

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen  
Carl Jacobsens Vej 35  
2500 Valby  
Sendt pr. e-mail: ok@kfst.dk

Den 4. marts 2022

## **Høring over forslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om Klagenævnet for Udbud**

Dansk Erhverv har modtaget Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens høring af 3. februar 2022 vedrørende udkast til forslag til lov om ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om Klagenævnet for Udbud.

Dansk Erhvervs bemærkninger til lovudkastet fremgår af dette høringssvar med bilag 1 og 2.

Dansk Erhverv bifalder overordnet ønsket om at forbedre rammerne for offentlig-privat samarbejde i Danmark. Dansk Erhverv kan således tilslutte sig de regelændringer i lovudkastet, der har til formål at sikre øget fleksibilitet, klarere regler og lavere transaktionsomkostninger.

Dansk Erhverv finder dog samtidig, at lovudkastet forbigår væsentlige behov for regelændringer, og at lovudkastet på en række punkter indeholder forslag til uhensigtsmæssig regulering, således som der nærmere redegøres for i dette høringssvar.

### **Læsevejledning**

Dansk Erhvervs høringssvar består af fire dele: *Principielle overvejelser – udbudsloven som proceslov; Refleksion over fælles anbefalinger og proces i forbindelse med evalueringen af udbudsloven; Emner af særlig betydning for Dansk Erhverv og Specifikke bemærkninger til høringsudkastet.*

Indledningsvis (side 2) redegøres for Dansk Erhvervs principielle overvejelser om udbudsloven som proceslov. Herefter (side 2-3) redegøres for de fælles anbefalinger til ændringer af udbudsloven (bilag 1), som en bred skare af repræsentanter fra ordre- og tilbudsgivere står sammen om, ligesom der redegøres for Dansk Erhvervs opfattelse af processen forbundet med evalueringen af udbudsloven. Dernæst (side 3) redegøres for emner af særlig betydning for Dansk Erhverv med henvisning til Dansk Erhvervs tidligere høringssvar af 20. februar 2019 (bilag 2). Herefter (side 4-15) følger Dansk Erhvervs specifikke bemærkninger til høringsudkastet og de konkrete ændringsforslag heri.

## **Principielle overvejelser – udbudsloven som proceslov**

Udbudsloven er en proceslov. Loven regulerer selve processen for samarbejdet om indkøbet mellem ordregiver og tilbudsgiver. Det er Dansk Erhvervs opfattelse, at udbudsloven forsat skal være en proceslov. Loven skal således ikke regulere indholdet af samarbejdet, men udelukkende processen og rammerne herfor. Udbudsloven skal ikke indeholde regulering, der fremmer politiske særinteresser, uagtet hvor gode de politiske intentioner måtte være.

Minimering af transaktionsomkostningerne, både hos ordregivere og tilbudsgivere, er en af målsætningerne med udbudsloven. Den målsætning har Dansk Erhvervs fulde tilslutning. Desværre er det Dansk Erhvervs opfattelse, at lovudkastet strider imod denne målsætning og øger transaktionsomkostningerne ved at inddrage forhold, der regulerer indholdet i samarbejdet, men intet har med selve udbudsprocessen at gøre.

Dansk Erhverv opfordrer til, at udbudsloven fastholdes som en proceslov, og at det politiske flertal i stedet gør brug af muligheden for at regulere og implementere politiske særinteresser i anden lovgivning. Det er Dansk Erhvervs holdning, at dette vil skabe det bedste udgangspunkt for, at udbudsloven også fremover danner ramme for et stærkt offentlig-privat samarbejde med færrest mulige transaktionsomkostninger.

## **Refleksion over fælles anbefalinger og proces i forbindelse med evalueringen af udbudsloven**

Repræsentanter for alle betydende ordre- og tilbudsgivere – herunder SKI, KL, DI, DI Byggeri, SMVDanmark, IKA, Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI), Danske Regioner, Dansk Erhverv (parterne) – står sammen om en række konkrete ændringsforslag til udbudsloven, jf. vedhæftede bilag 1 “Fælles forslag til ændringer af udbudsloven” af oktober 2021.

Ændringsforslagene er udarbejdet i samarbejde mellem parterne og er baseret på omfattende praktiske erfaringer med anvendelsen af udbudsloven. Der er tale om konkrete forslag til ændring af udbudsloven inden for en række udbudsfaglige temaer. Det er parternes vurdering, at en gennemførelse af de fælles anbefalinger vil medføre meget betydelige forbedringer af det offentlig-private samarbejde.

Forslagene vil nedbringe transaktionsomkostningerne for både ordregivere og tilbudsgivere og understøtte et mere SMV-venligt og innovativt samspil med ordregivere og tilbudsgivere. Et stærkere offentlig-privat samarbejde vil være til gavn for hele Danmark og skabe et stærkere udgangspunkt for fremtidens velfærdssamfund samt styrke dansk konkurrenceevne.

På trods af det forhold, at repræsentanter for ordregivere og tilbudsgivere sammen har afgivet disse konkrete ændringsforslag til forbedring af udbudsloven, er de kun i yderst begrænset omfang afspejlet i udkastet til ændring af udbudsloven fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Dette forhold efterlader et billede af, at input fra parterne på området med reel praktisk erfaring ikke er blevet inddraget og hørt.

Parterne anerkender, at det foreliggende udkast til ændringslov indeholder positive elementer. Dog vurderer parterne samlet set, at lovudkastet i utilstrækkelig grad imødekommer behovet for mere klarhed og fleksibilitet, som vil kunne bidrage til at nedbringe transaktionsomkostningerne og understøtte mere innovation i løsningen af de offentlige opgaver. Parterne finder, at det er af afgørende betydning, at høringsudkastet justeres med henblik på at imødekomme parternes fælles forslag inden fremsættelsen i Folketinget. Derfor opfordrer parterne bag forslagene beslutningstagerne til i særlig grad at tage forslagene i bilag 1 med i overvejelserne og beslutningerne, når udbudsloven skal ændres.

