

# Fælles forslag til ændringer af udbudsloven

I juni 2021 har DI, DI Dansk Byggeri, Dansk Erhverv, SMVdanmark, IKA – foreningen af offentlige indkøbere, Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelsen (FMI), Danske Regioner, KL og Staten og Kommunernes Indkøbsservice (SKI) (herefter *parterne*) drøftet og udarbejdet fælles, konkrete forslag til ændring af udbudsloven indenfor for en række udbudsfaglige temaer.

Temaerne er:

1. Styrket adgang for SMV'er
2. Udvidet adgang til at tilpasse udbudsmaterialet i udbudsprocessen (efter offentliggørelse)
3. Udvidet adgang til brug af fleksible udbudsformer
4. Forenkling af sortimentsudbud
5. Indkøb under tærskelværdier for varer- og tjenesteydelser
6. Udvidet adgang til at ændre kontrakter i driftsfasen
7. Lettere dokumentationskrav

Forslagene skal medvirke til at reducere transaktionsomkostninger for tilbudsgivere og ordregivere i udbudsprocessen. Samtidig er det parternes vurdering, at ændringerne vil bidrage med klarhed og fleksibilitet i udbudsloven og det offentlig-private samarbejde i Danmark. Forslagene vil ligeledes kunne styrke rammerne for, at aktører i den offentlige sektor bedre kan anskaffe omkostningseffektive og innovative løsninger fra virksomhederne.

Samlet set er det de relevante organisationer på udbudsområdet for offentlig-privat samspil og FMI, som fælles foreslår en række ændringer af udbudsloven. Ændringerne foreslås i kølvandet på, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i maj 2021 offentliggjorde sin evalueringsrapport om udbudsloven. Det er ønsket, at forslagene indgår i Erhvervsministeriets aktuelle arbejde med at udarbejde et forslag til ændring af udbudsloven.

I arbejdet med at formulere forslagene har de deltagende organisationer samlet deres udbudsjuridiske kompetencer for at sikre, at forslagene er forenelige med EU's udbudsdirektiv samt rets- og klageløsningspraksis. Forslagene er udarbejdet i lyset af de faglige vurderinger, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen giver udtryk for i sin evalueringsrapport.

# 1. Styrket adgang for SMV'er

## Baggrund

- Det er nødvendigt at fastholde et fokus på, hvordan reglerne og udbudspraksis kan understøtte, at små virksomheder fortsat kan og vil byde på offentlige opgaver.

## Løsning

- Det anbefales, at det afdækkes, om der kan fjernes unødvendige proceduremæssige regler, der virker som en barriere for små virksomheder ligesom regler om eksempelvis dokumentationskrav bør lettes, så det bliver nemmere for nystartede virksomheder at træde ind på det offentlige marked.

## Konkrete løsningsforslag

Parterne har tidligere i regi af Forum for Offentlig-privat Samspil i efteråret 2020 udarbejdet fælles anbefalinger om SMV'ers adgang til offentlige udbud. Forslagene er sendt til Erhvervsministeren. Nedenstående tre forslag gennemfører anbefalingernes SMV-rettede tiltag, som relaterer sig til udbudsloven.

### 1) *Bedste konkurrencefelt*

Ifølge udbudslovsudvalgets rapport og lovbemærkningerne til § 145 er det muligt at foretage udvælgelsen ud fra kriteriet "bedste konkurrencefelt". Det kan konkret medvirke til en øget adgang for iværksættere og SMV'er i udvælgelse af ansøgere.

Det skal være klart beskrevet i udbudsmaterialet, hvordan det "bedste konkurrencefelt" identificeres. Kriteriet om "bedste konkurrencefelt" skal endvidere kunne begrundes sagligt.

Konkret betyder det, at ordregiveren fortsat har bevisbyrden for at identificere det "bedste konkurrencefelt" samt sikre sagligheden af det beskrevne. Ordregiver kan anvende markedsundersøgelsen til at identificere det bedste konkurrencefelt.

For at tydeliggøre denne mulighed bør dette skrives ind i lovens § 145, som et nyt 4. Det betyder, at det nuværende § 145, stk. 4 bliver til § 145, stk. 5. Derudover indskrives muligheden i § 145, stk. 3, som et nyt nr. 4.

En lovbestemmelse vil øge ordregivernes opmærksomhed på muligheden for at sikre det "bedste konkurrencefelt". Derved forventes det, at flere ordregivere vil benytte muligheden, således at der opnås et bredere konkurrencefelt og der derved sikres, at flere iværksættere og SMV'er opnår mulighed for at give tilbud på offentlige opgaver.

Bestemmelserne kunne lyde:

§ 145, stk. 3, nr. 4. Hvorvidt udvælgelsen sker ud fra kriteriet bedste konkurrencefelt.

§ 145, stk. 4. Ordregiver kan med en saglig begrundelse foretage udvælgelsen ud fra kriteriet bedste konkurrencefelt. Ordregiveren kan konkret angive, at det bedste konkurrencefelt består af differentierede virksomhedsprofiler, således at der lægges vægt på, at der både er mikro, små, mellemstore og store virksomheder i konkurrencefeltet. Ordregiver skal beskrive, hvordan virksomhedstyperne defineres.

## 2) Referencers alder

I FOPS' SMV-anbefalinger er fremhævet, at referencers alder på tre år for vare- og tjenesteydelseskontrakter og fem år for bygge- og anlægskontrakter anvendes uflexibelt og med risiko for udelukkelse af SMV'er.

