling blandt tilbudsgiverne eller et bedre eller billigere produkt. Eksempelvis kan uforholdsmæssige krav til dokumentation for tilbudsgivers formåen eller dårlig forberedelse af udbudsmaterialet give unødige omkostninger for både ordregiver og tilbudsgiver.

Som ordregiver kan der være væsentlige fordele ved at minimere de unødvendige transaktionsomkostninger. Høje transaktionsomkostninger reducerer den forventede gevinst ved at deltage i udbuddet, hvilket kan afholde virksomheder fra at byde. Dermed svækkes konkurrencen, hvilket indebærer, at ordregivere kan komme til at betale en højere pris for ydelsen. Samtidig bliver det dyrere for virksomheder at deltage i udbudsprocessen, hvilket tilbudsgiverne helt eller delvist overvælter i deres tilbudspriser.

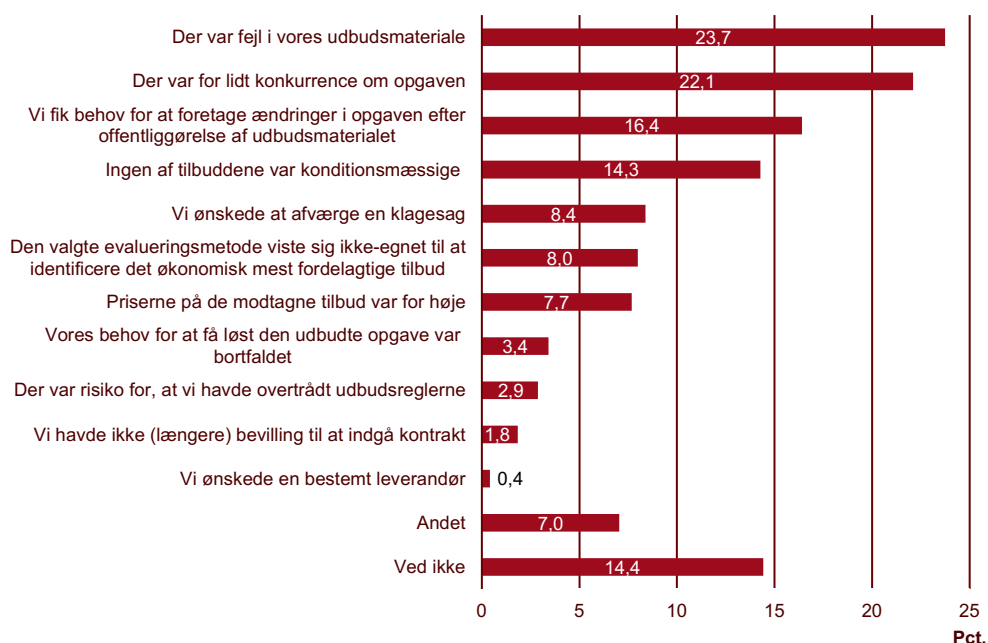
2.8 Annullationer af danske EU-udbud

Ca. hvert fjerde danske EU-udbud efter udbudsdirektivet bliver annulleret.¹³ Annullationer indebærer alt andet lige ekstra omkostninger for både ordre- og tilbudsgivere. Størstedelen af de annullerede udbud genudbydes dog med et uændret eller revideret udbudsmateriale.¹⁴

Annullationerne skyldes ofte fejl i udbudsmaterialet og behov for at foretage ændringer. Når udbuddet annulleres med henvisning til fejl eller behov for ændringer, bliver udbuddet typisk offentliggjort på ny i en delvist tilpasset form. Det er således kun ca. otte procent af de udbud, der annulleres med henvisning til fejl eller behov for ændringer, som ikke bliver udbudt på ny.

En anden årsag til annullation af udbud er utilstrækkelig konkurrence, *jf. figur 2.10*. Det er skønsmæssigt knap 5 procent af alle udbud, som annulleres med henvisning til utilstrækkelig konkurrence. I disse tilfælde annulleres opgaven naturligt først sent i processen, efter at ordregiver har modtaget tilbud. Ordregivere angiver også, at de kan føle sig nødsaget til at annullere et udbud for at undgå en klagesag. Disse annullationer sker typisk også sent i processen og offentliggøres i de fleste tilfælde igen, når materialet er tilpasset.

Figur 2.10 Årsager til annullationer af EU-udbud



Anm.: Baseret på 543 vægtede besvarelser til annullerede udbud og delkontrakter 2016-2017. Beregningerne er vægtede. Respondenterne havde mulighed for at angive op til tre svar, hvorfor tallene summer til mere end 100 pct. I gennemsnit er der 1,3 årsager pr. annullation.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse "Annullationer af danske EU-udbud" (2019).

¹³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens rapport "Status for offentlig konkurrence 2019".

¹⁴ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse "[Annullationer af danske EU-udbud](#)", 2019.

Halvdelen af alle ordregivere vurderer, at annullationen kunne have været undgået. De kunne fx have anvendt flere ressourcer i udbudsmaterialet, udbudsproceduren var ikke den rigtige, eller de kunne have prioriteret en grundigere markedsafdækning.

Godt halvdelen af alle annullationer sker, efter at tilbudsfristen er udløbet. Når annullationen sker så sent i udbudsprocessen, har tilbudsgiver og ordregiver brugt en del ressourcer på udbuddet. Såfremt opgaven ikke bliver genudbudt, vil disse transaktionsomkostninger være en omkostning med meget begrænset værdiskabelse. Det er dog 3/4 af alle annullerede udbud, der genudbydes i oprindelig eller tilpasset form. Vælger en ordregiver på ny at skabe konkurrence om annullerede udbud i omtrent samme form, vil meget af det arbejde, som ordregiver og tilbudsgiver har lavet, fortsat have værdi. Udsættelsen medfører imidlertid omkostninger, som fordyrer projektet og medfører tab for tilbudsgiverne. Derfor er det vigtigt at sikre, at ordregiver prioriterer at anvende ressourcer på at foretage en passende markedsafdækning, definere opgaven klart og præcist og udarbejde et gennemarbejdet udbudsmateriale evt. med en markedsdialog, så risikoen for annullation minimeres.

Annullationer behandles også i kapitel 12.

Kapitel 3

Små og mellemstore virksomheders deltagelse i offentlige udbud

3.1 Indledning

Langt størstedelen af de danske virksomheder er små eller mellemstore virksomheder (SMV).¹⁵ SMV'ernes deltagelse i de offentlige udbud er med til at understøtte konkurrencen om opgaverne og skabe gode vækstvilkår for virksomhederne. Den danske udbudslov og det bagvedliggende udbudsdirektiv indeholder en række muligheder for at sikre, at små virksomheder har gode betingelser for at deltage i offentlige udbud.

En velfungerende konkurrence om de offentlige opgaver er med til at sikre, at det offentlige modtager konkurrencedygtige tilbud og understøtter, at de offentlige institutioner hele tiden køber de ydelser, som løser en konkret opgave på den mest hensigtsmæssige måde.

SMV'ernes deltagelse i offentlige udbud er et særligt fokuspunkt i denne evaluering. Flere af de afgivne høringssvar sætter ligeledes fokus på de barrierer, som små virksomheder oplever, når de skal byde på offentlige opgaver.

I evalueringen fokuseres særligt på de små virksomheder med under 50 medarbejdere. Disse udgør knap 98 procent af det samlede antal danske virksomheder og står for ca. 34 procent af den samlede omsætning i det private erhvervsliv.¹⁶

Samlet set vinder små virksomheder knap 47 procent af alle danske EU-udbud. Det dækker over en andel på knap 38 procent af de offentlige kontrakter og ca. 50 procent af rammeaftalerne. Disse tal undervurderer dog sandsynligvis små virksomheders deltagelse i offentlige opgaver, da de ikke tager højde for, at små virksomheder kan være underleverandører på større kontrakter. Dertil kommer, at det må formodes, at en større andel af offentlige indkøb under tærskelværdierne i udbudsloven bliver leveret af små virksomheder.

Tal for EU's scoreboard¹⁷ indikerer, at små og mellemstore virksomheder i Danmark vinder offentlige opgaver i samme omfang, som de afgiver tilbud på offentlige udbud. Små virksomheder bliver således ikke sorteret fra i større omfang end større virksomheder i løbet af udbudsprocessen.

I evalueringen har der særligt været fokus på, om der er særlige barrierer for små virksomheders deltagelse i udbud. Der er således udarbejdet en undersøgelse, der belyser de barrierer, som små virksomheder oplever i mødet med det offentlige. Hovedresultaterne er præsenteret

¹⁵ Danmarks Statistiks generelle firmastatistik om det danske erhvervsliv, Statistikbanken FGF3 uden "offentlig administration, undervisning og sundhed".

¹⁶ Danmarks Statistiks generelle firmastatistik om det danske erhvervsliv, Statistikbanken FGF3 uden "offentlig administration, undervisning og sundhed".

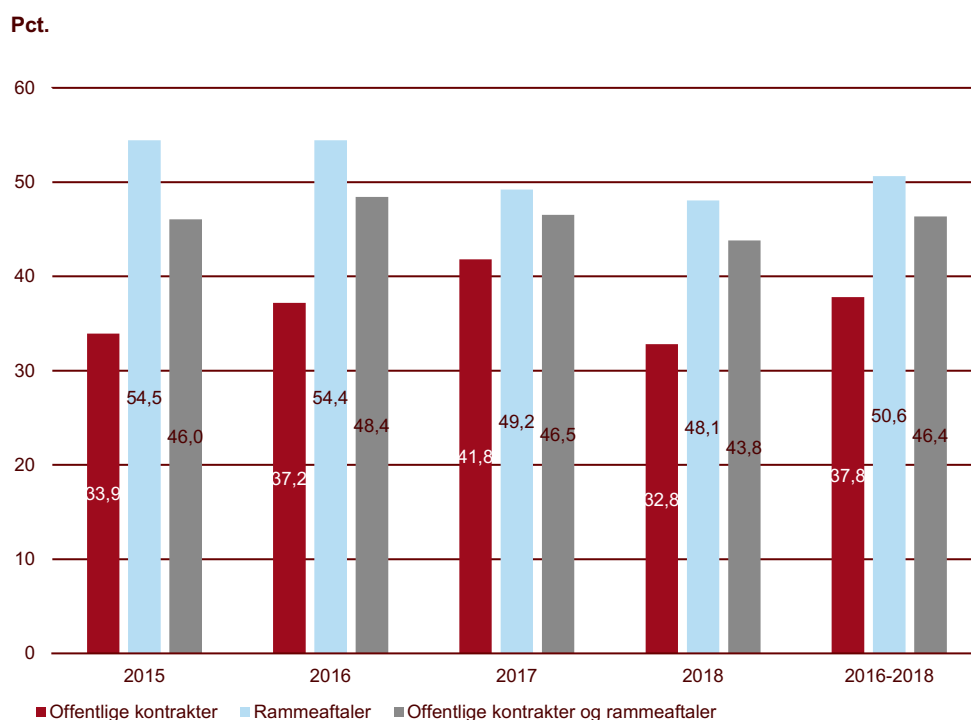
¹⁷ Europa Kommissionens Single Market Scoreboard: ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm. Bemærk, at tallene er behæftet med betydelig usikkerhed, da de er baseret på ordregivernes vurdering af virksomhedernes størrelse, og kun en relativt lille andel af ordregiverne har angivet disse informationer i udbudsbekendtgørelsen.

nedenfor, og afdækningen er vedlagt i sin helhed i bilag 1. Desuden er der foretaget en analyse af, hvor mange udbud små virksomheder vinder og størrelsen af de vundne kontrakter. Endvidere beskriver kapitlet, hvordan hensynet til SMV'ers deltagelse i offentlige udbud er indarbejdet i udbudsdirektivet og udbudsloven. Endelig præsenteres nogle af de problemstillinger omkring SMV'ers deltagelse i offentlige udbud, som er blevet påpeget i høringen.

3.2 Fakta om små virksomheders deltagelse i offentlige udbud

Virksomheder med færre end 50 ansatte vandt i perioden 2016 til 2018 knap 38 procent af alle offentlige kontrakter (dvs. andre kontrakter end rammeaftaler) og godt halvdelen af alle rammeaftaler, der er udbudt efter udbudsdirektivet. Samlet set har små virksomheder dermed vundet en lidt større andel af alle EU-udbud de senere år (2016-2018) end i 2015, dvs. året før udbudsloven fik virkning. Der er dog væsentlige udsving gennem perioden, jf. figur 3.1.

Figur 3.1 Små virksomheders andel af vundne EU-udbud

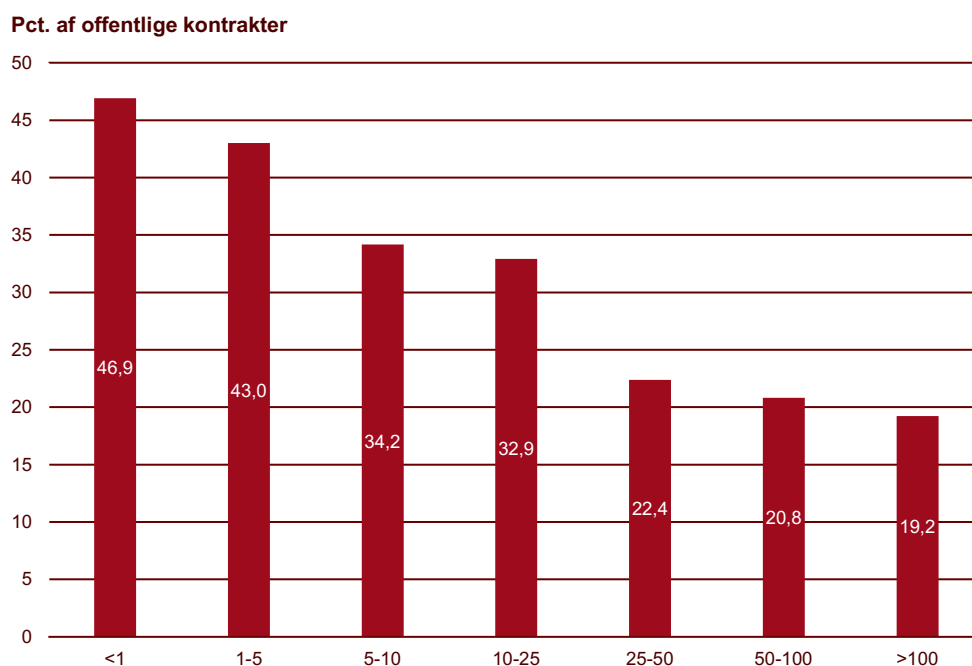


Anm.: Baseret på 14.169 udbud og delkontrakter, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. 8.110 af kontrakterne er tilknyttet en rammeaftale, mens 6.059 af kontrakterne vedrører offentlige kontrakter. Da rammeaftaler kan have flere vindere, opgøres de små virksomheders andel her som andelen af de vindende virksomheder. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt og indeholder information om antallet af ansatte i den vindende virksomhed. Opgørelsen indeholder ikke annullerede udbud, profylaksebekendtgørelser eller udbud, der er overgået til forhandling. Små virksomheder er her defineret som virksomheder med mindre end 50 ansatte.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen

Små virksomheder vinder naturligt nok især offentlige kontrakter, der har relativt lave kontraktværdier, *jf. figur 3.2*. Små virksomheder vinder således flest kontrakter med kontraktværdier under 1 mio. kr., hvor knap hver anden kontrakt vindes af en lille virksomhed. Det må på den baggrund også antages, at små virksomheder vinder en relativt større andel af de kontrakter, som ikke sendes i EU-udbud som følge af, at kontraktværdien ligger under tærskelværdien for EU-udbud. Samtidig indgår eventuelle underleverandører til større virksomheder som nævnt ikke i beregningerne.

Figur 3.2 Små virksomheders andel af offentlige kontrakter opdelt efter kontraktværdi



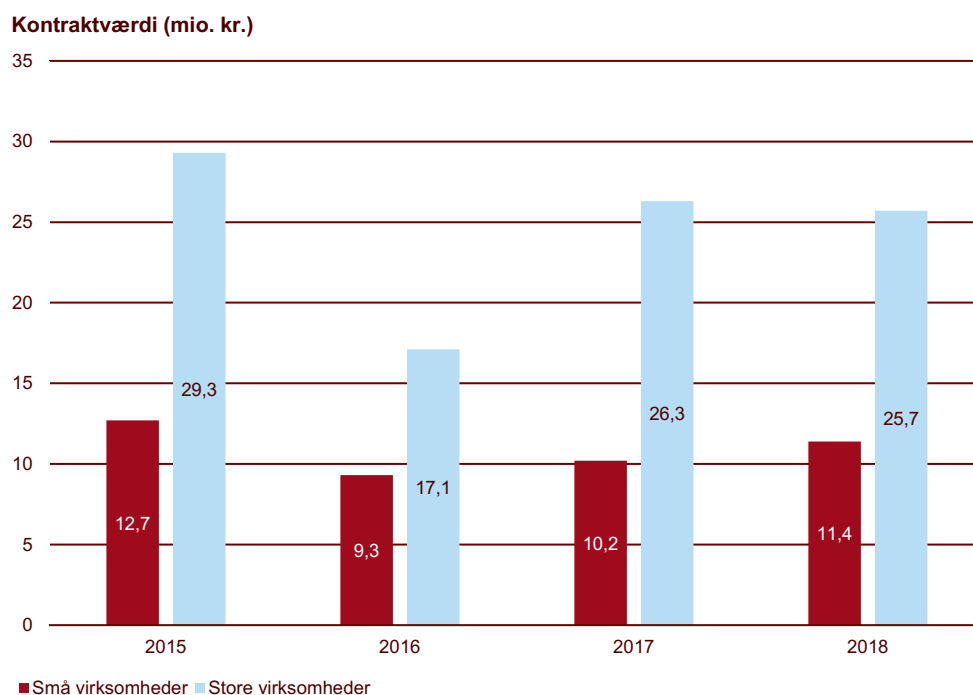
Anm.: Baseret på 4.214 udbud og delkontrakter, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt og indeholder information om antallet af ansatte i den vindende virksomhed. Kontrakter med en værdi på mere end 1 mia. kr. betragtes som outliers og er sorteret fra i opgørelsen. Opgørelsen indeholder ikke rammeaftaler, annullerede udbud, profylaksebekendtgørelser eller udbud, der er overgået til forhandling. Små virksomheder er her defineret som virksomheder med mindre end 50 ansatte.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Små virksomheder – målt ved antal ansatte – vinder også ofte relativt store kontrakter. Eksempelvis vinder små virksomheder knap 20 procent af de offentlige kontrakter med en værdi på over 100 mio. kr., *jf. figur 3.2*. Det peger på, at virksomhedernes kapacitet målt ved antallet af ansatte i mange tilfælde ikke afgør, om de kan byde på og endda vinde en stor offentlig opgave. Nogle virksomheder er dog koncernbundne med andre virksomheder og har dermed potentielt større kapacitet, end antallet af ansatte umiddelbart indikerer. Blandt de små virksomheder, der vinder de største kontrakter, er omkring halvdelen således koncernforbundne med andre virksomheder. Koncernfællesskab betyder dog ikke nødvendigvis, at virksomhederne har et reelt samarbejde, som øger den lille virksomheds faktiske kapacitet – det vil afhænge af typen af fællesskab og de konkrete aftaler mellem virksomhederne.

Den gennemsnitlige kontraktværdi af de offentlige kontrakter, som er vundet af en virksomhed med færre end 50 ansatte, var 11,4 mio. kr. i 2018. Det er lidt mere end i årene før, *jf. figur 3.3*. De kontrakter, der vindes af større virksomheder, er godt dobbelt så store, når der korrigeres for meget store kontrakter (outliers), og i 2018 vandt de små virksomheder knap 18 procent af den samlede kontraktsum, *jf. figur 3.4*. Der er særligt forskel på de gennemsnitlige kontraktværdier for små og større virksomheder ved tjenesteydelseskontrakter samt bygge- og anlægskontrakter, mens kontraktværdierne for varekøb er ca. de samme for små og store virksomheder. Den gennemsnitlige kontraktsum pr. ansat i de mindre virksomheder er imidlertid mere end 10 gange så stor som i de større virksomheder.

Figur 3.3 Gennemsnitlig kontraktværdi for offentlige kontrakter

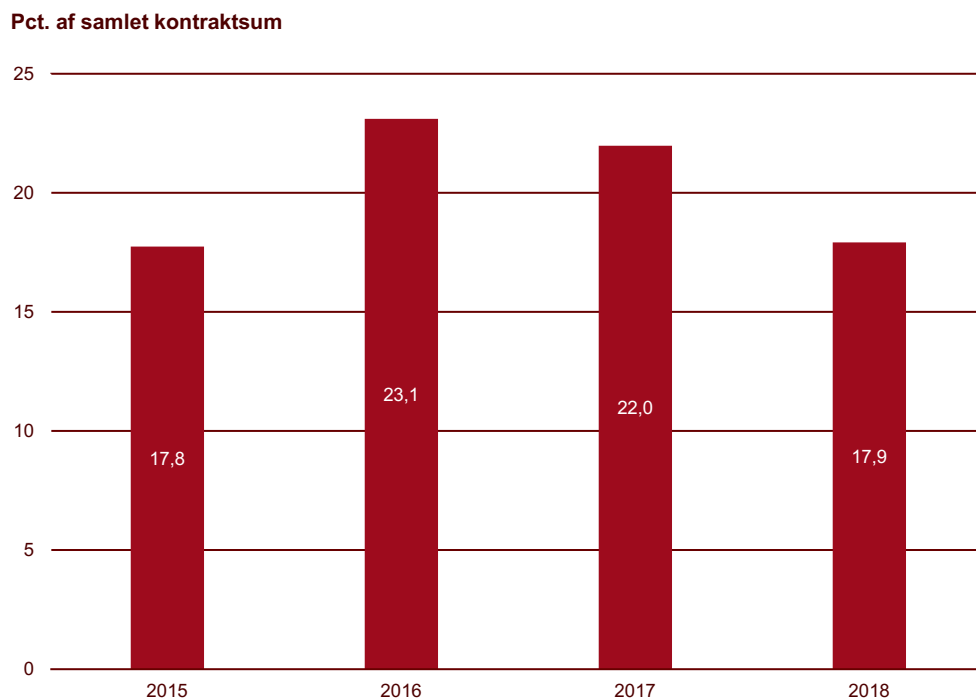


Anm.: Baseret på 4.214 udbud og delkontrakter, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt og indeholder information om antallet af ansatte i den vindende virksomhed. Kontrakter med værdi på mere end 1 mia. kr. er sorteret fra i opgørelsen af kontraktsummen. Kontrakter med en værdi på mere end 1 mia. kr. betragtes som outliers og er sorteret fra i opgørelsen. Opgørelsen indeholder ikke rammeaftaler, annullerede udbud, profylaksebekendtgørelser eller udbud, der er overgået til forhandling. Små virksomheder er her defineret som virksomheder med mindre end 50 ansatte.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Små virksomheder vandt i 2016 omkring 23 procent af den samlede kontraktsum, mens andelen var omkring 18 procent i 2018, jf. figur 3.4.

Figur 3.4 Små virksomheders andel ud af samlet kontraktværdi

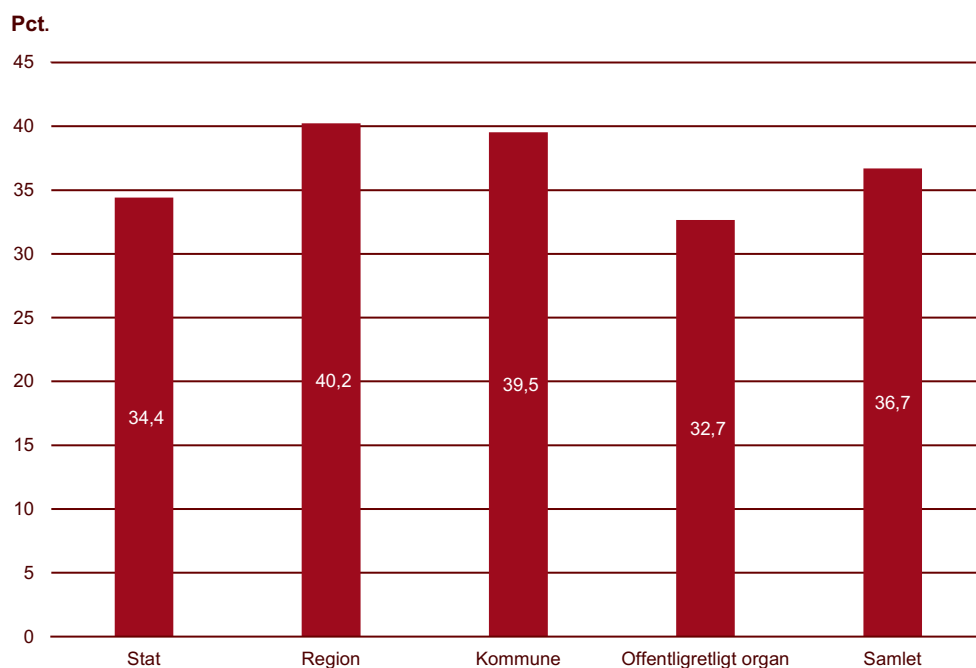


Anm.: Baseret på 6.055 udbud og delkontrakter, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt og indeholder information om antallet af ansatte i den vindende virksomhed. Kontrakter med en værdi på mere end 1 mia. kr. betragtes som outliers og er sorteret fra i opgørelsen. Opgørelsen indeholder ikke rammeaftaler, annullerede udbud, profylaksebekendtgørelser eller udbud, der er overgået til forhandling. Små virksomheder er her defineret som virksomheder med mindre end 50 ansatte.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

De små virksomheder vinder oftere regionale og kommunale kontrakter, mens opgaver fra staten og offentligretlige organer i højere grad vindes af større virksomheder, jf. figur 3.5. Det afspejler bl.a., at der er forskel på de opgaver, som skal løses.

Figur 3.5 Andelen af offentlige kontrakter, der vinderes af små virksomheder, opdelt på ordregivertype

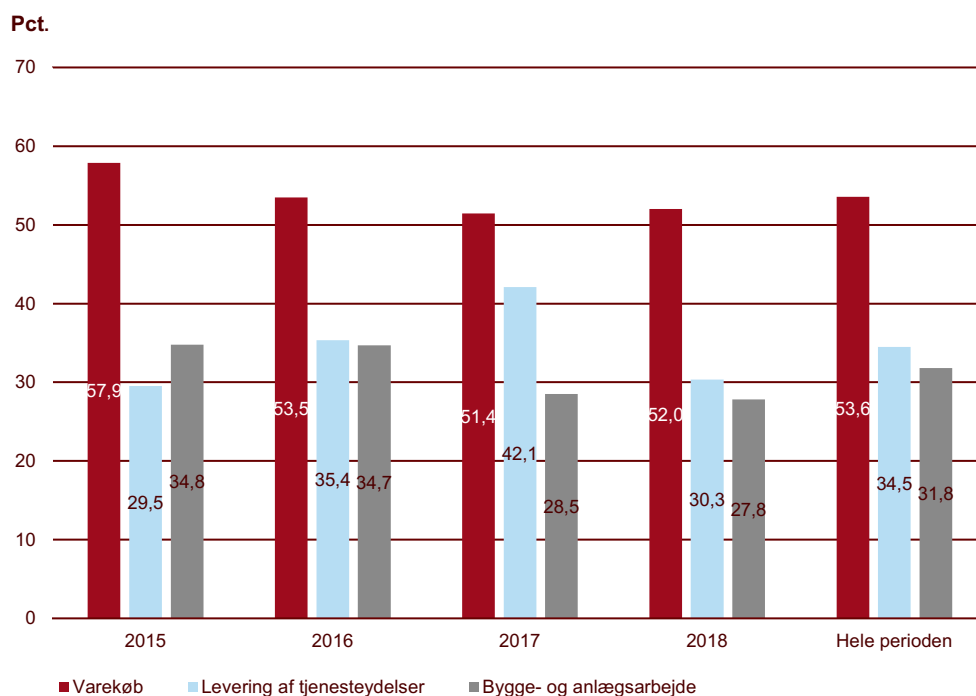


Anm.: Baseret på 6.056 udbud og delkontrakter, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt og indeholder information om antallet af ansatte i den vindende virksomhed. Europæiske agenturer indgår ikke i opgørelsen. Opgørelsen indeholder ikke rammeaftaler, annullerede udbud, profylaksebekendtgørelser eller udbud, der er overgået til forhandling. Små virksomheder er her defineret som virksomheder med mindre end 50 ansatte.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Små virksomheder vinder oftere varekøbskontrakter end tjenesteydelseskontrakter og bygge- og anlægsgaver. I 2018 vandt små virksomheder mere end halvdelen af de offentlige varekøbskontrakter, men omkring en tredjedel af tjenesteydelseskontrakterne og bygge- og anlægsgaverne, *jf. figur 3.6*. Små virksomheder vandt frem til 2017 en stigende andel af tjenesteydelseskontrakterne, mens der i 2018 ses et fald på knap 12 procentpoint. Derved vandt små virksomheder ca. lige så ofte tjenesteydelseskontrakter i 2018 som i 2015. Små virksomheders andel af varekøbs- samt bygge- og anlægsgaver har været mere stabil.

Figur 3.6 Andelen af offentlige kontrakter, der vinderes af små virksomheder, opdelt på kontrakttype



Anm.: Baseret på 6.058 udbud og delkontrakter, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt og indeholder information om antallet af ansatte i den vindende virksomhed. Opgørelsen indeholder ikke rammeaftaler, annullerede udbud, profylaksebekendtgørelser eller udbud, der er overgået til forhandling. Små virksomheder er her defineret som virksomheder med mindre end 50 ansatte.

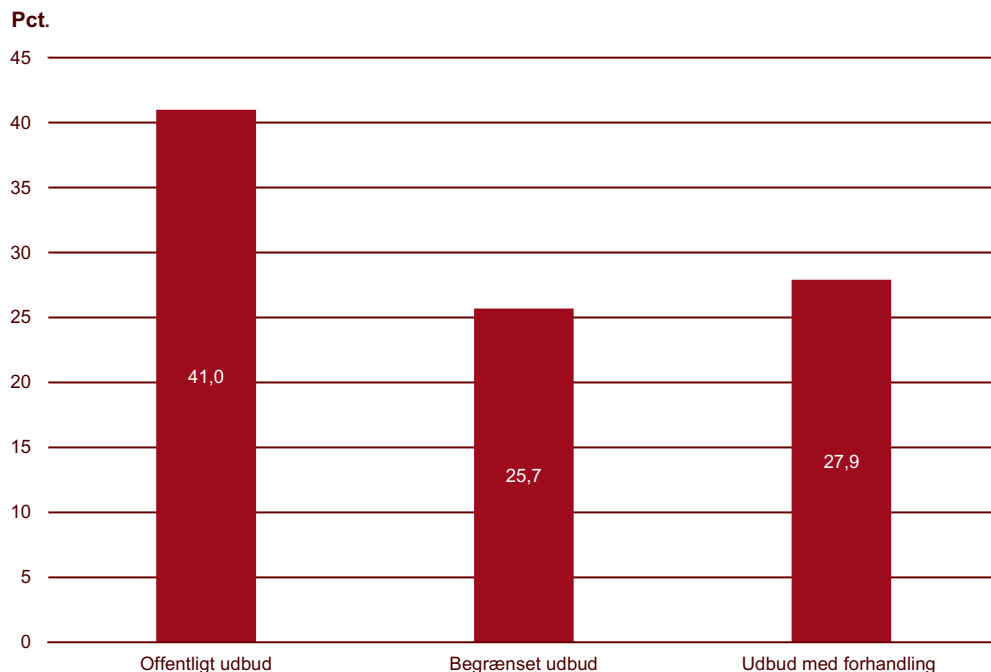
Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Denne opgørelse er dog som nævnt udelukkende baseret på EU-udbud, det vil sige udbud over tærskelværdierne. Man bør ved sammenligning af varekøb, tjenesteydelser samt bygge- og anlægsarbejde derfor være opmærksom på, at tærskelværdierne for bygge- og anlægsarbejde er væsentligt højere end for de øvrige udbud. Tærskelværdien for bygge- og anlægsarbejde er således ca. 40 mio. kr. Alle udbud under denne tærskelværdi kan gennemføres efter tilbudsloven, og disse udbud vil dermed ikke indgå i ovenstående opgørelse.

Dertil skal det bemærkes, at små virksomheder oftere er blandt vinderne ved bygge- og anlægsopgaver, der udbydes som rammeaftaler. Knap 60 procent af virksomhederne på rammeaftaler vedrørende bygge- og anlægsopgaver er små. For tjenesteydelser og varekøb er de små virksomheders andel omtrent den samme for offentlige kontrakter og rammeaftaler.

Små virksomheder vandt mere end 40 procent af de kontrakter, der udbydes som "Offentligt udbud", mens kontrakter, der blev udbudt med udbudsprocedurerne "Begrænset udbud" og "Udbud med forhandling", i godt en fjerdedel af tilfældene blev vundet af en lille virksomhed i perioden 2015-2018, jf. figur 3.7. Det skal ses i sammenhæng med, at udbud efter udbudsprocedurerne "Begrænset udbud" og "Udbud med forhandling" har højere gennemsnitlige kontraktværdier end kontrakter, der udbydes som "Offentligt udbud". Udbudsproceduren "Offentligt udbud" er den mest anvendte udbudsprocedure. Mere end 2/3 af alle offentlige kontrakter anvender denne procedure.

Figur 3.7 Andelen af offentlige kontrakter, der vindes af små virksomheder, opdelt på udbudsprocedure



Anm.: Baseret på 6.037 udbud og delkontrakter, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt og indeholder information om antallet af ansatte i den vindende virksomhed. Opgørelsen indeholder ikke rammeaftaler, annullerede udbud, profylaksebekendtgørelser eller udbud, der er overgået til forhandling. Små virksomheder er her defineret som virksomheder med mindre end 50 ansatte.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

3.3 Hovedresultater fra analyse af små virksomheders oplevede barrierer ved deltagelse i offentlige udbud

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har som led i evalueringen fået gennemført en undersøgelse af små virksomheders oplevede barrierer for deltagelse i offentlige udbud, *jf. boks 3.1*. Virksomhederne er blevet spurgt ind til deres vurdering af 30 mulige barrierer, som kan forhindre eller begrænse dem i at deltage i offentlige udbud. Hovedresultaterne er præsenteret nedenfor, og afdækningen er vedlagt i sin helhed i bilag 1.

Boks 3.1

Metode for undersøgelsen

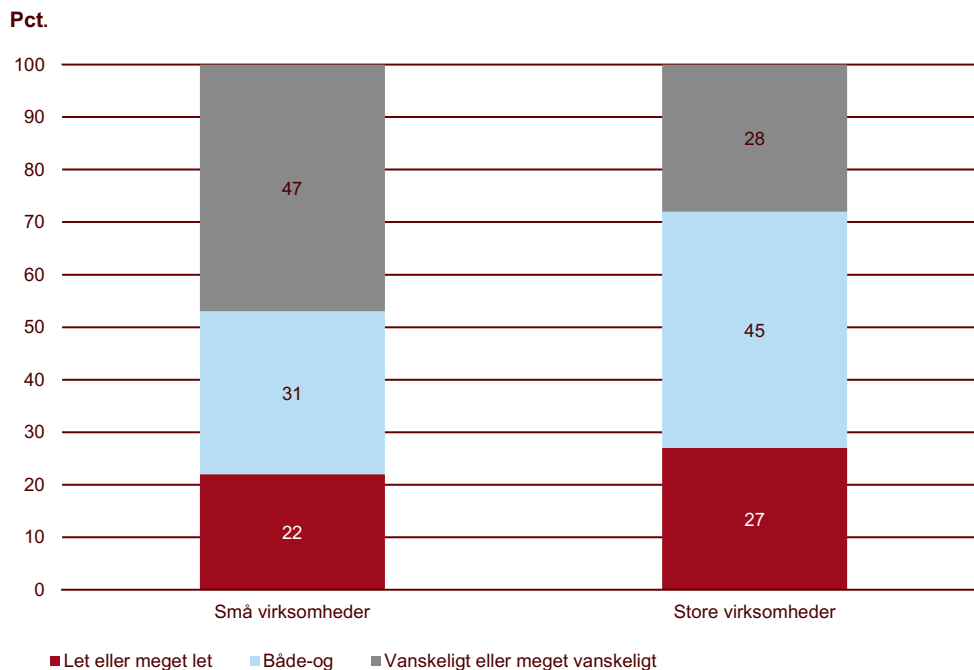
Epinion har på vegne af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen gennemført en analyse, der belyser små virksomheders oplevelse af barrierer ved at deltage i konkurrencen om offentlige opgaver. Undersøgelsen tager udgangspunkt i en spørgeskemaundersøgelse, hvor 608 virksomheder har forholdt sig til 30 mulige barrierer, som de kan opleve forhindre eller begrænser dem i at deltage i konkurrencen om offentlige udbud. Barriererne er inddelt i fire kategorier: økonomiske, processuelle, regulative og organisatoriske.

Virksomhederne er udvalgt inden for fem brancher: byggeri og anlæg, facility management, IT, varekøb og viderrådgivning. Brancherne er valgt, fordi virksomheder i disse brancher i særlig høj grad løser opgaver for offentlige ordregivere, og nogle af brancherne (IT og viderrådgivning) ofte er kendetegnet ved ret høje transaktionsomkostninger. Ca. $\frac{3}{4}$ af virksomhederne er små (dvs. har færre end 50 ansatte), mens resten er mellemstore og store. Virksomhederne er blevet bedt om, for hver barriere, at forholde sig til, hvor ofte de oplever barrieren (fra 1 – aldrig eller næsten aldrig, til 5 – altid eller næsten altid), samt hvor stor/lille de oplever, at den pågældende barriere typisk er (fra 1 – en lille barriere, som ikke forhindrer os i at byde, til 5 – en stor barriere, som forhindrer os i at byde). De to dimensioner betegnes som hyppighed og væsentlighed.

Efterfølgende blev der gennemført 15 dybdegående interviews med det formål at nuancere og udfolde forståelsen af de barrierer, de små virksomheder oplever. I de kvalitative interview er der fokuseret på små virksomheder for at få en mere nuanceret forståelse af de oplevede barrierer, der i særlig grad gør sig gældende for denne målgruppe. Der er gennemført 12 kvalitative interviews med små virksomheder, der byder på offentlige opgaver, og tre kvalitative interviews med små virksomheder, som har valgt ikke at byde på offentlige opgaver de seneste to år.

Analysen peger på, at små virksomheder generelt oplever det som vanskeligere at byde på offentlige opgaver end større virksomheder. Knap halvdelen af de små virksomheder angiver, at det overordnet set er vanskeligt eller meget vanskeligt at byde på offentlige opgaver, mens det samme er tilfældet for 28 procent af de større virksomheder, *jf. figur 3.8*. Omvendt viser dette resultat dermed også, at hovedparten af de deltagende virksomheder ikke oplever det som vanskeligt eller meget vanskeligt at byde på offentlige opgaver. Det gælder også for et lille flertal af de små virksomheder. Ca. $\frac{1}{4}$ af virksomhederne finder det overordnet set let eller meget let at byde på offentlige opgaver, mens knap $\frac{1}{3}$ af de små virksomheder og knap halvdelen af de større virksomheder har svaret både-og.

Figur 3.8 Virksomhedernes svar på, om de overordnet set finder det vanskeligt eller let at byde på offentlige opgaver



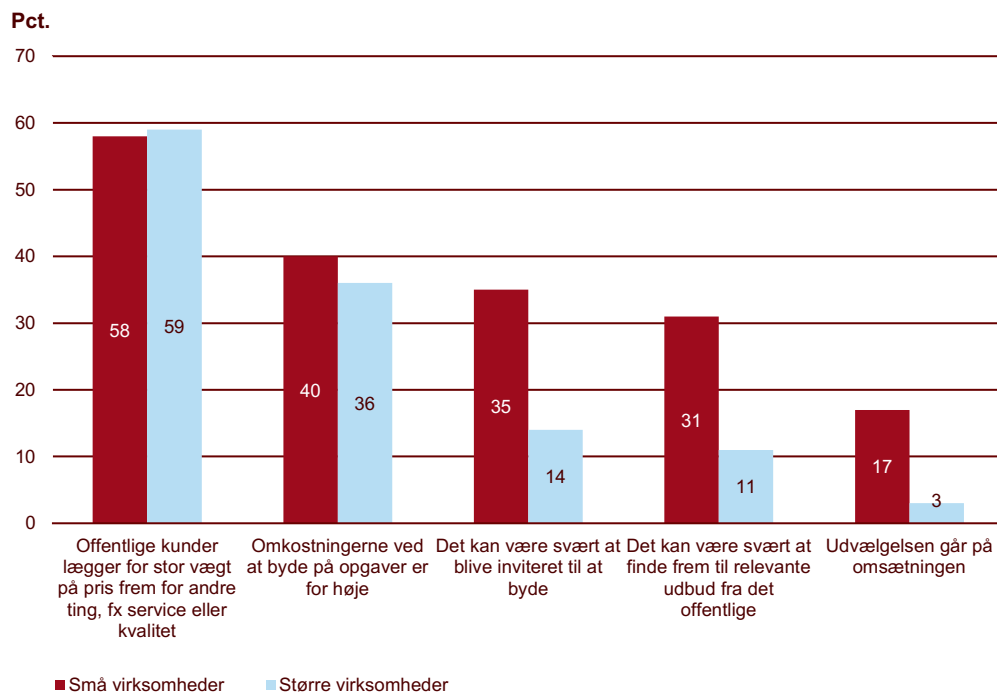
Anm.: Baseret på 608 besvarelser fra små og mellemstore virksomheder. Små virksomheder er her defineret som virksomheder med mindre end 50 ansatte. Opgørelsen indeholder ikke "Ved ikke"-besvarelser. Selve spørgsmålet, som er stillet, lyder: "Mener I overordnet set, at selve det at byde på offentlige udbud/opgaver er vanskeligt eller let?" med svarmulighederne: "Meget vanskeligt", "vanskeligt", "både-og", "let" og "meget let".

Kilde: Undersøgelse af barrierer for deltagelse i offentlige udbud (2019), bilag 1.

Spørgeskemaundersøgelsen viser, at knap 60 procent af virksomhederne hyppigt oplever, at offentlige kunder lægger for stor vægt på pris frem for service eller kvalitet, jf. figur 3.9. Det fremgår af de kvalitative interviews, at det opfattes som et legitimt hensyn, at det offentlige går op i at finde den billigste løsning. Nogle små virksomheder tilkendegiver også, at det er hensigtsmæssigt med åbenhed og transparens omkring vægtningen af pris.

Ca. 40 procent af de små virksomheder og 36 procent af de større virksomheder har relativt ofte en oplevelse af, at omkostningerne ved at byde på offentlige opgaver er for høje. I de kvalitative interviews tilkendegives det, at transaktionsomkostningerne ofte er en konsekvens af de øvrige barrierer, som eksempelvis kompleksiteten af udbudsmaterialet. De interviewede virksomheder medgiver, at det kan være lige så ressourcetungt at vinde opgaver hos private kunder, men her ses et 'tabt' projekt i højere grad som en investering i mulige fremtidige projekter.

Figur 3.9 Andelen af virksomhederne, der "altid eller næsten altid" eller "ofte" oplever den pågældende barriere



Anm.: Baseret på 608 besvarelser fra små og mellemstore virksomheder. Figuren viser andelen af de adspurgte virksomheder, der har svaret, at de "altid eller næsten altid" eller "ofte" oplever det pågældende som en barriere. Små virksomheder er her defineret som virksomheder med mindre end 50 ansatte. Opgørelsen indeholder ikke "Ved ikke"-besvarelser.

Kilde: Undersøgelse af barrierer for deltagelse i offentlige udbud (2019), bilag 1.

Nogle af barriererne opleves særligt af små virksomheder. Når en opgave har en kontraktværdi over EU's tærskelværdier, skal der laves et såkaldt EU-udbud, som offentliggøres på den europæiske database TED. Det opleves som en udfordring for de små virksomheder at finde frem til de relevante udbud. Det skyldes bl.a., at udbudssystemerne opleves som svære at navigere i.

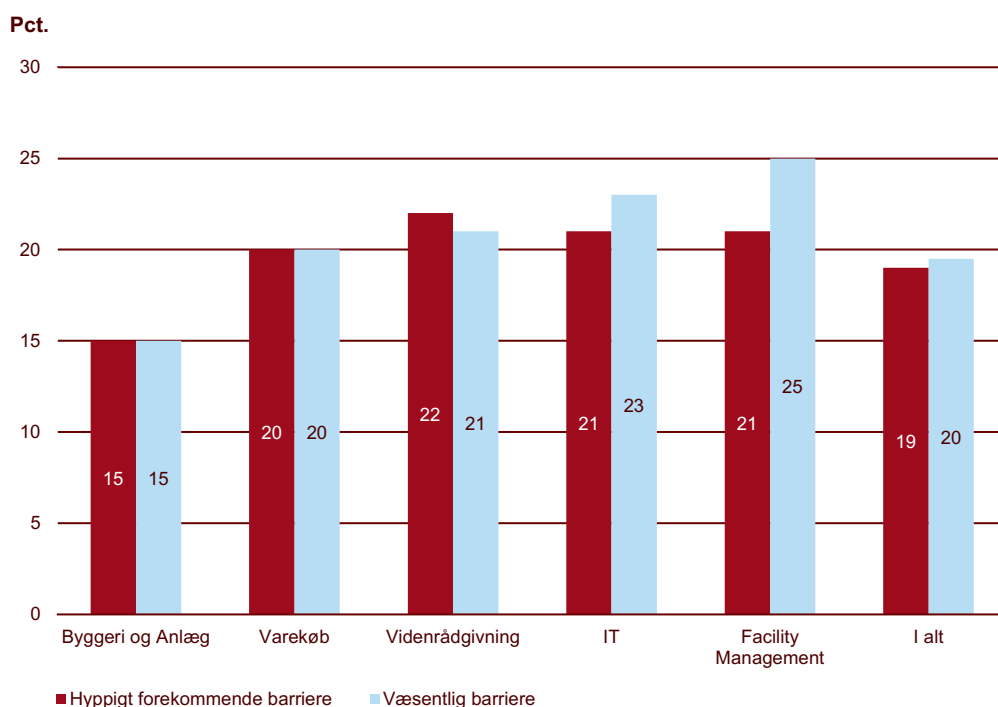
Ved indkøb under tærskelværdierne har ordregivere friere rammer til at købe ind. Her kan det være tilstrækkeligt at invitere to-tre virksomheder til at afgive tilbud. Ved opgaver under tærskelværdierne oplever små virksomheder i højere grad end de større, at det er svært at blive inviteret til at deltage i konkurrencen. Det understøttes af de kvalitative interviews, hvor der gives udtryk for, at det kan opleves som svært at etablere sig som 'top of mind' hos kunderne med henblik på at blive inviteret til at byde på opgaver. Dette beskrives dog som et vilkår, der gælder både på det offentlige og private marked.

Små virksomheder oplever det naturligt nok oftere som en barriere (end større virksomheder), når ordregivere bruger virksomhedernes omsætning som udvælgelseskriterie.

De små virksomheders svar peger på, at det i gennemsnit er ca. en femtedel af de 30 barrierer, som virksomhederne møder hyppigt (dvs. "ofte" eller "altid eller næsten altid"), og ca. en femtedel af barriererne, som opleves som væsentlige (dvs. vurderes til 4 eller 5 på en skala fra 1 – "en lille barriere, som ikke forhindrer os i at byde", til 5 – "en stor barriere, som forhindrer os i at byde"), jf. figur 3.10. Det betyder omvendt, at virksomhederne i gennemsnit oplever 80 procent af de 30 barrierer som uvæsentlige.

Der er mindre forskelle på, hvor ofte man møder barrierer i forskellige brancher. I byggeri- og anlægsbranchen oplever de små virksomheder i gennemsnit 15 procent af barriererne hyppigt, og 15 procent af barriererne opleves i gennemsnit som væsentlige. Inden for facility management er de tilsvarende tal på hhv. 21 og 25 procent.

Figur 3.10 Andelen af de små virksomheder, der oplever barriererne som hhv. hyppigt forekommende og væsentlige fordelt på brancher



Ann.: Baseret på 608 besvarelser fra små og mellemstore virksomheder. Figuren viser andelen af de små virksomheder, der har svaret, at de møder en barriere hyppigt (dvs. "ofte" eller "altid eller næsten altid" på en skala fra 1 – "aldrig eller næsten aldrig" til 5 – "altid eller næsten altid"), og andelen, der har oplevet barrieren, der svarer, at de vurderer det som en væsentlig barriere (dvs. vurderer barrieren til 4 eller 5 på en skala fra 1 – "en lille barriere, som ikke forhindrer os i at byde" til 5 – "en stor barriere, som forhindrer os i at byde"). Små virksomheder er defineret som virksomheder med mindre end 50 ansatte. Opgørelsen indeholder ikke "Ved ikke"-besvarelser.

Kilde: Undersøgelse af barrierer for deltagelse i offentlige udbud (2019), bilag 1.

Det er de samme barrierer, der går igen som mest hyppige og væsentlige. Det drejer sig således primært om økonomiske og processuelle barrierer. De økonomiske barrierer kan fx være, at det er svært at tjene penge på offentlige opgaver, eller at omkostningerne ved at byde er for høje. Processuelle barrierer kan fx være, at ordregiver lægger for stor vægt på pris frem for kvalitet, eller at muligheden for dialog med ordregiver frem mod tilbudsgivningen er for dårlig.

I de kvalitative interviews giver virksomhederne udtryk for, at udbudsprocessen opleves anderledes i det offentlige end på det private marked. Udbudsprocessen på offentlige opgaver opfattes som mere rigid end tilsvarende processer med private kunder. Det kommer især til udtryk, når det kommer til fx udbudsmaterialet, der kan være svært at forstå og skrevet i et tungt juridisk sprog.

Spørgeskemaundersøgelsen viser, at knap 30 procent af de små virksomheder vurderer, at det er en hyppigt forekommende barriere, at udbudsmaterialet er svært at forstå.

Specifikke krav til referencer opleves som en barriere blandt nogle virksomheder. Det gælder for ca. 20 procent. I de kvalitative interviews er det særligt den tidsmæssige gyldighed af referencerne og fagligt ubegrundede referencekrav, som opleves som en barriere. Omvendt er det således mere end 80 procent af virksomhederne, som aldrig, sjældent eller kun somme tider oplever rigide eller specifikke referencekrav.

3.4 Rammerne for SMV'ers deltagelse i offentlige udbud

Udbudsdirektivet understøtter SMV'ers adgang til offentlige kontrakter. Således fremgår det bl.a. af præambelbetragtning 78 til udbudsdirektivet, at offentlige udbud bør tilpasses SMV'ers behov, og at ordregiverne bør tilskyndes til at gøre brug af adfærdskodeks for offentlige kontrakter, "*Europæisk kodeks for bedste praksis for SMV's adgang til offentlige kontrakter*"¹⁸, som giver vejledning i, hvordan ordregivere kan anvende rammerne for offentlige udbud på sådan en måde, at de understøtter SMV'ers deltagelse i offentlige udbud. Det gælder eksempelvis i forhold til brugen af opdeling af kontrakter i særskilte delkontrakter og anvendelsen af elektronisk kommunikation. Det fremgår endvidere af kodekset, at ordregiveres indkøbskultur er vigtig i forhold til at sikre, at SMV'er har god adgang til offentlige indkøb.

Det fremgår af præambelbetragtning 124, at "*Som følge af SMV'ernes potentiale med hensyn til jobskabelse, vækst og innovation er det vigtigt at tilskynde til, at de deltager i offentlige udbud, både på grundlag af passende bestemmelser i dette direktiv og ved hjælp af initiativer på nationalt plan. De nye bestemmelser i dette direktiv bør bidrage til bedre resultater, hvormed der menes SMV'ernes andel af den samlede værdi af de tildelte kontrakter. Det er ikke hensigtsmæssigt at pålægge obligatoriske resultatandele, men nationale initiativer til fremme af SMV'ernes deltagelse bør følges nøje på grund af vigtigheden heraf.*"

Derudover indeholder andre præambelbetragtninger til udbudsdirektivet hensigter om at fremme SMV'ers deltagelse i offentlige udbud.¹⁹

Udbudsdirektivet indeholder flere bestemmelser, som skal tilskynde ordregiverne til at sikre bedre adgang for SMV'ers deltagelse i offentlige udbud. Det gælder bl.a. "opdel eller forklar"-princippet i artikel 46, som er implementeret i udbudslovens § 49, og som forpligter ordregiverne til at overveje at opdele en offentlig kontrakt i separate delkontrakter eller angive begrundelsen for ikke at opdele kontrakten.

¹⁸ Arbejdsdokument fra Europa-Kommissionens tjenestegrene af 25. juni 2008.

¹⁹ Se bl.a. betragtning 66 og 83 til udbudsdirektivet.

Det fremgår af udbudsdirektivets artikel 65, som er implementeret i udbudslovens § 145, at en ordregiver ved udbud med prækvalifikation har mulighed for at fastsætte objektive og ikke-diskriminerende kriterier for udvælgelsen af ansøgere. Af bemærkningerne til § 145 fremgår det, at hvis en ordregiver "... vurderer, at det er vigtigt, at de ansøgere, som vil blive opfordret til at afgive tilbud eller deltage i dialogen, er så differentierede som muligt, kan ordregiveren i forbindelse med et kriterium om det bedste konkurrencefelt eksempelvis tilkendegive, at ordregiveren ved udvælgelsen vil lægge vægt på, at de udvalgte ansøgere har forskellige virksomhedsprofiler. Ordregiveren kan eksempelvis tilkendegive, at der vil blive lagt vægt på, at der både er små, mellemstore, store og udenlandske virksomheder blandt de ansøgere, som vil blive opfordret til at afgive tilbud eller deltage i dialogen. [...] Hvis der eksempelvis skal udvælges fem ansøgere til at afgive tilbud, kan ordregiveren beskrive, at ordregiveren vil lægge vægt på, at mindst en af de ansøgere, som vil blive opfordret til at afgive tilbud, er en lille eller mellemstor virksomhed."

Endvidere er de regler, som sigter på at reducere transaktionsomkostninger, bl.a. motiveret af at sikre bedre adgangsforhold for SMV'er. Dette ses fx i kravet om anvendelse af det fælles europæiske udbudsdokument (ESPD)²⁰ og kravet om anvendelse af elektroniske kommunikationsmidler i forbindelse med udbud.²¹

3.5 Centrale problemstillinger vedrørende SMV'ers deltagelse i offentlige udbud

Som det fremgår ovenfor, lægges der flere steder i udbudsdirektivet og ligeledes i udbudsloven vægt på at sikre små virksomheders adgang til offentlige udbud. Det er også blevet bekræftet af medlemmerne i den tekniske arbejdsgruppe og Forum for Udbud, at udbudsloven giver brede rammer for at inddrage små virksomheder i opgaveløsningen. Det er i den forbindelse også blevet påpeget, at anvendelsen af disse muligheder afhænger af de enkelte ordregivers udbudspolitik og -praksis.

I forbindelse med høringen er der blevet peget på tre specifikke problemstillinger i forhold til at sikre SMV'ernes mulighed for at deltage i offentlige udbud:

1. Mangelfuld efterlevelse af "opdel eller forklar"-princippet.
2. Krav til ansøgers eller tilbudsgivers egnethed, som kan forhindre små virksomheder i at deltage i udbud.
3. Krav til dokumentation, som kan være en barriere for små virksomheder.

Desuden vil flere af de emner, som behandles i de efterfølgende kapitler, også have betydning for små virksomheders tilskyndelse til at byde på offentlige kontrakter. Det gælder fx øget anvendelse af dynamiske indkøbssystemer, som kan gøre det både nemmere for små virksomheder at få adgang til offentlige opgaver og mindske omkostningerne ved at byde på opgaverne, jf. afsnit 7.4.5 i kapitel 7.

3.5.1 Efterlevelse af "opdel eller forklar"-princippet

Forud for gennemførelsen af et udbud står den offentlige institution over for flere valg i forhold til opgavens, og dermed udbuddets, organisering. Helt overordnet skal en ordregiver bl.a. overveje, om opgaven omfatter flere delopgaver, som skal udbydes enten a) hver for sig som selvstændige mindre udbud og efterfølgende selvstændige kontrakter eller b) som et større

²⁰ Se betragtning 84 til udbudsdirektivet.

²¹ Se betragtning 87 til udbudsdirektivet.

samlet udbud, som omfatter alle opgaverne. Boks 3.2. nedenfor præsenterer et illustrativt eksempel på dette.

Hvis det vurderes mest hensigtsmæssigt, eksempelvis med henblik på at begrænse transaktionskostningerne, at samle delopgaverne i ét udbud, skal ordregiveren også tage stilling til, hvorvidt udbuddet skal opdeles i særskilte delkontrakter eller i stedet udbydes som en samlet kontrakt.

Hvis ordregiveren vælger ikke at opdele opgaven i særskilte delkontrakter, skal ordregiveren oplyse om baggrunden herfor (det såkaldte "opdel eller forklar"-princip). I den forbindelse har enkelte høringsparter anført, at "opdel eller forklar"-princippet ikke har virket efter hensigten, og at pligten til enten at opdele eller begrunde efter deres opfattelse ikke efterleves.

"Opdel eller forklar"-princippet gælder for alle udbud. Hvis en ordregiver således har valgt fra start at dele en opgave op i mindre delopgaver og udbyde disse hver for sig, så vil disse udbud fremstå som "ikke-opdelte" selvstændige udbud, som SMV'er evt. har gode muligheder for at byde på. Ordregiveren skal i henhold til "opdel eller forklar"-princippet også i disse tilfælde angive en forklaring på, hvorfor udbuddet ikke er opdelt. Hvis et udbud ikke er opdelt, kan det således være udtryk for, at ordregiveren på forhånd har organiseret opgaveløsningen, så der foretages særskilte udbud af mindre (del)opgaver.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgeskemaundersøgelse peger på, at "opdel eller forklar"-princippet har øget ordregiveres fokus på, om en kontrakt skal opdeles i særskilte delkontrakter, jf. figur 3.16 nedenfor, ligesom der også har været en stigende efterlevelse af princippet, jf. figur 3.13. Der er dog stadig ganske mange tilfælde, hvor ordregivere ikke forklarer, hvorfor deres udbud ikke er opdelt.

Regler vedrørende opdeling af udbud

Det fremgår af udbudsdirektivets artikel 46, stk. 1, at:

"1. De ordregivende myndigheder kan beslutte at tildele en kontrakt i form af særskilte delkontrakter og kan afgøre størrelsen og genstanden for sådanne delkontrakter. De ordregivende myndigheder angiver, bortset fra i kontrakter, hvis opdeling er gjort obligatorisk i henhold til denne artikels stk. 4, de vigtigste grunde til deres beslutning om ikke at opdele kontrakten i delkontrakter, og dette indarbejdes i udbudsdokumenterne eller den individuelle rapport, der er omhandlet i artikel 84."

Det fremgår endvidere af artikel 46, stk. 4, at:

"4. Medlemsstater kan til gennemførelse af stk. 1, andet afsnit, gøre det obligatorisk at tildele kontrakter i form af separate delkontrakter på betingelser, der fastsættes nærmere i overensstemmelse med deres nationale lovgivning og under henvisning til EU-retten. Under sådanne omstændigheder finder stk. 2, første afsnit, og i givet fald stk. 3, anvendelse."

Det fremgår af udbudsdirektivets præambelbetragtning 78, at med henblik på at tilpasse offentlige udbud til SMV'ers behov og for at øge konkurrencen bør ordregivere tilskyndes til især at opdele kontrakter i delkontrakter. Det fremgår endvidere, at en "... opdeling kan foretages på et kvantitativt grundlag, således at de individuelle kontrakter svarer bedre til SMV'ernes kapacitet, eller på et kvalitativt grundlag i overensstemmelse med de forskellige deltagende erhverv og specialiseringer for at tilpasse indholdet af de individuelle kontrakter bedre til de specialiserede SMV-sektorer eller i overensstemmelse med forskellige efterfølgende projektfaser."

Betragtning 78 angiver endvidere, at hvis en ordregiver finder, at det ikke er hensigtsmæssigt at opdele en kontrakt i delkontrakter, bør en angivelse af de primære årsager til ordregiverens valg fremgå af den individuelle rapport eller udbudsdokumenterne. Det fremgår, at årsagerne

til ikke at opdele en kontrakt fx kan begrundes i, at ordregiveren ”... mener, at en sådan opdeling kunne risikere at begrænse konkurrencen eller gøre det uforholdsmæssigt teknisk vanskeligt eller dyrt at gennemføre kontrakten, eller at nødvendigheden af at koordinere de forskellige ordremodtagere af delkontrakterne indebærer en alvorlig risiko for, at den korrekte udførelse af kontrakten undermineres.”

Præambelbetragtning 78 angiver ligeledes, at det bør stå medlemsstaterne frit for at kunne gå videre i deres bestræbelser på at fremme SMV'ernes deltagelse i offentlige udbud. Dette fx ved at gøre en opdeling i delkontrakter obligatorisk under visse omstændigheder.

Udbudsdirektivets artikel 46 er implementeret i udbudslovens § 49. Det fremgår af § 49, stk. 1 og 2, at:

”En ordregiver kan udbyde særskilte delkontrakter i stedet for at udbyde en samlet kontrakt.

Stk. 2. Udbyder en ordregiver ikke særskilte delkontrakter, skal ordregiveren i udbudsmaterialet oplyse om baggrunden herfor.”

Af lovbemærkningerne til udbudslovens § 49, stk. 2, fremgår det, at en begrundelse for ikke at opdele en kontrakt i særskilte delkontrakter kan være varetagelsen af økonomiske eller markeds-mæssige hensyn. Det fremgår, at markeds-mæssige hensyn fx kan være relevante, hvis ordregiveren vurderer, at den markeds-mæssige situation betyder, at der ikke vil være en konkurrence om de særskilte delkontrakter, hvis en kontrakt opdeles. Det fremgår endvidere, at økonomiske hensyn fx kan være relevante, hvis ordregiveren vurderer, at der kan opnås økonomiske fordele, såsom stordriftsfordele, ved ikke at opdele kontrakten. Endvidere kan økonomiske hensyn eksempelvis angå selve udbudsprocessen i forhold til udbudsomkostningerne, men kan også angå omkostningerne forbundet med den efterfølgende kontraktadministration.

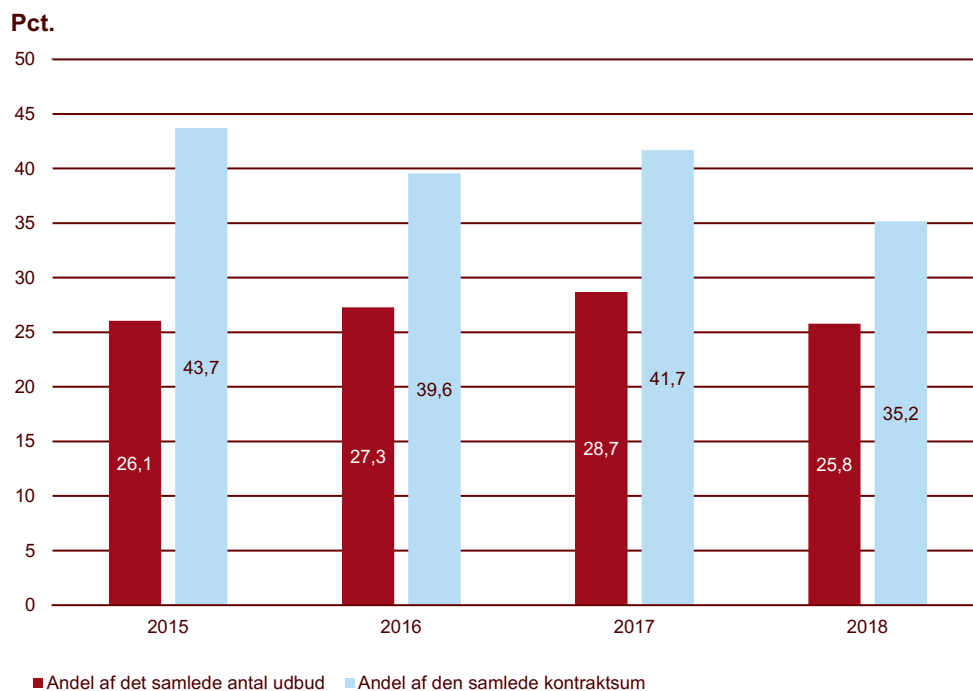
Lovbemærkningerne til udbudslovens § 49, stk. 2, angiver endvidere, at en ordregiver har et vidt skøn til at vurdere, hvorvidt det er hensigtsmæssigt at opdele en kontrakt eller ej, og at dette skøn ikke kan tilsidesættes, medmindre ordregiveren har handlet i strid med principperne i udbudslovens § 2.

Med udbudsloven er der således indført en pligt for ordregivere til at overveje at opdele kontrakter i særskilte delkontrakter og at anføre i udbudsmaterialet, såfremt kontrakten ikke opdeles. Udbudsdirektivets mulighed, som fremgår af artikel 46, stk. 4, for at indføre en obligatorisk opdeling i delkontrakter er derimod ikke indført i udbudsloven.

Praksis hos danske ordregivere vedrørende opdeling af udbud

”Opdel eller forklar”-princippet har primært til formål at sikre, at ordregivere overvejer, om det vil være hensigtsmæssigt at opdele en kontrakt i mindre delkontrakter. Hvis kontrakterne opdeles i mindre delkontrakter, kan det være nemmere for SMV'er at deltage i udbuddet.

Andelen af udbud, der er opdelt i mindre delkontrakter, er steget fra godt 26 procent i 2015 til knap 29 procent i 2017, men er herefter faldet til knap 26 procent i 2018, *jf. figur 3.11*. Opdelte udbud har i gennemsnit en højere samlet kontraktværdi end ikke-opdelte udbud. I 2018 udgjorde opdelte udbud således godt 35 procent af den samlede kontraktsum. Det er lidt mindre end i årene før.

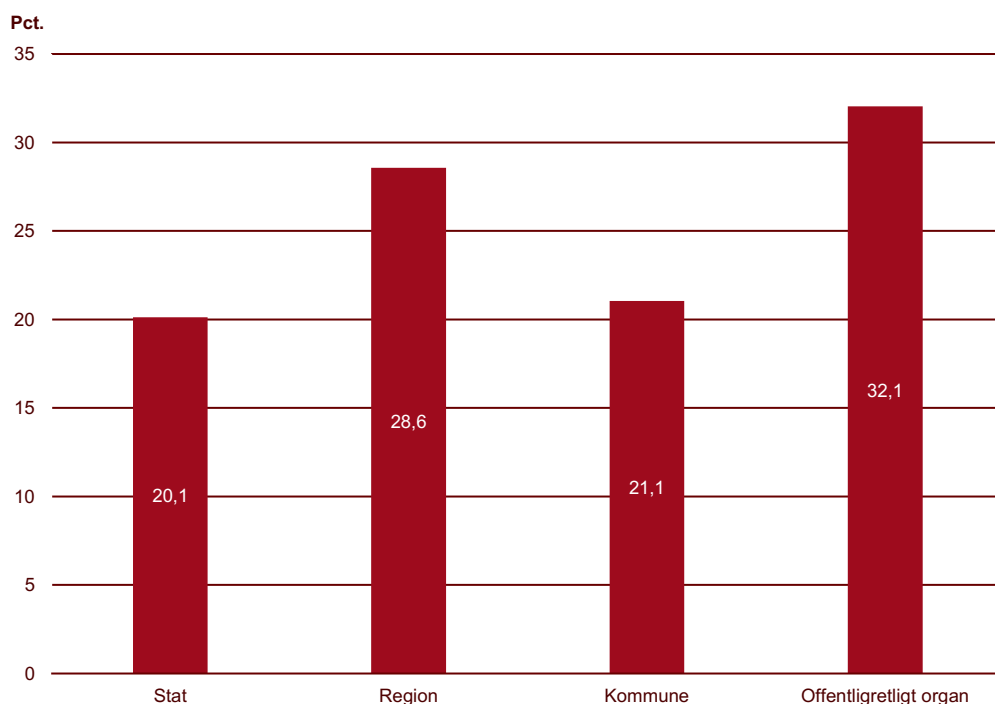
Figur 3.11 Opdelte udbuds andel af de danske EU-udbud

Anm.: Baseret på 7.742 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Opgørelsen indeholder både offentlige kontrakter og rammeaftaler. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen. Kontrakter med en værdi på mere end 1 mia. kr. betragtes som outliers og er sorteret fra i opgørelsen. Når der ikke er oplysninger om den endelige kontraktværdi, anvendes et gennemsnit for ydelsestypen. For rammeaftaler anvendes den estimerede maks.-værdi for hele rammeaftalens løbetid.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Det er særligt offentligretlige organer og regioner, der opdeler deres udbud. I 2018 blev knap 1/3 af de offentligretlige organers udbud opdelt i mindre delaftaler, mens regionerne opdelt knap 30 procent af deres udbud, *jf. figur 3.12*. Kommuner og statslige ordregivere opdelt godt 1/5 af deres udbud. Opdelte udbud bestod i 2018 i gennemsnit af knap syv delkontrakter.

Figur 3.12 Andel af danske EU-udbud, der er opdelt i mindre delkontrakter fordelt på ordregivertype, 2018



Anm.: Baseret på 1.949 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet i 2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Europæiske agenturer indgår ikke i opgørelsen. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Opgørelsen indeholder både offentlige kontrakter og rammeaftaler. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Når en kontrakt kan opdeles i mindre delkontrakter, kan disse delkontrakter som nævnt alternativt udbydes separat som mindre udbud, der hver for sig ikke er opdelt. Hvis en ordregiver vælger en organisering af udbuddene, der indebærer, at der gennemføres en række mindre udbud uafhængigt af hinanden, vil disse udbud indgå i opgørelsen som et ikke-opdelt udbud. Samtidig har ordregiveren pligt til at afgive en forklaring på, hvorfor udbuddet ikke er opdelt, selv om ordregiveren altså har tilrettelagt sin organisering af opgaven med henblik på at gøre det attraktivt for små virksomheder at byde på opgaven. Færre opdelt udbud kan derfor i sig selv ikke tages som udtryk for, at små virksomheder ikke tilgodeses, da det også afhænger af den valgte bagvedliggende organisering af opgaven hos ordregiveren. Boks 3.2 giver et illustrativt eksempel herpå.

Boks 3.2
Illustrativt eksempel

En offentlig institution får varetaget følgende opgaver i forbindelse med ejendomsdrift: rengøring, elektriskydelse samt pasning af grønne arealer. Denne ordregiver kan vælge mellem følgende måder at organisere opgavevaretagelsen og den tilhørende udbudsproces på:

A: Institutionen vælger et samlet facility-udbud, hvor man ønsker den samme leverandør til at varetage alle tre opgaver. I dette tilfælde udbydes en samlet opgave under én kontrakt, og der skal angives en forklaring på, hvorfor man har valgt ikke at opdele opgaven – det kunne fx være, at markedsafdækningen viste, at der er stordriftsfordele ved at lave et samlet udbud. I opgørelsen vil dette fremgå som et ikke-opdelt udbud.

B: Institutionen vælger at samle opgaverne i ét samlet udbud, men med tre delkontrakter for henholdsvis rengøring, elektriskydelse samt pasning af grønne arealer. Tilbudsgiverne har mulighed for at byde på én, to eller tre delkontrakter. I opgørelsen vil dette fremgå som et opdelt udbud.

C: Institutionen vælger at udbyde de tre opgaver i tre separate og uafhængige udbud. Det vil sige, at der offentliggøres en udbudsbekendtgørelse for hver af de tre opgaver. I dette tilfælde skal ordregiveren for hver af de tre udbud afgive en forklaring på, hvorfor udbuddet ikke er opdelt, selv om opgaverne i forvejen er skåret til. I opgørelsen vil dette fremgå som tre separate udbud, der ikke er opdelt.

B og C vil således begge give tilbudsgiverne samme mulighed for at byde på en eller flere delopgaver, men i opgørelsen vil B fremgå som et opdelt udbud, mens C vil fremgå som tre ikke-opdelte udbud.

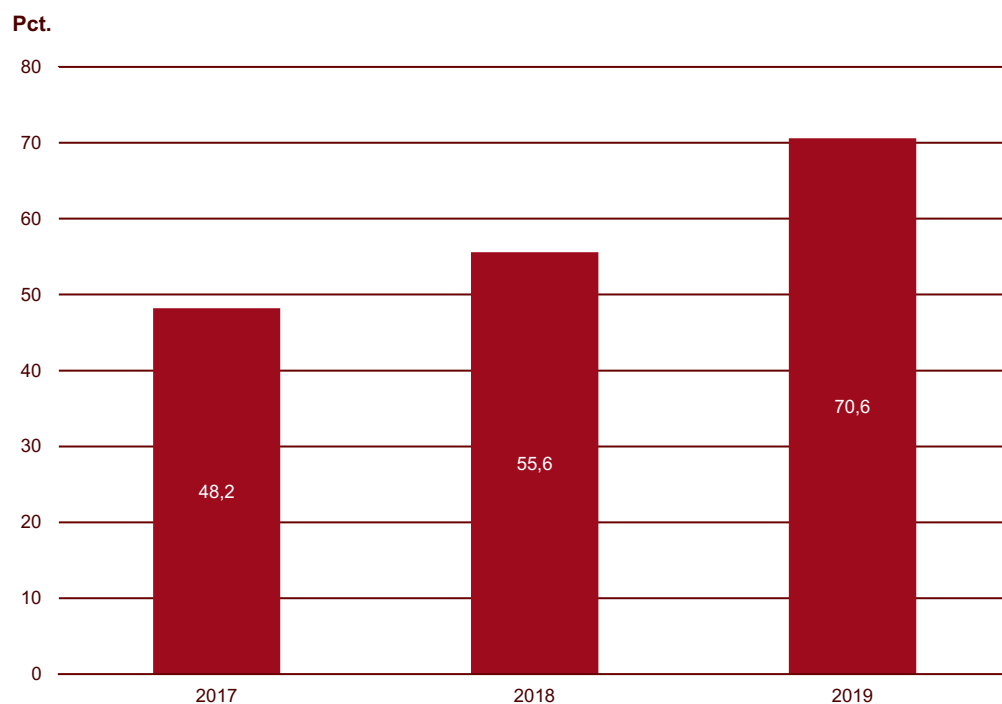
For at få et indblik i efterlevelsen af "opdel eller forklar"-princippet har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen siden 2017 årligt evalueret efterlevelsen, *jf. boks 3.3*.

Boks 3.3
Metode bag undersøgelse af "opdel eller forklar"-princippet

Efterlevelsen af "opdel eller forklar"-princippet er undersøgt på baggrund af stikprøver på mellem 150 og 300 EU-udbud, hvor det fulde udbudsmateriale er gennemlæst med henblik på at finde en potentiel forklaring på, hvorfor et udbud ikke er opdelt i mindre delkontrakter.

I 2019 udgjorde stikprøven 254 EU-udbud, der er offentliggjort i perioden 15. juni til 31. juli 2019 og udbudt efter udbudsdirektivet. Heraf var godt 26 pct. opdelt i mindre delkontrakter. Stikprøven er repræsentativ.

I 2019 var det for godt 70 procent af de ikke-opdelte udbud muligt at identificere en forklaring, hvilket svarer til knap 85 procent af den undersøgte kontraktsum. I ca. 30 procent af tilfældene blev princippet således ikke efterlevet. I 2017 og 2018 var andelen af de ikke-opdelte udbud med forklaring på hhv. 48,2 procent og 55,6 procent, *jf. figur 3.12*. Det peger på, at ordregiverne er blevet mere opmærksomme på, at de skal angive en forklaring, hvis de ikke opdeler deres udbud i mindre delkontrakter, men også at der fortsat er en del ordregivere, der ikke efterlever princippet.

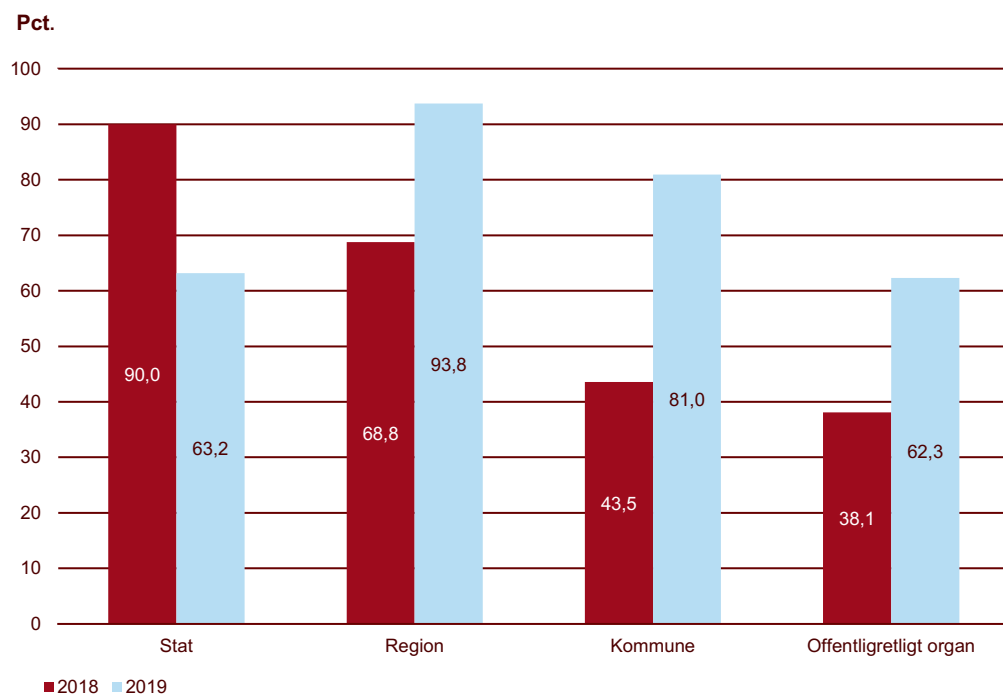
Figur 3.13 Andel af ikke-opdelte udbud, hvor der er angivet en forklaring

Anm.: Baseret på hhv. 137, 189 og 187 ikke-opdelte udbud ud fra stikprøver i 2017, 2018 og 2019. Da der er tale om stikprøver, kan nogle af udsvingene tilskrives statistisk usikkerhed.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens stikprøver udtaget i hhv. 2017, 2018 og 2019 på baggrund af danske EU-udbud i TED.

Stigningen i andelen af ikke-opdelte udbud med forklaringer på, at der ikke er sket opdeling, er særligt sket hos kommuner og offentligretlige organer, hvor andelen med forklaring er næsten fordoblet. Regionerne har øget efterlevelsen til et højt niveau, så de i 2019 har angivet en forklaring i knap 94 procent af deres ikke-opdelte udbud, *jf. figur 3.14*. Efterlevelsen er lavere i staten og hos offentligretlige organer.

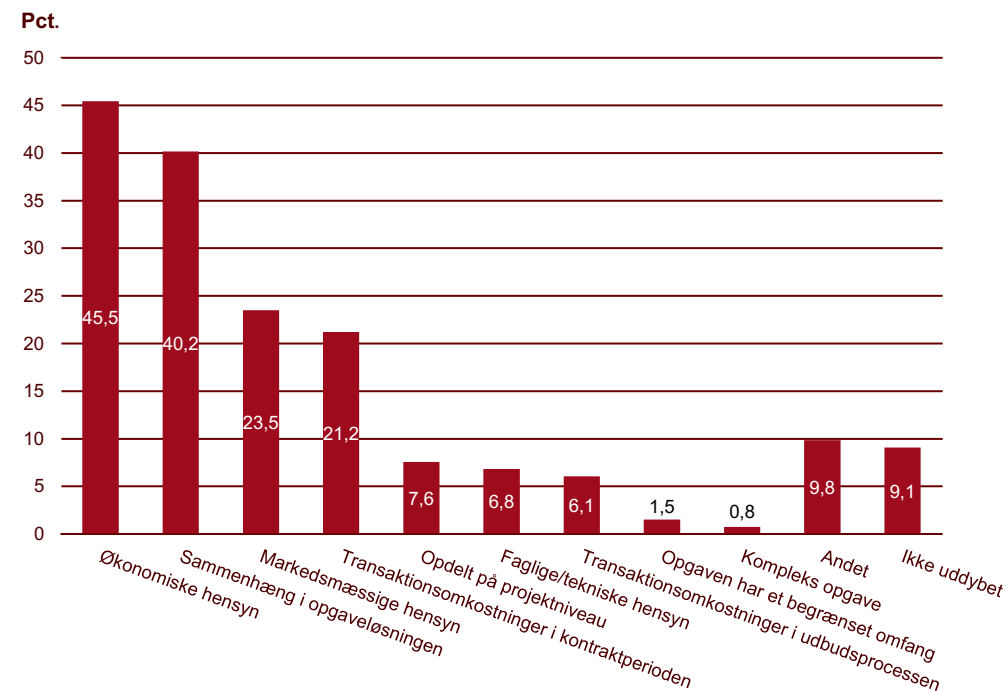
Figur 3.14 Andel af ikke-opdelte udbud, hvor der er angivet en forklaring fordelt på ordregivertype



Anm.: Baseret på hhv. 189 og 184 ikke-opdelte udbud i 2018 og 2019. Da der er tale om stikprøver, kan nogle af udsvingene tilskrives statistisk usikkerhed.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens egen stikprøve i 2019 på baggrund af danske EU-udbud i TED.

Der er ingen konkrete form- eller indholdsmæssige krav til, hvordan ordregivere udarbejder deres forklaringer. Forklaringerne er derfor ved kortlægningen kategoriseret i 11 grupper. Blandt de godt 70 procent ikke-opdelte udbud, hvor der er fundet en forklaring, er økonomiske hensyn og sammenhæng i opgaveløsningen de mest dominerende forklaringer. Op imod halvdelen af ordregiverne angiver årsager inden for disse kategorier som forklaring på, at der ikke opdeles, *jf. figur 3.15*.

Figur 3.15 Fordeling af ordregivers forklaring for ikke at opdele deres udbud, 2019

Anm.: Baseret på 227 angivne begrundelser for ikke at opdele udbud fordelt på 132 individuelle besvarelser i 2019. Den samlede pct. er derfor over 100 pct., idet ordregiverne kan angive flere forhold som baggrund for ikke at opdele kontrakten. Da der er tale om stikprøver, kan nogle af udsvingene tilskrives statistisk usikkerhed. Kategorierne er baseret på en vurdering af ordregivers kvalitative svar.