### **Emner af særlig betydning for Dansk Erhverv**

Dansk Erhverv har tidligere afgivet hørings svar i forbindelse med evalueringen af udbudsloven, jf. vedhæftede bilag 2 "Hørings svar vedrørende evaluering af udbudsloven" af 20. februar 2019.

Dansk Erhverv mener fortsat, at anbefalingerne fra hørings svaret af 20. februar 2019 er yderst relevante, og at deres gennemførelse vil medvirke til et betydeligt forbedret offentlig-privat samarbejde med færre transaktionsomkostninger, hvorfor hørings svaret vedhæftes i sin helhed som bilag 2.

I nærværende hørings svar finder Dansk Erhverv særligt anledning til på ny at fremhæve budskabet fra hørings svaret af 20. februar 2019 om, at der er behov for *øget gennemsigtighed* i udbud, jf. punkt 3 i bilag 2.

#### *Punkt 3.1. i bilag 2 – Øget gennemsigtighed i forbindelse med annullationer*

I punkt 3.1. i bilag 2 peger Dansk Erhverv på behovet for øget gennemsigtighed, når ordregivere annullerer udbud. Annullation skal ske på et sagligt grundlag, og det bør være ordregiver, der bærer bevisbyrden for, at det saglige grundlag er til stede.

Som retsstillingen er i dag, skal tilbudsgiver ved en klagesag løfte bevisbyrden for, at annullationen har været usaglig. Denne bevisbyrde er ganske svær at løfte, fordi det er den ordregivende part, der er i besiddelse af "bevismaterialet". Dansk Erhverv opfordrer til, at denne retstilstand ændres, således at det fremover er ordregiver, der skal kunne redegøre for sagligheden i forbindelse med annullationen, jf. pkt. 3.1. i bilag 2. Dermed vil man også fremme anvendelsen af de almindelige principper om god forvaltningskik i den offentlige forvaltning. Hertil kommer, at en sådan regulering vil medføre øget retssikkerhed for virksomhederne samt mindske transaktionsomkostningerne.

#### *Punkt 3.2. i bilag 2 – Skærpet regulering af rammeaftaler*

I punkt 3.2. i bilag 2 peger Dansk Erhverv på behovet for skærpet regulering af rammeaftaler. Desværre er kalkulationen af den forventede omsætning på rammeaftaler ofte langtfra udtryk for den reelle omsætning. Uanset om omsætningen er sat for lavt eller for højt, er dette u hensigtsmæssigt. Derfor er der behov for at skærpe kravene til ordregiverne, når omsætningen skal kalkuleres.

Dansk Erhverv har i pkt. 3.2. i bilag 2 fremsat et konkret forslag til en ændring af udbudsloven, der vil adressere denne udfordring.

## **Specifikke bemærkninger til høringsudkastets ændringsforslag**

### **Ad lovudkastets § 1, nr. 1 – indskrænkning af adgangen til aktindsigt**

Med lovudkastets nr. 1 gennemføres en væsentlig indskrænkning i adgangen til aktindsigt i forhold til gældende ret, idet offentlighedsloven efter lovudkastet ikke længere skal finde anvendelse for andre tilbud og oplysninger herom end det vindende tilbud for så vidt angår tilbud afgivet i henhold til procedurer efter udbudsloven. Som formål med indskrænkningen anføres i lovudkastets bemærkninger for det første hensynet til at undgå, at aktindsigt til ordregivere anvendes på en måde, hvorved der er risiko for at fordreje konkurrencen, og for det andet ønsket om at opnå en administrativ besparelse.

Dansk Erhverv finder, at der under hensyntagen til offentlighedslovens overordnede samfundsmæssige formål grundlæggende kun bør foretages indskrænkninger i den offentlighedsordning, som følger af offentlighedslovens regulering, hvis der er særdeles tungtvejende hensyn, der taler for en sådan indskrænkning.

I offentlighedslovens § 1 fastlægges de formål, som loven navnlig har til formål at understøtte. Blandt disse formål angives både hensynet til informations- og ytringsfriheden (nr. 1), offentlighedens kontrol med den offentlige forvaltning (nr. 3) og mediernes formidling af informationer til offentligheden (nr. 4).

Adgangen til aktindsigt i udbudssager er navnlig reguleret i udbudslovens nugældende § 5 og offentlighedslovens generelle bestemmelse om dokumentaktindsigt i lovens § 7.

Det er efter disse regler udgangspunktet, at der skal gives aktindsigt i alle (endelige) dokumenter i udbudssagen, herunder i både vindende og forbigåede leverandørers tilbud og i ordregiverens endelige evalueringsrapport.

Fra dette generelle udgangspunkt gælder navnlig den undtagelse, der følger af reglen i offentlighedslovens § 30, nr. 2, hvorefter retten til aktindsigt ikke omfatter oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold eller lignende, for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, oplysningerne angår, at anmodningen ikke imødekommes.

Efter offentlighedslovens forarbejder indebærer denne bestemmelse, at myndigheden skal foretage en vurdering af, om aktindsigt i sådanne oplysninger må antages at indebære en nærliggende risiko for, at der – typisk af konkurrencemæssige grunde – påføres den pågældende person eller virksomhed navnlig økonomisk skade af nogen betydning.

Der gælder endvidere efter offentlighedslovens forarbejder en klar formodning for, at udlevering af oplysninger vil have en sådan økonomisk skadevirkning. Af offentlighedslovens forarbejder fremgår endvidere, at myndigheden bør indhente en udtalelse fra tilbudsgiveren, inden myndigheden træffer afgørelse i sagen. En sådan høringspligt følger tillige af reglerne om god forvaltningsskik.