Selvom det fremgår af lovens § 155, stk. 1, nr. 1 og 2, at ordregiver, hvor det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence, kan angive, at der ligeledes vil blive taget hensyn til dokumentation for relevante arbejder, der er udført mere end 3/5 år tidligere, synes denne undtagelse ikke at være udbredt i praksis.

SMV'er kan ikke forventes at have nyere referencer på mindre end tre år gamle på alle typer opgaver, hvorfor en meget stringent tilgang til kravet skaber risiko for udelukkelse af ellers konkurrencedygtige virksomheder. Særligt ved anvendelse af rammeaftaler på op til 4 år, hvor der ofte kun vælges en leverandør, kan det være vanskeligt med referencer på 3 år.

Adgangen til at efterspørge ældre referencer end hhv. 3 og 5 år i lovens § 155, stk. 1, nr. 1 og 2 bør fremgå mere klart. Det kan ske ved at indføre § 155, stk. 1, nr. 1, litra a og § 155, stk. 1, nr. 2, litra a.

Bestemmelserne kunne lyde:

§ 155, stk. 1, nr. 1, litra a) Ordregiver kan tillade ældre referencer angivet i stk. 1, nr. 1, når der er tale om arbejder, der kun sjældent udbydes som følge af eksempelvis lang kontraktvarighed på kontrakter eller rammeaftaler på området.

§ 155, stk. 1, nr. 2, litra a) Ordregiver kan tillade ældre referencer angivet i stk. 1, nr. 2, når der er tale om varer eller tjenesteydelser, der kun sjældent udbydes som følge af eksempelvis lang kontraktvarighed på kontrakter eller rammeaftaler på området.

Der er ikke tale om ny ret, men udelukkende en særlig synliggørelse af muligheden for at anvende ældre referencer med henblik på at øge anvendelsen af undtagelsesbestemmelsen.

### Ordregivers erfaringer med at tiltrække SMV'er

Særligt Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelsen (FMI) har gjort sig erfaringer med at anvende udbudslovens muligheder for at tiltrække SMV'er til at byde på FMI's udbud.

Parterne anbefaler, at KFST anvender FMI's tiltag i vejledningsindsatsen, ligesom Statens Rådgivningsenhed bør udarbejde eksempler, paradigmer og andre tiltag, som ordregivere kan anvende i SMV-indsatsen.

### 3) *Nemmere brug af dynamiske indkøbssystemer*

Erfaring viser, at dynamiske indkøbssystemer understøtter, at flere SMV'er får reel mulighed for at vinde offentlige kontrakter.

I dag udgør et dansk særkrav om ordregivernes begrundelsesskrivelser, at indkøbsformen bliver unødigt transaktionsomkostningstungt, og at nogle ordregivere derfor risikerer at fravælge indkøbsformen, da det bliver for byrdefuldt for de offentlige brugere.

Det foreslås, at man ligesom i UK - der i høj grad benytter dynamiske indkøbssystemer - udformer udbudslovens begrundelseskrav for dynamiske indkøbssystemer således, at forbigåede tilbudsgivere aktivt skal anmode om en begrundelse for at modtage en sådan. KFST konstaterer i evalueringsrapporten af maj 2021, at det er muligt at lempe begrundelseskravet inden for direktivets rammer, således begrundelsen skal fremsendes efter anmodning. Dette må forventes at fremme anvendelsen af dynamiske indkøbssystemer og medføre konkurrenceudsættelse af mindre indkøbsområder og dermed fremme SMV'ers muligheder for at afgive tilbud på offentlige kontrakter med relativt lille ressourceindsats.

Konkret foreslås en ændring i § 171, stk. 4, punkt. 2. Bestemmelsen kunne lyde, idet teksten med **fed** foreslås indsat.

§171, stk. 4, punkt. 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. **Ved dynamiske indkøbssystemer kan ordregiver i henhold til denne bestemmelse fremsende begrundelse alene efter anmodning, såfremt ordregiver ikke har angivet begrundelsen i underretningen.**

Det bør i bemærkningerne til § 171, stk. 4, præciseres, at en begrundelse skal meddeles hurtigst muligt efter, at en forbigået tilbudsgiver under et dynamisk indkøbssystem har fremsendt anmodning og, at det står ordregiver frit for at angive begrundelsen i underretningen.

## 2. Udvidet adgang til at tilpasse udbudsmaterialet i udbudsprocessen (efter offentliggørelse)

### Baggrund

- Udbudslovens råderum for at foretage justeringer i et allerede offentliggjort udbudsmateriale opleves som uklare. Hvor der i bygge- og anlægsbranchen foretages store ændringer, kan der for vareindkøb ofte ikke engang foretages mindre justeringer. Det betyder, at ordregivere ofte undlader at foretage ellers oplagte, kommercielt fornuftige ændringer af udbudsmaterialet, der efterspørges af tilbudsgiverne. Dette kan i værste fald føre til, at ordregivernes indkøb ikke afspejler de teknisk mest hensigtsmæssige og økonomisk mest attraktive løsninger. Ønsker ordregiver at justere materialet, vælger ordregiver ofte at annullere udbuddet, foretage justeringen og derefter offentliggøre det fornyede udbudsmateriale under en ny udbudsbekendtgørelse for at undgå at kunne blive anklaget for at have lavet grundlæggende ændringer. Ofte foretages annulleringer, selv når ændringen afstedkommes af et behov for justering på en enkelt varelinje. Det driver i sig selv ikke-værdiskabende transaktionsomkostninger.
- I dag annulleres ca. hvert fjerde udbud. I en tidligere rapport fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om annullationer i offentlige udbudsprocesser fremgår det, at mange annullerede udbud genudbydes med en ny udbudsbekendtgørelse kort tid efter annullationen. Det er åbenlyst, at sådanne annullationer medfører store transaktionsomkostninger for såvel ordregiver som tilbudsgiverne.