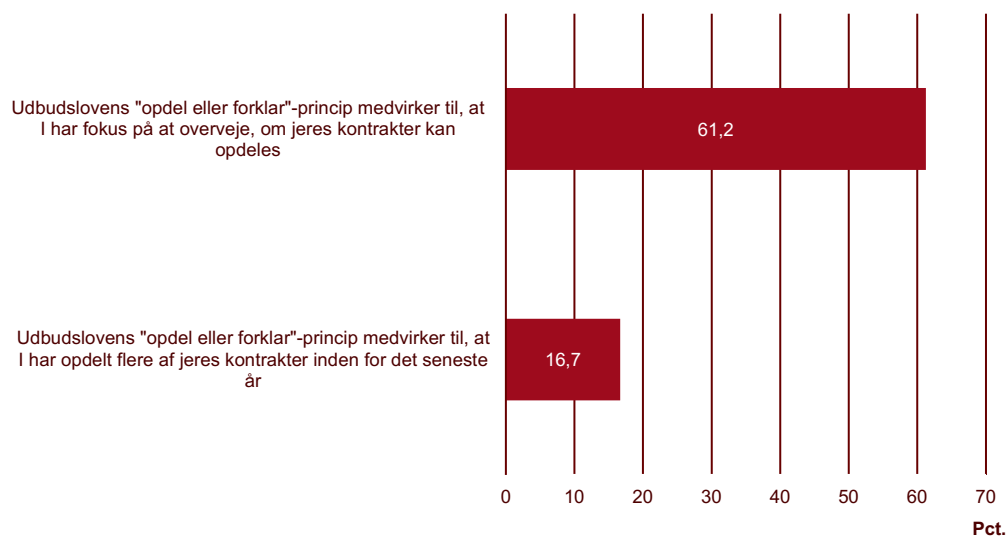
Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens egen stikprøve i 2019 på baggrund af danske EU-udbud i TED.

Ca. en fjerdedel af ordregiverne angiver en forklaring, som vedrører markedsmæssige forhold eller hensyn, mens godt en femtedel angiver transaktionsomkostninger i kontraktperioden som årsag til, at udbuddet ikke opdeles i mindre delkontrakter. Forklaringerne refererer i visse tilfælde til flere forhold som begrundelse for, at kontrakten ikke er opdelt.

I en spørgeskemaundersøgelse²² foretaget af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er ordregivere blevet spurgt om deres vurdering af de forskellige initiativer i udbudsloven rettet mod små og mellemstore virksomheder. Undersøgelsen viser, at godt 60 procent af ordregiverne vurderer, at udbudsloven har øget deres fokus på, om en kontrakt kan opdeles eller ej. Samtidig vurderer ca. 17 procent af ordregiverne, at udbudsloven har medvirket til, at de oftere opdeler en kontrakt, jf. figur 3.16.

²² Se boks 2.1.

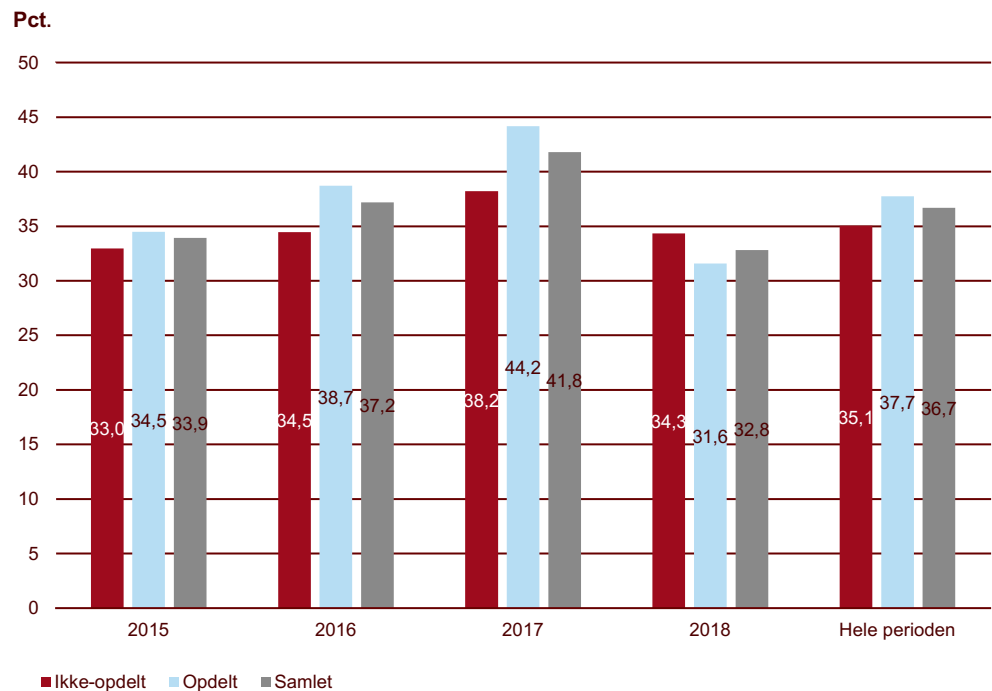
Figur 3.16 Andelen af de adspurgte ordregivere, der har svaret ja til nedenstående spørgsmål om "opdel eller forklar"-princippet



Ann.: Baseret på hhv. 147 og 150 besvarelser af ordregivende organisation. Opgørelsen indeholder ikke "Ved ikke"-besvarelser (hhv. 27 og 23 observationer for de to spørgsmål).

Kilde: Egne beregninger på baggrund af en spørgeskemaundersøgelse blandt offentlige ordregivere i 2019.

Små virksomheder vinder både opdelt og ikke-opdelt kontrakter, *jf. figur 3.17*. I perioden 2015-2018 vandt små virksomheder en lidt større andel af opdelt kontrakter. Opdeling af et udbud kan i nogle tilfælde styrke små virksomheders mulighed for at deltage i konkurrencen. Særligt bygge- og anlægsgøper vindes oftere af små virksomheder, når de er opdelt i mindre delkontrakter.

Figur 3.17 Små virksomheders andel af offentlige kontrakter opdelt på opdelt/ikke-opdelt kontrakter

Anm.: Baseret på 6.058 udbud og delkontrakter, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt og indeholder information om antallet af ansatte i den vindende virksomhed. Opgørelsen indeholder ikke rammeaftaler, annullerede udbud, profylaksebekendtgørelser eller udbud, der er overgået til forhandling. Små virksomheder er her defineret som virksomheder med mindre end 50 ansatte.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

I den tidligere omtalte barriereundersøgelse var det knap 20 procent af de små virksomheder, som ofte oplevede det som en barriere, at en kontrakt ikke var opdelt i mindre delkontrakter, og at virksomheden derfor ikke havde ressourcer til at løse hele opgaven. Det er dog kun knap en fjerdedel af de små virksomheder, der oplever denne barriere, som samtidig giver udtryk for, at det er en væsentlig barriere. Større virksomheder oplever næsten lige så ofte manglende opdeling som en barriere, men de oplever barrieren som lidt mindre væsentlig.

Vurdering af danske ordregiveres opdeling af udbud

Hvis en større kontrakt opdeles i særskilte delkontrakter, kan det i nogle situationer medføre en øget konkurrence om kontrakten. Det kan fx være tilfældet, hvis en opdeling foretages således, at de individuelle kontrakter svarer bedre til SMV'ernes kapacitet eller specialiserede kompetencer. En opdeling kan dermed resultere i en øget konkurrence og en bedre opgaveløsning.

Omvendt kan en opdeling af en kontrakt i særskilte delkontrakter gøre det vanskeligt fx at udnytte stordriftsfordele eller at undgå omkostningstung koordinering af flere delkontrakter, som kan betyde, at den korrekte gennemførelse af kontrakten vanskeliggøres. Det kan gøre det vanskeligt eller dyrt at gennemføre kontrakten.

Udbudsdirektivets artikel 46, stk. 4, giver medlemsstaterne mulighed for at gøre det obligatorisk for ordregivere at tildele kontrakter i form af særskilte delkontrakter.

Hvis en medlemsstat benytter denne mulighed, således at ordregivere forpligtes til at tildele kontrakter i særskilte delkontrakter, vil det begrænse den fleksibilitet, som ordregiver har på nuværende tidspunkt til at vurdere, hvad der er mest hensigtsmæssigt i et konkret udbud.

I den danske udbudslov har man indført "opdel eller forklar"-princippet for at styrke tilskyndelsen til at tilpasse udbud til SMV'ers behov uden at fjerne ordregiveres fleksibilitet og muligheden for at tilrettelægge udbuddet efter forholdene.

Initiativerne i udbudsloven har øget ordregiveres fokus på, om en kontrakt skal opdeles i særskilte delkontrakter. Endvidere er efterlevelsen af "opdel eller forklar"-princippet steget markant de senere år fra 48 procent i 2017 til knap 71 procent i 2019.

Der er dog stadig knap et ud af tre ikke-opdelte udbud, hvor der ikke angives en forklaring på, at udbuddet ikke er opdelt i delkontrakter. Der kan dermed fortsat være behov for at styrke efterlevelsen af "opdel eller forklar"-princippet. Det kan bl.a. overvejes, om der kan stilles krav til udbudssystemernes udformning, så det sikres, at der er større efterlevelse af dette princip, eller evt. ved at etablere et fælles udbudssystem med ensartede krav til efterlevelsen af "opdel eller forklar"-princippet.

Det kan også overvejes at skærpe begrundelsespligten i udbudslovens § 49, således at der indføres flere krav til ordregivers begrundelse for ikke at opdele kontrakten. Desuden kan evt. indføres sanktioner for manglende overholdelse af kravene til begrundelsen. En udvidet begrundelsespligt vil formentlig øge en ordregivers transaktionsomkostninger, men vil ikke nødvendigvis have en mærkbar effekt på konkurrencen og SMV'ers adgang hertil, eftersom ordregivere allerede efter de gældende regler i dag skal foretage en vurdering af, om det er hensigtsmæssigt at opdele en kontrakt i særskilte delkontrakter.

3.5.2 Krav til egnethed

Når en ordregiver i forbindelse med et EU-udbud har modtaget alle ansøgninger eller tilbud inden for den fastsatte frist, skal ordregiveren bl.a. vurdere, om de pågældende ansøgere eller tilbudsgivere er egnede til at gennemføre den udbudte kontrakt. Det kræver bl.a., at ansøger/tilbudsgiver lever op til de minimumskrav til egnethed, som ordregiveren har opstillet i udbudsmaterialet.

Minimumskravene til virksomhedens egnethed kan angå enten retten til udøvelsen af det pågældende erhverv, virksomhedens økonomiske og finansielle formåen eller virksomhedens tekniske og faglige formåen. Minimumskravene giver ordregiver mulighed for at sikre sig, at ansøgerne eller tilbudsgiverne har de nødvendige ressourcer til at gennemføre kontrakten, både i forhold til virksomhedens økonomi og i forhold til virksomhedens tekniske evner.

Kravene til en virksomheds egnethed skal stilles som minimumskrav, og de skal offentliggøres i udbudsbekendtgørelsen. Kravene skal være proportionale i forhold til kontraktens genstand og relevante for at sikre, at ansøgere eller tilbudsgivere er egnede til at udøve det pågældende erhverv og har økonomisk og finansielt samt teknisk og faglig formåen til at gennemføre kontrakten.

En ansøger/tilbudsgiver skal afvises som uegnet, hvis den pågældende ikke opfylder de fastsatte minimumskrav. Omvendt kan en ordregiver ikke afvise en ansøger/tilbudsgiver som uegnet, hvis ansøgeren/tilbudsgiveren opfylder de fastsatte minimumskrav.

I forbindelse med fastsættelse af minimumskrav til egnethed har enkelte høringsparter anført, at kravene ofte ikke vurderes at være proportionale med opgavens størrelse og på et niveau, hvor det er svært for SMV'er at deltage i konkurrencen. Der efterlyses i den forbindelse initiativer, som sikrer, at SMV'er ikke unødigt afskæres fra konkurrencen om offentlige kontrakter, fx gennem brug af markedsdialog. Det bekræftes dog kun i begrænset omfang i den gennemførte barriereanalyse, at de fastsatte egnethedskrav opleves som strenge. Således fremgår det

af analysen, at ca. 17 procent af de adspurgte virksomheder altid, næsten altid eller ofte oplever, at kravene til virksomhedens økonomiske egnethed er for strenge, og at det for ca. 14 procent af virksomhederne opleves som en væsentlig barriere.

En ansøger eller tilbudsgiver, som ikke selv kan opfylde de stillede krav til egnethed, kan basere sig på andre enheders formåen. Det er ikke et krav, at der skal være nogen selskabsretlig forbindelse mellem ansøgeren/tilbudsgiveren og den enhed, som ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på. Ansøgeren eller tilbudsgiveren skal dog godtgøre over for ordregiveren, at den råder over den nødvendige formåen. Ordregiveren har i situationer, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren baserer sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen, mulighed for at kræve solidarisk hæftelse for opfyldelse af kontrakten. Solidarisk hæftelse betyder, at både ansøgeren/tilbudsgiveren og den støttende enhed hver især hæfter fuldt ud for kontraktens opfyldelse over for ordregiveren. Ordregiveren kan således rette krav mod såvel ansøgeren/tilbudsgiveren som den støttende enhed som følge af eventuel misligholdelse af kontrakten, fx på grund af den ene parts konkurs. Solidarisk hæftelse mellem ansøgeren/tilbudsgiveren og den støttende enhed giver således ordregiveren en større sikkerhed for, at kontrakten kan gennemføres tilfredsstillende.

En høringspart har fremhævet denne mulighed for at kræve solidarisk hæftelse som en barriere for SMV'ers deltagelse i udbud, da kravet om solidarisk hæftelse kan gøre det vanskeligere at finde støtteenheder og dermed deltage i konkurrencen om offentlige kontrakter.

Regler vedrørende krav til egnethed

Krav til egnethed

Krav til egnethed reguleres i udbudsdirektivets artikel 58, hvoraf det fremgår, at de krav, som stilles til en økonomisk aktørs egnethed, skal være relaterede og stå i forhold til kontraktens genstand. Det betyder, at kravene skal være relevante for udførelsen af den udbudte kontrakt og være proportionale i forhold til kontraktens genstand. Endvidere fremgår det, at de metoder, som anvendes til at vurdere, om en økonomisk aktør lever op til egnethedskravene, skal være gennemsigtige, objektive og ikkediskriminerende.

Det fremgår endvidere af præambelbetragtning 83 til udbudsdirektivet, at: *"Alt for strenge krav vedrørende økonomisk og finansiell kapacitet udgør ofte en urimelig hindring for SMV'ernes inddragelse i offentlige udbud."* Det fremgår endvidere, at en ordregiver ikke bør *"... kunne kræve, at økonomiske aktører har en minimumsomsætning, som ikke står i forhold til kontraktens genstand. Der bør normalt ikke kunne kræves en minimumsomsætning på mere end to gange kontraktens anslåede værdi. Højere krav bør imidlertid kunne gøres gældende i behørigt begrundede tilfælde. Sådanne tilfælde kan omfatte øgede risici forbundet med kontraktens gennemførelse eller den kendsgerning, at kontraktens rettidige og korrekte gennemførelse er kritisk, eksempelvis fordi den udgør en nødvendig forudsætning for andre kontrakters gennemførelse."*

Minimumskrav til egnethed reguleres i udbudslovens §§ 140-143. Af udbudslovens §§ 140-143 og lovbemærkningerne hertil fremgår det, at en ordregiver kun kan anvende de minimumskrav til egnethed, der er relevante for at sikre, at de økonomiske aktører er egnede til at udføre det pågældende erhverv og har økonomisk og finansiell samt teknisk og faglig formåen til at gennemføre den pågældende kontrakt. Det fremgår endvidere, at en ordregiver ikke kan kræve, at den økonomiske aktør opfylder andre minimumskrav til egnethed end dem, som er oplistet i § 140, stk. 1.

Det fremgår endvidere, at kravene, som stilles til de økonomiske aktører, skal overholde proportionalitets-, ligestillings- og gennemsigtighedsprincippet, *jf. udbudslovens § 2*. Hvorvidt minimumskravene til egnethed overholder disse principper i et specifikt udbud, vil bero på en konkret vurdering.

Det fremgår desuden af lovbemærkningerne til udbudslovens § 140, at kravene til egnethed skal være udtrykt som minimumskrav. Dette er indført efter forslag fra udbudslovsudvalget med det formål at styrke gennemsigtigheden i udbudsproceduren, hvorved en ansøger eller tilbudsgiver har et bedre grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud.

Solidarisk hæftelse

Såfremt en ansøger eller en tilbudsgiver baserer sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen, giver udbudsdirektivet ordregiveren mulighed for at kræve solidarisk hæftelse for kontraktens gennemførelse, *jf. udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 3. afsnit*, som har følgende ordlyd:

”Såfremt en økonomisk aktør baserer sig på andre enheders kapacitet med hensyn til kriterierne vedrørende økonomisk og finansiell formåen, kan den ordregivende myndighed kræve, at den økonomiske aktør og de pågældende enheder hæfter solidarisk for kontraktens gennemførelse.”

Dette er implementeret i udbudslovens § 144, stk. 6, hvoraf det fremgår, at:

”Hvis en ansøger eller tilbudsgiver baserer sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen, kan ordregiveren kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren og de pågældende enheder hæfter solidarisk for kontraktens gennemførelse.”

Reglerne i udbudsloven vedrørende muligheden for at kræve solidarisk hæftelse i situationer, hvor en ansøger eller en tilbudsgiver baserer sig på andre enheders formåen, er således en direkte implementering af udbudsdirektivets regler. Endvidere fremgår det, at der er tale om en mulighed for ordregiver for at kræve solidarisk hæftelse, men at der ikke er tale om en forpligtelse.

Vurdering af mulighederne for at regulere krav til egnethed, herunder fjerne muligheden for at stille krav om solidarisk hæftelse

Krav til egnethed

Når ordregiver stiller minimumskrav til en ansøgers eller tilbudsgivers egnethed, skal disse stilles i overensstemmelse med reglerne, som fremgår af udbudslovens §§ 140-143, og principperne, som fremgår af udbudslovens § 2. En ordregiver må således kun anvende de minimumskrav til egnethed, som fremgår af udbudslovens § 140, og som ordregiveren vurderer, er relevante for at sikre, at ansøgere eller tilbudsgivere er egnede til at udøve det pågældende erhverv og har økonomisk og finansiell samt teknisk og faglig formåen til at gennemføre den pågældende kontrakt.

Udbudslovens regler om krav til egnethed svarer i hovedsagen til udbudsdirektivets, men med den præcisering at kravene skal stilles som minimumskrav. Denne præcisering er som tidligere nævnt nærmere begrundet i ønsket om at skabe gennemsigtighed om udbudsproceduren. Såfremt denne præcisering udelades, vil det medføre en øget fleksibilitet for ordregiverne i forbindelse med fastsættelsen af krav til egnethed, men kan gøre det mere uklart, hvornår tilbudsgiverne har nået et passende niveau af egnethed. Derudover vil det ikke på baggrund af udbudsbekendtgørelsen i alle tilfælde stå klart, om en udbudt kontrakt er relevant for en given virksomhed.

At der stilles krav til de økonomiske aktørers egnethed skaber større sikkerhed for, at ordregiver ikke indgår kontrakt med en leverandør, som det senere hen viser sig, ikke har den økonomiske kapacitet eller de faglige kvalifikationer, som er nødvendige for at løfte opgaven. Det kan betyde, at udbuddet må gå om, og at ordregiver og tilbudsgivere har afholdt unødvendige transaktionsomkostninger.

På den anden side kan fastsættelse af nogle egnethedskrav begrænse konkurrencen, da virksomheder, som ikke lever op til kravene, frasorteres og konkurrencen dermed mindskes. Dog skal minimumskravene fastsættes i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet og dermed hænge sammen med og stå i forhold til kontraktens genstand. Der kan således ikke stilles strengere krav til egnethed, end hvad der er rimeligt i forhold til kontraktens genstand. En ordregiver må således eksempelvis ikke indføre krav til egnethed med det formål at afskære SMV'er fra at deltage i offentlige udbud.

I forbindelse med høringen er der peget på markedsdialog som et godt værktøj til at sikre, at minimumskrav til egnethed fastsættes på et passende niveau, så SMV'er ikke afskæres fra at deltage i udbuddet. Det fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse af transaktionsomkostningerne ved EU-udbud²³, at knap 15 procent af ordregivernes transaktionsomkostninger frem til kontraktindgåelse vedrører indledende undersøgelser og markedsdialog. Størstedelen af ordregiverne (knap 90 procent) anvender indledende undersøgelser og markedsdialog, hvilket gør ordregiverne bedre i stand til at fastsætte de krav til egnethed, som er relevante i det konkrete udbud.

Solidarisk hæftelse

Såfremt ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke selv kan opfylde de stillede minimumskrav til egnethed i et bestemt udbud, kan vedkommende basere sig på andre enheder. Ansøger/tilbudsgiver skal i givet fald godtgøre over for ordregiveren, at den pågældende råder over de nødvendige ressourcer. Det fremgår af udbudsdirektivets artikel 63, stk. 1, 3. afsnit, at i de tilfælde, hvor en ansøger eller tilbudsgiver baserer sig på andre enheders økonomiske og finansielle kapacitet, kan ordregiveren kræve, at ansøgeren/tilbudsgiveren og de pågældende enheder hæfter solidarisk for kontraktens gennemførelse.

Det er derimod ikke tilladt at stille krav om solidarisk hæftelse, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren alene baserer sig på andre enheders tekniske og faglige formåen.

Da udbudsdirektivet omtaler muligheden for, at ordregivere kan kræve solidarisk hæftelse, giver direktivet ordregiverne et skøn til at vurdere, om solidarisk hæftelse skal kræves i forbindelse med et bestemt udbud eller ej.

Det er som udgangspunkt tilladt at indføre nationale regler, som giver en øget beskyttelse til de økonomiske aktører i forhold til, hvad der følger af udbudsdirektivet. En øget beskyttelse kunne eventuelt bestå i at fjerne muligheden for, at ordregiverne kan kræve solidarisk hæftelse i situationer, hvor ansøgeren/tilbudsgiveren baserer sig på andre enheders økonomiske og finansielle formåen. Dog har EU-Domstolen været afvisende over for, at der kunne indføres nationale regler, som fjerner det skøn, som ordregiverne er givet ved direktivet.²⁴ Som følge af seneste retspraksis fra EU-Domstolen er det således forbundet med en vis usikkerhed, hvorvidt der kan fastsættes nationale regler, som fjerner eller begrænser den skønsbeføjelse til at kræve solidarisk hæftelse, som er givet ordregiverne i udbudsdirektivet.

Hvis ordregivers mulighed for at kræve solidarisk hæftelse blev begrænset, vil det indsnævre den fleksibilitet, som ordregiver har for at flytte risikoen for manglende levering fra sig selv til leverandøren.

²³ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2019 "Transaktionsomkostninger ved EU-udbud".

²⁴ EU-Domstolens dom af 19. juni 2019 i sagen C-41/18, *Meca Srl mod Comune di Napoli*.

Undersøgelsen af barriererne for at deltage i offentlige udbud peger på, at virksomhederne i høj grad oplever det som en barriere, at der stilles krav til tilbudsgiver om at hæfte i tilfælde af uforudsete hændelser (fx krav om ubegrænset ansvar).²⁵ Det kan indebære, at færre ønsker at deltage i offentlige udbud. For at modvirke uhensigtsmæssige krav til private leverandører kan det overvejes at sætte fokus på øget uddannelse af offentlige indkøbere. Styrkelse af indkøbs- og udbudskompetencerne hos de offentlige myndigheder kan føre til ændringer i ordregiveres indkøbsadfærd, herunder øget forståelse for den markedsmæssige betydning af de krav, som stilles til virksomheder, som ønsker at byde på de offentlige kontrakter.

Mulighed for at stille krav om solidarisk hæftelse har til formål at sikre, at ordregiverne har samme sikkerhed for kontraktens gennemførelse, når de indgår kontrakter med virksomheder, som ikke selv kan honorere det krævede minimumsniveau af økonomisk og finansiel formåen, som når de indgår kontrakter med virksomheder, der lever op til kravene. For at sikre ligebehandling i sådanne situationer må ordregiveren forventes at kræve en anden passende form for sikkerhed for kontraktens gennemførelse som fx en passende bankgaranti, hvis man forestiller sig, at muligheden for at kræve solidarisk hæftelse blev fjernet. Anden passende sikkerhedsstillelse vil også kunne opleves som en barriere for konkurrencen blandt små virksomheder på samme måde som kravet om solidarisk hæftelse. Det vurderes derfor, at fjernelse af muligheden for at stille krav om solidarisk hæftelse reelt ikke vil have den ønskede effekt om at fremme konkurrencen, herunder særligt for små virksomheder.

3.5.3 Dokumentationskrav som barrierer for SMV'er

For at opnå en rimelig sikkerhed for, at et udbud overholder kravene om gennemsigtighed og ligebehandling, samt at den vindende tilbudsgiver er kvalificeret og pålidelig, skal tilbudsgiverne bl.a. dokumentere, at de opfylder eventuelle minimumskrav til egnethed, herunder krav til tilbudsgiverens økonomiske og finansielle formåen samt tekniske og faglige formåen.

Udbudslovens § 154 angiver, at en ordregiver kan kræve, at en ansøger eller tilbudsgiver dokumenterer sin økonomiske og finansielle formåen. Af § 154, stk. 2, fremgår det, at en ansøger eller tilbudsgiver kan godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som ordregiver vurderer, er passende, hvis ansøgeren/tilbudsgiveren af en gyldig grund ikke kan fremlægge de dokumenter, som ordregiveren umiddelbart forlanger. I forbindelse hermed har en høringspart givet udtryk for, at det forekommer uklart, hvad ordregivere skal kræve af nystartede virksomheder, som ikke kan fremlægge den ønskede dokumentation for virksomhedens økonomiske og finansielle formåen.

Udbudslovens § 155, stk. 1, nr. 1 og 2, angiver endvidere, at en ordregiver bl.a. kan kræve, at en ansøger eller tilbudsgiver dokumenterer sin tekniske og faglige formåen ved at fremsende en liste over alle de bygge- og anlægsarbejder, der er udført inden for de seneste fem år hhv. en liste over de betydeligste leveringer af varer og tjenesteydelser, der er udført inden for de seneste tre år. Reglerne indebærer således, at referencerne som udgangspunkt ikke må være ældre end henholdsvis fem og tre år. I den forbindelse har nogle høringsparter anført, at kravene forekommer ufleksible og indebærer risiko for at udelukke nystartede virksomheder og/eller SMV'er, da man ikke kan forvente, at disse virksomheder har nyere referencer, som ligger inden for de seneste hhv. fem og tre år på alle typer af opgaver.

²⁵ Det skal bemærkes, at denne barriere ikke alene angår solidarisk hæftelse, men hæftelse i offentlige kontrakter generelt.

Regler vedrørende dokumentationskrav

Dokumentation for økonomisk og finansiel formåen for nystartede virksomheder/SMV'er

Det fremgår af udbudsdirektivets artikel 60, stk. 3, 2. afsnit, at:

"Hvis den økonomiske aktør af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge den af den ordregivende myndighed forlangte dokumentation, kan han godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som den ordregivende myndighed finder egnet."

Af udbudslovens § 154, stk. 2, fremgår det, at:

"En ansøger eller en tilbudsgiver kan godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som ordregiveren vurderer passende, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge de dokumenter, som ordregiveren forlanger."

Det fremgår endvidere af lovbemærkningerne til udbudslovens § 154, stk. 2, at en forudsætning for, at der kan fremlægges alternativ dokumentation, er, at ansøgeren eller tilbudsgiveren af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge de krævede dokumenter. En gyldig grund foreligger, når årsagen til, at der ikke kan fremskaffes dokumentation, ikke kan henregnes til ansøgeren eller tilbudsgiveren. Det fremgår af lovbemærkningerne, at:

"Det må endvidere anses at være en gyldig grund, at der foreligger visse forhold omkring ansøgeren eller tilbudsgiveren, som gør, at det i en periode ikke er muligt at indhente de pågældende oplysninger, fordi de ikke findes. Et eksempel på en sådan gyldig grund kan være, at en virksomhed er under stiftelse og således ikke kan fremvise visse af de dokumenter, som ordregiveren kræver, eller at virksomheden er nystartet og ikke har aflagt regnskab endnu eller ikke i den periode, som ordregiveren forudsætter fremlagt oplysninger for."

Reglen i udbudslovens § 154, stk. 2, som implementerer udbudsdirektivets artikel 60, stk. 3, 2. afsnit, omhandler muligheden for at fremlægge anden dokumentation end den, der kræves af ordregiveren. Udbudsloven giver dermed en nystartet virksomhed, som ikke kan fremlægge den krævede dokumentation, mulighed for at fremlægge anden dokumentation for, at virksomheden lever op til det krævede niveau af økonomisk og finansiel formåen. Det er ordregiveren, der vurderer, om denne dokumentation er passende. Det minimumsniveau af økonomisk og finansiel formåen, som ordregiver har fastsat, og som skal dokumenteres, kan derimod ikke ændres.

Dokumentation for teknisk og faglig formåen for nystartede virksomheder/SMV'er

I udbudsdirektivets artikel 60, stk. 4, fremgår det, at:

"De økonomiske aktørers tekniske formåen kan godtgøres på en eller flere af de i bilag XII, del II, anførte måder, i overensstemmelse med arten, mængden eller betydningen og anvendelsen af bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne."

Direktivets bilag XII, del II, oplister de midler, der beviser de økonomiske aktørers tekniske formåen. I bilag XII, del II, litra a), fremgår det, at følgende lister kan benyttes til at dokumentere den tekniske formåen:

- i) en liste over de arbejder, der er udført i løbet af de seneste fem år, ledsaget af attester for tilfredsstillende udførelse og resultat af de betydeligste arbejder. Hvor det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence, kan de ordregivende myndigheder angive, at der vil blive taget hensyn til dokumentation for relevante arbejder, der er udført mere end fem år tidligere
- ii) en liste over de betydeligste leveringer eller tjenesteydelser, der er udført i løbet af højst de seneste tre år, med angivelse af beløb og tidspunkter samt den offentlige eller private modtager. Hvis det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence, kan de ordregivende

myndigheder angive, at der vil blive taget hensyn til dokumentation for relevante leveringer eller tjenesteydelser, der er leveret eller udført mere end tre år tidligere

Udbudslovens § 155 indeholder en udtømmende liste over arten af den dokumentation, som ordregiver kan kræve fremlagt som bevis for virksomhedernes tekniske og faglige formåen. Af bestemmelsens stk. 1, nr. 1 og 2, fremgår det ligeledes, at:

”En ordregiver kan kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren dokumenterer sin tekniske og faglige formåen. Dette skal ske på en eller flere af følgende måder:

- 1) En liste over alle de bygge- og anlægsarbejder, der er udført inden for de seneste 5 år, ledsaget af attester for tilfredsstillende udførelse og resultat for de betydeligste arbejder. Hvor det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence, kan ordregiveren angive, at der ligeledes vil blive taget hensyn til dokumentation for relevante arbejder, der er udført mere end 5 år tidligere.*
- 2) En liste over de betydeligste leveringer af varer eller tjenesteydelser, der er udført inden for de seneste 3 år, med angivelse af beløb og tidspunkter og den offentlige eller private modtager. Hvor det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence, kan ordregiveren angive, at der ligeledes vil blive taget hensyn til dokumentation for relevante leveringer af varer eller tjenesteydelser, der er leveret eller udført mere end 3 år tidligere.”*

Det fremgår således af bilag XII, del II, litra a, nr. i og ii, til udbudsdirektivet og ligeledes af udbudslovens § 155, stk. 1, nr. 1 og 2, at en økonomisk aktør kan bevise sin tekniske formåen ved referencer, der går fem år tilbage, når der er tale om bygge- og anlægsarbejder, og tre år tilbage for varer og tjenesteydelser. Det fremgår endvidere, at en ordregiver kan vælge at tage hensyn til referencer for ydelser, der ligger længere end henholdsvis fem og tre år tilbage, hvis det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence.

Af lovbemærkningerne til udbudslovens § 155, stk. 1, nr. 1, fremgår det vedrørende muligheden for at tage hensyn til ældre referencer: *”Det kan være relevant ved udbud af særlige bygge- og anlægskontrakter, der sjældent udføres. Eksempelvis større projekter som opførelsen af en bro.”*

Ligeledes fremgår det af lovbemærkningerne til udbudslovens § 155, stk. 1, nr. 2: *”Det kan desuden være nødvendigt at tage hensyn til dokumentation af relevante tjenesteydelser og leveringer, der er udført mere end 3 år tidligere, såfremt der er tale om varer eller tjenesteydelser, der kun sjældent udbydes som følge af eksempelvis lang kontraktvarighed.”*

Vurdering

Dokumentation for økonomisk og finansiell formåen for nystartede virksomheder/SMV'er
Udbudsdirektivet og udbudsloven tillader, at en virksomhed, som af en gyldig grund ikke kan fremlægge den krævede dokumentation, kan dokumentere sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som ordregiveren vurderer passende. Som det fremgår af lovbemærkningerne til den danske udbudslov, kan en gyldig grund være, at der er tale om en nystartet virksomhed eller virksomhed under stiftelse. Det er således allerede muligt for en nystartet virksomhed at levere en anden dokumentation for sin økonomiske og finansielle formåen, såfremt ordregiveren vurderer dokumentationen for passende. Hvis der ønskes større klarhed herom, kan det eventuelt imødekommes ved øget vejledning.

Selvom en nystartet virksomhed kan dokumentere sin økonomiske og finansielle formåen på en anden måde end den påkrævede, skal virksomheden stadig leve op til det niveau af økonomisk og finansiell formåen, som er fastsat af ordregiver. Proportionalitetsprincippet, som fremgår af udbudslovens § 2 sikrer dog, at en ordregiver ikke stiller krav til en ansøgers eller tilbudsgivers egnethed, som ikke er proportionale med kontraktens anslåede værdi.

Dokumentation for teknisk og faglig formåen for SMV'er

Udbudsdirektivet og udbudsloven indeholder begge krav om, at de referencer som indleveres for tidligere leverancer af varer og tjenesteydelser samt bygge- og anlægsarbejder, som udgangspunkt ikke må være ældre end henholdsvis tre og fem år, men at ordregiver dog kan inddrage ældre referencer, hvis det vurderes nødvendigt af hensyn til konkurrencen. Det vil således ikke være muligt at fravige dette krav i udbudsloven.

Hvis der i loven blev givet en bredere adgang til at anvende referencer, som ligger længere tilbage i tiden, ville der være større risiko for, at en ordregiver bliver nødt til at acceptere en virksomhed, der ikke længere besidder de relevante kompetencer og således ikke vil være i stand til at opfylde kontrakten.

Inden for de nuværende regler er det som nævnt muligt for en ordregiver at acceptere ældre referencer i et konkret udbud, hvis dette sker for at sikre en tilstrækkelig konkurrence om den pågældende opgave. Ordregiver har dermed et vist skøn til at vurdere, om det er hensigtsmæssigt at anvende referencer for opgaver, der er udført for mere end tre og fem år siden. At nogle interessenter oplever, at tre- og femårsgrænsen kan begrænse deres adgang til konkurrencen, kan dermed være et udtryk for, at ordregivere ikke benytter sig af denne mulighed i loven, eller at undtagelsen af nogle ordregivere opfattes som meget snæver.

3.6 Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker

	Kan have positive virkninger for	Modsatrettede virkninger	Kan have negative virkninger for	Ingen eller meget begrænset/usikker effekt
Obligatorisk opdeling af kontrakter	Konkurrence SMV'er		Fleksibilitet Transaktionsomkostninger	Klarhed Innovation
Skærpelse af begrundelsespligten ved ikke-opdelte udbud	Klarhed		Transaktionsomkostninger Fleksibilitet	Konkurrence Innovation SMV'er
Øget anvendelse af hensigtsmæssige krav til egnethed	Konkurrence SMV'er			Klarhed Fleksibilitet Innovation Transaktionsomkostninger
Begrænsning af anvendelsen af solidarisk hæftelse				
Klarhed om, hvilke dokumentationskrav til økonomisk/finansiell formåen en nystartet virksomhed skal leve op til gennem en vejledningsindsats	Klarhed Konkurrence SMV'er			Innovation Transaktionsomkostninger Fleksibilitet
Udvidelse af muligheden for at anvende ældre referencer som dokumentation for teknisk/faglig formåen				

Note: Problemstillinger, der er markeret med grå, vurderes ikke, eller kun delvist, at kunne gennemføres inden for gældende EU-regulering. Vurderingerne vedrører alene de seks evaluering pejlemærker. Der kan derfor være andre vigtige samfundshensyn, som ikke indgår i vurderingerne.

Kapitel 4

Ændringer i udbudsmaterialet og af den indgåede kontrakt

4.1 Indledning

I dette kapitel behandles de problemstillinger, der er forbundet med ordregivernes behov for at foretage ændringer af udbudsmaterialet i forbindelse med gennemførelsen af udbudsproceduren samt efterfølgende ændringer i den indgåede offentlige kontrakt.

Udbudsmaterialet er en samlebetegnelse for de dokumenter, som fastlægger rammerne for og indholdet af udbuddet. Indholdet af udbudsmaterialet er dermed afgørende, når virksomhederne skal tage stilling til, om de vil deltage i udbuddet, og hvilket tilbud de i givet fald vil afgive. Udbudsmaterialet består bl.a. af udbudsbekendtgørelsen og udbudsbetingelserne, der fastsætter rammerne for udbudsprocessen. Derudover vil udbudsmaterialet ofte bestå af dokumenter, der beskriver specifikationerne for den ydelse, som ordregiveren ønsker at købe, samt dokumenter, der beskriver de vilkår, som skal gælde for indkøbet, det vil sige udkast til kontrakt.

I forbindelse med et udbud skal ordregiver offentliggøre det fulde udbudsmateriale, hvilket vil sige alle dokumenter, som beskriver eller fastlægger elementer i udbuddet. Udbudsmaterialet skal offentliggøres samtidig med udbudsbekendtgørelsen. Udbudsbekendtgørelsen igangsætter udbudsprocessen, og med pligten til at offentliggøre hele udbudsmaterialet samtidig sikres det, at potentielle tilbudsgivere får de nødvendige oplysninger for at kunne vurdere, om de skal afgive et tilbud.

Der kan i forbindelse med udbudsprocessen opstå behov for at ændre i udbudsmaterialet. Det kan fx være tilfældet, hvis der er lavet en fejl i udbudsmaterialet, eller hvis der er tale om et område, hvor der er sket en hurtig teknologisk udvikling.

Udbudsloven regulerer ikke direkte adgangen til at foretage ændringer i udbudsmaterialet. Det er derimod de traktatfæstede principper, herunder ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, der udgør begrænsningerne for at ændre i udbudsmaterialet. Under udbudslovsudvalgsarbejdet forud for vedtagelsen af udbudsloven blev spørgsmålet drøftet indgående. Resultatet af de drøftelser fremgår af lovbemærkningerne til udbudslovens § 2. Heraf fremgår det, at ændringer af udbudsmaterialet enten kan være *uvæsentlige ændringer*, *væsentlige ændringer* eller *ændringer af grundlæggende elementer*.

Det er muligt at gennemføre uvæsentlige og væsentlige ændringer, mens det ikke er lovligt at gennemføre ændringer af grundlæggende elementer. Der vil være tale om en ændring af grundlæggende elementer, hvis ændringen kunne have påvirket potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere/tilbudsgivere, hvis ændringen havde fremgået af det oprindelige udbudsmateriale. Der skal således foretages en konkret vurdering af, om en ændring er grundlæggende.

Hvis ordregiveren ønsker at gennemføre ændringer af udbudsmaterialets grundlæggende elementer, er ordregiveren således nødsaget til at aflyse udbuddet og gennemføre en ny udbudsprocedure.

Behovet for at foretage ændringer i de oprindelige betingelser for udbuddet kan også opstå, efter at kontrakten er indgået. Det kan fx være tilfældet i forbindelse med komplekse og langvarige kontrakter. Selv om udbudsloven primært regulerer ordregivers proces i forbindelse med kontraktindgåelse, har loven imidlertid også relevans i forhold til den indgåede kontrakt. Det skyldes, at ændringer af kontrakten kan have en sådan karakter, at den skal anses som en ny udbudspligtig kontrakt.

Baggrunden for, at ændringer i kontraktperioden også er udbudsretligt relevante, er, at det ville være i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne og underminere udbudsprocessen, hvis der var fri adgang til efterfølgende at ændre kontrakterne. Hele formålet med at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud under udbudsprocessen kan således blive illusorisk, hvis alle forhold i kontrakten, herunder økonomien, efterfølgende kan ændres. Som følge heraf er der indført regler, der kan anvendes i forbindelse med ændringer af kontrakten.

Reglerne om ændringer af kontrakter har ikke før udbudsloven været reguleret ved lov, men fulgte af EU-Domstolens praksis. Reglerne i udbudsloven kodificerer således i vidt omfang denne praksis, men giver også en række yderligere præciseringer af, hvilke ændringer der som udgangspunkt altid vil være tilladelige.

Også for så vidt angår ændringer af kontrakter, er udgangspunktet, at ændringer kan foretages, såfremt de ikke udgør ændringer af grundlæggende elementer. Derudover præciserer loven, hvilke ændringer der som udgangspunkt ikke vil udgøre ændringer af grundlæggende elementer. Man har således med udbudsloven søgt at skabe yderligere klarhed over, hvornår og under hvilke betingelser det med sikkerhed er muligt at foretage ændringer af kontrakter.

Selv om udbudsloven og lovbemærkninger hertil har skabt en øget klarhed over, hvornår det er muligt at foretage ændringer i udbudsmaterialet og i den indgåede kontrakt, har flere høringsparter fremhævet, at det fortsat er uklart, hvordan reglerne kan anvendes. Der efterlyses flere "safe harbours" i forhold til, hvornår en ændring med sikkerhed vil være tilladelig. Derudover er der blevet fremsat ønske om større klarhed omkring, hvornår det er muligt at ændre i de såkaldte mindstekrav og om en udvidet adgang til at foretage ændringer i udbudsmaterialet.

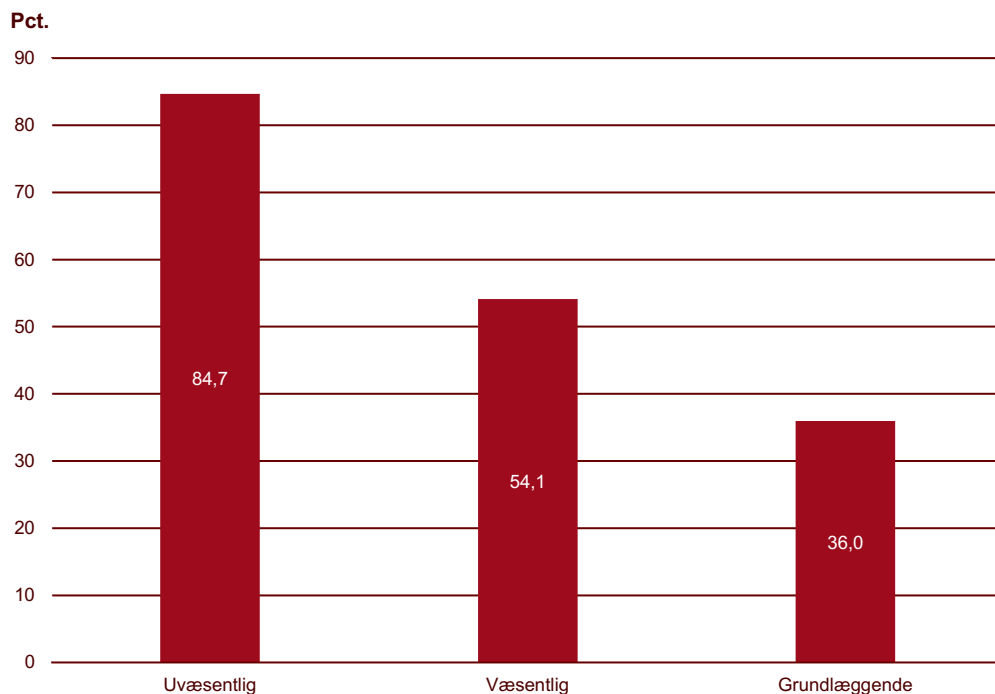
I kapitlet gennemgås praksis hos danske ordregivere og reglerne for henholdsvis ændringer i udbudsmaterialet og ændringer af de indgåede kontrakter. Dernæst gennemgås centrale problemstillinger, som er rejst af høringsparterne. Muligheden for at ændre udbudsmaterialet under fleksible udbudsprocedurer følger overordnet samme principper, men er nærmere behandlet i kapitel 5.

4.2 Praksis hos danske ordregivere

Ordregiverne bruger i vid udstrækning muligheden for at foretage ændringer. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgeskemaundersøgelse²⁶ viser, at knap 85 procent af ordregiverne har foretaget uvæsentlige ændringer i udbudsmaterialet inden for det seneste år, *jf. figur 4.1*. Mere end halvdelen har foretaget væsentlige ændringer.

²⁶ Evaluering af udbudsloven. Spørgeskemaundersøgelse gennemført af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen 2019.

Figur 4.1 Andel af ordregiverne, der har foretaget ændringer i udbudsmaterialet det seneste år



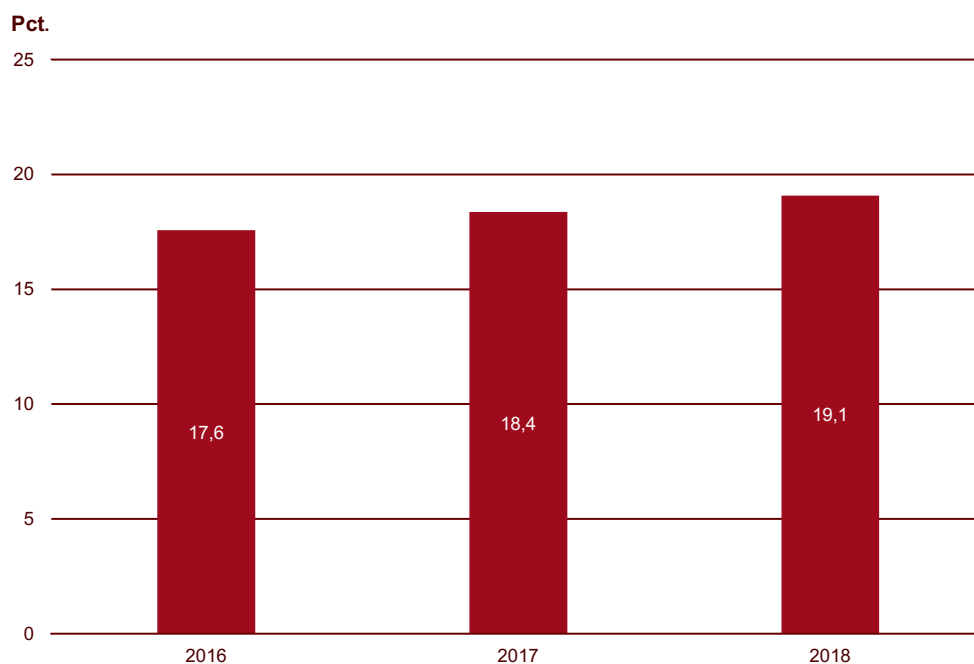
Anm.: Baseret på hhv. 164, 158 og 165 besvarelser af ordregivende organisation. Opgørelsen indeholder ikke "Ved ikke"-besvarelser (hhv. 10, 16 og ni observationer for de tre spørgsmål). Selve spørgsmålet, som er stillet, lyder: "Har I inden for det seneste år foretaget ændringer i et udbudsmateriale efter offentliggørelse af følgende karakter?". Hver ordregiver tæller som én observation. Den enkelte ordregiver kan således have gennemført flere udbud og flere ændringer det seneste år.

Kilde: Egne beregninger på baggrund af en spørgeskemaundersøgelse blandt offentlige ordregivere i 2019.

Uvæsentlige ændringer kan foretages uden anden implikation, end at alle de tilbudsgivere, der deltager i udbudsproceduren, skal orienteres om ændringen. Væsentlige ændringer betyder, at der skal bruges yderligere tid til at forstå og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet, og at fristen for ansøgninger eller tilbud derfor skal forlænges.

Når der foretages væsentlige ændringer, skal ordregiver offentliggøre ændringen og forlænge tidsfristen i en bekendtgørelse om ændringer eller supplerende oplysninger. I 2018 blev der offentliggjort en bekendtgørelse om ændringer eller supplerende oplysninger i knap 20 procent af alle danske EU-udbud. Siden 2016 har der været en svag stigning i andelen af udbud med væsentlige ændringer, jf. figur 4.2.

Figur 4.2 Andelen af de danske EU-udbud, der har en ændringsbekendtgørelse eller fristforlængelser i supplerende oplysninger



Anm.: Baseret på 5.831 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2016-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Både offentlige kontrakter og rammeaftaler indgår. Opgørelsen indeholder både gennemførte og annullerede udbud. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen. Supplerende oplysninger kan indeholde andre oplysninger end information om væsentlige ændringer og dermed fristforlængelse, men en stikprøve af de supplerende oplysninger i 2018 viste, at langt størstedelen vedrører ændringer.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Når der foretages ændringer af grundlæggende elementer, skal udbuddet annulleres og udbydes på ny i tilrettet form. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgeskemaundersøgelse viser, at mere end en tredjedel (36 procent) af ordregiverne har haft behov for at foretage ændringer i et grundlæggende element med annulation til følge, jf. figur 4.1. En tidligere undersøgelse af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen viste, at de annullerede udbud i knap 37 procent af tilfældene tilskrives fejl i udbudsmaterialet eller et behov for at foretage ændringer efter offentliggørelse.²⁷ Da ca. en fjerdedel af alle EU-udbud annulleres, svarer det til, at godt 9 procent af udbuddene annulleres pga. fejl eller behov for at foretage ændringer.

Der er begrænset information om, hvad der sker med kontrakterne i kontraktperioden. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgeskemaundersøgelse²⁸ viser, at godt 4 procent af ordregiverne inden for det seneste år har ophævet en kontrakt, fordi der var behov for ændrin-

²⁷ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse "Annulationer af danske EU-udbud", 2019.

²⁸ Spørgeskemaundersøgelse gennemført af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2019, i forbindelse med evalueringen af udbudsloven.

ger af en sådan karakter, at det var nødvendigt at ophæve kontrakten. Det er betydeligt mindre end andelen, der fx har annulleret et udbud på grund af grundlæggende ændringer i udbudsmaterialet. Det tyder således på, at behovet for at foretage ændringer er størst inden kontraktindgåelse.

4.3 Rammerne for ændringer

Nedenfor gennemgås de juridiske rammer for ændringer i henholdsvis udbudsmaterialet og i kontrakter.

Rammerne for ændringer i udbudsmaterialet

Muligheden for at ændre i udbudsmaterialet er som udgangspunkt ikke direkte reguleret i udbudsdirektivet.²⁹ Reglerne om ændringer af udbudsmaterialet fremgår derimod af principperne i EUF-traktaten, herunder særligt ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

Princippernes anvendelse på ændringer af udbudsmaterialet er blevet fortolket af EU-Domstolen.³⁰ Det følger af EU-Domstolens praksis, at ordregiveren "i princippet ikke kan ændre rækkevidden af de grundlæggende betingelser for udbuddet, herunder de tekniske specifikationer og tildelingskriterierne, som interesserede erhvervsdrivende med rette har baseret sig på for at træffe en beslutning om at forberede en afgivelse af et bud eller modsat at afstå fra at deltage i den omhandlede udbudsprocedure".³¹ Det er dog ikke enhver ændring af udbudsmaterialet, som er udelukket. Således har ordregiveren mulighed for "undtagelsesvis at korrigere eller supplere oplysningerne i udbudsbetingelserne, hvis en simpel præcisering er fornøden, eller med det formål at korrigere åbenlyse indholdsmæssige fejl, såfremt alle tilbudsgiverne gives meddelelse derom".³²

Det følger også af EU-Domstolens praksis, at ordregiveren er berettiget til at foretage visse ændringer af udbudsmaterialet, når følgende betingelser er opfyldt:

- » Ændringer må ikke medføre, at nye potentielle tilbudsgivere bliver i stand til at fremsætte et tilbud. Dette kan bl.a. være tilfældet, når ændringerne giver kontrakten en mærkbart anderledes karakter end den, der oprindeligt var fastsat.
- » Ændringer skal offentliggøres på passende vis, således at alle rimeligt oplyste og normalt påpasselige tilbudsgivere kan få kendskab dertil under de samme omstændigheder og på samme tidspunkt.
- » Ændringerne foretages inden afgivelse af tilbud. Hvis ændringerne er af en væsentlig karakter, skal fristen for afgivelse af tilbud forlænges.³³

Muligheden for at foretage ændringer i udbudsmaterialet fremgår ikke af en bestemmelse i udbudsloven, men af lovbemærkninger til udbudslovens § 2. Heraf fremgår det, at ændringer af udbudsmaterialet kan opdeles i tre følgende kategorier:

²⁹ Dog fremgår det af præambelbetragtning 45 til udbudsdirektivet, at der i forbindelse med udbud med forhandling ikke kan ændres ved mindstekrav og kriterier for tildeling, jf. også kapitel 5.

³⁰ Se C-298/15, Borta.

³¹ Borta, præmis 70.

³² Borta, præmis 72.

³³ Borta, præmisser 73-77.

- » **Uvæsentlige ændringer:** Når der alene foretages mindre justeringer og tilpasninger af udbudsmaterialet, karakteriseres det som uvæsentlige ændringer, der lovligt kan foretages.
- » **Væsentlige ændringer:** Ændringer, der medfører, at tilbudsgiverne skal bruge yderligere tid til at forstå og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet. Idet der skal bruges længere tid til at forstå og svare på udbudsmaterialet, medfører væsentlige ændringer, at tilbudsfristen skal forlænges.
- » **Ændringer af grundlæggende elementer:** Såfremt ordregivere foretager ændringer i udbudsmaterialet, der kan have påvirket potentielle tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet eller have fordrejet konkurrencen mellem tilbudsgivere, karakteriseres det som ændringer af grundlæggende elementer. Disse ændringer må ikke foretages, uden at udbuddet startes på ny. Derfor er ordregiver nødsaget til at annullere udbudsprocessen, ændre udbudsmaterialet og udbyde kontrakten på ny.

Udbudslovens opdeling af ændringer i tre kategorier er således i tråd med EU-Domstolens praksis herom. Det er en konkret vurdering, hvordan en ændring skal kategoriseres, og den vurdering skal foretages af ordregiver.

Når ordregiver har fastsat krav til et produkt, som tilbudsgivere i henhold til udbudsmaterialet *skal* leve op til for at kunne vinde kontrakten, er der tale om mindstekrav. Mindstekrav defineres i lovbemærkningerne til udbudsloven som centrale krav til egenskaber ved det udbudte, der fastsætter de karakteristika, som alle tilbud skal opfylde eller have.³⁴

Det fremgår af lovbemærkningerne til § 2, at i forhold til den ovennævnte kategorisering ”vil ændring af mindstekrav *som klart udgangspunkt kunne karakteriseres som en ændring af grundlæggende elementer*”. Dog fremgår det også, at mindstekrav kan ændres, hvis ændringen ikke vil kunne påvirke potentielle tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure og ikke fordrejer konkurrencen mellem tilbudsgivere. Det er således ikke alle ændringer af mindstekrav, som konkret vil udgøre en ændring af et grundlæggende element.

Der findes flere eksempler i praksis fra Klagenævnet for Udbud, hvor ordregivere har ændret mindstekrav, men hvor de konkrete omstændigheder medførte, at ændringen af mindstekrav ikke udgjorde ændringer af et grundlæggende element.³⁵

Det ændrer dog ikke ved, at ordregiveren skal foretage en konkret vurdering i de tilfælde, hvor det ønskes at ændre i mindstekrav. Det er mange ordregiveres oplevelse, at den vurdering er behæftet med stor usikkerhed.

Rammerne for ændringer i kontrakter

Når en tilbudsgiver indgår kontrakten efter et udbud, indledes leveringsfasen. Mens ordregiveren har fastsat rammerne for udbuddet i udbudsbetingelserne, er rammerne for leverancen fastsat i kontrakten. Der kan dog opstå et behov for at ændre rammerne for leverancen. Eksempelvis kan der opstå uforudsete vanskeligheder, som gør, at nogle vilkår i kontrakten ikke kan opfyldes. Der kan også ske en teknologisk udvikling under kontraktperioden, som betyder, at det er hensigtsmæssigt, at kontrakten tilpasses. Ændringer i lovgivningen kan også medføre behov for, at kontrakten ændres.

³⁴ Disse lovbemærkninger er baseret på udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 45.

³⁵ Se bl.a. kendelse af 6. maj 2013, *Widex DK A/S mod Kommunernes Landsforening*, kendelse af 17. juni 2014, *GN ReSound mod Amgros I/S*, og kendelse af 9. februar 2018, *Dansk Cater A/S mod Staten og Kommunernes Indkøbs-service A/S*.

Ændringerne kan dog som nævnt kun foretages, så længe ordregiveren ikke ændrer på grundlæggende elementer i kontrakten. Der er tale om en ændring af et grundlæggende element, når der foretages ændringer, som medfører, at kontraktens bestemmelser er så afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige kontrakt, at det kunne have påvirket potentielle ansøgere/tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet, eller have fordrejet konkurrencen mellem ansøgere/tilbudsgiverne. Det vil bero på en konkret vurdering, om en given ændring af en offentlig kontrakt udgør en ændring af et grundlæggende element. Ændringer af grundlæggende elementer kan kun gennemføres ved en ny udbudsprocedure.

Med henblik på at skabe klarhed over adgangen til at ændre kontrakten fastsætter udbudsloven nogle ændringer, der med sikkerhed *ikke* udgør ændringer af grundlæggende elementer, og som derfor har karakter af såkaldte "safe harbours". Det drejer sig om følgende ændringer:

- » Ændringen er omfattet af klare, præcise og entydige ændringsklausuler, *jf. udbudslovens § 179.*
- » Ændringen er af mindre økonomisk værdi, *jf. udbudslovens § 180.*
- » Ændringen angår supplerende leverancer fra den oprindelige leverandør, *jf. udbudslovens § 181.*
- » Ændringen angår udskiftning af leverandør som følge af klare, præcise og entydige ændringsklausuler eller som følge af leverandørens omstrukturering, *jf. udbudslovens § 182.*
- » Behov for ændringen skyldes uforudsete omstændigheder, *jf. udbudslovens § 183.*

Det fremgår af de enkelte bestemmelser, hvilke betingelser der skal være opfyldt, for at der vil være tale om en tilladelig ændring. Det er vigtigt at understrege, at disse bestemmelser i henhold til lovbemærkningerne er et udtryk for "safe harbours", når ordregiveren opfylder betingelserne i de enkelte bestemmelser. Dermed er det ikke et udtryk for en udtømmende liste for, hvornår der kan ske ændringer. Der kan således også foretages ændringer i andre situationer/tilfælde, så længe der ikke er tale om ændringer af grundlæggende elementer.

I udbudsloven er det præciseret, hvilke konkrete ændringer der altid er grundlæggende, og hvor det derfor ikke er tilladt at foretage ændringen uden at gennemføre en ny udbudsprocedure:

- » Hvis ordregiver indfører betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren.
- » Hvis ændringen medfører, at den økonomiske balance ændres til fordel for leverandøren på en måde, som den oprindelige kontrakt ikke gav mulighed for. Hermed menes balancen mellem ydelse og modydelse. Eksempelvis kan ændringer i fordelingen af risici mellem ordregiver og leverandøren eller ændringer, der medfører reduktion af leverandørens omkostninger uden tilsvarende reduktion i prisen på kontraktens ydelse, ændre kontraktens økonomiske balance.
- » Hvis ændringen indebærer en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens omfang eller art.
- » Hvis en ny leverandør erstatter den oprindelige vinder af udbuddet.

4.4 Centrale problemstillinger vedrørende ændringer i udbudsmateriale og kontrakter

I forbindelse med høringen er mulighederne for at foretage ændringer i udbudsmateriale og de indgåede kontrakter blevet drøftet:

1. Det er blevet nævnt, at det stadig er uklart, hvordan reglerne for ændringer i udbudsmaterialet kan anvendes, herunder for så vidt angår ændringer i de såkaldte mindstekrav. Mulighederne for at justere mindstekrav har ofte betydning i praksis og kan påvirke antallet af annullationer og dermed transaktionsomkostninger i forbindelse med udbud.

2. Nogle høringsparter har anført et ønske om en udvidet adgang til at foretage ændringer i udbudsmaterialet.
3. Det er blevet nævnt, at det stadig er uklart, hvordan reglerne for ændringer af indgåede kontrakter kan anvendes.
4. Nogle høringsparter har også anført et ønske om at udvide adgangen til at foretage ændringer i udbudsmaterialet og i den indgåede kontrakt.

De problemstillinger, der knytter sig til ændringer i henholdsvis udbudsmaterialet og kontrakter, behandles i afsnit 4.4.1 og 4.4.2 nedenfor.

4.4.1 Uklarhed om anvendelsesområdet for reglerne om ændringer i udbudsmaterialet

Flere høringsparter har fremhævet, at det er uklart, hvornår der må foretages ændringer af et udbudsmateriale, og at det er forbundet med betydelige praktiske udfordringer at foretage sådanne ændringer. Der er i den forbindelse fremsat ønske om mere tydelige rammer for adgangen til at foretage ændringer i udbudsmaterialet. Derudover har en række interessenter udtrykt ønske om større fleksibilitet og øget adgang til at foretage ændringer i udbudsmaterialet, end hvad tilfældet er i dag.

Regler for ændringer i udbudsmaterialet

Som nævnt ovenfor er muligheden for at foretage ændringer i udbudsmaterialet som udgangspunkt³⁶ ikke eksplicit reguleret i udbudsdirektivet. Det fremgår dog af udbudsdirektivets artikel 53, stk. 2, at ordregiver kan fremkomme med supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne og supplerende dokumenter til tilbudsgiverne:

”Eventuelle supplerende oplysninger om udbudsbetingelserne og supplerende dokumenter meddeles af de ordregivende myndigheder til alle de tilbudsgivere, der deltager i udbudsproceduren, senest seks dage inden udløbet af den frist, der er fastsat for modtagelse af tilbud, forudsat at der er anmodet om dem i tide. Hvis der anvendes en hasteprocedure, jf. artikel 27, stk. 3, og artikel 28, stk. 6, er fristen fire dage.”

Det fremgår endvidere af betragtning 81 til udbudsdirektivet, at væsentlige ændringer skal ledsages af en fristforlængelse:

”Det bør præciseres, at behovet for at sikre, at de økonomiske aktører har tilstrækkelig tid til at udarbejde et antageligt tilbud, betyder, at de tidsfrister, der blev fastsat indledningsvis, muligvis vil skulle forlænges. Dette vil navnlig være tilfældet, hvis der foretages væsentlige ændringer i udbudsdokumenterne. Det bør ligeledes præciseres, at væsentlige ændringer i sådanne tilfælde bør forstås som ændringer, navnlig af de tekniske specifikationer, som de økonomiske aktører vil skulle bruge yderligere tid for at forstå og svare tilstrækkeligt på. Det bør imidlertid præciseres, at sådanne ændringer ikke bør være så omfattende, at det ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang, eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren. Dette kan især være tilfældet, hvis ændringerne bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den, der oprindeligt blev fastlagt i udbudsdokumenterne.”

³⁶ Som nævnt ovenfor kan der i forbindelse med de fleksible udbudsprocedurer være eksplicite regler, der begrænser adgangen til ændringer af udbudsmaterialet.

Det fremgår endvidere heraf, at der ved væsentlige ændringer skal forstås ændringer, som ansøgere og tilbudsgivere vil skulle bruge yderligere tid på at forstå og besvare. Det fremgår også, at ændringer, som ville have påvirket deltagerkredsen i udbudsproceduren, ikke kan foretages (sådanne ændringer udgør ændringer af grundlæggende elementer).

Udbudsloven indeholder heller ikke specifikke regler om ændringer af udbudsmaterialet. Det følger imidlertid af udbudslovens § 93, stk. 4, nr. 2, at ordregiveren er forpligtet til at forlænge fristen for modtagelse af ansøgninger eller tilbud, hvis ordregiveren foretager væsentlige ændringer i udbudsmaterialet.

Sondringen mellem uvæsentlige ændringer, væsentlige ændringer og ændringer af grundlæggende elementer er nærmere beskrevet i lovbemærkninger til udbudslovens § 2:

"Uvæsentlige ændringer i udbudsmaterialet er mindre justeringer og tilpasninger, der ikke påvirker den tid, som en økonomisk aktør skal bruge på at forstå og udarbejde en ansøgning eller et tilbud. Derudover kan uvæsentlige ændringer heller ikke have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere.

Væsentlige ændringer i udbudsmaterialet skal forstås som ændringer, der medfører, at de økonomiske aktører skal bruge yderligere tid til at forstå og svare tilstrækkeligt på udbudsmaterialet, hvorfor det vil tage længere tid at afgive en ansøgning eller et tilbud. Som følge heraf skal væsentlige ændringer i henhold til § 93, stk. 4, nr. 2, medføre, at fristen for modtagelse af ansøgning eller tilbud skal forlænges. Væsentlige ændringer kan eksempelvis være nye oplysninger til udbudsmaterialet.

Ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet udgør ændringer, der kan have påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgiveres deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere."

I lovbemærkningerne gives der også en række eksempler på, hvilke ændringer der vil udgøre ændringer af grundlæggende elementer:

"Som eksempel herpå kan nævnes, at kriterier for tildeling tilføjes, fjernes eller rækkevidden heraf på andre måder ændres. Kriterierne for tildelingen og deres vægtning skal forblive stabile under hele udbudsproceduren, hvorfor de blandt andet heller ikke kan være genstand for forhandling i forbindelse med udbud med forhandling, jf. § 66, stk. 2.

Endvidere kan der eksempelvis være tale om ændringer af grundlæggende elementer, hvis minimumskrav til egnethed vedrørende den økonomiske og finansielle formåen og tekniske og faglige formåen tilføjes, fjernes eller rækkevidden heraf på andre måder ændres. Derudover vil ændringer af kontraktens genstand og krav til udførelsen af kontrakten kunne være ændringer af grundlæggende elementer. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis der indføres betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte, eller hvis det ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren. Det kan også være tilfældet, hvis den udbudte kontrakts eller rammeaftales økonomiske balance ændres til ansøgerne eller tilbudsgiverens fordel på en måde, som det oprindelige udbudsmateriale ikke gav mulighed for. Endeligt kan det være tilfældet, hvis en ændring af udbudsmaterialet medføre en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde."

Lovbemærkninger tager også stilling til, hvorvidt ændringer af mindstekrav kan udgøre ændringer af grundlæggende elementer:

"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 ansøgere eller tilbudsgiveres 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.”

Med lovbemærkningerne til udbudsloven er der således søgt at skabe en klarhed om, hvilke ændringer der skal anses som henholdsvis uvæsentlige ændringer, væsentlige ændringer og ændringer af grundlæggende elementer, samt i hvilke situationer ændringer af mindstekrav vil være tilladelige (dvs. hvis der ikke er tale om ændring af et grundlæggende element).

Vurdering af mulighederne for at skabe øget klarhed om reglerne samt for øget adgang til at foretage ændringer i udbudsmaterialet

Udbudslovens regler om muligheden for at foretage ændringer i udbudsmaterialet, som hovedsageligt er udtrykt i lovbemærkninger til udbudslovens § 2, følger praksis fra EU-Domstolen og er endvidere i overensstemmelse med udbudsdirektivet. Det vurderes, at der ikke er mulighed for inden for rammerne af udbudsdirektivet at ændre i de retningslinjer for ændringer af udbudsmaterialet, som fremgår af lovbemærkningerne, i en retning, som medfører, at der kan foretages ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet.

Der er i dag rimeligt vide rammer for at foretage ændringer i udbudsmaterialet, så længe ændringerne ikke har en karakter, der kunne have påvirket deltagerkredsen i udbudsproceduren eller fordrejet konkurrencen imellem deltagerne. Det er bl.a. Klagenævnet for Udbud, som i kraft af sine afgørelser er med til at sætte rammerne for, hvordan denne overordnede regel konkret skal fortolkes.

Kravet om, at ændringer ikke må udgøre grundlæggende elementer, sikrer ligebehandling samt gennemsigtighed i udbudsprocessen, således at tilbudsgivere kan stole på de oplysninger, der fremgår af det offentliggjorte udbudsmateriale og dermed vurdere, om de ønsker at deltage i det pågældende udbud. Kravet sikrer, at virksomheder, som har fravalgt at deltage i udbudsproceduren, heller ikke ville have deltaget, hvis ændringen var fremgået af det oprindelige udbudsmateriale – samt at de virksomheder, der rent faktisk deltog i udbuddet, ikke fortryder deltagelsen på grund af en senere ændring, og dermed reelt har spildt penge på at deltage i udbudsprocessen. Forbuddet mod at foretage ændringer i grundlæggende elementer bidrager på den måde til, at tilbudsgiveres transaktionsomkostninger ved deltagelse i udbud holdes nede.

Udbudslovens regler om ændringer i udbudsmaterialet kan således siges at afveje hensynet til ordregiveres behov for at foretage justeringer i udbudsmaterialet over for et hensyn til gennemsigtighed og ligebehandling i udbudsprocessen.

Høringssvarene kan dog indikere, at udbudslovens muligheder for at foretage ændringer i udbudsmaterialet ikke i alle tilfælde udnyttes fuldt ud, fordi ordregiverne kan være i tvivl om, hvorvidt en given ændring vil være tilladelig.

Det er blevet drøftet, om det vil være muligt at skabe en øget klarhed om, hvornår der kan foretages ændringer af udbudsmaterialet, ved at præcisere de nuværende regler, som hovedsageligt følger af lovbemærkninger til udbudsloven. Sådanne præciseringer ville dog ikke skabe ”safe harbours” for ordregiverne, da der i alle tilfælde skal foretages en konkret vurdering af, hvornår en ændring vil være tilladelig ud fra de rammer, som er udstykket af udbudsdirektivet og EU-Domstolens praksis. Det er dermed uklart, hvorvidt sådanne præciserende regler reelt vil kunne skabe en øget klarhed om muligheden for at foretage ændringer eller nedbringe transaktionsomkostninger. Omvendt vil mere præciserende regler medføre risiko for at indskrænke det rum for skøn og den deraf følgende fleksibilitet, som ordregiverne har i medfør af nuværende regulering.

Det kan alternativt overvejes, om øget klarhed om reglernes indhold vil kunne skabes via en øget vejledningsindsats, som vil inddrage relevant ny retspraksis på området.

4.4.2 Uklarhed om anvendelsesområdet for reglerne om ændringer af kontrakter

Det er blevet påpeget af flere høringsparter, at der fortsat er uklarhed om, under hvilke omstændigheder de forskellige betingelser for ændringer i kontraktperioden kan finde anvendelse. Det er særligt de specifikke procentsatser for ændringer, jf. *udbudslovens §§ 180, 181 og 183*, samt rammerne for udskiftning af leverandører, jf. *udbudslovens § 182*, der giver anledning til tvivl.

Det er også blevet fremhævet, at det kan være forbundet med vanskeligheder at formulere ændringsklausuler med tilstrækkelig klarhed. Nogle høringsparter har i den forbindelse fremhævet, at det er forbundet med juridisk usikkerhed og praktiske udfordringer at anvende ændringsklausuler i konkrete udbud, herunder bl.a. i sortimentsudbud.

Det er endvidere blevet fremhævet, at det ikke er klart, om reglerne om ændringer af kontrakter finder anvendelse for kontrakter under udbudslovens tærskelværdier.

Endelig har flere høringsparter rejst ønske om at udvide adgangen til at foretage ændringer i den indgåede kontrakt.

Regler for ændringer af kontrakter

Muligheden for at foretage ændringer af kontrakter er reguleret i udbudsdirektivets artikel 72.

Udbudsdirektivets regler, som i vidt omfang kodificerer retspraksis fra EU-Domstolen, fastslår, at der kan foretages ændringer i kontrakter, som ikke er ændringer af grundlæggende elementer. Ændringer af grundlæggende elementer kræver således, at der skal gennemføres en ny udbudsprocedure.

I udbudsloven er ændringer af kontrakter reguleret i §§ 178-184, som har følgende ordlyd:

”§ 178. Ved en ændring af grundlæggende elementer i en kontrakt eller rammeaftale skal ordregiveren gennemføre en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med denne lov.

Stk. 2. En ændring af en kontrakt eller rammeaftale anses for at være en ændring af grundlæggende elementer, når den bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt. Medmindre andet følger af §§ 179-183, anses en ændring altid for at være en ændring af grundlæggende elementer, når

- 1) ordregiveren indfører betingelser, som ville have givet adgang for andre ansøgere end de oprindelig udvalgte eller givet mulighed for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede eller ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren,
- 2) kontraktens eller rammeaftalens økonomiske balance ændres til leverandørens fordel på en måde, som den oprindelige kontrakt eller rammeaftale ikke gav mulighed for,
- 3) ændringen medfører en betydelig udvidelse af kontraktens eller rammeaftalens anvendelsesområde eller
- 4) en ny leverandør erstatter den, som ordregiveren oprindeligt havde tildelt kontrakten.

§ 179. Ændringer af en kontrakt eller en rammeaftale, der er forudset i udbudsmaterialet i klare, præcise og entydige klausuler, betragtes ikke som ændringer af grundlæggende elementer. Klausulerne skal fastsætte omfanget og arten af eventuelle ændringer eller ændringsmuligheder og betingelserne for deres anvendelse og må ikke ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter.

§ 180. Ændringer af en kontrakt eller rammeaftale anses ikke som ændringer af grundlæggende elementer, når værdien af ændringerne er lavere end

- 1) tærskelværdierne i § 6 og
- 2) 10 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt, for så vidt angår tjenesteydelses- og vareindkøbskontrakter, eller lavere end 15 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt, for så vidt angår bygge- og anlægskontrakter.

Stk. 2. Er der foretaget flere ændringer af samme kontrakt eller rammeaftale, skal værdien af ændringerne lægges sammen ved beregningen.

Stk. 3. Ændringer i henhold til stk. 1 må dog ikke ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter.

§ 181. Ændringer vedrørende supplerende bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser eller vareleverancer fra den oprindelige leverandør anses ikke som ændringer af grundlæggende elementer i kontrakten, når ændringerne er nødvendige for gennemførelsen af kontrakten, og når anvendelse af en anden leverandør

- 1) ikke kan lade sig gøre uden væsentlig ulempe af økonomisk eller teknisk art og
- 2) vil forårsage betydelige problemer eller en væsentlig forøgelse af ordregiverens omkostninger.

Stk. 2. Værdien af supplerende bygge- og anlægsarbejder, tjenesteydelser eller vareleverancer må ikke overstige 50 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt.

Stk. 3. Foretages der flere successive ændringer, gælder begrænsningen i stk. 2 for hver enkelt ændring.

§ 182. Udskiftning af den oprindelige leverandør anses ikke som en ændring af grundlæggende elementer i kontrakten, når udskiftningen sker som følge af

- 1) en klar, præcis og entydig ændringsklausul eller -mulighed, jf. § 179, eller
- 2) hel eller delvis indtrædelse i den oprindelige leverandørs rettigheder som følge af den oprindelige leverandørs omstrukturering, herunder i form af overtagelser, fusioner, erhvervelser eller insolvens, når de oprindelige kriterier for kvalitativ udvælgelse opfyldes, og når udskiftningen ikke medfører andre grundlæggende ændringer af kontrakten og ikke har til formål at omgå anvendelsen af denne lov.

§ 183. Ændringer af en kontrakt anses ikke som en ændring af grundlæggende elementer, når

- 1) behovet for ændringen ikke har kunnet forudses af en påpasselig ordregiver,
- 2) kontraktens overordnede karakter ikke ændres og
- 3) værdien af ændringen ikke overstiger 50 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt.

§ 184. Den maksimalt tilladte ændring i værdi i henhold til §§ 180, 181 og 183 beregnes på grundlag af den ajourførte pris på tidspunktet for ændringen, når kontrakten indeholder en prisindekseringsklausul.

Stk. 2. Ordregiveren skal i forbindelse med ændringer af en kontrakt i overensstemmelse med §§ 181 og 183 offentliggøre en bekendtgørelse herom i den Europæiske Unions Tidende. Bekendtgørelsen skal indeholde oplysningerne, der er anført i bilag V, del G, til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EU-Tidende 2014, nr. L 94, side 65), og bekendtgørelsen skal offentliggøres i henhold til § 129, stk. 6."

Udbudslovens regler er udtryk for en nær implementering af udbudsdirektivets bestemmelser om ændringer af kontrakter, om end der på enkelte punkter med udbudsloven er søgt at skabe mere tydelighed om reglernes anvendelse. Dertil kommer lovbemærkningerne til de enkelte bestemmelser, hvor der er søgt skabt en yderligere klarhed over anvendelsesområdet for reglerne.

Ændringsklausuler

Udbudslovens regler om ændringsklausuler implementerer tekstnært udbudsdirektivets regler herom. I lovbemærkninger til udbudsloven er muligheden for at anvende ændringsklausuler beskrevet nærmere:

”§ 179 indebærer, at ændringer der foretages i et kontraktforløb som følge af klare, præcise og entydige klausuler, der fremgik af udbudsmaterialet, ikke skal anses for ændringer af grundlæggende elementer. En sådan klausul kan f.eks. indføres i udbudsmaterialets udkast til kontrakt. Disse ændringer anses som ændringer i medfør af kontrakten og ikke ændringer af kontrakten.

Betingelsen om, at ændringsklausuler skal være klare, præcise og entydige er indført for ikke at give ordregiveren et ubetinget frit valg med hensyn til, hvilke ændringer, der kan foretages i en offentlig kontrakt. Hermed menes, at en klausul ikke må medføre tvivl om, i hvilke situationer den kan finde anvendelse samt rækkevidden af de ændringer, der kan foretages på baggrund af klausulen. En ændringsklausul vil være klar, præcis og entydig, hvis leverandørerne kan støtte ret på klausulen ved en domstol, voldgift eller lignende. Sådanne ændringsklausuler kan i henhold til direktivets betragtning nr. 111 f.eks. omfatte prisindeksering og produktudskiftning, eksempelvis med henblik på sikring af, at produkter, der skal leveres over en længere periode er tidssvarende i forhold til udviklingen på markedet. En ændringsklausul kan eksempelvis gå ud på, at leverandøren kan udskifte et produkt, såfremt det ikke længere markedsføres, eller markedsføres i en ny og mere miljøvenlig udgave eller i øvrigt markedsføres i en forbedret udgave, herunder som følge af nye branchestandarder. Herudover kan en ændringsklausul indebære, at sortimentet kan udvides med nye produkter f.eks., hvor de gamle endnu ikke er udfaset. En sådan klausul skal dog entydigt fastlægge, hvilke krav det nye produkt skal opfylde.

Ændringsklausulerne må dog ikke forandre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter. Hermed menes, at ændringen ikke må medføre, at kontrakten henvender sig til et helt andet marked i forhold til den oprindelige udbudsprocedure.”

Med lovbemærkninger til udbudslovens § 179 er der søgt præciseret, i hvilke tilfælde ordregivere kan benytte ændringsklausuler. Der skal dog altid foretages en konkret vurdering af, om en klausul er tilstrækkelig klar, præcis og entydig til, at der kan ske en ændring af kontrakten i medfør heraf. Der kan derfor være situationer, hvor det vil være vanskeligt at formulere en ændringsklausul, som opfylder disse kriterier, fx som følge af den teknologiske udvikling, hvor det kan være svært at forudse den udvikling, som sker på markedet. Hvis ændringerne ikke er mulige at fastlægge i klare, præcise og entydige klausuler, kan det betyde, at ændringerne udgør en ændring af grundlæggende elementer.

Ændringer af kontrakter under tærskelværdier

EU-reglerne har også relevans for udbud og kontrakter, som har en værdi, der ligger under tærskelværdierne i udbudsloven m.v., hvis der er tale om kontrakter med grænseoverskridende interesse. For disse kontrakter gælder som udgangspunkt, at de kan ændres, såfremt ændringen ikke er en ændring af kontraktens grundlæggende elementer.

Udbudslovens regler om kontrakter under lovens tærskelværdier sonderer således mellem kontrakter, som vurderes at have en klar grænseoverskridende interesse, og kontrakter, som vurderes ikke at have en sådan interesse, *jf. også kapitel 9*. De sidstnævnte udbud/kontrakter er ikke omfattet af udbudslovens bestemmelser om ændring af kontrakt.

Som nævnt tidligere kodificerer udbudsdirektivets regler om ændringer af kontrakter i vidt omfang retspraksis fra EU-Domstolen. Det omfatter også retspraksis fra fortolkning af principperne i EUF-traktaten, som også finder anvendelse for kontrakter under tærskelværdierne, såfremt de har en klar grænseoverskridende interesse.

Der kan således fra EU-Domstolens praksis udledes visse retningslinjer for ændringer af kontrakter med klar grænseoverskridende interesse. Disse retningslinjer svarer overordnet til reguleringen i udbudsdirektivet og udbudsloven. Det betyder som nævnt, at sådanne kontrakter kan ændres, såfremt ændringen ikke er en ændring af kontraktens grundlæggende elementer.

Vurdering af mulighederne for at skabe øget klarhed om reglerne samt for øget adgang til at foretage ændringer i indgåede kontrakter

Udbudsloven er udtryk for en nær implementering af udbudsdirektivets bestemmelser om ændringer af kontrakter. Udbudsdirektivets bestemmelser kodificerer hovedsageligt retspraksis fra EU-Domstolen, som fortolker de traktatfæstede principper. Det følger af denne retspraksis, at det ikke er muligt at foretage ændringer i kontraktens grundlæggende elementer.

Ud over at kodificere EU-Domstolens praksis fastsætter udbudsdirektivet nogle konkrete grænser for, hvilke ændringer der i hvert fald (dvs. med sikkerhed) ikke vil være ændringer af grundlæggende elementer ("safe harbours") og dermed tilladelige. Det vil stride mod udbudsdirektivet at fastsætte nationale regler, som indfører flere "safe harbours", end hvad der følger af udbudsdirektivet.

Det vurderes endvidere, at udbudslovens regler trods alt giver ordregiverne en rimelig grad af fleksibilitet til at foretage nødvendige ændringer i indgåede kontrakter. Denne fleksibilitet kan fx være vigtig, hvis der sker hastig teknologisk udvikling og innovation i løbet af kontraktperioden. Ordregivernes fleksibilitet er dog begrænset af den grundlæggende betingelse om, at ændringer ikke må udgøre grundlæggende elementer. Formålet hermed er at sikre ligebehandling imellem den tilbudsgiver, som har fået tildelt kontrakten, og de andre deltagere i den udbudsproces, som lå forud for indgåelsen af kontrakten. Hele formålet med at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud under udbudsprocessen kan således blive illusorisk, hvis kontraktens grundlæggende elementer kunne ændres efter indgåelsen af kontrakten.

Høringen peger på, at der kan være behov for at skabe yderligere klarhed om, hvornår reglerne om ændringer af kontrakter finder anvendelse. Der kan især skabes yderligere klarhed om, hvilken betydning reglerne har for kontrakter under udbudslovens tærskelværdier. Det vil potentielt kunne nedbringe transaktionsomkostningerne i et vist omfang.

Det er blevet drøftet, hvorvidt der kan skabes en øget klarhed om udbudslovens regler om ændringer af kontrakter ved yderligere at præcisere reglerne i udbudsloven. Sådanne præciserede regler skal klart holde sig inden for de rammer, som udspringer af udbudsdirektivet og EU-Domstolens praksis og vil ikke ændre på, at der fortsat skal foretages en konkret vurdering af, hvorvidt en ændring er tilladelig. Det er derfor uklart, om mere præciserende regler i udbudsloven reelt vil skabe en øget klarhed og føre til lavere transaktionsomkostninger. Omvendt vil mere præciserende regler medføre risiko for at indskrænke det rum for skøn og den deraf følgende fleksibilitet, som ordregiverne har i dag.