Betydningen af offentlighedslovens § 30, nr. 2, i udbudssager er fastlagt i en omfattende praksis i Klagenævnet for Udbud.

For så vidt angår oplysninger om virksomheders pristilbud er hovedindholdet af denne praksis, at delpriser eller enhedspriser normalt kan undtages fra aktindsigt. Dette er i klagenævnspraksis begrundet med, at en konkurrerende virksomheds kendskab til en tilbudsgivers prissætning efter omstændighederne vil kunne indebære en nærliggende risiko for at skade tilbudsgivers konkurrenceevne. For så vidt angår de evalueringstekniske totalpriser (samlede priser) er praksis, at disse normalt ikke kan undtages fra aktindsigt, idet ordregiveren dog skal foretage en konkret vurdering af, om aktindsigt i de evalueringstekniske totalpriser kan have væsentlig økonomisk skadevirkning for tilbudsgiveren. Af den grund kan samlede priser, hvoraf delpriser eller enhedspriser let kan udledes, undtages fra aktindsigt.

Klagenævnspraksis besvarer også på andre områder de tvivlsspørgsmål, som offentlige ordregivere kan stå over for, når det skal vurderes, om en anmodning om aktindsigt ikke skal imødekommes på baggrund af reglen i offentlighedslovens § 30, nr. 2. Spørgsmål om aktindsigt i løsningsbeskrivelser, fremstillingsmetoder, produktsammensætninger, referencelister, medarbejderes cv'er og tilbudsgivers omsætningstal mv. er således alle velbelyste i klagenævnspraksis.

For så vidt angår det i lovudkastet førstnævnte formål med ændringsudkastets § 5 a, stk. 1 – at forebygge fordrejning af konkurrencen – er det således Dansk Erhvervs opfattelse, at den gældende retstilstand på baggrund af offentlighedslovens § 30, nr. 2, og klagenævnspraksis er udtryk for en fintmasket og hensigtsmæssig regulering af adgangen til aktindsigt i udbudssager, som sikrer en afbalanceret hensyntagen til den vindende tilbudsgivers, andre tilbudsgivers og ordregivers interesser samt til andre samfundsmæssige interesser.

Dansk Erhverv finder derfor ikke, at de i lovudkastet anførte grunde til indskrænkningen med tilstrækkelig vægt kan begrunde udkastets ændringsforslag. For så vidt angår udkastets nævnte formål finder Dansk Erhverv det i øvrigt ikke oplyst eller dokumenteret, at den gældende retstilstand har medvirket til en fordrejning af konkurrencen. Tværtimod sikrer den afbalancerede retstilstand, som følger af Klagenævnet for Udbuds praksis, at dette ikke er tilfældet.

Det er ligeledes Dansk Erhvervs opfattelse, at det i ændringsudkastet anførte andet formål – opnåelsen af administrative besparelser eller hensynet til administrativ konvens – på ingen måde kan begrunde en vidtgående begrænsning i adgangen til aktindsigt i tilbud efter udbudsloven. Dansk Erhverv skal i den forbindelse bemærke, at offentlighedsloven allerede efter gældende ret indeholder en ressourceforbrugsregel i lovens § 9, stk. 2, nr. 1, som giver en offentlig ordregiver adgang til at afslå behandlingen af en aktindsigtssag, hvis behandlingen af en anmodning vil nødvendiggøre et uforholdsmæssigt ressourceforbrug.

Omfanget af det ressourceforbrug, der efter ressourceforbrugsreglen i offentlighedslovens § 9, stk. 2, nr. 1, kan begrunde et afslag på aktindsigt, er navnlig fastslået i Folketingets Ombudsmands praksis.

Dansk Erhverv finder – ikke mindst under hensyntagen til offentlighedslovens overordnede formål, herunder også den effektive kontrol med offentlige myndigheders indkøb hos private leverandører – intet grundlag for, at der for så vidt angår sager om tilbud efter udbudsloven skulle gælde en anden balance mellem hensynet til offentlighedsprincippet og ordregivernes ressourceforbrug i aktindsigtssager end den, der følger af ressourceforbrugsreglen og Folketingets Ombudsmands generelle praksis herom.

For så vidt angår undtagelsesbestemmelsen i lovudkastets § 5 a, stk. 2, hvorefter lovudkastets hovedregel ikke skal gælde, når en anmodning om aktindsigt er nødvendig for at kunne varetage hensynet til effektiv kontrol, er det Dansk Erhvervs vurdering, at en sådan regel langt fra er tilstrækkelig til at sikre, at anmodninger om aktindsigt i netop sådanne sager *vil* blive imødekommet, allerede fordi det i sådanne sager er den offentlige ordregiver selv, der i første række træffer afgørelsen af, om betingelsen om ”effektiv kontrol” er opfyldt.

Dansk Erhverv finder det endvidere ganske uklart, hvordan undtagelsesbestemmelsen i § 5 a, stk. 2, tilsigtes anvendt i praksis. I den situation, hvor en tilbudsgiver, der ikke har opnået den udbudte kontrakt, overvejer at anlægge en klagesag, er det således uklart, om dette forhold i sig selv er tilstrækkeligt til, at hovedreglen § 5 a, stk. 1, ikke finder anvendelse. På samme måde finder Dansk Erhverv det uklart, hvilken rækkevidde undtagelsesbestemmelsen forudsættes tillagt i forhold til eksempelvis journalister eller samfundsvidenskabelige forskere eller i forhold til virksomheder, der slet ikke har deltaget i udbuddet, men godtgør en væsentlig interesse i ”effektiv kontrol”.