### Løsning

- Udbudslovsudvalget, som lavede det første forslag til implementering af EU's udbudsdirektiv i 2015, havde lange drøftelser om emnet. Det er muligt, at formuleringen i udbudsloven har medvirket til en for restriktiv praksis. Denne praksis bør løsnes op. For at skabe større fleksibilitet bør udbudsloven derfor justeres.
- Da der ikke i dag findes én bestemmelse, der regulerer adgang til ændringer i udbudsmaterialet efter offentliggørelse, ville indførelsen af sådan en, være med til at skabe klarhed og reducere unødvendige transaktionsomkostninger.
- Det er uklart hvordan implementeringen af udbudsdirektivet skal forstås i henhold til begrebet "minimumskrav", da der anvendes flere begreber, hvilket i praksis vækker usikkerhed.
- Derudover bør der laves en komparativ analyse af, hvordan andre lande arbejder med at øge fleksibiliteten inden for udbudsdirektivet, særligt set i forhold til ændringer af udbudsmaterialer.

### Konkrete løsningsforslag

#### 1) Tydliggørelse af ændringsadgang

Parterne ønsker, at adfærden i forbindelse med tilpasninger af udbudsmaterialet efter offentliggørelse ændres, og at der gives en større fleksibilitet.

Indførelsen af § 39 *Indledende markedsundersøgelser* har medført en kraftig stigning i anvendelse af markedsdialog inden udbud. Bestemmelsen kodificerede retspraksis og udgjorde et tydeligt signal fra lovgivers side om, at ordregivere og tilbudsgivere har adgang til markedsdialog, og således kan drøfte de mest hensigtsmæssige løsninger for ordregivere baseret på tilbudsgivers indsigt i markedet.

På samme måde mener parterne, at det er vigtigt, at der skabes en bestemmelse, hvor adgangen til ændringer af udbudsmaterialet efter offentliggørelse er reguleret. Bestemmelsen sigter mod at gøre ændringsadgangen mulig i alle udbudslovens procedurer.

I dag er der ikke en reel ændringsbestemmelse for ændringer i udbudsmaterialet efter offentliggørelse, som er gældende for alle udbudsprocedurer. Det fremgår blot af § 134, at ordregiver inden for en frist kan meddele supplerende oplysninger om udbudsmaterialet og supplerende dokumenter.

Derudover følger det af § 66, stk. 2, § 70, stk. 2 og § 77, stk. 2, at der i de fleksible procedurer kan forhandles om udbudsmaterialet.

- § 66, stk. 2 (udbud med forhandling), at der ikke kan forhandles om de endelige tilbud og grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.
- § 70 stk. 2 (konkurrencepræget dialog), at dialogen kan vedrøre alle aspekter af udbuddet, men må ikke medføre ændringer i grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.
- § 77, stk. 2 (innovationspartnerskaber), at der kan forhandles om alt undtagen de endelige tilbud og grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.

Udbudsdirektivets kodificering af retspraksis - særligt C-454/06 Presstext – er sket i § 178 som omhandler ændringer i indgåede kontrakter, hvor ”grundlæggende elementer” defineres.

Parterne foreslår, at der bør indføres én ændringsbestemmelse, som synliggør ordregivers adgang til at foretage ændringer i et offentliggjort udbudsmateriale i alle procedurer.

Bestemmelsen burde fastlægge rammerne for ordregivers adgang til at foretage ændringer i udbudsmaterialet efter offentliggørelse og skal indføres med henblik på at skabe en øget klarhed. Parterne vurderer, at præciseringen vil give både ordregiver og tilbudsgiver større sikkerhed i hhv. at foretage ændringer og stille spørgsmål ved forhold, som kan gøre udbudsprocessen mere klar. Ændringsbestemmelsen vil dermed kunne nedbringe de ikke-værdiskabende transaktionsomkostninger.

Det er uklart i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering i evalueringsrapporten af maj 2021, hvorvidt forbuddet mod forhandling af mindstekrav direktivbestemt kun findes i ”udbud med forhandling”, og at der således kan foretages ændringer i mindstekrav i de øvrige procedurer, hvis mindstekravet ikke er et grundlæggende element.

Bestemmelsen kunne lyde:

[§ XX], *Stk. 1.* Ordregiver kan foretage ændringer i udbudsmaterialet efter offentliggørelse under alle udbudsprocedurer.

*Stk. 2.* Ordregiver kan dog ikke foretage ændringer af grundlæggende elementer, når ændringen bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentlig forskellig fra den oprindelige kontrakt, jf. § 178, stk. 2.

*Stk. 3.* Når ordregiver foretager ændringer i udbudsmaterialet, skal det overvejes, hvorvidt der skal gives en passende forlængelse af frister, jf. § 93, stk. 4.

## 2) Lovtekstændringer

For at indføre ændringsbestemmelsen, vil det medføre ændringer i § 70 stk. 2 (konkurrencepræget dialog) og § 77, stk. 2 (innovationspartnerskaber), hvor det i dag fremgår, at dialogen/forhandlingen kan omhandle alt undtagen grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling.