Det er sandsynligt, at en øget klarhed om anvendelsesområdet for de relevante regler i stedet kan skabes via en øget vejledningsindsats.

4.5 Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker

	Kan have positive virkninger for	Modsatrettede virkninger	Kan have negative virkninger for	Ingen eller meget begrænset/usikker effekt
Udvide de overordnede rammer for ændring af udbudsmaterialet (vedr. grundlæggende elementer)				
Fastsætte mere præciserende regler for, hvornår det er muligt at foretage ændringer af udbudsmaterialet			Fleksibilitet	Klarhed Transaktionsomkostninger SMV'er Innovation Konkurrence
Mere vejledning om, hvornår det er muligt at foretage ændringer af udbudsmaterialet	Klarhed Transaktionsomkostninger			Konkurrence Innovation SMV'er Fleksibilitet
Udvide rammerne for ændringer af kontrakter (flere "safe harbours")				
Fastsætte mere præciserende regler for, hvornår det er muligt at foretage ændringer af kontrakter			Fleksibilitet	Klarhed Transaktionsomkostninger SMV'er Innovation Konkurrence Fleksibilitet
Mere vejledning om, hvornår det er muligt at foretage ændringer af kontrakter	Klarhed Transaktionsomkostninger			Konkurrence Innovation SMV'er Fleksibilitet

Note: Problemstillinger, der er markeret med grå, vurderes ikke, eller kun delvist, at kunne gennemføres inden for gældende EU-regulering. Vurderingerne vedrører alene de seks evaluering pejlemærker. Der kan derfor være andre vigtige samfundshensyn, som ikke indgår i vurderingerne.

Kapitel 5

De fleksible udbudsprocedurer

5.1 Indledning

Med implementering af den nuværende udbudslov i 2016 blev adgangen til at anvende de fleksible udbudsprocedurer, "Udbud med forhandling" og "Konkurrencepræget dialog" udvidet væsentligt. Før vedtagelsen af udbudsloven var det kun helt undtagelsesvist tilladt at anvende disse procedurer. I dag kan procedurerne derimod anvendes i alle de situationer, hvor ordregivers behov ikke kan imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger. Procedurerne giver i disse situationer mulighed for mere dialog og samarbejde med henblik på at finde de bedste og mest effektive løsninger på ordregiverens behov.

Adgang til fleksible procedurer kan ofte være nødvendig for at sikre et godt samarbejde mellem det offentlige og de private leverandører om at udvikle nye offentlige løsninger og dermed fremme innovationen i den offentlige sektor. God dialog om komplekse anskaffelser kan også reducere risikoen for senere annullationer af offentlige udbud. Omvendt kræver de fleksible procedurer flere ressourcer i forbindelse med udbudsprocessen, hvilket kan forøge transaktionsomkostningerne frem mod tildelingstidspunktet.

For at fremme innovation i den offentlige sektor blev der med udbudsloven også introduceret en ny fleksibel udbudsprocedure, som hedder "Innovationspartnerskaber". "Innovationspartnerskaber" er en procedure, hvor udvikling af en løsning med efterfølgende anskaffelse af den udviklede løsning er tænkt sammen i ét samlet udbud.

I den gennemførte høring fremhæver ordregiverne den bredere adgang til de fleksible udbudsprocedurer som en væsentlig fordel ved udbudsloven. Ordregiverne tilkendegiver også, at der er en række fordele ved at bruge de fleksible udbudsprocedurer, som i mange tilfælde kan opveje det ekstra ressourceforbrug, som disse procedurer naturligt kan give anledning til.

Der har været en stigning i anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer. Før udbudsloven var det således knap én procent af de danske EU-udbud³⁷, der blev gennemført med en fleksibel procedure. I 2018 var andelen steget til over 12 procent. Som andel af kontraktsummerne i offentlige udbud omfatter de fleksible procedurer ca. 22 procent i 2018 mod ca. fire procent i 2015. Det er især proceduren "Udbud med forhandling", som anvendes.

I forbindelse med høringerne har ordre- og tilbudsgivere peget på, at muligheden for at anvende de fleksible procedurer kan understøttes yderligere. De problemstillinger, der er rejst, vedrører bl.a. spørgsmålet om, hvornår offentlige ordregivere har adgang til at anvende de fleksible udbudsprocedurer, og hvornår der må foretages ændringer af udbudsmaterialet i forbindelse med gennemførelsen af disse udbudsprocedurer.

³⁷ Tallene vedrører kun danske EU-udbud, der er omfattet af udbudsdirektivet. Andre direktiver har mere lempelig adgang til at anvende de fleksible udbudsprocedurer, og andelen for disse direktiver er betydeligt højere.

Nedenfor gennemgås kort reglerne for de fleksible udbudsprocedurer. Derefter gives en kort oversigt over udviklingen i anvendelsen af procedurerne. Sidst i kapitlet gennemgås centrale problemstillinger, som er rejst af høringsparterne.

5.2 Rammerne for de fleksible udbudsprocedurer

Den danske implementering af de fleksible udbudsprocedurer i udbudsloven følger i høj grad udbudsdirektivet³⁸, således at direktivets adgang til at anvende de fleksible udbudsformer er udnyttet fuldt ud. Der sondres mellem tre fleksible procedurer. Det er henholdsvis "Udbud med forhandling", "Konkurrencepræget dialog", og "Innovationspartnerskaber". Appendiks I indeholder en mere detaljeret beskrivelse af de tre procedurer.

Udbud med forhandling

Den mest anvendte af de fleksible udbudsprocedurer er udbud med forhandling. Udbud med forhandling er en fleksibel udbudsform, der giver ordregiver mulighed for at gennemføre forhandlinger eller drøftelser med tilbudsgiverne med henblik på at forbedre indholdet af de indkomne tilbud, så anskaffelsen bliver bedre tilpasset ordregivers konkrete behov.

Ordregiver kan anvende udbud med forhandling, når ordregivers behov ikke kan løses af tilgængelige løsninger uden tilpasning. Ordregiver har derudover mulighed for at anvende udbud med forhandling, hvis ordregiveren i et udbud efter udbudsprocedurerne "Offentligt udbud" eller "Begrænset udbud" kun har modtaget ikke-forskriftsmæssige eller uacceptable tilbud. Ordregiveren har således mulighed for at "overgå" til udbud med forhandling efter et mislykket udbud fremfor at annullere og gentage udbuddet med en ny bekendtgørelse.

I et udbud med forhandling er den overordnede proces, at ordregiver offentliggør en udbudsbekendtgørelse og tilhørende udbudsmateriale med en beskrivelse af, hvad der ønskes indkøbt. Det skal her fremgå, hvad der udgør mindstekrav til kontraktens genstand, og som derved ikke er til forhandling. Forbudet imod forhandling af mindstekrav er indført for at skabe den nødvendige gennemsigtighed for de potentielle tilbudsgivere, så de er i stand til at vurdere, om de ønsker at deltage i proceduren eller ej og for at skabe ens konkurrencevilkår imellem deltagerne i proceduren. I udbudsbekendtgørelsen skal det også fremgå, hvor mange ansøgere ordregiveren ønsker at udvælge til forhandlingsfasen. Ordregiveren skal som minimum udvælge tre ansøgere.

Alle kan ansøge om deltagelse, men ordregiveren kan kun udvælge det antal tilbudsgivere til at gå videre til forhandlingsfasen, som er oplyst i udbudsbekendtgørelsen. Udvalgelsen sker på baggrund af de kriterier, der ligeledes er oplyst i udbudsbekendtgørelsen.

Ordregiveren har i medfør af udbudsloven mulighed for at tildele kontrakten allerede på baggrund af det første indledende tilbud, men det kræver, at ordregiveren klart har angivet denne mulighed i udbudsmaterialet.

Forhandlingerne fortsætter som udgangspunkt i det antal forhandlingsrunder, som ordregiveren ønsker. Det afgørende er, at tilbudsgiverne får klar besked om, hvornår der skal indleveres et endeligt tilbud, som danner baggrund for evalueringen af tilbuddene og den efterfølgende tildeling af kontrakten. Ordregiver skal fastsætte en passende tidsfrist for indlevering af de endelige tilbud.

³⁸ Jf. udbudsdirektivets artikel 26 og 29, der er implementeret i udbudslovens §§ 55 og §§ 61-66.

Konkurrencepræget dialog

Konkurrencepræget dialog er en fleksibel udbudsform, der giver ordregiver og tilbudsgiver mulighed for at føre en dialog om løsningen af en opgave med henblik på at fastlægge, hvorledes ordregivers behov bedst kan opfyldes. Ved konkurrencepræget dialog er der, i lighed med udbud med forhandling, således adgang til dialog mellem parterne.

Formålet med denne procedure er at skabe plads til dialog om selve udbudsgrundlaget, det vil sige, hvordan ordregiverens opgave bedst kan løses. I modsætning hertil er formålet med udbud med forhandling i højere grad at give plads til dialog om, hvordan tilbuddet kan optimeres med udgangspunkt i den forudgående beskrivelse af den ydelse, som ønskes indkøbt.

Innovationspartnerskaber

Innovationspartnerskaber er en fleksibel udbudsprocedure, der giver mulighed for at indgå en eller flere længerevarende partnerskabskontrakter med henblik på udvikling og efterfølgende indkøb, uden at det er nødvendigt at gennemføre en separat udbudsprocedure for indkøbet. Et innovationspartnerskab kan eksempelvis gå ud på at udvikle nye produkter, processer eller arbejdsformer i den offentlige sektor.

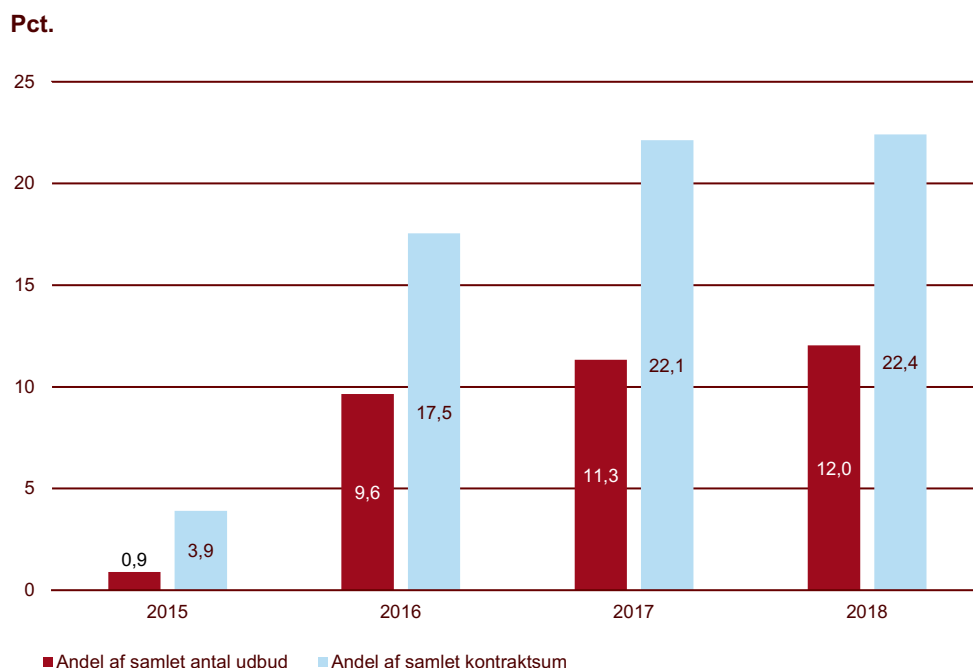
Formålet med innovationspartnerskaber er at skabe bedre mulighed for, at en offentlig institution kan samarbejde med en privat leverandør om udviklingen af en ny løsning og efterfølgende kan købe denne løsning af den pågældende leverandør, uden at der skal iværksættes et nyt udbud. Det øger samtidig private virksomheders tilskyndelse til at indgå i sådan et samarbejde med det offentlige.

Proceduren "Innovationspartnerskaber" kan anvendes, hvis ordregiver fx vil udvikle en innovativ vare, tjenesteydelse eller bygge- og anlægsarbejde, som ikke allerede er tilgængelig på markedet, eller hvor der er tale om en betydelig ændring af en eksisterende vare, tjenesteydelse eller bygge- og anlægsarbejde. Der skal være tale om reel innovation, dvs. at der ikke findes tilgængelige løsninger på markedet, som kan opfylde ordregivers behov.

5.3 Brugen af fleksible udbudsprocedurer blandt danske ordregivere

Der er som nævnt sket en klar stigning i anvendelsen af de fleksible udbudsformer, efter at udbudsloven trådte i kraft. I 2018 var godt 12 procent af de danske EU-udbud efter udbudsdirektivet udbudt med en fleksibel udbudsprocedure. Det tilsvarende tal var knap én procent i 2015, jf. figur 5.1.³⁹

³⁹ Udbudsreglerne giver mulighed for, at ordregiveren ved et mislykket udbud, under overholdelse af visse krav, kan overgå til forhandling fremfor at lave et genudbud. Motivationen bag anvendelsen af et udbud med forhandling i disse tilfælde er således ikke begrundet i en vurdering af, at udbud med forhandling er den mest effektive udbudsprocedure i det konkrete tilfælde. Derfor indgår disse udbud ikke i opgørelsen af anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer.

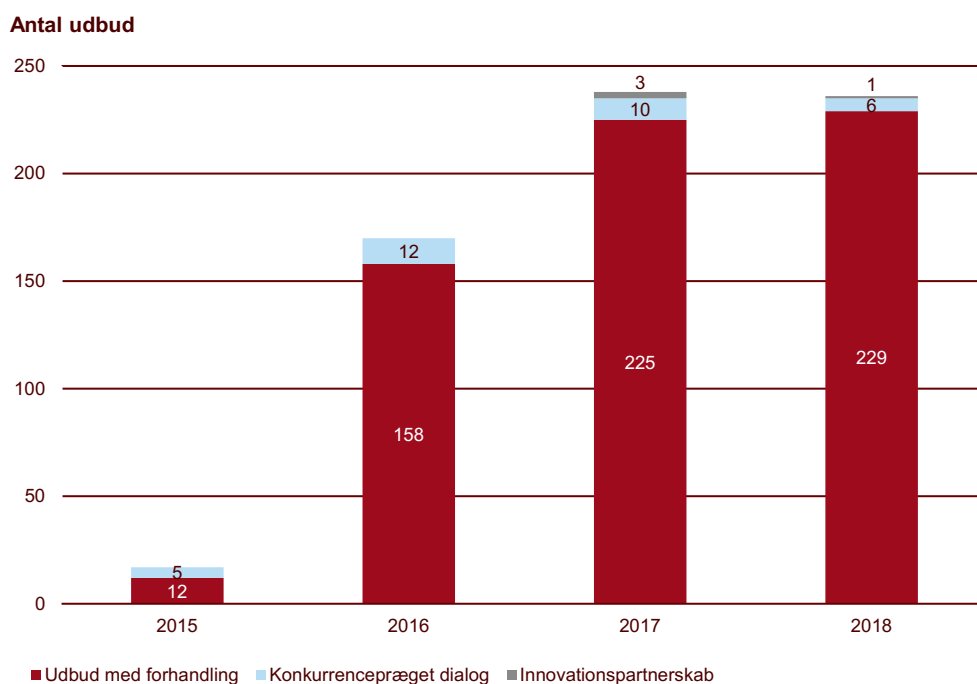
Figur 5.1 Udvikling i anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer, 2015-2018

Anm.: Baseret på 7.734 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. De fleksible udbudsprocedurer omfatter "Udbud med forhandling", "Konkurrencepræget dialog" og "Innovationspartnerskaber". Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Opgørelsen indeholder både offentlige kontrakter og rammeaftaler. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen. Kontrakter med en værdi på mere end 1 mia. kr. betragtes som outliers og er sorteret fra i opgørelsen. Når der ikke er oplysninger om den endelige kontraktværdi, anvendes et gennemsnit for ydelsestypen. For rammeaftaler anvendes den estimerede maks.-værdi for hele rammeaftalens løbetid.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud ud fra TED-databasen.

Udbud med en fleksibel udbudsprocedure har i gennemsnit en højere kontraktværdi end andre udbud. Det er således 22,4 procent af den samlede kontraktsum for EU-udbud, der i 2018 var udbudt med en fleksibel udbudsprocedure. Andelen er steget kraftigt fra knap fire procent i 2015.

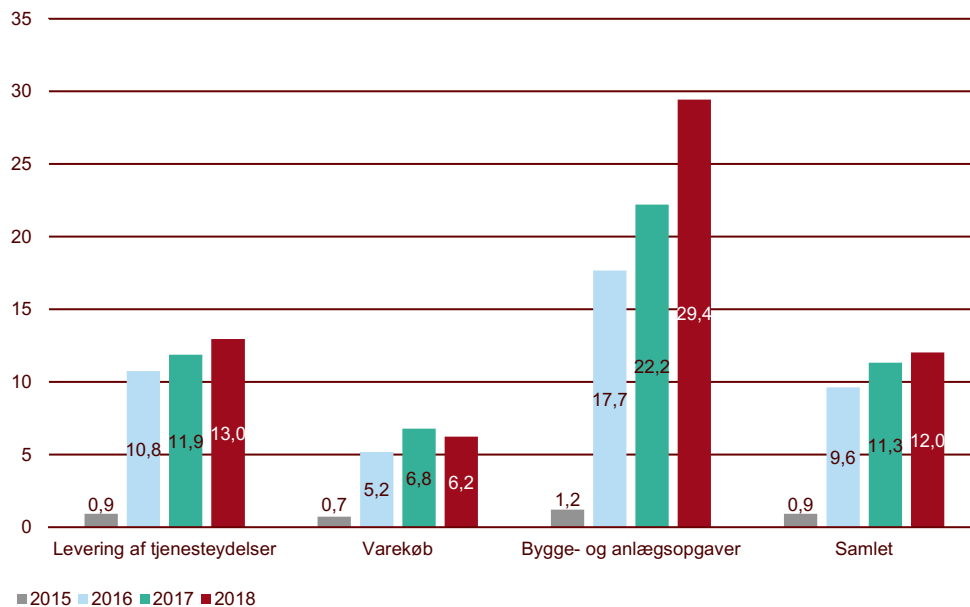
Langt hovedparten af de fleksible udbud er udbudt med proceduren "Udbud med forhandling". Der var i 2017-2018 godt 450 udbud med forhandling, fire innovationspartnerskaber og 16 udbud med konkurrencepræget dialog. Det svarer til, at udbud med forhandling udgjorde omkring 95 procent af de fleksible udbud, jf. figur 5.2.

Figur 5.2 Antal udbud med fleksible udbudsprocedurer fordelt på proceduretype

Anm.: Baseret på 661 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Opgørelsen indeholder både offentlige kontrakter og rammeaftaler. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud ud fra TED-databasen

Det er særligt bygge- og anlægsopgaver, der bliver udbudt efter en fleksibel udbudsprocedure, og det er også inden for bygge- og anlægsopgaver, at der har været den største stigning i anvendelsen af de fleksible udbudsformer. Knap 30 procent af alle kontrakter om bygge- og anlægsopgaver blev i 2018 udbudt efter en fleksibel udbudsprocedure, mens det samme kun gjaldt for godt seks procent af udbuddene vedrørende varekøb. For tjenesteydelser, som ofte har en mere sammensat karakter, er andelen lidt større, ca. 13 procent mod kun én pct. i 2015, jf. figur 5.3.

Figur 5.3 Andel af udbud efter fleksible udbudsprocedurer opdelt på kontrakttyper**Pct.**

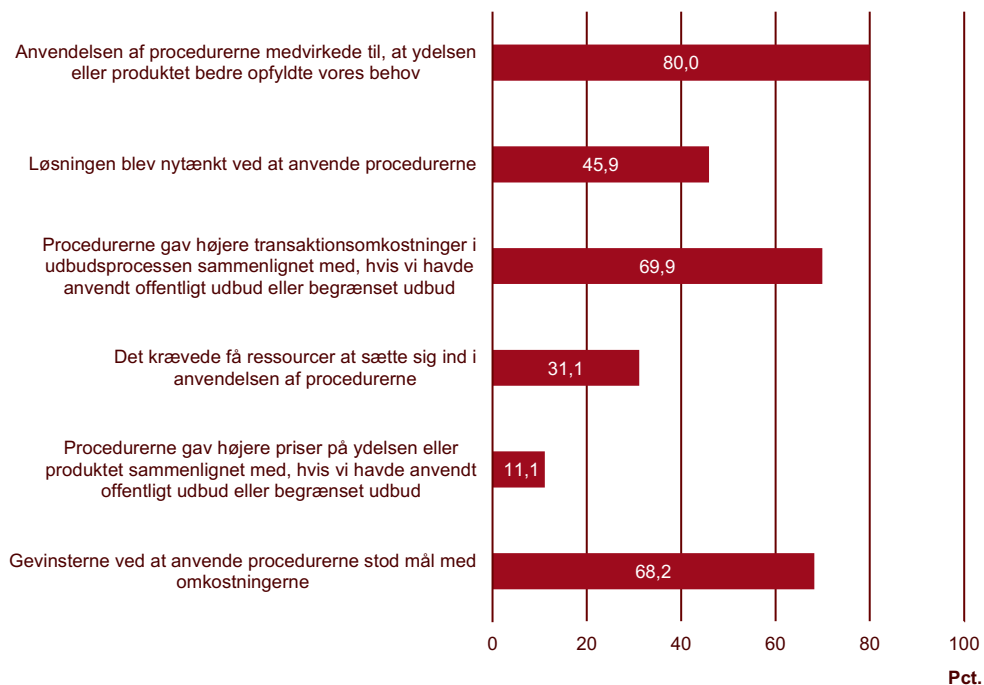
Anm.: Baseret på 7.742 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Opgørelsen indeholder både offentlige kontrakter og rammeaftaler. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgeskemaundersøgelse blandt offentlige ordregivere viser, at mere end halvdelen af ordregiverne har anvendt en fleksibel udbudsprocedure inden for det seneste år.

De ordregivende organisationer, som har anvendt fleksible udbudsprocedurer inden for det seneste år, er i høj grad enige i et udsagn om, at fleksible udbudsprocedurer medvirker til, at ydelsen eller produktet bedre opfyldte deres behov, jf. figur 5.5. Knap 70 procent finder, at gevinsterne ved proceduren stod mål med omkostningerne, selv om omkostningerne almindeligvis vurderes at være større, end når man fx bruger proceduren "Offentligt udbud".

Figur 5.4 Andel, som er "Helt enig" eller "Overvejende enig" i udsagn om fleksible udbudsprocedurer

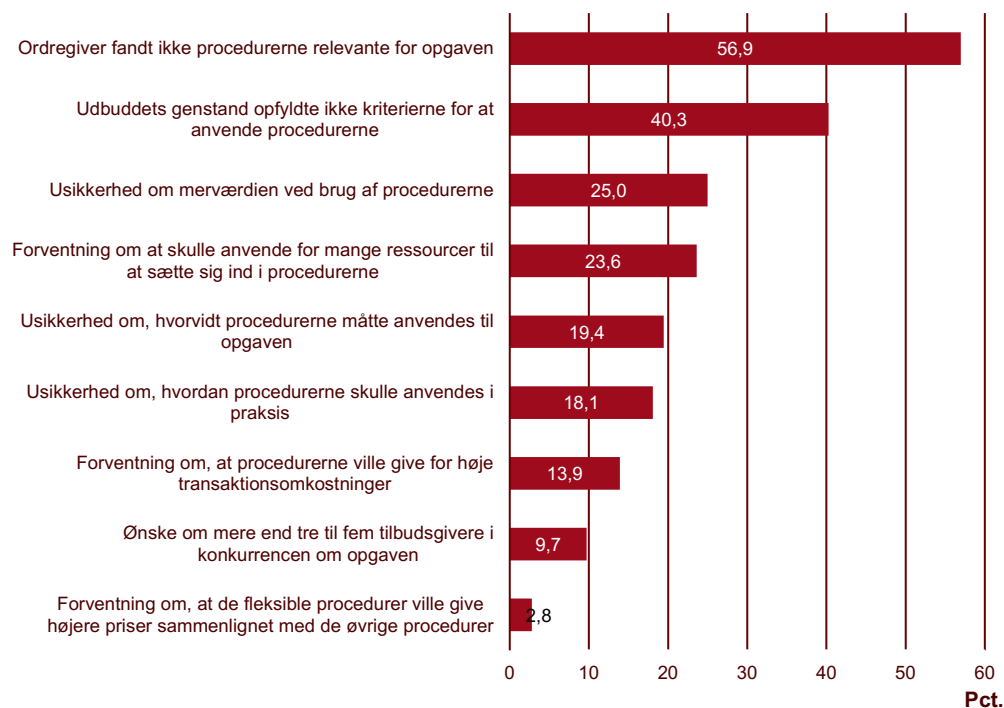


Anm.: Baseret på mellem 66-90 besvarelser af ordregivende organisation, som har anvendt fleksible udbudsprocedurer inden for det seneste år. Opgørelsen indeholder ikke "Ved ikke"-besvarelser (mellem hhv. 6 og 24 observationer for de seks spørgsmål). Selve spørgsmålet, som er stillet, lyder: "Hvor enig eller uenig er du i følgende udsagn om jeres erfaringer med at anvende fleksible udbudsprocedurer?".

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgeskemaundersøgelse om ordregivende organisationers erfaring med udbudsloven, 2019.

I undersøgelsen er ordregivere, som ikke har anvendt de fleksible procedurer, blevet spurgt om, hvorfor dette har været tilfældet. Godt halvdelen svarede, at procedurerne ikke var relevante for deres udbud. Samtidig siger 40 procent, at deres udbud ikke opfyldte kriterierne, jf. figur 5.6. Knap 20 procent angiver, at procedurerne ikke blev brugt, fordi der var usikkerhed om, hvorvidt proceduren måtte anvendes på de konkrete opgaver.

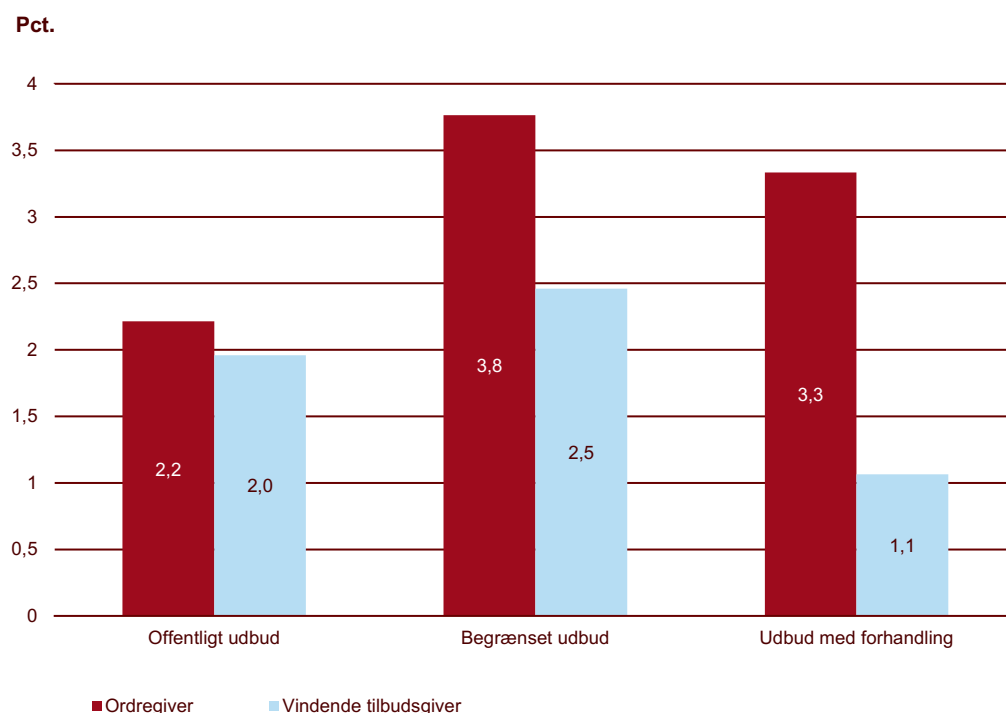
Figur 5.5 Fordelingen af ordregivernes årsager til ikke at anvende de fleksible udbudsprocedurer



Anm.: Baseret på 151 besvarelser af 72 ordregivende organisationer, som har gennemført mindst ét EU-udbud, men som ikke har anvendt de fleksible udbudsprocedurer inden for det seneste år. Opgørelsen indeholder ikke "Ved ikke"-besvarelser (fem observationer). Respondenterne havde mulighed for at angive flere årsager. I gennemsnit angav ordregiverne godt to årsager, og procenterne summer derfor ikke til 100. Selve spørgsmålet, som er stillet, lyder: "Hvorfor har I ikke anvendt fleksible udbudsprocedurer inden for det seneste år?".

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgeskemaundersøgelse om ordregivende organisationers erfaring med udbudsloven, 2019.

En tidligere analyse viser, at ordregivere umiddelbart har højere transaktionsomkostninger (ift. kontraktværdien) ved udbud med forhandling end ved offentligt udbud, mens transaktionsomkostningerne er lidt større for ordregiver ved begrænset udbud, *jf. figur 5.7*. Forskellene udviskes dog, når der tages højde for andre karakteristika ved udbuddene – de er således ikke statistisk signifikante. De transaktionsomkostninger, som indgår i denne analyse, vedrører desuden alene forløbet frem til kontrakttildeling og ikke eventuelle omkostninger i kontraktperioden eller som følge af evt. annullation efter tildeling.

Figur 5.6 Gennemsnitlige transaktionsomkostninger fordelt på udbudsprocedurer

Ann.: Baseret på 158 observationer for ordregiver og 185 for vindende tilbudsgiver. Figuren tager udgangspunkt i offentlige kontrakter og viser kun de tre mest anvendte udbudsprocedurer. Fem observationer for ordregiver og tre observationer for vindende tilbudsgiver er ikke med i oversigten, fordi de er udbudt efter procedurerne konkurrencepræget dialog, koncessions-tildeling og tildeling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen: Transaktionsomkostninger ved danske EU-udbud (2019).

Selv om de fleksible udbudsprocedurer potentielt giver større transaktionsomkostninger end proceduren "Offentligt udbud", i hvert fald for ordregiver, er det som nævnt knap 70 procent af de ordregivere, der har anvendt en fleksibel udbudsprocedure, som mener, at gevinsterne ved at anvende procedurerne stod mål med omkostningerne.

5.4 Centrale problemstillinger vedrørende de fleksible udbudsprocedurer

Der er overordnet stor tilfredshed med udbudslovens udvidelse af adgangen til at benytte de fleksible udbudsprocedurer. Der peges samtidig på, at der fortsat kan være nogle barrierer for ordregivernes anvendelse heraf.

De centrale problemstillinger, der er rejst i høringsen, er:

1. Mulighed for at ændre udbudsmaterialet i forhandlingsforløbet.
2. Overgang til udbud med forhandling ved forudgående mislykket udbud uden fornyet offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.
3. Usikkerhed om betingelserne for at anvende de fleksible udbudsprocedurer.
4. Reduktion af antallet af tilbudsgivere tidligt i forhandlingsprocessen ("shorlisting").

5.4.1 Mulighed for at ændre udbudsmaterialet i forbindelse med forhandlingsforløbet

En stor gruppe interessenter har i forbindelse med høringen givet udtryk for et behov for i højere grad at få adgang til at foretage ændringer af udbudsmaterialet i forbindelse med gennemførelsen af de fleksible udbudsprocedurer. Dette gør sig særligt gældende for proceduren "Udbud med forhandling", men også for proceduren "Konkurrencepræget dialog".

Der har særligt været et ønske om i højere grad at kunne foretage ændringer i de mindstekrav, som ordregiver fra starten har fastsat i udbudsmaterialet, som led i forhandlingerne. Begrænsningerne i at foretage ændringer i mindstekrav opleves som en barriere for forhandlinger og en indskrænkning af de fleksible udbudsprocedurers anvendelsesmuligheder.

Regler vedrørende muligheden for at foretage ændringer under selve forhandlingsforløbet

Generelt gælder, at man ikke må foretage grundlæggende ændringer, uden at udbuddet skal gå om. Som beskrevet i kapitel 4 er en grundlæggende ændring karakteriseret ved at kunne påvirke potentielle ansøgere eller tilbudsgiveres deltagelse i udbuddet eller kunne fordreje konkurrencen mellem deltagerne. Såfremt ordregiveren ønsker gennemførelse af sådanne ændringer, er ordregiver nødsaget til at annullere udbudsprocessen, ændre udbudsmaterialet og udbyde kontrakten på ny.

Det er derimod, som beskrevet i kapitel 4, muligt at foretage ikke-grundlæggende ændringer, som kan være væsentlige eller uvæsentlige. Der henvises til kapitel 4 til en nærmere gennemgang heraf.

De forskellige fleksible procedurer har forskelligt sigte og er derfor også kendetegnet ved, at de rummer forskellige muligheder, men også visse forskelle i de pligter, som ordregiver har. For ordregiver er det selvsagt vigtigt at vælge den procedure, der bedst passer til ordregivers behov. Valget afhænger bl.a. af, hvor præcist kontraktens genstand kan beskrives på forhånd.

Den *konkurrenceprægede dialog* er rettet mod anskaffelser, hvor der er behov for dialog om løsningen af en opgave med henblik på at fastlægge, hvorledes ordregivers udbudsmateriale kan udformes for at få opfyldt de konkrete behov. Det kan fx være anskaffelser, der omfatter meget komplekse områder. Man kan således sige, at konkurrencepræget dialog er en forhandling eller snarere en konkurrence om udformningen af det efterfølgende udbudsgrundlag. Konkurrencepræget dialog kan dermed med fordel anvendes i de situationer, hvor ordregiver ikke på forhånd kan fastlægge den løsning, der efterspørges.

Udbud med forhandling er derimod rettet mod anskaffelser, hvor der på baggrund af et indledende tilbud forhandles med henblik på at forbedre indholdet af tilbuddene for at opnå et indkøb, der er tilpasset ordregivers behov som angivet i udbudsmaterialet.

Innovationspartnerskaber er rettet mod anskaffelser af innovative ydelser, som ikke allerede er tilgængelige på markedet. Rammerne for forhandlinger i innovationspartnerskabet svarer til de rammer, der er for forhandling under et udbud med forhandling.

Da formålet med anvendelsen af konkurrencepræget dialog som nævnt er at indkredse og fastslå, hvorledes ordregiverens krav og behov bedst kan opfyldes, vil indholdet i det offentliggjorte materiale ved konkurrencepræget dialog som udgangspunkt være mindre detaljeret end ved udbud med forhandling og innovationspartnerskaber.

Udgangspunktet i de fleksible udbudsformer er, at der må forhandles om alt, undtagen endelige tilbud og grundlæggende elementer. Udbudslovens § 66, stk. 2, § 70, stk. 2, og § 77, stk. 2, tager eksplicit stilling til, hvilke elementer der altid vil være at betegne som et grundlæggende element i henholdsvis udbud med forhandling, konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber, og som ordregiver derfor ikke må indgå forhandling om. Det drejer sig specifikt om tildelingskriterier og mindstekrav, hvor et mindstekrav kan være kendetegnet ved, at det af udbudsmaterialet eksplicit fremgår, at det pågældende krav netop ikke er til forhandling.

Det fremgår således af udbudsloven § 66, stk. 2:

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

Denne bestemmelse implementerer udbudsdirektivets artikel 29, stk. 3, 2. afsnit, der specifikt omhandler udbud med forhandling, og hvoraf det fremgår, at:

”Minimumskravene og tildelingskriterierne er ikke genstand for forhandling.”

Dette præciseres yderligere i udbudsdirektivets artikel 45:

”Udbud med forhandling bør ledsages af tilstrækkelige sikkerhedsforanstaltninger, der sikrer overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed. Navnlig bør de ordregivende myndigheder på forhånd angive de minimumskrav, der karakteriserer udbuddets art, og som ikke bør ændres under forhandlingerne. [...]”

Det bør præciseres, at de minimumskrav, der skal fastsættes af den ordregivende myndighed, er de betingelser og karakteristika (især fysiske, funktionelle og juridiske), som alle tilbud skal opfylde eller have, for at den ordregivende myndighed kan tildele kontrakten i overensstemmelse med det valgte tildelingskriterium. [...]”

For innovationspartnerskaber gælder der samme restriktioner, for så vidt angår muligheden for at forhandle om mindstekrav. Det fremgår af udbudslovens § 77, stk. 2:

”Det indledende tilbud skal danne grundlag for den efterfølgende forhandling. Der kan forhandles om alt undtagen de endelige tilbud og grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.”

Denne bestemmelse implementerer udbudsdirektivets artikel 31, stk. 3, 2. afsnit, hvoraf det fremgår:

”Minimumskravene og tildelingskriterierne er ikke genstand for forhandling.”

I forhold til konkurrencepræget dialog stiller sagen sig lidt anderledes. Efter udbudsloven gælder samme princip her som for konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling. Det fremgår af udbudslovens § 70, stk. 2:

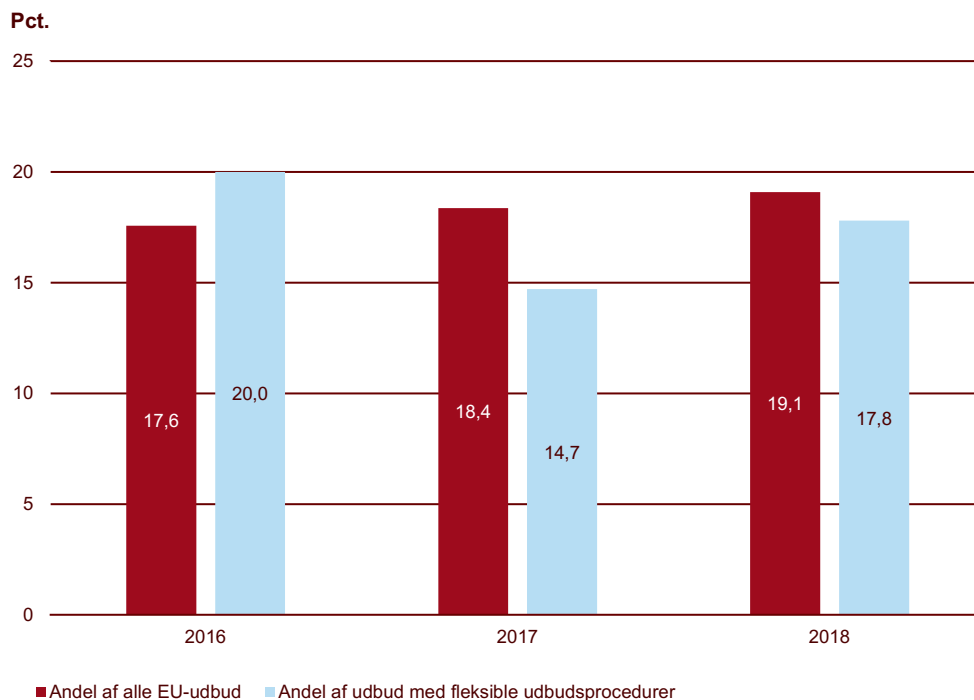
”Dialogen kan vedrøre alle aspekter af udbuddet, men må ikke medføre ændringer i grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.”

Dette er imidlertid en dansk bestemmelse, som ikke følger direkte af direktivteksten.

Praksis hos danske ordregivere vedrørende muligheden for at ændre udbudsmaterialet i forbindelse med fleksible udbudsformer

Knap 18 procent af de danske EU-udbud i 2018, som anvender en fleksibel udbudsprocedure, har angivet en ny tidsfrist i et dokument om supplerende oplysninger, jf. figur 5.8. Det tyder på, at en relativt stor andel af ordregiverne benytter de muligheder, som udbudsloven giver til at foretage ændringer i udbudsmaterialet.

Figur 5.7 Andel af danske EU-udbud, der har ændringsbekendtgørelse eller ændring af tidsfrist, 2016-2018



Ann.: Baseret på 5.825 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2016-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Opgørelsen indeholder både offentlige kontrakter og rammeaftaler. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud ud fra TED-databasen.

Vurdering af muligheden for at ændre udbudsmaterialet under forhandlingsforløbet

Mulighederne for at ændre indholdet af udbudsmaterialet under gennemførelse af fleksible procedurer er centralt for mange interessenter, både for ordregivere og tilbudsgivere. Det gælder især mulighederne for at ændre i kravene til kontraktens genstand. Årsagen er bl.a., at en begrænsning i adgangen til at ændre i beskrivelsen af kontraktens genstand i nogle tilfælde kan føre til annullation med dertilhørende øgede transaktionsomkostninger for både ordre- og tilbudsgivere.

Fra høringsparter har der bl.a. været et ønske om klarere regler om muligheden for at foretage ændringer af mindstekrav i forhandlingsfasen/dialogfasen.

Udbudslovens nuværende regulering indebærer for alle tre udbudsprocedurer, at der ikke kan ske forhandlinger af et mindstekrav, selv om der måtte være tale om en justering af et sådant krav, som ikke kan siges at være en ændring af et grundlæggende element. For procedurerne "Udbud med forhandling" og "Innovationspartnerskaber" følger kravet direkte af udbudsdirektivet og kan derfor ikke ændres i dansk lov.

For proceduren "Konkurrencepræget dialog" er der ikke et tilsvarende forbud i udbudsdirektivet. Det vil derfor være muligt at fjerne udbudslovens forbud mod, at dialogen ikke må medføre ændringer i mindstekrav. Det giver selvsagt ikke fri adgang til at foretage ændringer, herunder i mindstekrav, men vil betyde, at der kan foretages ændringer af udbudsmaterialet, når ændringerne ikke angår grundlæggende elementer. Det vil formentlig kunne nedbringe transaktionsomkostninger i konkurrencepræget dialog i et vist omfang samt medføre lidt bedre betingelser for innovation i udbudsprocessen.

For at skabe yderligere klarhed over fleksibiliteten i de nuværende regler kan der iværksættes en fornyet vejledningsindsats, der fokuserer på, i hvilke situationer ordregiveren kan foretage ændringer under forhandlingerne i de fleksible udbudsprocedurer. Vejledningsindsatsen kan med fordel særligt fokusere på, hvornår det vil være hensigtsmæssigt at karakterisere et krav som mindstekrav, og hvornår sådan en karakterisering unødvendigt vil indskrænke ordregiveres fleksibilitet.

5.4.2 Overgang til udbud med forhandling ved forudgående mislykket udbud

Flere interessenter fremhæver i deres høringssvar, at de ønsker en hurtigere adgang til at overgå til udbud med forhandling i de situationer, hvor de kun har modtaget ikke-forskriftsmæssige eller uacceptable tilbud i et offentligt eller begrænset udbud.

Udbudslovens mulighed for at overgå til udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse kræver, at *samlige* tilbudsgivere i det foregående mislykkede offentlige eller begrænsede udbud har afgivet tilbud i overensstemmelse med de formelle krav, opfylder kravene vedrørende egnethed og ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund.

Det betyder, at i de tilfælde, hvor der bare er en af tilbudsgiverne, der ikke lever op til disse betingelser, så kan man først iværksætte forhandlingsfasen efter offentliggørelse af en ny udbudsbekendtgørelse. En ny udbudsbekendtgørelse indebærer, at alle kan ansøge om deltagelse, og der skal som minimum være en 30-dages ansøgningsfrist og derefter en minimumsfrist for afgivelse af indledende tilbud på som udgangspunkt 25 dage, før forhandlinger med de deltagende virksomheder kan påbegyndes.

Flere høringssparter har på den baggrund ytret ønske om at opnå øget adgang til at overgå direkte til forhandlinger uden offentliggørelse af en ny udbudsbekendtgørelse. Det vil indebære, at ordregiver vil kunne påbegynde forhandlinger med de virksomheder, der har afgivet tilbud i overensstemmelse med de formelle krav, kravene til egnethed og ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund. Derimod vil de tilbudsgivere, som ikke opfylder en af de nævnte betingelser, ikke kunne være en del af den efterfølgende forhandling.

Regler for overgang til udbud med forhandling

Udbudsdirektivets artikel 26, stk. 4, litra b, omhandler valget af udbudsprocedure. Bestemmelsens 1. pkt. fastslår, at ordregiver kan overgå til procedurerne "Udbud med forhandling" eller "Konkurrencepræget dialog", når der i et offentligt eller begrænset udbud kun afgives såkaldte "ikke-forskriftsmæssige" eller "uacceptable" tilbud.

Det kræver dog, at proceduren ("Udbud med forhandling" eller "Konkurrencepræget dialog") kun omfatter tilbudsgivere, der opfylder centrale krav om fx egnethed og pålidelighed. Følgende fremgår således af artikel 26, stk. 4, litra b (2. pkt.):

"[...] I sådanne situationer behøver de ordregivende myndigheder ikke at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, hvis proceduren omfatter alle de tilbudsgivere – og kun dem – der opfylder de i artikel 57-64 omhandlede kriterier, og som under de forudgående offentlige eller begrænsede udbud afgav tilbud, der er i overensstemmelse med udbudsprocedurens formelle krav [...]"

Det fremgår således af udbudsdirektivet, at ordregiver ikke behøver at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, hvis proceduren (fx "Udbud med forhandling") omfatter alle de tilbudsgivere og kun dem, der opfylder de stillede egnethedskrav, ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde og evt. udvalgt til at afgive tilbud, og som under de forudgående offentlige eller begrænsede udbud har afgivet tilbud, der er i overensstemmelse med udbudsprocedurens formelle krav.

Det fremgår derimod *ikke* af udbudsdirektivet, at *samtlig*e tilbudsgivere skal opfylde fx egnethedskravene m.v., før ordregiver kan overgå til eksempelvis udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af ny udbudsbekendtgørelse. Dette krav stilles derimod i udbudsloven.

Udbudsdirektivets artikel 26, stk. 4, litra b, er således implementeret i henholdsvis udbudslovens § 61, for så vidt angår proceduren "Udbud med forhandling", og i § 67, for så vidt angår proceduren "Konkurrencepræget dialog".

Det fremgår af udbudslovens § 61, stk. 4 (som svarer til udbudslovens § 67, stk. 4), at:

"Når en ordregiver udnytter muligheden i stk. 1, nr. 2, er ordregiveren ikke forpligtet til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, når alle tilbudsgiverne 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."

Som det fremgår, er kravet i udbudsloven således mere indskrænkende, end hvad der følger af udbudsdirektivet. Efter udbudsloven skal ordregiver således offentliggøre en ny udbudsbekendtgørelse, hvis ikke samtlige tilbudsgivere i det oprindelige udbud opfylder de pågældende krav om bl.a. egnethed m.v.

Vurdering af muligheden for at overgå til udbud med forhandling

Udbudslovens regler om adgangen til at overgå til udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse medfører fleksibilitet for ordregiverne, som også kan gavne tilbudsgiversiden. Reglerne indebærer, at ordregivere – når et begrænset eller offentligt udbud ikke har medført nogen antagelige tilbud – kan gå direkte til udbud med forhandling frem for at annullere udbuddet og foretage et nyt udbud. Det kan reducere transaktionsomkostningerne også for tilbudsgiverne.

Denne adgang til at overgå til forhandling uden offentliggørelse er som nævnt mere begrænset i udbudsloven, end tilfældet er i udbudsdirektivet.

Efter udbudsdirektivet er det muligt at overgå til udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, hvis proceduren omfatter de tilbudsgivere – og kun dem – som i det foregående mislykkede offentlige eller begrænsede udbud har afgivet tilbud i overensstemmelse med de formelle krav og opfylder kravene vedrørende udelukkelse og egnethed. Det er ikke tilfældet efter udbudsloven.

Det kan derfor overvejes at udvide adgangen til udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i overensstemmelse med udbudsdirektivet. Det vurderes, at en sådan udvidelse vil øge ordregivernes fleksibilitet efter et mislykket offentligt eller begrænset udbud og kan reducere transaktionsomkostningerne uden væsentlige konsekvenser for fx konkurrencen.

5.4.3 Usikkerhed om betingelserne for at anvende de fleksible udbudsprocedurer

I den tekniske arbejdsgruppe og Forum for Udbud har der været bred enighed blandt interessenterne om at fremme anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer. Flere høringsparter har dog påpeget, at adgangen til at anvende de fleksible procedurer opfattes som uklar, hvilket kan resultere i, at procedureformerne ikke anvendes i tilstrækkelig høj grad.

Bla. er der udtrykt usikkerhed om, hvorvidt det udelukkende er selve anskaffelsens karakter, der er styrende for, om der er adgang til at anvende udbud med forhandling, eller om det også kan være omstændigheder omkring selve gennemførelsen af kontrakten eller selve udbuddet som fx kontraktens eller udbuddets kompleksitet.

Regler vedrørende anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer

Adgangen til udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog er reguleret i henholdsvis udbudslovens § 61 og § 67. Udbudslovens § 61 omkring udbud med forhandling har følgende ordlyd (og har samme indhold som § 67):

”En ordregiver kan anvende udbud med forhandling i følgende tilfælde:

- 1) *Ved bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der opfylder et eller flere af følgende kriterier:

 - a. *Ordregiverens behov kan ikke imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger,*
 - b. *kontrakten omfatter design eller innovative løsninger,*
 - c. *kontrakten kan på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed ikke tildeles uden forudgående forhandling, eller*
 - d. *ordregiveren kan ikke fastlægge de tekniske specifikationer tilstrækkelig præcist med henvisning til en standard, en europæisk teknisk vurdering, en fælles teknisk specifikation eller en teknisk reference, jf. punkt 2-5 i bilag VII til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EU-Tidende 2014, nr. L 94, side 65).**
- 2) *Når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun afgives ikke-forskriftsmæssige eller uacceptable tilbud, jf. stk. 2 og 3.”*

Af bemærkningerne fremgår bl.a. følgende om adgangen til at anvende procedurerne ”Udbud med forhandling” og ”Konkurrencepræget dialog”:

”I henhold til betragtning 42 i direktivet bør ordregivere kunne anvende udbud med forhandling eller den konkurrenceprægede dialog i forskellige situationer, hvor offentlige eller begrænsede udbud uden forhandling ikke med sandsynlighed vil føre til et tilfredsstillende resultat. Den øgede mulighed for forhandling skal stå i rimeligt forhold til det ønskede indkøb og de tilhørende udbudsomkostninger. Ordregiveren forudsættes ikke at have en viden om markedets allerede tilgængelige løsninger, der ligger ud over, hvad der med rimelighed kan forventes. Ordregiveren kan anvende lovens § 39 for at opnå markedskendskab.”

Udbudslovens §§ 61 og 67 implementerer tekstnært udbudsdirektivets artikel 26, stk. 4.⁴⁰

⁴⁰ Dog med den forskel, som er gennemgået ovenfor i afsnit 5.4.1, vedrørende ændringer af mindstekrav i forbindelse med henholdsvis forhandlings- og dialogfasen.

Som det fremgår af udbudsloven, kan procedurerne "Udbud med forhandling" og "Konkurrencepræget dialog" anvendes i situationer, hvor kontraktens art, kompleksitet eller retlige og finansielle forhold forbundet med kontrakten bevirker, at der skal ske en forudgående forhandling af kontrakten.

Vurdering af muligheden for at anvende de fleksible udbudsprocedurer

Med udbudsloven er adgangen til at anvende de fleksible udbudsprocedurer som nævnt udvidet væsentligt. Procedurerne kan således anvendes i situationer, hvor forudgående forhandling er nødvendig eller hensigtsmæssig.

Som nævnt er anvendelsen af de fleksible udbudsprocedurer, særligt udbud med forhandling, også steget betydeligt siden udbudslovens ikrafttræden. Desuden ser ordregiverne i mange tilfælde fordele ved anvendelse af procedurerne.

Anvendelsen af de fleksible procedurer kan understøttes ved at skabe større klarhed om adgangen til at anvende de fleksible udbudsprocedurer enten i vejledning eller i lovgivning.

Det kan fx præciseres i lovgivningen, at omstændigheder omkring selve gennemførelsen af kontrakten eller gennemførelsen af selve udbuddet også efter en konkret vurdering kan give adgang til proceduren "Udbud med forhandling".

En større klarhed om, hvornår udbud med forhandling kan anvendes af ordregiverne, vil give mulighed for en bedre udnyttelse af de fordele, denne procedure kan medføre. Fx anfører en række interessenter, at udbud med forhandling bidrager til udviklingen af nye og innovative løsninger. Når adgang til forhandling og dialog alligevel reguleres, skyldes det bl.a. hensynet til ligebehandling og gennemsigtighed.

5.4.4 Reduktion af tilbudsgivere tidligt i forhandlingsprocessen

Ved udbud med forhandling foreskriver udbudsloven, at forhandlingerne kan ske i flere faser. Det giver mulighed for gradvist at begrænse antallet af tilbud, der skal forhandles. Reglerne indebærer, at ordregiver skal forhandle om de indledende og alle efterfølgende tilbud (ud over det endelige). Ordregiver kan tildele kontrakten på baggrund af det indledende tilbud (som derved bliver det endelige), men det kræver, at ordregiver i udbudsmaterialet har varslet, at dette er en mulighed.

Flere interessenter ønsker mulighed for, at ordregivere kan reducere antallet af forhandlingsparter ved udbud med forhandling allerede på baggrund af det første indledende tilbud og ikke først efter en eventuel første forhandlingsrunde.

Regler vedrørende reduktion af tilbudsgivere

Forhandlingsfasen i proceduren "Udbud med forhandling" er reguleret af udbudsdirektivets artikel 29, stk. 2-6. Det fremgår af artikel 29, stk. 3:

"Medmindre andet er fastsat i stk. 4, forhandler de ordregivende myndigheder med tilbudsgiverne om de indledende og alle efterfølgende tilbud, som tilbudsgiverne har afgivet, med undtagelse af de endelige tilbud, jf. stk. 7, med henblik på at forbedre indholdet heri. [...]"

Det fremgår også af udbudsdirektivets artikel 29, stk. 4, at ordregiver har mulighed for at tildele kontrakten på baggrund af det indledende tilbud:

"De ordregivende myndigheder kan tildele kontrakter på grundlag af indledende tilbud uden forhandling, såfremt de i udbudsbekendtgørelsen eller i opfordringen til at bekræfte interessetilkendevismen har anført, at de forbeholder sig mulighed herfor."

Udgangspunktet efter udbudsdirektivet er således, at ordregiver skal forhandle med alle tilbudsgiverne om de indledende og efterfølgende tilbud (dog ikke det endelige), medmindre ordregiveren i udbudsmaterialet har forbeholdt sig muligheden for at tildele kontrakten på baggrund af det indledende tilbud.

Det fremgår imidlertid også af udbudsdirektivets artikel 29, stk. 6, at udbud med forhandling kan opdeles i flere faser:

”Udbud med forhandling kan forløbe i flere faser for at begrænse antallet af tilbud, der skal forhandles, på grundlag af de tildelingskriterier, der er indeholdt i udbudsbekendtgørelsen, i opfordringen til at bekræfte interesselikvidgiveness eller i et andet udbudsdokument. I udbudsbekendtgørelsen, opfordringen til at bekræfte interesselikvidgiveness eller i et andet udbudsdokument skal de ordregivende myndigheder angive, om de vil benytte denne mulighed.”

I udbudsloven er forhandlingsfasen reguleret af § 66, som implementerer udbudsdirektivets artikel 29. Følgende fremgår af udbudslovens § 66, stk. 1:

”En ordregiver skal 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”.

Det fremgår videre i § 66, stk. 3, at:

”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”.

Som det fremgår af udbudslovens § 66, stk. 1, skal ordregiveren som hovedregel forhandle med (alle) tilbudsgiverne om de indledende og efterfølgende tilbud. Hovedreglen modificeres i § 66, stk. 3, som fastslår, at forhandlingerne kan finde sted i flere successive faser med henblik på at begrænse antallet af tilbud, der skal forhandles. Da udbudslovens § 66, stk. 3, specifikt omtaler forhandlingsfasen, kan der tidligst ske frasortering af tilbudsgiverne efter første forhandlingsrunde.

Udbudsdirektivets artikel 29, stk. 6, som udbudslovens § 66, stk. 3, implementerer, omtaler imidlertid ikke specifikt muligheden for at faseopdele ”forhandlingsfasen”, men hele udbudsproceduren. Det peger på, at det i henhold til udbudsdirektivet vil være muligt at opdele udbudsproceduren i flere faser, således at der indføres en fase, hvor antallet af tilbudsgivere reduceres på baggrund af de første indledende tilbud. Det kan ses som en udbredelse af princippet om, at der kan udpeges en vinder på baggrund af det første tilbud.

Vurdering af muligheden for at reducere antallet af tilbudsgivere

Muligheden for at reducere antallet af forhandlingspartnere kan give fleksibilitet for ordregiverne i bestræbelserne på at holde transaktionsomkostningerne nede i forbindelse med proceduren ”Udbud med forhandling”. Et andet vigtigt hensyn er, at konkurrencen om opgaven fortsat skal være fair og effektiv, og at der er god adgang til at deltage, også for SMV’er.

Nuværende regulering i udbudsloven giver ikke mulighed for, at antallet af tilbudsgivere reduceres allerede efter det indledende tilbud. Der kan tidligst ske reduktion efter første forhandlingsrunde.

Det vurderes, at der er juridiske holdepunkter for, at udbudsdirektivet giver mulighed for at tillade en fase i udbudsproceduren, hvor antallet af tilbudsgivere reduceres på baggrund af de første indledende tilbud.

Indførelse af en mulighed for at reducere antallet af tilbudsgivere allerede på baggrund af de første indledende tilbud vil medføre større fleksibilitet for ordregiverne. Dertil kommer, at tilbudsgivernes tilskyndelse til at give det bedst mulige tilbud fra start bliver større, når de ved, at de kan blive frasortet allerede efter det indledende tilbud. Derudover vil en sådan ændring have potentiale til at reducere transaktionsomkostningerne i et vist omfang. Omvendt kan ændringen medføre, at færre tilbud indgår i forhandlingsfasen, hvilket isoleret set kan påvirke konkurrencen negativt.

5.5 Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker

	Kan have positive virkninger for	Modsattede virkninger	Kan have negative virkninger for	Ingen eller meget begrænset/usikker effekt
Mulighed for at ændre i mindstekrav i forbindelse med forhandlingsfasen under proceduren "Udbud med forhandling"				
Muligheden for at ændre i mindstekrav i forbindelse med dialogfasen under proceduren "Konkurrencepræget dialog"	Fleksibilitet Transaktionsomkostninger Innovation			Klarhed SMV'er Konkurrence
Overgang til udbud med forhandling ved forudgående mislykket udbud uden fornyet offentliggørelse af en udbudsbeholdning	Fleksibilitet Transaktionsomkostninger			Klarhed SMV'er Innovation Konkurrence
Øge klarheden om adgangen til at anvende de fleksible udbudsprocedurer	Klarhed Innovation			SMV'er Konkurrence Fleksibilitet
Muligheden for at reducere antallet af tilbudsgivere på baggrund af det indledende tilbud	Fleksibilitet Transaktionsomkostninger	Konkurrence		Klarhed SMV'er Innovation

Note: Problemstillinger, der er markeret med grå, vurderes ikke, eller kun delvist, at kunne gennemføres inden for gældende EU-regulering. Vurderingerne vedrører alene de seks evaluering pejlemærker. Der kan derfor være andre vigtige samfundssyn, som ikke indgår i vurderingerne.

Kapitel 6

ESPD og dokumentation

6.1 Indledning

I dette kapitel behandles de problemstillinger, der er knyttet til brugen af European Single Procurement Document (ESPD) og i særdeleshed den dokumentation for indholdet i ESPD'et, der skal indhentes i forbindelse med EU-udbud. ESPD og – særligt – kravene vedrørende dokumentation er blandt de temaer, som siden udbudslovens ikrafttræden har afstedkommet flest henvendelser til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, ligesom det også er det tema, som der er flest bemærkninger til i høringen.

Udbudslovens dokumentationskrav er en naturlig følge af de grundlæggende udbudsretlige principper om, at udbudsprocesserne skal være gennemsigtige, samt at der skal ske ligebehandling af alle ansøgere/tilbudsgivere. Endvidere skal de offentlige ordregivere sikre sig, at den eller de tilbudsgivere, som ender med at udføre opgaven, er både kvalificerede og pålidelige.

Dokumentationskravene skal således sikre, at der ikke tildeles offentlige opgaver til tilbudsgivere, der har begået alvorlige lovovertrædelser eller forsømmelser, eller som er økonomisk eller teknisk uegnede til at løse opgaven.

Med den hensigt at lette transaktionsomkostningerne ved indhentning af dokumentation blev ESPD'et indført med det seneste udbudsdirektiv. ESPD'et er en skabelon, som tilbudsgiverne skal udfylde med oplysninger om, hvordan de opfylder kravene til egnethed, og hvis relevant, om de opfylder ordregiverens udvælgelseskriterier, samt at de ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund.

I udbudsprocessen skal ordregiverne således modtage et ESPD fra alle ansøgere eller tilbudsgivere som et *foreløbigt* bevis på, at de lever op til de relevante krav. Det betyder, at tilbudsgivere som udgangspunkt ikke skal aflevere dokumentation i forbindelse med tilbudsafgivelsen, men kan nøjes med at aflevere et ESPD. Herefter er det som udgangspunkt først, når kontrakten skal endeligt tildeles, at den vindende (og kun den vindende) tilbudsgiver skal tilvejebringe dokumentationen for de oplysninger, som fremgår af ESPD'et. Endvidere var formålet med indførelsen af ESPD'et at ensrette/standardisere en række af de forskellige dokumenter, der blev krævet på tværs af landene i EU.

De problemstillinger, der er rejst af såvel ordregivere som tilbudsgivere, kan grundlæggende inddeles i to kategorier: 1) Selve tilvejebringelsen og indhentningen af den nødvendige dokumentation samt 2) vurdering af, om dokumentationskravene er retvisende, herunder også den efterfølgende vurdering af, om dokumentationen er gyldig og korrekt.

Udfordringerne er således i højere grad knyttet til dokumentationskravene frem for selve ESPD'et, selv om det også tilkendes, at de potentielle gevinster ved indførelsen af ESPD'et ikke til fulde er høstet, og at ESPD'et kan synes omkostningstungt at anvende.

Nedenfor gennemgås reglerne og praksis vedrørende dokumentation og ESPD i Danmark, og efterfølgende gennemgås og vurderes de to ovennævnte problemstillinger.

6.2 Rammerne vedrørende ESPD og dokumentation

Når det offentlige køber ind, skal processer, udbudsmaterialer, beslutninger m.v. være gennemsigtige, ligesom der skal ske ligebehandling af alle tilbudsgiverne/ansøgerne i en udbudsproces. Endvidere skal de offentlige ordregivere sikre sig, at den eller de tilbudsgivere, som ender med at udføre opgaven, er både kvalificerede og pålidelige.

For at opnå en rimelig sikkerhed for dette skal tilbudsgiverne dokumentere, at de opfylder de relevante krav. Udbudsloven sætter rammerne for, hvornår og hvordan de forskellige forhold skal dokumenteres. I forbindelse med gennemførelsen af en udbudsproces skal ordregivere forholde sig til følgende forhold:

- » **Skal en tilbudsgiver udelukkes?** Ordregiveren skal sikre, at den vindende tilbudsgiver ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund. Udbudsloven indeholder en liste med grunde til, at man skal (eller i visse situationer kan) udelukke en tilbudsgiver. Det kan fx være tilfældet, hvis en tilbudsgiver er dømt for bestikkelse, svig med EU-midler, brug af børnearbejde m.v.
- » **Er tilbudsgiver egnet?** Ordregiveren kan i udbudsmaterialet fastsætte minimumskrav til den økonomiske og tekniske formåen, som tilbudsgiverne skal have for at kunne vinde kontrakten. Ordregiveren skal sikre, at den vindende tilbudsgiver opfylder sådanne eventuelle krav til egnethed.
- » **Er tilbudsgiver blandt de udvalgte?** Ordregivere kan vælge at bruge en begrænset udbudsprocedure, som betyder, at der udvælges et vist antal virksomheder, som får lov at afgive tilbud. Eksempelvis kan der i forbindelse med et udbud være syv virksomheder, som ønsker at afgive tilbud, men hvor ordregiveren har begrænset antallet af tilbudsgivere til fem. Det betyder, at to virksomheder skal sorteres fra. Dette sker ved anvendelse af udvælgelseskriterier, hvor ordregiveren på baggrund af eksempelvis referencer kan udvælge de bedst egnede virksomheder til at afgive tilbud.

ESPD'et er en egen-erklæring, der fungerer som indledende dokumentation (foreløbigt bevis) for, at tilbudsgivere/ansøgere overholder kravene til egnethed og udvælgelse, samt ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund. Inden ordregiveren tildeler en kontrakt, skal vindende tilbudsgiver tilvejebringe dokumentation for, at oplysningerne i ESPD'et er korrekte. Det er således som udgangspunkt kun den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten, som skal fremsende endelig dokumentation.

Tilbudsgiverne skal dermed som udgangspunkt og indledningsvist kun aflevere et ESPD og ikke deres samlede dokumentation. Da dokumentationen kan være omfangsrig, kan ESPD'et dermed mindske den administrative byrde for de virksomheder, der deltager i et udbud, men ikke får tildelt kontrakten.

Selv om det som udgangspunkt kun er den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten, der skal fremsende endelig dokumentation, kan ordregiveren dog på ethvert tidspunkt under proceduren bede ansøgere eller tilbudsgivere om at indsende dele af eller hele dokumentationen, hvis det er nødvendigt for at sikre en korrekt afvikling af proceduren. Tilbudsgiver er dog ikke forpligtet til selv at fremlægge dokumentationen, når ordregiveren kan skaffe de relevante oplysninger direkte gennem en national database, eller hvis ordregiveren allerede er i besiddelse af den fornødne dokumentation.

Først når en tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten, har sendt fyldestgørende dokumentation, kan ordregiveren træffe en tildelingsbeslutning og orientere de øvrige tilbudsgivere om denne beslutning. Herefter kan den såkaldte standstill-periode begynde. I standstill-perioden på 10 dage har tilbudsgivere mulighed for at klage over tildelingsbeslutningen med automatisk opsættende virkning i 30 dage. Efter standstill-perioden kan ordregiver indgå kontrakten med den eller de vindende tilbudsgivere.

Dokumentation for ikke at være omfattet af en udelukkelsesgrund

I henhold til udbudsdirektivet er der et hierarki mellem dokumentationsformer. Således skal ordregivere i henhold til udbudsdirektivet acceptere følgende dokumentation for, at en tilbudsgiver ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene:

- » Et uddrag fra det relevante register, fx en straffeattest eller et tilsvarende dokument udstedt af en kompetent retslig eller administrativ myndighed i tilbudsgiverens hjemland, eller
- » et certifikat udstedt af den kompetente myndighed i tilbudsgiverens hjemland.

Hvis en medlemsstat ikke udsteder sådan en dokumentation eller certifikater, eller hvis disse ikke dækker alle udelukkelsesgrundene, kan ordregivere acceptere følgende som dokumentation:

- » Erklæring under ed.

I de medlemsstater, hvor edsaflæggelse ikke anvendes, kan følgende anvendes som dokumentation:

- » En højtidelig erklæring, der af vedkommende afgives for en kompetent retslig eller administrativ myndighed, for en notar eller for en kompetent faglig organisation i tilbudsgiverens hjemland.

Danske ansøgere eller tilbudsgivere har mulighed for at anmode om en såkaldt serviceattest hos Erhvervsstyrelsen, når de skal dokumentere, at de ikke er omfattet af en relevant udelukkelsesgrund. I serviceattesten samler Erhvervsstyrelsen de oplysninger, der er relevante for de udelukkelsesgrunde, hvor det er tilbudsgiveren/ansøgeren, som skal påvise, at de ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund.

Som følge heraf er det alene nødvendigt for ordregiver at verificere, at tilbudsgivere er i besiddelse af en nyere serviceattest uden anmærkninger. Det gælder dog kun for danske tilbudsgivere, idet udenlandske tilbudsgivere ikke har adgang til en sådan attest hos Erhvervsstyrelsen. De skal derimod indhente den dokumentation, der er relevant i det land, hvor tilbudsgiveren er hjemhørende.

Oplysningerne, som Erhvervsstyrelsen indhenter fra Kriminalregisteret, er imidlertid ikke altid fuldt ud dækkende for den dokumentation, der kræves. Det skyldes, at oplysningerne i den private straffeattest i mange tilfælde kun går to eller tre år tilbage, mens ordregiveren er forpligtet til at udelukke tilbudsgivere/ansøgere fra deltagelse i udbudsprocedurer i fire år fra datoen for endelig dom eller vedtaget bødeforlæg, for så vidt angår handlinger omfattet af de obligatoriske og mest alvorlige udelukkelsesgrunde.

Derudover angår oplysningerne fra Kriminalregisteret alene overtrædelser af straffeloven samt lov om euforiserende stoffer og lov om tilhold. Overtrædelser af anden lovgivning, der kan være relevant for udelukkelsesgrundene, fremgår ikke.

Som følge heraf er serviceattesten i dag en kombination af dokumentation af oplysninger indhentet fra Kriminalregisteret og en tro og love-erklæring, hvor man over for Erhvervsstyrelsen erklærer, at man ikke inden for de seneste fire år ved endelig dom er dømt eller har vedtaget bødeforlæg for en eller flere af de udelukkelsesgrunde, hvor der ikke er dokumentation i den private straffeattest.

Erhvervsstyrelsen indhenter også oplysninger fra ATP og SKAT, hvorefter det fremgår af serviceattesten, hvorvidt ansøgere eller tilbudsgivere har ubetalt forfalden gæld til det offentlige, som dokumentation for de pågældende udelukkelsesgrunde. Derudover indhenter Erhvervsstyrelsen oplysninger fra Skifteretten, for så vidt angår udelukkelsesgrunden vedrørende konkurs, insolvens og likvidationsbehandling.

De indhentede oplysninger samt afgivne tro og love-erklæringer danner grundlag for udstedelsen af serviceattesten. Herved medfører serviceattesten, at ansøgere og tilbudsgivere kan vælge at benytte én samlet indgang til det offentlige og få udstedt et samlet dokument om udelukkelsesgrundene.

Serviceattesten kan også rumme udenlandske medlemmer af ledelsen i danske virksomheder. De udenlandske medlemmer af ledelsen i danske virksomheder skal på linje med deres danske kollegaer afgive en tro og love-erklæring for de dele, der ikke er omfattet af straffeattesten.

Når tilbudsgiverne ikke er danske, kan det være mere udfordrende at indhente tilstrækkelig dokumentation. Kommer virksomheden fra et EU/EØS-land, skal ordregiver som udgangspunkt kræve den dokumentation, der fremgår af e-Certis. e-Certis er et informationssystem, som hjælper ordregivere med at finde frem til de forskellige dokumentationsformer og certifikater, der skal anmodes om i forbindelse med udbudsprocedurer i EU. Ordregiver kan således henholde sig til de dokumentationstyper, som medlemsstaten har oplyst til e-Certis, når det skal vurderes, hvilken dokumentation der er tilstrækkelig.

Ansøgere og tilbudsgivere kan dog også vælge at aflevere anden dokumentation end den, der fremgår af e-Certis, og som er krævet af ordregiver, såfremt dokumentationen lever op til kravene i udbudsloven.

Kravene til dokumentation er også gældende for tilbudsgivere med hjemsted uden for EU. For tilbudsgiveren uden for EU, som ikke er omfattet af e-Certis, kan ordregiver kræve, at ansøgere eller tilbudsgivere fremlægger dokumentation i henhold til udbudsloven og efter samme hierarki som beskrevet ovenfor. Herefter kan tilbudsgivere/ansøgere således fremlægge den dokumentation, som er passende, givet de muligheder, der er i deres hjemland. Efterfølgende skal ordregiver sikre, at dokumentationen er tilstrækkelig, hvilket kan være omkostningstungt, hvis materialet er på originalprog og afviger fra kendte standarder.

Dokumentation for egnethed og udvælgelseskriterier

Ud over serviceattesten eller tilsvarende dokumentation for, at tilbudsgiveren ikke er omfattet af en udelukkelsesgrund, skal tilbudsgiver også dokumentere opfyldelsen af minimumskrav til egnethed og opfyldelsen af udvælgelseskriterier.

Ordregiver kan kræve en række former for dokumentation, når ansøgere eller tilbudsgivere skal påvise deres økonomiske og finansielle formåen. Udbudsloven indeholder en liste med eksempler på dokumentation af økonomisk og finansiell formåen.

Udbudsloven indeholder også en liste over dokumentation, der kan kræves, når ansøgere eller tilbudsgivere skal påvise deres tekniske og faglige formåen.

For dokumentation for den økonomiske og finansielle formåen er der ikke tale om en udtømmende liste. Ordregivere kan således også vælge at kræve andre former for dokumentation for den økonomiske og finansielle formåen end den dokumentation, der er oplyst i udbudsloven. Det er ordregiveren, der vurderer, hvilken dokumentation der er tilstrækkelig.

Dokumentation for den tekniske og faglige formåen er derimod begrænset til den liste over dokumentationsformer, der fremgår i udbudsloven. Ordregiveren skal således vælge én eller flere af de oplyste dokumentationsformer i forhold til kravene om teknisk og faglig formåen.

6.3 Centrale problemstillinger vedrørende dokumentation

I forbindelse med høringen er der peget på problemstillinger, som omhandler den dokumentation, som en ordregiver indhenter som verifikation for oplysningerne i ESPD'et. Disse problemstillinger vedrører:

1. Indhentelse af dokumentation og ESPD.
2. Vurdering af, hvorvidt dokumentationen er retvisende.

6.3.1 Indhentelse af dokumentation og ESPD

Ordregivers og tilbudsgivers transaktionsomkostninger påvirkes af, hvornår ordregiver indhenter dokumentationen. Tidlig indhentning af dokumentation (og dermed indhentning af dokumentation hos alle tilbudsgiverne) kan spare ordregiverne tid i den afsluttende del af udbudsprocessen, men kan medføre en unødvendig omkostning for alle tilbudsgivere, herunder især dem, som ikke får tildelt opgaven. Ordregivere har i høringen givet udtryk for et ønske om en bredere adgang til at kunne indhente dokumentation tidligere i processen, hvorimod repræsentanter fra tilbudsgiversiden har tilkendegivet, at de finder det problematisk, at ordregivere indhenter dokumentation tidligt i udbudsprocessen.

Flere høringsparter giver også udtryk for, at anvendelsen af ESPD'et, trods gode intentioner, er uforholdsmæssigt omkostningstungt at anvende for både tilbudsgivere og ordregivere. Dette tilskrives bl.a., at de forskellige digitale udbudssystemer benytter forskellige opsætninger til indhentning af oplysningerne til ESPD, hvilket både giver anledning til fejl og ekstra administrativt besvær, men også vanskeliggør genbrug af ESPD'et i forskellige udbudssystemer.

Regler vedrørende dokumentation

Ordregivere kan som nævnt vælge at indhente dokumentation tidligt i processen. Det fremgår af udbudsdirektivets artikel 59, stk. 4:

"En ordregivende myndighed kan når som helst i løbet af proceduren anmode tilbudsgiverne og ansøgerne om at fremlægge hele eller en del af de krævede supplerende dokumenter, hvis dette er nødvendigt for at sikre, at proceduren gennemføres korrekt.

Før tildelingen af kontrakten kræver den ordregivende myndighed, bortset fra i forbindelse med kontrakter, der er baseret på rammeaftaler, og sådanne kontrakter er indgået i overensstemmelse med artikel 33, stk. 3, eller artikel 33, stk. 4, litra a), at den tilbudsgiver, som myndigheden har besluttet at tildele kontrakten, fremlægger ajourførte supplerende dokumenter i henhold til artikel 60 og hvis relevant artikel 62. Den ordregivende myndighed kan anmode økonomiske aktører om at supplere eller uddybe de i medfør af artikel 60 og 62 modtagne certifikater."

Udbudsloven indeholder tilsvarende regler for indhentelse af dokumentation i § 151.

Derudover fremgår det af artikel 56, stk. 1, litra b), at ordregivere skal verificere, at:

"tilbud er afgivet af en tilbudsgiver, som ikke er udelukket i henhold til artikel 57 og som opfylder de udvælgelseskriterier, som er opstillet af den ordregivende myndighed i henhold til artikel 58, og, hvor dette er relevant, de i artikel 65 omhandlede ikkediskriminerende regler og kriterier."

Denne verifikation skal bl.a. ske i overensstemmelse med artikel 59.

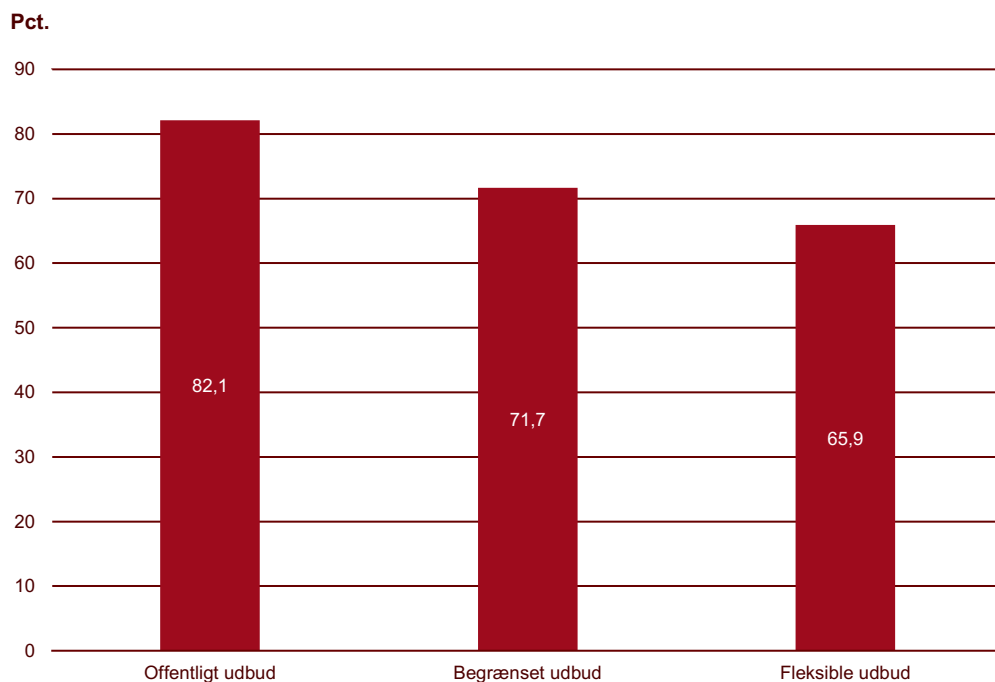
Praksis hos danske ordregivere vedrørende dokumentation

Der er en hel del virksomheder, som i varierende grad oplever, at de dokumentationskrav, der stilles i udbudsprocessen, er for høje og kan virke som en barriere for at byde på offentlige op-

gaver. Det ses således i undersøgelsen, at knap 20 procent af virksomhederne altid, næsten altid eller ofte oplever for høje dokumentationskrav som en barriere.⁴¹ Samtidig oplever ca. 18 procent af virksomhederne ofte, at ordregivers ønsker om at indhente dokumentation tidligt i budprocessen er for svære/omkostningsfulde at imødekomme.

Som klar hovedregel indhenter ordregiverne dog kun dokumentation fra den virksomhed, som står til at vinde udbuddet. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgeskemaundersøgelse⁴² blandt offentlige ordregivere viser, at mere end 80 procent af ordregiverne typisk kun indhenter dokumentation fra den virksomhed, som de planlægger at tildele kontrakten. Det samme svarer godt 70 procent af ordregiverne ved begrænset udbud og knap 2/3 ved fleksible udbud, jf. figur 6.1. Ved begrænset og særligt udbud med et forhandlingselement kan det være en fordel for ordregiver at sikre sig, at de virksomheder, der er prækvalificeret, også lever op til dokumentationskravene, inden der investeres tid i at udarbejde tilbudsmateriale og/eller bruges tid på at forhandle.

Figur 6.1 Andelen af de adspurgte ordregivere, der angiver, at de typisk kun indhenter dokumentation for den/de virksomhed/er, de planlægger at tildele kontrakten



Anm.: Baseret på hhv. 162, 128 og 91 besvarelser af ordregivende organisation, som har anvendt den adspurgte udbudsprocedure. Opgørelsen indeholder ikke "Ved ikke"-besvarelser (hhv. seks, 18 og 26 observationer for de tre spørgsmål). Selve spørgsmålet, som er stillet, lyder: "Indhenter I typisk kun dokumentation fra den/de virksomhed/er, som I planlægger at tildele kontrakten? (svar angives for hver udbudsprocedure)". Figuren viser andelen, som har svaret "Kun den/de virksomhed/er, I planlægger at tildele kontrakten", hvor alternativet var "Flere eller alle virksomheder".

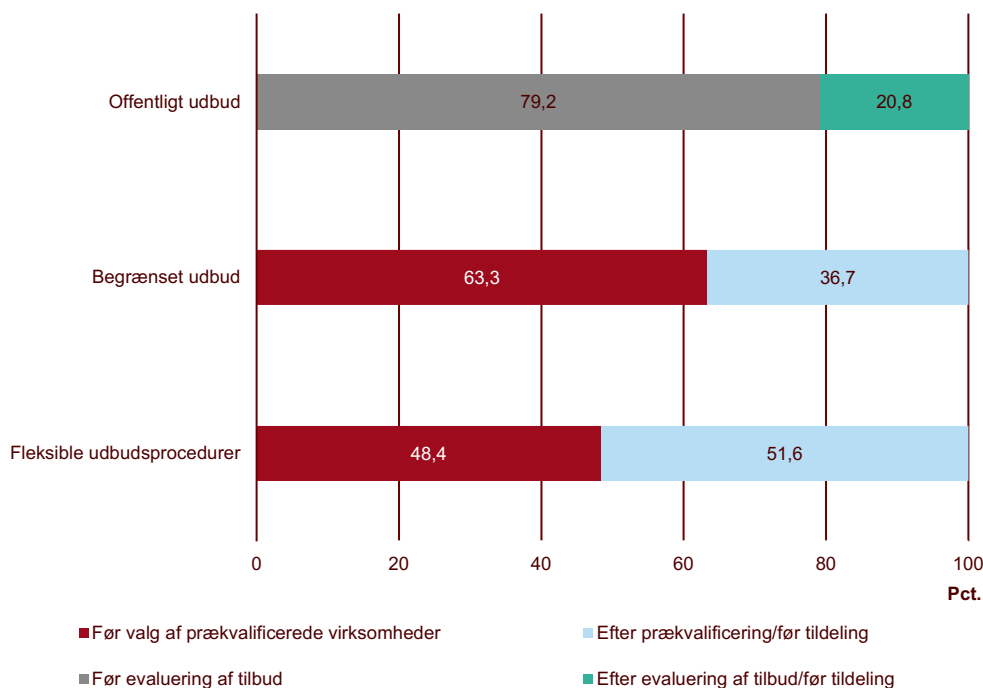
Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgeskemaundersøgelse af ordregivende organisationers erfaring med udbudsloven, 2019.

⁴¹ Undersøgelse af små virksomheders barrierer for deltagelse i offentlige udbud udarbejdet af Epinion på vegne af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, jf. boks 3.1.