De nævnte persongrupperes adgang til aktindsigt er derimod afklaret efter den gældende retstilstand. Dansk Erhverv finder af de ovenfor beskrevne grunde ikke anledning til at gennemføre de i lovudkastet anførte, uklart afgrænsede indskrænkninger i adgangen til aktindsigt.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at bestemmelsen i lovudkastets nr. 1 i sin helhed udgår af lovforslaget, og at den hidtidige retstilstand for så vidt angår adgangen til aktindsigt i udbudssager oprettholdes.

### **Ad lovudkastets § 1, nr. 2 – regionale og kommunale kontrolsamarbejder**

Med bestemmelsen i lovudkastets nr. 2 gennemføres muligheden for, at kommunale og regionale ordregivere kan etablere samarbejder som led i kontrollen med overholdelsen af kontraktuelle forpligtelser.

Det er Dansk Erhvervs opfattelse, at der er en politisk sammenhæng mellem dette forslag og forslaget om oplæringskrav, hvorfor Dansk Erhverv finder anledning til at redegøre for Dansk Erhvervs vurdering af denne bestemmelse i sammenhæng med vurderingen tilkendegivet ad lovudkastets nr. 29-31.

Ordregivere bør i deres kontrakter naturligvis kun stille krav, der reelt bliver fulgt op på. Krav, der ikke følges op på, savner mening, og derfor kan kontrolsamarbejder på tværs af regions- og kommunegrænser øge sikkerheden for, at der leveres i henhold til de indgåede kontrakter.

Det er ordregivers prærogativ at stille krav til leverandørerne, og med muligheden for samarbejde om opfølgning vil det for ordregiverne også blive lettere at følge op på, om leverandørerne lever op til krav om oplæringspladser.

Det har tidligere været en udfordring for nogle ordregivere at kontrollere opfyldelsen af krav til oplæringspladser, hvilket formentlig også er baggrunden for, at dette forslag er indsat i lovudkastet.

Med muligheden for øget samarbejde om bedre opfølgning på de indgåede kontrakter bliver behovet for uhensigtsmæssig lovregulering af forhold, der ikke vedrører selve udbudsprocessen, mindre. Det gælder også kravet om oplæringspladser.

Med den øgede mulighed for samarbejde om kontrol af leverandørerne opfordrer Dansk Erhverv til, at udbudsloven fastholdes som proceslov, og at eventuelle politiske hensyn reguleres i anden lovgivning, jf. Dansk Erhvervs principielle holdning anført ovenfor.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at bestemmelsen i lovudkastets nr. 2 gennemføres, men at dette sker i sammenhæng med, at kravet om oplæringspladser udgår.

### **Ad lovudkastets § 1, nr. 9-11 – præcisering af adgangen til at anvende fleksible udbudsformer**

Dansk Erhverv hilser den øgede fleksibilitet, som lovudkastets regulering vil afstedkomme, velkommen. Navnlig finder Dansk Erhverv lovudkastets tydeliggørelse af, at tilbudsgivers behov for tilpasning af sit tilbud kan indgå som et element i vurderingen af, hvorvidt et udbud uden forhandling ikke vil føre til et tilfredsstillende resultat, hensigtsmæssig.

Dansk Erhverv er endvidere enig i vurderingen af, at ændringerne i § 61, stk. 4, og § 67, stk. 4, kan have en positiv effekt på transaktionsomkostningerne, idet ordregiver kan overgå til udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog uden fornyet offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.

Den øgede fleksibilitet må forventes at ville nedbringe antallet af annullerede udbud og reducere unødvendige transaktionsomkostninger, hvilket ikke mindst har betydning for SMV'ernes adgang til det offentlige marked.

Dansk Erhverv henviser i den forbindelse til de fælles anbefalinger til ændringer af udbudsloven, jf. bilag 1.

Dansk Erhverv finder dog anledning til at bemærke, at offentlige ordregivere generelt meget nøje fra udbudsprocessens tidligste faser bør overveje, hvordan udbuddet under hensyntagen til indkøbs karakter og de mulige leverandørers løsningsmuligheder kan tilrettelægges således, at transaktionsomkostningerne nedbringes mest muligt.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at bestemmelserne i lovudkastets nr. 9-11 gennemføres.

### **Ad lovudkastets § 1, nr. 12 – shortlisting**

Med bestemmelsen i lovudkastets nr. 12 indføres en øget fleksibilitet for ordregivere i forbindelse med gennemførelsen af udbud med forhandling, således at ordregivere kan foretage en udvælgelse, inden forhandlingerne går i gang. Dermed kan der allerede på dette tidspunkt på baggrund af de indledende tilbud ske en udvælgelse, som sikrer, at forhandlingen koncentrerer sig om de (mest) relevante tilbudsgivere (shortlisting). På samme måde kan der også gennemføres forhandlinger i flere faser, hvor der successivt sker shortlisting.

Denne adgang til shortlisting er efter Dansk Erhvervs opfattelse grundlæggende hensigtsmæssig. Hverken ordregiver eller leverandører har en interesse i at indlede eller fortsætte forhandlinger, der ikke kan føre til en kontraktindgåelse, og bestemmelsen vil således kunne bidrage til at sikre, at transaktionsomkostningerne reduceres. Dansk Erhverv henviser også i denne forbindelse til de fælles anbefalinger til ændringer af udbudsloven, jf. bilag 1.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at bestemmelsen i nr. 12 gennemføres.

### **Ad lovudkastets § 1, nr. 13 – ændring af mindstekrav i konkurrencepræget dialog**

Dansk Erhverv finder lovudkastets ændring af adgangen til brugen af konkurrencepræget dialog, hvor der åbnes for, at ordregiver kan ændre grundlæggende elementer, herunder kriterier for tildelelse, uhensigtsmæssig.

Det er Dansk Erhvervs opfattelse, at ændringsbestemmelserne kan øge transaktionsomkostningerne samt medføre konkurrencemæssige udfordringer. Mange tilbudsgivere – herunder SMV'er – anvender mindstekrav til at vurdere, hvorvidt en opgave er interessant for dem at byde på. Såfremt man åbner for muligheden for at justere mindstekrav, undergraver man det grundlag, som tilbudsgiverne træffer deres beslutning på, og skaber en potentiel transaktionsomkostningsdriver.