Bestemmelserne kunne derefter lyde;

§ 70 stk. 2. Dialogen kan vedrøre alle aspekter af udbuddet, men må ikke medføre ændringer i grundlæggende elementer, jf. § XX, stk. 2.

§ 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, jf. § XX, stk. 2.

Derudover anbefales det, at § 66 (udbud med forhandling) ændres således, at stk. 2 bliver til en mere direktivkonform tekst.

§ 66, stk. 2 Det indledende tilbud skal danne grundlag for den efterfølgende forhandling. Mindstekravene og tildelingskriterierne er ikke genstand for forhandling, jf. dog § XX, stk. 2.

Det er parternes opfattelse, at tilføjelsen af ændringsbestemmelsen ikke medfører en ny retstilling, men at de reviderede bestemmelser i § 70 stk. 2 og § 77 stk. 2 gør op med den overimplementering der eksisterer i udbudsloven i dag. Den nye tekst til § 66, stk. 2 præciserer gældende ret og skaber klarhed.

## 3) Begrebsafklaring

Parterne anbefaler, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i sin revision af udbudsloven foretager en afklaring af begreberne om ændringer i udbudsmaterialet.

Der anvendes i dag flere termer til at beskrive forskellige begreber. En nærmere gennemgang af begreberne i udbudsloven - med det sigte at skabe øget klarhed og dermed reducere den juridiske usikkerhed – er tiltrængt.

Eksempelvis anvendes termen mindstekrav i punkt III.1.2 og III.1.3, mens termen minimumskrav anvendes i udbudsloven om egnethedskravene. Dette bidrager til forvirring. Det er parternes opfattelse, at begrebsanvendelsen med fordel kan ensrettes.

### 3. Udvidet adgang til brug af fleksible udbudsformer

#### Baggrund

- Med udbudsloven blev adgangen til fleksible udbudsformer øget, hvilket giver grundlag for aftaler som bedre forener ordregiverens behov og markedets formåen.
- Dog er der forskellige juridiske synspunkter på, hvornår de fleksible udbudsformer kan anvendes. Udbudslovens § 61 og 67 tolkes overvejende som, at selve produktet i sig selv skal være komplekst. Det savner mening, da vilkårene i sig selv kan være komplekse, også ved udbud af standardvarer og -ydelser. Dermed er praksis i dag, at de fleksible udbudsformer ikke benyttes ved indkøb af standardvarer og -ydelser, uagtet at det samlede indkøb er yderst omfattende og med et samlet højt kompleksitetsniveau til følge. Det hæmmer innovationen og er en begrænsning for at finde mere bæredygtige løsninger.

#### Løsning

- For at skabe større fleksibilitet og sikre innovation og bæredygtige indkøb bør adgangen til at benytte fleksible udbudsformer søges udvidet.

#### Konkrete løsningsforslag

Udbudsformerne udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog åbner for dialog mellem ordregiver og tilbudsgiver undervejs i udbudsprocessen. Det giver erfaringsmæssigt bedre resultater af den samlede udbudsprocedure, eksempelvis fordi innovative løsninger på markedet bedre kan blive bragt i spil. Dette også selv om disse dialogbaserede udbudsformer rent transaktionsomkostningsmæssigt kan være tungere at gennemføre end de simple udbudsformer.

KFST anerkender i evalueringsrapporten af maj 2021, at der er rum for ændringer i adgangen til brugen af de fleksible udbudsformer. KFST vurderer, at der er fire muligheder – herunder øge klarheden om adgangen til udbud med forhandling. Det bemærkes, at adgangen til konkurrencepræget dialog er formuleret enslydende.

Flere ordregivere udviser en betydelig tilbageholdenhed med at udnytte de fleksible udbudsformer, fordi der er en opfattelse af, at særligt udbudsformen udbud med forhandling er reserveret til indkøb af helt særligt komplekse varer eller ydelser. Der lægges altså vægt på selve varen eller ydelsen, hvor der også burde kunne lægges vægt på de kommercielle vilkår, der er knyttet til gennemførelsen af kontrakten, eller andre kommercielle forhold.

Adgangen til at benytte udbud med forhandling er fastlagt i udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 1, punkt. a)-d), mens konkurrencepræget dialog er reguleret med enslydende tekst i § 67, stk. 1, nr. 1, punkt. a)-d).

Parterne vurderer, at det bør præciseres, at kommercielle omstændigheder omkring selve gennemførelsen af kontrakten eller gennemførelsen af selve udbuddet også kan give ordregivere adgang til at anvende udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog.

Dette kunne ske på flere måder.



Løsning 1:

Indføring et nyt stk. 2 i § 61 og § 67, som tydeliggør adgangen til at benytte fleksible udbudsformer.

Bestemmelsen kunne lyde:

§ 61 / § 67, *stk. 2*. Ved tilpasning af allerede tilgængelige løsninger efter stk. 1., nr. 1., litra c) forstås situationer, hvor offentlige eller begrænsede udbud uden forhandling ikke med sandsynlighed vil føre til et tilfredsstillende resultat. Det kan navnlig være situationer, hvor

1. Særligt brede og særtilpassede sortimenter af standardvarer og -ydelser skal leveres,
2. Særligt komplekse kontraktvilkår om ansvar og risici tilknyttet levering af standardvarer eller -ydelser skal særtilpasses, eller
3. Særlige omstændigheder med hensyn til medarbejderoverdragelse eller andre medarbejdervilkår

Løsning 2:

Indføring af et litra e i § 61, stk. 1, nr. 1 og § 67, stk. 1, nr. 1. Bestemmelsen kunne lyde:

§ 61 / § 67, *stk. 1, nr. 1., litra e)* Kontrakten omfatter komplekse kommercielle vilkår omkring selve kontraktgennemførelsen eller gennemførelsen af udbuddet.