⁴² Evaluering af udbudsloven. Spørgeskemaundersøgelse gennemført af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen 2019, jf. boks 2.1.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgeskemaundersøgelse blandt offentlige ordregivere viser, at ca. 1/3 af ordregiverne ved udbud, hvor de begrænser antallet af tilbudsgivere, typisk indhenter dokumentation fra flere tilbudsgivere. I de tilfælde, hvor der indhentes dokumentation fra flere tilbudsgivere, sker det i ca. halvdelen af tilfældene før prækvalifikationen, jf. figur 6.2. Ved proceduren "Offentligt udbud" indhentes dokumentation oftest før evaluering af indkomne tilbud.

Figur 6.2 Tidspunkt for indhentning af dokumentation, når den ordregivende organisation henter dokumentation fra flere virksomheder



Anm.: Baseret på hhv. 24, 31 og 31 besvarelser af ordregivende organisation. Opgørelsen indeholder ikke "Ved ikke"-besvarelser (hhv. fem og seks observationer for de to første spørgsmål). Selve spørgsmålet, som er stillet, lyder: "Hvornår indhentes I typisk dokumentation ved proceduren [...]?"

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgeskemaundersøgelse af ordregivende organisationers erfaring med udbudsloven, 2019.

Ordregiver kan have flere formål med at indhente tidlig dokumentation for flere ansøgere. Det kan fx være en fordel, at ordregiveren er sikker på, at de ansøgere, der bliver prækvalificeret, er kvalificerede – særligt i de tilfælde, hvor tilbudsgiverne løbende sorteres fra. Her risikerer ordregiveren at udvælge virksomheder, der i sidste ende ikke er kvalificerede, hvilket kan medføre unødige omkostninger til eksempelvis forhandling med en virksomhed, der ikke vil kunne få tildelt kontrakten på grund af manglende kvalifikationer.

Godt otte procent af de adspurgte ordregivere har angivet, at de har oplevet, at kontrakten ikke kunne tildeles til den/de virksomhed/er, der stod til at vinde, da de pågældende ikke var i stand til at indsende påkrævet dokumentation. Det kan både skyldes fejl i dokumentationen, at tilbudsgiverne ikke overholdt tidsfristen, eller at tilbudsgiverne faktisk ikke er kvalificerede.

Samtidig kan tidlig indhentning af dokumentation spare tid, idet standstill-perioden først kan igangsættes efter tildeling og således må afvente korrekt dokumentation. Godt 1/3 af ordregiverne i undersøgelsen har svaret, at de har oplevet, at tildelingen af en kontrakt blev forsinket, fordi virksomheden var længere tid om at indsende dokumentation end den frist, der var angivet.

Det vil dog stride mod hensynet bag ESPD'et, hvis det bliver en udbredt praksis, at ordregiver indhenter dokumentation for flere tilbudsgivere tidligt i udbudsprocessen, da det pålægger tilbudsgiverne omkostninger. Hvis ordregiver alligevel kræver dokumentation fra en stor del af tilbudsgiverne, mister ESPD'et sit formål og fungerer i stedet potentielt som en unødvendig administrativ byrde.

I en undersøgelse⁴³ af virksomheders oplevede barrierer ved at deltage i offentlige udbud angiver godt 20 procent af små virksomheder, at der stilles for store krav til dokumentation. Hvis barrieren afholder virksomheder fra at byde på offentlige kontrakter, kan ordregiver opleve en dårligere konkurrence om deres opgaver, og innovative idéer, som virksomheden kunne have bidraget med, når ikke frem til ordregiveren.

Vurdering i forhold til indhentning af dokumentation og ESPD

Kravet om dokumentation skal sikre, at de virksomheder, der udfører arbejde for offentlige midler, ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde eller har angivet urigtige oplysninger om deres økonomiske eller tekniske formåen. Samtidig er det imidlertid centralt, at dokumentationskravene ikke bliver unødigt omfattende. Det medfører højere transaktionsomkostninger, som kan skade konkurrencen om opgaverne og dermed i sidste ende føre til højere priser for at få løst opgaverne.

Indhentelse af tidlig dokumentation fra flere tilbudsgivere kan givetvis være hensigtsmæssigt i visse tilfælde. Det kræver set fra et ordregiversynspunkt, at den reduktion i risikoen for at forhandle med og modtage tilbud fra tilbudsgivere, som ikke kan fremsende den påkrævede dokumentation og omkostningerne herved, ikke opvejes af den forøgelse af transaktionsomkostningerne, som tilbudsgiverne pålægges, og som helt eller delvist overvæltes i tilbudsprisen.

I praksis er det primært i forbindelse med begrænsede og fleksible udbud, at der indhentes dokumentation tidligt i processen og for alle tilbudsgivere. Det vil sige i situationer, hvor det formentlig er mest relevant for en effektiv gennemførelse af udbudsprocessen.

Udbudsdirektivets begrænsning af ordregivernes adgang til at indhente dokumentation på et tidligere tidspunkt i proceduren er indført for at begrænse virksomhedernes administrative byrde og er særligt målrettet SMV'er. Samtidig vil en begrænsning af ordregivernes mulighed for at indhente dokumentation tidligere indskrænke ordregivernes skøn, hvilket der er juridiske holdepunkter for, at medlemsstaterne ikke har kompetence til. Det er derfor formentlig ikke muligt i udbudsloven hverken at udvide eller begrænse ordregivernes adgang til at indhente dokumentation på et tidligere tidspunkt i proceduren.

⁴³ En analyse foretaget af Epinion for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2019.

De nuværende regler for, hvornår dokumentation kan indhentes, ser overordnet ud til at virke efter hensigten, idet der som hovedregel først indhentes dokumentation til sidst i udbudsprocessen. Dermed begrænses transaktionsomkostningerne for de relativt mange tilbudsgivere, der ikke skal levere dokumentation. Reglerne giver dog også mulighed for, at der i særlige situationer kan indhentes dokumentation tidligt i processen.

Der er som nævnt nogle praktiske udfordringer med at genbruge ESPD og dokumentation i udbud, herunder udfordringer med uensartede digitale løsninger. Disse udfordringer kan adresseres gennem en mere effektiv og ensartet/standardiseret (digital) udbuds- og dokumentationsproces, fx anvendelsen af et fælles udbudssystem, som alle danske ordregivere skal benytte, når der udbydes offentlige kontrakter. Derved imødekommes både hensynet til beskyttelse af offentlige kontrakter og hensynet til overholdelse af de bagvedliggende EU-regler. Samtidig er der formentlig et potentiale for ad den vej at sænke transaktionsomkostningerne og øge reglernes klarhed. Der vil således være potentiale for at imødekomme de udfordringer, der er forbundet med ESPD'et gennem mere ensartede digitale løsninger.

En større ensartethed i de ESPD'er, som tilbudsgiveren skal anvende, kan også give en større klarhed, eftersom tilbudsgiverne lettere kan lære, hvordan og hvad der skal udfyldes. Det kan også medvirke til at sænke transaktionsomkostningerne, idet der skal bruges mindre tid på udfyldelse af ESPD'et. Særligt SMV'er vil kunne drage fordel af en ensartethed i ESPD'et, eftersom SMV'erne ikke skal bruge ressourcer på at gøre sig bekendt med forskellige formater og måder at udfylde ESPD'et på. Manglende ensartethed kan således også være en barriere for konkurrencen.

6.4 Retvisende dokumentation

Den anden centrale problemstilling vedrører ordregiveres vurdering af, om dokumentationen er retvisende.

Det kan forekomme, at der er fejl i den fremsendte dokumentation, hvilket betyder, at dokumentationen ikke er retvisende, og at tilbudsgiveren derfor ikke kan tildeles kontrakten. Derved risikeres, at den bedst egnede virksomhed må udelukkes.

Derudover fremgår det af høringen, at der er usikkerhed om, hvor lang tid dokumentation kan siges at være gældende. Der er ikke i udbudsloven en gyldighedsperiode for dokumentation. Der kan derfor opstå tvivl om, hvorvidt dokumentationen efter noget tid fortsat er retvisende. Det kan være vanskeligt at afgøre, hvornår dokumentationen stadigvæk er gyldig og dermed retvisende.

Denne udfordring kommer fx til udtryk i de udbud, hvor udbudsprocessen strækker sig over en længere periode, og hvor det derfor kan være tvivlsomt, om oplysningerne i ESPD'et eller tidligere indsendt dokumentation stadigvæk er retvisende. Skal der i disse situationer indhentes ny dokumentation? Det kan eksempelvis være en relevant problemstilling i forbindelse med rammeaftaler med miniudbud. En rammeaftale, hvorefter tilbudsgiver identificeres via miniudbud, kan således som udgangspunkt være gældende i op til fire år, *jf. i øvrigt kapitel 7*.

Inden ordregiveren kan tildele en kontrakt, skal det på baggrund af dokumentationen verificeres, at en tilbudsgiver ikke er udelukket, er egnet og er udvalgt på et korrekt grundlag. Spørgsmålet er herefter, om der skal indhentes dokumentation for oplysningerne i ESPD'et, som de så ud på tilbudstidspunktet, eller om der skal indhentes helt ny dokumentation.

Regler vedrørende retvisende dokumentation

I forhold til retvisende dokumentation fremgår følgende af udbudsdirektivets artikel 56, stk. 1:

"Kontrakter tildeles på grundlag af kriterierne opstillet i artikel 67-69, hvis den ordregivende myndighed i overensstemmelse med artikel 59-61 har verificeret, at samtlige følgende betingelser er opfyldt:

a) tilbuddet opfylder de krav, betingelser og kriterier, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen eller opfordringen til at bekræfte interessetilkendegivelsen og i udbudsdokumenterne, eventuelt under hensyntagen til artikel 45

b) tilbuddet er afgivet af en tilbudsgiver, som ikke er udelukket i henhold til artikel 57 og som opfylder de udvælgelseskriterier, som er opstillet af den ordregivende myndighed i henhold til artikel 58, og, hvor dette er relevant, de i artikel 65 omhandlede ikkediskriminerende regler og kriterier."

Denne bestemmelse genfindes i udbudslovens § 159, stk. 2 og 3, hvor følgende fremgår:

"Stk. 2. En ordregiver kan alene tildele kontrakten, hvis ordregiveren har verificeret, at tilbuddet opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale. Ordregiveren skal desuden have verificeret på grundlag af det fælles europæiske udbudsdokument, jf. §§ 148-151, dokumentation indhentet i medfør af § 152, stk. 1, og e-Certis, jf. § 152, stk. 3, at tilbuddet er afgivet af en tilbudsgiver,

- 1) der ikke er udelukket i henhold til §§ 135-137,*
- 2) der opfylder de minimumskrav til egnethed, som ordregiveren har fastsat i henhold til §§ 140-143, og*
- 3) der, hvis det er relevant, er udvalgt til at afgive tilbud*

gennem en udvælgelse i henhold til § 145.

Stk. 3. Ordregiveren skal i tvivlstilfælde foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i ansøgningen eller tilbuddet."

Derudover fremgår følgende 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. Ordregiveren skal fastsætte en passende tidsfrist for tilbudsgiveren til at fremlægge dokumentationen."

I forhold til dokumentation fra nystartede virksomheder, virksomheder under stiftelse eller andre virksomheder, der af en gyldig grund ikke kan fremlægge den krævede dokumentation, fremgår følgende af udbudsdirektivets artikel 60, stk. 3, 2. afsnit:

"Hvis den økonomiske aktør af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge den af den ordregivende myndighed forlangte dokumentation, kan han godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som den ordregivende myndighed finder egnet."

Bestemmelsen er implementeret i § 154, stk. 2, med følgende ordlyd:

”Stk. 2. En ansøger eller en tilbudsgiver kan godtgøre sin økonomiske og finansielle formåen ved ethvert andet dokument, som ordregiveren vurderer passende, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge de dokumenter, som ordregiveren forlanger.”

Der fremgår ikke i udbudsloven en gyldighedsperiode for den dokumentation, som virksomhederne skal indlevere som dokumentation for, at de ikke er omfattet af udelukkelsesgrunde. Udbudsloven fastslår dog, at dokumentationen skal være egnet til, at en ordregiver kan foretage verifikation af, hvorvidt en ansøger eller en tilbudsgiver er omfattet af udelukkelsesgrundene og har den krævede økonomiske og tekniske formåen. Ordregiver skal derfor vurdere fra sag til sag, om en given dokumentation er egnet.

Vurdering vedrørende retvisende dokumentation

Dokumentation er nødvendig for at sikre, at ordregivere ikke tildeler kontrakter til virksomheder, der er omfattet af udelukkelsesgrundene, er uegnede eller ikke er blevet udvalgt på et korrekt grundlag.

Før vedtagelsen af det nuværende udbudsdirektiv og udbudsloven blev der i vid udstrækning anvendt tro og love-erklæringer fra tilbudsgivere som dokumentation i offentlige udbud. Tro og love-erklæringer giver dog mindre sikkerhed for, at de afgivne oplysninger er korrekte end eksempelvis et attesteret udtræk fra et strafferegister.

Ordregivere er forpligtede til at verificere, at en tilbudsgiver er egnet, ikke er udelukket og (hvis relevant) er udvalgt på et korrekt grundlag, inden der foretages en tildelingsbeslutning.

Det er ordregiver, der skal vurdere, om betingelserne er opfyldt. Heri indgår også, at ordregiver skal vurdere, at dokumentationen er tilpas og retvisende. Mulighederne for eksempelvis at rette fejl i den fremsendte dokumentation er også begrænset af de traktatfæstede principper, herunder særligt ligebehandlingsprincippet.

Det er samtidig centralt, at ordregivere tilrettelægger udbud, således at der alene fastsættes de nødvendige krav (vedrørende egnethed og udvælgelse), og således at dokumentationskrav derved ikke bliver unødigt omfattende.

Særligt forpligtelsen til at indhente ny dokumentation i forbindelse med tildelinger på rammeaftaler ved gennemførelse af miniudbud er blevet fremhævet som en forpligtelse, der skaber uhensigtsmæssige transaktionsomkostninger. Dette er imidlertid et krav, som fremgår direkte af direktivet, og en ændring heraf vil således kræve en ændring af reglerne på EU-niveau. Der er ikke det samme krav ved rammeaftaler, som kun har en vinder, hvilket gælder for ca. 85 procent af rammeaftalerne. Det mere omfattende dokumentationskrav for miniudbud kan imidlertid svække tilskyndelsen til at lave den form for rammeaftaler. Det kan reducere konkurrencen og gøre det vanskeligere for SMV'er at få adgang til aftalerne.

6.5 Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker

	Kan have positive virkninger for	Modsattede virkninger	Kan have negative virkninger for	Ingen eller meget begrænset/usikker effekt
Indførelse af standardiseret ESPD	Klarhed SMV'er Konkurrence Transaktionsomkostninger			Innovation Fleksibilitet
Udvidet mulighed for tidligere indhentelse af dokumentation				
Begrænsninger i tidlig indhentning af dokumentation				
Øget adgang til ikke at verificere, at dokumentationen er retvisende				
Fjerne kravet om indhentelse af dokumentation i forbindelse med miniudbud				

Note: Problemstillinger, der er markeret med grå, vurderes ikke, eller kun delvist, at kunne gennemføres inden for gældende EU-regulering. Vurderingerne vedrører alene de seks evaluering pejlemærker. Der kan derfor være andre vigtige samfundshensyn, som ikke indgår i vurderingerne.

Kapitel 7

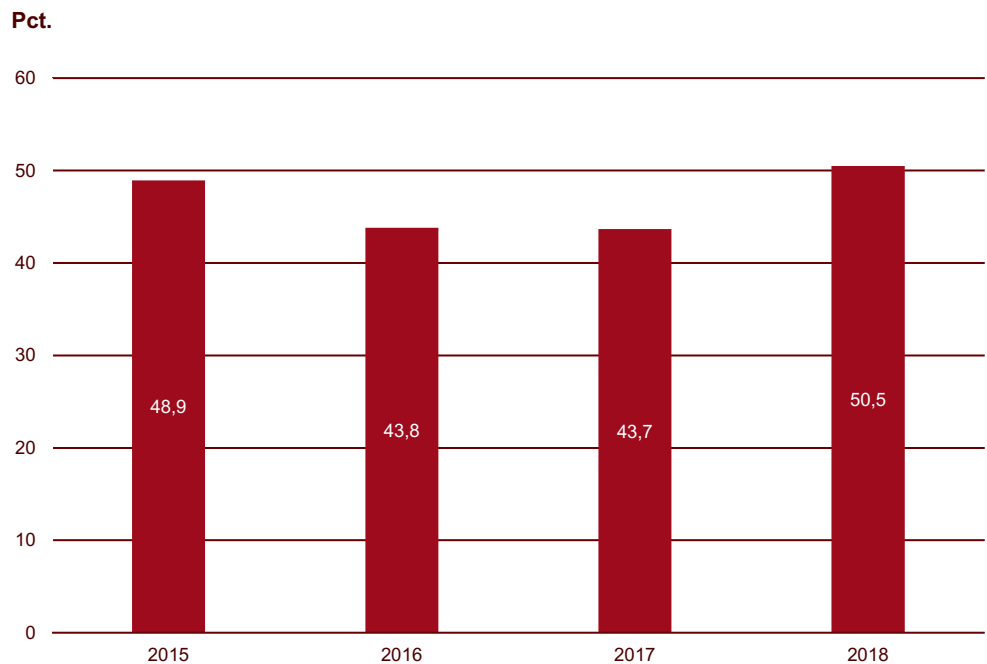
Rammeaftaler, sortimentsudbud og dynamiske indkøbssystemer

7.1 Indledning

En rammeaftale er en offentlig kontrakt, der udgør en løbende aftale mellem en eller flere ordregivere på den ene side og en eller flere leverandører på den anden. Rammeaftaler har til formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der indgås i løbet af en nærmere fastsat periode, navnlig med hensyn til pris og mængde. Rammeaftalen indebærer imidlertid ikke en pligt for ordregiver til at indgå kontrakter på baggrund af rammeaftalen.

I 2018 havde halvdelen af alle EU-udbud i Danmark tilknyttet en rammeaftale. Det er lidt mere end i de foregående år, jf. figur 7.1.

Figur 7.1 Rammeaftalers andel af de samlede EU-udbud i 2015-2018



Anm.: Baseret på 7.740 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Profylaksebekendtgørelser indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Muligheden for at benytte rammeaftaler kan være med til at sikre effektive indkøb. En rammeaftale giver således mulighed for, at ordregiver ikke skal gennemføre et helt nyt udbud, hver gang der skal foretages et indkøb. Det kan bidrage til at sænke de samlede transaktionsomkostninger for tilbudsgivere og ordregivere. Dertil kommer, at et udbud af en rammeaftale ofte omfatter en større mængde, hvilket kan skærpe tilbudsgivernes interesse i at vinde kontrakten. Det kan medføre skarpere tilbud. Omvendt skal man dog være opmærksom på, at en rammeaftale kan begrænse konkurrencen på det pågældende marked i rammeaftalens løbetid og i nogle tilfælde øge koncentrationen på det pågældende marked, hvorfor både udbudsdirektivet og udbudsloven indeholder en tidsmæssig grænse for rammeaftalers løbetid.

Rammeaftaler vil typisk kunne være velegnede, hvis der er tale om forholdsvis standardiserede varer og ydelser, som der løbende er brug for at anskaffe.

I den gennemførte høring har flere interessenter rejst problemstillinger, som vedrører rammeaftaler. Det drejer sig om reguleringen af en rammeaftales løbetid, gennemsigtighed om rammeaftalens omsætning, evalueringsmetoder ved brug af såkaldte sortimentsudbud samt brugen af dynamiske indkøbssystemer. Desuden har der været rejst spørgsmål om sammenhængen mellem udbudslovens § 185, stk. 2 og lov om klagenævnet for udbuds § 17, stk. 5.

Nedenfor uddybes disse problemstillinger. Indledningsvist præsenteres rammerne for at anvende rammeaftaler og en analyse af anvendelsen af rammeaftaler i praksis.

7.2 Hvad er en rammeaftale?

En rammeaftale er en offentlig kontrakt, der udgør en løbende aftale mellem en eller flere ordregivere på den ene side og en eller flere leverandører på den anden. Rammeaftaler har til formål at fastsætte vilkårene for de køb, der sker under rammeaftalen i løbet af en nærmere fastsat periode, navnlig med hensyn til pris og mængder. Rammeaftalen indebærer imidlertid som udgangspunkt ikke en pligt for ordregiver til at foretage køb på baggrund af rammeaftalen.

Et sortimentsudbud er et udbud, hvor der typisk indgår et stort antal varer eller tjenesteydelser. Det kan eksempelvis være et udbud af kontorartikler, hvor sortimentet kunne bestå af papirvarer, skriveredskaber og diverse mindre computer-tilbehør. Sortimentsudbud kan indeholde mange varelinjer. Varelinjerne ved et sortimentsudbud kan være af en sådan størrelse, eller indkøbet kan have en sådan karakter, at det vil være omkostningstungt at udarbejde en udtømmende beskrivelse af kontraktens genstand gennem funktionskrav eller beskrivelse af funktionsdygtighed og/eller ved henvisning til standarder for hver varelinje.

Tildeling af kontrakter inden for en rammeaftale

Tildeling af kontrakter på grundlag af en rammeaftale kan ske på to forskellige måder – enten ved direkte tildeling eller ved genåbning af konkurrencen via miniudbud, hvor virksomheder, som er med på rammeaftalen, kan byde ind på og konkurrere om opgaven.

Tildeling af en kontrakt på grundlag af en rammeaftale, der er indgået med én leverandør, skal ske på grundlag af de vilkår, som er fastsat i rammeaftalen.

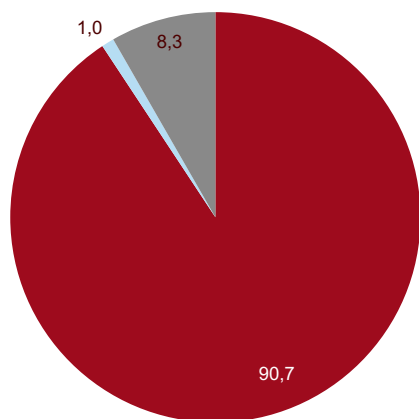
En rammeaftale med én leverandør kan understøtte stordriftsfordele i det pågældende indkøb og gøre det nemt at gennemføre bestillinger. Denne fremgangsmåde er således mindre ressourcekrævende end gennemførelse af et miniudbud, som derimod sikrer, at der er en vis konkurrence også i aftalens løbetid.

Omvendt kan sådan en aftale med én leverandør også risikere at få negative virkninger på konkurrencen på hele markedet, især hvis der er tale om en stor ordregiver.

De fleste rammeaftaler tildeles én leverandør. I 2018 blev godt 85 procent af de udbudte rammeaftaler tildelt til en enkelt leverandør. I 2015 var det mere end 90 procent, jf. figur 7.2.

Figur 7.2 Antal vindere på gennemførte rammeaftaler, 2015 og 2018

(a) 2015

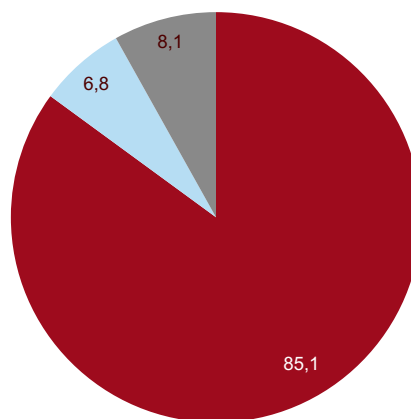


■ 1 ■ 2 ■ >2

Anm.: Baseret på 2.326 udbud og delkontrakter, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i 2015. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

(b) 2018



■ 1 ■ 2 ■ >2

Anm.: Baseret på 2.355 udbud og delkontrakter, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i 2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Tildeling af kontrakter på grundlag af en rammeaftale, der er indgået med flere leverandører, kan enten ske ved direkte tildeling eller efter en fornyet konkurrence mellem de leverandører, der er parter i rammeaftalen (et såkaldt miniudbud). Antallet af leverandører skal være angivet i udbudsbekendtgørelsen, og det skal desuden være angivet i udbudsmaterialet, om tildeling vil ske på baggrund af direkte tildeling, miniudbud eller en kombination heraf.

En direkte tildeling på baggrund af en rammeaftale med flere leverandører skal ske på grundlag af rammeaftalens bestemmelser og de objektive kriterier, der er fastsat i udbudsmaterialet. Udbudsmaterialet for rammeaftalen skal således fastlægge de objektive kriterier for direkte tildeling af en kontrakt.

Miniudbud

En tildeling på baggrund af en rammeaftale med flere leverandører kan ske ved en fornyet konkurrence i form af et miniudbud. Et miniudbud skal baseres på:

- » De samme vilkår, som var gældende i forbindelse med tildelingen af rammeaftalen.
- » Mere præcist formulerede vilkår.
- » Andre vilkår, der er fastsat på forhånd i udbudsmaterialet for rammeaftalen.

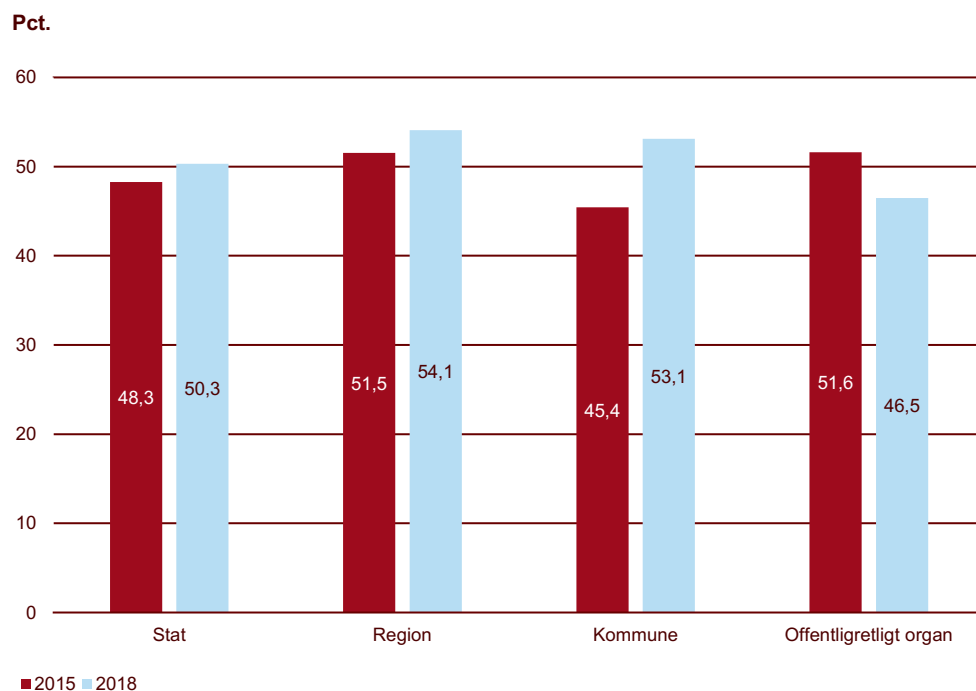
Udgangspunktet er, at konkurrencen ved et miniudbud baseres på de samme vilkår, som anvendes ved tildelingen af rammeaftalen. Hvis ordregiver finder det nødvendigt, kan vilkårene præciseres yderligere, eller miniudbuddet kan eventuelt baseres på andre vilkår, som der henvises til i udbudsdokumenterne.

En rammeaftale med miniudbud giver mulighed for løbende at skabe en ny konkurrencesituation mellem leverandørerne på rammeaftalen, hvor bl.a. prisen kan være genstand for fornyet konkurrence.

7.3 Fakta om danske rammeaftaler

Det er omkring halvdelen af alle EU-udbud, som omfatter rammeaftaler. Andelen er desuden steget siden 2015, særligt i kommunerne, jf. figur 7.3. Flere end halvdelen af de regionale og kommunale udbud havde i 2018 tilknyttet en rammeaftale. Den udbredte anvendelse af rammeaftaler kan bl.a. ses i sammenhæng med, at der er taget politisk beslutning om at centralisere flere indkøb.

Figur 7.3 Andel af de danske EU-udbud, der har tilknyttet en rammeaftale opdelt på ordregivertype

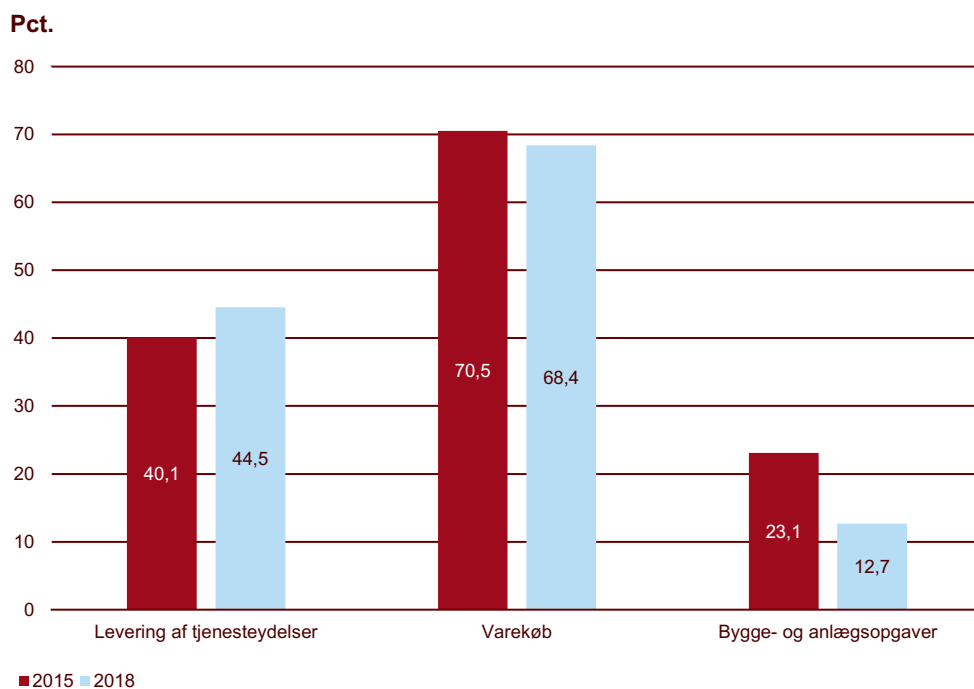


Anm.: Baseret på 3.875 udbud og delkontrakter, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i 2015 og 2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Europæiske agenturer indgår ikke i opgørelsen. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Rammeaftaler anvendes oftest i forbindelse med varekøb. I 2018 var mere end 2/3 af alle udbud af varekøb udbudt som en rammeaftale, mens det gjaldt for knap 45 procent af tjenesteydelsesudbudene og kun knap 13 procent af bygge- og anlægsopgaverne, jf. figur 7.4.

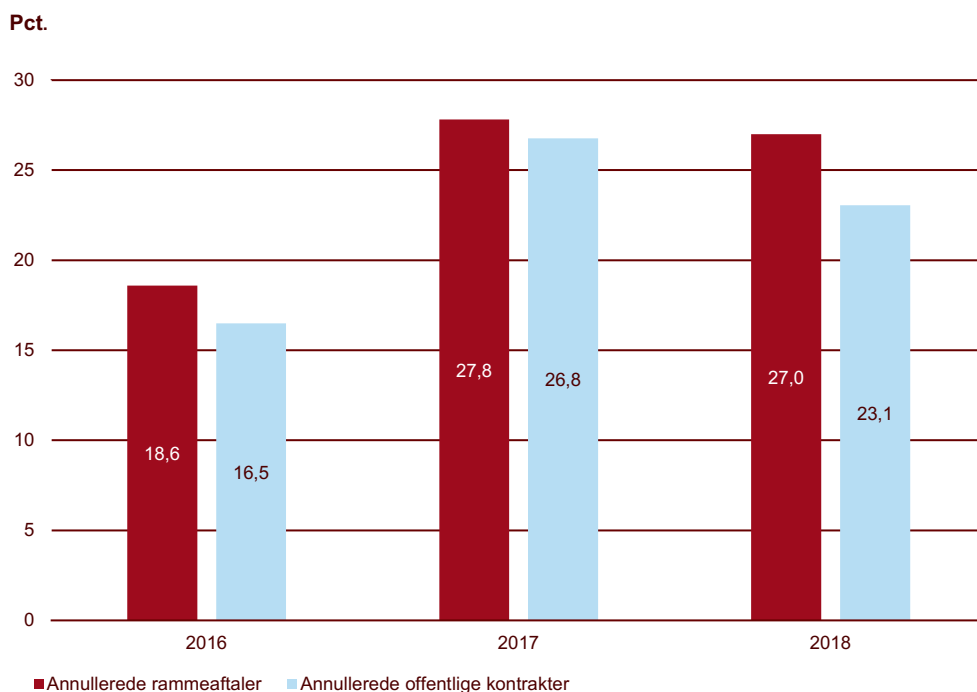
Figur 7.4 Andel af de danske EU-udbud, der har tilknyttet en rammeaftale opdelt på kontrakttype



Anm.: Baseret på 3.876 udbud og delkontrakter, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i 2015 og 2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Udbud af rammeaftaler annulleres lidt oftere end udbud af kontrakter. I 2018 blev 27 procent af alle udbud af rammeaftaler annulleret, hvilket er knap fire procentpoint mere end for udbud af kontrakter, jf. figur 7.5.

Figur 7.5 Andel af offentlige kontrakter og rammeaftaler, der er annulleret 2016-2018

Anm.: Baseret på 5.828 udbud bestående af 15.598 delkontrakter, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2016-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

7.4 Centrale problemstillinger vedrørende rammeaftaler

Flere interessenter giver udtryk for, at udbudslovens bestemmelser om rammeaftaler er blevet mere klare. De peger dog også på flere forskellige problemstillinger i forbindelse med anvendelsen af rammeaftalerne:

1. Adgangen til at indgå længerevarende rammeaftaler. Der er bl.a. rejst ønske om mere klare regler for, hvornår det er tilladt afvige fra hovedreglen om, at varigheden højst må være fire år.
2. Værdiansættelse af rammeaftaler. Det er bl.a. blevet påpeget, at virksomheder i nogle tilfælde opnår en langt mindre omsætning på en rammeaftale, end de mente at være blevet stillet i udsigt.
3. Sammenhængen mellem udbudslovens § 185, stk. 2, og lov om klagenævnet for udbud § 17, stk. 5. Konkret er der udtrykt ønske om, at indkøbscentralers kunder kan vedblive med at trække på en rammeaftale, indtil rammeaftalen er annulleret ved en *endelig* afgørelse eller dom.
4. Anvendelse af sortimentsudbud, herunder muligheden for at evaluere tilbud på baggrund af et repræsentativt udsnit af det pågældende sortiment. Det kan i den forbindelse være vanskeligt at afgøre, hvornår et udsnit af et sortiment vil være repræsentativt. Samtidig har enkelte interessenter et ønske om øget fleksibilitet, når det drejer sig om muligheden for løbende at kunne opdatere sortiment på en rammeaftale, så der tages højde for nye produkter og innovation.

5. Krav om begrundelse ved kontrakttildeling på et dynamisk indkøbssystem. Det er blevet fremhævet, at udbudslovens krav om, at samtlige tilbudsgivere på et dynamisk indkøbssystem skal have en begrundelse for ordregiverens tildelingsbeslutning, kan være ressourcekrævende, idet antallet af deltagere på et dynamisk indkøbssystem ikke kan begrænses.

De centrale problemstillinger gennemgås nedenfor.

7.4.1 Adgang til at indgå rammeaftaler på mere end fire år

I henhold til udbudslovens § 95, stk. 2, kan en rammeaftale højst have en løbetid på fire år. I ekstraordinære tilfælde kan en rammeaftale dog indgås for en længere periode.

Det har bl.a. været drøftet, hvad der skal til for at indgå en rammeaftale med en varighed på mere end fire år. Der har også fra nogle høringsparter været ønske om længere varighed.

Regler vedrørende rammeaftalers varighed

Udbudsdirektivets artikel 33, stk. 1, 3. afsnit har følgende ordlyd:

”Rammeaftaler må højst gælde for en periode på fire år, undtagen i ekstraordinære tilfælde, som er behørigt begrundet navnlig i rammeaftalens formål.”

Det fremgår således klart af direktivets ordlyd, at en rammeaftale som hovedregel ikke må have en løbetid på mere end fire år.

I udbudsdirektivets præambel fremgår det af betragtning 60, at:

”Rammeaftaler er blevet anvendt i stor udstrækning og anses for at være en effektiv indkøbsteknik i hele Europa. De bør derfor bibeholdes stort set, som de er. Visse aspekter bør imidlertid præciseres...”

Blandt de forhold, der præciseres, findes adgangen til at indgå rammeaftaler for en periode på mere end fire år. Om denne adgang fremgår det i betragtning 62, sidste afsnit, at:

”Det bør desuden præciseres, at der muligvis er ekstraordinære situationer, hvor varigheden af selve rammeaftalerne bør kunne forlænges ud over de fire år. Sådanne tilfælde, der bør være behørigt begrundede, navnlig i rammeaftalens formål, kan f.eks. forekomme, hvis de økonomiske aktører har brug for at skille sig af med udstyr, hvis afskrivningsperiode er længere end fire år, og som skal være tilgængeligt til enhver tid under rammeaftalens samlede varighed.”

Muligheden for at indgå rammeaftaler med en varighed på mere end fire år er formuleret som en undtagelse til hovedreglen. Hovedreglen indebærer, at en rammeaftale ikke må have en varighed på mere end fire år. I ekstraordinære tilfælde, som navnlig kan begrundes i aftalens formål, kan en rammeaftale imidlertid have længere løbetid. En sådan undtagelse medfører en vis fleksibilitet for ordregiverne og kræver en konkret vurdering i hver enkelt tilfælde.

Det fremgår tilsvarende af udbudslovens § 95, stk. 2, at:

”En rammeaftale kan højst have en løbetid på 4 år. I ekstraordinære tilfælde kan en rammeaftale indgås for en længere periode.”

Det ses endvidere af lovbemærkningerne til bestemmelsen, at:

”Bestemmelsens stk. 2 indebærer, at en rammeaftale maksimalt kan have en løbetid på fire år. Den maksimale løbetid på fire år er en hovedregel, der efter § 95, stk. 2, kan fraviges i ekstraordinære tilfælde. Vurderingen af, om der foreligger sådanne ekstraordinære forhold, må i overensstemmelse med principperne i § 2 ikke være baseret på usaglige hensyn.

Ekstraordinære tilfælde, der kan begrunde længere løbetid, kan f.eks. foreligge, hvis ansøgerene eller tilbudsgiverne har brug for at indkøbe udstyr, hvis afskrivningsperiode er længere end fire år, og hvor det konkrete behov for udstyret kan opstå til enhver tid under rammeaftalens samlede løbetid. Endvidere vil ekstraordinære tekniske forhold m.v. kunne begrunde længere løbetid.

Det kan desuden begrunde en løbetid på mere end fire år, at leverandørernes indtjeningsperiode vil blive afkortet som følge af den tid, der skal bruges på udvikling af den udbudte opgave, eller at der af ordregiveren og/eller leverandøren vil skulle foretages betydelige investeringer, hvor afskrivningsperioden går ud over de fire år. Som eksempel herpå kan nævnes en aftale vedrørende specialudvikling af komplicerede ydelser, hvor alene selve udviklingsperioden må forventes at have en løbetid på tre år.

Endvidere vil sikkerhedsmæssige og lignende overvejelser kunne indgå i vurderingen, f.eks. hvor der er tale om kritisk national infrastruktur.”

Der er således, i bemærkningerne til udbudsloven, tilføjet flere eksempler på, hvornår løbetiden kan overstige fire år, end tilfældet er i udbudsdirektivet, i et forsøg på at skabe øget klarhed for ordregiverne. Ordregiverne skal dog i alle tilfælde foretage en konkret vurdering af, om en længere løbetid er berettiget især med afsæt i aftalens formål.

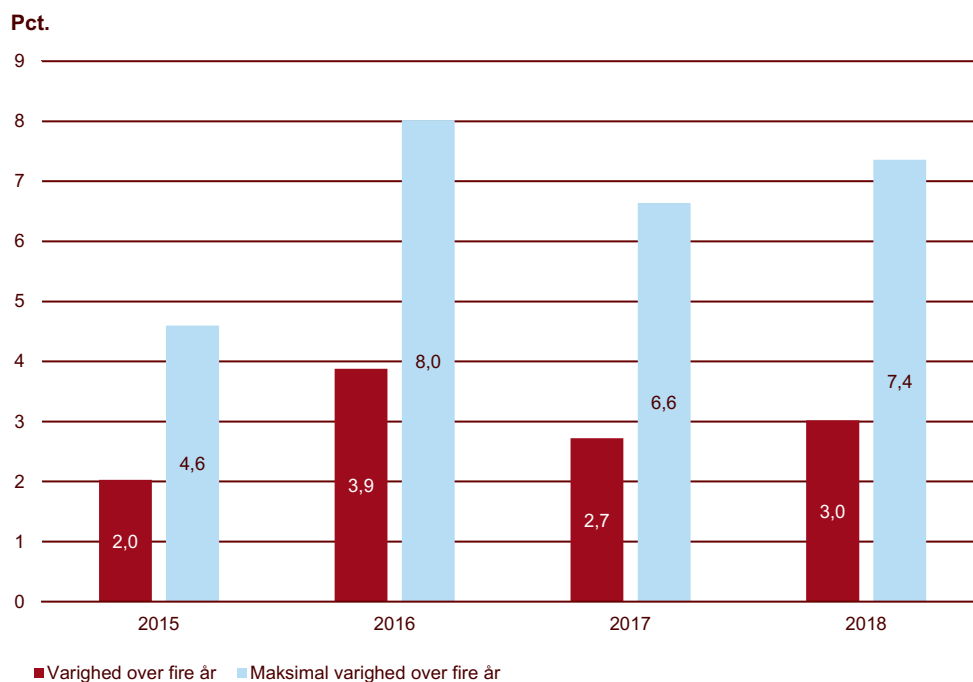
Praksis fra Klagenævnet for Udbud viser, at det er ordregiver, som har bevisbyrden for, at kravet om, at der skal foreligge ekstraordinære omstændigheder, er opfyldt. I en sag fra starten af 2018 lægger Klagenævnet navnlig vægt på både rammeaftalens indhold, udbuddets udformning samt længden på lignende rammeaftaler.⁴⁴

Klagenævnet for Udbud har dog ikke haft mange sager om rammeaftalers længde. Derfor er der ikke særlig meget praksis til nærmere at fastlægge, hvad der skal til, for at en længere rammeaftaleperiode er berettiget.

Praksis hos danske ordregivere vedrørende rammeaftalers varighed

Af udbudsdirektivet fremgår det, som ovenfor nævnt, at rammeaftaler maksimalt kan have en varighed på fire år, medmindre der foreligger særlige omstændigheder. I 2018 blev 3 procent af alle rammeaftaler i Danmark udbudt med en varighed på mere end fire år, jf. figur 7.6. For yderligere godt fire procent af rammeaftalerne har ordregivere angivet, at en option kan medføre, at rammeaftalen forlænges, og at rammeaftalens varighed med forlængelsen vil overstige fire år.

⁴⁴ Jf. Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 22. februar 2018, *Axcess A/S mod Region Hovedstaden*.

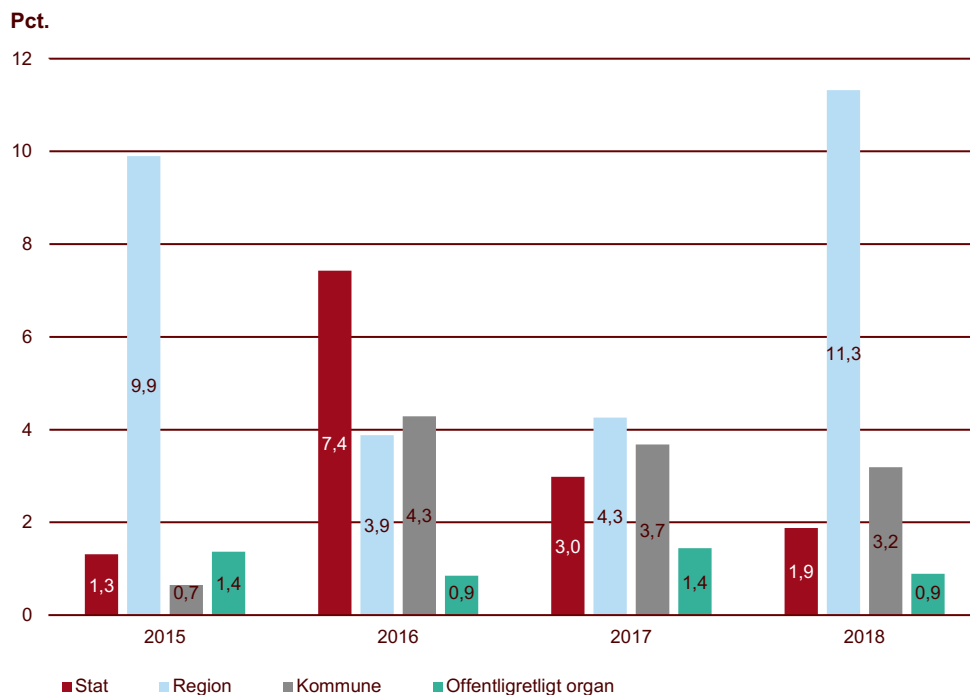
Figur 7.6 Andelen af rammeaftaler, der har en varighed på over fire år

Anm.: Baseret på 3.618 udbud med en tilknyttet rammeaftale, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Offentlige kontrakter, profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Det er særligt regionale ordregivere, der udbyder rammeaftaler med en varighed på mere end fire år, *jf. figur 7.7*. I 2018 havde mere end hver 10. rammeaftale udbudt af en region en løbetid på mere end fire år. Offentligretlige organer havde i perioden 2016-2018 den laveste andel af rammeaftaler med varighed over fire år.

Figur 7.7 Andelen af rammeaftaler, der har en varighed på over fire år opdelt på ordregivertype



Anm.: Baseret på 3.584 udbud med en tilknyttet rammeaftale, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2015-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Europæiske agenturer indgår ikke i opgørelsen. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Offentlige kontrakter, profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Vurdering af rammeaftalers varighed

Reglen om, at rammeaftaler som udgangspunkt kun må gælde for en periode på fire år, stammer fra udbudsdirektivet og kan derfor ikke ændres i udbudsloven. Af hensyn til konkurrencen er det hensigtsmæssigt, at der gælder begrænsninger for rammeaftalers varighed. Det skal ses i lyset af den store omsætning på mange rammeaftaler, samt det forhold, at miniudbud alene benyttes i et begrænset omfang. Rammeaftaler, sådan som de bliver brugt i Danmark, kan derfor potentielt reelt lukke markedet for konkurrence i den periode, hvor rammeaftalen gælder. En generel forlængelse af varigheden vil derfor kunne svække konkurrencen og begrænse andre, fx SMV'ers, mulighed for at få adgang til at løse offentlige opgaver.

Udbudsloven giver muligheden for at indgå rammeaftaler med en varighed på mere end fire år. Denne mulighed beror på en konkret vurdering, men således, at der er tale om en undtagelse fra en klar hovedregel. Muligheden kan give ordregiverne et øget handlerum i situationer, hvor det ville være uhensigtsmæssigt – i lyset af aftalens specifikke formål og indhold m.v. – at begrænse varigheden af en rammeaftale til fire år. Udbudsloven giver således en mulighed for at indgå længerevarende rammeaftaler i de særlige tilfælde, hvor ekstraordinære omstændigheder gør det berettiget.

Hvis udbudsloven ændres således, at det præciseres, hvornår der er adgang til at indgå længelevende rammeaftaler – dvs. at der indføres såkaldte "safe harbours" i loven, som udtrykkeligt fastslår, at der i nogle nærmere angivne situationer er adgang til at benytte længelevende rammeaftaler – er der en risiko for, at ordregivers muligheder for at indgå længelevende rammeaftaler ikke kun præciseres, men reelt begrænses. Det skal ses i lyset af, at en eventuel præcisering med sikkerhed skal holde sig inden for de eksisterende rammer for, hvornår en længere løbetid vil være tilladt, og at en sådan præcisering kan blive normerende og dermed reelt begrænse ordregiveres fleksibilitet.

7.4.2 Omsætningen på rammeaftaler

Flere har anført, at det er uhensigtsmæssigt, at det ofte sker, at den i udbudsmaterialet angivne omsætning ikke opnås.

Det fremføres også fra tilbudsgiversiden, at det – særligt for mindre virksomheder – kan blive økonomisk problematisk, hvis rammeaftalen indebærer, at de skal stille kapacitet til rådighed i hele rammeaftalens løbetid, hvis der ikke tildeles tilstrækkelig mange kontrakter til at kunne betale for omkostningen ved at stille denne kapacitet til rådighed. Det er i den forbindelse også blevet drøftet, om der skal indføres et krav om minimumsomsætning på rammeaftaler.

Relevante regler vedrørende værdien af en rammeaftale

Af udbudslovens § 32 samt bemærkningerne hertil fremgår det, hvordan værdien af en rammeaftale eller et dynamisk indkøbssystem skal opgøres. Det fremgår heraf, at den relevante kontraktværdi – dvs. den værdi, der skal anvendes med henblik på at beregne, om rammeaftalen eller det dynamiske indkøbssystem overstiger udbudslovens tærskelværdi – opgøres som den højeste værdi af (summen af) samtlige kontrakter, som forventes tildelt inden for rammeaftalens eller det dynamiske indkøbssystemets løbetid.

Opgørelsen af den samlede værdi af en rammeaftale skal fastsættes på grundlag af ordregiverens saglige skøn over det forventede forbrug på rammeaftalen sammenholdt med en skønnet prissætning heraf.

Ordregiverens saglige forventninger til forbruget kan fx være baseret på ordregiverens tidligere anskaffelser af lignende ydelser tilpasset med udsigter for fremtiden. Et andet eksempel kunne være, at det forventede anskaffelsesbehov for ydelser fastlægges på baggrund af den budgetmæssige ramme for anskaffelserne.

Da værdien af rammeaftalen i henhold til udbudslovens § 32 skal fastsættes som højeste værdi af (summen af) samtlige kontrakter, der forventes tildelt i rammeaftalens løbetid, er der ikke noget til hinder for, at ordregiveren fastlægger sine forventninger til fremtidige indkøb på rammeaftalen på baggrund af det maksimale forventede behov for ydelser i perioden.

Det saglige skøn over prissætningen af det forventede forbrug, som ordregiveren skal foretage, kan fx bygge på information fra rådgivere med branchekendskab, markedsdata om priser m.v. Der kan også indhentes historiske oplysninger om prisniveauet, altså oplysninger fra tidligere udbud, som kan indgå i vurderingsgrundlaget. Desuden skal ordregiver huske at medtage betalinger fra tredjemand i kontraktens anslåede værdi. Med andre ord skal samtlige betalinger til leverandøren medregnes.

Vurdering af gennemsigtigheden vedrørende omsætningen på en rammeaftale

Det kan være vanskeligt at forudse det reelle træk på en rammeaftale. Det kan ikke udelukkes, at usikkerhed om den faktiske omsætning kan betyde, at tilbudsgiverne tillægger en risiko-præmie herfor, når de fastsætter deres tilbudspriser. Det vil indebære, at den offentlige kunde kommer til at betale mere for de pågældende varer eller tjenesteydelser.

Et krav om minimumsomsætning på rammeaftaler kan indføres inden for de rammer, der følger af udbudsdirektivet og retspraksis fra EU-Domstolen. Et krav om en garanteret minimumsomsætning vil imidlertid føre til, at offentlige institutioner, styrelser og ministerier kan blive nødt til at foretage indkøb, som der ikke er brug for. Det kan fx være tilfældet, hvis politiske beslutninger i løbet af rammeaftalens løbetid medfører, at der ikke længere er behov for en konkret ydelse, som er omfattet af en rammeaftale. Andre efterspørgselsskift, fx som følge af den teknologiske udvikling, kan også medføre, at træk på en rammeaftale må reduceres. Det er vigtigt at bevare den form for fleksibilitet, da kravet om minimumsomsætning ellers også kan begrænse den offentlige efterspørgsel efter nye innovative ydelser.

Det vil være en hjælp for tilbudsgiverne, hvis ordregivere forsøger at angive omsætningen så præcist som muligt, og i øvrigt stræber efter at anvende rammeaftaler i et omfang, som står mål med, hvad der blev stillet i udsigt i udbudsmaterialet. En øget monitorering af omsætningen på rammeaftaler kan bidrage til bedre skøn for det fremadrettede forbrug. Det er vurderingen, at nyere retspraksis fra EU-Domstolen⁴⁵ kan bidrage til at skærpe ordregivernes overvågning af forbrug på rammeaftalen og på at fastsætte omsætningen på rammeaftalen mere præcist.

Det er blevet fremført af repræsentanter fra tilbudsgiversiden, at det særligt for mindre virksomheder kan blive økonomisk problematisk, hvis rammeaftalen indebærer, at de skal stille kapacitet til rådighed i hele rammeaftalens løbetid, men der ikke indgås tilstrækkelig mange kontrakter til at kunne betale for omkostningen herved.

Det gælder her, at udbudsloven ikke er til hinder for, at der kan laves en prisstruktur i en rammeaftale, hvor tilbudsgiveren bliver økonomisk kompenseret for udgifterne til at stille kapacitet til rådighed. Det er således op til ordregivere at foretage en konkret vurdering af, om tilbuddene og konkurrencen kan styrkes, hvis der kompenseres for en sådan omkostning ved ledig kapacitet.

7.4.3 Sammenhængen mellem udbudslovens § 185, stk. 2, og lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 5

Der er blevet rejst spørgsmål om sammenhængen mellem udbudslovens § 185, stk. 2, og lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 5. Det er bl.a. påpeget, at der kan være usikkerhed om, hvorvidt indkøbscentralers kunder fortsat kan købe på en rammeaftale, når rammeaftalen annulleres af Klagenævnet for Udbud.

Udbudslovens § 185, stk. 2, omhandler ordregiveres forpligtelser i tilfælde af, at ordregiveres tildelingsbeslutning annulleres af Klagenævnet for Udbud eller af en domstol. Bestemmelsen medfører en pligt for ordregiveren til at bringe en kontrakt eller en rammeaftale til ophør med en passende varsel, hvis tildelingsbeslutningen annulleres ved *endelig* afgørelse eller dom.

Lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 5, omhandler specifikt rammeaftaler, som er indgået af indkøbscentraler. Det fremgår heraf, at træk på en rammeaftale som udgangspunkt ikke kan erklæres for uden virkning, hvis selve rammeaftalen *efterfølgende* bliver annulleret.

⁴⁵ Her tænkes særligt på Domstolens dom af den 19. december 2018 i sag C-216/17 (Autorita-dommen) samt Klagenævnet for Udbuds forelæggelse af præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen ved kendelse af den 16. januar 2020 i sagen *Simonsen & Weel A/S mod Region Nordjylland og Region Syddanmark*.

Der er i forbindelse med evalueringen af udbudsloven blevet fremsat ønske om, at lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 5, skal beskytte træk på indkøbscentralers rammeaftaler, så længe rammeaftalen ikke er annulleret ved *endelig* afgørelse eller dom, i lighed med § 185, stk. 2, som først forpligter ordregiverne til at bringe en kontrakt eller en rammeaftale til ophør ved en endelig afgørelse eller dom.

Relevante regler vedrørende udbudslovens § 185, stk. 2, og lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 5

Af udbudsloven § 185, stk. 2, fremgår det, at:

”Er en tildelingsbeslutning annulleret ved endelig afgørelse eller dom, skal ordregiveren bringe en kontrakt eller rammeaftale, som er indgået på grundlag af beslutningen, til ophør med et passende varsel, medmindre særlige forhold, der tilsiger kontraktens videreførelse, gør sig gældende. Bestemmelsen finder ikke anvendelse, hvor §§ 16 eller 17 om uden virkning i lov om Klagenævnet for Udbud finder anvendelse. Ordregiverens eventuelle beslutning om kontraktens videreførelse skal offentliggøres samme sted som udbudsmaterialet senest 7 kalenderdage efter offentliggørelsen af den endelige afgørelse eller dom.” (KFST-understregning).

Udbudslovens § 185, stk. 2, medfører således som nævnt en pligt for ordregiveren til at bringe en kontrakt eller rammeaftale til ophør, hvis beslutningen, som denne hviler på, er annulleret ved endelig dom eller afgørelse. For rammeaftaler betyder det, at både rammeaftalen samt alle de kontrakter, der er tildelt på baggrund af rammeaftalen, og som endnu ikke er opfyldt på tidspunktet for annullationen, skal bringes til ophør med et passende varsel, hvis rammeaftalen bliver annulleret ved endelig dom eller afgørelse.

Som det fremgår ovenfor, finder udbudslovens § 185, stk. 2, imidlertid ikke anvendelse i situationer, hvor §§ 16 eller 17 i lov om Klagenævnet for Udbud, som omhandler den udbudsretlige sanktion ”uden virkning”, finder anvendelse. Udbudslovsudvalget valgte således, at § 185, stk. 2, ikke skulle påvirke spørgsmål om uden virkning.

Hvorvidt et træk på en rammeaftale, hvor tildelingsbeslutningen om selve rammeaftalen er blevet annulleret, skal erklæres for uden virkning, vil bero på Klagenævnet for Udbuds vurdering efter lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1-3. Der er ingen indikation i Klagenævnet for Udbuds praksis herom, der giver udtryk for en forskellig behandling af klager over indkøbscentralers rammeaftaler i forhold til andre typer af ordregivere.

For at skabe sikkerhed for ordregiveres anvendelse af *indkøbscentralers* rammeaftaler indeholder lov om Klagenævnet for Udbud også følgende beskyttelse i § 17, stk. 5:

”Såfremt beslutning om tildeling af en indkøbscentralers rammeaftale ikke er annulleret [...] 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 [...]” (KFST understregning)

Denne bestemmelse indebærer, at en kontrakt, der er tildelt på baggrund af en indkøbscentralers rammeaftale, ikke vil kunne erklæres uden virkning, hvis den er tildelt, inden Klagenævnet har truffet afgørelse om annullation af rammeaftalens tildelingsbeslutning. Bestemmelsen gælder kun for kontrakter, der tildeles på baggrund af indkøbscentralers rammeaftaler og skaber således ekstra klarhed om retsstillingen for ordregivere, der kan trække på disse aftaler.

Vurdering af muligheden for at udvide beskyttelsen i lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 5

Formålet med lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 5, er at skabe en klarhed om retsstillingen for de ordregivere, som trækker på indkøbscentralers rammeaftaler. Ordregivere kan således tildele kontrakter på en rammeaftale, som er indgået af en indkøbscentral, uden at risikere sanktionen "uden virkning" for de enkelte tildelinger, der er foretaget, inden rammeaftalen annulleres. Herefter vil sanktionen "uden virkning" være gældende, såfremt betingelserne herfor i lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 1-3, er opfyldt.

Det vil skabe større sikkerhed for de ordregivere, der trækker på en indkøbscentrals rammeaftale, hvis beskyttelsen af deres træk udvides til at gælde, indtil rammeaftalen annulleres ved *endelig* dom. På den anden side vil disse ordregivere dermed potentielt få adgang til i en længere periode at købe ind på en aftale, som Klagenævnet for Udbud har fundet ulovlig. Det ville kunne kritiseres af de virksomheder, som ellers stod til at vinde opgaven. En sådan udvidelse af rækkevidden af den nuværende § 17, stk. 5, i lov om Klagenævnet for Udbud vil desuden påvirke incitamentet til at få prøvet Klagenavnets afgørelser om annulation ved domstolene.

Forslaget om ændring af lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 5, skal ses i sammenhæng med den samlede regulering af det danske klagesystem, der bl.a. implementerer EU's kontrol-direktiver, som skal sikre en effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Klagesystemet i lov om Klagenævnet for Udbud er imidlertid ikke omfattet af denne evaluering. Det kan derfor overvejes, om der skal gennemføres et samlet servicetjek af det nuværende klagesystem for at sikre effektiv håndhævelse af reglerne. Her kan de fremkomne ønsker til ændringer til lov om Klagenavn for Udbud vurderes nærmere, herunder om ændringsforslagene vil kunne gennemføres inden for kontroldirektivernes rammer.

7.4.4 Mere fleksible regler for sortimentsudbud

Et sortimentsudbud er et udbud, hvor der indgår et stort antal varer eller tjenesteydelser. Det kan eksempelvis være et udbud af kontorartikler, hvor sortimentet kunne bestå af papirvarer, skriveredskaber og diverse (mindre) computer-tilbehør. Varelinjerne ved et sortimentsudbud kan være af en sådan størrelse, eller indkøbet kan have en sådan karakter, at det vil være meget omkostningstungt at udarbejde en udtømmende beskrivelse af kontraktens genstand gennem funktionskrav eller beskrivelse af funktionsdygtighed og/eller ved henvisning til standarder for hver varelinje.

For at lette beskrivelsen af et sortimentsudbud for både ordregivere og tilbudsgivere har Klagenævnet for Udbud tilladt ordregivere at henvise til specifikke produktkategorier frem for de enkelte varer inden for produktkategorien.

Betegnelsen produktkategori er kendetegnet ved, at der ikke er tale om et specifikt produkt, men derimod en flerhed af produkter/varianter med samme grundlæggende karakteristika. Det er ordregiver, der skal vurdere, hvilke produktkategorier der skal anvendes. Ordregiver skal være opmærksom på, at en produktkategori ikke bliver for bred, så det bliver uklart for tilbudsgiver, hvilke produkter der kan blive omfattet af den konkrete anskaffelse.

En ordregiver har mulighed for at gennemføre sin tilbudsevaluering på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i den konkrete tilbudsgivers sortiment. Det repræsentative udsnit beror på ordregivers vurdering af de konkrete forhold i det enkelte tilfælde. Under høringen er det blevet bemærket, at det i nogle tilfælde findes uklart, hvad "repræsentativt" og "sammenlignelige" dækker over i bestemmelsen.

Enkelte interessenter ønsker desuden øget fleksibilitet, for så vidt angår muligheden for at kunne opdatere et sortiment på en rammeaftale. Det beror bl.a. på, at det kan være vanskeligt at udarbejde kontraktbestemmelser, der overholder udbudslovens krav om klarhed og tydelighed og samtidig er tilstrækkeligt fleksible til, at bestemmelsen kan favne den teknologiske udvikling og innovation i rammeaftalens løbetid.

Relevante regler vedrørende sortimentsudbud

Sortimentsudbud er ikke særskilt reguleret i udbudsdirektivet. Dog skal tildeling af offentlige kontrakter, herunder også kontrakter baseret på sortimentsudbud, ske i overensstemmelse med de EU-retlige principper om bl.a. ligebehandling og gennemsigtighed, jf. kapitel 1.

Tilbudsevaluering på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter

Det EU-retlige ligebehandlingsprincip og gennemsigtighedsprincip indebærer, at ordregivere skal beskrive de udbudte ydelser så præcist, at tilbudsgiverne med afsæt i beskrivelserne og udbudsbetingelsernes øvrige indhold har den samme forståelse af, hvad der skal gives tilbud på, og hvordan tilbuddene vil blive evalueret. Samtidigt skal det være muligt for ordregiver efterfølgende at foretage en evaluering af tilbuddene på grundlag af det valgte tildelingskriterium.

Beskrivelsen af anskaffelsen skal med andre ord være så klar, at der ikke kan opstå tvivl om, hvad der ønskes anskaffet, og potentielle tilbudsgivere har tilstrækkeligt grundlag for at beslutte, om de vil afgive tilbud.

Klagenævnet for Udbud har i flere kendelser anerkendt, at ordregiverens beskrivelse af de efterspurgte ydelser i et sortimentsudbud kan tilrettelægges på anden vis end ved klassiske udbud, hvor alle ydelser er kravsificeret én for én. Når det gælder kravet til beskrivelse i sortimentsudbud, har Klagenævnet således indrømmet ordregiver et betydeligt skøn. Det skal bl.a. ses i lyset af, at det i sådanne udbud kan være tæt på umuligt eller uforholdsmæssigt ressourcekrævende at kravsificere samtlige ydelser.

På baggrund af Klagenavnets praksis indførtes en særlig bestemmelse om sortimentsudbud i udbudsloven.

Det fremgår således af udbudslovens § 45, at:

”En ordregiver kan henvise til produktkategorier i udbudsmaterialet, når henvisningen gør det klart for de potentielle tilbudsgivere, hvilke konkrete produkter inden for de omfattede produktkategorier der efterfølgende kan blive omfattet af kontrakten eller rammeaftalen.

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.”

Af lovbemærkningerne til udbudslovens § 45 fremgår det, at et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter inden for de enkelte produktkategorier skal baseres på en vurdering af de konkrete forhold, der gør sig gældende i det enkelte tilfælde.

Den konkrete vurdering skal dog altid overholde de EU-retlige principper, herunder ligebehandling og gennemsigtighed, jf. kapitel 1. Det er således klart, at retningslinjerne har en relativt overordnet karakter.

Kontraktændringer ved sortimentsudbud (opdatering af sortimentet)

Af udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, 1. afsnit, litra a fremgår det, at kontrakter og rammeaftaler kan ændres uden en ny udbudsprocedure i følgende tilfælde:

"hvis ændringerne, uanset deres pengemæssige værdi, er forudset i de oprindelige udbudsdokumenter i klare, præcise og entydige revisionsklausuler, hvilket kan omfatte klausuler om revision af priserne eller revisionsmuligheder. I disse klausuler fastsættes omfanget og arten af eventuelle ændringer eller ændringsmuligheder samt betingelserne for deres anvendelse. De omfatter ikke ændringer eller muligheder, der kan ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter."

Af udbudsdirektivet ses således en mulighed for at foretage ændringer, hvis sådanne ændringer er forudset i udbudsmaterialet. Det fremgår af betragtning 111 til udbudsdirektivet, at:

"[...] tilstrækkeligt tydelige revisions- eller optionsklausuler f.eks. kan give anledning til prisindeksering eller sikre, at kommunikationsudstyr, der f.eks. leveres over en given periode, fortsat er egnet, også i tilfælde af skiftende kommunikationsprotokoller eller andre teknologiske ændringer. Det bør også være muligt under tilstrækkeligt klare klausuler at kunne få tilpasset en kontrakt, hvis dette bliver nødvendigt på grund af tekniske vanskeligheder, der er opstået under drift eller vedligeholdelse."

Udbudsdirektivets bestemmelser implementeres i udbudslovens § 179, hvoraf det fremgår, at:

"Ændringer af en kontrakt eller en rammeaftale, der er forudset i udbudsmaterialet i klare, præcise og entydige klausuler, betragtes ikke som ændringer af grundlæggende elementer. Klausulerne skal fastsætte omfanget og arten af eventuelle ændringer eller ændringsmuligheder og betingelserne for deres anvendelse og må ikke ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter."

Det fremgår af bemærkningerne til bestemmelsen, at:

"[...] ændringer der foretages i et kontraktforløb som følge af klare, præcise og entydige klausuler, der fremgik af udbudsmaterialet, ikke skal anses for ændringer af grundlæggende elementer. [...] Hermed menes, at en klausul ikke må medføre tvivl om, i hvilke situationer den kan finde anvendelse samt rækkevidden af de ændringer, der kan foretages på baggrund af klausulen."

Det fremgår endvidere, at:

"Sådanne ændringsklausuler kan i henhold til direktivets betragtning nr. 111 f.eks. omfatte prisindeksering og produktudskiftning, eksempelvis med henblik på sikring af, at produkter, der skal leveres over en længere periode er tidssvarende i forhold til udviklingen på markedet. En ændringsklausul kan eksempelvis gå ud på, at leverandøren kan udskifte et produkt, såfremt det ikke længere markedsføres, eller markedsføres i en ny og mere miljøvenlig udgave eller i øvrigt markedsføres i en forbedret udgave, herunder som følge af nye branchestandarder. Herudover kan en ændrings-klausul indebære, at sortimentet kan udvides med nye produkter f.eks., hvor de gamle endnu ikke er udfaset. En sådan klausul skal dog entydigt fastlægge, hvilke krav det nye produkt skal opfylde."

Vurdering af anvendelsen af sortimentsudbud

Udbudslovens regulering af sortimentsudbud giver ordregiveren et betydeligt skøn til at vurdere, hvornår der vil være tale om et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter, så længe de traktatfæstede principper om ligebehandling og gennemsigtighed overholdes. Ordregiverens mulighed for at foretage tilbudsevalueringen på grundlag af et repræsentativt udsnit skal ses i forhold til, at udsnittet skal være dækkende for de ydelser, der konkurrenceudsættes på rammeaftalen, da ordregiveren ellers risikerer, at en betydelig del af rammeaftalens sortiment reelt ikke har været konkurrenceudsat. Selv om reguleringen efterlader ordregiveren

med et betydeligt skøn, er det også klart, at det i nogle tilfælde kan være vanskeligt at foretage disse vurderinger, hvilket kan afholde nogle ordregivere fra at udnytte den fleksibilitet, som reglerne også er udtryk for.

Da det altid vil afhænge af en konkret vurdering, hvad der i et givet udbud vil udgøre et repræsentativt udsnit eller sammenlignelige varer, vil det næppe være muligt i udbudsloven at fastsætte en "safe harbour" for, hvilket repræsentativt udsnit der altid vil være tilladeligt i medfør af de traktatfæstede principper om ligebehandling og gennemsigtighed. Dette understreges også af praksis fra Klagenævnet for Udbud, som i hver konkret sag har taget stilling til, om evalueringsmetoden, herunder udvælgelsen af det repræsentative udsnit, levede op til principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

I forhold til enkelte interessenters ønsker om øget fleksibilitet, for så vidt angår muligheden for at opdatere et sortiment på en rammeaftale, er det vigtigt at understrege, at udbudsloven naturligvis skal være tilstrækkeligt fleksibel til at favne den teknologiske udvikling og innovation i løbet af en kontrakt eller rammeaftales løbetid. Klagenævnet for Udbud har således også i nævnets ældre praksis tilkendegivet, at det er muligt at erstatte ældre produkter med nyere og bedre produkter, når dette er udtryk for en tilpasning af kontrakten eller rammeaftalen som følge af den teknologiske udvikling.⁴⁶ Dette vil imidlertid formentlig kræve, at den pågældende ydelse, der har undergået en teknologisk udvikling under kontrakten eller rammeaftalens løbetid, sælges på de samme vilkår som hidtil.

Adgangen til at foretage ændringer af eksisterende kontrakter og rammeaftaler er desuden blevet væsentligt udvidet med ikrafttrædelsen af udbudsloven. Det er bl.a. muligt at tage højde for løbende behov for at opdatere rammeaftalens sortiment, men det forudsætter, at der kan fastsættes klare, præcise og entydige ændringsklausuler, hvilket i praksis i nogle tilfælde kan være vanskeligt. Sådanne klausuler kan også tage højde for eventuelle behov for opdateringer af priser m.v. Årsagen til kravene om klarhed, præcision og entydighed er, at ordregiver ikke med udbudsreglerne må få et ubegrænset spillerum.⁴⁷ Revisions- eller optionsklausuler kan fx give adgang til at anvende prisindeksering eller sikre, at kommunikationsudstyr fortsat er egnet, også i tilfælde af skiftende kommunikationsprotokoller eller andre teknologiske ændringer.

For en nærmere gennemgang af udbudslovens regler om ændringer i eksisterende kontrakter og rammeaftaler henvises til kapitel 4 ovenfor.

7.4.5 Begrundelseskravet i dynamiske indkøbssystemer

Dynamiske indkøbssystemer er en elektronisk indkøbsproces til indkøb af ydelser, der er generelt tilgængelige på markedet og opfylder ordregiverens krav. Dynamiske indkøbssystemer kan anvendes til alle typer indkøb, dvs. indkøb af varer, bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser. Dynamisk indkøbssystem kan med fordel anvendes ved mere standardiserede indkøb som fx fødevarer eller visse kontorartikler. Anvendelsen er dog ikke begrænset til standardiserede indkøb, men vil også kunne omfatte fx almindeligt anvendte konsulentopgaver.

Det er også muligt for indkøbscentraler at oprette dynamiske indkøbssystemer og stille dem til rådighed for deres brugere.

⁴⁶ Klagenævnet for Udbuds kendelse af 7. december 2010, *GlaxoSmithKline Pharma A/S mod Statens Serum Institut*.

⁴⁷ Jf. Udbudsdirektivets betragtning 111.

Dynamiske indkøbssystemer ligner således på flere måder rammeaftaler. Der er imidlertid også centrale forskelle. De vigtigste er, at der ingen begrænsninger er i den tilladte løbetid for dynamiske indkøbssystemer. Herudover skal dynamiske indkøbssystemer være åbne for deltagelse for alle, der lever op til de egnethedskrav, som den pågældende ordregiver har stillet. Dynamiske indkøbssystemer kan derfor vare i meget lange perioder, og der kan være et meget stort antal virksomheder, som er optaget i det dynamiske indkøbssystem. Dynamiske indkøbssystemer kan være en fordel for mindre virksomheder, i det omfang virksomhederne derved får bedre adgang til konkurrencen om de offentlige opgaver.

Ordregiver skal hurtigst muligt og samtidigt underrette alle berørte ansøgere/tilbudsgivere skriftligt om, hvilke beslutninger ordregiver træffer under en udbudsprocedure, herunder ordregivers beslutning om tildeling af kontrakt. Denne forpligtelse gælder, uanset hvilken udbudsprocedure ordregiveren har anvendt.

Underretning om tildeling til forbigåede tilbudsgivere, som har afgivet et antageligt tilbud, skal ledsages af en begrundelse, hvori ordregiver angiver det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud samt navnet på den vindende tilbudsgiver eller parterne i en rammeaftale.

I høringsen er det blevet tilkendegivet, at da antallet af leverandører i et dynamisk indkøbssystem ikke kan begrænses, kan begrundelseskravet vedrørende kontrakttildeling være en uforholdsmæssigt ressourcekrævende opgave. Det kan resultere i, at ordregivere fravælger dynamiske indkøbssystemer.

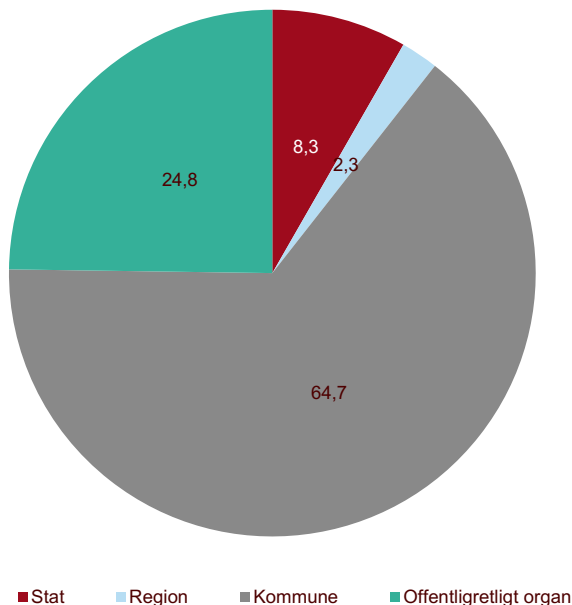
Praksis hos danske ordregivere vedrørende dynamiske indkøbssystemer

Siden 2015 er der oprettet 133 dynamiske indkøbssystemer. Kommunerne stod for oprettelse af knap 2/3 af alle dynamiske indkøbssystemer, *jf. figur 7.8a*.

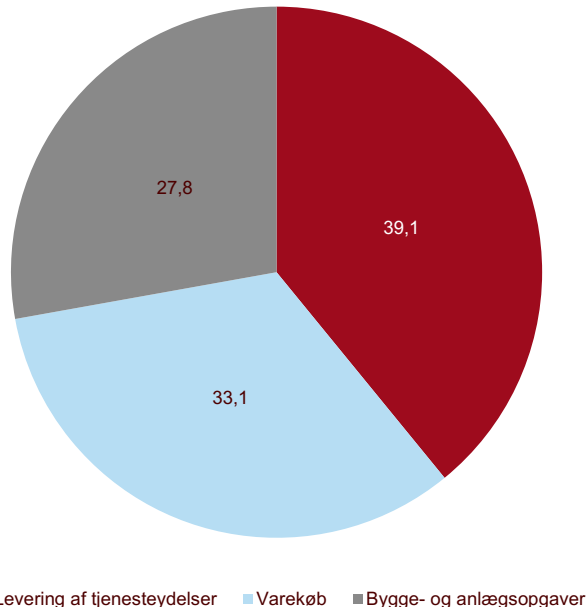
Dynamiske indkøbssystemer af tjenesteydelser udgør knap 40 procent af de oprettede indkøbssystemer, mens godt 1/3 vedrørte varekøb, og godt 1/4 vedrørte bygge- og anlægsopgaver, *jf. figur 7.8b*

Figur 7.8 Dynamiske indkøbssystemer opdelt på ordregivertype og kontrakttype, 2015-2019

a) Andel af dynamiske indkøbssystemer opdelt på ordregivertype



b) Andel af dynamiske indkøbssystemer opdelt på kontrakttype



Anm.: Baseret på 133 dynamiske indkøbssystemer inden for udbudsdirektivet i perioden 2015-2019. Der indgår både igangværende, afsluttede og annullerede dynamiske indkøbssystemer.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Anm.: Baseret på 133 dynamiske indkøbssystemer inden for udbudsdirektivet i perioden 2015-2019. Der indgår både igangværende, afsluttede og annullerede dynamiske indkøbssystemer.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

De relevante regler vedrørende dynamiske indkøbssystemer

Dynamiske indkøbssystemer er reguleret i udbudsdirektivets artikel 32. Således fremgår det af udbudsdirektivets artikel 34, stk. 2, at:

”Med henblik på indkøb på grundlag af et dynamisk indkøbssystem følger de ordregivende myndigheder reglerne for begrænsede udbud. Alle ansøgere, der opfylder udvælgelseskriterierne, skal optages i systemet, og antallet af ansøgere, der skal optages i systemet, må ikke begrænses i overensstemmelse med artikel 65. [...]”

Det fremgår også af direktivets artikel 32, stk. 5, at:

”De ordregivende myndigheder giver under hele det dynamiske indkøbssystemets gyldighedsperiode alle økonomiske aktører mulighed for at anmode om at deltage i systemet på de betingelser, der er omhandlet i stk. 2.”

Af direktivet fremgår det således, at det dynamiske indkøbssystem skal være åbent for deltagelse for alle økonomiske aktører, som opfylder de fastsatte minimumskrav til egnethed. Det fremgår også af direktivet, at ordregivere skal følge proceduren ”Begrænsede udbud” ved etablering af det dynamiske indkøbssystem, dog med den væsentlige forskel, at ordregiver ikke kan begrænse antallet af ansøgere i et dynamisk indkøbssystem.

Samme krav fremgår ligeledes af udbudslovens § 104, stk. 3:

"Et dynamisk indkøbssystem skal til enhver tid være åbent for ansøgere, der opfylder minimumskravene til egnethed, og antallet af ansøgere, der optages i indkøbssystemet, må ikke begrænses."

Ved tildeling af kontrakter på det dynamiske indkøbssystem skal ordregiver i medfør af udbudsdirektivets artikel 32, stk. 6, opfordre alle de optagne økonomiske aktører til at afgive tilbud. Såfremt det dynamiske indkøbssystem er opdelt i kategorier, skal ordregiver opfordre alle de økonomiske aktører, som er optaget i den relevante kategori, til at afgive tilbud.

Udbudsloven, som implementerer udbudsdirektivets artikel 32, stk. 6, indeholder en tilsvarende forpligtelse i 105, stk. 1 og 2:

"En ordregiver skal i forbindelse med konkrete indkøb opfordre alle deltagere til at afgive tilbud. Ordregiveren kan præcisere kriterierne for tildeling i opfordringen til at afgive tilbud, når dette er relevant."

Stk. 2. Er det dynamiske indkøbssystem inddelt i kategorier, skal ordregiveren opfordre alle de deltagere, der er optaget i den relevante kategori, til at afgive tilbud."

Ud over en mulig effekt af kategoriseringen (og at virksomhederne skal være med i indkøbssystemet) sker der således heller ikke ved tildeling af kontrakter på det dynamiske indkøbssystem en begrænsning af de økonomiske aktører, som bliver opfordret til at afgive tilbud.

Vedrørende underretning om tildelingsbeslutning fremgår det af udbudsdirektivets artikel 55, stk. 1, at:

"De ordregivende myndigheder underretter hurtigst muligt hver enkelt ansøger og tilbudsgiver om, hvilke afgørelser der er truffet med hensyn til indgåelse af en rammeaftale, tildeling af en kontrakt eller optagelse i et dynamisk indkøbssystem, herunder bl.a. begrundelsen for, at de har besluttet ikke at indgå en rammeaftale eller tildele en kontrakt, som har været genstand for en indkaldelse af tilbud, at påbegynde proceduren på ny eller ikke at indføre et dynamisk indkøbssystem."

Det fremgår således af direktivets ordlyd, at ordregiver er forpligtet til at underrette samtlige ansøgere/tilbudsgivere om:

- » hvilke afgørelser der er truffet med hensyn til indgåelse af en rammeaftale,
- » tildeling af kontrakt eller
- » optagelse i et dynamisk indkøbssystem.

Ordregiver kan således fx ikke undlade at underrette en ansøger i et dynamisk indkøbssystem om, hvorvidt ansøgeren er optaget i systemet, eller undlade at underrette tilbudsgivere om ordregivers tildelingsbeslutning.

Dette fremgår ligeledes af udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 3:

"En ordregiver skal hurtigst muligt og samtidig underrette alle berørte ansøgere og tilbudsgivere skriftligt om, hvilke beslutninger ordregiveren har truffet, herunder beslutninger om

[...]

1) tildeling af kontrakt

2) optagelse i et dynamisk indkøbssystem..."

I forbindelse med underretningen har ordregiver også en pligt til at begrunde sine beslutninger. Udbudsdirektivets begrundelsespligt fremgår af artikel 55, stk. 2:

”På anmodning af den berørte ansøger eller tilbudsgiver meddeler den ordregivende myndighed hurtigst muligt og under alle omstændigheder senest 15 dage efter modtagelsen af en skriftlig anmodning:

- a) *alle forbigåede ansøgere, hvorfor deres ansøgning om deltagelse er forkastet*
- b) *alle forbigåede tilbudsgivere, om grundene til, at deres tilbud er forkastet, herunder i de tilfælde, der er omhandlet i artikel 42, stk. 5 og 6, hvorfor den har besluttet, at kravene ikke anses for opfyldt på tilsvarende måde, eller hvorfor den har besluttet, at bygge- og anlægsarbejderne samt vareleverancerne og tjenesteydelserne ikke opfylder kravene til ydelse eller funktion*
- c) *alle tilbudsgivere, der har afgivet et antageligt tilbud, om det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele og meddeler dem navnet på den tilbudsgiver, hvis tilbud er antaget, eller parterne i rammeaftalen*
- d) *alle tilbudsgivere, der har afgivet et antageligt tilbud, om gennemførelsen og forløbet af forhandlinger og dialog med tilbudsgiverne.”*

Af udbudsdirektivets artikel 55, stk. 2, litra c fremgår det således, at der alene er en begrundelsespligt, hvis en ansøger eller en tilbudsgiver anmoder herom. For så vidt angår beslutning om tildeling af kontrakt, skal ordregiver hurtigst muligt og senest 15 dage efter modtagelsen af en skriftlig anmodning meddele alle tilbudsgivere, der har afgivet et antageligt tilbud, om det antagne tilbuds karakteristika og relative fordele og meddele dem navnet på den tilbudsgiver, hvis tilbud er antaget.