Dansk Erhverv kan tilslutte sig det bagvedliggende ønske om at øge fleksibiliteten, men kan ikke støtte ændringsudkastet.

I stedet for at åbne for adgangen til at ændre mindstekrav mener Dansk Erhverv, at der bør være fokus på en ændring i udbudspraksis, således at ordregiver stiller få og relevante mindstekrav med simple og målrettede udvælgelseskriterier. Det vil sikre, at tilbudsgiverne træffer beslutninger på et korrekt grundlag og undgår at bruge unødige ressourcer på et udbud, som ikke viser sig relevant. Samtidig undgår man, at tilbudsgivere, som faktisk kan løse opgaven, undlader at byde grundet mindstekrav.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at bestemmelsen i nr. 13 udgår af lovforslaget.



### **Ad lovudkastets § 1, nr. 16 – pligtmæssig udelukkelse af ansøgere fra skattelylande**

Med lovudkastets nr. 16 etableres en ordning, der sikrer pligtmæssig udelukkes af tilbudsgivere etableret i lande, der er optaget på den gældende EU-liste over ikkesamarbejdsvillige skattejurisdiktioner og ikke har tiltrådt WTO's Government Procurement Agreement eller øvrige handelsaftaler, der forpligter Danmark til at åbne markedet for offentlige kontrakter for tilbudsgivere etableret i det pågældende land.

Dansk Erhverv finder lovudkastets ordning hensigtsmæssig. Det er Dansk Erhvervs opfattelse, at tilbudsgivere etableret i skattelylande skal kunne fravælges, således at det undgås, at offentlige midler ender i skattely. Det er i den forbindelse vigtigt, at det er EU-listen over ikkesamarbejdsvillige skattejurisdiktioner, der danner grundlag for udelukkelsen.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at bestemmelsen i nr. 16 gennemføres.

### **Ad lovudkastets § 1, nr. 17-20 – tvivl om tilbudsgivers integritet, obligatorisk udelukkelsesgrund**

Med lovudkastets nr. 17-20 tilføjes udelukkelsesgrunden alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om tilbudsgiverens integritet, til de obligatoriske udelukkelsesgrunde. Det vil herefter være pligtmæssigt for ordregiveren at anvende udelukkelsesgrunden.

Dansk Erhverv kan tilslutte sig, at udelukkelsesgrunden alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om tilbudsgiverens integritet, overføres til de obligatoriske udelukkelsesgrunde.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at bestemmelserne i nr. 17-20 gennemføres.

### **Ad lovudkastets § 1, nr. 21 – pligtmæssig indhentelse af pålidelighedsvurdering fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen**

Med initiativet i lovudkastets nr. 21 indføres den ordning, at ordregiveren skal indhente en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til vurdering af en økonomisk aktørs pålidelighed, når tilbudsgivere, der er omfattet af udelukkelsesgrundene i udbudslovens §§ 135-137, kan forelægge dokumentation, der viser, at ansøgeren eller tilbudsgiveren skal anses for at være pålidelig (self-cleaning).

Dansk Erhverv finder det overordnet hensigtsmæssigt, at der etableres en ordning, der tilvejebringer større sikkerhed i vurderingerne af virksomhedernes self-cleaning. En sådan ordning vil navnlig kunne skabe en større ensartethed i forskellige offentlige ordregiveres vurderinger af samme eller sammenlignelig dokumentation og dermed tilvejebringe større retssikkerhed for tilbudsgiverne og forøget transparens til gavn for alle parter.

Dansk Erhverv finder det imidlertid tvivlsomt, om det er hensigtsmæssigt, at dette sker ved etableringen af en ny enhed under Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

En sådan enhed vil skulle etablere et omfattende videns- og kompetencegrundlag for at kunne foretage de foreslåede vurderinger med tilstrækkelig sikkerhed. Etableringen heraf er erfaringsmæssigt tidskrævende, og det fornødne videns- og kompetencegrundlag vil efter Dansk Erhvervs vurdering formentlig være vanskeligt at opnå, uden at vurderingerne – i hvert fald i en betydelig periode efter enhedens etablering – vil være en faktor, som vil kunne forsinke den offentlige ordregivers beslutningsproces væsentligt.

Hertil kommer, at udtalelserne i alle tilfælde kun vil være vejledende og i de vanskelige grænsetilfælde må forventes at være behæftet med tvivl.

Disse forhold betyder efter Dansk Erhvervs opfattelse, at der er en betydelig risiko for, at indhentelsen af vurderingerne vil være en faktor, som vil kunne forsinke udbudsprocessen væsentligt, og at vurderingerne ikke vil få den ønskede gennemslagskraft.

Dansk Erhverv finder det derfor mest hensigtsmæssigt, at vurderingen af alle spørgsmål vedrørende ordregivernes bedømmelse af tilbudsgivernes self-cleaning varetages af Klagenævnet for Udbud, der allerede er i besiddelse af det fornødne faglige kompetencegrundlag på dette område. Der kan efter Dansk Erhvervs opfattelse med fordel indføres en forpligtelse for Klagenævnet for Udbud til at træffe alle afgørelser herom med en særskilt, kort frist.