## 4. Forenkling af sortimentsudbud

### Baggrund

- Store sortimentsudbud kan indeholde flere tusinde varelinjer i sin tilbudsliste, hvilket er omkostningsfuldt at udarbejde, besvare og evaluere linje for linje for både ordregivere og tilbudsgivere
- Udbudslovens § 45 indeholder efter sin ordlyd mulighed for, at sortimentsudbud i et ikke nærmere specificeret omfang kan kravspecificeres gennem henvisning til produktkategorier, og at evalueringen i en sådan situation kan gennemføres på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgivernes tilbudte sortiment.
- Imidlertid er det uklart, hvordan dette skal udmøntes i praksis, herunder hvornår der er tale om vurdering af et "repræsentativt udsnit" og "sammenlignelige produkter" i forhold til evalueringen.

### Løsning

- For at mindske transaktionsomkostningerne og skabe større klarhed bør udbudsloven justeres, så der skabes bedre muligheder for at gennemføre de større sortimentsudbud på en hensigtsmæssig måde, som fortsat sikre en høj grad af gennemsigtighed i evalueringen.

### Konkrete løsningsforslag

Af hensyn til at sikre konkurrencen om det udbudte sortiment bør ordregivere specificere og evaluere tilbud ud fra det fulde sortiment. I de tilfælde hvor det ikke er proportionalt at specificere det påtænkte indkøb helt ned på produktniveau, hvor omkostningerne forbundet hermed ville være uforholdsmæssigt store uden at skabe værdi for tilbuds- og ordregiver, eller hvor det grundet markedsmekanismerne savner mening at specificere helt ned på den enkelte varelinje, kan ordregiver evaluere ud fra et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgivernes tilbudte sortiment, jf. § 45, stk. 2. Det kan være relevant at tilbudsevaluere ud fra et repræsentativt udsnit, når der enten er tale om meget brede sortimenter eller når store sortimenter løbende og hurtigt udskiftes pga. hastig markedsudvikling, f.eks. indenfor IT-hardware, således det i realiteten ikke er muligt at beskrive de specifikke egenskaber ved det påtænkte indkøb. Her giver funktionelle rammer for de udbudte produktkategorier tilbudsgiver lejlighed til at byde ind med de mest tidssvarende produkter på udbudstidspunktet inden for brede kategorier med mange produktalternativer fremfor mere fastlåste varelinjer med specifikke krav til det enkelte produkt, der efter en udbudsfase måske ikke længere er relevante.

De områder, hvor der i dag er interesse blandt ordregivere for at evaluere på et repræsentativt udsnit, er legetøj, sportsartikler, dentalprodukter, byggevarer og IT-tilbehør.

KFST angiver i evalueringsrapporten af maj 2021, at det næppe er muligt at indføre "safe harbours" i relation til, hvad der i henhold til § 45 udgør et *repræsentativt udsnit*, hvortil KFST henviser til de traktatfæstede principper. Herudover konstaterer KFST, at der i dag er overladt ordregiver et betydeligt skøn i forhold til, hvad der udgør et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter. Praksis viser dog tydeligt, at Klagenævnet for Udbud i en række kendelser har underkendt ordregivers skøn og model. Hertil kommer, at der ikke synes at være nogle klare retningslinjer i praksis for, hvad der skal til for, at betingelserne i udbudslovens § 45, stk. 2.

For at skabe øget klarhed – både for ordregiver, men også for tilbudsgiver – forslås der indført en formodningsregel, der skaber klarhed for, hvad der som udgangspunkt opfylder kravet om repræsentativitet i

et "repræsentativt udsnit". På samme tid skal det sikres at anvendelsen af udbud efter § 45 alene sker i de særlige tilfælde, hvor der er konkrete årsager til ikke at evaluere et tilbud ud fra dets fulde sortiment.

Dette kan ske ved at dels indføre et nyt stk. 3 og 4 i § 45, som angiver retningslinjerne og principperne for, hvad der er repræsentativt uden at indføre en egentlig "safe harbour", og dels ved at indføre et nyt stk. 5, der giver ordregiver en pligt til at begrunde, hvorfor ordregiver udbyder i henhold til § 45. Sidstnævnte skal sikre, at der er gennemsigtighed for tilbudsgiver, hvis ordregiver vælger at benytte muligheden. Samtidig understøttes gennemsigtigheden også af, at ordregiver til enhver tid skal overholde §160, som understreget i §45, stk. 2.

Bestemmelserne kunne lyde:

**§45, stk. 3.** Når ordregiver på varekontrakter gennemfører tilbudsevalueringen af tildelingskriteriet- eller underkriteriet pris på grundlag af sammenlignelige produkter i henhold til stk. 2, vil tilbudsevalueringen som udgangspunkt være repræsentativ, når:

- 1) der indgår produkter fra alle de produktkategorier, som ordregiver har henvist til i henhold til stk. 1 og
- 2) tilbudsevalueringen afspejler mere end halvdelen af den samlede anslåede værdi af det påtænkte indkøb på de produktkategorier, som ordregiver i udbudsmaterialet har henvist til.