Udbudsloven indeholder også en pligt til at give en berørt ansøger eller tilbudsgiver en begrundelse. For så vidt angår begrundelsespligt for beslutninger om tildeling af kontrakt, herunder kontrakter, som tildeles på et dynamisk indkøbssystem, fremgår det af udbudslovens § 171, stk. 4:

”En ordregiver skal i underretninger om beslutninger som nævnt i stk. 1, nr. 3, angive, hvornår standstill-perioden 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.”*

Efter udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2 skal ordregiver således underrette tilbudsgivere, som har afgivet et antageligt tilbud, om det vindende tilbuds karakteristika og fordele set i forhold til det afviste tilbud og navnet på den vindende tilbudsgiver.

Ifølge udbudsloven skal den berørte tilbudsgiver imidlertid ikke anmode om en begrundelse. Ordregiver er således forpligtet til at afgive en begrundelse, uanset om tilbudsgiver anmoder herom eller ej.

Vurdering af begrundelseskravet ved anvendelse af dynamiske indkøbssystemer

Det er muligt at lempe begrundelseskravet inden for udbudsdirektivets rammer. Direktivet stiller kun krav om, at tilbudsgivere skal modtage en begrundelse *efter anmodning*, og ikke om, at alle tilbudsgivere skal modtage begrundelse, uanset om de anmoder herom eller ej. En sådan lempelse kan resultere i en reduktion af ordregiveres transaktionsomkostninger, særligt

når der er tale om tildeling efter bedste forhold mellem pris og kvalitet. Lempelsen kan potentielt tilskynde ordregiverne til at anvende dynamiske indkøbssystemer i et større omfang, hvilket kan have positive effekter for SMV'er.

7.5 Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker

	Kan have positive virkninger for	Modsattede virkninger	Kan have negative virkninger for	Ingen eller meget begrænset/usikker effekt
Øget adgang til at indgå rammeaftaler med varighed på mere end fire år				
Lovændring, som øger klarheden om, hvornår det er muligt at indgå rammeaftaler med varighed på mere end fire år	Klarhed Transaktionsomkostninger		Fleksibilitet	Konkurrence SMV'er Innovation
Ordregiveres øget monitorering af omsætningen på rammeaftaler	Konkurrence SMV'er		Transaktionsomkostninger Fleksibilitet	Innovation Klarhed
Garanteret minimumsomsætning/andel af omsætningen på rammeaftalen	Konkurrence SMV'er		Fleksibilitet Transaktionsomkostninger Innovation	Klarhed
En udvidet beskyttelse mod "uden virkning" ved træk på rammeaftaler, som tildeles af indkøbscentraler, jf. lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 5 ⁴⁸				
Indførelse af mere fleksible regler for sortimentsudbud ("safe harbours")				
Lettelse af begrundelseskrav i dynamiske indkøbssystemer	Fleksibilitet Transaktionsomkostninger SMV			Klarhed Konkurrence Innovation

Note: Problemstillinger, der er markeret med grå, vurderes ikke, eller kun delvist, at kunne gennemføres inden for gældende EU-regulering. Vurderingerne vedrører alene de seks evalueringspejlemærker. Der kan derfor være andre vigtige samfundshensyn, som ikke indgår i vurderingerne.

⁴⁸ Det er ikke vurderet, hvorvidt denne ændring vil være mulig inden for EU-kontrol direktivernes rammer. Problemstillingen er markeret med grå for at indikere, at der kan være udfordringer med at gennemføre ændringen inden for kontrol direktivernes rammer.

Kapitel 8

Udelukkelse og self-cleaning

8.1 Indledning

Udbudsloven indeholder en række udelukkelsesgrunde, der giver offentlige ordregivere pligt til – eller mulighed for – at udelukke tilbudsgivere fra at deltage i et udbud.

Loven indeholder således to hovedtyper af udelukkelsesgrunde:

1. **Obligatoriske udelukkelsesgrunde:** De obligatoriske udelukkelsesgrunde indebærer, at ordregiveren har pligt til at udelukke virksomheder, der er omfattet heraf.
2. **Frivillige udelukkelsesgrunde:** Ordregivere kan selv afgøre, om og i givet fald hvilke af de frivillige udelukkelsesgrunde der skal finde anvendelse. Når ordregiveren i udbudsbekendtgørelsen har truffet sit valg af frivillige udelukkelsesgrunde, er ordregiveren herefter forpligtet til at anvende dem. Tilsvarende er ordregiver afskåret fra at anvende frivillige udelukkelsesgrunde, hvis de ikke er angivet i udbudsbekendtgørelsen.

De udelukkelsesgrunde – både frivillige og ufrivillige – som kan anvendes, er oplyst i udbudsloven, og der er tale om en udtømmende liste. De obligatoriske udelukkelsesgrunde angår som udgangspunkt specifikke lovovertrædelser. Eksempelvis vil domme for bestikkelse, hvidvask af penge samt ulovligt børnearbejde og andre former for menneskehandel medføre, at en tilbudsgiver skal udelukkes.

De frivillige udelukkelsesgrunde dækker over både lovovertrædelser og forsømmelser. Som eksempel kan nævnes tilsidesættelse af miljø-, social- eller arbejdsretlige forpligtelser, indgåelse af konkurrencefordrejende aftaler og væsentlig misligholdelse i forbindelse med gennemførelsen af en offentlig kontrakt.

Såvel de obligatoriske som de frivillige udelukkelsesgrunde skal medvirke til at sikre, at der ikke tildeles offentlige kontrakter til tilbudsgivere, der har begået alvorlige lovovertrædelser eller forsømmelser.

Som udgangspunkt gælder, for så vidt angår de obligatoriske udelukkelsesgrunde, at en tilbudsgiver skal udelukkes i en periode på fire år fra tidspunktet for dom eller bøde. For de frivillige udelukkelsesgrunde er udelukkelsesperioden op til to år. Dette forudsætter, at den ulovlige adfærd er bragt til ophør.

En tilbudsgiver, som er omfattet af en udelukkelsesgrund og derfor som udgangspunkt skal udelukkes, har mulighed for at fremlægge dokumentation for, at virksomheden alligevel er pålidelig. Denne dokumentation for pålidelighed kaldes også for *self-cleaning*. Vurderingen af, hvorvidt en tilbudsgivers self-cleaning er tilstrækkelig, foretages af den enkelte ordregiver, og de krav, der stilles, kan fx være i form af organisatoriske ændringer, afskedigelser m.v. En tilbudsgiver, som efter ordregiverens vurdering har foretaget en tilstrækkelig self-cleaning, kan ikke udelukkes, selv om udelukkelsesperioden ikke er udløbet. Muligheden for self-cleaning sikrer, at tilbudsgivere ikke udelukkes fra udbud i længere tid, end hvad der er nødvendigt. Det kan også have en gavnlig effekt på konkurrencen om opgaven og kvaliteten af opgaveløsningen.

Nedenfor gennemgås reglerne vedrørende udelukkelse og self-cleaning, og efterfølgende gennemgås og vurderes de problemstillinger, som er fremkommet i høringen.

8.2 Rammerne vedrørende udelukkelse og self-cleaning

Ordregivere skal sikre sig, at den tilbudsgiver, som ender med at udføre opgaven, er pålidelig, hvilket efter udbudsloven vil sige, at tilbudsgiveren ikke må være omfattet af udelukkelsesgrunde. Er en tilbudsgiver omfattet af en udelukkelsesgrund, vil tilbudsgiveren være udelukket i en periode på op til fire år, medmindre tilbudsgiveren er self-cleanet ved at påvise, at virksomheden er pålidelig, på trods af at den er omfattet af en udelukkelsesgrund.

Reglerne inddeler sig i fire overordnede grupper. 1) Regler angående obligatoriske udelukkelsesgrunde, 2) regler angående frivillige udelukkelsesgrunde, 3) regler angående udelukkelsesperioden og 4) regler angående self-cleaning.

De *obligatoriske udelukkelsesgrunde* fremgår af udbudslovens §§ 135 og 136. Udelukkelse som følge af dom eller bøde for overtrædelse af en række bestemmelser i straffeloven fremgår af § 135. De obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135 indebærer, at en tilbudsgiver skal udelukkes fra udbudsprocessen, hvis virksomheden eller dennes ledelse enten er dømt ved endelig dom eller har vedtaget bødeforlæg for:

1. Deltagelse i en kriminel organisation.
2. Bestikkelse.
3. Svig.
4. Terrorhandling.
5. Hvidvask af penge eller finansiering af terrorisme.
6. Børnearbejde og menneskehandel.

Derudover fremgår det af § 135, at en tilbudsgiver, der har ubetalt forfalden gæld til det offentlige på *over* 100.000 kr., ligeledes skal udelukkes. Det kan fx være skattegæld som følge af skattesvig.

§ 136 medfører, at tilbudsgivere skal udelukkes, hvis der er en interessekonflikt, eller hvis der er konkurrencefordrejning som følge af forudgående inddragelse af tilbudsgiveren. Derudover fremgår det af § 136, at tilbudsgivere også skal udelukkes, hvis tilbudsgiveren under det pågældende udbud har givet groft urigtige oplysninger, har tilbageholdt oplysninger eller ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter vedrørende udelukkelsesgrundene. Disse tre udelukkelsesgrunde stammer fra udbudsdirektivets artikel 57, stk. 4, litra e, f og h.

Reglerne om de *frivillige udelukkelsesgrunde* giver ordregiveren mulighed for at udelukke tilbudsgivere, der er omfattet af de situationer, som fremgår af udbudslovens § 137, nr. 1-7. Hvis en ordregiver ønsker at gøre brug af en af de frivillige udelukkelsesgrunde, skal ordregiver på forhånd i udbudsbekendtgørelsen oplyse, hvilken eller hvilke udelukkelsesgrunde som anvendes i det konkrete udbud.

En ordregiver kan vælge at udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, hvis ordregiveren kan påvise, at virksomheden:

1. Har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljømæssige, sociale og arbejdsretlige område.
 2. Er erklæret konkurs m.m.
 3. I forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om virksomhedens integritet.
 4. Har indgået en konkurrencefordrejende aftale med andre økonomiske aktører (dette kræver, at ordregiveren har tilstrækkeligt troværdige indikationer herfor).
 5. Væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt omfattet af udbudsreglerne.
-

6. Uretmæssigt har forsøgt at påvirke ordregiverens beslutningsproces.
7. Har ubetalt forfalden gæld på *under* 100.000 kr. til offentlige myndigheder vedr. skatter, afgifter samt bidrag til sociale sikringsordninger.

Eftersom ordregiver altid er bundet af de betingelser, som den selv opstiller, medfører de frivillige udelukkelsesgrunde, som angives i udbudsbekendtgørelsen, en pligt til at anvende disse udelukkelsesgrunde. Omvendt kan en ordregiver ikke udelukke en virksomhed med hjemmel i de frivillige udelukkelsesgrunde, hvis det ikke er oplyst i udbudsbekendtgørelsen, at ordregiveren vil gøre brug af dem.

Såfremt en tilbudsgiver er omfattet af en udelukkelsesgrund, vil tilbudsgiveren som udgangspunkt være udelukket i *udelukkelsesperioden*. Udelukkelsesperioden er den periode, hvor udelukkelsen er gældende, og skal håndhæves under udbudsprocesser. Udelukkelsesperioden fremgår af § 138, stk. 5 og 6, og indebærer, at ordregivere, for så vidt angår de obligatoriske udelukkelsesgrunde, skal udelukke tilbudsgivere i fire år fra datoen for endelig dom eller vedtaget bødeforlæg, mens der for de frivillige udelukkelsesgrunde er tale om en udelukkelsesperiode på op til to år fra datoen for den relevante hændelse. I situationer med gæld til det offentlige er der ikke nogen udelukkelsesperiode, idet tilbudsgivere her udelukkes, indtil de har nedbragt gælden i et sådant omfang, at de ikke længere er omfattet af udelukkelsesgrundene.

Selv om en tilbudsgiver er omfattet af en udelukkelsesgrund, kan ordregivere ikke udelukke tilbudsgiveren, såfremt ordregiver vurderer, at tilbudsgiveren har foretaget tilstrækkelig *self-cleaning* til at påvise sin pålidelighed.

For at dokumentere sin pålidelighed skal tilbudsgiveren:

1. I fornødent omfang have dokumenteret, at virksomheden har ydet den erstatning, denne er blevet pålagt, eller har påtaget sig at yde erstatning for eventuelle tab som følge af sine handlinger omfattet af udelukkelsesgrundene.
2. I fornødent omfang have gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne.
3. Have truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene.

Dette gælder både ved de obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde. Det er ordregiveren, der vurderer, om dokumentationen er tilstrækkelig, og som følge heraf er der et betydeligt rum for ordregivere til at vurdere, hvorvidt der er truffet passende foranstaltninger.

Udelukkelse i praksis

Ordregiveren skal verificere, at tilbudsgiveren ikke er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde og de frivillige udelukkelsesgrunde, der er anvendt i det pågældende udbud.

I praksis udfylder tilbudsgiverne ESPD'et og tilkendegiver, hvorvidt de er omfattet af udelukkelsesgrundene eller ej. ESPD'et suppleres senere hen ved, at typisk primært den vindende tilbudsgiver skal aflevere endelig dokumentation for, at en tilbudsgiver ikke er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde og de frivillige udelukkelsesgrunde, der er anvendt i det pågældende udbud, *jf. også kapitel 6*.

Danske tilbudsgivere kan anmode om en såkaldt serviceattest hos Erhvervsstyrelsen, når de skal dokumentere, at de ikke er omfattet af en relevant udelukkelsesgrund. I serviceattesten samler Erhvervsstyrelsen de oplysninger, der er relevante for, at en tilbudsgiver kan bevise, at tilbudsgiveren ikke er omfattet af de relevante udelukkelsesgrunde.

Som følge heraf er det almindeligvis alene nødvendigt for ordregiver at verificere, at danske tilbudsgivere er i besiddelse af en nyere serviceattest uden anmærkninger i forhold til de pågældende udelukkelsesgrunde.

Denne dokumentation skal indhentes af ordregiveren, inden det er muligt at tildele og efterfølgende indgå en kontrakt. Det vil sige, at ordregiveren skal tage stilling til udelukkelse i løbet af udbudsprocessen og indhente dokumentation for, at de relevante tilbudsgivere ikke skal udelukkes.

Ved en række af de frivillige udelukkelsesgrunde er det ordregivere, der skal påvise, om en tilbudsgiver er omfattet af de relevante udelukkelsesgrunde. Her vil serviceattesten ikke på samme måde kunne hjælpe ordregiveren.

Ordregiveren skal tillige undersøge, hvorvidt udelukkelsesperioden er udløbet, idet der er tale om en maksimal udelukkelsesperiode, der sikrer, at tilbudsgivere ikke er udelukket for tid og evighed på baggrund af handlinger omfattet af udelukkelsesgrundene.

Self-cleaning i praksis

Såfremt en ordregiver vurderer eller kan konstatere, at en tilbudsgiver er omfattet af en obligatorisk udelukkelsesgrund eller af en frivillig grund, som er angivet i udbudsbekendtgørelsen, skal der ske udelukkelse.

Dog har tilbudsgivere som nævnt mulighed for at dokumentere, at de er pålidelige (dvs. foretage self-cleaning), selv om tilbudsgiveren er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde. Såfremt ordregiveren vurderer, at en tilbudsgiver har dokumenteret sin pålidelighed, kan ordregiveren ikke udelukke tilbudsgiveren fra udbuddet.

Det er ordregiveren, som skal vurdere, om en tilbudsgiver har truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene.

8.3 Centrale problemstillinger vedrørende udelukkelse og self-cleaning

De emner, der er rejst af høringsparterne på dette område, kan grundlæggende inddeles i fire problemstillinger:

1. Udvidelse og tydeliggørelse af udelukkelsesgrundene.
2. Udelukkelsesperioden.
3. Self-cleaning.
4. Anvendelsesområdet for udelukkelsesgrundene i kontraktperioden.

8.3.1 Udvidelse og tydeliggørelse af udelukkelsesgrundene

Udelukkelsesgrundene er et centralt værktøj i udbudsreglerne til at sikre, at offentlige kontrakter tildeles pålidelige tilbudsgivere. Anvendelsen af disse grunde, herunder muligheden for self-cleaning, skal samtidig have den rette balance, således at den effektive konkurrence ikke lider unødigt skade.

Flere høringsparter har anført, at listen over de obligatoriske udelukkelsesgrunde bør udvides, så listen også omfatter overtrædelser af alle menneskerettigheder, handlinger, der gør stor skade på miljøet, mistanke om aggressiv skatteplanlægning, herunder via skattely, og alle handlinger forbundet med hvidvaskning af penge. Derudover er det blevet foreslået, at der indføres en frivillig udelukkelsesgrund, hvorefter negativ udtalelse fra Mæglings- og Klageinstitutionen for ansvarlig virksomhedsadfærd kan føre til udelukkelse.

Der er endvidere flere høringsparter, der påpeger, at udelukkelsesgrundene kan tydeliggøres. Dette gælder fx i forbindelse med de udelukkelsesgrunde, som omhandler:

1. Hvidvask af penge.
2. Hvorvidt og i hvilket omfang skatteforhold kan inddrages i forhold til vurdering af udelukkelse.
3. Hvad der nærmere ligger i begreberne integritet og konkurrencefordrejning.
4. Muligheden for at udelukke, når en tilbudsgiver uretmæssigt har forsøgt at påvirke ordregiverens beslutningsproces.

Som det fremgår senere i kapitlet, kan nationalstaterne vælge at gøre de frivillige udelukkelsesgrunde i direktivet til obligatoriske udelukkelsesgrunde, *jf. senere i kapitlet*. Det er i den forbindelse påpeget, at den danske kategorisering af visse frivillige udelukkelsesgrunde⁴⁹ som obligatoriske medfører nogle praktiske problemer med at udfylde ESPD'et. Det skyldes, at de pågældende udelukkelsesgrunde fremstår som frivillige i ESPD'et, mens de altså i Danmark reelt er obligatoriske. Det giver nogle praktiske udfordringer for tilbudsgiverne.

Endeligt anføres det, at det kan være hensigtsmæssigt, hvis anvendelsen af de frivillige udelukkelsesgrunde kunne angives i de øvrige dele af udbudsmaterialet og ikke skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen.

Der henvises i øvrigt til kapitel 10 vedrørende samfundsansvar i forhold til muligheden for at udelukke tilbudsgivere fra skattely-lande.

Regler vedrørende udelukkelsesgrunde

De obligatoriske udelukkelsesgrunde fremgår af udbudsdirektivets artikel 57, stk. 1, hvorefter en ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis det er verificeret, at ansøgeren/tilbudsgiveren eller personer, der er medlem af dennes administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan, er dømt for:

- » Deltagelse i en kriminel organisation.
- » Bestikkelse.
- » Svig.
- » Terrorhandling.
- » Hvidvask af penge eller finansiering af terrorisme.
- » Børnearbejde og menneskehandel.

Endvidere fremgår det af udbudsdirektivets artikel 57, stk. 2, at en ansøger eller tilbudsgiver udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis den ordregivende myndighed er bekendt med, at den økonomiske aktør har undladt at opfylde sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger, og hvis dette er blevet fastslået ved en retlig eller administrativ afgørelse.

De obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudsdirektivets artikel 57, stk. 1, litra a-f er tilsvarende implementeret i udbudsloven i § 135, stk. 1, nr. 1-6, *jf. ovenfor*.

⁴⁹ Disse tre udelukkelsesgrunde udgør udbudsdirektivets artikel 57, stk. 4, litra e, f og h.

Derudover fremgår det af udbudslovens § 135, stk. 3⁵⁰, at en ansøger eller tilbudsgiver, der har ubetalt forfalden gæld til det offentlige på over 100.000 kr., ligeledes skal udelukkes. Det kan fx være skattegæld som følge af skattesvig.

De frivillige udelukkelsesgrunde findes i udbudsdirektivets artikel 57, stk. 4, hvoraf det fremgår, at en ordregiver kan udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren:

- a. Har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljømæssige, sociale og arbejdsretlige område.
- b. Er erklæret konkurs m.m.
- c. I forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om virksomhedens integritet, som kan påvises af ordregiveren.
- d. Har indgået en konkurrencefordrejende aftale med andre økonomiske aktører (dette kræver, at ordregiveren har tilstrækkeligt troværdige indikationer herfor).
- e. Hvis en interessekonflikt (som defineret i artikel 24) ikke kan afhjælpes effektivt med mindre indgribende foranstaltninger.
- f. Hvis en forvriddning af konkurrencen fra den forudgående inddragelse af økonomiske aktører i forberedelserne af udbudsproceduren ikke kan afhjælpes med andre mindre indgribende foranstaltninger.
- g. Væsentligt har misligholdt en tidligere offentlig kontrakt omfattet af udbudsreglerne.
- h. Har givet groft urigtige oplysninger ved meddelelse af de oplysninger, der kræves til verifikation af, at der ikke er grundlag for udelukkelse, at kravene til egnethed er opfyldt, og at ansøgeren/tilbudsgiveren ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumentation for oplysningerne i ESPD'et.
- i. Uretmæssigt har forsøgt at påvirke ordregiverens beslutningsproces.

De frivillige udelukkelsesgrunde i udbudsdirektivets artikel 57, stk. 4, litra a-d, g og i er implementeret i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1-6.

Som følge af udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 7,⁵¹ kan en ordregiver endvidere udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis denne har ubetalt forfalden gæld på under 100.000 kr. til offentlige myndigheder vedrørende skatter, afgifter eller bidrag til sociale sikringsordninger i henhold til dansk lovgivning eller lovgivning i det land, hvor ansøgeren eller tilbudsgiveren er etableret.

Udbudsdirektivet giver mulighed for, at medlemsstaterne kan beslutte at ophøje de frivillige udelukkelsesgrunde til obligatoriske. I Danmark er de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudsdirektivets artikel 57, stk. 4, litra e, f og h implementeret som obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 136, hvoraf det fremgår, at en ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver, hvis ordregiveren kan påvise:

1. At en interessekonflikt, *jf. § 24, nr. 18*, i forhold til det pågældende udbud ikke kan afhjælpes effektivt med mindre indgribende foranstaltninger.

⁵⁰ Jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 135, stk. 3, hvor det fremgår, at: "Bestemmelsens stk. 3 viderefører tilsvarende bestemmelse i lovbekendtgørelse nr. 336 af 13. maj 1997 om begrænsning af skyldneres muligheder for at deltage i offentlige udbudsforretninger og om ændring af visse andre love, der ophæves jf. § 196, stk. 8. § 135, stk. 3, har til formål at nedbringe gælden til offentlige myndigheder og forebygge nye restancer."

⁵¹ Jf. lovbemærkningerne til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 7, hvor det fremgår, at: "Bestemmelsens stk. 1, nr. 7, gennemfører ikke en artikel fra direktivet, men er fra § 1, stk. 3, i lov om begrænsning af skyldneres muligheder for at deltage i offentlige udbudsforretninger, jf. Lovbekendtgørelse nr. 336 af 13. maj 1997".

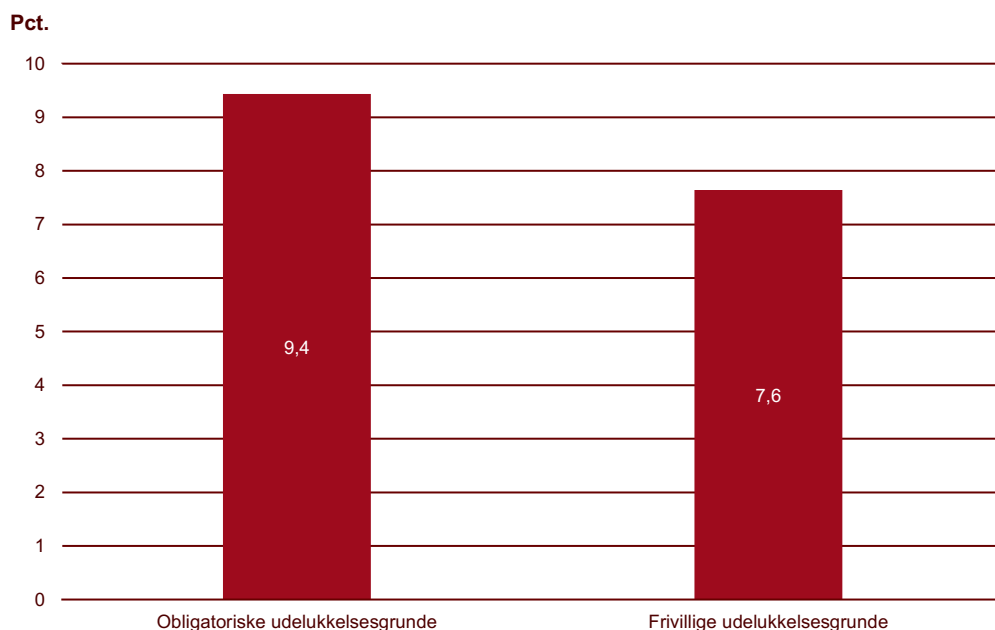
2. En konkurrencefordrejning som omhandlet i § 39 som følge af den forudgående inddragelse af de økonomiske aktører i forberedelsen af udbudsproceduren i forhold til det pågældende udbud, som ikke kan afhjælpes med mindre indgribende foranstaltninger.
3. At ansøgeren eller tilbudsgiveren i det pågældende udbud har givet groft urigtige oplysninger, har tilbageholdt oplysninger eller ikke er i stand til at fremsende supplerende dokumenter vedrørende udelukkelsesgrundene i § 135, stk. 1 eller 3, og, hvis det er relevant, i § 137, stk. 1, nr. 2 eller 7, de fastsatte minimumskrav til egnethed i §§ 140-144 eller udvælgelsen i § 145.

Som det fremgår ovenfor, indeholder udbudsdirektivet udtømmende lister over de udelukkelsesgrunde, som en ordregiver skal eller kan anvende i forbindelse med et udbud. Disse udelukkelsesgrunde er også implementeret i den danske udbudslov, men således at der er taget hensyn til, at nogle af de frivillige udelukkelsesgrunde er gjort obligatoriske.

Praksis hos danske ordregivere vedrørende anvendelse af udelukkelsesgrunde

Der sker udelukkelse i en række danske udbud. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgeskemaundersøgelse blandt offentlige ordregivere viser, at godt ni procent af ordregiverne har måttet udelukke en virksomhed på grundlag af en af de obligatoriske udelukkelsesgrunde inden for det seneste år, mens knap otte procent har måttet udelukke på baggrund af frivillige udelukkelsesgrunde, *jf. figur 8.1*. Både obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde anvendes dermed i praksis med henblik på at sikre, at de tilbudsgivere, der får tildelt offentlige kontrakter, i lovens forstand er pålidelige.

Figur 8.1 Andel af ordregivere, der har udelukket virksomheder inden for det seneste år



Ann.: Baseret på hhv. 160 og 158 besvarelser af ordregivende organisation. Opgørelsen indeholder ikke "Ved ikke"-besvarelser (hhv. 14 og 16 observationer for de to spørgsmål). Tre ordregivere har angivet, at de både har udelukket på baggrund af de obligatoriske og de frivillige udelukkelsesgrunde. Selve spørgsmålet, som er stillet, lyder: "Har I inden for det seneste år måtte udelukke en virksomhed ud fra [De obligatoriske udelukkelsesgrunde?] / [De frivillige udelukkelsesgrunde?]."

Kilde: Egne beregninger på baggrund af en spørgeskemaundersøgelse blandt offentlige ordregivere i 2019.

Vurdering af udelukkelsesgrundene

Listen over udelukkelsesgrundene er som nævnt angivet som en udtømmende liste i udbudsdirektivet. Som følge heraf kan man ikke nationalt indføre flere udelukkelsesgrunde.⁵² Det er derimod muligt at gøre fx frivillige udelukkelsesgrunde obligatoriske. Det er også muligt i vejledning at præcisere, hvornår der kan ske udelukkelse i medfør af de eksisterende udelukkelsesgrunde.

De obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde giver ordregivere mulighed for på den ene side at sikre, at offentlige kontrakter ikke tildeles tilbudsgivere, der ikke er pålidelige.

På den anden side sikrer de nuværende regler også en vis fleksibilitet, idet ordregiverne selv kan afgøre, hvilke frivillige udelukkelsesgrunde de vil aktivere.

For så vidt angår de obligatoriske udelukkelsesgrunde, henvises der oftest i lovbemærkningerne til specifikke bestemmelser i anden lovgivning, som udgør overtrædelser af udelukkelsesgrundene (det vil sige bestemmelser, som sanktionerer de strafbare handlinger, der medfører udelukkelse). Dette er i tråd med udbudsdirektivet, der også henviser til specifikke bestemmelser.

Den samme klarhed er ikke til stede for de frivillige udelukkelsesgrunde, idet de er udformet mere generelt og kan omfatte en række forskellige overtrædelser. Hvis der gennemføres mere klare regler, kan det medføre flere udelukkelse, hvilket kan medføre modsatrettede konsekvenser i form af mindre konkurrence om opgaven og en forøgelse af transaktionsomkostningerne. Flere udelukkelse vil således formentlig også medføre et behov for flere anmodninger om self-cleaning.

Præciseringer, som øger bestemmelseernes klarhed, vil betyde, at ordregiverne nemmere kan konstatere, hvornår en tilbudsgiver er omfattet af en udelukkelsesgrund. Det kan også være en hjælp for tilbudsgiverne, når de skal afgøre, om de ønsker at deltage i udbuddet.

De praktiske problemer med at udfylde ESPD'et for de udelukkelsesgrunde, der i den danske implementering er flyttet fra at være frivillige til at være obligatoriske, kan imødekomes med en øget vejledningsindsats eller – mere effektivt – ved at ensarte og standardisere udbudssystemerne, *jf. også bemærkningerne herom i kapitel 3.*

Når ordregivere angiver, at de vil anvende specifikke udelukkelsesgrunde, skal det angives i udbudsbekendtgørelsen, jf. § 140, stk. 2. Det kan overvejes, om ordregivere kan angive dette i andre dele af udbudsmaterialet i stedet for at anvende udbudsbekendtgørelsen. Det kan dog ikke udelukkes, at udelukkelsesgrundene skal behandles på samme måde som krav til egenhed, der i henhold til artikel 58, stk. 5, også skal fremgå af udbudsbekendtgørelsen. Det er dermed uklart, hvorvidt udbudsdirektivet åbner for den mulighed.

⁵² Det vil dog i henhold til retspraksis fra EU-Domstolen ud over udelukkelsesgrundene være muligt for medlemsstater at opretholde eller fastsætte materielle bestemmelser, der bl.a. har til formål at sikre princippet om ligebehandling af alle bydende og gennemsigtighedsprincippet.

8.3.2 Udvidelse af udelukkelsesperioden og klarhed om udelukkelsesperioden ved de frivillige udelukkelsesgrunde

Det er blevet påpeget i forbindelse med høringen, at den danske implementering af udelukkelsesperioden ikke udnytter de maksimale udelukkelsesperioder i udbudsdirektivet.

Derudover finder flere høringsparter det uklart, hvornår udelukkelsesperioden på to år i forbindelse med overtrædelse af de frivillige udelukkelsesgrunde skal beregnes fra.

Regler vedrørende udelukkelsesperioden

Udbudsdirektivets pligt for medlemsstaterne til at fastsætte en udelukkelsesperiode fremgår af artikel 57, stk. 7:

”Medlemsstaterne skal ved hjælp af love eller administrative bestemmelser og under hensyntagen til EU-retten fastlægge gennemførelsesbestemmelser for denne artikel. De skal især fastlægge den maksimale udelukkelsesperiode, hvis den økonomiske aktør ikke har truffet nogen foranstaltninger som angivet i stk. 6 for at vise sin pålidelighed. Når udelukkelsesperioden ikke er fastsat ved endelig dom, må perioden højst være fem år fra datoen for den endelige dom i de i stk. 1 nævnte tilfælde, og tre år fra datoen for den relevante hændelse i de i stk. 4 nævnte tilfælde.”

Udelukkelsesperioden er implementeret i udbudslovens § 138, stk. 5 og 6, hvor det fremgår, at:

”Stk. 5. Ordregiveren skal udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra at deltage i udbudsprocedurer i 4 år fra datoen for endelig dom eller vedtaget bødeforlæg for handlinger omfattet af § 135, stk. 1. Ansøgere eller tilbudsgivere, der kan dokumentere deres pålidelighed i henhold til stk. 1-3, kan ikke udelukkes.

Stk. 6. Ordregiveren kan ikke udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra at deltage i udbudsprocedurer i mere end 2 år fra datoen for den relevante hændelse eller handling omfattet af § 136, nr. 3 og § 137, stk. 1, nr. 1-6. Ansøgere eller tilbudsgivere, der kan dokumentere deres pålidelighed i henhold til stk. 1-3, kan ikke udelukkes.”

Vurdering af udelukkelsesperioden

Udbudsdirektivet giver således mulighed for at udvide udelukkelsesperioden for de obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde til henholdsvis fem år og tre år. Såfremt udelukkelsesperioderne udvides i udbudsloven, så udbudsdirektivets fulde ramme udnyttes, vil det formentlig ikke påvirke reglerens klarhed eller fleksibilitet i nævneværdig grad.

En forlængelse af udelukkelsesperioden kan dog have en negativ effekt på konkurrencen, idet tilbudsgivere udelukkes i længere tid, hvorved tilbudsgivernes deltagelse og dermed konkurrencefeltet påvirkes.

Det vurderes, at der kan skabes større klarhed om, hvornår udelukkelsesperioden på to år efter de frivillige udelukkelsesgrunde påbegyndes. EU-Domstolen har i to sager udtalt sig om udelukkelse og udelukkelsesperioden. Det vurderes, at der kan skabes en større klarhed ved at gennemføre en analyse af retspraksis fra EU-Domstolen, som herefter kan bruges til at foretage eventuelle præciseringer i udbudsloven.

8.3.3 Self-cleaning

Flere høringsparter har anført, at det kan være u hensigtsmæssigt, at det er den enkelte ordregiver, der skal vurdere, hvorvidt en tilbudsgiver har dokumenteret sin pålidelighed, og dermed foretaget self-cleaning. Der er derfor bred enighed blandt interessenterne om, at denne vurdering bør udføres af en central enhed. Det anføres, at vurderinger fra en central enhed vil

medføre en mere ensartet sagsbehandling. Samtidig kan en central enhed dog også medføre mindre fleksibilitet i forhold til lokale forhold.

Derudover anbefaler en høringspart, at self-cleaning kan begrænses, så det ikke er muligt i forhold til de obligatoriske udelukkelsesgrunde i § 135.

Endeligt anføres det i høringen, at det er uklart, hvor lang tid en self-cleaning er gældende.

Regler vedrørende self-cleaning

Af udbudsdirektivets artikel 57, stk. 6, fremgår det, at:

”En økonomisk aktør, som er i en af de i stk. 1 og 4 omhandlede situationer, kan forelægge dokumentation for, at de foranstaltninger, som den økonomiske aktør har truffet, er tilstrækkelige til at vise aktørens pålidelighed på trods af en relevant udelukkelsesgrund. Hvis en sådan dokumentation anses for at være tilstrækkelig, udelukkes den pågældende økonomiske aktør ikke fra udbudsproceduren.

Med henblik herpå skal den økonomiske aktør bevise, at denne har ydet erstatning eller påtaget sig at yde erstatning for eventuelle skader som følge af overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen, har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller forsømmelse.

De foranstaltninger, der er truffet af de økonomiske aktører, skal vurderes under hensyntagen til grovheden af og de særlige omstændigheder omkring overtrædelsen af straffeloven eller forsømmelsen. Hvis foranstaltningerne anses for at være utilstrækkelige, modtager den økonomiske aktør en begrundelse for denne afgørelse.

En økonomisk aktør, som ved en endelig dom er blevet udelukket fra deltagelse i udbudsprocedurer eller koncessionstildelingsprocedurer, er ikke berettiget til at gøre brug af den mulighed, der fastsættes i dette stykke, under den udelukkelsesperiode, der følger af dommen i de medlemsstater, hvor dommen har virkning.”

Reglerne vedrørende self-cleaning er implementeret i udbudslovens § 138, hvor følgende fremgår:

”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.

Stk. 2. Ordregiveren kan alene udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver fra udbudsproceduren, hvis ordregiveren har meddelt ansøgeren eller tilbudsgiveren, at den pågældende er omfattet af en udelukkelsesgrund, og ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke inden en af ordregiveren fastsat passende frist efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb har forelagt tilstrækkelig dokumentation for ansøgerens eller tilbudsgiverens pålidelighed.

Stk. 3. En ansøgers eller en tilbudsgivers dokumentation af pålidelighed er tilstrækkelig, når ansøgeren eller tilbudsgiveren

1) i fornødent omfang har dokumenteret, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har ydet erstatning, denne er blevet pålagt, eller har påtaget sig at yde erstatning for eventuelle tab som følge af sine handlinger omfattet af udelukkelsesgrundene, jf. §§ 135-137,

2) i fornødent omfang har gjort indgående rede for forholdene og omstændighederne gennem et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne og

3) har truffet passende konkrete tekniske, organisatoriske og personalemæssige foranstaltninger for at forebygge yderligere overtrædelser af straffeloven eller øvrige forsømmelser omfattet af udelukkelsesgrundene.

Stk. 4. Vurderer ordregiveren, at ansøgerens eller tilbudsgiverens dokumentation af pålidelighed, jf. stk. 1, er utilstrækkelig, skal ordregiveren begrunde dette over for ansøgeren eller tilbudsgiveren."

Det fremgår endvidere af udbudslovens § 135, stk. 4, at en ordregiver kan undlade at udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, der skal udelukkes grundet ubetalt forfalden gæld på 100.000 kr. eller derover til det offentlige, hvis:

"1) alle ansøgere eller tilbudsgivere er omfattet af stk. 3,

2) ansøgeren eller tilbudsgiveren stiller sikkerhed for betaling af den del af gælden, der er på 100.000 kr. eller derover, eller

3) ansøgeren eller tilbudsgiveren har indgået aftale med inddrivelsesmyndigheden om en afviklingsordning og denne ordning er overholdt."

Vurdering af self-cleaning

Udbudsdirektivet understøtter i præambelen, at medlemsstaterne kan beslutte at lade en central myndighed vurdere, hvorvidt en tilbudsgiver har foretaget self-cleaning. Det er således vurderingen, at det er muligt at overdrage vurderingerne vedrørende self-cleaning til en central enhed.

Det kan være en ressource- og kompetencekrævende proces, når der skal foretages en vurdering af, om en tilbudsgiver har dokumenteret sin pålidelighed tilstrækkeligt og dermed har foretaget self-cleaning. En centraliseret vurdering af self-cleaning kan derfor mindske transaktionskostningerne for den enkelte ordregiver. Det er ikke muligt at vurdere størrelsesordenen heraf. Det afhænger bl.a. af, om centralisering også medfører en stramning af håndhævelsen af self-cleaning-reglerne samt de organisatoriske rammer for den centrale enhed, der kan indrettes på flere måder.

Derudover kan det medføre øget klarhed for tilbudsgiverne, såfremt en central enhed gennemfører vurderingen. Det skyldes, at sandsynligheden for en ensartet praksis forøges. Den ensartede praksis kan evt. også skabe en øget forudsigelighed for tilbudsgiverne. Det kan være en fordel også for SMV'er, der ikke nødvendigvis har samme ressourcer til rådgiverbistand som større tilbudsgivere.

Til gengæld vil en centralisering som nævnt medføre mindre fleksibilitet for den enkelte ordregiver. I dag er det den enkelte ordregiver, som afgør, om en virksomhed har gennemført tilstrækkelige foranstaltninger. Dette skøn kan fx afhænge af, om den enkelte ordregiver har tillid til tilbudsgiverens foranstaltninger. Det er ikke på samme måde muligt, hvis self-cleaning samles i en central enhed. Desuden kan der være særlige konkrete forhold, som har væsentlig betydning for ordregivers afvejning, men som en central myndighed har vanskeligere ved at inddrage. Flere interessenter har i den forbindelse dog givet udtryk for en accept af at miste skønnet til selv at foretage vurderingen, hvis vurderingen således i stedet foretages af en central enhed.

8.3.4 Anvendelsesområdet for udelukkelsesgrundene i kontraktperioden

Hovedparten af udbudslovens bestemmelser regulerer gennemførelsen af udbudsprocessen, dvs. processen, der ligger forud for kontraktindgåelse. Det gælder også spørgsmålet om, hvorvidt en tilbudsgiver skal udelukkes, inden der sker tildeling. Derimod er det ikke eksplicit gi-

vet, at ordregivere har mulighed for at foretage en (ny) vurdering af udelukkelse under gennemførelsen af kontrakten, fx i lyset af nye oplysninger el. hændelser. Det skal ses i lyset af, at vilkår for kontraktens gennemførelse skal være knyttet til kontraktens genstand.

Flere høringsparter har i den forbindelse påpeget, at det er uklart, om udelukkelsesgrundene, som fremgår af udbudsloven, finder anvendelse, når leverandøren omfattes heraf i kontraktperioden.

Regler vedrørende anvendelsesområdet for udelukkelsesgrundene

Det fremgår af udbudsdirektivets artikel 70 om betingelser vedrørende kontraktens gennemførelse, at:

”De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende gennemførelsen af en kontrakt, hvis de er forbundet med kontraktens genstand som omhandlet i artikel 67, stk. 3, og anført i indkaldelsen af tilbud eller udbudsdokumenterne. Disse betingelser kan omfatte økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn.”

I denne forbindelse fremgår følgende af artikel 67, stk. 3:

3. Tildelingskriterier anses som værende forbundet med genstanden for den offentlige kontrakt, såfremt de relaterer sig til de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten, for så vidt angår ethvert aspekt og ethvert trin i deres livscyklus, herunder faktorer, der indgår i:

a) den specifikke proces med fremstilling eller levering af eller handel med de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, eller

b) en specifik proces for en anden fase i deres livscyklus,

også selv om sådanne faktorer ikke udgør en del af deres materielle indhold.”

Af udbudslovens § 176 fremgår det, at:

”En ordregiver kan fastsætte særlige betingelser for gennemførelsen af en kontrakt. Betingelserne skal være forbundet med kontraktens genstand, jf. § 163, og skal anføres i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale. Betingelserne kan omfatte økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn.”

Det fremgår endvidere af udbudslovens § 163, at:

”Anvender en ordregiver underkriterier, skal disse være forbundet med kontraktens genstand.

Stk. 2. Underkriterier er forbundet med kontraktens genstand, når de relaterer sig til de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten, for så vidt angår ethvert aspekt og ethvert trin i deres livscyklus, herunder faktorer, der indgår i 1) den specifikke proces med fremstilling eller levering af eller handel med de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser eller 2) en specifik proces for en anden fase i deres livscyklus.

Stk. 3. Stk. 2 gælder, selv om sådanne faktorer ikke udgør en del af indkøbets materielle indhold.”

Af såvel udbudsdirektivet som udbudsloven fremgår det, at en ordregiver kan fastsætte betingelser for gennemførelsen af en kontrakt, som skal anføres i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale. Disse betingelser skal dog være forbundet med kontraktens genstand, hvilket indebærer, at betingelserne skal relaterer sig til det, der skal leveres i henhold til kontrakten.

I forhold til opsigelse af kontrakter fremgår følgende af udbudsdirektivets artikel 73:

”Medlemsstaterne sikrer, at ordregivende myndigheder i hvert fald under følgende omstændigheder og på de betingelser, der er fastlagt ved gældende nationale lovgivning, kan ophæve en offentlig kontrakt under dens løbetid, hvis:

- a) kontrakten har været genstand for en væsentlig ændring, der ville have krævet en ny udbudsprocedure i henhold til artikel 72*
- b) entreprenøren på tidspunktet for tildelingen af kontrakten var i en af de i artikel 57, stk. 1, omhandlede situationer og skulle derfor have været udelukket fra udbudsproceduren*
- c) kontrakten ikke skulle have været tildelt entreprenøren i betragtning af en alvorlig overtrædelse af forpligtelserne i henhold til traktaterne og dette direktiv, der er fastslået af Den Europæiske Unions Domstol i forbindelse med en procedure efter artikel 258 i TEUF.”*

Bestemmelsen er implementeret i udbudslovens § 185, stk. 1.

Vurdering af muligheden for at anvende udelukkelsesgrundene i kontraktperioden

Det er et krav i udbudsdirektivet, at vilkårene i kontrakten er knyttet til kontraktens genstand. Det vurderes således ikke umiddelbart muligt inden for den nuværende ramme i artikel 70 (som er implementeret i udbudslovens § 176) at have vilkår i kontrakten, som ikke er knyttet til kontraktens genstand. Dette medfører begrænsninger i forhold til at anvende udelukkelsesgrunde som kontraktvilkår.

Dog fremgår det af artikel 73, at *”Medlemsstaterne sikrer, at ordregivende myndigheder i hvert fald under følgende omstændigheder [...], kan ophæve en offentlig kontrakt under dens løbetid, hvis: ... ”* (KFST-understregning).

EU-lovgiver har således ikke tydeliggjort, at der er tale om en udtømmende liste i artikel 73, hvilket er tilfældet i forbindelse med andre lister i udbudsdirektivet. Listen fremgår af udbudsloven § 185, stk. 1. Tværtimod indikeres det, at der er tale om et minimum af situationer, hvor medlemsstaterne skal sikre, at ordregivere *”kan ophæve en offentlig kontrakt”*. Hermed udelukkes det ikke, at andre situationer kan berettigede ophævelse af en kontrakt fra ordregivers side.

Det fremgår ikke af udbudsdirektivet, hvilke rammer medlemsstaterne skal agere inden for, hvis der fastsættes yderligere situationer, som kan berettigede, at en kontrakt ophæves fx som følge af, at kontrakten bliver omfattet af en udelukkelsesgrund efter kontraktindgåelse, herunder om disse yderligere situationer skal være knyttet til kontraktens genstand. Dog fremgår det af artikel 73, at der skal være mulighed for at bringe en kontrakt til ophør, hvis leverandøren på *”tidspunktet for tildelingen af kontrakten var i en af de i artikel 57, stk. 1, omhandlede situationer og skulle derfor have været udelukket fra udbudsproceduren”*.

Udelukkelsesgrundene (i artikel 57, stk. 1) knytter sig ikke nødvendigvis til kontraktens genstand, hvilket kan indikere, at udelukkelsesgrundene kan danne grundlag for indførelsen af en ret for ordregiverne til at bringe kontrakter til ophør. Dog henvises der specifikt til tildelingen, hvilket indikerer, at brugen af udelukkelsesgrunde knytter sig til gennemførelsen af selve udbuddet og ikke til den efterfølgende levering.

Der er ikke retspraksis, hvor EU-Domstolen har forholdt sig til spørgsmålet, men henset til henvisningen til *”i hvert fald”* i artikel 73, henvisningen til udelukkelsesgrundene i artikel 73 og udelukkelsesgrundenes betydning under udbudsproceduren er det ikke udelukket, at der kan indføres en regel om, at ordregivere kan bringe kontrakter til ophør, hvis en leverandør omfattes af udelukkelsesgrundene under kontraktens løbetid.

En udvidelse af de i § 185 nævnte muligheder for at opsige en kontrakt kan skabe en større klarhed for såvel ordregivere som tilbudsgivere. Det kan også medføre, at flere kontrakter opsiges og genudbydes, hvilket alt andet lige kan føre til højere transaktionsomkostninger.

8.4 Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker

	Kan have positive virkninger for	Modsattede virkninger	Kan have negative virkninger for	Ingen eller meget begrænset/usikker effekt
Udvidelse af udelukkelsesgrundene				
Øge klarhed om anvendelsen af udelukkelsesgrundene	Klarhed	Transaktionsomkostninger		Konkurrence Fleksibilitet SMV Innovation
Længere udelukkelsesperioder			Konkurrence	SMV'er Innovation Klarhed Fleksibilitet Transaktionsomkostninger
Øge klarheden i forhold til opgørelse af udelukkelsesperioden	Klarhed		Konkurrence	SMV'er Innovation Transaktionsomkostninger Fleksibilitet
Self-cleaning hos en central myndighed	Transaktionsomkostninger Klarhed		Fleksibilitet	SMV'er Innovation Konkurrence
Mulighed for at bringe kontrakt til ophør for leverandører, som bliver omfattet af udelukkelsesgrunde	Klarhed		Transaktionsomkostninger	SMV'er Innovation Konkurrence Fleksibilitet

Note: Problemstillinger, der er markeret med grå, vurderes ikke, eller kun delvist, at kunne gennemføres inden for gældende EU-regulering. Vurderingerne vedrører alene de seks evalueringspejlemærker. Der kan derfor være andre vigtige samfundshensyn, som ikke indgår i vurderingerne.

Kapitel 9

Indkøb under tærskelværdierne for EU-udbud

9.1 Indledning

Udbudsdirektivets bestemmelser gælder for alle offentlige indkøb over de tærskelværdier, som er fastsat i direktivet. Offentlige indkøb under direktivets tærskelværdier er derimod ikke reguleret i direktivet. Det betyder som udgangspunkt, at rammerne for mindre indkøb under disse tærskelværdier er reguleret i national lovgivning. Udbudslovens afsnit IV og V regulerer således offentlige vare- og tjenesteydelseskontrakter, som er under tærskelværdierne for EU-udbud.

Der er imidlertid omfattende praksis fra EU-Domstolen, der slår fast, at hvis selv et mindre indkøb har klar grænseoverskridende interesse, så skal indkøbet leve op til de grundlæggende traktatmæssige principper, som er beskrevet i kapitel 1. Det skal understøtte det indre marked, herunder at danske virksomheder også har adgang til offentlige udbud i andre lande. Det er udbudslovens afsnit IV, der har til hensigt at skabe klarhed over, hvilke forpligtelser der påhviler ordregiveren, når der foretages et indkøb under tærskelværdierne, men hvor der er klar grænseoverskridende interesse.

Hvis kontrakten ikke har en klar grænseoverskridende interesse, gælder udbudslovens afsnit V, som medfører, at ordregiveren skal sikre, at kontrakten indgås på markedsmæssige vilkår samt overholder de danske forvaltningsretlige regler.

Med udbudslovens ikrafttræden blev de tidligere regler om vare- og tjenesteydelseskontrakter af mindre værdi (dvs. under tærsklerne i udbudsloven) således ophævet og erstattet med det mere fleksible regime i udbudslovens afsnit IV og V, som indebærer, at der alene er annonceringspligt for kontrakter under tærskelværdierne, som har en klar grænseoverskridende interesse. Annonceringspligten efter udbudslovens afsnit IV kan afløftes ved at foretage en annoncering på udbud.dk eller offentliggøre en udbudsbekendtgørelse på Tenders Electronic Daily. Annonceringen sikrer således, at principperne i TEUF efterleves, for så vidt angår udbud med klar grænseoverskridende interesse, og sikrer, at flere – også danske – virksomheder kan få kendskab til opgaverne.

Der er generelt en stor tilfredshed fra såvel ordregiver- som tilbudsgiversiden med den fleksible regulering i udbudslovens afsnit IV og V.

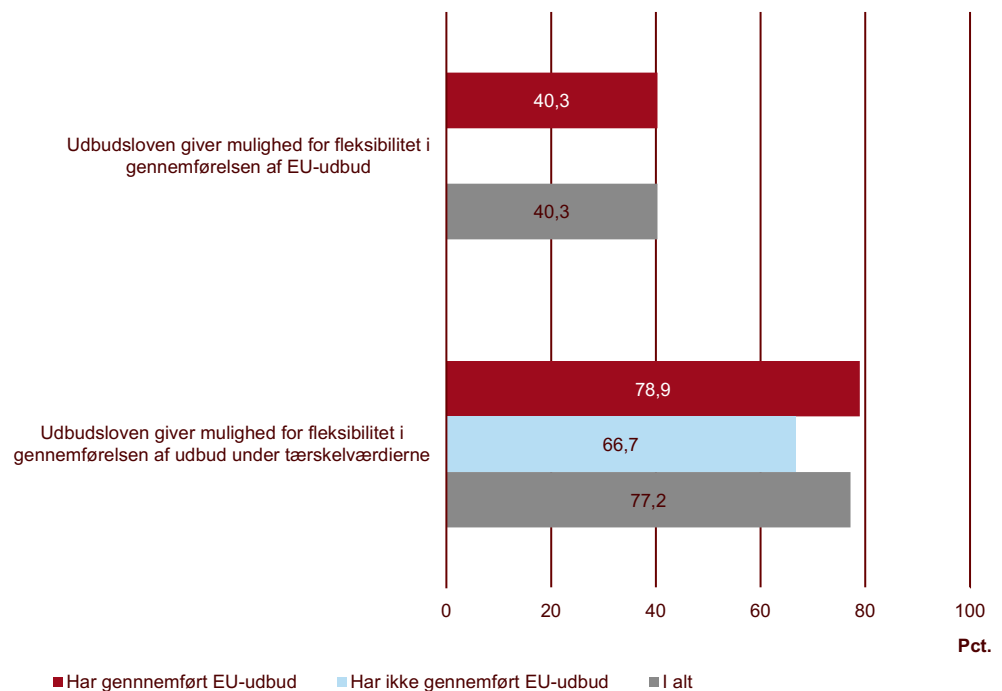
Der er imidlertid fra ordregiversiden peget på, at selve vurderingen af, hvornår en kontrakt vil have en klar grænseoverskridende interesse og annoncering, kan give anledning til relativt høje transaktionsomkostninger for især meget små indkøb.

I dette kapitel gennemgås reglerne og praksis vedrørende brugen af udbudslovens afsnit IV samt den rejste problemstilling, som knytter sig til disse regler.

9.2 Praksis vedrørende indkøb under tærskelværdierne

Der er som nævnt tilfredshed fra såvel ordregiver- som tilbudsgiversiden med den fleksible regulering i udbudslovens afsnit IV og V. Langt hovedparten af de adspurgte ordregivere mener således, at udbudsloven giver mulighed for fleksibilitet i gennemførelsen af indkøb under tærskelværdierne. Det gælder især de ordregivere, som har erfaring med gennemførelse af EU-udbud, *jf. figur 9.1*.

Figur 9.1 Andel af ordregivere, som er "helt enig" eller "overvejende enig" i udsagn om udbudsloven

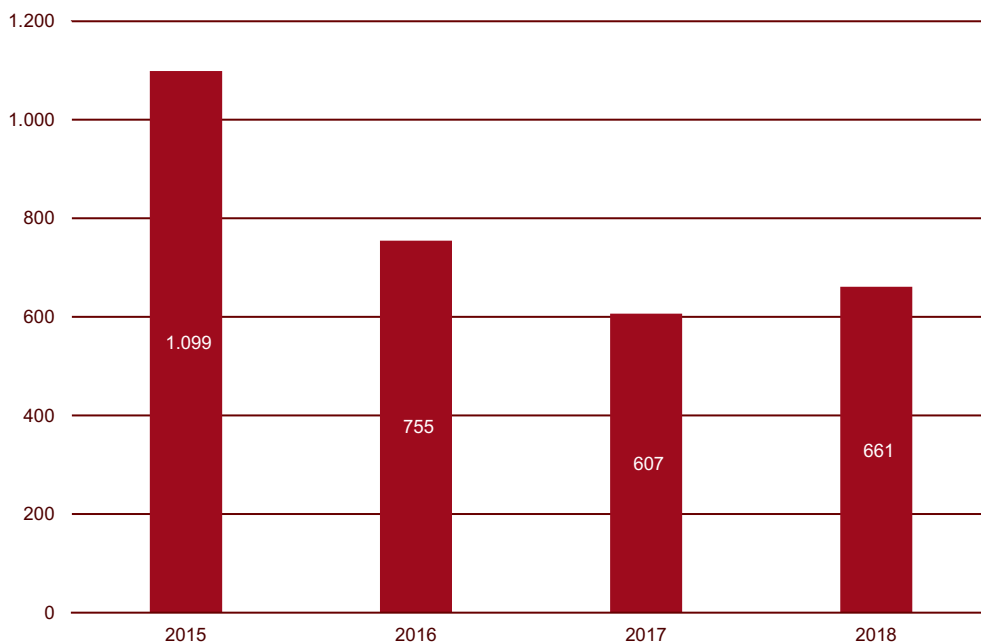


Ann.: Baseret på hhv. 178 og 195 besvarelser af ordregivende organisation. Opgørelsen indeholder ikke "Ved ikke"-besvarelser (hhv. fire og otte observationer for de to spørgsmål). Selve spørgsmålet, som er stillet, lyder: "Hvor enig eller uenig er du i følgende udsagn om udbudsloven?".

Kilde: Egne beregninger på baggrund af en spørgeskemaundersøgelse blandt offentlige ordregivere i 2019.

Der er en annonceringspligt for indkøb under tærskelværdierne i udbudsloven, hvis det vurderes, at indkøbet har grænseoverskridende interesse. Denne annonceringspligt, som følger udbudslovens afsnit IV, kan afløftes ved at foretage en annoncering på udbud.dk eller offentliggøre en udbudsbekendtgørelse på Tenders Electronic Daily. Før udbudsloven var der en generel annonceringspligt for alle indkøb af varer og tjenesteydelser med en kontraktværdi over 500.000 kr.

Udviklingen i antallet af annonceringer er vist i *figur 9.2*. Det fremgår, at antallet af annonceringer er faldet kraftigt. I 2015 – inden udbudslovens ikrafttrædelse – blev der annonceret 1.099 kontrakter, mens dette antal var faldet til 661 kontrakter i 2018. Det svarer til et fald på 40 procent. Færre annonceringer kan gøre det vanskeligere også for danske virksomheder at finde opgaverne og kan reducere konkurrencen.

Figur 9.2 Antal annonceringer på udbud.dk**Antal annonceringer**

Anm.: Baseret på 3.122 danske annonceringer af indkøb under tærskelværdierne i perioden 2015-2018. Opgørelsen indeholder både annonceringer med og uden grænseoverskridende interesse.

Kilde: Egne beregninger på baggrund af dataudtræk fra udbud.dk.

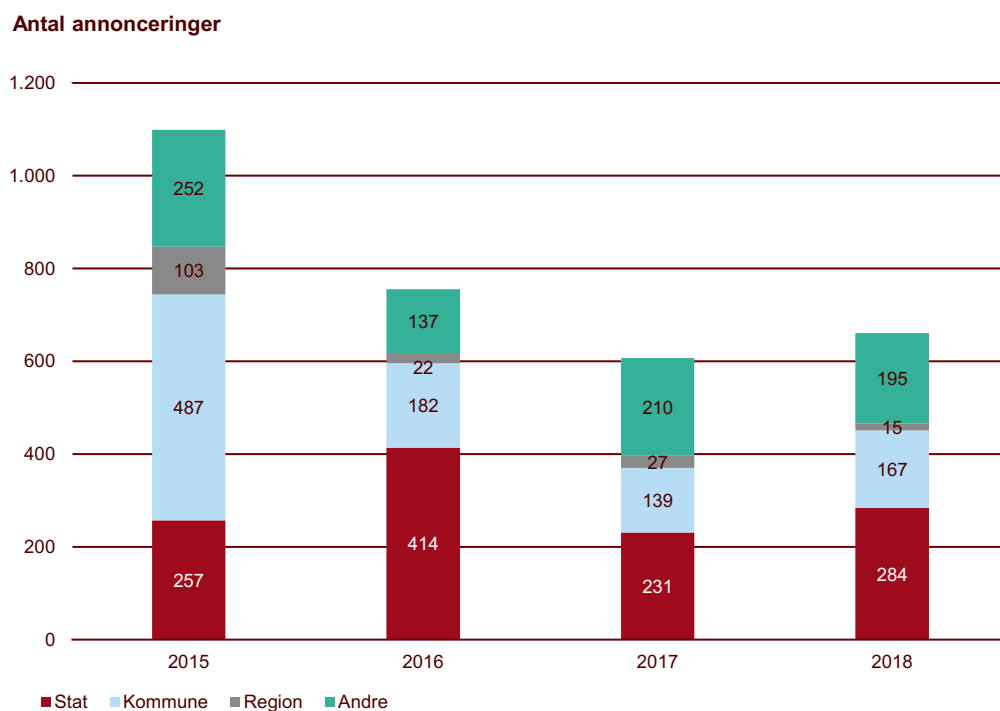
Det skal bemærkes, at en ordregiver kan vælge at annoncere et indkøb under tærskelværdierne, selv om der ikke er grænseoverskridende interesse. Dette kan eksempelvis ske i de tilfælde, hvor ordregiveren ønsker at skabe mere konkurrence om opgaven, end en tilbudsindhentning vil give, eller hvis ordregiveren ikke kender markedet godt nok til at kunne foretage en tilfredsstillende tilbudsindhentning. I 2018 var godt 1/4 af annonceringerne kontrakter uden klar grænseoverskridende interesse.⁵³

Faldet i antallet af annonceringer i perioden fra 2015 til 2018 skyldes primært et fald hos kommunale og regionale ordregivere. Regionernes annonceringer er faldet fra 103 i 2015 til 15 i 2018, mens de kommunale annonceringer er faldet til 1/3 af niveauet før udbudsloven, jf. figur 9.3. Faldet i antallet af annonceringer kan muligvis forklares med, at der med udbudsloven blev indført et mere fleksibelt regime for, hvilke kontrakter der skal annonceres. Som det fremgår ovenfor, gjaldt annonceringspligten indtil udbudslovens ikrafttræden 1. januar 2016 som udgangspunkt alle offentlige vare- og tjenesteydelseskontrakter under tærskelværdierne, men over 500.000 kr., uanset om de havde klar grænseoverskridende interesse eller ej.

⁵³ Kilde: *udbud.dk*.

Faldet i antallet af annonceringer kan tyde på, at den fleksibilitet, som er blevet indført med udbudsloven vedrørende kontrakter, som ikke vurderes at have en klar grænseoverskridende interesse, er blevet udnyttet af ordregiverne.

Figur 9.3 Antal annonceringer fordelt på ordregivertype



Anm.: Baseret på 3.122 danske annonceringer af indkøb under tærskelværdierne i perioden 2015-2018. Kategorien "Andre" dækker over offentlige virksomheder, indkøbscentraler m.v. Opgørelsen indeholder både annonceringer med og uden grænseoverskridende interesse.

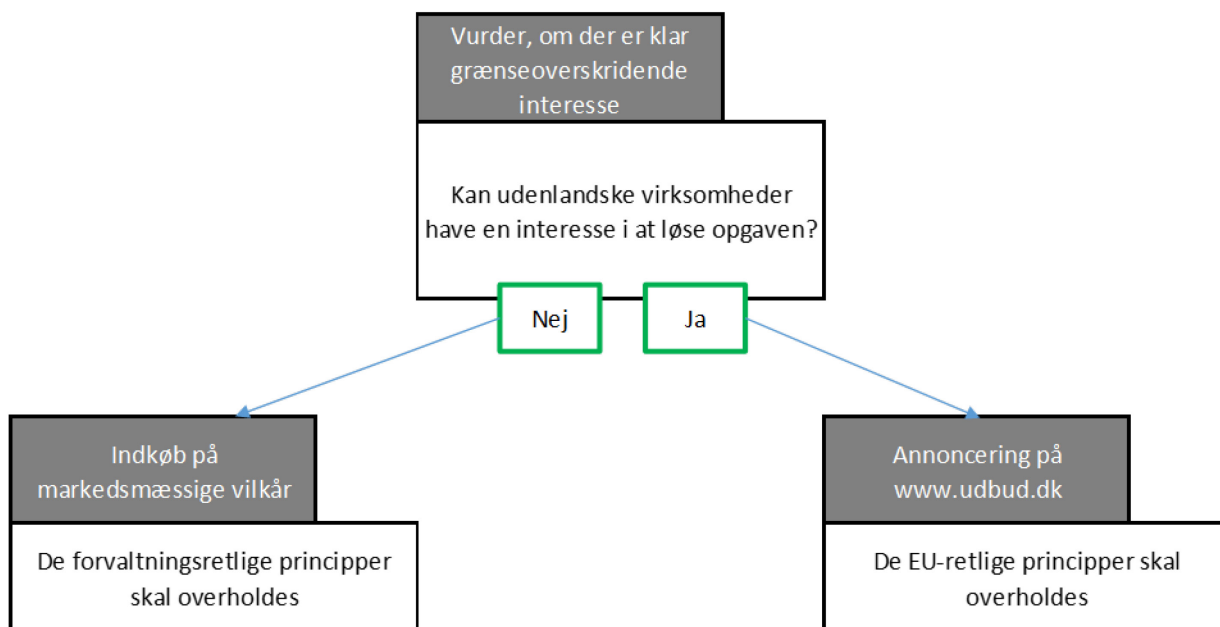
Kilde: Egne beregninger på baggrund af dataudtræk fra udbud.dk.

9.3 Rammerne for indkøb under tærskelværdierne

For kontrakter, som har en forventet værdi under udbudslovens tærskelværdier, skal ordregiveren enten annoncere udbuddet eller vurdere, om kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse, og herefter annoncere, hvis det er tilfældet. Et indkøb har klar grænseoverskridende interesse, hvis en virksomhed, som er etableret i og driver virksomhed i en anden EU-medlemsstat, kan være interesseret i reelt at byde på opgaven.

Såfremt kontrakten vurderes at have en klar grænseoverskridende interesse, skal ordregiveren tildele kontrakten i overensstemmelse med udbudslovens afsnit IV, som indebærer en pligt til at annoncere kontrakten. Hvis ordregiveren derimod vurderer, at kontrakten ikke har en klar grænseoverskridende interesse, skal kontrakten indgås i overensstemmelse med udbudslovens afsnit V, som alene indebærer en forpligtelse til at sikre, at indkøbet foretages på markedsmæssige vilkår og ved overholdelse af de forvaltningsretlige principper. Fremgangsmåden ved indgåelse af kontrakter under tærskelværdierne illustreres i *figur 9.5*.

Figur 9.4 Fremgangsmåde ved indgåelse af kontrakter under tærskelværdierne



EU-Domstolens praksis

Det følger af EU-Domstolens faste praksis, at de EU-retlige principper indebærer, at ordregiveren skal sikre en passende grad af offentlighed forud for indgåelse af en offentlig kontrakt, som ikke er omfattet af udbudsdirektivet, såfremt kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse.⁵⁴

Forpligtelsen til at sikre en passende grad af offentlighed betyder, at ordregiver skal gøre det muligt for en virksomhed i en anden medlemsstat at få adgang til de nødvendige oplysninger vedrørende kontrakten, således at denne virksomhed, hvis den måtte ønske det, ville være i stand til at tilkendegive sin interesse i at opnå tildeling af kontrakten. EU-Kommissionen har i sin fortolkningsmeddelelse af 1. august 2006⁵⁵ fortolket pligten til at sikre en passende grad af offentlighed som en forpligtelse til at offentliggøre en tilstrækkelig tilgængelig bekendtgørelse forud for tildeling af kontrakten.

En kontrakt vil have klar grænseoverskridende interesse, hvis en ordregiver vurderer, at en virksomhed i en anden medlemsstat kan være interesseret i at byde på kontrakten.

⁵⁴ C-458/03, Parking Brixen, m.fl.

⁵⁵ 2006/C 179/02.

Det følger ligeledes af EU-Domstolens praksis, at der skal foretages en konkret vurdering af, om en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse, medmindre udbuddet under alle omstændigheder annonceres. I denne vurdering skal indgå samtlige relevante forhold, dvs. kontraktens genstand, kontraktens anslåede værdi, forholdene i den pågældende branche, herunder markedets størrelse, struktur og handelspraksis, samt det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres. I henhold til EU-Domstolens praksis kan selv kontrakter med beskedent kontrakt-værdi have en klar grænseoverskridende interesse.⁵⁶

Den grænseoverskridende interesse skal være "klar", og derfor skal der påvises mere end blot en teoretisk potentiel interesse. Fx at udenlandske virksomheder løser eller har løst lignende opgaver i Danmark, eller at der foreligger en konkret henvendelse fra en tilbudsgiver i en anden EU-medlemsstat.

Udbudsloven indeholder både EU's udbudsregler og de danske regler for indkøb af varer og tjenesteydelser under EU's tærskelværdier. Dette blev foreslået af Udbudslovsudvalget for at skabe klarhed bl.a. i lyset af de pligter, som ordregiver er pålagt i medfør af EUF-traktaten.

Udbudslovens afsnit IV finder således anvendelse for offentlige kontrakter, som ikke er omfattet af udbudsdirektivet, enten fordi de er under udbudsdirektivets (og dermed udbudslovens) tærskelværdier, eller fordi de er undtaget fra udbudsdirektivet.

Annonceringspligten i udbudslovens afsnit IV

Udbudslovens afsnit IV forpligter i henhold til praksis fra EU-Domstolen ordregivere til at gennemføre en forudgående annoncering af et indkøb inden tildeling af en kontrakt, som vurderes at have en klar grænseoverskridende interesse.

Ordregiveren har følgende proceduremæssige forpligtelser i forbindelse med annonceringen:

- » Udarbejde et materiale, som sætter interesserede tilbudsgivere i stand til at afgive tilbud.
- » Fastsætte kriterier for tildeling og
- » træffe en tildelingsbeslutning og orientere tilbudsgiverne om denne.

Ordregiver har stor fleksibilitet til at tilrettelægge proceduren eller fremgangsmåden for den enkelte annoncering. Proceduren skal dog udarbejdes i overensstemmelse med de grundlæggende principper om gennemsigtighed og ligebehandling. Det er derfor et krav, at ordregiver offentliggør, hvilken fremgangsmåde der anvendes, samt kriterierne for tildeling. Ordregiver kan dog vælge at anvende en af de traditionelle procedurer som offentlig procedure eller en procedure med en udvælgelsesfase. Det er derudover muligt at anvende en fleksibel procedure, som giver mulighed for forhandling.

Udbudsloven giver også erhvervsministeren en bemyndigelse til at fastsætte nærmere regler om annonceringspligten. Denne bemyndigelse er blevet udmøntet i 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. Det følger af bekendtgørelsen, at annonceringspligten i udbudslovens afsnit IV skal afløftes ved annoncering af kontrakten på udbud.dk eller ved offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

⁵⁶ C-278/14, Enterprise Focused Solutions, C-147 og C-148/06, SECAP.

Det er således obligatorisk at anvende udbud.dk, medmindre der i stedet offentliggøres en udbudsbekendtgørelse. Indholdet af annonceringen skal overholde standardformularerne på udbud.dk. Der er ikke krav om, at ordregiver skal oversætte materialet til fx engelsk (ligesom der heller ikke fremgår et sådant krav for udbud over tærskelværdierne).

Annonceringen skal blandt andet indeholde:

- » Beskrivelse af opgaven.
- » Kontaktoplysninger.
- » Tilbudsfrist og evt. ansøgningsfrist.
- » Ordregivers adresse.
- » Kriterier for tildeling.

9.4 Central problemstilling vedrørende indkøb under tærskelværdierne

Der er rejst to problemstillinger vedr. indkøb under tærskelværdierne:

1. Ordregivere undlader at udnytte den fulde fleksibilitet i tilrettelæggelsen af små indkøb, hvilket resulterer i unødvendigt høje transaktionsomkostninger.
2. Vurderingen af grænseoverskridende interesse er omkostningstung.

9.4.1 Anvendelse af "tungere" regler i udbudsloven, end hvad der er påkrævet

Det er blevet rejst som en problemstilling af flere af høringsparter, at muligheden for at købe ind efter en simplere procedure for indkøb under 500.000 kr., som er omfattet af udbudslovens afsnit V, ikke altid benyttes. Høringsparterne fremhæver i den forbindelse, at der for sådanne indkøb både benyttes udbudsprocedurer efter udbudslovens afsnit II, annonceringer eller indhentes et større antal tilbud. Ifølge høringsparterne medfører valget af sådanne tungere procedurer højere transaktionsomkostninger.

Disse forhold angår ikke regelindholdet, men adfærden i forbindelse med anvendelse af reglerne, hvilket kan påvirkes gennem vejledningsindsats. Hvis der er udfordringer med den pågældende adfærd, som skulle løses gennem regulering, ville det indebære, at der skulle fastsættes nye regler for et område, som netop er undtaget udbudsloven. Det vil alt andet lige få konsekvenser for den udstrakte fleksibilitet, som har været hensigten med, at små indkøb ikke skal reguleres af udbudsloven.

9.4.2 Vurderingen af grænseoverskridende interesse

Udbudsloven indeholder ingen nedre grænse for, hvornår vurderingen af en kontrakts grænseoverskridende interesse skal foretages. Det betyder, at man enten skal annoncere et indkøb på udbud.dk eller foretage vurderingen i princippet for samtlige offentlige kontrakter under tærskelværdierne, og herefter foretage annonceringen, hvis der er en sådan interesse. Det kan være relativt omkostningstungt især for meget små indkøb.

Flere høringsparter fra ordregiversiden har således et ønske om, at der indføres en form for bagatelgrænse for, hvornår der skal gennemføres en vurdering af klar grænseoverskridende interesse.

Regler om vurderingen af, hvorvidt en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse

Udbudslovens regler i afsnit IV udspringer ikke af en regel i udbudsdirektivet, men af EU-Domstolens faste praksis. Reglerne er en kodificering af, hvordan EU-Domstolen fortolker anvendelsen af de traktatfæstede principper for offentlige kontrakter, som ikke er reguleret af udbudsdirektiverne.

Intentionen med udbudslovens regler om offentlige kontrakter under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse er at skabe større klarhed om reglerne for mindre indkøb, således at de traktatfæstede principper overholdes for de indkøb af mindre værdi, som vurderes at have en klar grænseoverskridende interesse. Det grundlæggende sigte er at understøtte et velfungerende indre marked, og at der også for danske virksomheder er åbenhed om og adgang til at byde på offentlige opgaver i Danmark og andre EU-lande.

Forpligtelsen til at vurdere en kontrakts grænseoverskridende interesse fremgår nærmere af de specielle lovbemærkninger til udbudslovens § 191. Heraf fremgår det, at det beror på ordregiverens konkrete vurdering, om en kontrakt har en klar grænseoverskridende interesse. Forpligtelsen kan dog afløstes ved at annoncere indkøbet under alle omstændigheder. Ved vurderingen skal der lægges vægt på kontraktens genstand, kontraktens anslåede værdi, forholdene i den pågældende branche, herunder markedets størrelse, struktur og handelspraksis samt det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres.

Andre relevante elementer kan også have betydning og bør i så fald inddrages i den konkrete vurdering. Eksempelvis kan kontraktens varighed, og hvorvidt leverandøren skal have viden om særlige danske regler, have en betydning for vurderingen.

Det fremgår også af lovbemærkningerne, at kontraktens anslåede værdi har stor betydning for, om den vurderes at have grænseoverskridende interesse. Hvis en kontrakt har en meget begrænset økonomisk værdi, vil det pege i retning af, at kontrakten ikke har klar grænseoverskridende interesse. Det skyldes, at eksempelvis transportomkostninger kan komme til at veje så tungt for udenlandske virksomheder, at kontrakten ikke længere har interesse. Omvendt vil en kontrakts høje værdi pege i retning af, at en kontrakt har en grænseoverskridende interesse. En høj værdi er således ensbetydende med, at de omkostninger, der i højere grad påvirker udenlandske tilbudsgivere, vil have mindre betydning. Det kan eksempelvis være transportomkostninger eller tilpasning af organisationen til ordregiverens krav om dansktalende personale.

For at kunne konstatere, om kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse, kan der dog ikke udelukkende tages udgangspunkt i kontraktens værdi, herunder om værdien overstiger en vis tærskel. Der skal altid ske en vurdering af de relevante omstændigheder i hver sag, men denne vurdering kan dog lettes ved at opstille lokale retningslinjer herfor, hvor fx kontrakt-værdi også kan spille en rolle.

Det fremgår således af lovbemærkninger til udbudsloven, at vurderingen af klar grænseoverskridende interesse skal tage samtlige relevante forhold i betragtning. Det fremgår også heraf, at selv om en begrænset kontraktværdi vil tale for, at en kontrakt ikke har klar grænseoverskridende interesse, kan kontraktværdien ikke stå alene.

Lovbemærkningerne til udbudsloven er i tråd med EU-Domstolens praksis. Der kan således ikke af EU-Domstolens praksis udledes en nedre grænse (en såkaldt bagatelgrænse) for, hvornår en kontrakt ikke vil have en klar grænseoverskridende interesse og dermed ikke være underlagt forpligtelsen til at sikre en passende grad af offentlighed. En begrænset kontraktværdi vil dog tale for, at en kontrakt ikke har klar grænseoverskridende interesse.⁵⁷ Kontraktværdien kan imidlertid i henhold til EU-Domstolens praksis ikke stå alene.⁵⁸

Det samme fremgår af EU-Kommissionens vurdering i fortolkningsmeddelelsen af 1. august 2006:

*”De enkelte ordregivere bærer selv ansvaret for at vurdere, om den påtænkte kontrakttilde-
ling vil kunne interessere økonomiske aktører i andre medlemsstater. Efter Kommissionens op-
fattelse skal dette afgøres på grundlag af en evaluering af de omstændigheder, der gør sig gæl-
dende i det enkelte tilfælde, som f.eks. kontraktens genstand og anslåede værdi, de særlige for-
hold, der kendetegner den berørte sektor (markedets størrelse og struktur, handelspraksis osv.),
samt det geografiske sted, hvor kontrakten skal udføres.*

*Hvis ordregiveren konkluderer, at den pågældende kontrakt har betydning for det indre marked,
skal han tildele den i overensstemmelse med de grundlæggende normer, der er afledt af fælles-
skabsretten.”*

EU-Domstolen åbner dog muligvis op for, at det vil være muligt at indføre en national tærskel-
værdi for, hvornår kontrakten ikke vil have klar grænseoverskridende interesse. Således udtal-
ler EU-Domstolen i C-147 og C-148/06, SECAP, præmis 31:

*”Det er dog også tænkeligt, at der fastsættes objektive kriterier i en national eller lokal ordning
for, hvornår der foreligger en klar grænseoverskridende interesse. Sådanne kriterier vil bl.a.
kunne bestå i størrelsen af det beløb, som kræves for den pågældende kontrakt, i kombination
med stedet for arbejdernes udførelse. Det vil også være muligt under visse omstændigheder at
udelukke, at der foreligger en sådan interesse, f.eks. når den pågældende kontrakt har en meget
begrænset økonomisk betydning (jf. i denne retning dom af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname,
Sml. I, s. 7287, præmis 20). Det er dog nødvendigt at tage hensyn til, at landegrænserne underti-
den løber gennem bebyggelser i forskellige medlemsstater, hvorfor selv kontrakter af ringe øko-
nomisk betydning under sådanne forhold kan have en klar grænseoverskridende interesse.”*

Selv om der muligvis kan åbnes op for en tærskelværdi, kan kontraktbeløbet som udgangs-
punkt ikke stå alene. Der skal således også tages hensyn til andre objektive kriterier som fx
kontraktens genstand og stedet for arbejdernes udførelse.

Vurdering

Hensigten med udbudslovens afsnit IV og V er at sikre klarhed om, hvilke forpligtelser offent-
lige ordregivere har ved indgåelsen af offentlige kontrakter, som ikke er omfattet af udbudsdi-
rektivet.

⁵⁷ Sag C-231/03, Coname.

⁵⁸ Sag C- 147 og C-148/06, SECAP og T-258/06, Tyskland mod EU-Kommissionen og C-278/14, SC Enterprise Fo-
cused Solutions.

Reglerne i udbudslovens afsnit IV er en kodificering af, hvordan EU-Domstolen fortolker de forpligtelser, som de traktatfæstede principper medfører for offentlige kontrakter, som ikke er omfattet af udbudsdirektivet. Da reglerne i udbudslovens afsnit IV udspringer af de traktatfæstede principper, er rummet for national regulering forholdsvis snævert.

De nuværende regler i udbudsloven om kontrakter under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse skaber klarhed om forpligtelsen til at sikre forudgående gennemsigtighed om sådanne kontrakter. Reglerne er en afvejning imellem på den ene side at skabe fleksibilitet for kontrakter af mindre værdi og på den anden side forpligtelsen til at åbne disse kontrakter for konkurrence, når de har en klar grænseoverskridende interesse. Annonceringspligten medfører samtidig, at danske virksomheder får bedre adgang til at byde på danske opgaver.

Ifølge flere af høringsparterne er vurderingen af klar grænseoverskridende interesse for samtlige kontrakter af mindre værdi imidlertid forbundet med transaktionsomkostninger, som opfattes som unødigt store.

EU-Domstolens praksis medfører, at eventuelle nationale regler for, hvornår en ordregiver fritages for en pligt til at vurdere en kontrakts grænseoverskridende interesse, ikke udelukkende kan baseres på kontraktens værdi. Andre relevante forhold, som fx stedet for kontraktens opfyldelse, skal også iagttages. Det er således ikke muligt at indføre en generel tærskelværdi for, hvornår en kontrakt ikke vil have klar grænseoverskridende interesse.

En national præcisering i udbudsloven af, hvornår kontrakter ikke vil have en klar grænseoverskridende interesse (dvs. en "safe harbour"), som tager hensyn til andre forhold end kontraktens værdi, kan skabe mere klarhed om, hvilke kontrakter der som udgangspunkt ikke vil have en klar grænseoverskridende interesse. Som nævnt ovenfor fremgår det af EU-Domstolens afgørelse, at sådanne regler kan tage afsæt i kontraktsummen i kombination med stedet for arbejdets udførelse. Da sådanne nationale regler klart skal holde sig inden for de rammer, som følger af EU-Domstolens praksis, vil der formentligt være tale om forholdsvis snævre "safe harbours". Selv om indførsel af "safe harbours" principielt ikke vil begrænse ordregivers fleksibilitet, kan sådanne regler være normerende for ordregiveres vurderinger. Det kan potentielt betyde, at ordregiveres fleksibilitet i realiteten vil blive begrænset. Det er også usikkert, hvorvidt sådanne nationale regler kan nedbringe ordregiveres transaktionsomkostninger i forbindelse med vurderingen af klar grænseoverskridende interesse, da ordregiverne fortsat skal foretage en konkret vurdering af, om kontrakten er omfattet af "safe harbour".

Det kan overvejes, om det alternativt skal præciseres i udbudsloven, at de enkelte ordregivere kan lave interne retningslinjer for, hvornår de vurderer, at kontrakter ikke vil have en klar grænseoverskridende interesse. Det er allerede muligt at indføre sådanne interne retningslinjer efter nuværende regler, men denne ret kan tydeliggøres ved at præcisere den i udbudsloven eller ved vejledningsindsats. Præcisering af muligheden for at indføre lokale retningslinjer kan også medvirke til, at transaktionsomkostninger i forbindelse med vurderinger af klar grænseoverskridende interesse nedbringes.

Endelig gælder som nævnt, at ordregiver i princippet også kan vælge at annoncere sit udbud på udbud.dk uden at foretage en vurdering af, om der er grænseoverskridende interesse. En del af løsningen kan dermed også være at se på mulighederne for at gøre reglerne for annoncering endnu mere fleksible, end de er i dag, under forudsætning af, at TEUF-principperne om eksempelvis gennemsigtighed efterleves.