Hvis der alligevel søges etableret en ordening, hvorefter der skal indhentes en vejledende udtalelse hos en enhed under Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, finder Dansk Erhverv det afgørende, at indhentelsen af den vejledende udtalelse ikke bliver en (væsentligt) forsinkende faktor frem mod kontraktindgåelsen. Dansk Erhverv foreslår derfor, at der i så fald i lovforslaget indføres en egentlig frist for afgivelsen af den vejledende udtalelse. Fristreglen bør efter Dansk Erhvervs opfattelse udformes således, at vurderingerne som udgangspunkt skal foretages inden for tre arbejdsdage, mens der undtagelsesvist kan benyttes flere arbejdsdage, når vurderingens kompleksitet tilsiger det.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at vurderingen af alle spørgsmål vedrørende ordregivernes bedømmelse af tilbudsgivernes self-cleaning varetages af Klagenævnet for Udbud, dog med en særskilt, kort frist. Hvis bestemmelsen i nr. 21 alligevel søges gennemført, er det Dansk Erhvervs anbefaling, at bestemmelsen tilføjes en fristregel, hvorefter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse som udgangspunkt skal afgives senest tre arbejdsdage efter sagens modtagelse.

### **Ad lovudkastets § 1, nr. 22-23 – forlænget varighed af udelukkelsesgrunde**

Med bestemmelserne i lovudkastets nr. 22-23 forlænges udelukkelsesperioden for tilbudsgivere omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde i udbudslovens § 135, stk. 1, fra fire til fem år, ligesom udelukkelsesperioden for tilbudsgivere, der er omfattet af udbudslovens § 136, nr. 3 og § 137, stk. 1, nr. 1-6, forlænges fra to til tre år.

Det fremgår af lovudkastets bemærkninger, at formålet med de foreslåede ændringer er at øge den generalpræventive effekt af udelukkelsesreglerne og sikre, at de udelukkede tilbudsgivere i en længere periode tvinges til at overveje, om allerede iværksatte foranstaltninger til dokumentation af pålidelighed er tilstrækkelige.

Dansk Erhverv finder disse ændringsbestemmelser uhensigtsmæssige. Der foreligger således ingen dokumentation for, at en forlængelse af udelukkelsesperioderne forøger den generalpræventive effekt af udelukkelsesreglerne, og de i lovudkastets nr. 22-23 anførte forlængelser må derfor efter Dansk Erhvervs opfattelse anses for signallovgivning på rent spekulativt grundlag.

En sådan ændring af udelukkelsesperioderne, der ikke er baseret på nogen evidens, kan efter Dansk Erhvervs opfattelse meget sandsynligt vise sig kontraproduktiv. Det skyldes for det første, at forlængelsen af udelukkelsesperioderne vil kunne forringe de pågældende virksomheders overlevelsesmuligheder yderligere, fordi de afskæres fra offentlige ordrer omfattet af udbudsloven i en længere periode. Det skyldes for det andet, at der med forlængelsen af udelukkelsesperioderne skabes en negativ incitamentstruktur, som gør det mindre attraktivt for de pågældende virksomheder hurtigst muligt at få elimineret de forhold i virksomheden, som betinger udelukkelsen.

Det er således Dansk Erhvervs opfattelse, at virksomhederne som det generelle udgangspunkt bør motiveres til hurtigst muligt at opfylde udbudslovens pålidelighedskrav og ikke – som lovudkastet forudsætter – i en længere periode tvinges til at overveje, om allerede iværksatte foranstaltninger til dokumentation af pålidelighed er tilstrækkelige.

**Dansk Erhverv anbefaler** på den baggrund, at bestemmelserne i udkastets nr. 22-23 udgår af lovforslaget.

#### **Ad lovudkastets § 1, nr. 24 – omsætningskrav**

Med lovudkastets nr. 24 tilvejebringes en relevant sammenhæng mellem en ordregivers krav til tilbudsgivers økonomiske formåen og ordregiversudvælgelseskriterier, når ordregiveren vælger at anvende omsætning. Hvis en ordregiver anvender omsætning til at udvælge det antal ansøgere, som opfordres til at afgive tilbud, må ordregiveren som udgangspunkt ikke lægge vægt på en ansøgers omsætning pr. år, som er højere end den dobbelte værdi af kontrakten.

Dansk Erhverv finder det meget hensigtsmæssigt, at der med denne ændring indføres en ordning, der sikrer, at virksomheder ikke bliver målt på en omsætning, der ikke står mål med kontraktens værdi. Denne regulering vil efter Dansk Erhvervs vurdering i væsentligt omfang fremme SMV'ernes muligheder for at blive leverandører på kontrakter, som de hidtil har været afskåret fra på grund af ordregivernes uforholdsmæssige krav til tilbudsgivernes soliditet.

Dansk Erhverv henviser i den forbindelse til de fælles forslag til ændringer af udbudsloven, jf. bilag 1.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at bestemmelsen i lovudkastets nr. 24 gennemføres.

### **Ad lovudkastets § 1, nr. 27-28 – begrundelseskrav ved tildeling**

Dansk Erhverv finder de i lovudkastets nr. 27-28 anførte tydeliggørelser af kravene til begrundelser meget hensigtsmæssige. Dansk Erhverv kan særligt tilslutte sig ønsket om at mindske de administrative omkostninger forbundet med anvendelsen af dynamiske indkøbssystemer og den deri liggende tilskyndelse til en øget anvendelse af denne type – efter Dansk Erhvervs opfattelse alt for sjældent benyttede – indkøbsproces.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at bestemmelserne i lovudkastets nr. 27-28 gennemføres.

### **Ad lovudkastets § 1, nr. 29-31 – oplæringskrav**

Med bestemmelserne i lovudkastets nr. 29-31 bliver ordregivere i kontrakter omfattet af den nye regulering forpligtet til at indføre bestemmelser i kontrakten, der forpligter leverandøren til at anvende personer under oplæring ved gennemførelsen af kontrakten, herunder i form af anvendelse af lærlinge ved opfyldelsen af kontrakten. Efter udkastets nr. 31 skal erhvervsministeren endvidere fastsætte ved bekendtgørelse, hvilke kontrakter der er omfattet af det nye oplæringskrav. Der bliver således tale om en positivliste over kontrakter omfattet af kravet.