**Stk. 4.** Når ordregiver på varekontrakter gennemfører tilbudsevalueringen af underkriteriet kvalitet på grundlag af sammenlignelige vareprøver i henhold til stk. 2, vil tilbudsevalueringen som udgangspunkt være repræsentativ, når vareprøverne tilsammen repræsenterer mere end 15 % af den samlede anslåede værdi af de produktkategorier, der i udbudsmaterialet er anført som genstand for kvalitetsevaluering i henhold til stk. 1.

**Stk. 5.** Udbyder en ordregiver i henhold til stk. 1, skal ordregiveren i udbudsmaterialet oplyse om baggrunden herfor.

Som konsekvens af den forslåede stk. 4 er det nødvendigt at indføre en definition af vareprøver i § 24. Bestemmelsen i § 24 kunne lyde:

**§24, nr. xx, Vareprøve:** En prøve eller eksakt kopi der er repræsentativ for den af tilbudsgiver tilbudte kontraktgenstand, der kan anvendes som dokumentation for at kontraktgenstanden har de tekniske og faglige egenskaber, som ordregiver kræver, eller som ordregiver kan inddrage ved tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet ved evaluering af tilbuddene herunder den tilbudte kontraktgenstands kvalitet.

Udgangspunkterne angivet i løsningsforslagene i stk. 3 og 4 ovenfor er forslået på baggrund af en gennemgang af praksis fra Klagenævnet for Udbud, hvor Klagenævnet for Udbud har accepteret evaluering på ned til 2,9 % af de tilbudte produkter (i antal) som repræsentativt.

### Vejledning

Som supplement til ovenstående konkrete tekstforslag er det parternes anbefaling, at KFST i samarbejde med Rådgivningsenheden udarbejder en vejledning med konkrete eksempler herunder tekstafsnit og modeller, der kan bidrage til øget klarhed til, hvordan udbud i henhold til § 45 kan gennemføres herunder særligt i forbindelse

med evaluering af et *repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgivernes tilbudte sortimenter*. Dette således der for både ordre- og tilbudsgiver kan skabes gennemsigtighed om, hvordan bestemmelsen og evalueringen er tiltænkt anvendt og gennemført i praksis herunder også hvilke tilfælde og situationer, bestemmelsen er rettet imod.

## 5. Indkøb under tærskelværdierne for varer- og tjenesteydelser

### Baggrund

- Regulering i udbudsloven af indkøb under tærskelværdierne for varer- og tjenesteydelser indebærer, at ordregiveren for hvert indkøb skal vurdere, om det har grænseoverskridende interesse. Er dette tilfældet, skal der gennemføres en anskaffelsesproces, som tilnærmelsesvist svarer til udbudsprocessen for anskaffelser over tærskelværdierne.

Der er i udbudsloven ikke fastsat nogen tærskelværdi for, hvornår annonceringspligten skal finde anvendelse. Hvis ordregiver vil være på den helt sikre side, bør der således ske annoncering, uanset kontraktens størrelse.

- Dette indebærer, at der er uforholdsmæssige store transaktionsomkostninger for både ordregivere og tilbudsgiverne, når der er tale om kontrakter med en begrænset økonomisk værdi.

### Løsning

- Der er behov for, at afsøges mulighed for at skabe mere fleksible løsninger for indkøb under tærskelværdierne, særligt i forhold til vurdering af spørgsmålet om grænseoverskridende interesse.

### Konkrete løsningsforslag

#### 1) *Interne retningslinjer*

KFST anerkender i evalueringsrapporten, at der i udbudsloven kan indsættes en præcisering af, at ordregivere kan lave interne retningslinjer for, hvornår de vurderer, at kontrakter ikke vil have en klar grænseoverskridende interesse.

Med henblik på at nedbringe transaktionsomkostninger for både ordregivere og tilbudsgivere, bør det derfor præciseres i udbudsloven, at en ordregiver kan udarbejde interne retningslinjer for, hvornår ordregiver vurderer, at en kontrakt ikke vil have klar grænseoverskridende interesse.

Konkret foreslås det, at §191, stk. 1. udvides med et punkt, og at der indsættes et nyt stk. 2. Bestemmelsen kunne lyde, idet teksten med **fed** foreslås indsat i forlængelse af den eksisterende bestemmelse.

§ 191, stk. 1, (tilføjelse af 2. punktum). En ordregiver skal forud for indgåelse af vare- og tjenesteydelseskontrakter med klar grænseoverskridende interesse, jf. § 10, annoncere kontrakten. **For at der foreligger en klar grænseoverskridende interesse, skal interessen fra udenlandske virksomheder være konkret i forhold den omhandlede vare- og tjenesteydelseskontrakt.**

Stk. 2. En ordregiver kan udarbejde interne retningslinjer for, hvornår ordregiver vurderer, at en kontrakt ikke vil have grænseoverskridende interesse. Sådanne interne retningslinjer skal være baseret på objektive og saglige kriterier.

Tilføjelsen i stk. 1 sker for at præcisere, at tilstedeværelsen af udenlandske leverandører ikke nødvendigvis er ensbetydende med, at vare- og tjenesteydelseskontrakter automatisk har klar grænseoverskridende interesse. Forarbejderne kan eventuelt i stedet afspejle dette.