9.5 Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker

	Kan have positive virkninger for	Modsattede virkninger	Kan have negative virkninger for	Ingen eller meget begrænset/usikker effekt
Indførelsen af en generel absolut bagatelgrænse for, hvornår der ikke skal foretages en vurdering af klar grænseoverskridende interesse				
Nationale regler for, hvornår kontrakter ikke vil have klar grænseoverskridende interesse ("safe harbours")	Klarhed			Konkurrence SMV'er Innovation Transaktionsomkostninger Fleksibilitet
Præcisering af, at ordregivere kan lave interne retningslinjer for, hvornår de vurderer, at kontrakter ikke har grænseoverskridende interesse	Klarhed Transaktionsomkostninger			Konkurrence SMV'er Innovation Fleksibilitet

Note: Problemstillinger, der er markeret med grå, vurderes ikke, eller kun delvist, at kunne gennemføres inden for gældende EU-regulering. Vurderingerne vedrører alene de seks evaluering pejlemærker. Der kan derfor være andre vigtige samfundshensyn, som ikke indgår i vurderingerne.

Kapitel 10

Samfundsansvar i offentlige udbud

10.1 Indledning

Udbudsloven er en proceslov, der sætter rammerne for, *hvordan* den offentlige sektor skal købe ind. Sigtet er bl.a. at understøtte ligebehandling, gennemsigtighed, proportionalitet og et velfungerende indre marked.

Udbudsloven sætter dermed også rammerne for, hvordan offentlige ordregivere kan varetage samfundsmæssige hensyn i forbindelse med de offentlige indkøb. I et konkret udbud er der mulighed for at stille særlige krav, som vedrører kontraktens genstand og produktionen heraf. Derudover varetages samfundsmæssige hensyn ofte ved, at offentlige institutioner og myndigheder udformer en overordnet indkøbspolitik, som bygger oven på procesreglerne i udbudsloven, og som retter sig mod ordregivernes adfærd. I nogle tilfælde vil sådanne samfundshensyn kunne medføre, at prisen på opgaven kan blive højere, end hvad der ellers var muligt.

Med samfundsmæssige hensyn menes hensyn, som går længere end vurderingen af den relevante vare eller ydelses funktion og kvalitet samt omkostning. Det kan eksempelvis være særlige miljø- eller klimamæssige krav. Det kan også være krav til medarbejdernes løn og arbejdsvilkår, herunder arbejdsmiljø m.v. Særligt for så vidt angår kriterier for tildeling af kontrakter og kontraktklausuler, gælder der en betingelse om, at de forskellige krav i forbindelse med udbudsprocessen skal være tilknyttet kontraktens genstand. Denne betingelse indebærer bl.a., at der i et konkret udbud ikke kan lægges vægt på virksomhedens generelle politik.

Med henblik på at kunne integrere samfundsmæssige hensyn i udbudsprocedurerne er det blevet præciseret i udbudsloven, at kravet om tilknytning til kontraktens genstand ikke nødvendigvis kun snævert er forbundet med den vare eller ydelse, der skal præsteres, men skal ses i forhold til ethvert aspekt og ethvert trin i varens eller ydelsens livscyklus, herunder dens produktion.

Høringsparterne har rejst forskellige problemstillinger og forslag. Det angår bl.a. muligheden for at stille samfundsmæssige krav i forbindelse med tildelingen af kontrakten samt muligheden for at anvende kontraktklausuler for at varetage et samfundsmæssigt hensyn. I den forbindelse fremhæves særligt ønsket om at stille krav til anvendelse af arbejdsklausuler samt klausuler vedrørende arbejdsmiljø.

Endelig er der et ønske om, at ordregiverne gives bedre mulighed for at udelukke virksomheder, som opererer fra skattely-lande. Udbudslovens udelukkelsesgrunde er nærmere behandlet i kapitel 8, hvortil der henvises for en nærmere gennemgang heraf.

En række interessenter på både tilbudsgiver- og ordregiversiden har dog fremhævet ønsket om at bevare udbudsloven som en proceslov og anser det for uhensigtsmæssigt at indarbejde politiske målsætninger i selve udbudslovens lovtekst.

Nedenfor gennemgås kort udbudslovens rammer for at varetage et samfundsansvar og de centrale problemstillinger.

10.1.1 Varetagelse af samfundshensyn i udbudsprocessen

Udbudsmaterialet danner grundlag for udbudsprocessen. Udbudsmaterialet består af flere dele. Ordregiverne har mulighed for at inddrage særlige samfundshensyn i forbindelse med hvert element.

For det første skal en ordregiver overveje, hvad der konkret skal købes. Det vil sige den efterfølgende kontrakts genstand. I den forbindelse kan der stilles krav til ydelsen, som eksempelvis særlige miljø- eller sikkerhedskrav. Sådanne krav skal være knyttet til kontraktens genstand.

For det andet er det muligt at stille krav til tilbudsgiverens egnethed, fx krav om, hvilke miljøstyringsforanstaltninger virksomheden skal anvende ved udførelsen af kontrakten. Her er der tale om minimumskrav, som alle tilbudsgivere skal opfylde for at kunne tildeles kontrakten. Derudover kan der fx i begrænset udbud fastsættes kriterier for, hvem der udvælges til at deltage i udbuddet. Også i forbindelse med udvælgelsen er det muligt at inddrage samfundsmæssige hensyn.

Dernæst skal en ordregiver overveje, hvordan man vil evaluere de forskellige tilbud. Udbudsloven giver således også mulighed for, at der kan opstilles evalueringskriterier, som knytter sig til kontraktens genstand, og som også inddrager samfundsmæssige hensyn.

Endelig kan der i selve kontrakten indsættes kontraktklausuler, som angiver krav, som leverandøren skal leve op til i kontraktens løbetid. Det kan eksempelvis være arbejdsklausuler eller krav til arbejdsmiljø.

Udbudsloven indeholder også en række obligatoriske eller frivillige udelukkelsesgrunde, som også afspejler samfundsmæssige hensyn, herunder overholdelse af eksempelvis miljø- og arbejdsmarkedslovgivningen.

10.2 De nuværende regler og praksis vedrørende inddragelse af samfundshensyn i forbindelse med udbudsprocedurer

I dette afsnit gennemgås de relevante regler for, hvordan samfundsansvar kan varetages inden for udbudslovens rammer. I det følgende gennemgås det, hvordan varetagelsen af samfundshensyn kan ske ved henholdsvis:

- » Fastsættelse af krav til ydelsen.
- » Fastsættelse af krav for ansøgers og tilbudsgivers egnethed.
- » Fastsættelse af kriterier for udvælgelse af ansøger.
- » Fastsættelse af underkriterier for tildeling af kontrakt samt ved vurdering af de indkomne tilbud.
- » Fastlæggelsen af kriterier for opfyldelse af kontrakten (kontraktklausuler) samt ved
- » udelukkelse af økonomiske aktører.

Fastlæggelsen af krav til ydelsen

Udbudsloven regulerer selve udbudsprocessen, men stiller ikke særlige krav til, hvad der skal købes ind. Ordregivere har således stor fleksibilitet til at definere den ønskede anskaffelse.

Udbudsloven forpligter imidlertid ordregiverne til at beskrive anskaffelsen tilstrækkeligt. Det følger af udbudsloven, at ordregivere skal beskrive de egenskaber, som anskaffelsen skal besidde ved hjælp af relevante tekniske specifikationer, *jf. udbudslovens § 40*. De tekniske specifikationer vil formelt set være indeholdt i den del af udbudsmaterialet, der ofte kaldes kravspecifikationen.

Kravspecifikationen kan, ud over de tekniske specifikationer, indeholde oplysninger, som ikke direkte vedrører ydelsens egenskaber, men fx krav til leverandøren og personalet, krav til leverandørens kvalitetssikringsforanstaltninger eller krav til samarbejdet med ordregiveren m.v. Der kan også i kravspecifikationen fastsættes krav til den specifikke proces eller metode for produktionen af anskaffelsen eller for en anden fase i ydelsens livscyklus.

Beskrivelsen af kravene skal være så præcise, at de økonomiske aktører får et klart billede af, hvad der skal indkøbes, og hvilke krav og ønsker ordregiver har til indkøbet. Er kravene så uklare, at en almindelig påpasselig tilbudsgiver ikke kan vurdere rækkevidden heraf, kan der opstå tvivl om den udbudte ydelse, og der vil ikke kunne konkurreres på et ensartet grundlag.

I lovbemærkningerne til udbudslovens § 40 er der eksempler på, hvilke krav der kan stilles til ydelsens egenskaber:

"I forhold til bygge- og anlægsopgaver kan ordregiveren eksempelvis fastsætte egenskaber vedrørende miljø- og klimapræstation, udformning til alle behov, herunder adgang for handicappede, overensstemmelsesvurdering, funktionsdygtighed, sikkerhed eller dimensioner, herunder procedurer for kvalitetssikring, terminologi, symboler, afprøvning og afprøvningsmetoder, emballering, mærkning og etikettering, brugsvejledning samt produktionsprocesser og produktionsmetoder, regler for projektering og omkostningsberegning, betingelser for afprøvning, kontrol og aflevering af bygge- og anlægsarbejder samt konstruktionsteknik og konstruktionsmetoder samt alle andre tekniske betingelser, som ordregiver kan fastsætte vedrørende de færdige arbejder og de materialer eller dele, der indgår deri.

I forhold til varer og tjenesteydelser kan ordregiveren eksempelvis fastsætte egenskaber vedrørende kvalitetsniveau, miljø- og klimapræstation, udformning til alle behov, herunder adgang for handicappede, overensstemmelsesvurdering, funktionsdygtighed, brugen af produktet, sikkerhed, dimensioner, herunder forskrifter, der vedrører handelsbetegnelse og terminologi for produktet, symboler, prøvning og prøvningsmetoder, emballering, mærkning og etikettering, brugsvejledning, produktionsprocesser og -metoder på et hvilket som helst tidspunkt i indkøbets eller tjenesteydelsens levetid samt procedurer for overensstemmelsesvurdering."

Som det fremgår af lovbemærkningerne, kan ordregiveren varetage samfundshensyn ved eksempelvis at fastsætte egenskaber til ydelsens miljø- og klimapræstation, adgang for alle brugere, herunder adgang for handicappede osv. Der kan derudover også fastsættes krav til en proces i ydelsens livscyklus, som fx krav om brugen af energieffektive produktionsmetoder eller et krav om brug af miljøvenlige produkter i produktionen af det ønskede indkøb.

Der kan dog alene fastsættes krav, som er forbundet med kontraktens genstand, og som er proportionale. Derfor kan ordregiveren kun fastsætte krav, som er nødvendige og passende for gennemførelsen af de tilsigtede formål. Der kan derimod som nævnt ikke stilles krav til leverandørens generelle politikker og praksis (ud over hvad der følger af udelukkelsesgrundene).

Udbudslovens regler om fastsættelse af tekniske specifikationer implementerer en regel i udbudsdirektivets artikel 42. Bestemmelserne i udbudsloven med de specielle lovbemærkninger hertil svarer til reglen i udbudsdirektivet.

Henvisning til standarder

Ordregiveren kan fastsætte tekniske specifikationer ved at henvise til standarder, jf. *udbudslovens § 41*. Her er det også muligt at stille krav om, at anskaffelsen opfylder fx en nærmere bestemt miljøstandard. Ordregiveren kan henvise til en eller flere standarder efter en prioriteret rækkefølge. Ordregiveren skal desuden angive "eller tilsvarende" efter hver henvisning, således at det er standardernes indhold, der er afgørende, og risikoen for konkurrenceforvridning derved mindskes. Den prioriterede liste over mulige standarder er:

-
- a) Nationale standarder til gennemførelse af europæiske standarder.
 - b) Europæiske tekniske vurderinger.
 - c) Fælles tekniske specifikationer.
 - d) Internationale standarder.
 - e) Andre tekniske referencer udarbejdet af europæiske standardiseringsorganer.
 - f) Nationale standarder.
 - g) Nationale tekniske godkendelser.
 - h) Nationale tekniske specifikationer for projektering, beregning og udførelse af arbejderne og anvendelse af varerne.

Udbudslovens regler om henvisning til standarder implementerer tekstnært en regel i udbudsdirektivets artikel 42, stk. 3.

Mærker

Ordregiver har derudover også mulighed for at kræve, at et indkøb er forsynet med et specifikt mærke som dokumentation for specifikke egenskaber, *jf. udbudslovens § 46*. Mærket skal fungere som dokumentation for, at indkøbet svarer til de specifikke miljømæssige, sociale eller andre egenskaber, som ordregiver efterspørger i forbindelse med de tekniske specifikationer, kriterierne for tildeling eller vilkårene for kontraktens udførelse. Det kan fx være miljømærker eller mærker vedrørende social ansvarlig produktion.

Et mærke er i udbudslovens § 24, nr. 21 defineret som ethvert dokument, certifikat eller attestation, der bekræfter, at et bygge- og anlægsarbejde, en vare eller en tjenesteydelse, en proces eller en procedure opfylder fastsatte mærkekrav. Ofte kan det være en organisation, der udsteder mærket og kontrollerer overholdelsen af mærkets krav.

Der er således en række betingelser for at kunne benytte mærker, som bl.a. skal sikre, at et mærke ikke er skadelig for konkurrencen. *jf. udbudslovens § 46, stk. 1:*

- » Mærkekravet skal være forbundet med kontraktens genstand og være egnet til at definere egenskaberne ved den ydelse, som kontrakten omfatter.
- » Mærkekravene skal være fastsat på grundlag af objektive verificerbare og ikkediskriminerende kriterier. Det er fx ikke muligt at kræve et miljømærke, der forudsætter en bestemt nationalitet.
- » Mærkerne skal være udviklet på grundlag af en åben og gennemsigtig procedure, dvs. en procedure, hvor alle relevante interessenter har haft mulighed for at tilkendegive deres opfattelse af mærket.
- » Mærket skal være tilgængeligt for alle potentielle tilbudsgivere. Det betyder, at økonomiske aktører skal have mulighed for at gøre sig bekendt med oplysningerne om et mærke, herunder de underliggende mærkekrav. Proceduren for at rekvirere oplysningerne må ikke være vanskelig.
- » Mærkekravene skal være fastsat af en tredjemand, som den økonomiske aktør, der søger om mærket, ikke udøver en afgørende indflydelse på.

Samtlige af de ovennævnte betingelser skal være opfyldt for, at der kan stilles krav om et bestemt mærke i forbindelse med et udbud.

Selv om en ordregiver har krævet et bestemt mærke, skal alle de mærker, der opfylder tilsvarende mærkekrav, accepteres, *jf. udbudslovens § 46, stk. 3*. Med tilsvarende mærkekrav menes mærkekrav, der opfylder det krævede eller højere niveau af de egenskaber, som det krævede mærke er bevis for. Også her er det således indholdet af mærkekrav, som er afgørende. Såfremt tilbudsgiveren fremlægger et andet mærke end det krævede, er det dog tilbudsgiveren, der har bevisbyrden for, at det pågældende mærke lever op til ordregivers krav.

Udbudslovens regler om mærker implementerer tekstnært en regel i udbudsdirektivets artikel 43.

Fastlæggelsen af krav til ansøgeres og tilbudsgiveres egnethed

I den indledende fase skal en ordregiver også overveje, om det er relevant at stille krav til en ansøgers eller tilbudsgivers egnethed. Ordregiver kan således fastsætte minimumskrav til ansøgers og tilbudsgiveres egnethed, *jf. udbudslovens § 140*. Der kan stilles krav til udøvelsen af det pågældende erhverv, den økonomiske og finansielle formåen samt den tekniske og faglige formåen.

Udbudsloven giver således mulighed for at stille krav til ansøgers og tilbudsgiveres tekniske og faglige formåen, som varetager miljømæssige hensyn. Det skal bemærkes, at udbudsloven indeholder en udtømmende liste over ansøgers og tilbudsgiveres tekniske og faglige formåen, hvorfor der ikke kan stilles andre minimumskrav til egnethed, end hvad der fremgår af denne liste.

Udbudsloven giver for det første mulighed for at stille krav til miljøstyringsforanstaltninger, som ansøgeren eller tilbudsgiveren skal anvende ved udførelsen af kontrakten, *jf. udbudslovens § 155, nr. 8*.

For det andet kan der stilles krav om, at en ansøger eller en tilbudsgiver opfylder bestemte miljøledelsessystemer eller miljøledelsesstandarder, *jf. udbudslovens § 157*. Der kan kræves fremlagt certifikater udstedt af uafhængige organer til bekræftelse af, at ansøgeren eller tilbudsgiveren opfylder de krævede miljøledelsessystemer eller miljøledelsesstandarder.

Kræver ordregiveren opfyldelse af bestemte miljøledelsessystemer eller miljøledelsesstandarder, skal ordregiveren henvise til EU-forordningen for miljøledelse og miljørevision (EMAS)⁵⁹ eller til andre anerkendte miljøledelsessystemer i henhold til artikel 45 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1221/2009 eller andre miljøledelsesstandarder, der er baseret på de relevante europæiske eller internationale standarder udstedt af godkendte organer, *jf. udbudslovens § 157, stk. 1*.

Dette giver ordregivere en mulighed for at stille krav til virksomhedernes generelle håndtering af miljøforhold og til, at virksomheden lever op til gældende lovgivning på området.

Såfremt selve kontrakten angår varetagelsen af miljøhensyn, fx hvis der er tale om en bygge- og anlægskontrakt om opførelse af en energieffektiv bygning, kan miljøhensyn endvidere varetages ved, at der stilles minimumskrav til ansøgerens eller tilbudsgiverens erfaring med lignende kontrakter, *jf. udbudslovens § 155, nr. 1 og 2*. Der kan fx stilles krav om, at ansøgeren eller tilbudsgiveren skal fremlægge minimum én reference, som angår byggeri af energieffektive bygninger. På samme måde kan der stilles minimumskrav til ansøgers og tilbudsgiveres erfaring med varetagelsen af sociale eller beskæftigelsesmæssige hensyn i forbindelse med tidligere kontrakter, hvis selve den udbudte kontrakt angår varetagelsen af sådanne hensyn.

Udbudslovens regler om teknisk og faglig formåen implementerer udbudsdirektivets regler i artikel 58 herom.

Fastlæggelse af kriterier for udvælgelse af ansøgere

Ordregiveren kan begrænse antallet af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud. Det gælder for procedurerne "Begrænset udbud", "Udbud med forhandling", "Konkurrencepræget dialog" og "Innovationspartnerskaber". Begrænsningen af antallet af ansøgere sker på baggrund af de indsendte ansøgninger om deltagelse i udbudsprocessen. Udarbejdelse af ansøgninger er min-

⁵⁹ Jf. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1221/2009.

dre omfattende end udarbejdelsen af et endeligt tilbud eller af et indledende tilbud i de fleksible udbudsprocedurer. På baggrund af de indledende ansøgninger har ordregiveren i disse udbudsprocedurer mulighed for at udvælge de ansøgere, der kan gå videre til den efterfølgende tilbudsfasen.

Ordregiveren skal foretage udvælgelsen på baggrund af objektive og ikke-diskriminerende kriterier, som oplyses i udbudsbekendtgørelsen, *jf. udbudslovens § 145*.

Ordregiver kan varetage samfundshensyn ved fastlæggelsen af kriterier for udvælgelse, så længe sådanne kriterier er objektive og ikke-diskriminerende. Der kan ske udvælgelse på baggrund af de samme forhold, som gælder for egnethed. Der kan således fx ske udvælgelse på baggrund af ansøgers miljøstyringsforanstaltninger, således at de ansøgere, som vurderes at have de bedste foranstaltninger, udvælges. Der kan eksempelvis også ske udvælgelse på baggrund af, hvilke ansøgere der vurderes at have de bedste arbejdsmiljøforanstaltninger.

Udbudslovens regler om udvælgelseskriterier implementerer tekstnært udbudsdirektivets regler i artikel 58 herom.

Selv om det ikke fremgår klart af udbudsloven eller det bagvedliggende udbudsdirektiv, må det formodes, at der også for udvælgelseskriterier formentligt gælder en betingelse om, at kriterierne skal være relateret til kontrakten, således at kriterierne kan anvendes til at identificere de mest relevante tilbudsgivere til deltagelsen i de efterfølgende faser. Det er dog usikkert, hvorvidt denne betingelse finder anvendelse, for så vidt angår udvælgelseskriterier. Der er ikke praksis fra hverken EU-Domstolen eller Klagenævnet for Udbud, som tager stilling her til.

Fastsættelse af kriterier for tildeling af kontrakt samt vurdering af de indkomne tilbud
Det fremgår af udbudsloven, at tildelingen af en kontrakt skal ske til "det økonomisk mest fordelagtige tilbud", og ordregiveren kan vælge at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud på baggrund af et af følgende tildelingskriterier: "Pris", "Omkostninger" eller "Bedste forhold mellem pris og kvalitet", *jf. udbudslovens § 162, stk. 1*.

Det er muligt at inddrage samfundsmæssige hensyn under tildelingskriteriet "bedste forhold mellem pris og kvalitet" ved at opstille objektive og gennemsigtige underkriterier, som angår indkøbets kvalitet, *jf. udbudslovens § 162, stk. 3*. Underkriterier er konkurrenceparametre, som tilbudsgiverne konkurrerer på at opfylde bedst muligt. Såfremt underkriterierne angår miljømæssige hensyn, kan de fx angå strømforbruget, mængden af CO₂, der udledes, produktets nedbrydelighed i naturen eller andre kriterier, der er egnede til at identificere et miljøvenligt produkt/ydelse. Ved at inddrage fx miljømæssige hensyn i forbindelse med fastsættelsen af underkriterier konkurrerer tilbudsgiverne på at tilbyde det mest miljøvenlige produkt.

Der kan kun anvendes kriterier for tildeling, som giver ordregiveren mulighed for at foretage en effektiv kontrol af tilbudsgiverens oplysninger med henblik på at vurdere, i hvilket omfang tilbuddene opfylder kriterierne, *jf. udbudslovens § 164*.

Ordregiveren kan derudover kun anvende underkriterier, som er forbundet med kontraktens genstand, *jf. udbudslovens § 163*. Underkriterier er forbundet med kontraktens genstand, når de relaterer sig til de ydelser, som skal leveres i henhold til kontrakten, for så vidt angår ethvert aspekt og ethvert trin i deres livscyklus. Der kan derimod ikke anvendes underkriterier, som angår virksomhedens generelle forhold.

Udbudslovens regler om tildelingskriterier implementerer tekstnært udbudsdirektivets regel i artikel 67 herom.

Det er derudover muligt at inddrage livscyklusomkostninger ved anvendelse af tildelingskriteriet "Omkostninger" eller "Bedste forhold mellem pris og kvalitet", *jf. udbudslovens § 166*. Beregning af livscyklusomkostninger kan omfatte en del eller alle følgende omkostninger gennem en vares eller en ydelses livscyklus:

- » Omkostninger i forbindelse med erhvervelse.
- » Omkostninger i forbindelse med anvendelsen, fx forbrug af energi og andre ressourcer.
- » Omkostninger til vedligeholdelse.
- » Omkostninger i forbindelse med bortskaffelse.
- » Omkostninger, der kan henføres til eksterne virkninger på miljøet, såfremt deres pengemæssige værdi kan bestemmes og verificeres.

Unormalt lave tilbud

Hvis der modtages tilbud, som er unormalt lave, skal ordregiveren foretage en nærmere undersøgelse af tilbuddet, *jf. udbudslovens § 169*. Hvornår et tilbud vil være unormalt lavt, afhænger af en konkret vurdering.

Såfremt ordregiver vurderer, at et tilbud er unormalt lavt, har ordregiver pligt til at anmode tilbudsgiver om at redegøre for de priser og omkostninger, der indgår i tilbuddet. Kan tilbudsgiveren ikke redegøre for den lave pris, har ordregiveren ret til at afvise tilbuddet, *jf. udbudslovens § 169, stk. 2*. Ordregiveren har dog en *pligt* til at afvise tilbuddet, hvis den unormale lave pris skyldes, at tilbudsgiveren har overtrådt en eller flere miljømæssige, sociale eller arbejdsretlige forpligtelser i henhold til lovgivningen, *jf. udbudslovens § 169, stk. 3*. Formålet med denne regel er at undgå, at tilbudsgivere tilsidesætter bl.a. miljøforpligtelser for at opnå besparelser, som derved kan lede til en lavere pris.

Udbudslovens regler om unormalt lave priser implementerer tekstnært udbudsdirektivets regel i artikel 69 herom.

Undlade kontrakttildeling

Ordregiveren kan derudover undlade at tildele kontrakten til den tilbudsgiver, der ellers havde det økonomisk mest fordelagtige tilbud, hvis ordregiveren kan bevise, at selve tilbuddet ikke er i overensstemmelse med gældende forpligtelser inden for det miljømæssige, sociale eller arbejdsretlige område, *jf. udbudslovens § 159, stk. 7*.

Udbudslovens mulighed for at undlade kontrakttildeling implementerer tekstnært udbudsdirektivets artikel 56, stk. 1, sidste afsnit.

Fastlæggelsen af kriterier for opfyldelse af kontrakten (kontraktklausuler)

Ordregiveren har mulighed for at fastsætte betingelser eller vilkår i kontrakten, som den økonomiske aktør skal opfylde i forbindelse med udførelsen af opgaven. Betingelserne skal være en del af udbudsmaterialet og forbundet med kontraktens genstand, *jf. udbudslovens § 176*.

Kontraktbetingelserne skal således være knyttet til den konkrete opgave, men kan vedrøre enhver proces eller ethvert trin i opgavens livscyklus, *jf. udbudslovens § 163*. Der kan imidlertid ikke fastsættes kontraktbetingelser, som vedrører generelle forhold hos leverandøren som fx virksomhedens generelle politik eller forhold vedrørende andre opgaver, som leverandøren udfører for ordregiveren.

Betingelserne til gennemførelse af kontrakten kan omfatte bl.a. miljømæssige hensyn i forbindelse med fremstilling og levering af ydelsen, i forbindelse med handel eller i forbindelse med levering, emballering og bortskaffelse.

Det kan fx være reguleret i betingelserne, at fremstillingen af de indkøbte varer ikke har omfattet giftige kemikalier, eller at de indkøbte tjenesteydelser leveres ved hjælp af energieffektive maskiner.

Udbudslovens regel om kontraktklausuler implementerer en tilsvarende regel i udbudsdirektivets artikel 70.

Uddannelsesklausuler

Udbudsloven er som allerede nævnt primært en proceslov. Den regulerer således først og fremmest selve udbudsprocessen, men derimod ikke det specifikke indhold i de krav, der stilles i forbindelse med et indkøb eller udbud. Det skyldes, at det er ordregiver, der afgør, hvad der skal købes ind, samt at det som udgangspunkt afhænger af kontraktens genstand, hvilke krav der kan stilles.

Hvis der er politiske ønsker om en bestemt ordregiveradfærd inden for rammerne af udbudsloven, kan de eksempelvis udformes som indkøbspolitiske retningslinjer, som den enkelte indkøber skal overholde.

Med finanslovsaftalen fra 2013 og aftalerne om kommunerne og regionernes økonomi for 2014 blev der eksempelvis indført en forpligtelse for statslige, kommunale og regionale ordregivere til at overveje sociale klausuler om uddannelses- og praktikaftaler⁶⁰ i offentlige udbud (i det følgende benævnt "uddannelsesklausuler") efter et "følg eller forklar"-princip. "Følg eller forklar"-princippet betyder, at de offentlige ordregivere i relevante udbud enten skal anvende sociale klausuler eller forklare, hvorfor de ikke gør det.

Formålet med uddannelsesklausuler er at skabe flere praktikpladser i Danmark. Uddannelsesklausuler indebærer, at leverandøren, der vinder udbuddet, forpligtes til at anvende elever ved udførelsen af opgaven.

Relevante forklaringer på, at klausulerne fravælges, kan fx være hensynet til økonomi, eller at den offentlige institution i forvejen har indgået såkaldte partnerskabsaftaler om at anvende elever.

Følgende udbud kræver i dag overvejelser om uddannelsesklausuler:

- » Bygge- og anlægskontrakter, hvor kontrakten udføres i Danmark og har en varighed på minimum seks måneder og en kontraktværdi på mindst 5 mio. kr. ekskl. moms og/eller en lønsum på 4 mio. kr.
- » Tjenesteydelsesktrakter, hvor kontrakten udføres i Danmark og har et driftselement (fx rengøring eller kantinedrift), en varighed på minimum seks måneder og en kontraktværdi på mindst 5 mio. kr. ekskl. moms og/eller en lønsum på 4 mio. kr.

⁶⁰ Uddannelses- og praktikpladser, der er omfattet af lov om erhvervsuddannelser og lov om erhvervsgrunduddannelser m.v., som pr. 1. august 2019 erstattes af lov nr. 697 af 8. juni 2018 om forberedende grunduddannelse eller lignende ordninger i andre EU/EØS-lande.

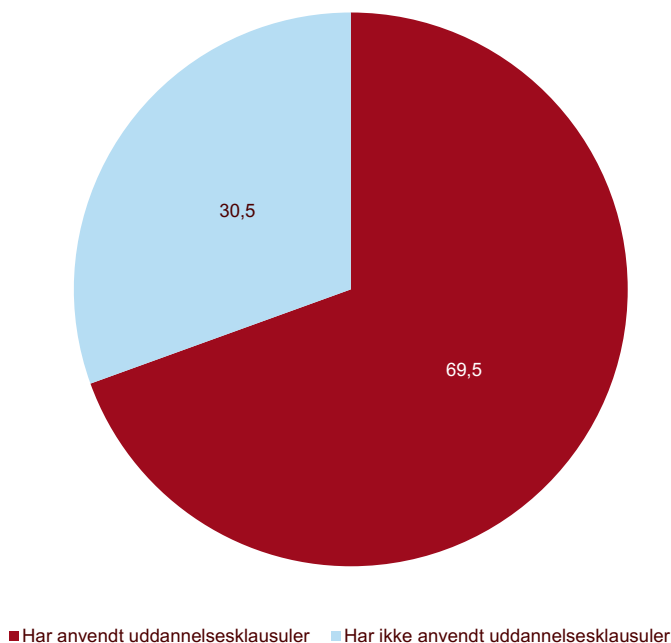
Ordregiver kan lovligt anvende uddannelsesklausuler, når følgende tre betingelser er opfyldt:

- » Klausulen skal overholde de EU-retlige principper om ikke-forskelsbehandling, ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet.
- » Klausulen skal være forbundet med kontraktens genstand.
- » Klausulen skal være angivet i udbudsbekendtgørelsen eller det øvrige udbudsmateriale.

Hvis man ser på praksis vedrørende anvendelse af uddannelsesklausuler, så indikerer spørgeskemaundersøgelsen⁶¹, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har gennemført i forbindelse med evalueringen, at omkring 70 procent af ordregiverne med relevante udbud har anvendt sådanne klausuler inden for de seneste år, *jf. figur 10.1*.

Figur 10.1 Andelen af ordregivere med relevante udbud, som har anvendt uddannelsesklausuler inden for det seneste år

Pct.



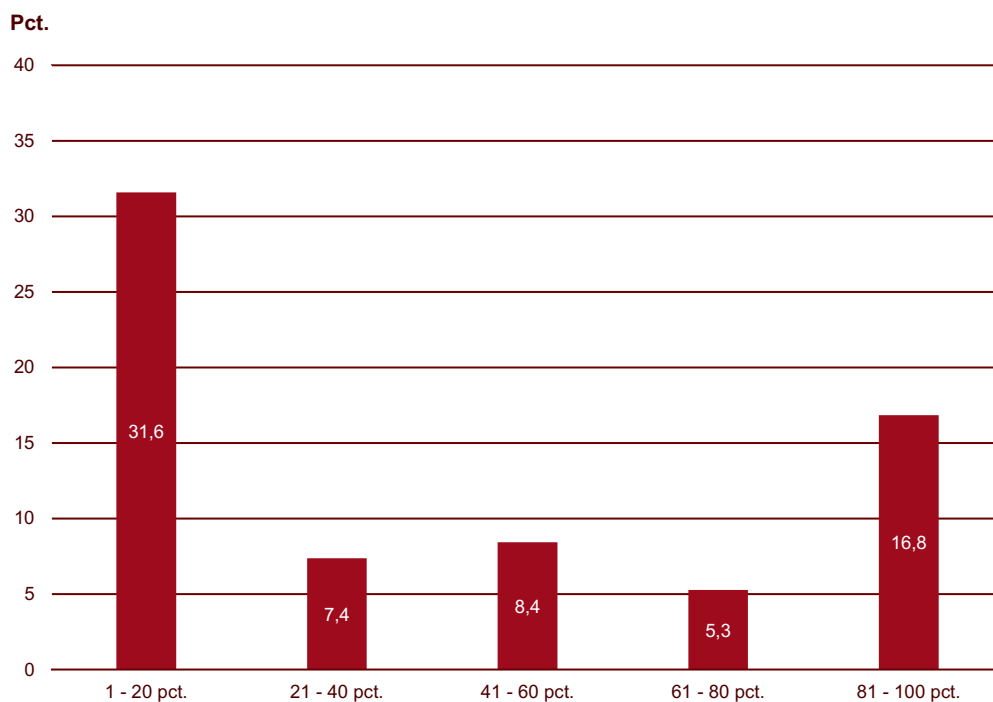
Anm.: Baseret på 95 besvarelser af ordregivende organisation, hvor den ordregivende organisation med relevante udbud inden for det seneste år. Opgørelsen indeholder ikke "Ved ikke"-besvarelser (26 observationer for spørgsmålet). Selve spørgsmålet, som er stillet, lyder: "I hvor stor en andel af jeres relevante udbud har I anvendt uddannelsesklausuler inden for det seneste år?"

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgeskemaundersøgelse om ordregivende organisationers erfaring med udbudsloven, 2019.

⁶¹ Evaluering af udbudsloven. Spørgeskemaundersøgelse gennemført af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen 2019, *jf. boks 2.1*.

De ordregivere, der har anvendt uddannelsesklausuler, bruger dem ofte i under 20 procent af deres udbud, men der er også adskillige eksempler på ordregivere, der bruger uddannelsesklausuler i næsten alle udbud, jf. figur 10.2.

Figur 10.2 Andelen af relevante udbud, hvor ordregiverne har anvendt uddannelsesklausuler



Anm.: Baseret på 66 besvarelser af ordregivende organisation, hvor den ordregivende organisation med relevante udbud inden for det seneste år. Opgørelsen indeholder ikke "Ved ikke"-besvarelser (26 observationer for spørgsmålet). Selve spørgsmålet, som er stillet, lyder: "I hvor stor en andel af jeres relevante udbud har I anvendt uddannelsesklausuler inden for det seneste år?"

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgeskemaundersøgelse om ordregivende organisationers erfaring med udbudsloven, 2019.

Udelukkelse af økonomiske aktører

Endelig kan ordregiveren bestemme, at ansøgere og tilbudsgivere, som har tilsidesat *gældende forpligtelser* inden for det miljømæssige, sociale eller arbejdsretlige område, skal udelukkes fra deltagelsen i et konkret udbud, jf. *udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1*. Denne udelukkelsesgrund kan kun finde anvendelse, hvis ordregiveren har anført denne mulighed i udbudsbekendtgørelsen. Udbudsdirektivet giver dog mulighed for, at denne udelukkelsesgrund ved national lov gøres obligatorisk.

Gældende forpligtelser omfatter alle EU-retsakter og gældende danske love og bekendtgørelser på det miljømæssige, sociale eller arbejdsretlige område. Det er også muligt at henvise til de konventioner, som er anført i udbudsdirektivets bilag X.

Som følge af proportionalitetsprincippet vil alene overtrædelser af en vis væsentlighed eller gentagne overtrædelser kunne begrunde udelukkelse.

Det er ordregiveren, der har bevisbyrden for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har tilsidesat gældende forpligtelser inden for det miljømæssige, sociale eller arbejdsretlige område. Det kan ifølge lovbemærkninger til udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 1 efter omstændighederne være tilstrækkeligt for at løfte bevisbyrden, hvis ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ved endelig dom er dømt for overtrædelser af de gældende forpligtelser inden for det miljømæssige, sociale eller arbejdsretlige område. Ordregiveren kan endvidere efter omstændighederne løfte bevisbyrden ved at påvise, at det ved voldgiftskendelse, påbud fra Arbejdstilsynet eller kendelse fra et domstolslignende administrativt nævn er konstateret, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har tilsidesat gældende forpligtelser. Derudover kan eksempelvis syn og skøn eller anden dokumentation, herunder dokumentation fra egne eller andres erfaringer efter omstændighederne være tilstrækkeligt til at påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har tilsidesat de gældende forpligtelser.

Der kan kun ske udelukkelse i en nærmere afgrænset periode efter overtrædelser, ligesom den ansøger eller tilbudsgiver, som har begået overtrædelser, har mulighed for at foretage self-cleaning. Der henvises til kapitel 8 for en nærmere gennemgang af udelukkelsesperioden og muligheden for at foretage self-cleaning.

Udbudslovens regler om udelukkelse som følge af overtrædelse af *gældende forpligtelser* på det miljømæssige, sociale og arbejdsretlige område implementerer udbudsdirektivets artikel 57, stk. 4, nr. 1. Den frivillige udelukkelsesgrund vedrørende overtrædelse på det miljømæssige, sociale og arbejdsretlige område er ikke blevet obligatorisk at anvende i Danmark. Det er således op til de enkelte ordregivere at beslutte, hvorvidt denne udelukkelsesgrund skal anvendes i de konkrete udbud, *jf. også kapitel 8*.

10.3 Centrale problemstillinger

I den gennemførte høring er der blevet givet udtryk for følgende problemstillinger:

1. Der er blevet fremsat et ønske om øget inddragelse af samfundshensyn i forbindelse med tildeling af offentlige kontrakter.
2. Der er blevet fremsat et ønske om, at samfundshensyn iagttages i offentlige kontrakter ved, at ordregiverne anvender arbejdsklausuler og arbejdsmiljøklausuler.
3. Der er fremsat et ønske om, at ordregiverne gives bedre mulighed for at udelukke virksomheder, som opererer fra skattely-lande.

10.3.1 Inddragelse af krav om samfundsansvar ved tildeling af offentlige kontrakter

Flere interessenter har fremført, at ordregiverne efter deres vurdering ikke i tilstrækkeligt omfang inddrager samfundsmæssige krav i forbindelse med tildeling af offentlige kontrakter. De efterlyser, at ordregiverne i et større omfang stiller krav, som vedrører samfundsansvar, som kriterier for tildeling af offentlige kontrakt.

En enkelt interessent har hertil også fremført et ønske om, at udbudsloven stiller krav om, at ordregivere skal afrapportere deres indsats med hensyn til varetagelsen af samfundsmæssige hensyn i forbindelse med udbud.

Regler om inddragelse af samfundshensyn ved tildeling af offentlige kontrakter

Udbudsdirektivets regler om tildeling af kontrakter fremgår af artikel 67. Af direktivet artikel 67, stk. 2, fremgår det:

”Det økonomisk mest fordelagtige tilbud set ud fra den ordregivende myndigheds synspunkt udvælges på grundlag af pris eller omkostninger efter en tilgang baseret på omkostningseffektivitet, såsom en beregning af livscyklusomkostninger i overensstemmelse med artikel 68, og kan omfatte det bedste forhold mellem pris og kvalitet, som skal vurderes på grundlag af kriterier,

herunder kvalitative, miljømæssige og/eller sociale aspekter i forbindelse med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt. Disse kriterier kan f.eks. omfatte:

- a) kvalitet, herunder teknisk værdi, æstetiske og funktionsmæssige karakteristika, tilgængelighed, udformning for alle brugere, sociale, miljømæssige og innovative karakteristika og handel og betingelserne herfor
- b) 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, eller
- c) kundeservice og teknisk bistand, leveringsbetingelser såsom leveringsdato, leveringsprocedure og leveringstid eller færdiggørelsestid
[...]"

Det fremgår således af udbudsdirektivet, at kriterier for tildeling af kontrakten kan omfatte bl.a. miljømæssige og/eller sociale aspekter, som er knyttet til genstanden for den pågældende offentlige kontrakt.

I forhold til, hvornår kriterier for tildeling vil være forbundet med kontraktens genstand, anføres det i udbudsdirektivets artikel 67, stk. 3:

"Tildelingskriterier anses som værende forbundet med genstanden for den offentlige kontrakt, såfremt de relaterer sig til de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten, for så vidt angår ethvert aspekt og ethvert trin i deres livscyklus, herunder faktorer, der indgår i:

- a) den specifikke proces med fremstilling eller levering af eller handel med de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, eller
- b) en specifik proces for en anden fase i deres livscyklus,

også selv om sådanne faktorer ikke udgør en del af deres materielle indhold."

Udbudsdirektivets regler om inddragelse af samfundsmæssige hensyn til fastsættelse af tildelingskriterier er nærmere motiveret i præambelbetragtning 97 til udbudsdirektivet:

"Med henblik på bedre at integrere sociale og miljømæssige hensyn i udbudsprocedurerne bør ordregivende myndigheder endvidere have lov til at anvende tildelingskriterier eller vilkår for gennemførelse af kontrakten for bygge- eller anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til den offentlige kontrakt, for så vidt angår alle aspekter og ethvert trin i deres livscyklus lige fra ekstraktion af råmaterialer til produkterne til tidspunktet for bortskaffelse af produktet, herunder faktorer, der indgår i den specifikke proces med fremstilling og levering af samt handel og betingelserne herfor med de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser eller en specifik proces på et senere tidspunkt i deres livscyklus, også selv om sådanne faktorer ikke udgør en del af deres materielle indhold. Kriterier og vilkår vedrørende en sådan produktions- eller leveringsproces er for eksempel, at fremstillingen af de indkøbte varer ikke har omfattet giftige kemikalier, eller at de indkøbte tjenesteydelser leveres ved hjælp af energieffektive maskiner. I overensstemmelse med Den Europæiske Unions Domstols retspraksis omfatter dette også tildelingskriterier eller vilkår for gennemførelse af kontrakten for så vidt angår levering eller brug af fairtradeprodukter i gennemførelsen af den kontrakt, der skal tildeles. Kriterier og vilkår i forbindelse med handel og betingelserne herfor kan f.eks. henvise til det forhold, at det pågældende produkt oprindeligt er et fairtradeprodukt, herunder krav om betaling af en minimumspris og en højere pris til producenterne. [...]."

Der kan i øvrigt henvises til afsnit 10.2 ovenfor, for så vidt angår udbudsdirektivets betingelse om, at kriteriet skal være forbundet med kontraktens genstand samt for en nærmere gennemgang af udbudsdirektivets regler om, hvilke hensyn der kan varetages ved fastsættelsen af tildelingskriterier.

Udbudslovens regler om tildelingskriterier fremgår af udbudslovens § 162. Det fremgår af udbudslovens § 162, stk. 3:

"Ved tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. stk. 1, nr. 3, vurderes tilbuddet på grundlag af underkriterier som for eksempel kvalitative, miljømæssige og sociale aspekter. Underkriterier kan omfatte

- 1) kvalitet, herunder teknisk værdi, æstetiske og funktionsmæssige karakteristika, tilgængelighed, design for samtlige brugere, sociale, miljømæssige og innovative karakteristika og handel og betingelserne herfor,*
- 2) 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, eller*
- 3) kundeservice, teknisk bistand og leveringsbetingelser."*

Der fremgår i øvrigt følgende om fastsættelse af underkriterier af udbudslovens § 163:

"Anvender en ordregiver underkriterier, skal disse være forbundet med kontraktens genstand.

Stk. 2. Underkriterier er forbundet med kontraktens genstand, når de relaterer sig til de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten, for så vidt angår ethvert aspekt og ethvert trin i deres livscyklus, herunder faktorer, der indgår i

- 1) den specifikke proces med fremstilling eller levering af eller handel med de pågældende bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser eller*
- 2) en specifik proces for en anden fase i deres livscyklus.*

Stk. 3. Stk. 2 gælder, selv om sådanne faktorer ikke udgør en del af indkøbets materielle indhold."

Udbudslovens regler om kriterier for tildeling af kontrakter svarer således til udbudsdirektivets regler herom. Udbudsloven præciserer dog, at ved anvendelsen af tildelingskriteriet "Bedste forhold mellem pris og kvalitet" skal der angives underkriterier, på baggrund af hvilke tilbuddene skal vurderes. Denne præcisering har til formål at skabe en øget klarhed om reglerens indhold.

Det fremgår af såvel udbudsdirektivet som udbudsloven, at tildelingskriterier kan omfatte bl.a. miljømæssige og sociale aspekter, under forudsætning af at de er tilknyttet kontraktens genstand.

Hverken udbudsdirektivet eller udbudsloven indeholder nogen regler vedrørende en rapporteringspligt af tiltag for at fremme samfundsmæssige hensyn.

Vurdering af inddragelse af samfundshensyn ved tildeling af offentlige kontrakter

Udbudslovens regler om fastsættelse af kriterier for tildeling af kontrakt følger af en tekstnær implementering af udbudsdirektivet.

Som beskrevet ovenfor er det muligt at inddrage samfundshensyn som kriterier for tildeling af kontrakt. Det er således muligt at inddrage fx miljømæssige og sociale aspekter som underkriterier, ligesom andre relevante samfundsmæssige hensyn kan inddrages. Det er dog en betingelse, at kriterierne er forbundet med kontraktens genstand. Der skal således foretages en konkret vurdering af, hvilke kriterier der skal anvendes i forbindelse med den konkrete kontrakt, ligesom der ikke kan lægges vægt på virksomheders generelle politik.

Da kravet om, at underkriterierne skal være forbundet med kontraktens genstand, stammer fra udbudsdirektivet, vil nationale regler, som fraviger dette krav, fx ved at sociale hensyn skal indgå som et kriterium i forbindelse med tildeling af alle offentlige kontrakter, også når varetagelsen af sådanne hensyn ikke har en tilknytning til kontraktens genstand, være i strid med udbudsdirektivet.

Udbudsloven giver en stor grad af fleksibilitet for ordregiverne til at beslutte, hvordan samfundshensyn bedst muligt varetages i de konkrete udbud, herunder hvordan samfundshensyn i de konkrete udbud afvejes i forhold til hensynet til konkurrencen, deltagelsen af SMV'er samt lavest mulige transaktionsomkostninger.

Samfundshensyn i forbindelse med udbud, som skal omfatte offentlige ordregivere mere generelt, kan derfor evt. varetages ved anden relevant lovgivning, som fx tager sigte på at fremme miljømæssige eller beskæftigelsesrelaterede forhold. Desuden kan sådanne hensyn, herunder en eventuel rapporteringspligt, varetages ved at indføre en indkøbspolitik, som stiller krav til ordregiverne inden for rammerne af udbudsloven.

Der kan også skabes en øget klarhed over udbudslovens muligheder for at varetage samfundshensyn ved en øget vejledningsindsats. Det kan evt. have mindre gennemslag i den faktiske adfærd, men vil heller ikke medføre samme transaktionsomkostninger for ordregiverne.

10.3.2 Muligheden for anvendelse af arbejdsmiljøklausuler og arbejds-klausuler

Det er i høringen blevet påpeget af nogle interessenter, at det vil være hensigtsmæssigt, at der særligt ved udbud af bygge- og anlægsopgaver anvendes arbejdsmiljøklausuler, dvs. kontraktuelle krav, som har til formål at iagttage arbejdsmiljømæssige hensyn. Det er i den forbindelse også blevet påpeget, at kravet om arbejdsmiljøklausuler kan suppleres med et krav om, at leverandørerne for offentlige bygge- og anlægskontrakter så vidt muligt skal anvende den bedste tilgængelige teknologi til udførelsen af arbejdet, da det efter interessenternes opfattelse skaber klare rammer for arbejdet i byggeriet og kan bevirke, at færre bliver nedslidt.

Derudover er der i høringen givet udtryk for ønsket om en større anvendelse af arbejds-klausuler med henblik på at sikre, at alle ansøgere og tilbudsgivere skal leve op til de samme løn- og ansættelsesforhold på dansk niveau. Der har også fra enkelte høringsparter været ønske om at tilknytte et kædeansvar til arbejds-klausulerne. Det fremhæves, at det er særligt relevant for levering af tjenesteydelser samt i forhold til kontrakter på bygge- og anlægsområdet.

Ved arbejds-klausuler i denne rapport skal forstås kontraktuelle krav, som har til formål at sikre de arbejdstagere, der skal udføre den udbudte opgave, løn- og arbejds-vilkår på et vist minimumsniveau. Det kan være løn- og arbejds-vilkår, som er fastlagt i lov eller ved kollektiv overenskomst.

Regler om kontraktklausuler

Udbudsdirektivets regler

Udbudsdirektivets artikel 70 omhandler betingelser vedrørende en kontrakts gennemførelse, og heraf fremgår det, at:

”De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende gennemførelsen af en kontrakt, hvis de er forbundet med kontraktens genstand som omhandlet i artikel 67, stk. 3, og anført i indkaldelsen af tilbud eller udbudsdokumenterne. Disse betingelser kan omfatte økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn.”

Det fremgår af præambelbetragtning 99 til udbudsdirektivet, at de særlige betingelser vedrørende gennemførelsen af kontrakten omfatter en række forskellige forhold:

”Foranstaltninger, der tager sigte på helbredsbeskyttelsen af det personale, som deltager i produktionen, eller fremme af social integration af dårligt stillede personer eller medlemmer af sårbare grupper i det personale, der udpeges til at gennemføre kontrakten eller uddanne sig i de færdigheder, der er nødvendige med henblik på den pågældende kontrakt, kan også undergives tildelingskriterier eller vilkår for gennemførelse af en kontrakt, såfremt de vedrører de bygge- eller anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten. F.eks. kan sådanne kriterier eller vilkår bl.a. være forbundet med ansættelse af langtidsløse eller iværksættelse af uddannelsesinitiativer for ledige eller unge i løbet af gennemførelsen af den kontrakt, der skal tildeles. [...]”

Som det fremgår, kan betingelserne således omfatte økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale, beskæftigelsesrelaterede hensyn, samt andre relevante beskyttelsesværdige hensyn som fx helbredsbeskyttelsen af det personale, som deltager i produktionen.

Af præambelbetragtning 98 til udbudsdirektivet fremgår det endvidere:

”Det er afgørende, at tildelingskriterierne eller vilkårene for gennemførelse af kontrakten, for så vidt angår de sociale aspekter af fremstillingsprocessen, vedrører de bygge- eller anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, der skal leveres i henhold til kontrakten. De bør desuden anvendes i overensstemmelse med direktiv 96/71/EF, som fortolket af Den Europæiske Unions Domstol, og bør ikke vælges eller anvendes på en måde, der direkte eller indirekte diskriminerer økonomiske aktører fra andre medlemsstater eller tredjelande, der er parter i GPA-aftalen eller i frihandelsaftaler, som Unionen er part i. Krav vedrørende de grundlæggende arbejdsvilkår, der er fastsat i direktiv 96/71/EF, såsom mindsteløn bør således forblive på det niveau, der er fastsat af den nationale lovgivning eller gennem kollektive aftaler, der gælder i overensstemmelse med EU-retten i forbindelse med dette direktiv.

Vilkårene for gennemførelse af en kontrakt kan også have til formål at fremme gennemførelsen af foranstaltninger, der kan fremme ligestilling mellem kvinder og mænd på arbejdspladsen, øge kvinders deltagelse på arbejdsmarkedet, skabe balance mellem arbejdsliv og privatliv, fremme beskyttelsen af miljø eller dyrevelfærd, overholde substansen i de grundlæggende ILO-konventioner, og ansætte flere dårligt stillede personer, end den nationale lovgivning kræver.”

Som det fremgår af udbudsdirektivets artikel 70 samt præambelbetragtning 98, kan ordregiveren således fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse (kontraktklausuler), når følgende betingelser er opfyldt:

- » Klausulen skal være knyttet til kontraktens genstand.
- » Klausulen skal fremgå af udbudsmaterialet.
- » Klausulen skal være i overensstemmelse med EU-retten.

Vedrørende den første betingelse om, at kontraktklausulen skal være tilknyttet kontraktens genstand, anføres det i præambelbetragtning 97 til udbudsdirektivet:

”[...]”

Betingelsen for en forbindelse med kontraktens genstand udelukker dog kriterier og vilkår vedrørende en virksomheds generelle politik, som ikke kan betragtes som en faktor, der karakteriserer den specifikke proces med fremstilling eller levering af indkøbte bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser. Ordregivende myndigheder bør derfor ikke kunne kræve, at tilbudsgivere har en gældende virksomhedspolitik for socialt eller miljømæssigt ansvar.”

De krav, der fremgår af kontraktklausulen, skal således være knyttet til udførelsen af den udbudte opgave. For så vidt angår arbejdsklausuler, betyder det fx, at kravene kun må vedrøre de arbejdstagere, der konkret skal udføre den udbudte opgave, og ikke andre arbejdstagere hos leverandøren eller leverandørens generelle løn- og arbejdsvilkår.

Den anden betingelse om, at klausulen skal fremgå af udbudsmaterialet, indebærer, at ordregiveren er forpligtet til udtrykkeligt at anføre i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne. Formålet med denne betingelse er at skabe gennemsigtighed omkring, hvilke vilkår der gælder for kontraktens udførelse.

Den sidste betingelse om, at klausulen skal være i overensstemmelse med EU-retten, indebærer for det første, at de traktatfæstede principper om ikke-diskrimination, gennemsigtighed, ligebehandling og proportionalitet skal overholdes. For det andet indebærer betingelsen, at klausulen skal være i overensstemmelse med EUF-traktatens regler om fri bevægelighed, særligt bestemmelsen om fri bevægelighed for tjenesteydelser.

Endelig skal klausulen være i overensstemmelse med sekundær EU-ret, dvs. med bl.a. relevante forordninger og direktiver. For arbejdsklausuler betyder det, at klausulen skal være i overensstemmelse med udstationeringsdirektivet⁶², som der også refereres til i præambelbetragtning 98 til udbudsdirektivet. Det bemærkes dog, at for medlemsstater, der som Danmark har ratificeret ILO-Konvention nr. 94 forud for medlemskabet af EU (EF), vil der, uden at det udgør et brud på EU-retten, kunne anvendes arbejdsklausuler i overensstemmelse med konventionen, selv om denne anvendelse går ud over, hvad der fremgår af udstationeringsdirektivet. Dette følger af TEUF artikel 351.

Arbejdsklausulernes overensstemmelse med udstationeringsdirektivet

Udstationeringsdirektivet finder, *jf. direktivets artikel 1*, anvendelse, når en virksomhed udstationerer arbejdstagere i et andet medlemsland, med henblik på at disse arbejdstagere i det andet medlemsland skal udføre tjenesteydelser for virksomheden. Direktivet gælder som udgangspunkt uanset varigheden af udstationeringen. Direktivet har til formål at fastsætte en kerne af ufravigelige regler for minimumsbeskyttelse af arbejdstagerens arbejdsvilkår.

Det har i praksis været drøftet, hvorvidt det er i overensstemmelse med udstationeringsdirektivet at indsætte bestemte former for arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. Problemstillingen udspringer af, at EU-Domstolen i dom af 3. april 2008 i sag C-346/06, *Rüffert*, udtalte, at det var i strid med udstationeringsdirektivet at indsætte en arbejdsklausul, som forpligtede den vindende tilbudsgiver til at betale arbejdstagerne en mindsteløn, som var fastlagt i en regional tysk overenskomst. Den særlige overenskomst, der var tale om i sagen, havde et begrænset geografisk anvendelsesområde og var ikke obligatorisk gældende for samtlige lønmodtagere i den berørte branche. Desuden gjaldt der for hele Tyskland en lov om udstationering af arbejdstagere med krav om en mindsteløn, der var lavere end den, der gjaldt i henhold til den særlige kollektive overenskomst. EU-Domstolen nåede frem til, at klausulen ikke var berettiget, og at foranstaltningen var i strid med udstationeringsdirektivet. EU-Domstolen underkendte ikke anvendelse af arbejdsklausuler som sådan, men den konkrete arbejdsklausul i den pågældende sag. I EU-Domstolens dom af 17. november 2015 i sag C-115/14, *RegioPost*, anerkendte Domstolen, at en arbejdsklausul kunne anvendes i overensstemmelse med udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1.

⁶² Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser. Dette direktiv er senest ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2018/957 af 28. juni 2018 om ændring af direktiv 96/71/EF om udstationering af arbejdstagere som led i udvekslingen af tjenesteydelser.

I henhold til EU-Domstolens praksis er det således ikke i sig selv i strid med udstationeringsdirektivet at indsætte arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. De arbejdsklausuler, som indsættes, skal imidlertid være i overensstemmelse med udstationeringsdirektivet. Det indebærer, at det beskyttelsesniveau, der kan sikres i arbejdsklausulen, skal være i overensstemmelse med udstationeringsdirektivet.

I henhold til udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, skal medlemsstaterne sikre, at udenlandske tjenesteydere i forbindelse med udstationeringen af lønmodtagere i medlemslandet forpligtes til at sikre lønmodtagerne de minimumsrettigheder, der gælder i værtslandet vedrørende:

- » Maksimal arbejdstid og minimal hviletid.
- » Mindste antal betalte feriedage pr. år.
- » Aflønning, herunder overtidsbetaling.
- » Betingelser for at stille arbejdstagere til rådighed, især via vikarbureauer.
- » Sikkerhed, sundhed og hygiejne på arbejdspladsen.
- » Beskyttelsesforanstaltninger med hensyn til arbejds- og ansættelsesvilkår for gravide og kvinder, der lige har født, samt for børn og unge.
- » Ligebehandling af mænd og kvinder og andre regler om ikke-diskrimination.
- » Betingelser om arbejdstageres indkvartering, når den stilles til rådighed af arbejdsgiveren til arbejdstagere, der ikke er på deres faste arbejdssted.
- » Ydelser eller godtgørelse af udgifter til dækning af udgifter til rejse, kost og logi til arbejdstagere, der er hjemmefra i erhvervsmæssigt øjemed.

Medlemsstaternes forpligtelse gælder både, for så vidt angår minimumsrettigheder, der er fastsat ved lov og ved almenlydige kollektive aftaler.

Af udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 8, følger det, at hvis der ikke findes en ordning til konstatering af, at kollektive aftaler finder generel anvendelse, kan medlemsstaten beslutte at lægge de kollektive aftaler, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter på nationalt plan, og som gælder på hele det nationale område, til grund.

Regulering af kontraktklausuler i udbudsloven

Kontraktklausuler er reguleret i udbudslovens § 176, som tekstnært implementerer udbudsdirektivets regler herom. I de specielle lovbemærkninger til udbudsloven er der tilføjet mere vejledning om anvendelsen af kontraktklausuler, de hensyn, sådanne klausuler kan varetage, samt kravet om tilknytning til kontraktens genstand, som i det væsentlige svarer til, hvad der fremgår af de ovennævnte præambelbetragtninger til udbudsdirektivet.

Udbudslovens § 176 omhandler "særlige" betingelser for gennemførelse af kontrakt. Betingelser for gennemførelse af kontrakt, som udspringer af anden lovgivning, som fx lovgivning på arbejdsmiljøområdet, skal overholdes i forbindelse med kontraktens udførelse, uanset om det udtrykkeligt fremgår af kontrakten eller ej.

Arbejdsklausulcirkulæret

Brugen af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter har i Danmark baggrund i ILO-konvention nr. 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. Konventionen blev vedtaget af Den Internationale Arbejdskonference (ILO's øverste organ) i 1949 og ratificeret af Danmark i 1955.

I henhold til ILO-konvention nr. 94 er Danmark forpligtet til at sikre, at statslige myndigheder anvender arbejdsklausuler i offentlige kontrakter om bygge- og anlægsopgaver, tjenesteydelser og fabrikation, der udføres inden for Danmarks grænser. Med henblik på at sikre denne forpligtelse har Danmark gennemført ILO-konvention 94 ved et cirkulære, senest ved cirkulære nr. 9471 af 30. juni 2014 (arbejdsklausulcirkulæret). Cirkulæret indebærer forpligtelser for følgende myndigheder:

-
- » Statslige myndigheder er forpligtet til at indsætte arbejdsklausuler i offentlige kontrakter om bygge- og anlæg, tjenesteydelser og fabrikation, der udføres i Danmark.
 - » Andre statslige ordregivere, herunder statslige selskaber, som fuldt ud ejes af statslige myndigheder, og som ikke er i konkurrence, er forpligtet til at anvende arbejdsklausuler ved udbud af kontrakter om bygge- og anlægsopgaver og i øvrige kontrakter, hvor det enkelte ministerium har besluttet det, når kontrakten udføres i Danmark.
 - » Andre statslige ordregivere – dvs. offentligtretlige organer eller selskaber, som ikke fuldt ud ejes af staten, og som er i konkurrence – er ikke forpligtet til at anvende arbejdsklausuler i medfør af cirkulæret, men det enkelte ministerium kan dog have besluttet, at et af staten finansieret eller kontrolleret organ eller selskab skal være omfattet.

For andre ordregivere, herunder kommuner og regioner, er det som udgangspunkt frivilligt at anvende arbejdsklausuler i deres kontrakter.

Vurdering af muligheden for at anvende arbejdsmiljøklausuler samt arbejdsklausuler

Udbudslovens regler om kontraktklausuler implementerer tekstnært udbudsdirektivets regler. Dette gælder også, for så vidt angår kravet om, at klausulen skal være tilknyttet kontraktens genstand.

Udbudsloven er ikke til hinder for, at anden obligatorisk lovgivning, herunder lovgivning på arbejdsmiljøområdet, overholdes i forbindelse med offentlige kontrakter. Ordregiverne er således forpligtet til at følge de gældende nationale regler også i forbindelse med udbud og gennemførelse af offentlige kontrakter. En undersøgelse fra 2017⁶³ viser, at en relativt stor og stigende andel af kommuner og regioner anvender arbejdsklausuler i deres udbud. Dog viser undersøgelsen, at der er en relativt lav grad af systematisk kontrol af, om de overholdes. Rigsrevisionen er endvidere i gang med at undersøge, hvordan statslige institutioner anvender og håndhæver arbejdsklausuler.

Udbudsloven giver en vid mulighed for at anvende klausuler, som varetager beskæftigelsesmæssige hensyn, samt foranstaltninger, der tager sigte på beskyttelse af det personale, som deltager i produktionsprocessen m.v., under forudsætning af, at sådanne klausuler er forbundet med kontraktens genstand. Netop betingelsen om, at klausuler skal være forbundet med kontraktens genstand, betyder, at det nødvendigvis må bero på en konkret vurdering i det enkelte udbud, om det er muligt at stille krav om en specifik arbejdsklausul eller en klausul vedrørende arbejdsmiljøforhold. Derfor vurderes det også i strid med udbudsdirektivet lovgivningsmæssigt at stille krav om, at en specifik arbejdsklausul eller en specifik klausul vedrørende arbejdsmiljøforhold skal anvendes i *samtlig*e offentlige kontrakter.

Derudover skal der også foretages en konkret vurdering af, om en given klausul vil være i overensstemmelse med EU-retten, hvilket særligt, for så vidt angår arbejdsklausuler, betyder, at klausulen skal være i overensstemmelse med udstationeringsdirektivet. I den forbindelse skal en ordregiver være opmærksom på, at de krav, der stilles i en eventuel arbejdsklausul, er forenelige med udstationeringsdirektivet, der sætter rammen for, hvad der kan kræves i forhold til udenlandske arbejdstagere. Af hensyn til ligebehandlingsprincippet er det ikke muligt at stille forskellige krav i en arbejdsklausul, afhængig af om der er tale om en dansk tilbudsgiver eller en tilbudsgiver fra et andet EU-land.

⁶³ 3F's undersøgelse: Brug af klausuler mod social dumping, 2017.

Det kan i stedet overvejes, om øget anvendelse af arbejdsklausuler kan fremmes ved fastsættelsen af indkøbspolitikker for offentlige ordregivere, i lighed med den politiske aftale om sociale klausuler, som er omtalt i afsnit 10.2 ovenfor.

Anvendelsen af klausuler kan også påvirkes gennem et "følg eller forklar-princip" i udbudsloven, således at ordregiverne skal anvende arbejdsklausuler eller forklare i udbudsmaterialet, hvorfor der ikke anvendes en arbejdsklausul. Ved denne fremgangsmåde sikres det, at ordregiverne alene benytter arbejdsklausuler i udbud, hvor det vurderes både lovligt og hensigtsmæssigt.

Det kan endelig være muligt at indføre nationale regler, som forpligter til anvendelse af arbejdsklausuler i *relevante* udbud under forudsætning af, at der altid skal foretages en konkret vurdering af, hvorvidt en arbejdsklausul vil være tilknyttet genstanden for en given offentlig kontrakt og vil være i overensstemmelse med EU-retten, herunder særligt udstationeringsdirektivet og de relevante danske regler. Der kan som nævnt formentligt ikke lovgivningsmæssigt indsættes specifikke indholdsmæssige krav til arbejdsklausulen andet end på et overordnet niveau, da der altid skal foretages en konkret vurdering af indholdet. Sådant en lovgivning kan således være vanskelig at håndhæve og evt. have en begrænset effekt.

En national forpligtelse til at anvende arbejdsklausuler i relevante udbud vil potentielt forøge transaktionsomkostningerne, ligesom den potentielt også kan begrænse konkurrencen. Reglerne vil formentligt også begrænse ordregiveres skøn til at beslutte, hvorvidt sådan en klausul er hensigtsmæssig i det konkrete udbud og dermed ordregiveres fleksibilitet. Omvendt vil reglerne fremme de beskæftigelsesrelaterede hensyn, der ligger bag klausulerne.

Afslutningsvist kan det bemærkes, at udbudsloven ikke regulerer håndhævelsen af kontrakter, herunder af kontraktklausuler om løn- og arbejdsvilkår. Her er det indholdet af den udbudte kontrakt, som er afgørende for, hvordan kontrakten kan håndhæves, og hvordan en evt. manglende overholdelse af en kontraktklausul kan sanktioneres af ordregiveren. Det kan i den forbindelse nævnes, at statslige ordregivere i henhold til cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter har en pligt til at fastsætte en effektiv sanktion for manglende overholdelse af arbejdsklausuler. Med henblik på at styrke håndhævelsen af arbejdsklausuler i staten er der i Finanslovsaftalen for 2020 afsat midler til kontrol med overholdelse af statslige arbejdsklausuler.

10.3.3 Inddragelse af skattemæssige forhold ved offentlige udbud

Enkelte interessenter har i høringsen haft et ønske om at inkludere hensyn til ligebehandling i forhold til beskatning, således at virksomheder, som opererer fra skattely-lande ikke de facto stilles mere gunstigt i konkurrencen om de offentlige kontrakter, som tilfældet efter interessenternes opfattelse er i dag. Der er peget på, at udbudsloven bør give bedre mulighed for at udelukke virksomheder, som opererer fra skattely-lande, fra deltagelse i udbudsprocessen.

Regler om mulighed for udelukkelse på grund af skattemæssige forhold

For så vidt angår mulighed for udelukkelse af virksomheder, som opererer fra skattely-lande, er det for det første relevant at se på reglerne for, hvorvidt det er muligt at udelukke virksomheder fra deltagelse i udbud på grund af deres geografiske placering.

Derudover er det relevant at se på udbudslovens obligatoriske og frivillige udelukkelsesgrunde, som giver mulighed for udelukkelse på grund af skattemæssige forhold.

Udelukkelse på grund af virksomhedens geografiske placering

Ordregiver skal i forbindelse med udbud af offentlige kontrakter overholde de generelle EU-retlige principper om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet samt det generelle forbud mod diskrimination på grund af nationalitet, jf. *udbudslovens §§ 2 og 3*.

Forbuddet mod diskrimination på baggrund af nationalitet betyder, at ordregiver ikke må forskelsbehandle virksomheder på baggrund af nationalitet. Dette forbud gælder som udgangspunkt i forhold til virksomheder fra medlemsstater i EU og EØS-lande. Forbuddet gælder imidlertid også for virksomheder fra andre lande end EU/EØS, i det omfang det følger af internationale forpligtelser, der påhviler Danmark eller Den Europæiske Union, *jf. udbudslovens § 3, stk. 3.*

Denne bestemmelse skal bl.a. sikre, at EU/EØS-landene overholder WTO-aftalen om offentlige udbud (GPA-aftalen), som EU/EØS har tiltrådt. GPA-aftalen skal give virksomheder, som er part i GPA-aftalen, ret til at deltage i offentlige udbud og til at blive behandlet i overensstemmelse med aftalens bestemmelser i øvrigt, hvis kontraktens værdi overstiger GPA-aftalens tærskelværdier. Disse tærskelværdier er meget lig EU-tærskelværdierne.

Det vil derfor være i strid med ligebehandlingsprincippet og forbuddet mod diskrimination på baggrund af nationalitet at udelukke virksomheder fra deltagelse i udbud på baggrund af deres geografiske placering, hvis de:

- » har fast driftssted i andre EU/EØS-lande
- » er fra lande, der har tiltrådt GPA-aftalen
- » er fra lande, der er part i en frihandelsaftale med EU.

Virksomheder med fast driftssted, herunder filialer, joint ventures eller andre samarbejder i disse lande, kan således ikke udelukkes med henvisning til deres generelle skatteforhold- eller praksis, hvis disse forhold er i overensstemmelse med skattelovgivningen i det land, hvor indtægten er skattepligtig. Det er således driftsstedet for den virksomhed, der er tilbudsgiver, der er afgørende, og ikke hvor det selskab eller den virksomhed, som virksomheden er en del af eller er ejet af, er hjemmehørende.

Omvendt har ordregiver ingen forpligtelse til at lade virksomheder, der ikke er placeret i (eller har driftssted i) disse lande, deltage i offentlige udbud. Ordregiver skal angive i udbudsbeholdtægelsen, hvis virksomheder fra disse lande ikke kan deltage, således at vilkårene er gennemsigtige for potentielle tilbudsgivere. Det følger dog af det forvaltningsretlige ligebehandlingsprincip, at der alene må ske forskelsbehandling mellem virksomheder, når det er sagligt begrundet. Derfor vil det givetvis ikke være sagligt, hvis ordregiver vælger at udelukke visse (og ikke alle) virksomheder fra et bestemt land med henvisning til, at de er placeret i et land uden for EU/EØS, som ikke har tiltrådt GPA-aftalen eller er part i en frihandelsaftale med EU.

Udelukkelse i medfør af udelukkelsesgrundene

Udbudsloven fastlægger nogle forhold, der medfører udelukkelse af virksomheder fra deltagelse i offentlige udbud. Udbudslovens §§ 135-137 regulerer henholdsvis de obligatoriske udelukkelsesgrunde, der fastsætter, i hvilke tilfælde en ordregiver skal udelukke en virksomhed fra at deltage i en udbudsprocedure, og de frivillige udelukkelsesgrunde, som giver en ordregiver mulighed for at udelukke en virksomhed. Udelukkelsesgrundene er nærmere behandlet i kapitel 8 ovenfor.

De bestemmelser, der er relevante i forhold til udelukkelse af virksomheder på grund af skattemæssige forhold, er følgende:

- » Obligatorisk udelukkelse ved ubetalt forfalden gæld til det offentlige på over 100.000 kr., *jf. udbudslovens § 135, stk. 3.*
- » Frivillig udelukkelse ved ubetalt forfalden gæld til det offentlige på under 100.000 kr., *jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 7.*
- » Frivillig udelukkelse ved alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om virksomhedens integritet, *jf. udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3.*
- » Udelukkelsesgrundene vedrørende gæld til det offentlige kan omfatte manglende betaling af skatter, afgifter og bidrag til sociale sikringsordninger.

- » Udelukkelsesgrundene vedrørende alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om virksomhedens integritet, kan omfatte fx skatteunddragelse.

Vurdering af muligheden for at udelukke på grund af skattemæssige forhold

Det vurderes, at udbudsloven giver visse muligheder for at udelukke virksomheder, som har tilsidesat gældende forpligtelser i forhold til betaling af skatter m.v., eller som har begået skatteunddragelse. For en nærmere gennemgang og vurdering af reglerne om udelukkelse, som følger af udbudslovens udelukkelsesgrunde, henvises der til kapitel 8 ovenfor.

Derudover kan det være muligt at udelukke virksomheder i skattely-lande, hvis disse lande ikke har tiltrådt GPA-aftalen eller ikke er part i en frihandelsaftale med EU. Det er således allerede muligt at udelukke virksomheder fra en række lande, der opfattes som skattely.

Rammerne for adgangen til at udelukke virksomheder som følge af skatteforhold er fastlagt i udbudsdirektivet og af de EU-retlige principper. Det er derfor ikke muligt at udvide denne adgang ved national lovgivning. Inden for rammerne af udbudsdirektivet og de EU-retlige principper er det muligt at gøre det obligatorisk at udelukke tilbudsgivere fra de skattely-lande, der ikke er omfattet af en international aftale med EU. I så fald vil det begrænse ordregivers muligheder for at tildele kontrakter til virksomheder, som er placeret i disse lande, og dermed ordregivers fleksibilitet. I det tilfælde, at der i et konkret udbud er centrale tilbudsgivere, der er placeret i skattely-lande, vil sådanne regler kunne begrænse konkurrencen i det pågældende tilfælde. De vil eventuelt også kunne medføre modgående foranstaltninger i de pågældende lande.

Det vil kunne afdækkes, om det vil være foreneligt med EUF-traktaten at justere i udbudsdirektivet således, at der indføres mulighed for at anvende en udelukkelsesgrund, der indebærer, at virksomheder, der er datterselskaber af selskaber eller ejes af fysiske personer, som er hjemmehørende i skattely-lande uden en international aftale med EU, kan udelukkes fra offentlige udbud.

10.4 Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker

	Kan have positive virkninger for	Modsatrettede virkninger	Kan have negative virkninger for	Ingen eller meget begrænset/usikker effekt
Generelt øget inddragelse af samfundshensyn i forbindelse med tildeling af offentlige kontrakter			Transaktionsomkostninger	Klarhed Innovation Fleksibilitet Konkurrence SMV'er
Øget anvendelse af arbejdsmiljøklausuler			Transaktionsomkostninger	Klarhed Innovation Fleksibilitet Konkurrence SMV'er
Øget anvendelse af arbejds-klausuler			Transaktionsomkostninger	Klarhed Fleksibilitet SMV'er Innovation Konkurrence
Øget mulighed for at udelukke virksomheder, som opererer fra skattely-lande				

Note: Problemstillinger, der er markeret med grå, vurderes ikke, eller kun delvist, at kunne gennemføres inden for gældende EU-regulering. Vurderingerne vedrører alene de seks evaluering pejlemærker. Der kan derfor være andre vigtige samfundshensyn, som ikke indgår i vurderingerne.

Kapitel 11

Ændringer af udbudsloven i 2019

11.1 Indledning

Folketinget har i 2019 vedtaget to ændringer af udbudsloven. Den første lovændring, der blev vedtaget i marts 2019, og som trådte i kraft i juli 2019, indførte pligt til at fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet. Herudover indførte loven pligt til at foretage evalueringen af de indkomne tilbuds kvalitet uden forudgående kendskab til tilbuddenes pris (et såkaldt "to-kuvert-system"). Det sidstnævnte gælder dog kun i forbindelse med gennemførelsen af offentligt eller begrænset udbud af store bygge- og anlægskontrakter, hvor tildelingskriteriet "Bedste forhold mellem pris og kvalitet" anvendes.

Loven blev indført med det formål at styrke den forudgående gennemsigtighed for tilbudsgiverne og at skabe større sikkerhed omkring, hvordan evaluering af indkomne tilbud skal foregå. Herudover har loven til formål at sikre, at oplysninger om pris ikke utilsigtet får betydning for vurderingen af kvaliteten i de indkomne tilbud.

Den anden lovændring blev vedtaget i november 2019 som følge af Europa-Kommissionens åbningsskrivelse nr. 2018/2270, som regeringen modtog den 28. januar 2019. I åbningsskrivelsen redegør Kommissionen for en række punkter, hvor direktivet vurderes ikke at være korrekt gennemført i Danmark. Loven blev derfor indført med det formål at bringe dansk ret i overensstemmelse med direktivet. Lovændringen gennemgås ikke nærmere, da der hovedsageligt er tale om lovtekniske ændringer. Ændringerne trådte i kraft den 1. januar 2020.

11.2 Hovedpunkterne i lov nr. 204 af den 5. marts 2019

Lovændringen består af to hovedpunkter:

1. Pligt til at fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen.
2. Pligt til at foretage kvalitetsevalueringen uden kendskab til prisevalueringen (det såkaldte "to-kuvert system").

Ad nr. 1: Pligt til at fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen

Med loven indførtes pligt for ordregiverne til i udbudsmaterialet at fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. Evalueringsmodellen omfatter det eller de værktøjer, der anvendes af ordregiver til at sammenstille tilbudsgivernes besvarelse af forskellige kriterier for tildeling med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud.

Alle parametre i evalueringsmodellen skal fastlægges og beskrives på forhånd, men det er muligt at lade specifikke parametre i evalueringsmodellen afhænge af de indkomne tilbud. Det skal dog ske på en måde, der ikke beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.

Det fremgår således af § 160, stk. 1, at:

"En ordregiver skal i udbudsmaterialet fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. Specifikke parametre i evalueringsmodellen kan afhænge af de indkomne tilbud,

men det skal entydigt fastlægges og beskrives på forhånd, hvordan parametrene fastlægges. Parametrene i evalueringsmodellen kan ikke afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene.”

Loven indebærer således en pligt til at offentliggøre et udbuds evalueringsmodel i udbudsmaterialet. Det har hele tiden været et krav, at evalueringsmodellen skulle fastlægges før åbningen af tilbuddene, således at enhver risiko for favorisering undgås. Risikoen for favorisering kan opstå, hvis det er muligt at tilpasse evalueringsmodellen efter åbningen af tilbuddene, således at en ordregiver kan tilpasse evalueringen med henblik på at tildele kontrakten til en bestemt tilbudsgiver. Lovændringen medførte således et offentliggørelseskrav, som har til formål at styrke den forudgående gennemsigtighed, herunder tilbudsgiveres mulighed for at optimere deres tilbud.

Lovændringen indeholdt også en beskrivelse af, hvad der skal forstås ved evalueringsmodel. Det fremgår heraf, at evalueringsmodellen er det eller de værktøjer, der anvendes af ordregiver til at sammenstille tilbudsgivernes tilbud med henblik på at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Evalueringsmodellen kan eksempelvis være formler, pointmodeller, prismodeller og pointskala til bedømmelse af økonomiske og kvalitative kriterier for tildeling.

Offentliggørelsen af evalueringsmodellen kan gøre det lettere at optimere tilbud for tilbudsgiverne, ligesom det bliver lettere at tage stilling til, om evalueringsmodellen er anvendt præcist i forbindelse med evalueringen af tilbuddene og dermed, om tilbudsgiverne er blevet behandlet lige. Der er mulighed for, at parametre i en evalueringsmodel kan afhænge af de indkomne tilbud, men det skal entydigt fastlægges og beskrives på forhånd i udbudsmaterialet, hvordan det vil ske.

Med parametre forstås eksempelvis hældningsgraden i en pointmodel. Offentliggørelsen af sådan et parameter kan eksempelvis ske ved at beskrive, at den laveste pris (eller evt. den næstlaveste og derunder) vil modtage det maksimale point, priser, der er 50 procent højere, får 0 point, og at der laves en lineær interpolation mellem disse to punkter. Denne evalueringsmodel vil herefter danne grundlag for de point, som de enkelte tilbudsgivere modtager.

Parametrene kan ikke afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene. Vurderingen af de kvalitetsmæssige kriterier efter de principper, som er fastlagt i evalueringsmodellen, må derimod almindeligvis i højere grad bero på ordregivers skøn.

De nye regler supplerer således gennemsigtighedsprincippet i udbudslovens § 2, hvoraf følger en pligt til at beskrive, hvad der tillægges betydning ved tilbudsevalueringen, herunder en pligt til at angive kriterierne for tildeling, og hvilken vægt de tillægges i tilbudsevalueringen.

Generelt er kravet om offentliggørelse af hele evalueringsmodellen udtryk for en reetablering af den retsstilling, som var tilsigtet med den nye udbudslov i 2016, jf. nedenfor.

Ad nr. 2: Pligt til at foretage kvalitetsevalueringen uden kendskab til prisevalueringen

Med loven indførtes en pligt til at foretage evaluering af de kvalitative kriterier uden kendskab til evalueringen af det offentliggjorte priskriterium. Formålet med denne pligt er at fjerne risikoen for, at kendskabet til tilbuddenes pris utilsigtet påvirker vurderingen af kvaliteten af de indkomne tilbud.

Pligten finder anvendelse for offentligt eller begrænset udbud af bygge- og anlægskontrakter med en anslået værdi på mere end 350.000.000 kr. eksklusive moms, og hvor ordregiver anvender tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet.

Pligten finder ikke anvendelse, når ordregiver har tilbagekaldt sin tildelingsbeslutning og genoptager tilbudsevalueringen efter udbudslovens § 170.

De kontrakter, der skal evalueres efter "to-kuvert-princippet" er i øvrigt undtaget fra § 7 i lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven). Ordregivere vil således ikke være forpligtet til at åbne tilbuddene på et forud fastsat tidspunkt, og de bydende vil heller ikke være berettiget til at være til stede ved åbningen af tilbuddene eller til at blive bekendt med budsummer og eventuelle forbehold.

Bestemmelsen er implementeret i udbudslovens § 159, stk. 8 og 9, hvoraf det fremgår:

"Stk. 8. Ved offentligt eller begrænset udbud af offentlige bygge- og anlægskontrakter med en anslået værdi på mere end 350 mio. kr. eksklusive moms, hvor ordregiver anvender tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. § 162, stk. 1, nr. 3, skal ordregiver foretage evalueringen af de kvalitative kriterier uden kendskab til evalueringen af priskriteriet, jf. dog stk. 9. Ved gennemførelse af udbud omfattet af 1. pkt. finder § 7 i lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren ikke anvendelse.

Stk. 9. Stk. 8 finder ikke anvendelse, når ordregiver efter § 170 tilbagekalder sin tildelingsbeslutning."

Baggrund for lovændringen

Offentliggørelse og forudgående fastlæggelse af evalueringsmodeller har været et centralt tema både i forbindelse med udarbejdelsen af udbudsloven, der trådte i kraft 1. januar 2016, og også i forbindelse med den retspraksis fra Klagenævn for Udbud, der efterfølgende har udviklet sig.

Udbudsloven skabte en ny retstilstand, for så vidt angår offentliggørelsen af ordregivernes evalueringsmodel. Hidtil havde Klagenævnet for Udbud fortolket udbudsdirektivet således, at der ikke var pligt til at offentliggøre evalueringsmodellen, medmindre denne vurderedes at være usædvanlig eller uforudsigelig.⁶⁴ Efter forslag fra Udbudslovudvalget fremsatte den daværende regering imidlertid et forslag til en dansk udbudslov, der sigtede på at ændre retstilstanden, som Klagenævnet for Udbud havde udlagt den. Det fremgik således af forslag til udbudslov i 2015, at:

"Evalueringemetoden skal være fastlagt på forhånd og være beskrevet klart i udbudsmaterialet. Hermed menes, at ordregiveren skal beskrive metoden på en måde, der gør det klart for de potentielle ansøgere og tilbudsgivere, hvordan ordregiveren vil anvende metoden, således at ordregiveren ikke har et ubetinget frit valg ved evalueringen, og således at de potentielle ansøgere og tilbudsgivere ved at sammenholde oplysningerne om evalueringemetoden med de givne oplysninger om under- og delkriterier har et grundlag for at vurdere, om de ønsker at bruge ressourcer på at udarbejde en ansøgning eller et tilbud, og hvordan tilbudsgiverne kan optimere deres tilbud. Endvidere medfører offentliggørelsen af evalueringemetoden, at tilbudsgiverne efterfølgende kan kontrollere, at evalueringen er sket i overensstemmelse med den offentliggjorte evalueringstype."