Det er Dansk Erhvervs opfattelse, at udbudsloven er og forsat skal være en proceslov, der efter lovens § 2 primært har til formål at sikre, at principperne om ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet overholdes. Loven skal således ikke regulere indholdet af samarbejdet, uagtet hvor gode de politiske intentioner måtte være, men udelukkende processen og rammerne herfor. Dansk Erhverv finder derfor, at lovudkastets bestemmelser om oplæringskrav, der for første gang i dansk ret indfører egentlige indholdsmæssige krav til de kontrakter, der indgås efter udbudslovens regler, skal udgå.

Oplæringskravet i lovudkastets nr. 29-31 repræsenterer efter Dansk Erhvervs opfattelse en uhenigtsmæssig indførelse af en arbejdsmarkedspolitisk regulering ”ad bagdøren” i en lov, hvor en sådan regulering ikke hører hjemme. Reguleringen af sådanne arbejdsmarkedspolitiske spørgsmål bør efter Dansk Erhvervs opfattelse først og fremmest ske gennem aftaler mellem arbejdsmarkedets parter og gennem beskæftigelseslovgivningen.

I det omfang det konkrete udbud egner sig til krav om oplæringspladser, kan ordregiver efter gældende regler stille konkrete krav til leverandørerne om dette. Derfor mener Dansk Erhverv ikke, at generelle krav om oplæringspladser er hverken nødvendige, hensigtsmæssige eller befordrende for et effektivt og godt offentlig-privat samarbejde.

Den detailregulering, der lægges op til i lovudkastets nr. 29-31, fratager ordregiver adgangen til at tilrettelægge udbuddet bedst muligt i forhold til den konkrete opgave, ligesom muligheden for den optimale tilrettelæggelse og udførelse af det efterfølgende samarbejde mellem offentlig ordregiver

og leverandør begrænses, når der fra centralt hold stilles direkte krav i udbudsloven til opgavens gennemførelse.

Ydermere bør sådan regulering naturligvis kun finde sted, hvis den med sikkerhed er forenelig med EU-retten. Indførelsen af indholdsmæssige krav til kontrakter, der gennemføres efter udbudsloven, indebærer efter Dansk Erhvervs opfattelse en risiko for, at de ovenfor anførte direktivbaserede principper tilsidesættes.

Med indførelsen af oplæringskravet påføres ordregiverne således en betydelig procesrisiko for, at deres udbud ikke er forenelige med udbudsloven og udbudsdirektivet, herunder de direktivbaserede forudsætninger om, at et sådant krav skal have forbindelse med kontraktens genstand og skal overholde principperne om ikke-forskelsbehandling, ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, og at kravet skal overholde EU-retten i øvrigt. Dette gælder efter Dansk Erhvervs opfattelse også, selvom oplæringskravet er reguleret af den positivliste over kontrakter omfattet af bestemmelsen, som erhvervsministeren efter udkastets nr. 31 skal udstede ved bekendtgørelse.

Dansk Erhverv skal i forlængelse heraf bemærke, at Dansk Erhverv i den kommende tid vil søge nærmere belyst, om lovudkastets regulering af oplæringskravet er foreneligt med udbudsdirektivet og EU-retten.

**Dansk Erhverv anbefaler** på den baggrund, at bestemmelserne i udkastets nr. 29-31 udgår af lovforslaget.

### **Ad lovudkastets § 1, nr. 34 – hjemmel til at fastsætte nærmere regler for EU-skabeloner (e-forms)**

Med bestemmelsen i nr. 34 indføres hjemmel til, at erhvervsministeren kan fastsætte regler om elektroniske kommunikationsmidler i forbindelse med udbudsloven, samt regler for, hvordan elektroniske udbud skal gennemføres. Formålet med bestemmelsen er at skabe grundlag for krav om etablering af EU-skabeloner (e-forms) i Danmark. Lovudkastets regulering vil medføre, at der kan udformes nærmere regler om, hvor og hvordan der skal ske afgivelse af tilbud, og hvordan data skal udveksles. Dette kan eksempelvis ske ved indførelsen af regler om brug af en bestemt elektronisk platform til afgivelse af tilbud.

Dansk Erhverv finder af en række årsager indførelsen af en sådan dansk statslig udbudsplatform u hensigtsmæssig.

Statslige udbudsplatforme er forsøgt indført i enkelte andre EU-lande, men erfaringerne med sådanne løsninger er overvejende negative. Som eksempel kan nævnes, at der i Holland i 2013 blev implementeret en statslig udbudsløsning betegnet TenderNed som en konkurrerende løsning til de eksisterende kommercielle løsninger.

En konsulentrapport fra februar 2019 udarbejdet af konsulentfirmaet Atos Consulting for det hollandske økonomiministerium godtgjorde, at TenderNed ikke havde været nogen succes trods en meget betydelig investering i løsningen. Anvendelsen af TenderNed var således faldet betydeligt over den periode, hvor løsningen havde været udbudt, på trods af, at TenderNed tilbydes gratis.

Det er Dansk Erhvervs opfattelse, at en dansk statslig udbudsplatform på samme måde som den hollandske vil være ufleksibel og vil risikere hurtigt at blive utidssvarende. Det skyldes, at konkurrencen blandt de private aktører på dette område løbende fører til stadigt mere innovative, agile og brugervenlige udbudsløsninger.

De offentlige ordregivere har dermed i dag mulighed for hurtigt at skifte til nye og mere innovative og brugervenlige løsninger, da flere private udbydere løbende konkurrerer om at tilbyde den bedste og billigste løsning. En statslig udbudsplatform risikerer at få udviklingen til at stagnere og at binde de offentlige ordregivere til at benytte en utidssvarende statslig løsning gennem mange år.