## 2) Brug af vejledende forhåndsmeddelelser

For at sikre en effektiv afdækning af begrebet "klar grænseoverskridende interesse" bør der åbnes op for, at ordregivere kan gøre brug af vejledende forhåndsmeddelelser, jf. bemærkningerne til den nuværende § 191 om light-regimet, og derigennem afløfte annonceringspligten. Dette sikrer gennemsigtighed for både danske og udenlandske virksomheder, som ved at tilkendegive interesse i en kontrakt kan blive inviteret til at afgive tilbud og kontrakten bliver på den måde annonceret. Hvis udenlandske virksomheder ikke tilkendegiver interesse, har ordregiver samtidigt afkræftet, hvorvidt kontrakten har klar grænseoverskridende interesse.

Konkret foreslås den nuværende §191 udvidet med en tilføjelse i stk. 3 (angivet nedenfor med **fed**) samt indsættelse af nye stk. 4 og stk. 5. Bestemmelsen kunne lyde:

**§191, stk. 3. Forud for indgåelsen af vare- og tjenesteydelseskontrakter med klar grænseoverskridende interesse i henhold til udbudslovens afsnit IV skal ordregivere annoncere kontrakten på [www.udbud.dk](http://www.udbud.dk) eller ved fremgangsmåden i stk. 4.**

Stk. 4. Forpligtelsen til at annoncere indhentning af tilbud med klar grænseoverskridende interesse i henhold til udbudslovens afsnit IV på [www.udbud.dk](http://www.udbud.dk) anses tilsvarende for opfyldt ved offentliggørelse af enten en udbudsbekendtgørelse i supplementet til Den Europæiske Unions Tidende eller en vejledende forhåndsmeddelelse i supplementet til Den Europæiske Unions Tidende.

Stk. 5. Forhåndsmeddelelser skal indeholde de oplysninger, der er omhandlet i bilag V, del I, 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). Meddelelsen skal angive, at kontrakterne vil blive tildelt uden yderligere offentliggørelse, opfordre interesserede økonomiske aktører til skriftligt at tilkendegive deres interesse samt fristen for interessetilkendegivelsen.

Stk. 6. Hvis ingen udenlandske økonomiske aktører tilkendegiver interesse for kontrakten indenfor fristen kan ordregiver foretage indkøbet på markedsmæssige vilkår, jf. § 193.

Som konsekvens af ovenstående forslag vil det nuværende stk. 2, bliver rykket til et nyt stk. 7.

Det kan overvejes, hvorvidt stk. 5 og stk. 6 er nødvendig direkte i loven. Derudover kan det overvejes, hvorvidt stk. 3 og 4 bør fremgå af "Bekendtgørelsen om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse".

## 6. Udvidet adgang til at ændre kontrakter i driftsfasen

### Baggrund:

- Mange offentlige kontrakter strækker sig over en længere periode – ofte omkring 4 år. Udbudsmaterialet tager tid at udarbejde, processen tid at afholde og ofte ændrer verden sig undervejs. Der opstår derfor ofte et behov for at ændre i en kontrakt i driftsfasen, pga. ændrede markeder, politiske krav eller simpelthen fordi nye behov opstår i takt med samfundsudviklingen.
- Udbudsloven indeholder efter sin ordlyd mulighed for, at en kontrakt eller rammeaftale kan indeholde bestemmelser om kontraktændringer. I lovbemærkningerne præciseres det, at sådanne ændringer kan omfatte ændringer i kontraktgenstanden eksempelvis i form af udskiftning eller udvidelse i kontraktens genstand.
- Dog har Klagenævnet for Udbud i flere kendelser ikke medtaget indholdet af lovbemærkningerne i deres vurdering. Det skaber usikkerhed om retstilstanden og udfordrer ordregivers muligheder for at tage højde for opdateringer og innovation i sine udbud. Dette kan føre til, at de offentlige kontrakter bliver unødvendigt rigide med en meget begrænset mulighed for at tilføje nye, innovative produkter og løsninger i rammeaftalens levetid.

### Løsning:

- For at skabe større fleksibilitet og sikre innovation og mere bæredygtige indkøb, bør adgangen til at foretage ændringer efter kontraktindgåelse søges udvidet. En blandt flere muligheder kan være at indarbejde en ikke-udtømmende positivliste over forhold, der kan ændres uden at ændre på kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter.

### Konkrete løsningsforslag:

KFST angiver i evalueringsrapporten af maj 2021, at høringen peger på, at der kan være behov for at skabe yderligere klarhed om, hvornår reglerne om ændringer af kontrakter finder anvendelse. Hertil understreger KFST, at tilpasninger i udbudslovens regler om ændring af kontrakt klart skal holde sig inden for de rammer, som udspringer af udbudsdirektivet og EU-Domstolens praksis. Det er parternes vurdering, at der i lovbemærkninger findes formuleringer, der ville kunne bidrage med klarhed, såfremt bemærkningerne blev trukket frem i lovteksten. Dette understøttes af, at KFST i evalueringsrapporten angiver, at der med *lovbemærkningerne til udbudsloven er 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).*

Konkret foreslås det på denne baggrund, at der indføres en ny § 179, stk. 2, som supplement til den eksisterende § 179, der indeholder de principper, som i dag fremgår af lovbemærkningerne og af udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 111.

Dette kunne ske på flere måder.

### Løsning 1:

Bestemmelsen kunne lyde (indførsel af de generelle principper som beskrevet i lovbemærkningerne):

§ 179, stk. 2. Ændringer af en kontrakt eller en rammeaftale i form af udvidelse eller tilpasning, der er omfattet af en klausul, der opfylder betingelserne i stk. 1, anses ikke for at ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter, når

- 1) kontraktens eller rammeaftalens genstand fortsat har tilsvarende grundlæggende tekniske specifikationer eller har tilsvarende grundlæggende funktionalitet eller karakteristika.
- 2) ændringen af en kontrakt eller rammeaftales genstand sker på grundlag af en teknologisk videreudvikling eller forbedring af kontraktgenstanden, således at kontrakten eller rammeaftalen fortsat er egnet til at opfylde kontraktens eller rammeaftalens overordnede formål.