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen offentliggjorde i marts 2016 den første vejledning om forståelsen af § 160 – "Evalueringemetoder – Praktisk vejledning til offentlige indkøbere". Heri behandles bl.a. spørgsmålet om, hvor meget af ordregivers evalueringsmodel der skal offentliggøres. Af vejledningen fremgik det: "at ordregiveren i udbudsmaterialet skal oplyse, hvilke kriterier, forhold, vægte og metoder, der vil blive anvendt ved evalueringen." Desuden fremgår

⁶⁴ Se eksempelvis Klagenævnets kendelse af den 20. januar 2012, *Ansaldo STS SpA mod Banedanmark*.

det, at dette skal beskrives i udbudsmaterialet på en sådan måde, at ordregiver ved den efterfølgende evaluering ikke har ubetinget frit valg mellem tilbud, og så der ikke ved evalueringen lægges vægt på forhold, som ikke har været oplyst i udbudsmaterialet.

I forbindelse med arbejdet i udbudslovsudvalget blev spørgsmålet om fastlæggelse og offentliggørelse af evalueringsmodellen også drøftet med Europa-Kommissionen, som dengang vurderede, at det også i henhold til udbudsdirektivet var et krav, at evalueringsmodellen skulle offentliggøres i sin helhed.

I et efterfølgende skriftligt svar af den 16. marts 2016 har Kommissionen bekræftet, at offentliggørelse af evalueringsmetoder er en følge af udbudsdirektivet og retspraksis fra EU-Domstolen. Europa-Kommissionen skrev i den forbindelse bl.a., at: "In our view, it follows that the obligation to publish (i.e. render accessible as part of the procurement documents) applies to "all the details pertaining to the evaluation methodology ..., including specification of the formula for converting price to points or vice versa, points that can be used in and other means to identify" the best price-quality ratio (formerly the most economically advantageous tender)."

Kort tid herefter, den 14. juli 2016, traf EU-Domstolen imidlertid afgørelse i sagen C- 6/15, *TNS Dimarso NV*, og konkluderede, at der hverken i udbudsdirektivet eller i Domstolens retspraksis kan udledes et krav om offentliggørelse af evalueringsmetoden. Domstolen fastslog således, at et bedømmelsesudvalg skal råde over en vis frihed ved opfyldelsen af dets opgave, og det kan således strukturere sit arbejde med at undersøge og analysere de afgivne tilbud, så længe der ikke ændres i de i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen fastsatte tildelingskriterier. Domstolen begrundede dette i praktiske hensyn og udtalte, at den ordregivende myndighed skal kunne tilpasse den bedømmelsesmetode, som den vil anvende med henblik på at vurdere og klassificere tilbuddene, i forhold til den konkrete sags omstændigheder.

Domstolen fremhævede dog samtidig, at evalueringsmetoden skal fastsættes forud for åbningen af tilbuddene, medmindre dette påviseligt er umuligt. Domstolen begrundede dette i udbudsdirektivets principper og i behovet for at undgå enhver risiko for favorisering.

Den 21. juli 2016 meddelte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i et nyhedsbrev, at "dommen ikke har betydning for offentlige indkøb, hvor udbudslovens § 160 finder anvendelse, idet denne bestemmelse netop indfører pligt til at offentliggøre evalueringsmetoden". Det betyder med andre ord, at offentliggørelseskravet i § 160 ses som en dansk særregel, der går længere end direktivet, sådan som det fortolkes i dommen. Da udbudsdirektivet ikke er udtryk for totalharmonisering af området for offentlige kontrakter, og da bestemmelsen ikke er i strid med de øvrige bestemmelser i direktivet eller EU-principperne, er en sådan mere vidtgående regel ikke i strid med EU-retten.

For at skabe sikkerhed om fortolkningen af § 160 indbragte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 15. december 2016 en klage over et af de udbud, hvor det var konstateret, at den fulde evalueringsmetode ikke var offentliggjort. Klagenævnet for Udbud konstaterede i sin kendelse i sagen fra 8. august 2017, at § 160 er en ren dansk regel, og i den forbindelse, at den angivne forudsætning for bestemmelsen i udbudsloven, hvorefter udbudsdirektivet indeholder et krav om offentliggørelse af hældningsgraden, er afkræftet med EU-Domstolen dom i Dimarso-sagen.

Som følge heraf konstaterede Klagenævnet for Udbud, at bestemmelsen ikke skal fortolkes videre end dens ordlyd og bemærkningerne giver sikker dækning for. Herefter fandt Klagenævnet for Udbud, at der ikke i § 160, stk. 1, er en pligt til at oplyse hældningsgraden i en evalueringsmetode som den anvendte i det konkrete udbud. Det var således efter klagenævnets vurdering ikke tilstrækkeligt, at pligten til at offentliggøre alle dele af evalueringsmodellen fremgår af bemærkningerne til loven.

For at føre retstilstanden tilbage til udgangspunktet for vedtagelsen af udbudsloven fra 2016, samt at styrke den forudgående gennemsigtighed for tilbudsgiverne og skabe større sikkerhed

omkring, hvordan evaluering af indkomne tilbud skal foregå, gennemførte et bredt flertal i Folketinget lovændringen af 4. marts 2019.

11.3 Centrale problemstillinger

I høringsen i forbindelse med evalueringen af udbudsloven har både repræsentanter fra ordre- og tilbudsgiversiden kommenteret lovændringen fra marts 2019. Det gælder både i forhold til:

1. Pligt til at fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen.
2. Pligt til at foretage kvalitetsevalueringen uden kendskab til prissevalueringen (det såkaldte "to-kuvert-system").

De indkomne høringssvar beskrives nedenfor.

Ud over den gennemførte høring har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen drøftet lovændringen med både den tekniske arbejdsgruppe, som styrelsen har nedsat i forbindelse med arbejdet med evalueringen af udbudsloven, samt med medlemmerne af Forum for Udbud. I denne forbindelse har medlemmerne haft mulighed for yderligere at udbyde de synspunkter, som er afgivet i høringssvarene. Endvidere har de foreløbige erfaringer med de to nye bestemmelser været drøftet. Der er dog enighed om, at eftersom lovændringen først er trådt i kraft 1. juli 2019, er datagrundlaget på nuværende tidspunkt for spinkelt til at evaluere lovændringens betydning for ordregivernes transaktionsomkostninger og i forhold til gennemsigtighed og styrket kvalitetsvurdering.

11.3.1 Kravet om fastlæggelse og offentliggørelse af evalueringsmodellen

En række høringssvarter fra primært ordregiversiden har anført, at kravet om fuld offentliggørelse af evalueringsmodellen er ufleksibelt, ressourcetungt og uhensigtsmæssigt, da der ofte er behov for at foretage tilpasninger af evalueringsmodellen. Kravet om offentliggørelse stiller for store krav til ordregivernes forudgående markedsanalyse, og det er opfattelsen, at kravet medfører øget risiko for annullation og større risiko for tilbudskoordinerings.

Det anføres også, at kravet ikke skulle bidrage til større gennemsigtighed, men i stedet til større kompleksitet og øgede transaktionsomkostninger for både ordregivere og tilbudsgivere. Det er bl.a. fremført, at bestemmelsen indebærer en overimplementering af evalueringspraksis i forhold til udbudsdirektivet.⁶⁵

På den anden side har høringssvarter fra primært tilbudsgiversiden givet udtryk for stor tilfredshed med den gennemsigtighed, som kravet til offentliggørelse medfører.

Vurdering

Det har efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering både før og efter EU-Domstolens afgørelse i Dimarso-sagen været et krav, at en evalueringsmetode skal fastlægges inden åbningen af tilbuddene. I Dimarso-kendelsen skriver EU-Domstolen, at fastlæggelsen skal ske inden åbning af tilbuddene medmindre det af påviselige grunde ikke er muligt. EU-Domstolen angiver dog ikke en specifik definition af, hvad evalueringsmetoden omfatter. I den danske udbudslov indgår derimod en definition af, hvad der menes med en evalueringsmodel.

⁶⁵ For en nærmere gennemgang af høringssvarene til lovforslaget om indførelse af pligten i § 160 til at offentliggøre alle dele af evalueringsmodellen se høringssnotat på Folketingets [hjemmeside](#) (Folketingets samling 2018-19, L125).

Domstolen giver indtryk af, at der kan være særlige tilfælde, hvor det ikke er muligt at fastlægge evalueringemetoden inden åbning af tilbuddene. I udbudsloven er det eksplicit angivet, at parametre i evalueringsmodellen kan afhænge af de indkomne tilbud. Hensigten hermed er at give bedre mulighed for, at evalueringsmodellen afstemmes efter markedsforholdene og efter de indkomne tilbud. Formuleringen af den specifikke bestemmelse om, at evalueringsmodellen kan afhænge af indkomne tilbud, følger således ikke ordret formuleringen i Dimarsokendelsen.

Det er alene pligten til at offentliggøre evalueringsmodellen i udbudsmaterialet, der går længere end udbudsdirektivet og retspraksis fra EU-Domstolen og dermed kan betragtes som en dansk særregel. Denne bestemmelse kan som fremført af ordregivere stille større krav til udformningen af modellen eller større markedskendskab for ordregiver bl.a. for at sikre, at der ikke kan spekuleres i parametre m.v. Bestemmelsen medfører imidlertid også større gennemsigthed for de virksomheder, der aktuelt og potentielt byder på kontrakten, og giver bedre mulighed for, at disse virksomheder kan optimere deres tilbud. Det kan styrke den effektive konkurrence i et vist omfang og give bedre mulighed for, at de indkomne tilbud i højere grad lever op til ordregivernes behov, end hvis evalueringsmodellen ikke er offentliggjort på forhånd. Herudover fremgår, som allerede nævnt, af lovændringen, at en evalueringsmodels parametre under visse betingelser kan afhænge af indkomne tilbud. Det giver en vis fleksibilitet for ordregiver.

Før udbudsloven var der ikke klare regler for, hvornår en evalueringsmodel skulle offentliggøres. Det fulgte af praksis fra Klagenævnet for Udbud, at der ikke var noget krav om offentliggørelse af evalueringsmodel, medmindre den valgte evalueringsmodel var usædvanlig eller uforudsigelig. Vurderedes en given evalueringsmodel derfor at være usædvanlig, var der pligt til at gøre de potentielle tilbudsgivere opmærksomme på evalueringsmodellen. Det krævede derfor en vurdering fra ordregiver i forhold til, om den valgte evalueringsmodel skulle offentliggøres eller ej. Med lovændringen i 2019 er retstilstanden blevet klarere, i og med at ordregiver nu altid skal offentliggøre sin evalueringsmodel.

Som nævnt ovenfor er der på nuværende tidspunkt kun et spinkelt grundlag for at evaluere effekten af lovændringen fra 2019, herunder de administrative konsekvenser for ordregivere. Når der foreligger et bedre grundlag herfor, vil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretage en analyse af danske ordregiveres brug af evalueringsmodeller, herunder betydningen af offentliggørelseskravet.

11.3.2 Pligt til at foretage kvalitetsevalueringen uden kendskab til prisevalueringen (det såkaldte "to-kuvert-system")

I forhold til pligten til at foretage kvalitetsevalueringen uden kendskab til prisevalueringen anfører en række høringsparter, at denne pligt medfører en u hensigtsmæssig begrænsning i ordregivernes fleksibilitet, samt øgede omkostninger i forbindelse med gennemførelsen af udbud. De øgede omkostninger anføres især at knytte sig til en øget risiko for annullationer, som følge af at tilbudspriserne risikerer at overstige ordregiverens budget. Årsagen hertil er angiveligt, at pligten fratager ordregiver muligheden for under forhandlingerne at påpege over for tilbudsgiverne, om deres tilbud overstiger budgettet, og hermed kan der ikke forhandles om, hvor i tilbuddet der bør spares. Det indebærer ifølge høringsparterne, at ordregiver først efter forhandlingerne opdager, at tilbudspriserne overstiger budgettet, og derfor må annullere udbuddet. Dette hviler imidlertid på en ubegrundet forsigtig fortolkning af reglerne, da der intet er til hinder for, at ordregiver på et tidligt tidspunkt påpeger en eventuel overskridelse af budgettet. Ordregiver skal blot sørge for, at evalueringen af kvaliteten foretages uden kendskab til priserne.

Omvendt anfører en række høringsparter, at pligten medfører gennemsigthed omkring evalueringen af indkomne tilbud, der vil medføre større fokus på kvalitet i løsningen af offentlige

opgaver. Det tilkendegives også, at der er positive erfaringer med det såkaldte "to-kuvert-system", som også blev anvendt af flere ordregivere før lovændringen.

På denne baggrund ønsker nogle høringsparter at fjerne kravet, mens andre ønsker at udbrede pligten til både mindre kontrakter samt til varer og tjenesteydelser.

Vurdering

Efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens oplysninger er der januar 2020 iværksat to udbud, der er omfattet af denne pligt, og disse udbud er endnu ikke afsluttet. Dette indikerer ligeledes, at bestemmelserne alene finder anvendelse på et begrænset antal af store udbud, hvilket var hensigten.

På baggrund af den begrænsede erfaring med den obligatoriske brug af "to-kuvert-systemet" er det dog vanskeligt på nuværende tidspunkt at foretage en nærmere analyse af kravets betydning.

11.4 Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker

	Kan have positive virkninger for	Modsattede virkninger	Kan have negative virkninger for	Ingen eller meget begrænset/usikker effekt
Fjernelse af offentligørelseskrav for evalueringsmodel		Transaktionsomkostninger	Konkurrence Klarhed	SMV'er Innovation Fleksibilitet
Fjernelse af krav om kvalitetsvurdering uden kendskab til pris	Fleksibilitet Transaktionsomkostninger			Konkurrence SMV'er Klarhed Innovation

Note: Problemstillinger, der er markeret med grå, vurderes ikke, eller kun delvist, at kunne gennemføres inden for gældende EU-regulering. Vurderingerne vedrører alene de seks evaluering pejlemærker. Der kan derfor være andre vigtige samfundshensyn, som ikke indgår i vurderingerne.

Kapitel 12

Øvrige problemstillinger

12.1 Indledning

I dette kapitel behandles en række mere enkeltstående problemstillinger, som er blevet rejst i forbindelse med evalueringen af udbudsloven.

Det drejer sig om følgende syv problemstillinger:

1. Annullationer.
2. Delkontrakter.
3. Berigtigelse af ansøgninger og tilbud.
4. Klagesystemet.
5. Aktindsigt.
6. Tidsfrister.
7. Tekniske specifikationer – angivelse af fabrikatnavne.

Ud over de ovennævnte problemstillinger er der blevet rejst nogle yderligere mere snævre problemstillinger af primært teknisk karakter. Disse emner behandles ikke nærmere i nærværende kapitel. I Appendiks II gives et overblik over disse problemstillinger.

12.2 Annullationer

Udbudsloven regulerer ikke direkte ordregivers adgang til at annullere et udbud. Når der skabes konkurrence om offentlige opgaver via udbud, er ordregiveren således ikke forpligtet til at indgå en kontrakt med en af tilbudsgiverne. Ordregiverne har derfor en ret til at annullere en udbudsprocedure, og et udbud kan annulleres helt frem til kontraktindgåelsen.

Det er dog et krav, at annullationen kan begrundes med forhold, som ikke forfølger et formål, der er i strid med ligebehandlingsprincippet, eller som i øvrigt må anses for usagligt.

Ordregivere kan have mange saglige grunde til at annullere et udbud. Det kan eksempelvis være, at ordregiveren opdager en uhensigtsmæssighed i udbudsmaterialet, som bevirker, at udbuddet ikke bør fortsætte. Det kan også vise sig, at der ikke kan skabes konkurrence om den udbudte kontrakt, eller at de indkomne tilbud betydeligt overstiger ordregiverens budget. Det kan også ske, at man politisk beslutter, at budgettet for ordregiver ændres, således at forudsætningerne for anskaffelsen ikke holder. Ordregiverens behov for at annullere et udbud kan dermed opstå på forskellige tidspunkter i en udbudsprocedure.

Annullationer af udbud kan være forbundet med betydelige transaktionsomkostninger for såvel ordregivere som tilbudsgivere. Dette er særligt tilfældet, hvor udbuddet annulleres sent i en udbudsprocedure, fx efter modtagelsen af tilbud.

Relativt ofte efter en annullation (i ca. 80 procent af tilfældene) vælger ordregiver imidlertid at udbyde opgaven på ny med visse justeringer i udbudsmaterialet. I disse tilfælde vil en væsentlig del af det arbejde, som ordregiver og tilbudsgiversiden har udført i forbindelse med den oprindelige udbudsprocedure, fortsat kunne have værdi. Det reducerer stigningen i transaktionsomkostningerne, som dog fortsat kan være anseelige.

Derfor bør der fra ordregiversiden være fokus på, at annullationer undgås.

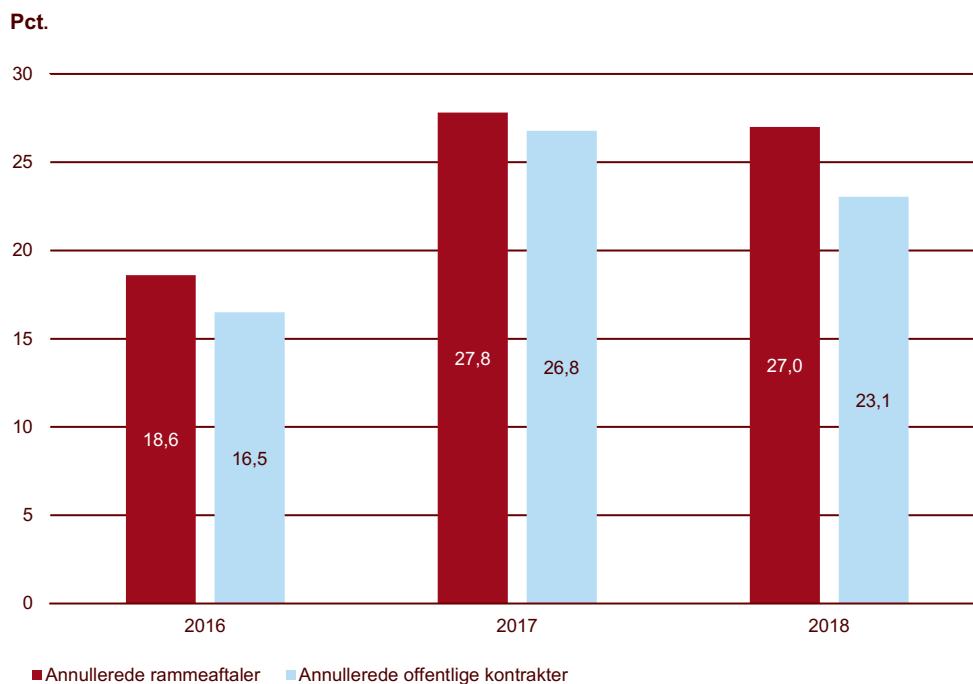
I den gennemførte høring er der blevet rejst følgende problemstillinger:

- » Flere interessenter har fremhævet ordregivers vide adgang til at annullere et udbud som uhensigtsmæssigt. De har i den forbindelse særligt fremhævet, at ordregivers vide adgang til at annullere et udbud ikke tager højde for de betydelige transaktionsomkostninger, som deltagelse i et udbud indebærer. De pågældende høringsparter ønsker ikke en kontraheringspligt for ordregiverne, men en øget gennemsigtighed f.s.v. angår ordregivers beslutningsproces i forbindelse med annullationer.
- » Enkelte interessenter har efterlyst, at det i forbindelse med en klagesag bør være ordregiveren, der skal løfte bevisbyrden for, at annullationen har været sagligt begrundet, og ikke klageren, som tilfældet er i dag.
- » Flere interessenter har ligeledes peget på, at det vil være hensigtsmæssigt med en mulighed for at kræve omkostningsdækning for deltagelse i udbud, som er så mangelfulde, at de nødvendigvis må annulleres.

Praksis hos danske ordregivere

Godt 1/4 af alle udbudte kontrakter blev annulleret i 2018, jf. figur 12.1. Da der ikke var pligt til at offentliggøre oplysninger om annullationer inden udbudslovens ikrafttræden, er det ikke muligt at sammenligne antallet af annullationer før og efter udbudslovens ikrafttrædelse.

Figur 12.1 Andel af offentlige kontrakter og rammeaftaler, der er annulleret



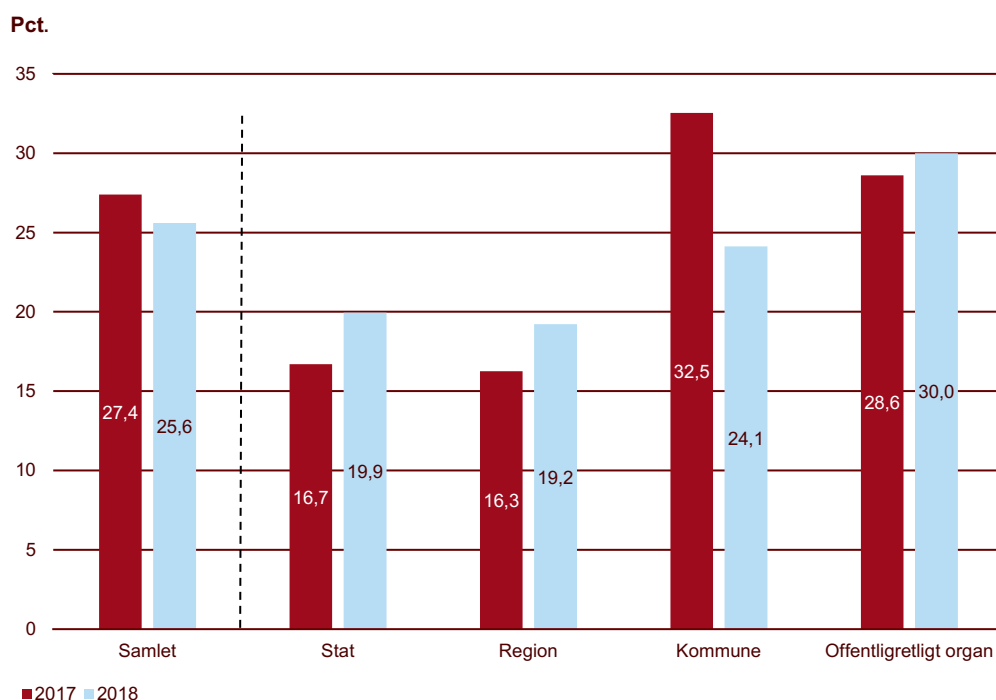
Ann.: Baseret på 5.828 udbud bestående af 15.598 delkontrakter, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2016-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Profylaksebekendtgørelser indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

De annullerede udbud havde en lavere gennemsnitlig kontraktværdi end andre kontrakter i udbud, og de annullerede kontrakter udgjorde derfor knap 23 procent af den samlede kontraktsum i 2018. Det er en stigning i forhold til 2017, hvor den annullerede kontraktsum udgjorde knap 20 procent.

Offentligretlige organer annullerer flest kontrakter. Det gælder for knap 1/3 af disse udbud. Stat og regioner annullerer ca. 20 procent af deres udbud og er dermed de ordregivere, der annullerer færrest udbud, *jf. figur 12.2*. Der er sket en lille stigning de seneste par år i statens og regioners annullationer. Til gengæld er andelen af annullerede kommunale kontrakter faldet markant i forhold til 2017 og udgør nu ca. 24 procent.

Figur 12.2 Annullerede kontrakters andel af det samlede antal kontrakter opdelt på ordregivertype

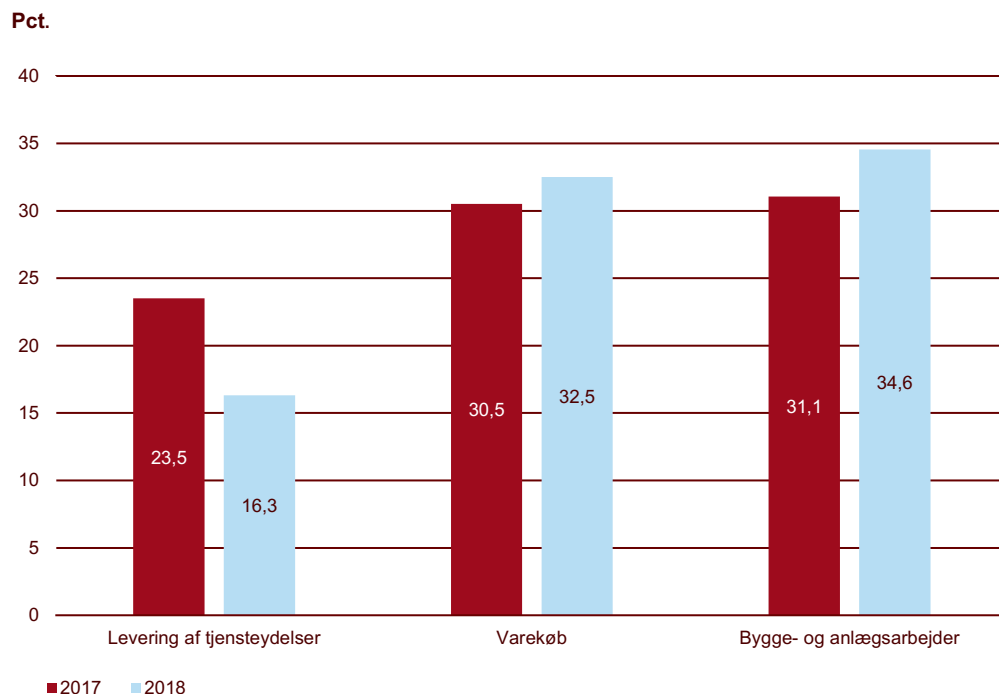


Anm.: Baseret på 4.038 udbud bestående af 10.905 delkontrakter, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2017-2018. Alle udbud er afsluttet inden 1. maj 2019 med en bekendtgørelse om indgået kontrakt. Opgørelsen indeholder både offentlige kontrakter og rammeaftaler. Europæiske agenturer og profylaksebekendtgørelser indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Der er stor forskel på, hvor ofte de forskellige kontrakttyper annulleres. Godt 1/3 af alle bygge- og anlægsopgaver blev annulleret i 2018, mens knap 1/6 af kontrakterne vedrørende tjenesteydelser blev annulleret i samme periode, *jf. figur 12.3*. Det svarer til et fald på godt syv procentpoint i annullationsandelen for tjenesteydelser i forhold til 2017.

Figur 12.3 Annullerede kontrakters andel af det samlede antal kontrakter opdelt på kontrakttype

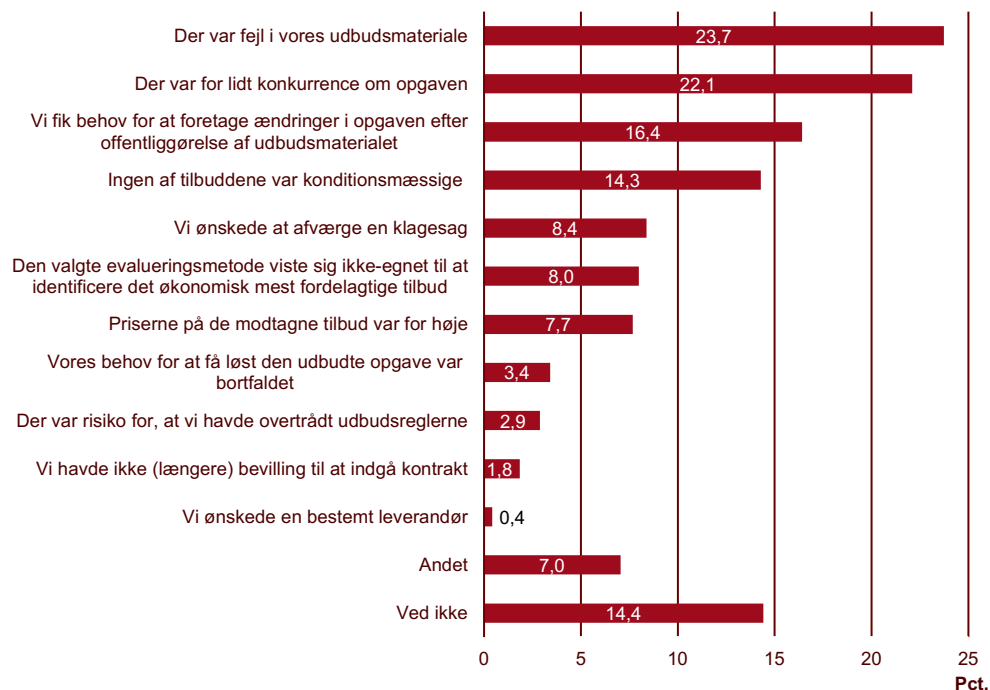


Ann.: Baseret på 4.063 udbud bestående af 10.940 delkontrakter, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i perioden 2017-2018. Kontrakterne er tildelt i en bekendtgørelse om indgået kontrakt inden 1. maj 2019. Opgørelsen indeholder både offentlige kontrakter og rammeaftaler. Profylaksebekendtgørelser indgår ikke i opgørelsen.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

En undersøgelse foretaget af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om annullationer⁶⁶ viste, at den hyppigste årsag til, at ordregiver annullerer et udbud, er fejl i udbudsmaterialet, *jf. figur 12.4*. Begrænset konkurrence er også en ofte forekommende begrundelse. Det er skønsmæssigt fem procent af alle EU-udbud, der annulleres med henvisning til svag konkurrence.

⁶⁶ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse "Annullationer af danske EU-udbud", 2019.

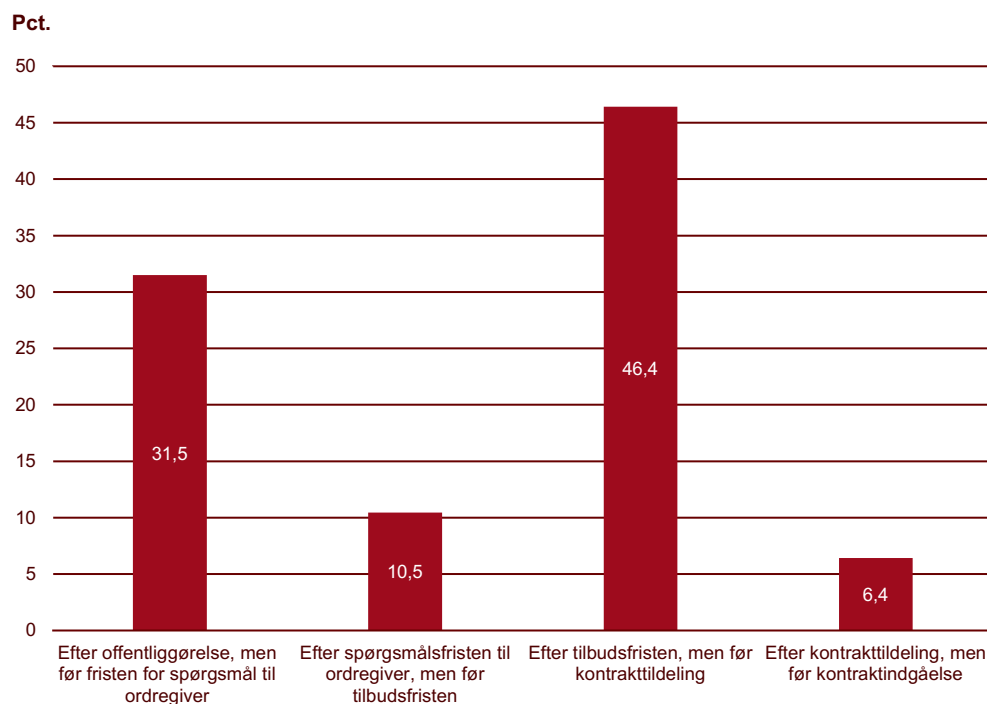
Figur 12.4 Årsager til annullationer af EU-udbud

Anm.: Baseret på 543 vægtede besvarelser til annullerede udbud og delkontrakter 2016-2017. Beregningerne er vægtede. Respondenterne havde mulighed for at angive op til tre svar, hvorfor tallene summer til mere end 100 pct. I gennemsnit er der 1,3 årsager pr. annullation.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse "Annullationer af danske EU-udbud" (2019).

Når udbuddet annulleres med henvisning til fejl eller behov for ændringer, bliver udbuddet typisk offentliggjort på ny i en delvist tilpasset form. Det er således kun ca. otte procent af de udbud, der annulleres med henvisning til fejl eller behov for ændringer, som ikke bliver udbudt på ny.

Over halvdelen af annullationerne finder sted efter tilbudsgivernes frist for at afgive tilbud, jf. figur 12.5. Sene annullationer medfører alt andet lige større omkostninger end annullationer, der ligger meget tidligt i en udbudsproces.

Figur 12.5 Tidspunkt for annullationer af EU-udbud

Anm.: Baseret på 543 vægtede besvarelser til annullerede udbud og delkontrakter 2016-2017. Beregningerne er vægtede. 5,2 pct. svarede "Ved ikke"

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse "Annullationer af danske EU-udbud" (2019).

De nuværende regler vedrørende annullationer

Hverken udbudsloven eller udbudsdirektivet regulerer direkte ordregivers adgang til at annullere et udbud. Adgang hertil er omfattet af principperne i udbudsdirektivet, herunder særligt ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincipperne og er udledt af retspraksis.⁶⁷ Derudover gælder et generelt princip om saglighed i forbindelse med ordregivers håndtering af udbud, som udspringer af ligebehandlingsprincippet. Princippet om saglighed skal også iagttages i forbindelse med annullationer af udbud.⁶⁸

⁶⁷ EU-Domstolens dom af 16. september 1999 i sag C-27/98, *Metalmecanica Fracasso SpA*, dom af 18. juni 2002 i C-92/00, *Hospital Ingenieure*, samt kendelse af 16. oktober 2003 i C-244/02, *Kaupatalo Hansel Oy*.

⁶⁸ Højesterets dom af den 18. august 2011 i sagen 185/2009, *ISS Facility Services A/S og Dansk Industri mod Silkeborg Kommune* (U2011.3129H).

EU-Domstolen har i sin retspraksis slået fast, at iværksættelse af et offentligt udbud ikke indebærer en kontraheringspligt, og at ordregiveren derfor som udgangspunkt har ret til at annullere et udbud, så længe annullationen ikke strider mod de EU-retlige principper, herunder gennemsigtighedsprincippet og ligebehandlingsprincippet.⁶⁹ Retten til at annullere er ikke betinget af, at der foreligger vægtige grunde eller særlige undtagelsestilfælde.

Der er også dansk retspraksis på området. Højesteret⁷⁰ har således udtalt, at ordregiveren som udgangspunkt må anses for berettiget til at annullere et udbud, hvis ikke andet følger af udbudsbetingelserne eller af omstændighederne i øvrigt. En annullation af udbuddet må dog ikke forfølge et formål, som er i strid med det udbudsretlige ligebehandlingsprincip, eller som i øvrigt må anses for usagligt. Det følger også af dansk retspraksis, at det er klageren (den økonomiske aktør), der skal bevise, at annullationen har været båret af usaglige hensyn.⁷¹ Klagerens bevisbyrde udspringer af det almindelige princip om ligefrem bevisbyrde i dansk civilretspleje, hvorefter klageren skal kunne påvise, at indklagede har begået en overtrædelse, for at kunne få medhold i sagen.

Vurdering af rammerne for at foretage annullationer

De nuværende juridiske rammer for annullationer, som er fastlagt ved retspraksis, giver ordregiverne en vid adgang til at foretage annullationer. Det er dog under forudsætning af, at annullationen kan begrundes med forhold, som ikke forfølger et formål, der er i strid med ligebehandlings- eller gennemsigtighedsprincipperne eller som i øvrigt må anses for usagligt. Denne juridiske ramme vurderes at være tilstrækkelig klar for såvel ordregivere som tilbudsgivere.

Reglerne giver en stor grad af fleksibilitet til ordregiverne til at annullere et udbud. De fleste annullerede udbud startes desuden op igen i svagt revideret form. Det ændrer imidlertid ikke ved, at andelen af annullerede udbud er forholdsvis stor, hvilket kan medføre væsentlige transaktionsomkostninger.

Det er som nævnt ca. tre ud af fire annullerede udbud, der bliver udbudt på ny. Her kan ordregiver i mange tilfælde genbruge store dele af udbudsmaterialet, og tilbudsgiverne kan samtidig tage udgangspunkt i deres tidligere udarbejdede tilbudsmateriale, og transaktionsomkostningerne vil alt andet lige være mindre.

Det kan være forbundet med væsentlige omkostninger at begrænse ordregivers mulighed for at annullere udbud. Dog bør der også være fokus på at nedbringe antallet af annullationer for at nedbringe de transaktionsomkostninger, som er forbundet hermed. Der er bl.a. basis for, at bedre forberedelse af udbud vil kunne reducere antallet af annullationer. Det skal ses i lyset af, at en væsentlig andel af annullationer skyldes uhensigtsmæssigheder i udbudsmaterialet eller behov for at foretage ændringer i udbudsmaterialet.

De nationale regler skal holde sig inden for den ramme, som er udstukket i retspraksis om, at annullationer kan ske i situationer, hvor det er i overensstemmelse med de EU-retlige principper, herunder særligt ligebehandlingsprincippet. Nationale regler for, hvornår et udbud kan annulleres, vil mindske den nuværende fleksibilitet for ordregiverne, som giver ordregiverne

⁶⁹ U-Domstolens dom af 16. september 1999 i sag C-27/98, *Metalmecanica Fracasso SpA*, dom af 18. juni 2002 i C-92/00, *Hospital Ingenieure*, samt kendelse af 16. oktober 2003 i C-244/02, *Kaupatalo Hansel Oy*.

⁷⁰ Højesterets dom af den 18. august 2011 i sagen 185/2009, *ISS Facility Services A/S og Dansk Industri mod Silkeborg Kommune* (U2011.3129H).

⁷¹ Se som eksempel Klagenævn for Udbuds kendelser af den 24. august 2017, *GlobalConnect A/S mod Randers Kommune*, samt af den 5. april 2019, *Dansk Erhverv mod Holstebro, Lemvig og Struer Kommuner*.

et vidt skøn. Begrænsninger i muligheden for at annullere et udbud kan desuden få nogle ordregivere til at afholde sig fra at sende nye opgaver i udbud, selv om det vurderes at være hensigtsmæssigt at teste markedet.

Det kan også overvejes, om det vil være muligt at ændre reglerne for bevisbyrde i klagesager om annulation, således at det er ordregiveren, der ved klager over usaglig annulation skal påvise, at annulationen har været saglig. Denne ændring kan muligvis nedbringe antallet af annulationer ved, at ordregivere på grund af en risikovurdering vil afstå fra at annullere et udbud i situationer, hvor der kan være tvivl om, hvorvidt annulationen vil være saglig begrundet. Det kan have potentiale til at nedbringe transaktionsomkostninger. En ændring af bevisbyrden for, hvorvidt annulationen har været saglig, vil omvendt medføre øgede transaktionsomkostninger for ordregiverne i forbindelse med klagesager. Derudover vil sådan en ændring også kunne føre til, at ordregiverne afstår fra at annullere et udbud i situationer, hvor fortsættelsen af udbudsproceduren ikke vil være hensigtsmæssig.

Det vil formentligt også være muligt inden for den juridiske ramme, som fremgår af retspraksis, at indføre nationale regler for, hvornår økonomiske aktører kan kræve omkostningsdækning i forbindelse med deltagelse i udbud, som er så mangelfulde, at de annulleres. Sådanne regler kan også medvirke til at reducere antallet af annulationer og de hermed forbundne transaktionsomkostninger, men vil omvendt medføre potentielt betydeligt øgede transaktionsomkostninger for ordregiverne. Det er også i den forbindelse blevet fremført, at sådanne regler kan få nogle ordregivere til at afholde sig fra at sende nye opgaver i udbud, selv om det vurderes at være det mest hensigtsmæssige.

Et mere naturligt første skridt kan evt. være en indsats for at styrke fokus på, om ændret ordregiveradfærd (og evt. tilbudsgiveradfærd) kan medvirke til at nedbringe antallet af annulationer i kraft af forebyggende foranstaltninger som fx markedsdialog som led i forberedelsen af udbud, at der ikke stilles unødvendige og unødvendigt byrdefulde krav i udbudsmaterialet, overvejelse af udbudsformen samt sikring af tilstrækkelige kompetencer hos relevante indkøbsfunktioner m.v. Det kan på den baggrund også overvejes at iværksætte en fornyet vejledningsindsats fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

12.3 Delkontrakter

Udbudsloven indeholder særlige regler for beregning af kontraktværdi for selvstændige kontrakter, som vedrører det samme indkøb (såkaldte delkontrakter). Det følger således af udbudsloven, at såfremt køb af bygge- og anlægsarbejder, levering af tjenesteydelser eller køb af varer gennemføres som selvstændige delkontrakter, finder udbudslovens procedureregler anvendelse for indgåelse af hver enkelt delkontrakt uanset dens værdi, hvis den samlede værdi af samtlige delkontrakter overstiger den relevante tærskelværdi i udbudsdirektivet.

Hvis indkøbet fx vedrører anskaffelse og installation af et ventilationsanlæg, hvor anskaffelsen af anlægget foretages ved en delkontrakt, og installationen ved en anden delkontrakt, skal værdien af begge disse delkontrakter lægges sammen med henblik på at vurdere, hvilke regler der gælder for indgåelsen af de to delkontrakter. Såfremt værdien af begge delkontrakter tilsammen overstiger udbudslovens tærskelværdi, skal begge delkontrakter følge udbudslovens procedureregler, selv om værdien af den enkelte kontrakt måtte være under udbudslovens tærskelværdi.

Udbudsreglen indeholder dog en undtagelse fra hovedreglen om, at hver enkelt delkontrakt vil være udbudspligtig, hvis den samlede værdi af indkøbet eller projektet overstiger tærskelværdien. Den enkelte delkontrakt kan således undtages fra udbudslovens afsnit II eller III, såfremt:

- » delkontraktens værdi er under udbudslovens tærskelværdi for delkontrakter
- » den samlede værdi af alle delkontrakter, som ønskes undtaget, ikke overstiger 20 procent af det samlede indkøb.

12.4 Delydelsesreglen

Denne undtagelsesmulighed betegnes ”delydelsesreglen”.

Udbudslovens regler om delkontrakter skal sikre, at der ikke sker omgåelse af direktivet ved opdeling af kontrakt i mindre delkontrakter, som henhører til det samme indkøb eller projekt, for derved at bringe kontraktværdien under den relevante tærskelværdi. Samtidig giver reglerne en vis fleksibilitet med hensyn til indgåelse af de enkelte delkontrakter med begrænset økonomisk værdi.

I den gennemførte høring er der givet udtryk for følgende problemstillinger:

- » Det giver i praksis ofte anledning til tvivl, hvornår de enkelte kontrakter angår det samme indkøb og derfor skal sammenlægges med henblik på beregning af kontraktens værdi og vurdering af udbudspligten.
- » Der er rejst tvivl om fortolkningen af den såkaldte delydelsesregel, der giver mulighed for at undtage enkelte delkontrakter for udbudslovens procedureregler, herunder det forhold, at der er uoverensstemmelse mellem lovbemærkninger til undtagelsen og Klagenævnet for Udbuds praksis vedrørende undtagelsesmulighedens anvendelse.
- » Det bliver tilkendegivet, at det er uklart, hvilke regler der gælder for indgåelse af de undtagne delkontrakter efter delydelsesreglen.

De nuværende regler vedrørende delkontrakter

Delkontrakter er reguleret i udbudsdirektivets artikel 5, stk. 8-10. Det følger heraf:

”8. Når foreslåede arbejder eller en foreslået levering af tjenesteydelser kan medføre, at kontrakter tildeles i form af separate delkontrakter, tages der hensyn til den samlede anslåede værdi af alle delkontrakterne.

Når den samlede værdi af delkontrakterne er lig med eller overstiger tærsklen i artikel 4, finder dette direktiv anvendelse på tildelingen af hver enkelt delkontrakt.

9. Når et forslag, der tager sigte på at anskaffe ensartede varer, kan medføre, at kontrakter tildeles i form af separate delkontrakter, lægges den samlede anslåede værdi af alle delkontrakterne til grund for anvendelsen af artikel 4, litra b) og c).

Når den samlede værdi af delkontrakterne er lig med eller overstiger tærsklen i artikel 4, finder dette direktiv anvendelse på tildelingen af hver enkelt delkontrakt.

10. Uanset stk. 8 og stk. 9 kan de ordregivende myndigheder tildele kontrakter for individuelle delkontrakter uden at anvende procedurerne i dette direktiv, hvis den anslåede værdi af den pågældende delkontrakt eksklusivt moms er under 80 000 EUR for varer eller tjenesteydelser og under 1 mio. EUR for bygge- og anlægsarbejder. Den samlede værdi af delkontrakter, der tildeles uden anvendelse af direktivet, må dog ikke overstige 20 % af den samlede værdi af alle delkontrakter, som det påtænkte arbejde, den påtænkte anskaffelse af ensartede varer eller den påtænkte levering af tjenesteydelser er opdelt i.”

Udbudsdirektivets artikel 5, stk. 8-10, er implementeret i udbudslovens § 8, som har følgende ordlyd:

”Når bygge- og anlægsarbejder, levering af tjenesteydelser eller køb af ensartede varer tildeles som separate delkontrakter, gælder afsnit II eller III for indgåelsen af hver enkelt delkontrakt, såfremt den samlede værdi af alle delkontrakter mindst svarer til den gældende tærskelværdi.

Stk. 2. Uanset stk. 1 kan en ordregiver tildele en delkontrakt uden at følge reglerne i afsnit II eller III, når den anslåede værdi eksklusiv moms af den pågældende delkontrakt er under 595.832 kr. eksklusiv moms for varer eller tjenesteydelser eller under 7.447.900 kr. eksklusiv moms for bygge- og anlægsarbejder, jf. dog § 9. Den samlede værdi af delkontrakter, der tildeles uden anvendelse af afsnit II eller III, må dog ikke overstige 20 pct. af den samlede værdi af alle delkontrakter, som det påtænkte arbejde, det påtænkte køb af ensartede varer eller den påtænkte levering af tjenesteydelser er opdelt i.”

Udbudslovens § 9, som delydelsesreglen i § 8, stk. 2, refererer til, fastsætter, at tærskelværdierne revideres hvert andet år af Europa-Kommissionen.

Følgende fremgår af de specielle lovbemærkninger til udbudslovens § 8, stk. 1, vedrørende pligten til at sammenlægge værdien af delkontrakter:

”Værdien af delkontrakter skal lægges sammen, når de vedrører det samme indkøb. Vurderingen, af hvorvidt delkontrakterne skal sammenlægges, skal foretages ud fra indholdet af og formålet med kontrakterne, samt den tidsmæssige sammenhæng mellem kontrakterne.”

Følgende fremgår af de specielle lovbemærkninger til udbudslovens § 8, stk. 2, vedrørende delydelsesreglen, hvorefter man under visse betingelser er undtaget fra at anvende udbudslovens procedureregler:

”Det fastsættes i bestemmelsen, at den samlede værdi af delkontrakter, der tildeles uden anvendelse af loven i henhold til § 8, stk. 2, ikke må overstige 20 pct. af de samlede delkontraktens værdi, dvs. svarende til værdien af det samlede indkøb, såfremt den ikke var opdelt i delkontrakter. Idet 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. Det er dog ikke et krav, at der skal skrives kontrakt samtidig. Såfremt der opstår et uforudset behov for at foretage et indkøb i løbet af kontraktperioden, er muligheden for at foretage sådanne indkøb uden forudgående udbud reguleret af andre bestemmelser i udbudsloven, herunder § 183.

Delydelsesreglen kan benyttes i forbindelse med rammeaftaler, hvis betingelserne for brug af delydelsesreglen er opfyldt. Dette betyder blandt andet, at den samlede værdi af delkontrakterne, der tildeles uden anvendelse af loven må ikke overstige 20 pct. af de samlede delkontrakter. Ordregiveren kan i forbindelse med rammeaftaler overholde dette krav, hvis ordregiveren har forpligtet sig til at aftage produkter til en bestemt værdi, og delydelseskontrakten har en værdi der er ikke overstiger 20 pct. af den samlede værdi af det forpligtede køb.”

Som det fremgår af lovbemærkningerne, kan delydelsesreglen alene benyttes i det omfang, det er planlagt fra indkøbets eller projektets begyndelse. Det er dog ikke et krav, at de enkelte delkontrakter indgås på samme tid.

Reglen i udbudslovens § 8 og dermed udbudsdirektivets artikel 5, stk. 8-10, viderefører 2004-udbudsdirektivets artikel 9, stk. 5. Udbudslovens og udbudsdirektivets regler har dog ikke helt samme ordlyd som 2004-udbudsdirektivets artikel 9, stk. 5. Det fremgik således af artikel 9, stk. 5, at det var muligt at opdele et påtænkt indkøb i delkontrakter, som blev indgået *samtidigt*.

Dette samtidighedskrav i 2004-udbudsdirektivet indikerer, at delkontrakterne skal indgås samtidig, og i denne forbindelse kan ordregiveren vælge at undtage visse af disse delkontrakter fra udbudspligt med henvisning til delydelsesreglen. Lovbemærkningen til udbudslovens § 8, stk. 2, om, at anvendelse af delydelsesreglen skal være planlagt fra projektets begyndelse, er således

nærmere begrundet i, at delydelsesreglen i lyset af 2004-direktivet er relevant på tidspunktet, hvor ordregiveren påtænker at foretage et indkøb.

2014-udbudsdirektivet henviser imidlertid ikke til samtidigheden, hvilket kan indikere, at udbudsdirektivet åbner op for, at delydelsesreglen kan anvendes efter planlægningen af projektet. Dog kan dette også være et udtryk for, at det er forbundet med praktiske problemer at indgå samtlige kontrakter på præcis samme tid. Hvis det er tilfældet, er ændringen af ordlyden af delydelsesreglen i 2014-direktivet ikke et udtryk for en ændring af indholdet og de betingelser, der skal opfyldes, før delydelsesreglen kan anvendes.

At delydelsesreglen ikke er ændret indholdsmæssigt i forhold til 2004-direktivet, indikeres af Europa-Kommissionen, der i tilknytning til forslaget til udbudsdirektivet angiver følgende vedr. delydelsesreglen:⁷²

"This provision corresponds to the third subparagraph of both Article 9(5)(a) and Article 9(5)(b) of Directive 2004/18/EC. It is unchanged as to substance, but has been reformulated so as to clarify the content." [vores understregning].

Anvendelsen af delydelsesreglen er blevet fortolket af Klagenævnet for Udbud. Klagenævnet for Udbud kom i en sag⁷³, hvor anvendelsen af delydelsesreglen om en konkret kontrakt ikke var planlagt fra projektets begyndelse, frem til, at reglen kunne anvendes på trods heraf. Klagenævnet udtalte i den forbindelse:

"Det, der er anført i lovbemærkningerne om den forudsatte forudgående planlægning, er ikke kommet til udtryk i lovtæksten. Det modsvares heller ikke af tilsvarende angivelser i Europaparlamentet og Rådets direktiv 2014/24/EF af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF. På den baggrund og henset til forarbejdernes angivelser af, at lovens § 8 er en "indholdsmæssig videreførelse af gældende ret" og beskrivelsen af, at bestemmelsen kan anvendes, når "når 2 [økonomiske] betingelser er opfyldt.", var betingelserne for, at Region Midtjylland kunne anvende delydelsesreglen, opfyldt."

Denne praksis stemmer således ikke overens med lovbemærkninger til udbudsloven.

Kontrakter omfattende af delydelsesreglen i udbudslovens § 8, stk. 2, er undtaget fra procedure-reglerne i udbudslovens afsnit II og III. Udbudslovens afsnit IV og V finder således fortsat anvendelse for sådanne kontrakter. For nærmere gennemgang af reglerne i udbudslovens afsnit IV og V kan der henvises til kapitel 9 ovenfor.

Vurdering af delkontrakter

Da udbudslovens regler om delkontrakter tekstnært implementerer udbudsdirektivet, er rummet for en anden national regulering ret snæver. I henhold til den førstnævnte problemstilling ovenfor vedrørende den manglende klarhed om anvendelsen af udbudslovens § 8 om delkontrakter, vil det være muligt i loven at præcisere, hvornår der er pligt til at sammenlægge de enkelte delkontrakter med henblik på beregning af kontraktværdi.

Da der imidlertid i henhold til direktivet skal foretages en konkret vurdering i hvert tilfælde, kan en eventuel lovregulering kun være overordnet og muligvis ikke skabe den ønskede klarhed. Der vil samtidig være risiko for, at en sådan bestemmelse vil begrænse ordregiveres skøn og dermed ordregiveres fleksibilitet. Det er derfor vurderingen, at en øget klarhed bedre vil

⁷² Jf. Rådets dokument ST 9315 2012 INIT.

⁷³ Klagenævnet for Udbud kendelse af 19. juni 2017, LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland.

kunne skabes med en øget vejledningsindsats, således at ordregivers skøn og dermed fleksibilitet ikke begrænses.

Uoverensstemmelsen mellem lovbemærkninger til delydelsesreglen og Klagenævnet for Udbuds praksis skaber uklarhed om den korrekte anvendelse af reglen. Dette kan evt. løses ved at ændre den relevante bestemmelse og tilhørende lovbemærkninger, således at vurderingen fra Klagenævnet for Udbud finder anvendelse.

For så vidt angår problemstillingen om, at det er uklart, hvilke regler der gælder for indgåelse af kontrakter, som undtages i medfør af delydelsesreglen, vurderes det, at de nuværende regler er ret klare, og at det følger heraf, at indkøb, der er undtaget fra afsnit II eller III i stedet skal foretages efter reglerne i udbudslovens afsnit IV eller V.

12.5 Berigtigelse af ansøgninger og tilbud

Udbudsloven giver ordregiveren mulighed for at berigtige oplysninger i ansøgninger eller tilbud, når sådanne oplysninger er ufuldstændige og fejlbehæftede. Det er tilbudsgiveren, som har ansvaret for, at ansøgningen eller tilbuddet er fuldstændigt og uden fejl. Muligheden for at foretage en berigtigelse er dermed alene en ret, men ikke en pligt, for ordregiveren.

Muligheden for at foretage berigtigelse skal dog være i overensstemmelse med gennemsigtigheds- og ligebehandlingsprincipperne. Ligebehandlingsprincippet medfører bl.a., at ordregiveren skal behandle alle ansøgere og tilbudsgivere, som befinder sig i samme situation, lige. Ordregiveren kan derfor ikke foretage berigtigelse af en tilbudsgivers ufuldstændige tilbud, men ikke de andre tilbudsgiveres, som befinder sig i samme situation. Derudover sætter principperne grænser for, hvilke oplysninger der kan berigtiges. Der kan således ikke foretages berigtigelse af oplysninger, som fører til, at der i realiteten fremsættes et nyt tilbud.

Hvorvidt det er muligt at foretage berigtigelse af en given ansøgning eller tilbud, vil altid afhænge af en konkret vurdering hos ordregiver.

I forbindelse med evalueringen af udbudsloven er der blevet rejst den problemstilling, at det er uklart, i hvilke situationer en berigtigelse vil være berettiget.

De nuværende regler vedrørende berigtigelse af ansøgninger og tilbud

Følgende fremgår af udbudsdirektivets artikel 56, stk. 3, vedrørende muligheden for at udbedre eventuelle fejl og uklarheder i de modtagne ansøgninger og tilbud (berigtigelse):

”Når de oplysninger eller dokumenter, som de økonomiske aktører skal indsende, er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter, kan de ordregivende myndigheder, medmindre andet er fastsat i den nationale lovgivning, der gennemfører dette direktiv, anmode de pågældende økonomiske aktører om at indsende, supplere, præcisere eller fuldstændiggøre de relevante oplysninger eller dokumentationen inden for en passende frist, hvis sådanne anmodninger fremsættes under fuld overholdelse af principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.”

Udbudslovens § 159, stk. 5, giver mulighed for at foretage berigtigelse af ansøgninger og tilbud og har følgende ordlyd:

”Ordregiveren kan under overholdelse af principperne i § 2 anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende relevante oplysninger eller dokumentation inden for en passende frist, hvis de oplysninger eller dokumenter, som ansøgere eller tilbudsgivere har indsendt i forbindelse med en ansøgning eller tilbud, er ufuldstændige eller fejlbehæftede, eller når der mangler specifikke dokumenter. Anmodningen må ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud.”

Tilføjelsen af sætningen om, at anmodningen om berigtigelse ikke må føre til, at der fremsættes et nyt tilbud, følger ikke direkte af udbudsdirektivets regel om berigtigelse i artikel 56, stk. 3. Dette krav er imidlertid indsat for at præcisere de regler om muligheden for berigtigelse, som udspringer af EU-Domstolens praksis.⁷⁴

Det følger yderligere af udbudslovens § 159, stk. 6:

”Ordregiveren skal uanset stk. 5 afvise en ansøgning eller et tilbud, såfremt det fremgår udtrykkeligt af udbudsmaterialet, at en konkret fejl eller mangel vil føre til, at ansøgningen eller tilbudet afvises, og den pågældende ansøgning eller det pågældende tilbud indeholder en sådan fejl eller mangel.”

Udbudsdirektivets og udbudslovens regler kodificerer i vidt omfang af EU-Domstolens praksis⁷⁵.

Udbudslovens § 159, stk. 5, giver mulighed for, at ordregiveren kan anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre ansøgningen eller tilbuddet ved at indsende de relevante oplysninger og/eller den relevante dokumentation inden for en passende frist, hvis en ansøgning eller et tilbud er eller synes at være ufuldstændige eller fejlbehæftede. Der er dog tale om en ret og ikke en pligt for ordregiveren. Ordregiveren er derfor ikke forpligtet til at søge berigtigelse, om end det ofte vil være hensigtsmæssigt.

Anmodning om berigtigelsen kan dog kun fremsendes ved overholdelse af principperne i udbudslovens § 2, herunder særligt ligebehandlingsprincippet. Det betyder eksempelvis, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke må opnå en fordel i viden eller tid ved at få mulighed for at indsende relevante oplysninger og dokumentation efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.

En anmodning om relevante oplysninger og dokumentation skal rettes mod alle virksomheder i samme situation i samme udbud. Anmodningen skal angå alle de punkter i ansøgningen eller tilbuddet, der skal suppleres, præciseres eller fuldstændiggøres. Endvidere må anmodningen ikke føre til, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremsætter en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Endelig skal ordregiveren behandle ansøgere og tilbudsgivere ens og rimeligt.

Det fremgår af lovbemærkninger til § 159, stk. 5, at:

”Ordregiveren kan fremsætte en anmodning om relevante oplysninger og dokumentation, selvom ansøgningen eller tilbuddet helt mangler de efterspurgte oplysninger eller dokumentation. Hermed er ordregiveren ikke begrænset til alene at kræve oplysninger, der supplerer eller præciserer allerede indsendte oplysninger og dokumentation, men kan også anmode ansøgeren eller tilbudsgiveren om at indsende relevante oplysninger og dokumentation, der fuldstændiggør ansøgningen eller tilbuddet, selvom disse oplysninger og dokumentation ikke fremgik af ansøgningen og tilbuddet. Eksempelvis kan ordregiveren anmode om at få fremsendt en manglende årsrapport.”

Det vil være en konkret vurdering, om nye oplysninger medfører, at ansøgeren eller tilbudsgiveren har fremsat en ny ansøgning eller et nyt tilbud. Det vil eksempelvis ikke betragtes som

⁷⁴ EU-Domstolens afgørelse af 10. oktober 2013 i C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*, præmis 36, samt dom af 29. marts 2013 i sagen C-599/10, *SAG ELV Slovsko, m.fl.*, præmis 40.

⁷⁵ EU-Domstolens afgørelse af 10. oktober 2013 i C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S*.

en fremsættelse af et nyt tilbud, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren efter anmodning indsender relevante oplysninger, hvis det objektivt kan konstateres, at de relevante oplysninger forelå på tidspunktet for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb. Det er ikke et krav, at selve dokumentet forelå på tidspunktet forud for ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb, men det skal objektivt konstateres og dokumenteres, at oplysningerne forelå, og at ansøgeren eller tilbudsgiveren ikke har opnået nogen konkurrencemæssig fordel ved at fremsende oplysningerne til ordregiveren efter ansøgnings- eller tilbudsfristens udløb.

Det vil være fremsættelse af et nyt tilbud, hvis ordregiveren anmoder en ansøger eller tilbudsgiver om at sende nye oplysninger, der kan give ansøgeren eller tilbudsgiveren en konkurrencemæssig fordel.

Ordregiveren er imidlertid afskåret fra at anmode om berigtigelse af en fejl eller mangel, hvis ordregiveren i udbudsmaterialet har anført, at denne konkrete fejl eller mangel vil føre til afvisning, *jf. udbudslovens § 159, stk. 6.*

Af de specielle lovbemærkninger til udbudslovens § 159, stk. 6, følger det endvidere:

"[...] Ordregiveren kan ikke anmode en ansøger eller tilbudsgiver om at indsende relevante oplysninger og dokumentation, hvis ordregiveren udtrykkeligt i udbudsmaterialet har krævet fremsendelse af den manglende oplysning eller det manglende dokument og angivet, at ansøgeren eller tilbudsgiveren ellers vil blive afvist. Det påhviler således ordregiveren at overholde de regler, som denne selv har fastsat.

Brugen af stk. 5 vil ikke være udelukket, hvis ordregiveren alene har anført, at en oplysning eller et dokument skal afleveres, men uden at det fremgår, at overtrædelse vil medføre afvisning.

Hvis ordregiver har fastsat kravet om indsendelse af specifik dokumentation som et mindstekrav, kan stk. 5 ikke benyttes til at indhente den manglende dokumentation eller supplere eller fuldstændiggøre den indsendte dokumentation, hvis det fremgår af udbudsmaterialet eller i øvrigt kan udledes af udbudsmaterialet, at manglende overholdelse af mindstekrav vil medføre afvisning."

Der er med udbudsloven og lovbemærkningerne hertil søgt skabt en klarhed over, i hvilke situationer det vil være muligt at foretage berigtigelse. Det vil dog altid afhænge af en konkret vurdering, hvorvidt der er tale om et forhold, som kan berigtiges.

Klagenævnet for Udbud har også i gentagne tilfælde taget stilling til, hvornår berigtigelse kan ske⁷⁶. Klagenævnets praksis viser, at det afhænger af en konkret vurdering af de fejlbehæftede eller mangelfulde oplysninger eller dokumenter, samt af ordregiverens udbudsbetingelser med hensyn til, hvorvidt ordregiveren herved har afskåret sig fra muligheden for at foretage berigtigelse i medfør af udbudslovens § 159, stk. 6.

⁷⁶ Se fx Klagenævnet for Udbuds kendelse af den 3. oktober 2017, *Brønnum mod Københavns Kommune*, kendelse af den 27. august 2018, *Saab Dynamics AB mod Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse*.

Vurdering af muligheden for berigtigelse af ansøgninger og tilbud

Udbudslovens regler om berigtigelse implementerer forholdsvist tekstnært udbudsdirektivets regler herom. Udbudsdirektivets og udbudslovens regler er en kodificering af EU-Domstolens retspraksis. Det vurderes derfor, at det vil stride imod udbudsdirektivet og EU-Domstolens praksis at indføre regler, som giver videre mulighed for at foretage berigtigelse i ansøgninger og tilbud, end hvad tilfældet er i dag.

Det vurderes således, at udbudslovens regler allerede udnytter den ramme for fleksibilitet, som følger af udbudsdirektivet og af EU-Domstolens praksis. Reglerne om berigtigelse understøtter, at transaktionsomkostninger kan nedbringes ved anvendelse af reglerne, idet mindre fejl og mangler ved ansøgninger og tilbud ikke behøver at føre til, at ansøgningen eller tilbudet skal afvises. Reglerne giver også ordregiverne en mulighed for at vurdere, hvornår der kan ske berigtigelse, og hvornår muligheden for berigtigelse ikke skal udnyttes, fordi det ikke vurderes hensigtsmæssigt eller nødvendigt i den konkrete situation.

Såfremt der søges skabt yderligere klarhed om reglerne ved national lovgivning, kan det medføre, at ordregiveres skøn til at vurdere, hvornår der kan ske berigtigelse, og dermed ordregiveres nuværende fleksibilitet, begrænses. Det afspejler, at de nationale regler med sikkerhed skal holde sig inden for den ramme, som følger af udbudsdirektivet og af EU-Domstolens praksis.

Det kan alternativt overvejes, om der kan skabes en øget klarhed om reglerne via en øget vejledningsindsats. En vejledningsindsats kan medvirke til at nedbringe transaktionsomkostninger ved at give ordregiverne klarere rammer uden at risikere at begrænse deres fleksibilitet.

12.6 Klagefrister

Klager over offentlige udbud kan indbringes for Klagenævnet for Udbud. Klageproceduren er ikke reguleret i udbudsloven, men i lov om Klagenævnet for Udbud.

Det er muligt at indbringe klager til Klagenævnet for Udbud over udbud og beslutninger omfattet af udbudslovens afsnit II, III og IV inden for de i loven fastsatte præklusive frister.

Der er påpeget flere udfordringer og tilhørende ønsker til justering af regelsættet i forhold til klagesystemet og særligt klagefristerne:

- » Det er blevet foreslået, at fristen for at klage over udbudsformen og udbudsmaterialet fremrykkes, så ordregiveren ikke først modtager sådanne klager efter gennemførelsen af udbuddet.
- » Det er blevet påpeget af ordregiverrepræsentanter, at længden af klagefrister for særligt klager over indgåelsen af rammeaftaler er meget lange, og at dette medfører ulemper for både ordregivere og de vindende leverandører.
- » Det er blevet påpeget af tilbudsgiverrepræsentanter, at de afviste tilbudsgivere inden for standstill-perioden sjældent kan vurdere, om der er grundlag for at indgive en klage. Det er i den forbindelse også blevet fremhævet, at de oplysninger, som afviste tilbudsgivere modtager sammen med underretningen om tildelingsbeslutningen, ofte ikke er tilstrækkelige til at overveje, om der skal indgives en klage.

Ud over disse konkrete problemstillinger har særligt tilbudsgiver-interessenter tilkendegivet et ønske om, at der ses på håndhævelsen af udbudsreglerne, herunder om det er for nemt at foretage indkøb uden om reglerne og uden konsekvenser for de pågældende institutioner.

De nuværende regler om klagesystemet

Kravene til de nationale klageprocedurer findes i de såkaldte kontroldirektiver.⁷⁷ Overordnet stiller disse direktiver krav om, at der er effektiv adgang til at klage over de beslutninger, der træffes med henblik på indgåelse af offentlige kontrakter, der er omfattet af udbudsdirektivet. Derudover indeholder direktiverne en række minimumskrav om standstill-periode, klagefrister, sanktioner m.v. En standstill-periode er den periode, der ifølge loven skal gå, fra at ordregiveren meddeler sin tildelingsbeslutning, og indtil kontrakten kan indgås og efterfølgende igangsættes.

Af kontroldirektivets artikel 1, stk. 1, 3. afsnit, som omhandler klageprocedurerens anvendelsesområde og adgang til procedurerne, fremgår det, at:

"Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF, de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i artikel 2-2f i dette direktiv, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsret vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler til gennemførelse heraf."

Det fremgår endvidere af direktivets artikel 2c, som omhandler tidsfrister for indgivelse af klage, at:

"Når medlemsstaterne fastsætter, at en klage over en beslutning truffet af en ordregivende myndighed som led i eller i forbindelse med en udbudsprocedure, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 2004/18/EF, skal indgives inden udløbet af en bestemt frist, skal denne frist være på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor den ordregivende myndigheds beslutning er sendt til tilbudsgiveren eller ansøgeren, hvis fremsendelsen er sket pr. telefax eller ad elektronisk vej, eller hvis fremsendelsen er sket med et andet kommunikationsmiddel enten mindst 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er sendt til tilbudsgiveren eller ansøgeren, eller mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor den ordregivende myndigheds beslutning modtages. Meddelelsen om den ordregivende myndigheds beslutning til hver af tilbudsgiverne eller ansøgerne ledsages af en kort redegørelse for de relevante grunde. I tilfælde af klager over beslutninger som omhandlet i dette direktivs artikel 2, stk. 1, litra b), der ikke er omfattet af en specifik meddelelse, skal fristen være mindst ti kalenderdage regnet fra datoen for offentliggørelsen af den pågældende beslutning."

Der kan i overensstemmelse med kontroldirektivet indføres præklusive klagefrister i den nationale lovgivning, så længe de i artikel 2c nævnte tidsfrister overholdes.

Der er indført følgende præklusive klagefrister for klager over udbud i lov om klagenævnet for udbud. Således følger det af lov om klagenævnet for udbud § 7, stk. 2:

"Klage over udbud eller beslutninger omfattet af udbudslovens afsnit II eller III eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, som ikke er omfattet af stk. 1, skal være indgivet til Klagenævnet for Udbud inden:

1) 45 kalenderdage efter at ordregiveren har offentliggjort en bekendtgørelse i Den Europæiske Unions Tidende om, at ordregiveren har indgået en kontrakt. Fristen regnes fra dagen efter den dag, hvor bekendtgørelsen er blevet offentliggjort.

⁷⁷ Se dir 89/665/EØF og dir 2007/66/EF.

2) 30 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte tilbudsgivere om, at en kontrakt baseret på en rammeaftale med genåbning af konkurrencen eller et dynamisk indkøbssystem er indgået, hvis underretningen har angivet en begrundelse for beslutningen.

3) 6 måneder efter at ordregiveren har indgået en rammeaftale regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet de berørte ansøgere og tilbudsgivere, jf. § 2, stk. 2, eller udbudslovens § 171, stk. 4.

4) 20 kalenderdage regnet fra dagen efter at ordregiveren har meddelt sin beslutning, jf. udbudslovens § 185, stk. 2, 2. pkt.”

Følgende fremgår endvidere af kontroldirektivets artikel 2a, stk. 2, vedrørende standstill-perioden:

”En kontraktindgåelse efter beslutningen om tildeling af en kontrakt, der er omfattet af direktiv 2004/18/EF, kan tidligst finde sted efter udløbet af en frist på mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, hvis fremsendelsen er sket pr. telefax eller ad elektronisk vej, eller hvis fremsendelsen er sket med et andet kommunikationsmiddel, efter udløbet af en frist på enten mindst 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor tildelingsbeslutningen er blevet sendt til de berørte tilbudsgivere og ansøgere, eller mindst ti kalenderdage regnet fra dagen efter den dato, hvor beslutningen om tildeling af en kontrakt modtages.”

Lov om Klagenævnet for Udbud indeholder følgende regler om standstill-perioden i § 3:

”Når en ordregiver beslutter at tildele en kontrakt, der er omfattet af udbudslovens afsnit II eller III eller forsyningsvirksomhedsdirektivet, må ordregiveren tidligst indgå kontrakten efter udløbet af en standstill-periode på

1) 10 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har afsendt underretningen efter § 2, stk. 1, nr. 2, eller udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 3, hvis underretningen er sket ad elektronisk vej, eller

2) 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har afsendt underretningen efter § 2, stk. 1, nr. 2, eller udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 3, hvis underretningen er sket pr. brev.

Stk. 2. En ordregiver kan fastsætte en længere standstill-periode end perioderne nævnt i stk. 1.

Stk. 3. Stk. 1 og 2 finder ikke anvendelse, hvis

1) en kontrakt tildeles ved udbud uden forudgående udbudsbekendtgørelse,

2) en kontrakt tildeles en leverandør i henhold til en rammeaftale med eller uden genåbning af konkurrencen,

3) en kontrakt tildeles en leverandør inden for et dynamisk indkøbssystem eller

4) den eneste berørte tilbudsgiver er den tilbudsgiver, der tildeles kontrakten, og der i øvrigt ikke er nogen berørte ansøgere.”

Klager, som bliver indgivet i standstill-perioden, får automatisk opsættende virkning.⁷⁸ Det betyder, at udbudsprocessen skal stoppes, og kontrakten ikke må underskrives, før Klagenævnet for Udbud har truffet afgørelse om opsættende virkning.

Afgørelser ved Klagenævnet for Udbud

Der indkommer klagesager i ca. fire procent af alle danske EU-udbud. Det er omtrent samme niveau som i Norge, Tyskland og Nederlandene, mens Sverige og Finland har et betydeligt større antal klagesager.

I 2017 og 2018 offentliggjorde Klagenævnet for Udbud 116 afgørelser, der vedrørte udbudsloven, hvilket svarer til ca. fire procent af alle udbud i perioden. Knap 40 procent af disse afgørelser vedrørte ordregivers udformning af udbudsmateriale eller indhold i materialet, jf. tabel 12.1. Bl.a. har Klagenævnet taget stilling til klager om ordregivers evalueringsmodel og om uklarhed i mindstekrav, tildelingskriterier m.v. I gennemgangen er der ikke fundet afgørelser, som omhandler ordregivers valg af udbudsprocedure.

Tabel 12.1 Antal afgørelser vedr. udbudsmaterialet generelt og ordregivers valg af udbudsprocedurer

	2017	2018
Afgørelser om udbudsmaterialet generelt	25	19
Afgørelser om ordregivers valg af udbudsprocedure	0	0
Samlet antal afgørelser	70	46

Anm.: Baseret på en gennemgang af Klagenævnet for Udbuds offentliggjorte afgørelser i 2017 og 2018. Der er taget udgangspunkt i afgørelser, der vedrører udbudsloven.

Kilde: Gennemgang af offentliggjorte afgørelser hos Nævnenes Hus oversigt over Klagenævnet for Udbuds afgørelser (<https://klfu.naevneneshus.dk/>) og egne beregninger.

Vurdering af klagesystemet

Evalueringen af udbudsloven og den gennemførte høring har primært fokus på udbudsloven og bestemmelserne heri. Der er dog i forbindelse med evalueringen og den gennemførte høring fremkommet ønsker om ændringer i klagesystemet, der er reguleret i lov om Klagenævnet for Udbud samt mere bredt set håndhævelsen på området. Det indgår dog ikke i evalueringen af udbudsloven at foretage en fuld evaluering af det danske klagesystems effektivitet, men det vurderes på baggrund af de indkomne ønsker, at det kan være hensigtsmæssigt med et servicetjek af det samlede danske klagesystem.

Nedenfor vurderes udelukkende de tre ovennævnte specifikke problemstillinger vedr. klagefrister. De pågældende problemstillinger skal ses i lyset af, at antallet af klager er forholdsvis moderat, jf. ovenfor.

⁷⁸ Jf. lov om Klagenævnet for Udbud, § 12, stk. 2.

Det vil formentlig være muligt at fremrykke og forkorte klagefristen for at klage over udbudsformen og udbudsmaterialet i en periode efter gennemførelse af udbuddet, så længe minimumsfristerne i kontroldirektivets artikel 2c overholdes. Der kan dog ikke indføres klagefrister, som udelukker efterfølgende klager over de beslutninger, som ordregiveren senere træffer i forbindelse med udbudsproceduren på baggrund af udbudsmaterialet.

En fremrykket klagefrist for klager over udbudsformen og udbudsmaterialet kan potentielt nedbringe både ordregivers og tilbudsgivers transaktionsomkostninger, idet ulovlige procedurer vil blive indklaget tidligere i processen og ikke først efter gennemførelsen af en fuld udbudsproces. Det kan på den anden side heller ikke udelukkes, at antallet af klager og dermed transaktionsomkostningerne vil stige, da tilbudsgiverne med kortere præklusive frister kan være mere tilbøjelige til at klage for at undgå, at prøvelsesadgangen afskæres.

Det vil også være muligt at indføre kortere frister for klager over rammeaftaler, end tilfældet er i dag, så længe klagefristerne overholder minimumsfristerne i kontroldirektivet. En kortere klagefrist for klager over rammeaftaler kan også potentielt nedbringe transaktionsomkostningerne, således at eventuelle klager håndteres inden for en kortere periode efter indgåelse af rammeaftalen og ikke i en periode på op til seks måneder efter rammeaftalens indgåelse, som tilfældet er i dag. En forkortelse af fristen kan dog have en forøgende effekt på antallet af klager, fordi tilbudsgiverne vil være mere tilbøjelige til at klage for at undgå, at prøvelsesadgangen afskæres.

For så vidt angår problemstillingen om, at de afviste tilbudsgivere sjældent kan vurdere, om der er grundlag for at indgive en klage inden for standstill-perioden, vurderes det, at kontroldirektivet ikke er til hinder for at fastsætte en længere standstill-periode, end hvad der følger af nuværende nationale regler i lov om klagenævnet for udbud. En længere standstill-periode vil give bedre mulighed for ansøgere og tilbudsgivere til evt. at søge aktindsigt for at overveje, om der er grundlag for at indbringe en klage. Omvendt vil en længere standstill-periode begrænse ordregivers mulighed for at indgå kontrakt i en længere periode, end tilfældet er i dag, og vil derfor give mindre fleksibilitet og medføre øgede transaktionsomkostninger for ordregiverne. Disse ulemper bør også ses i forhold til, at en længere standstill-periode vil påvirke alle udbud og ikke kun de forholdsvis få, hvor der indbringes en klage.

12.7 Aktindsigt

Udbudsloven indeholder ikke regler for aktindsigt i forbindelse med offentlige udbud. Aktindsigt i offentlige kontrakter følger således de almindelige regler for meddelelse af aktindsigt i offentlighedsloven.

Udgangspunktet i offentlighedsloven er, at enhver, der anmoder herom, har mulighed for at få aktindsigt i dokumenter, som er indgået til eller oprettet af en offentlig myndighed i forbindelse med dens virksomhed. Der kan således også søges om aktindsigt i en offentlig myndigheds dokumenter i forbindelse med en udbudsprocedure, herunder de modtagne ansøgninger og tilbud.

Reglerne om aktindsigt bidrager således til at sikre gennemsigtigheden om indgåelse af offentlige kontrakter.

Udgangspunktet er, at der skal meddeles fuld aktindsigt i de anmodede dokumenter. Der gælder dog en række væsentlige undtagelser hertil. Retten til aktindsigt omfatter således ikke interne dokumenter. Derudover er der visse oplysninger, som er undtaget retten til aktindsigt. Således er oplysninger om den tekniske indretning eller fremgangsmåde eller om drifts- eller forretningsforhold undtaget fra aktindsigt. Sådanne oplysninger kan kun undtages, såfremt aktindsigt heri vil kunne indebære en nærliggende risiko for, at der påføres den berørte person eller virksomhed en betydelig økonomisk skade. Herudover kan man undtage oplysninger

af hensyn til det offentlige interesser, herunder udførelsen af det offentlige forretningsvirksomhed. Sådanne oplysninger kan kun undtages fra aktindsigt, såfremt meddelelse af aktindsigt vil medføre en økonomisk skadevirkning for den berørte offentlige myndighed, og at denne skadevirkning kan konkretiseres.

Der skal dog i hvert enkelt tilfælde foretages en konkret vurdering af, hvilke dokumenter og/eller oplysninger, der kan meddeles aktindsigt i.

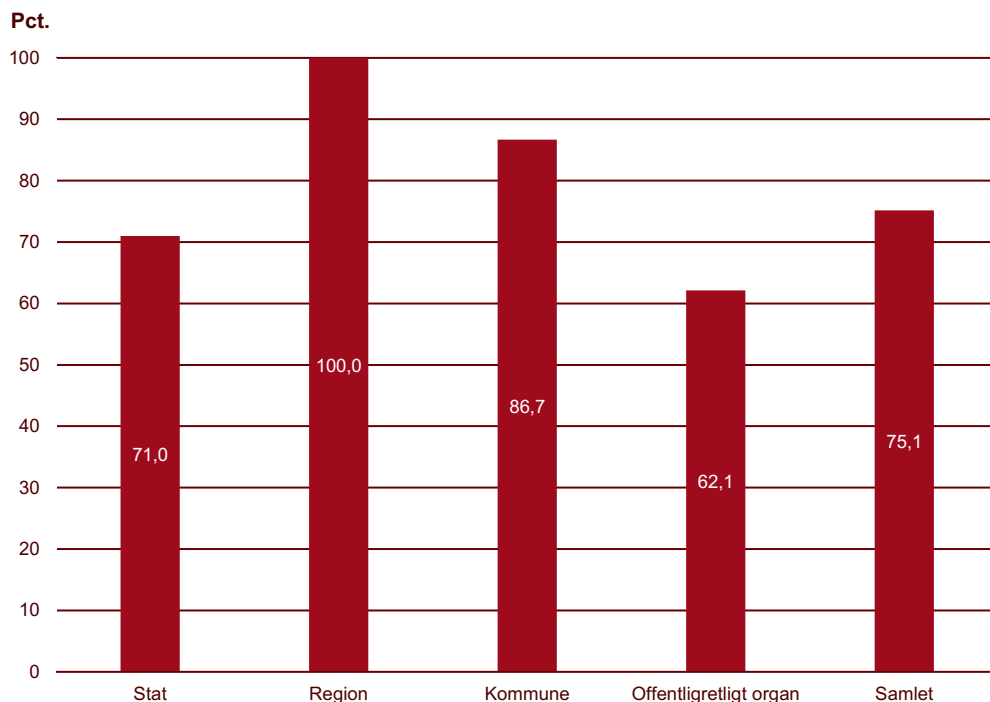
Det er i forbindelse med evalueringen blevet påpeget fra primært ordregiverrepræsentanter, at der er mange omkostninger forbundet med håndtering af aktindsigt. I den forbindelse er det blevet påpeget, at en del aktindsigtsanmodninger kommer fra kommercielle aktører, der vil benytte oplysninger som grundlag for deres kommercielle forretning i forhold til udbuds-
overvågning. Tilbudsgiverrepræsentanter har endvidere påpeget, at der kan være utryghed hos tilbudsgiverne, om der kan blive udleveret forretningskritiske oplysninger i forbindelse med aktindsigt, særligt når det er konkurrerende virksomheder, der søger aktindsigt i de afgivne tilbud. Dertil kommer, at adgangen til aktindsigt i de priser, som forskellige tilbudsgivere har budt ind med i konkrete udbud uden at vinde opgaven, kan have konkurrencebe-
grænsende effekter.

Endelig er det blevet påpeget, at tidsfristerne for meddelelse om aktindsigt og klagefristerne i lov om Klagenævnet for Udbud giver udfordringer i forbindelse med effektiv håndhævelse af udbudsreglerne. Da aktindsigt ofte først gives efter flere dages sagsbehandling, og da standstill-perioden udløber efter 10 kalenderdage, vil virksomheder, der har søgt om aktindsigt, have meget kort tid til at vurdere, om der er grundlag for at klage i standstill-perioden, der medfører automatisk opsættende virkning.

Praksis hos danske ordregivere

75 procent af ordregivende organisationer har inden for det seneste år oplevet, at der blev søgt aktindsigt i dokumenter i forbindelse med udbudsprocessen, herunder tildelingsbeslutningen, jf. figur 12.6.

Figur 12.6 Andel af ordregivere, som har oplevet, at der blev søgt aktindsigt inden for det seneste år, fordelt på ordregivertype

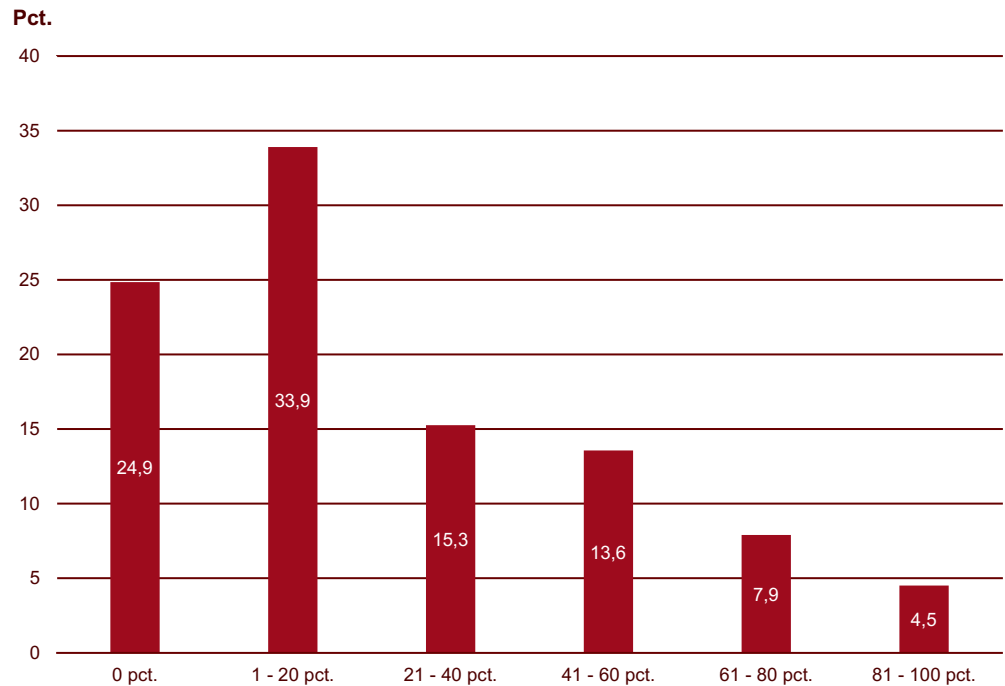


Anm.: Baseret på 177 besvarelser af ordregivende organisation. Opgørelsen indeholder ikke "Ved ikke"-besvarelser (17 observationer for spørgsmålet). Selve spørgsmålet, som er stillet, lyder: "I hvor stor en andel af jeres udbud har I oplevet, at der blev søgt aktindsigt i dokumenter ifm. udbudsprocessen, herunder tildelingsbeslutningen, inden for det seneste år?"

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgeskemaundersøgelse om ordregivende organisationers erfaring med udbudsloven, 2019.

Typisk søges der aktindsigt i 1-20 procent af den ordregivende organisations udbud, jf. figur 12.7. Flere ordregivere oplever dog, at der søges aktindsigt i over halvdelen af deres udbud.

Figur 12.7 Fordeling af, hvor stor en andel af ordregivernes udbud, der blev søgt aktindsigt i



Anm.: Baseret på 177 besvarelser af ordregivende organisationer. Opgørelsen indeholder ikke "Ved ikke"-besvarelser (17 observationer for spørgsmålet). Selve spørgsmålet, som er stillet, lyder: "I hvor stor en andel af jeres udbud har I oplevet, at der blev søgt aktindsigt i dokumenter ifm. udbudsprocessen, herunder tildelingsbeslutningen, inden for det seneste år?".

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgeskemaundersøgelse om ordregivende organisationers erfaring med udbudsloven, 2019.

De nuværende regler om aktindsigt

Som nævnt ovenfor reguleres aktindsigt i udbudssager af offentlighedsloven. Det følger af offentlighedslovens § 7, at:

"Enhver kan forlange at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed.

Stk. 2. Retten til aktindsigt omfatter med de i §§ 19-35 nævnte undtagelser

- 1) alle dokumenter, der vedrører den pågældende sag, og*
- 2) indførelser i journaler, registre og andre fortegnelser vedrørende den pågældende sags dokumenter.*

Stk. 3. Retten til aktindsigt efter stk. 2, nr. 1, i et dokument, der er afsendt af myndigheden m.v., gælder først fra dagen efter afsendelsen af dokumentet."

For så vidt angår tidsfrister for behandling af anmodninger om aktindsigt, så følger det af offentlighedslovens § 36, 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.”

Tidsfrister for indbringelse af klage over udbud fremgår af udbudslovens § 7, stk. 2. Der kan henvises til afsnit 12.5 ovenfor til en nærmere gennemgang heraf.

Vurdering af aktindsigt

Som nævnt oplever en stor del af ordregiverne, at der bliver søgt om aktindsigt i forbindelse med udbud. Håndtering af aktindsigtsanmodninger kan være forbundet med store transaktionskostninger for ordregiverne. Desuden kan adgang til alle tilbud m.v. svække konkurrencen og øge risikoen for koordinering. Dårligere muligheder for at søge om aktindsigt kan imidlertid omvendt svække gennemsigtigheden og muligheden for at kontrollere ordregiveres valg. En mellemmodel kunne evt. være at begrænse eller fjerne adgang til aktindsigt i de tilbud, som ikke har vundet en konkret opgave.

Det kan imidlertid overvejes, om en eventuel forkortelse af de præklusive frister, *jf. afsnit 12.5 ovenfor*, skal tage højde for, at ansøgere og tilbudsgivere skal kunne vurdere grundlaget for at indgive en klage, eventuelt på baggrund af en forudgående aktindsigt. Præklusive frister for at indgive en klage bør således ikke være så korte, at aktindsigtsanmodninger ikke kan nå at blive behandlet inden udløbet af den præklusive frist, idet dette vil hindre en effektiv klageadgang.

Standstill-periodens længde, *jf. afsnit 12.5 ovenfor*, kan også overvejes, for så vidt angår muligheden for at søge aktindsigt. En forlængelse af standstill-perioden kan medføre et bedre grundlag for tilbudsgiverne til at vurdere, om der er grundlag for at indgive en klage i standstill-perioden, der medfører automatisk opsættende virkning.

12.8 Tidsfrister

Udbudsloven indeholder en række minimumsfrister for fremsendelse af ansøgninger og tilbud. Ordregiverne skal ud over at overholde minimumsfristerne altid sikre sig, at ansøgnings- og tilbudsfristen i et udbud er passende, og ordregiverne kan altid fastsætte en længere tidsfrist end minimumsfristen. Hvilken tidsfrist der er passende i det konkrete udbud, beror på en konkret vurdering. Ordregiveren kan ikke gå ud fra, at minimumsfristerne vil udgøre en passende frist for modtagelse af ansøgninger eller tilbud.

Fastsættelse af tidsfristen skal bl.a. ske under hensyntagen til udbuddets og kontraktens kompleksitet, herunder antallet og omfanget af dokumentationskrav og de krævede oplysningers karakter. Ordregiveren kan i forbindelse med fastsættelse af tidsfristen inddrage andre hensyn. Ordregiveren kan være forpligtet til at forlænge fristerne for modtagelse af ansøgninger og tilbud, således at forlængelsen udligner en eventuel tidsmæssig fordel, som økonomiske aktører har opnået som følge af deltagelse i markedsdialogen.

Formålet med tidsfristerne er at sikre, at ansøgere og tilbudsgivere gives tilstrækkelig tid til at udarbejde ansøgninger og tilbud, som imødekommer ordregiverens krav i udbudsmaterialet.

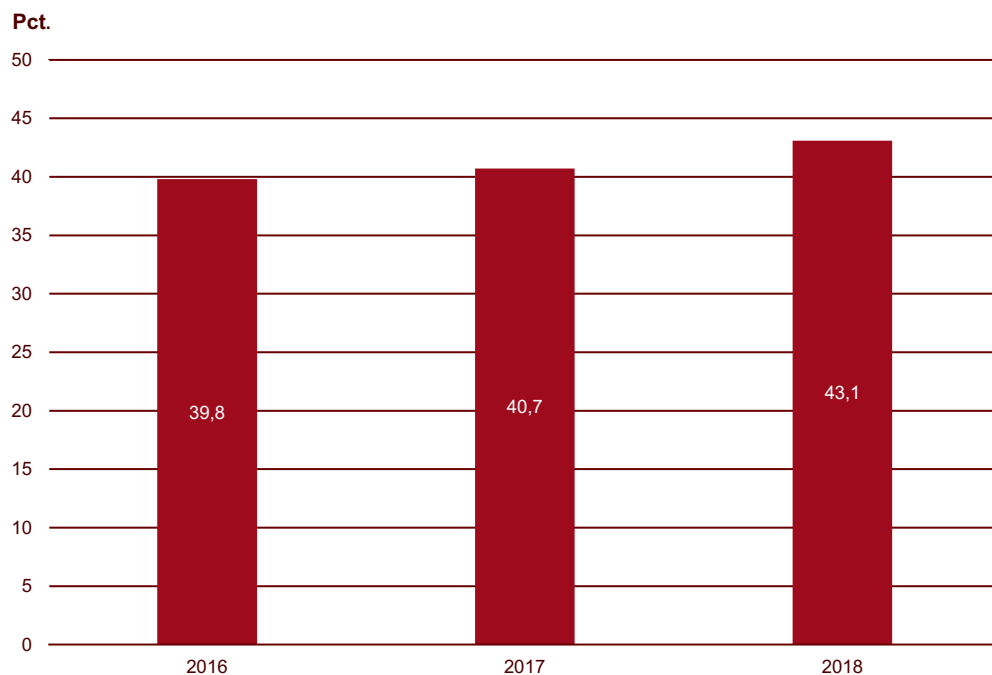
Flere interessenter har givet udtryk for ønsket om, at længden af minimumsfristerne øges, således at det sikres, at tilbudsgiverne har tilstrækkelig tid til at udarbejde ansøgninger eller tilbud. Flere interessenter har i den forbindelse påpeget, at det vil være hensigtsmæssigt, at ordregiverne forlænger fristerne, hvis perioden for afgivelse af tilbud strækker sig over sommerferien.

Det er også blevet påpeget af interessenter, at særligt i udbud, hvor der gennemføres besigtigelse, bør tilbudsfristernes længde fastsættes under hensyntagen til, at det skal være muligt at tilpasse tilbuddet efter besigtigelsen, hvorfor tilbudsfristerne i sådanne udbud generelt bør være længere.

Praksis hos danske ordregivere

Ordregiver anvender minimumsfristerne for afgivelse af ansøgninger eller tilbud i mindre end halvdelen af tilfældene, jf. figur 12.8.

Figur 12.8 Ordregivers anvendelse af minimumsfrister for afgivelse af ansøgninger eller tilbud



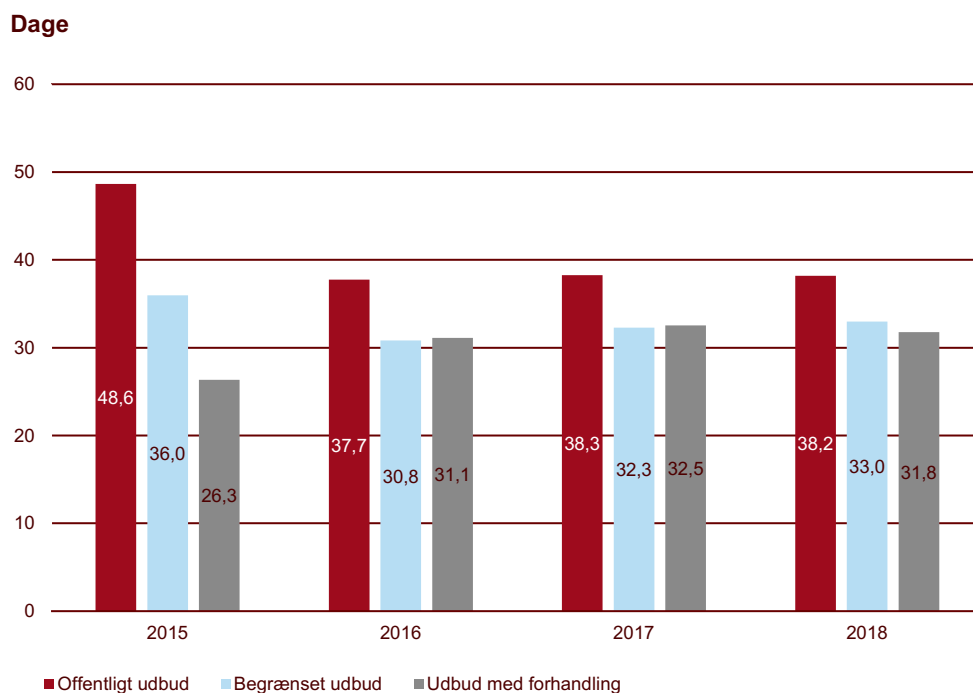
Anm.: Baseret på 5.328 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i 2016-2018. Minimumsfristen for 2016-2018 udgør en frist på mellem 25-32 dage, fra udbudsbekendtgørelsen er offentliggjort til den angivne tidsfrist for tilbudsafgivelse. Valget af spænd skyldes, at fristen kan forkortes, hvis visse forhold er opfyldt, samt er der taget højde for, at der kan gå op til tre dage, før en bekendtgørelse registreres i Tenderes Electronic Daily (TED). Ca. fem procent af udbuddene har angivet frister, der er kortere end minimumsfristerne. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Opgørelsen indeholder både offentlige kontrakter og rammeaftaler. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen. 11 udbud med tidsfrister over 300 dage og 19 udbud med tidsfrister på mindre end en dag er sorteret fra.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

Før udbudsloven var minimumsfristerne generelt længere, hvor knap 19 procent anvendte en ansøgnings- eller en tilbudsfrist under 30 dage.

Generelt er fristerne for afgivelse af tilbud længere ved udbudsproceduren "Offentligt udbud", hvor proceduren "Udbud med forhandling" har de korteste frister for afgivelse af ansøgninger, jf. figur 12.9.⁷⁹

Figur 12.9 Ordregivers gennemsnitlige længde af tidsfrister for afgivelse af ansøgninger eller tilbud fordelt på udbudsprocedurer, 2015-2018



Anm.: Baseret på 6.811 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i 2015-2018. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Opgørelsen indeholder både offentlige kontrakter og rammeaftaler. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen. 12 udbud med tidsfrister over 300 dage og 76 udbud med tidsfrister på mindre end en dag er sorteret fra.

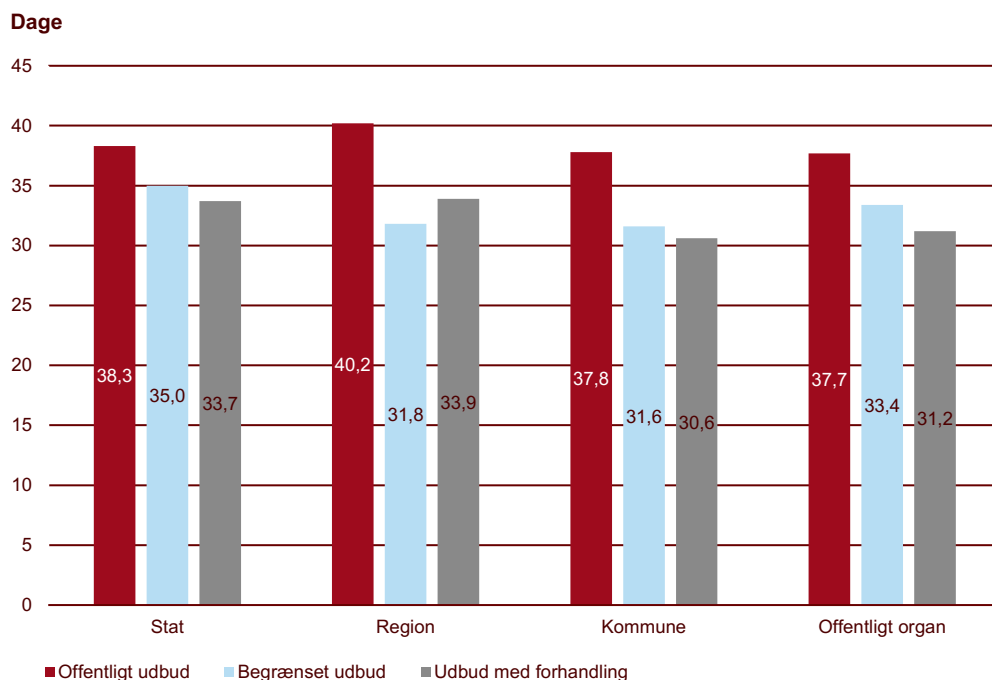
Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

For både proceduren "Offentligt udbud" og "Begrænset udbud" er længden af minimumsfristerne faldet fra 2015 til 2018, mens minimumsfristerne ved udbud med proceduren "Udbud med forhandling" er steget.

Der ses kun små forskelle mellem forskellige ordregivertyper, hvor stat og region i gennemsnit giver lidt længere tidsfrister for deres udbud, jf. figur 12.10. Der ses ikke en forskel i forhold til kontrakttype.

⁷⁹ Det skal bemærkes, at der for proceduren "Offentligt udbud" alene gælder én minimumsfrist, nemlig tilbudsfristen, hvor der for de andre procedurer gælder såvel en minimumsansøgnings- og en tilbudsfrist. Figur 12.9 bygger på tilbudsfristen for proceduren "Offentligt udbud" og ansøgningsfristen for de øvrige udbudsprocedurer. Dette fordi oplysninger af tilbudsfristen for de øvrige udbudsprocedurer kræver en manuel gennemgang af udbudsmaterialet.

Figur 12.10 Ordregivers gennemsnitlige længde af tidsfrister for afgivelse af ansøgninger eller tilbud fordelt på ordregivertype, 2018



Anm.: Baseret på 1.831 udbud, der er udbudt efter udbudsdirektivet og offentliggjort i 2018. Der indgår både gennemførte og annullerede udbud. Opgørelsen indeholder både offentlige kontrakter og rammeaftaler. Profylaksebekendtgørelser og udbud, der er overgået til forhandling, indgår ikke i opgørelsen. Fem udbud med tidsfrister på mindre end en dag er sorteret fra, da disse anses for at være fejlagtigt angivet af ordregiver.

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens kortlægning af danske EU-udbud på baggrund af TED-databasen.

De gældende regler vedrørende tidsfrister

Udbudsdirektivet fastsætter minimumsfristerne for afgivelse af ansøgninger og tilbud for de forskellige udbudsformer. Udbudsdirektivet er ikke til hinder for, at medlemsstaterne kan fastsætte længere tidsfrister.

Minimumsfristen for afgivelse af tilbud ved proceduren "Offentligt udbud" er som udgangspunkt 35 dage, jf. *udbudsdirektivets artikel 27, stk. 1*. Hvis tilbuddet kan afgives elektronisk, kan fristen nedsættes med fem dage, dvs. til 30 dage i alt, jf. *artikel 27, stk. 4*. Det er derudover muligt at forkorte fristen til 15 dage, hvis der er offentliggjort en forhåndsmeddelelse om udbuddet, som lever op til kravene i udbudsdirektivets artikel 27, stk. 2. Det er derudover muligt at forkorte tilbudsfristen til 15 dage, hvis et akut behov hos ordregiveren ikke gør det muligt at overholde tilbudsfristen, jf. *udbudsdirektivets artikel 27, stk. 3*.

Minimumsfristerne for proceduren "Begrænset udbud" er, som følger:

Minimumsfristen for modtagelse af ansøgninger er 30 dage, jf. *udbudsdirektivet artikel 28, stk. 1, 2. afsnit*. Minimumsfristen for modtagelse af tilbud er som udgangspunkt 30 dage, jf. *udbudsdirektivets artikel 28, stk. 2, 2. afsnit*. Fristen for modtagelse af tilbud kan reduceres med fem dage, dvs. til 25 dage, hvis tilbuddene kan indgives elektronisk. Det er muligt at reducere minimumsfristen for modtagelse af tilbud til 10 dage, hvis der er offentliggjort en forhåndsmeddelelse om udbuddet, som lever op til kravene i udbudsdirektivets artikel 28, stk. 3.

Det er derudover muligt at forkorte ansøgningsfristen til 15 dage og tilbudsfristen til 10 dage, hvis et akut behov hos ordregiveren ikke gør det muligt at overholde minimumsfristerne.

Udbudslovens minimumsfrister for afgivelse af ansøgninger og tilbud svarer til udbudsdirektivets minimumsfrister. Udbudsloven fastslår dog også, at fristen i hvert konkret tilfælde skal være passende. Forpligtelsen til at fastsætte en passende frist fremgår udtrykkeligt af udbudslovens ordlyd.

Vurdering af tidsfrister

Udbudsdirektivets ansøgnings- og tilbudsfrister er minimumsfrister, hvorfor det vil være muligt at fastsætte længere frister nationalt. Det vil også være muligt i lovgivningen at fastsætte krav til længere frister i særlige situationer. Det kræver, at de særlige situationer, som begrunder en længere frist, kan beskrives tilstrækkeligt klart.

Det vurderes, at regler om længere tidsfrister vil begrænse ordregiveres fleksibilitet til at fastsætte en frist, som konkret vurderes at være hensigtsmæssig for et udbud. Længere lovbestemte tidsfrister vil således forlænge udbudsprocessen for alle udbud, der er omfattet af udbudsloven, og dermed forlænge tiden, inden der kan indgås kontrakt om et nødvendigt køb af en vare eller ydelse. Det indebærer øgede transaktionsomkostninger for deltagerne. På den anden side kan det ikke afvises, at længere tidsfrister i visse tilfælde kan være gavnlige for konkurrencen, idet flere deltagere vil kunne imødekomme fristen for at søge om deltagelse i udbuddet eller afgivelse af tilbud. Længere frister kan evt. også være gavnlige for SMV'er, i det omfang at SMV'erne får bedre mulighed for at søge om deltagelse i udbud. Betydningen af de forskellige delelementer kræver en nærmere vurdering.

12.9 Tekniske specifikationer – angivelse af fabrikatnavne

Udbudsloven forpligter ordregiverne til at beskrive anskaffelsen tilstrækkeligt, herunder beskrive de egenskaber, som anskaffelsen skal besidde ved hjælp af relevante tekniske specifikationer.

Beskrivelsen af kravene skal være så præcis, at de økonomiske aktører får et klart billede af, hvad der skal indkøbes, og hvilke krav og ønsker ordregiver har til indkøbet. Er kravene så uklare, at en almindelig påpasselig tilbudsgiver ikke kan klarlægge rækkevidden heraf, kan der opstå tvivl om den udbudte ydelse, og der vil ikke kunne konkurreres på et ensartet grundlag.

Det er i de tekniske specifikationer som klart udgangspunkt ikke tilladt at angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, som er kendetegnet for produkter eller ydelser fra en bestemt tilbudsgiver. De tekniske specifikationer må heller ikke henvise til et bestemt varemærke, patent, type, oprindelse eller produktion med det resultat, at visse tilbudsgivere eller varer favoriseres eller elimineres.

I særlige situationer kan en ordregiver henvise til et bestemt fabrikat eller lignende, hvis det ikke er muligt at lave en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af den konkrete anskaffelse. I så fald skal ordregiver efterfølge henvisningen med formuleringen "eller tilsvarende". Det er ordregiveren, der har bevisbyrden for, at en tilstrækkelig, nøjagtig og forståelig beskrivelse ikke er mulig.

Formålet med et forbud mod denne type henvisninger er, at konkurrencen herved kan blive begrænset eller fordrejet, og at det kan blive uigennemsigtigt, hvilke krav der reelt stilles til anskaffelsen. Det kan skabe tvivl hos tilbudsgiverne om, hvornår et produkt, som ikke er af samme mærke som referenceproduktet, opfylder de behov, som ordregiver har.

De problemstillinger, som er blevet drøftet i forbindelse med høringen, angår følgende forhold:

- » Flere interessenter påpeger, at det er uklart, hvornår der kan være tale om sådanne særlige situationer, som kan begrunde henvisninger til fabrikatnavne. Det er i den forbindelse blevet fremhævet, at den danske implementering i udbudsloven lægger flere restriktioner på muligheden for at henvise til fabrikatnavne, end hvad der følger af udbudsdirektivet.
- » Uklarheden om, hvorvidt det er muligt at henvise til fabrikatnavne ved sortimentsudbud med mere end 50 varelinjer, samt om det er muligt at henvise til teknologier, der er tilgængelige for alle leverandører, er også blevet fremhævet. Sidstnævnte er særlig relevant på it-området.
- » Derudover efterspørger en høringspart en præcisering af, hvornår det vil være tilladt at henvise til fabrikatnavne uden efterfølgende at anføre "eller tilsvarende".

De gældende regler

Forbuddet mod henvisning til fabrikatnavne m.v. fremgår af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, som har følgende ordlyd:

"Medmindre kontraktens genstand gør det berettiget, må de tekniske specifikationer ikke angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, som kendetegner de produkter eller de tjenesteydelser, som en bestemt økonomisk aktør leverer, og de må ikke henvise til et bestemt varemærke, et bestemt patent eller en bestemt type, til en bestemt oprindelse eller til en bestemt produktion med det resultat, at visse virksomheder eller varer favoriseres eller elimineres. En sådan angivelse eller henvisning er undtagelsesvis tilladt, hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelse af stk. 3. En sådan angivelse eller henvisning efterfølges af udtrykket »eller tilsvarende«."

Udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, er i udbudsloven implementeret i § 42, som har følgende ordlyd:

"En ordregiver må ikke i de tekniske specifikationer, jf. § 40,

1) angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, som kendetegner de produkter eller de tjenesteydelser, som en bestemt økonomisk aktør leverer, eller

2) henvise til et bestemt varemærke eller patent eller en bestemt type, oprindelse eller produktion med det resultat, at visse økonomiske aktører eller varer favoriseres eller elimineres.

Stk. 2. En ordregiver kan dog i særlige tilfælde anvende henvisninger som anført i stk. 1, når en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke er mulig i henhold til § 41, stk. 1. En sådan henvisning skal efterfølges af formuleringen eller tilsvarende."

Som det fremgår, giver udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, således mulighed for at henvise til fabrikatnavne m.v. i tilfælde, hvor "kontraktens genstand gør det berettiget" og "hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre..." Udbudslovens § 42, stk. 2, giver imidlertid kun mulighed for at henvise til fabrikatnavne i sidstnævnte situationer. Denne forskel er nærmere begrundet i lovbemærkninger til udbudsloven:

"... I forhold til artikel 42, stk. 4 er det i § 42, stk. 2 præciseret, at bestemmelsen alene indeholder en undtagelse til hovedreglen om, at der ikke kan henvises til et bestemt fabrikat m.v. Det fremgår af artikel 42, stk. 4, at der kan henvises til et bestemt fabrikat m.v., hvis "kontraktens genstand gør det berettiget". Derudover fremgår det af artikel 42, stk. 4, at "en sådan angivelse eller henvisning er undtagelsesvis tilladt, hvis en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre ved anvendelse af stk. 3." Det vurderes, at de 2 dele i artikel 42, stk. 4, er forbundet, idet der i andet led henvises til "en sådan angivelse eller henvisning". Som følge heraf vurderes det, at de 2 dele i artikel 42, stk. 4 er et led i samme undtagelse, og ikke 2 selvstændige undtagelser med et selvstændigt indhold. Dette betyder, at artikel 42, stk. 4 alene indeholder en undtagelse, hvorefter en ordregiver kan henvise til et bestemt fabrikat m.v.,

hvis kontraktens genstand gør det berettiget fordi en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke kan lade sig gøre. Det centrale i undtagelsen er herefter, om ordregiveren kan foretage en tilstrækkelig, nøjagtig og forståelig beskrivelse. Med henblik på at skabe en klar regel, er det som følge heraf præciseret i § 42, stk. 2, at ordregiveren kan henvise til fabrikat m.v., hvis ordregiveren kan foretage en tilstrækkelig, nøjagtig og forståelig beskrivelse.”

Hverken udbudsdirektivet eller udbudsloven giver mulighed for at dispensere fra kravet om, at en eventuel henvisning til fabrikatnavne skal efterfølges med ”eller tilsvarende”.

Vurdering af muligheden for at give videre adgang til at benytte fabrikatnavne

Udbudsdirektivets forbud mod angivelse af fabrikatnavne m.v. er implementeret i udbudsloven, således at der kun kan undtages herfra i situationer, når en tilstrækkelig nøjagtig og forståelig beskrivelse af kontraktens genstand ikke er mulig. Sådan en henvisning skal efterfølges af formuleringen ”eller tilsvarende”.

Det er vurderingen, at det forhold, at udbudsloven alene indeholder én betingelse for, hvornår det er muligt at anvende fabrikatnavne, hvor udbudsdirektivet indeholder to betingelser, ikke er udtryk for en overimplementering, da begge udbudsdirektivets betingelser skal være opfyldt:

- » For det første skal henvisningen til fabrikatnavne m.v. være berettiget af kontraktens genstand.
- » For det andet skal det ikke være muligt tilstrækkelig nøjagtigt at beskrive kontraktens genstand uden henvisning til et fabrikatnavn m.v.

Denne fortolkning af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, følger af bestemmelsens ordlyd og er i øvrigt udtryk for Europa-Kommissionens fortolkning heraf. Dette bekræftes også af EU-Domstolen i sag C-413/17, *Roche Lietuva UAB mod Kauno Dainavos poliklinika VŠĮ*. Med henvisning til Domstolens tidligere retspraksis understreger Domstolen, at ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling og princippet om gennemsigtighed er særlig vigtige, hvad angår de tekniske specifikationer, henset til risikoen for forskelsbehandling forbundet med anvendelsen af fabrikatnavne.

Det præciseres endvidere i artikel 18, stk. 1, andet afsnit, i udbudsdirektivet, at udbuddet ikke udformes med det formål at udelukke dette fra direktivets anvendelsesområde eller kunstigt indskrænke konkurrencen, og at konkurrencen betragtes som kunstigt indskrænket, hvis udbuddet er udformet med den hensigt uretmæssigt at favorisere visse økonomiske aktører eller stille dem mindre gunstigt. På baggrund heraf anerkender Domstolen i ovennævnte doms præmis 38, at artikel 42, stk. 4, reelt indeholder en undtagelse, og at denne skal fortolkes strengt.

Udbudslovens implementering af udbudsdirektivets artikel 42, stk. 4, er således udtryk for en forenkling af reglen, da de to betingelser for anvendelse af fabrikatnavne m.v. er sammenkoblet til en samlet betingelse med den forklaring, som følger af lovbemærkningerne til bestemmelsen.

Det vurderes, at der ikke kan gives en øget adgang til at henvise til fabrikatnavne m.v., end hvad der allerede følger af udbudslovens § 42, idet sådan en adgang vil stride imod udbudsdirektivet. På samme måde vil det ikke være muligt nationalt at fravige kravet om, at henvisning til fabrikatnavne m.v. altid skal efterfølges med formuleringen ”eller tilsvarende”.

Hvorvidt det vil være tilladt at henvise til fabrikatnavne m.v. i et bestemt udbud, vil altid afhænge af en konkret vurdering. Ordregiveren skal her foretage en objektiv vurdering af, om betingelsen for at henvise til fabrikatnavne m.v. er opfyldt. Det vil derfor ikke være muligt at fastsætte mere detaljerede regler, som skaber en øget klarhed.

12.10 Skematisk oversigt med mulige virkninger for evalueringens pejlemærker

	Kan have positive virkninger for	Modsatrettede virkninger	Kan have negative virkninger for	Ingen eller meget begrænset/usikker effekt
Annullationer				
Begrænsning af ordregivers adgang til at annullere		Transaktionsomkostninger	Fleksibilitet	Konkurrence SMV'er Klarhed Innovation
Omvendt bevisbyrde i klagesag om, hvorvidt annullationen havde været berettiget		Transaktionsomkostninger		Klarhed Konkurrence Innovation Fleksibilitet SMV'er
Mulighed for at kræve omkostningsdækning i tilfælde af annullationer, som skyldes ordregivers fejl	Konkurrence SMV'er	Transaktionsomkostninger		Klarhed Innovation Fleksibilitet
Delkontrakter				
Øge klarheden om, hvornår der er pligt til at sammenlægge delkontrakter gennem vejledning	Klarhed			Konkurrence, Innovation, SMV'er Transaktionsomkostninger Fleksibilitet
Øge klarheden om delydelsesreglen	Klarhed			Fleksibilitet Innovation SMV'er Transaktionsomkostninger Konkurrence
Berigtigelse af ansøgninger og tilbud				
Øge klarheden om muligheden for at foretage berigtigelse gennem vejledning	Klarhed Transaktionsomkostninger			Konkurrence Innovation SMV'er Fleksibilitet
Klagesystemet				
Forkortelse af længden af klagefrister for klager over udbudsformen og udbudsmaterialet		Transaktionsomkostninger		Konkurrence Innovation SMV'er Fleksibilitet Klarhed
Forkortelse af længden af klagefrister for klager over rammeaftaler		Transaktionsomkostninger		Konkurrence Innovation SMV'er Fleksibilitet Klarhed
Forlængelse af standstill-perioden			Transaktionsomkostninger Fleksibilitet	Innovation Konkurrence SMV'er Klarhed

Aktindsigt				
Nedbringelse af antallet af aktindsigtssager		Transaktionsomkostninger		Konkurrence SMV'er Klarhed Innovation Fleksibilitet
Forlængelse af klagefristerne, indtil aktindsigtsanmodningen er håndteret				Konkurrence SMV'er Klarhed Innovation Fleksibilitet Transaktionsomkostninger
Tidsfrister				
Forlængelse af minimumsfristerne for afgivelse af ansøgninger og tilbud	Konkurrence, SMV'er		Fleksibilitet	Klarhed Innovation Transaktionsomkostninger
Tekniske specifikationer – angivelse af fabrikatnavne m.v.				
Øget adgang til at anvende fabrikatnavne, herunder uden at anvende "eller tilsvarende"				

Note: Problemstillinger, der er markeret med grå, vurderes ikke, eller kun delvist, at kunne gennemføres inden for gældende EU-regulering. Vurderingerne vedrører alene de seks evalueringspejlemærker. Der kan derfor være andre vigtige samfundshensyn, som ikke indgår i vurderingerne.

Appendiks I

Beskrivelse af de juridiske rammer for de fleksible udbudsprocedurer

1. Udbud med forhandling

Betingelserne for at anvende proceduren kan deles ind i to kategorier:

1. Betingelser vedr. anskaffelsens karakter:
 - a. Ordregivers behov forudsætter tilpasning af tilgængelige løsninger.
 - b. Design og innovative løsninger.
 - c. Anskaffelsens kompleksitet.
 - d. Tekniske specifikationer kan ikke fastlægges tilstrækkeligt præcist.
2. Betingelser vedr. en allerede gennemført, men uafsluttet procedure:
 - a. Ikke-forskriftsmæssige tilbud.
 - b. Uacceptable tilbud.

Betingelser vedr. anskaffelsens karakter

Ordregiver kan anvende udbud med forhandling, når ordregivers behov forudsætter tilpasning af tilgængelige løsninger.

Ved forhandlingerne kan tilbudsgiverne komme med forslag til, hvordan en løsning tilpasses bedst muligt ordregivers behov, og der kan forhandles om en sådan løsning. Dette kan føre til en bedre og/eller billigere løsning, end hvad ordregiver havde været i stand til at beskrive på forhånd, og dermed et mere tilfredsstillende resultat.

Omfatter en anskaffelse design eller innovative løsninger, kan udbud med forhandling også anvendes. Designløsninger kan eksempelvis vedrøre æstetik eller teknisk design. Dermed kan både produktets æstetiske og funktionelle egenskaber, herunder brugervenlighed, materialevalg og levetid m.v., inddrages i forhandlingerne. Innovative løsninger kan fx være indførelsen af en ny eller betydeligt forbedret vare, tjenesteydelse eller proces.

Anvendelsen af proceduren "Udbud med forhandling" i de situationer, hvor der er behov for design eller innovative løsninger, er ikke begrænset til, at hele ydelsen skal bestå af design eller innovative løsninger. Det er således nok, at et væsentligt element er omfattet af design eller en innovativ løsning.

Betingelser vedr. en allerede gennemført, men uafsluttet procedure

Ordregiver har også mulighed for at anvende udbud med forhandling, hvis ordregiveren i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun har modtaget ikke-forskriftsmæssige eller uacceptable tilbud.

Det er dog en betingelse, at samtlige modtagne tilbud i den forudgående proces var ikke-forskriftsmæssige eller uacceptable.

Ved ikke-forskriftsmæssige tilbud forstås bl.a.:

- » Tilbud, der ikke lever op til kravene i udbudsmaterialet.
- » Tilbud, der er modtaget for sent.
- » Der foreligger bevis for ulovlig samordning og bestikkelse.
- » Tilbud, der er unormalt lave.

Ved uacceptable tilbud forstås bl.a.:

- » Tilbud indgivet af tilbudsgivere, som ikke lever op til de fastsatte minimumskrav til egnethed.
- » Tilbud, der overstiger det fastsatte budget.

Budgettet skal være fastsat, inden udbudsproceduren indledes, og kan evt. fremgå af udbudsmaterialet. Det er ikke et krav, at det fremgår af udbudsmaterialet, men det er ordregiveren, der har bevisbyrden for at kunne dokumentere det fastsatte budget, og at budgettet er fastsat klart, præcist og før offentliggørelsen af en udbudsbekendtgørelse.

Overgang til forhandling med eller uden fornyet udbudsbekendtgørelse

Når der har været gennemført et offentligt eller begrænset udbud, hvor ordregiver udelukkende har modtaget ikke-forskriftsmæssige eller uacceptable tilbud, kan ordregiver overgå til udbud med forhandling, uden at der offentliggøres en ny udbudsbekendtgørelse. Det er dog kun tilladt, hvis:

- » Alle tilbudsgivere under det forudgående udbud afgav tilbud i overensstemmelse med de formelle krav, og
- » ingen tilbudsgivere er omfattet af en udelukkelsesgrund, og
- » alle lever op til kravene for egnethed og udvælgelse.

Formelle krav er krav, der ikke vedrører tilbuddets indhold, og det kan fx være manglende underskrift, forkert fremsendt antal eksemplarer, manglende sidetal, stempling eller lignende.

Ordregiver kan i henhold til lovbemærkningerne til udbudsloven anmode tilbudsgiver om at supplere, præcisere eller fuldstændiggøre tilbuddet, hvis betingelserne herfor er til stede. Hvis de formelle fejl kan berigtiges, bliver tilbuddet i overensstemmelse med de formelle krav, og der kan dermed indledes forhandlinger med tilbudsgiverne fra det forudgående udbud uden offentliggørelse af fornyet udbudsbekendtgørelse.

Det er således kun, når samtlige tilbudsgivere har afgivet ikke-forskriftsmæssige eller uacceptable tilbud, og alle opfylder de formelle krav og kriterierne for udelukkelse, egnethed og udvælgelse, at man kan overgå til forhandling uden fornyet offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse. Er et tilbud under det forudgående udbud uacceptabelt, fordi det ikke opfylder minimumskravene til egnethed, er ordregiver således forpligtet til at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, inden man indleder udbud med forhandling.

Afgivelse af endeligt tilbud

Når ordregiver vil afslutte forhandlingerne, meddeles dette til de tilbageværende tilbudsgivere, og der fastsættes en passende frist for afgivelse af endeligt tilbud. Efter afgivelse af endeligt tilbud er der ikke mulighed for at forhandle med tilbudsgiverne, men der er intet til hinder for, at der kan foretages almindelige afklaringer og præciseringer af det endelige tilbud.

Tilbudsevalueringen sker herefter på baggrund af kriterierne for tildeling og den evalueringsmodel, som skal være angivet i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet.

2. Konkurrencepræget dialog

Adgangen til at anvende konkurrencepræget dialog er præcis den samme som til procedureformen "Udbud med forhandling". Der henvises derfor til afsnittet ovenfor om adgangen til udbud med forhandling.

Dialogfasen

Dialogfasen indledes med, at de udvalgte tilbudsgivere indleverer en løsningsbeskrivelse. Løsningsbeskrivelsen er tilbudsgivers bud på, hvordan ordregivers behov bedst imødekommes. Den følgende dialog skal tage udgangspunkt i de indleverede løsningsbeskrivelser.

Formålet med dialogen er at få et indblik i de tekniske løsningsmuligheder samt de økonomiske og juridiske vilkår for at kunne indkredse og fastslå, hvordan ordregivers behov bedst kan imødekommes.

Ordregiver skal invitere alle udvalgte tilbudsgivere til dialog, og dialogmøderne skal afholdes individuelt med hver enkelt deltager. Dialogen kan vedrøre alle aspekter vedr. anskaffelsen, herunder tekniske forhold, priser, omkostninger, fordeling af risiko, begrænsning af ansvar, garantier og øvrige økonomiske forhold. Formålet med dialogen er at indkredse og fastslå, hvordan ordregivers behov bedst kan opfyldes.

Dialogen må som udgangspunkt vedrøre alt, dog må dialogen ikke føre til ændringer i:

- » Grundlæggende elementer.
- » Kriterier for tildeling.
- » Mindstekrav.

Disse begrænsninger, som dialogen er underlagt, svarer i hovedsagen til de begrænsninger, forhandlingerne er underlagt ved anvendelse af proceduren "Udbud med forhandling".

Ordregiver skal i udbudsbekendtgørelsen eller det øvrige udbudsmateriale beskrive, hvordan dialogforløbet forventes at forløbe, herunder hvor mange dialogmøder ordregiver forventer at afholde, samt om ordregiver undervejs kan begrænse antallet af løsninger, der drøftes under dialogforløbet.

Formålet med dialogmøderne er at få fastlagt udbudsgrundlaget med henblik på, at der afgives tilbud. Alle udvalgte tilbudsgivere, der har interesse i at afgive tilbud, skal således have mulighed for det, jf. nedenfor om afgivelse af tilbud.

Ordregiver skal afholde individuelle dialogmøder med alle deltagere. På dialogmøderne drøftes, hvilke løsninger der vil kunne opfylde ordregivers specifikke behov bedst muligt.

Tilbudsfasen

Dialogfasen fortsætter, indtil ordregiver har indkredset den eller de løsninger, der bedst kan imødekomme ordregivers behov. Ordregiver erklærer herefter dialogen for afsluttet.

Ordregiver udarbejder udbudsgrundlaget på baggrund af dialogmøderne. Herefter opfordres alle tilbageværende deltagere til at afgive endeligt tilbud. Med de tilbageværende deltagere menes deltagere, som ikke aktivt har trukket sig fra konkurrencen inden dialogfasens afslutning, da ordregiver undervejs i dialogfasen kun må sortere løsninger fra og ikke tilbudsgivere. Alle deltagere skal således have mulighed for at afgive endeligt tilbud. Deltagerne skal gives en passende frist til at afgive tilbud.

Ordregiver skal tildele kontrakten på grundlag af tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet. Tildelingskriterierne pris og omkostninger kan ikke anvendes ved konkurrencepræget dialog.

Ordregiver har mulighed for, at de afgivne tilbud kan afklares, præciseres eller optimeres. Processen må ikke medføre, at der foretages væsentlige ændringer i tilbuddet eller udbudsgrundlaget, herunder fastsatte mindstekrav og kriterier for tildeling. Processen må ikke medføre konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling.

Tilbudsevalueringen sker herefter på baggrund af kriterierne for tildeling og den evalueringsmodel, som skal være angivet i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet.

Til forskel fra udbud med forhandling må der ved konkurrencepræget dialog til en vis grad forhandles om det endelige tilbud. Ordregiver kan således føre forhandlinger med henblik på at bekræfte økonomiske forpligtelser eller andre vilkår i tilbuddet. Der må ikke føres forhandlinger, der medfører, at der ændres ved grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling, i det vindende tilbud eller i det udbudsgrundlag, der er afgivet tilbud på baggrund af, herunder de behov og krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen eller i det øvrige udbudsmateriale. Forhandlingerne må altså ikke medføre konkurrencefordrejning eller forskelsbehandling.

3. Innovationspartnerskaber

Proceduren "Innovationspartnerskaber" kan anvendes, hvis ordregiver vil udvikle en innovativ vare, tjenesteydelse eller bygge- og anlægsarbejde, som ikke allerede er tilgængelig på markedet. Der skal være tale om reel innovation, dvs. at der ikke findes tilgængelige løsninger på markedet, som kan opfylde ordregivers behov.

Anvendelsen af proceduren "Innovationspartnerskaber" forudsætter, at ordregiver har identificeret et behov eller en problemstilling, som man søger at få løst, og at der ikke allerede findes en tilgængelig løsning på markedet, der kan dække ordregivers behov.

Hvis en forudgående markedsundersøgelse afslører, at der findes løsninger, der kan imødekomme ordregivers behov, forsvinder den grundlæggende forudsætning for, at proceduren kan anvendes.

Når ordregiver har afsøgt markedet, udfærdiges en behovsbeskrivelse, da dette udgør grundlaget for innovationspartnerskabet. Behovsbeskrivelsen skal offentliggøres på samme tid som udbudsbekendtgørelsen som en del af det øvrige udbudsmateriale. Udbudsmaterialet skal derudover angive evt. mindstekrav og kriterier for tildeling. Endelig er det Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at behovsbeskrivelsen eller udbudsmaterialet bør indeholde en redegørelse for baggrunden for at gennemføre et innovationspartnerskab, herunder at der ikke eksisterer tilgængelige løsninger på markedet.

Regulering af rettigheder

Det skal reguleres, hvordan rettighederne til det, der evt. bliver udviklet, skal fordeles mellem parterne. Der vil være mulighed for at forhandle om de immaterielle rettigheder under forhandlingsfasen, medmindre rettighederne er formuleret som minimumskrav i udbudsmaterialet.

Ved innovationspartnerskaber skal ordregiver tage stilling til, hvor mange ansøgere man vil opfordre til at afgive indledende tilbud. Dette skal angives i udbudsbekendtgørelsen.

Ordregiver skal mindst udvælge tre ansøgere, som man opfordrer til at afgive indledende tilbud. Fordi der er fastsat et minimumskrav om tre tilbudsgivere i loven, er dette ikke nødvendigvis ensbetydende med, at tre tilbudsgivere er tilstrækkeligt til at sikre konkurrencen om opgaven. Forholdene på det konkrete marked bør tages med i overvejelserne om, hvordan den bedste konkurrence sikres, samtidig med at der tages hensyn til omkostningerne for både ordregiver og tilbudsgivere.

Hvis der modtages færre end tre ansøgninger, kan ordregiver opfordre den eller de egnede ansøgere til at afgive indledende tilbud. Ved proceduren "Innovationspartnerskaber" findes der ikke nogen begrænsning for, hvor mange ansøgere der kan prækvalificeres. Men der stilles krav om, at mindste og største antal ønskede deltagere skal angives i udbudsbekendtgørelsen.

Ordregiver har mulighed for at indgå en eller flere partnerskabskontrakter på baggrund af udbuddet. Hvorvidt ordregiver vil indgå en eller flere partnerskabskontrakter, vil også have indflydelse på antallet af tilbudsgivere. Ordregiver skal angive i udbudsbekendtgørelsen, om man ønsker at indgå en eller flere partnerskabskontrakter.

Ved udvælgelsen er ordregiver underlagt en pligt til, som minimum, at lægge vægt på kriterier vedr. ansøgernes kapacitet inden for området forskning og udvikling eller udvikling og gennemførelse af innovative løsninger. Der kan fx lægges vægt på, at ansøgere har erfaring eller kapacitet og kompetencer inden for udviklinger og gennemførelse af innovative løsninger. Dette vil kunne efterspørges som en del af kriterierne for ansøgers tekniske og faglige formåen.

Indledende tilbud

Ved innovationspartnerskabet skal de udvalgte tilbudsgivere afgive et indledende tilbud. Ordregiver kan forbeholde sig ret til at tildele kontrakten på grundlag af de indledende tilbud. Dette skal i givet fald være angivet i udbudsbekendtgørelsen.

Tildeling på grundlag af de indledende tilbud er ikke til hinder for, at der kan foretages almindelige afklaringer og præciseringer af det indledende tilbud. Disse afklaringer og præciseringer må ikke have karakter af at være forhandlinger mellem ordregiver og den vindende tilbudsgiver, da ordregiver i så fald har pligt til at forhandle med alle og i stedet for at tildele på grundlag af de indledende tilbud skal gå til forhandlingsfasen.

Forhandlingsfasen

Forhandlingsfasen starter efter modtagelsen af de indledende tilbud, og efter at ordregiver har konstateret, at kontrakten ikke skal tildeles på baggrund af de indledende tilbud.

Ordregiveren skal føre individuelle forhandlinger med alle tilbudsgivere. Forhandlingerne skal tage afsæt i de indledende tilbud med henblik på at tilpasse de udviklingsaktiviteter, som skal udføres til ordregiverens konkrete behov og krav. På forhandlingsmøderne drøftes, hvordan udbudsmaterialet, partnerskabskontrakten og tilbud kan tilpasses for at opnå et bedre tilbud fra den enkelte tilbudsgiver.

Det indledende tilbud baseres på udbudsmaterialets angivelse af ordregivers behov. Der må forhandles om alt, dog med undtagelse af følgende:

- » Grundlæggende elementer.
- » Kriterier for tildeling.
- » Mindstekrav.
- » De endelige tilbud.

Disse begrænsninger svarer til de begrænsninger, forhandlingerne er underlagt ved anvendelse af proceduren "Udbud med forhandling".

Forhandlingerne kan vedrøre alle aspekter vedr. anskaffelsen, herunder udviklingsforløbet, fremstilling af den påtænkte innovative løsning, betingelser og juridiske konsekvenser, der knyttes til hvert af de fastsatte resultatniveauer m.v. Der er tillige adgang til at forhandle om priselementer, så længe ordregiverne overholder principperne om ligebehandling og gennemsigtighed.

Vilkårene for partnerskabskontrakten skal endvidere fastsættes i forbindelse med forhandlingerne, herunder resultatniveauer og maksimumsomkostninger. Ved resultatniveau forstås det niveau, som den innovative løsning skal være på ved udløbet af hvert delmål. Ved maksimumsomkostninger forstås de omkostninger, der maksimalt må være forbundet med udvikling af den innovative løsning eller det efterfølgende indkøb.

Fremgangsmåde ved gennemførelse af forhandlinger

Ordregiver skal i udbudsmaterialet beskrive, hvordan forhandlingsforløbet forventes at forløbe. Der er tale om en beskrivelse af forhandlingsforløbet, som ordregiver undervejs i proceduren har mulighed for at ændre.

Ordregiver skal beskrive det forventede forhandlingsforløb, herunder hvor mange forhandlingsrunder som forventes afholdt, samt om der ved en eller flere af forhandlingsrunderne kan ske en begrænsning i antallet af tilbudsgivere.

Ønsker ordregiver en begrænsning af antallet af tilbudsgivere undervejs i forhandlingsfasen, skal dette være angivet i udbudsbekendtgørelsen. Har ordregiver angivet, at der kan ske en begrænsning af tilbudsgiverne i løbet af forhandlingerne, er ordregiver ikke forpligtet til at begrænse antallet af tilbudsgivere. Omvendt vil det ikke være muligt at begrænse antallet af tilbudsgiverne under proceduren, medmindre det er angivet i udbudsbekendtgørelsen.

Sikring af konkurrencen

Når ordregiver i løbet af forhandlingsfasen begrænser antallet af tilbud, der forhandles om, skal ordregiver sikre, at der er et tilstrækkeligt antal tilbudsgivere i procedurens sidste fase med henblik på at sikre konkurrencen om kontrakten. Denne pligt kan have indflydelse på ordregivers handlefrihed i alle stadier af proceduren.

Ordregiver kan for det første komme i en situation, hvor ansøgningsfasen kun udmønter sig i to egnede ansøgere. I disse situationer er ordregiver ikke afskåret fra at indlede forhandlinger med de pågældende ansøgere. Eftersom der er tale om et snævert konkurrencefelt, er ordregiver afskåret fra at begrænse antallet af ansøgere yderligere i forbindelse med forhandlingerne, idet det må lægges til grund, at en enkelt tilbudsgivers tilbud ikke kan sikre konkurrencen om den endelige kontrakt.

Når ordregiver vil afslutte forhandlingerne, meddeles dette til de tilbageværende tilbudsgivere, og der fastsættes en passende frist for afgivelse af endeligt tilbud.

Ordregiver skal tildele kontrakten på grundlag af tildelingskriteriet "Bedste forhold mellem pris og kvalitet". Tildelingskriterierne "Pris" og "Omkostninger" kan ikke anvendes ved innovationspartnerskaber.

Efter afgivelse af endeligt tilbud er der ikke mulighed for at forhandle med tilbudsgiverne, men der er intet til hinder for, at der kan foretages almindelige afklaringer og præciseringer af det endelige tilbud.

Tilbudsevalueringen sker herefter på baggrund af kriterierne for tildeling og den evalueringsmetode, som skal være angivet i udbudsbekendtgørelsen eller udbudsmaterialet.

Innovationsfasen

Når den eller de vindende tilbudsgivere er valgt, og partnerskabskontrakten eller partnerskabskontrakterne er endeligt indgået, starter innovationsfasen, hvor den eller de tilbudte løsninger skal udvikles.

Udviklingsarbejdet skal være opdelt i faser, der afspejler innovationsprocessen og karakteren af den eller de løsninger, der skal udvikles, dvs. hvorvidt det er en vare, tjenesteydelse eller et

bygge- og anlægsarbejde, der skal udvikles. Der skal til hver fase være defineret et eller flere delmål, som fastsættes under forhandlingerne.

Innovationsfasen tilrettelægges og tilpasses den innovative løsning, der skal udvikles. Selve forløbet af en innovationsfase er ikke reguleret i udbudsloven.

Længden og varigheden af de enkelte faser under innovationsfasen skal fremgå af partnerskabskontrakten. Der bør endvidere formuleres bestemmelser i partnerskabskontrakten, der giver rum for de ændringer eller justeringer af de aftalte faser og delmål, som må antages at være sædvanlige i et udviklingsforløb.

Ordregiver skal i partnerskabskontrakten sikre, at man efter hver fase kan bringe en partnerskabskontrakt til ophør, hvis partneren ikke har opnået de aftalte delmål, dvs. den innovative løsning ikke er på det aftalte resultatniveau ved afslutningen af en fase. Muligheden for at kunne afslutte et innovationspartnerskab er nødvendig, da det kan vise sig, at udviklingsarbejdet ikke vil føre til de aftalte resultatniveauer, eller at omkostningerne ikke vil stå mål med den endelige løsning.

På grund af innovationspartnerskabernes ofte langvarige karakter er ordregiver underlagt en pligt til at betale vederlag i passende rater. Et innovationspartnerskab kan være forbundet med væsentlige omkostninger for den eller de private parter, og det vil være en konkret vurdering, hvad der er passende rater. De fastsatte delmål og delmålenes tidsmæssige placering kan indgå i vurderingen af, hvad der må være passende rater.

Ordregiveren skal så vidt muligt sikre, at innovationspartnerskabet eller innovationspartnerskabernes struktur, løbetid og værdien af de forskellige faser afspejler innovationsgraden af den eller de ønskede løsninger, og at rækkefølgen af forsknings- og innovationsaktiviteterne er nødvendig for udviklingen af en innovativ løsning.

Den anslåede værdi af det påtænkte indkøb af varer, tjenesteydelser eller bygge- og anlægsarbejder skal være proportional i forhold til den nødvendige investering, der er i at udvikle løsningen. Vurderingen af proportionaliteten kan både vedrøre de forventede omkostninger, der er forbundet med udviklingen af løsningen, men også den værdi, som løsningen vil have for ordregiverne, samt hvad løsningen vil medføre af bredere økonomiske, miljømæssige og samfundsmæssige fordele. Ordregiverne skal endvidere strukturere partnerskaber på en sådan måde, at konkurrencen ikke hindres, begrænses eller fordrejes.

Indkøbet

Når innovationsfasen er afsluttet, starter indkøbsfasen. Købet af den endelige løsning skal være reguleret i partnerskabskontrakten og formuleret enten som en option eller en købsforpligtelse.

Hvordan indkøbene mest hensigtsmæssigt foretages, kan aftales under forhandlingsfasen og kan bl.a. også afhænge af, om der indgås flere partnerskabskontrakter og særligt, hvis partnerskabskontrakterne og de udviklede løsninger dækker de samme behov hos ordregiveren. Ved flere partnerskabskontrakter, der dækker samme behov, kunne indkøberne enten fordeles ligeligt mellem partnerne, eller der kunne iværksættes miniudbud mellem partnerne.

Appendiks II

Øvrige problemstillinger, som ikke indgår i evaluering af udbudsloven

1. Indledning

I dette appendiks gives der et overblik over de forskellige problemstillinger, som er blevet rejst af interessenterne i forbindelse med høringen, men som ikke indgår i den nærmere evaluering af udbudsloven. Disse problemstillinger er typisk rejst af en enkelt høringsspart og angår afgrænsede emner. De beskrives i den nedenstående gennemgang, hvor de er inddelt i følgende kategorier:

- » Om de bedst vurderes at kunne løses ved vejledning.
- » Om de vurderes at vedrøre andre regler end udbudslovens.
- » Om de vurderes at stride imod udbudsdirektivet.

2. Problemstillinger, som vurderes løst ved vejledning

De følgende problemstillinger vurderes bedst løst ved en øget vejledningsindsats. Det er der følgende grunde til:

- » Problemstillingerne vurderes ikke at angå selve regelindholdet i udbudsloven, men adfærden i forbindelse med anvendelse af reglerne.
- » Problemstillingerne omhandler situationer, hvor der skal foretages en konkret vurdering, som der ikke kan fastsættes ved klarere regler, uden at det begrænser ordregivers skøn betydeligt.
- » Høringssparterne har selv givet udtryk for ønsket om mere vejledning om anvendelse af reglerne frem for en regelændring.

Tildelingskriterier

Følgende problemstillinger er blevet rejst i forbindelse med fastsættelsen og anvendelsen af kvalitative tildelingskriterier:

- » En høringsspart oplever, at de kvalitative kriterier oftest er skriftlige redegørelser, som er svært målbare, og tilkendegiver samtidig, at der mangler gennemsigtighed om, hvordan vurderingen af kriterierne foretages.
- » En høringsspart finder, at der er risiko for, at ordregiver inddrager uvedkommende hensyn i forbindelse med evaluering af indkomne tilbud, når tildelingskriteriet er "Bedste forhold mellem pris og kvalitet".
- » Enkelte høringssparter finder, at der generelt bør lægges større vægt på kvalitet.

Det vurderes, at de ovennævnte problemstillinger ikke vedrører regeludformningen, men ordregiveres korrekte anvendelse af reglerne. Det vurderes derfor, at disse problemstillinger bedst kan løses ved en vejledningsindsats.

Livscyklusomkostninger

En høringsspart tilskynder, at livscyklusomkostninger inddrages i højere grad ved tildeling, og opfordrer til, at det drøftes, om udbudslovens bestemmelser herom kan justeres.

Som det fremgår af kapitel 10 ovenfor, har ordregiverne efter nuværende regler allerede mulighed for at inddrage livscyklusomkostninger i forbindelse med udbud. Konkurrence- og For-

brugerstyrelsen har ligeledes tidligere vejledt om, hvordan livscyklusomkostninger kan inddrages i forbindelse med udbud. Det vurderes, at problemstillingen ikke angår regelindholdet, men ordregiveres anvendelse af reglerne, hvorfor den bedst kan løses med en fornyet vejledningsindsats.

Ordregivers undersøgelsespligt

Følgende problemstillinger er blevet rejst i forbindelse med ordregivers pligt til at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne i ansøgninger og tilbud (undersøgelsespligt):

- » En høringspart mener, at udbudslovens § 164, stk. 2 (som forpligter ordregiver i tvivlstilfælde til at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet) angiver, at ordregiver i en eller anden udstrækning har undersøgelsespligt, men det fremstår uklart, hvornår der er tale om en tvivlssituation. Herudover finder høringsparten det uklart, hvornår der er tale om "effektiv kontrol". Dette uddybes ikke nærmere i bemærkningerne, og høringsparten ønsker derfor, at det fremgår klart, hvornår ordregivers undersøgelsespligt indtræder.
- » En høringspart finder det uklart, om effektiv kontrol er det samme i udbudslovens §§ 159, stk. 3 (fremgangsmåde ved tildeling) og 164, stk. 2 (kriterier for tildeling) og finder, at bemærkningerne til begge bestemmelser ikke giver klarhed over, om en egentlig forskel eksisterer, og § 164, stk. 2, virker ude af egentlig kontekst.

Da det altid vil afhænge af en konkret vurdering, hvornår ordregivers undersøgelsespligt indtræder, vurderes det, at en lovregulering heraf vil begrænse det skøn, som ordregiverne har i dag, og dermed ordregiveres fleksibilitet. Det vurderes derfor, at denne problemstilling bedst kan løses med en øget vejledningsindsats.

Udvælgelseskriterier

En høringspart bemærker, at det bør overvejes, om der i udbudsloven bør ske en tydeliggørelse af ordregivers pligter i forhold til at beskrive, hvad der lægges vægt på ved udvælgelsen af deltagere i udbud med begrænset deltagelse.

Det vurderes, at denne problemstilling ikke angår regelindholdet, men den korrekte anvendelse af reglerne, hvorfor den bedst kan løses med vejledning.

Beregning af kontraktværdi

Der er blevet rejst følgende problemstillinger vedrørende beregning af kontraktværdi:

- » En høringspart ønsker, at det forklares i lovbemærkningerne, at projekt og kontrakt er det samme.
- » En høringspart ønsker en præcisering af, at alle tjenesteydelser og varer vedrørende et projekt, skal sammenlægges ved beregning af kontraktværdien, *jf. EU-Domstolens dom i sag C-574/10*.
- » En høringspart finder yderligere behov for en præcisering af 1) hvilke varer og tjenesteydelser der er omfattet af udbudslovens § 34 og 2) retstilstanden omkring om etårige kontrakter i udbudslovens § 35.
- » En høringspart finder, at det virker utilsigtet og uhensigtsmæssigt, at det i udbudslovens § 35 om successive kontrakter fremgår, at leveringstidspunktet for første leverance initierer 12-månedersperioden i § 35, nr. 2, når tildelingstidspunktet er afgørende for, hvilke kontrakter der tælles med inden for perioden.
- » En høringspart bemærker, at beregning af kontraktværdi ofte giver anledning til tvivl og uklarheder, når der købes ind flere gange kort efter hinanden og på tværs af ministerområder, og finder, at det virker som meget lidt, hvis man ser på § 35 (forudgående 12 måneder) sammenlignet med § 38 (48 måneder). Høringsparten ønsker mere vejledning herom, særligt vedrørende successive ydelser/kontrakter.

Det vurderes, at ovenstående problemstillinger hovedsageligt angår den korrekte anvendelse af reglerne frem for regelindholdet, hvorfor de vurderes bedst løst ved vejledning.

Sideordnede tilbud

Der er blevet rejst en række problemstillinger vedrørende sideordnede tilbud. Ved sideordnede tilbud forstås tilbud, hvor ordregiveren i udbudsmaterialet har fastsat, at der kan eller skal afgives flere tilbud på udførelsen af den udbudte opgave med forskellige udførelsesmetoder, materialer eller lignende. Ved sideordnede tilbud bestemmer ordregiveren således, hvilke forskellige løsninger tilbudsgiveren kan eller skal tilbyde.

De problemstillinger, som er blevet rejst i forbindelse med sideordnede tilbud, er:

- » En høringspart finder det uklart, hvordan sideordnede tilbud skal evalueres. Det bemærkes, at kravet om, at tilbudsevalueringen af sideordnede tilbud skal ske i henhold til udbudslovens § 160, skaber usikkerhed om, hvordan dette skal forstås, herunder i forhold til tidligere klagenævnspraksis.
- » En høringspart finder det uklart, hvilke pligter ordregiver har ift. offentliggørelse af evalueringsmodeller, der skal kunne rumme sideordnede tilbud, jf. § 53, hvilket resulterer i en tilbageholdenhed med at anvende sideordnede tilbud. Høringsparten ønsker dermed, at der skabes klarhed om ordregivers pligter ift. offentliggørelse af evalueringsmodeller, der skal kunne rumme sideordnede tilbud.

Det vurderes, at ovenstående problemstillinger angår den korrekte anvendelse af reglerne frem for regelindholdet, hvorfor de vurderes bedst løst ved vejledning.

Omkostninger ved leverandørskifte

Enkelte høringsparter bemærker, at en 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 højere skattebetalt pris for ydelsen. De pågældende høringsparter ønsker det tydeliggjort, at ordregiver kan inddrage de følgeomkostninger (lager- og logistik-omkostninger, uddannelse af personale m.m.), der er forbundet med leverandørskifte, i udbud.

Da det allerede er muligt under visse betingelser at inddrage omkostninger til leverandørskifte i forbindelse med udbud, vurderes det, at problemstillingen bedst kan løses med en øget vejledningsindsats, evt. ved en opdatering af styrelsens eksisterende vejledning om inddragelse af totalomkostninger i udbud.

Underretning

Der er blevet rejst følgende problemstillinger vedrørende underretning af tilbudsgivere:

- » En enkel høringspart mener, at udbudslovens §§ 171 (samtidig/hurtig underretning) og 152 (indhentning af dokumentation for ESPD-oplysninger) strider imod hinanden, hvilket er uhensigtsmæssigt, og ønsker derfor, at dette præciseres.
 - » En enkel høringspart bemærker, at i underretning til tilbudsgivere af en tildelingsbeslutning skal ordregiver angive det vindende tilbuds karakteristika og relative fordele set ift. det afviste tilbud, jf. *udbudslovens § 171, stk. 4, nr. 2*. Af bemærkningerne til udbudslovens § 160 fremgår det, at ordregiver kan vælge, om tilbud skal evalueres relativt ift. hinanden, eller om de skal evalueres ift. en absolut standard. Dette skal fremgå af udbudsmaterialet. Høringsparten finder derfor, at der opstår en modsætning mellem evalueringen af tilbuddene og begrundelsespligten i udbudslovens § 171, som vurderes uhensigtsmæssigt. Høringsparten ønsker en afklaring af, hvordan "relative fordele" i underretning om tildelingsbeslutningen skal forstås, ved evaluering ift. en absolut standard.
 - » En høringspart bemærker, at meddelelse til tilbudsgiver om tildelingsbeslutning er meget sparsom, og finder, at der bør stilles krav om en mere detaljeret begrundelse, hvilket skaber mere gennemsigtighed og fremmer læring til brug ved fremtidig udbud.
-

Det vurderes, at ovenstående problemstillinger angår den korrekte anvendelse af reglerne frem for regelindholdet, hvorfor de vurderes bedst løst ved vejledning. Det vurderes også, at der ikke er tale om, at udbudslovens regler om underretning og indhentelse af dokumentation for oplysninger i ESPD strider mod hinanden.

Tekniske specifikationer – henvisning til standarder

Følgende problemstillinger er blevet rejst vedrørende tekniske specifikationer:

- » En enkel høringspart bemærker, at det bør undersøges, om udbudslovens § 41, stk. 1, nr. 2, er i konflikt med byggevareforordningen.
- » En enkel høringspart bemærker, at der savnes en præcisering af, hvordan ordregiver skal verificere, at tilsvarende standarder faktisk er tilsvarende, *jf. udbudslovens § 41*.

Det vurderes, at ovenstående problemstillinger hovedsageligt angår den korrekte anvendelse af reglerne, hvorfor de vurderes bedst løst ved vejledning.

Light-regimet

Der er blevet rejst følgende problemstillinger vedrørende anvendelsen af light-regimet i udbudslovens afsnit III:

- » To høringsparter mener, at det, at der findes to forskellige sæt regler (udbudslovens afsnit II og light-regimet i udbudslovens afsnit III), er en komplicerende faktor. Disse høringsparter finder, at det ofte forekommer tilfældigt, hvilke regler ordregiver vælger, og ønsker, at der skabes større gennemsigtighed omkring, hvilket regelsæt ordregiver vælger, og hvilke principper og kriterier der lægges til grund for ordregivers valg af leverandør.
- » En enkel høringspart bemærker, at der kan være tvivl om, hvad der er omfattet af CPV-koderne i light-regimet, og ønsker en uddybning af CPV-koderne i light-regimet for at imødegå tvivl om, hvad der er omfattet.

De rejste problemstillinger angår således tvivl om, hvornår procedurereglerne i udbudslovens afsnit III kan finde anvendelse. Det vurderes, at disse problemstillinger angår den korrekte anvendelse af reglerne frem for regelindholdet, hvorfor de vurderes bedst løst ved vejledning.

Skræddersyet byggeri

En enkel høringspart ønsker en præcisering af skræddersyet byggeri, nærmere bestemt hvad der ligger i "afgørende indflydelse på arbejdets art eller projektering", *jf. udbudslovens § 24, stk. 1, nr. 23*.

Det vurderes, at denne afgrænsede problemstilling ikke kræver en lovændring, men kan løses med vejledning.

Blandede kontrakter

Følgende problemstillinger er blevet rejst vedrørende blandede kontrakter, dvs. kontrakter, som enten omfatter forskellige typer ydelser, fx såvel varer og tjenesteydelser, eller kontrakter, som omfatter ydelser, der falder ind under forskellige regelsæt, fx både under forsyningsvirksomhedsdirektivet og udbudsloven:

- » En enkel høringspart bemærker, at udbudslovens regler om blandede kontrakter forekommer uklare, og ønsker mere vejledning herom.
- » En enkel høringspart finder endvidere, at udbudslovens bestemmelser om blandede kontrakter medfører udfordringer især for forsyningsvirksomheder, og ønsker en præcisering af lovens regler om blandede kontrakter i §§ 25 og 28.

-
- » En enkel høringspart bemærker, at det ved blandede kontrakter (udbudslovens §§ 25, stk. 2 og 32) kunne overvejes at præcisere retsvirkningen, såfremt kontrakten i løbetiden skifter karakter (eks. at hovedydelsen skifter karakter fra at være en leverancekontrakt til en rammeaftale) og at præcisere retsvirkningen, såfremt den anslåede værdi af en rammeaftale uanset type overskrides (*jf. EU-Domstolens afgørelse i sag C-216/17 – Autoritá m.fl.*).

De ovenstående problemstillinger angår den korrekte anvendelse af reglerne frem for regelindholdet. Som også bemærket af høringsparterne vil de pågældende problemstillinger bedst kunne løses med vejledning.

Tjenesteydelser vedrørende forskning og udvikling

Enkelte høringsparter finder, at udbudslovens § 22 vedrørende forskning og udvikling (F&U) er uklar. Den ene af disse høringsparter ønsker en klar definition af F&U i udbudslovens § 22, og den anden høringspart bemærker, at bestemmelsen bør præciseres for at underbygge OPI.

Efter drøftelse med høringsparterne vurderes det, at dette ikke er en problemstilling, som bedst løses med en lovændring, men at problemstillingen med fordel kan løses med en øget vejledningsindsats.

Inhouse

Følgende problemstillinger er blevet rejst i forbindelse med udbudslovens regler om egen opgaveløsning (inhouse):

- » En høringspart ønsker øget klarhed om muligheden for at anvende udbudslovens §§ 12-16, som vedrører undtagelser til udbudsloven som følge af inhouse forhold. Høringsparten efterspørger i den forbindelse en evt. generel bagatelgrænse for anskaffelser imellem myndigheder.
- » En høringspart bemærker, at der ønskes mere vejledning vedrørende udbudslovens inhouse-regler, da især udbudslovens § 15, nr. 3, om konkurrenceforvridning forekommer svær.

Det vurderes, at denne problemstilling angår den korrekte anvendelse af reglerne og derfor bedst vurderes løst ved vejledning.

Forholdet mellem udbudsloven og koncessionsdirektivet

En høringspart finder, at det bør fremgå af udbudsloven, at ved kontrakter omfattet af koncessionsdirektivet finder udbudsloven ikke anvendelse.

Det vurderes, at denne problemstilling ikke angår reglerne i udbudsloven, og den kan eventuelt løses ved vejledning.

Unormalt lave tilbud

En høringspart bemærker, at de endnu ikke har oplevet, at tilbudsgiver ikke har været i stand til at redegøre for prissætningen, og at der bør overvejes at skabe mere klarhed om anvendelsen af udbudslovens § 169. Høringsparten anbefaler derfor klarhed om anvendelsen af udbudslovens § 169, herunder uddybe, hvornår et tilbud anses for unormalt lavt, og i hvilke situationer ordregiver reelt skal afvise tilbud som unormalt lave.

Da denne problemstilling vedrører ordregivers konkrete vurdering, vurderes det, at problemstillingen bedst kan løses ved vejledning.

Anvendelse af mærker og standarder ved udbud

Enkelte høringsparter finder det positivt, at der kan stilles krav til miljømærker (udbudslovens § 46) og opfordrer til, at EU's 2020-strategi, som fremgår af udbudsdirektivets betragtning 2 i præambelen, får en fremtrædende plads i udbudsloven. De pågældende høringsparter ønsker endvidere en forøgelse af brugen af standarder (§ 41) i udbud.

Det vurderes, at ovenstående problemstillinger ikke angår regelindholdet, men adfærd i forbindelse med anvendelse af reglerne. Det vurderes derfor, at disse problemstillinger bedst kan løses med vejledning eller fremmes gennem de offentlige institutioners indkøbspolitik.

Overholdelse af FN's retningslinjer for menneskerettigheder og erhverv og OECD's retningslinjer for multinationale virksomheder

En høringspart ønsker, at ordregivere får større kendskab til og integrerer anerkendte standarder (FN's retningslinjer for menneskerettigheder og erhverv og OECD's retningslinjer for multinationale virksomheder) i deres indkøbspraksis.

Det vurderes, at ovenstående problemstilling ikke angår regelindholdet i udbudsloven, men adfærd i forbindelse med offentlige indkøb. Det vurderes derfor, at denne problemstilling bedst kan løses med vejledning.

Underretning af den vindende tilbudsgiver

En enkelt høringspart ønsker, at den tilbudsgiver, som vinder et udbud, også modtager en uddybet begrundelse (i lighed med de tabende tilbudsgivere), og ønsker derudover, at der altid inviteres til møde hos ordregiver efter endt udbudsforløb, hvilket kan skabe læring for alle.

Reglerne giver allerede i dag mulighed for, at en ordregiver kan gøre som ønsket af høringsparten. Der er dog ingen forpligtelse til det. Det vurderes, at henset til transaktionsomkostninger og ordregiveres fleksibilitet bør en øget underretning ikke være obligatorisk. Der kan dog via vejledning skabes mere klarhed om ordregiveres muligheder.

Begrundelse for fastsættelse af mindstekrav

En høringspart anbefaler, at der sættes fokus på ordregivers praktiske tilrettelæggelse af udbud, hvor tilrettelæggelsen fører til, at gennemførelsen af udbuddet bliver unødvendigt tung eller ufleksibel. Dette gælder særligt i de situationer, hvor ordregiver stiller mange og meget specifikke mindstekrav til den ønskede samarbejdspartner, vare eller ydelse. Høringsparten mener, at dette forhindrer virksomhederne i at byde ind med innovative løsninger og begrænser mulighederne for efterfølgende at foretage tilpasninger undervejs i udbudsprocessen

Høringsparten anbefaler, at ordregiver skal fremlægge en samlet konkret begrundelse for de mindstekrav, som stilles, som skal sikre, at der ikke stilles irrelevante eller uforholdsmæssige mindstekrav. Hvis der stilles særligt byrdefulde mindstekrav, anbefaler høringsparten endvidere, at ordregiver underlægges en pligt til at følge op på, om den vindende tilbudsgiver lever op til disse mindstekrav.

Det vurderes, at den udbudsadfærd, som høringsparten efterlyser, er i tråd med de eksisterende regler. Udbudsloven indeholder dog ingen forpligtelse til eksempelvis at fremlægge en konkret begrundelse for mindstekrav. Det vurderes henset til transaktionsomkostninger og ordregivers fleksibilitet, at en øget anvendelse af udbudslovens rammer bedst fremmes via en vejledningsindsats.

3. Problemstillinger, som ikke reguleres af udbudsreglerne

I det følgende gennemgås der en række problemstillinger, som har betydning for gennemførelse af offentlige udbud, men som ikke direkte reguleres af udbudsreglerne. Eventuelle løsninger på disse problemstillinger bør således findes i de respektive regelsæt, som regulerer de pågældende forhold.

GDPR

En høringspart oplever udfordringer i forbindelse med tilrettelæggelse af ordregivers udbudsprocesser og krav i udbudsmaterialet, som besværliggør samarbejdet og reducerer konkurrencen. Der er i høringen anført eksempler på en problematisk anvendelse af udbudsloven, hvor det opleves, at ordregivere vælter ansvaret for GDPR compliance over på leverandørerne, og at man oplever aftaler med voldsomme bodsregimer.

Denne høringspart opfordrer til, at der arbejdes for mere afbalancerede databehandleraftaler, fx i form af en standard databehandleraftale, som bruges ved IT-projekter.

Kontrolbud

Enkelte høringsparter mener, at når en serviceopgave udbydes, bør det være obligatorisk, at der afgives kontrolbud, og ønsker ikke, at der pålægges kunstige tillæg, når kontrolbud prisfastsættes (ved brug af OECD's beregningsprincipper ved beregning af kontrolbud). Ligeledes skal der holdes fast i, at hvis kontrolbuddet er det bedste i forhold til udbudsbetingelserne, betyder det, at udbuddet annulleres, og opgaven løses internt.

4. Problemstillinger, som ikke kan løses inden for rammerne af udbudsdirektivet

I det følgende gennemgås de problemstillinger, som kun er rejst af enkelte høringsparter, og som vurderes ikke at være mulige at løse inden for den eksisterende ramme i udbudsdirektivet. Det overvejes, om sådanne problemstillinger og mulige løsningsforslag skal medtages ved forhandlinger i EU-regi.

Offentliggørelse

Enkelte høringsparter bemærker, at det er til stor gene, at der ved oprettelse af annoncer i Supplement til Den Europæiske Unions Tidende ikke er fastsat entydige terminer for offentliggørelser af indrykkede annoncer.

Høringsparterne ønsker derfor, at der vedrørende offentliggørelse gives entydig besked om, hvornår bekendtgørelser i TED bliver offentliggjort. Dette i stedet for, at der blot modtages besked om "inden fem dage", som er tilfældet nu.

Underretning

En enkel høringspart ønsker, at der ikke er pligt til at underrette om, hvilke virksomheder der er blevet prækvalificeret, *jf. udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 1*. Dette gælder særligt tilfælde, hvor der kun er én udvalgt. Høringsparten anbefaler derfor, at pligten til at underrette om, hvilke virksomheder der er blevet prækvalificeret, *jf. udbudslovens § 171, stk. 1, nr. 1*, fjernes.

Light regimet – anvendelse af forhåndsmeddelelser

En høringspart mener, at krav om underretningspligt og standstill er en skærpelse af betingelserne for anvendelse af forhåndsmeddelelser, der reelt har medført en begrænsning af mulighederne for løbende kontraktindgåelser (pga. periodemæssigt afgrænsede forhåndsmeddelelser). Omfanget af berørte ansøgere/tilbudsgivere er netop ikke kendt på tidspunktet for tildeling af en sådan kontrakt.

Høringsparten ønsker, at kontrakter tildelt på baggrund af forhåndsmeddelelser, *jf. udbudslovens § 187, stk. 3*, bør fritages for underretningspligt og standstill (som det nu fremgår af udbudslovens § 188, stk. 2 og 3).

En anden høringspart bemærker, at udbudslovens § 187, stk. 4 (omhandler afsnit III, hvorefter udbudsbekendtgørelser/forhåndsmeddelelser skal offentliggøres enten ved elektronisk fremsendelse til EU's publikationskontor eller i ordregivers køberprofil) er en fejlimplementering af udbudsdirektivets artikel 74-76.

Det vurderes, at ovenstående problemstilling ikke kan imødekommes, da det vil stride imod kontroldirektivet, samt at udbudslovens § 187, stk. 4, er udtryk for en korrekt implementering af udbudsdirektivet. Det fremgår således af artikel 2b i kontroldirektivet⁸⁰, at undtagelse fra standstill kun kan finde sted i tre specifikke situationer. Da kontrakter tildelt på baggrund af forhåndsmeddelelser ikke kan henføres til en af disse situationer, kan disse ikke undtages fra pligten til standstill.

Kontrakter udført i tredje lande

En høringspart bemærker, at af hensyn til at nedbringe transaktionsomkostningerne bør kontrakter, der udføres uden for EU, ikke være underlagt udbudslovens regler. Høringsparten har som udgangspunkt lagt en forsigtighedsvurdering til grund og anvender derfor oftest annoncering på udbud.dk for indkøb under tærskelværdierne.

Høringsparten ønsker det præciseret i udbudsloven, at kontrakter, der udføres uden for EU, ikke er underlagt udbudslovens regler, eksempelvis med en bagatelgrænse på 500.000 kr. Offentlige kontrakter med en værdi herunder er således ikke underlagt en annonceringspligt.

Det vurderes, at ovenstående forslag vil stride imod udbudsdirektivet. Dette fordi stedet for udførelsen af kontrakter, som tildeles af danske ordregivere, ikke er bestemmende for, om direktivet eller de traktatfæstede principper finder anvendelse. Det afgørende her er, at kontrakten tildeles af en ordregiver, som er pligtsubjekt i henhold til direktivet.

Kommunikation om grundlæggende elementer

En høringspart finder, at udbudslovens § 5, stk. 3 (kommunikation af grundlæggende og ikke-grundlæggende elementer) er et udtryk for en overimplementering af udbudsdirektivets artikel 22, stk. 2 (indskrænker mulighed for dialog).

Det vurderes, at udbudslovens § 5, stk. 3, er en korrekt implementering af udbudsdirektivets artikel 22, stk. 2, og at en lempeligere regulering vil stride imod udbudsdirektivet.

Standardformularer

En høringspart finder, at standardformularerne ved elektroniske udbud (fx udbudsbekendtgørelsen) ikke er af den kvalitet (kommunikativt eller ift. pladsen til at skrive i felterne), som de bør have. Kommissionen har netop gennemført en større ændring af disse standarder, som skal implementeres inden 2024.

⁸⁰ Direktiv 89/665/EF med senere ændringer.

Appendiks III

Tekniske og sproglige rettelsesbehov i udbudsloven

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har på nuværende tidspunkt registreret visse behov for tekniske rettelser i udbudsloven. Disse er skematisk gengivet nedenfor.

Tekniske og sproglige rettelsesbehov i udbudsloven

Dokumentation ifm. dynamiske indkøbssystemer	§ 106 – om dynamiske indkøbssystemer. Der er en henvisning i ordlyden til § 152, vedr. at der kan indhentes dokumentation når som helst. Der skulle rettelig være henvist til § 151, stk. 2, hvilket også er tilfældet i lovbemærkningerne til § 106, men ordlyden i § 106.
Regelvalg	§ 25 og § 26 angår metoden til at finde det relevante regelsæt. Der er en forskellig metode, alt afhængig af om man er i § 25 eller § 26. Den manglende stillingtagen til de forskellige afsnit i § 25 og § 26 kan betyde, at i visse situationer skal ordregiveren bruge et mindre byrdefuldt regelsæt, end hvis direktivet var implementeret direkte.
Officielle lister	Officielle lister – der står i direktivet, at man skal acceptere certifikater fra lister i andre lande som dokumentation – dette fremgår ikke af lovtekst eller lovbemærkninger.
Kontraktens genstand	§ 140 – det er ikke anført, at kriterierne skal være relateret til og stå i forhold til kontraktens genstand. Det fremgår af lovbemærkningerne.
Miniudbud	I § 100, stk. 3, henvises der til § 162 – der skal henvises til de bestemmelser, der implementerer art. 67 – dvs. §§ 162-165.