### Løsning 2:

Bestemmelsen kunne lyde (en mere tekstnær implementering af lovbemærkningerne og direktivet):

§ 179, stk. 2. Ændringer af en kontrakt eller en rammeaftale i form af udvidelse, udskiftning eller tilpasning, der er omfattet af en klausul, der opfylder betingelserne i stk. 1, anses ikke for at ændre kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter, når

- 1) ændringen omfatter prisindeksering og produktudskiftning med henblik på sikring af, at kontraktgenstanden, der skal leveres over en længere periode, er tidssvarende i forhold til udviklingen på markedet, hvilket kan skyldes, at kontraktgenstanden eller dele heraf ikke længere markedsføres eller markedsføres i en ny og mere miljøvenlig eller forbedret udgave.
- 2) ændringen sker med henblik på sikring af, at kontraktgenstanden herunder sortimenter, der skal leveres over en længere periode, er tidssvarende i forhold til udviklingen på markedet, hvilket kan skyldes, at kontraktgenstanden eller en del heraf markedsføres i en ny og mere miljøvenlig eller forbedret udgave, hvor den oprindelige kontraktgenstand eller dele heraf endnu ikke er udfaset.

### Vejledning

Som supplement til ovenstående konkrete tekstforslag til nye lovbestemmelser er det parternes anbefaling, at KFST i samarbejde Rådgivningsenheden udarbejder en vejledning med konkrete teksteksempler på, hvordan klare, præcise og entydige klausuler kan formuleres, således de opfylder kravene i § 179, stk. 1. Dette således der skabes grundlag for mere dynamiske og innovative kontrakter og rammeaftaler, der følger markedsudviklingen i overensstemmelse med de udbudsretlige regler til fordel for både ordre- og tilbudsgivere.



## 7. Lettere dokumentationskrav

### Baggrund

- Det er nødvendigt at fastholde et fokus på, hvordan reglerne i udbudsloven understøtter, at transaktionsomkostningerne i forbindelse med udbud holdes mest muligt nede.

### Løsning

- Det anbefales, at det afdækkes, om der kan fjernes unødvendige besværlige dokumentationskrav og samtidig anbefales det, at adgangen til at kræve unødigt dokumentation tidligt i udbuds processen begrænses.

### Konkrete løsningsforslag

#### 1) *Nabotjek*

Dokumentation af oplysningerne i ansøgers eller tilbudsgiveres ESPD'er er en ressourcekrævende opgave, der øger transaktionsomkostningerne forbundet med at sende offentlige opgaver i udbud. Særligt SMV'er oplever, at det er byrdefuldt at samle og oversende den relevante dokumentation.

Særligt i de tilfælde, hvor der skal indhentes dokumentation udenfor Danmarks grænser, kan det være vanskeligt både at indhente dokumentationen, men også at sikre sig, at det er den rigtige dokumentation der er indhentet. Dette skal særligt ses i lyset af, at EU's hjælpeværktøj på området, e-certis, endnu ikke er fuldt funktionsdygtigt.

En lettelse af dokumentationsbyrden hos både ordregivere og tilbudsgivere ville være at acceptere tro- og loveerklæringer som dokumentation. Dette er i dag almindelig praksis i Sverige.

Det anbefales derfor, at der udføres et nabotjek i eksempelvis Sverige, Tyskland, og Finland med henblik på for at afdække landenes praksis for brug af dokumentation, herunder særligt deres brug af tro og loveerklæringer som alternativ til opfyldelse af omfattende dokumentationskrav. Nabotjekket kunne udføres ved, at det tages kontakt til det pågældende lands ressortmyndig svarende til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

#### 2) *Begrænsning af adgang til at kræve dokumentation for virksomhedernes oplysninger i ESPD'et*

Tilbudsgiver oplever, at aflevering af dokumentation for oplysningerne i ESPD'et er en ressourcekrævende opgave, der øger transaktionsomkostningerne forbundet med at byde på offentlige opgaver i udbud.

Der er behov for at sikre, at ordregiver så vidt muligt kun kræver dokumentation for oplysningerne i den vindende tilbudsgivers ESPD, medmindre der er konkrete grunde til i videre omfang at kræve dokumentation.

Som reglerne er i dag, jf. udbudslovens § 151, stk. 2, kan ordregiveren på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren kræve, at alle ansøgere eller tilbudsgivere fremlægger dokumentation, når dette er nødvendigt for, at proceduren gennemføres korrekt.

Det skal understreges, at hovedreglen i udbudsloven er, at ordregivere alene skal indhente dokumentation fra den vindende tilbudsgiver. For at indhegne adgangen til tidlig indhentning af dokumentation bør det tilføjes i

udbudsloven, at dette alene kan ske på baggrund af en konkret vurdering. Det foreslås, at udbudslovens § 151, stk. 2, ændres, således at bestemmelsen formuleres på følgende måde:

§151, stk.2. Ordregiveren kan undervejs i udbudsproceduren i særlige situationer kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremlægger dokumentation som nævnt i § 152, jf. dog stk. 3 og 5, når ordregiveren på baggrund af en konkret vurdering finder, at dette er nødvendigt for, at proceduren gennemføres korrekt.