Herudover er det også vigtigt at bemærke, at en statslig udbudsplatform ikke vil give samme integrationsmuligheder som private udbudsløsninger. Udviklingen går i dag i retning af, at de private udbudsløsninger i stigende grad giver mulighed for integration med andre it-løsninger, f.eks. kontraktstyringsværktøjer, projektstyringsværktøjer, faktureringsløsninger og andre systemer, der understøtter digitalisering for både offentlige ordregivere og leverandører.

Danmark har meget stærke kompetencer inden for udvikling af udbudsløsningerne. Disse kompetencer – og flere hundrede arbejdspladser i den private sektor – risikerer at gå tabt med en statslig udbudsplatform.

Dansk Erhverv finder af alle de nævnte grunde, at fokus i stedet for en statslig udbudsplatform bør være på at indføre fælleseuropæiske standarder for udbudsløsninger på tværs af EU, således at det bliver enklere og mere effektivt for danske virksomheder at afgive tilbud i andre EU-lande.

**Dansk Erhverv anbefaler** på den baggrund, at bestemmelsen i udkastets nr. 34 udgår af lovforslaget.

### **Ad lovudkastets § 2, nr. 35 – bøde for ikke at opdele eller forklare**

Med initiativet i lovudkastets nr. 35 indføres en adgang for Klagenævnet for Udbud til at pålægge ordregiver en økonomisk sanktion for ikke i udbudsmaterialet at have angivet en begrundelse for, at ordregiver ikke har udbudt en samlet kontrakt eller rammeaftale i særskilte delkontrakter.

Dansk Erhverv finder det særdeles positivt, at der med bestemmelsen indføres en økonomisk sanktion, der kan skærpe ordregivernes incitament til at overholde reglen i udbudslovens § 49, stk. 2 ("opdel eller forklar"). Overholdelsen af denne regel har stor betydning for SMV'ernes adgang til at byde på kontakter udbudt efter udbudsloven. Dansk Erhverv henviser til de fælles anbefalinger forslag til ændringer af udbudsloven, jf. bilag 1.

Effektiviteten af reglen i lovudkastets nr. 35 vil dog naturligvis bero på, om der i praksis er (tilstrækkeligt mange) klagere, der er indstillede på at indklage ordregivere, der ikke har overholdt ”opdel eller forklar”. Da indgivelse af en sådan klage er forbundet med både klagegebyr og advokatombkostninger, som formentlig vil afholde nogle potentielle klagere fra at nedlægge påstand efter bestemmelsen, finder Dansk Erhverv det tvivlsomt, om reglen vil få den tilsigtede gennemslagskraft i forhold til overholdelsen af udbudslovens § 49 stk. 2.

Dansk Erhverv finder dog samlet set, at bestemmelsen repræsenterer en ønskværdig styrkelse af Klagenævnet for Udbuds sanktionsmuligheder, som i hvert fald i nogen grad må forventes at skærpe ordregivernes agtpågivenhed i forhold til forpligtelsen efter udbudslovens § 49, stk. 2.

**Dansk Erhverv anbefaler** på den baggrund, at bestemmelsen i lovudkastets nr. 35 gennemføres.

### **Ad lovudkastets § 3, nr. 36-38 – oplæringskrav i tilbudsloven**

Der henvises til det ovenfor ad lovudkastets nr. 29-31 anførte. Der skal efter Dansk Erhvervs opfattelse ligeledes ikke indføres krav om brug af personer under oplæring i forbindelse med bygge- og anlægskontrakter omfattet af tilbudsloven.

Dansk Erhverv skal endvidere opfordre til, at der sker en sammenskrivning af udbudsloven og tilbudsloven. En sådan sammenskrivning vil kunne tilvejebringe en meget ønskværdig regelforenklaring og et forbedret overblik over reglerens anvendelsesområde, som er både i de offentlige ordregiveres og tilbudsgivernes interesse.

**Dansk Erhverv anbefaler** på den baggrund, at bestemmelserne i udkastets nr. 36-38 udgår af lovforslaget. Dansk Erhverv anbefaler endvidere, at der foretages en sammenskrivning af udbudsloven og tilbudsloven.

Dansk Erhverv står naturligvis til enhver tid til rådighed for en uddybning af synspunkterne i nærværende høringssvar med bilag.

Med venlig hilsen

**Morten Jung**  
Markedschef

Bilag 1: Fælles forslag til ændringer af udbudsloven af oktober 2021.

Bilag 2: Høringssvar vedrørende evaluering af udbudsloven af 20. februar 2019.

# 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 klagensævningspraksis. 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 (indførelse 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 ansøgeres 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.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen  
Carl Jacobsens Vej 35  
2500 Valby  
ok@kfst.dk

20. februar 2019

## Høringssvar vedrørende evaluering af udbudsloven

Dansk Erhverv har modtaget Erhvervsministeriets høring af 17. december 2018 vedrørende evaluering af udbudsloven.

Af høringsbrevet fremgår det, at det overordnede formål med evalueringen er at afdække, om loven har haft den tilsigtede virkning, og om der er erfaringer, der giver anledning til, at der skal foretages ændringer af loven.

Det fremgår endvidere af høringsbrevet, at bemærkningerne i videst muligt omfang skal tage udgangspunkt i de hensyn, der lå til grund for udbudslovens vedtagelse. Formålet hermed var, at regelsættet skulle sikre effektiv konkurrence om opgaverne og føre til større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lave transaktionsomkostninger hos såvel ordregivere som leverandører.

Dansk Erhverv ser frem til den kommende proces omkring evalueringen af udbudsloven og bidrager naturligvis gerne hertil. Dansk Erhverv opfordrer i den forbindelse til, at såvel Forum for Udbud og Følgegruppen for Udbud inddrages aktivt i det kommende arbejde med evalueringen af loven.

I den anledning har Dansk Erhverv følgende bemærkninger:

### Generelle bemærkninger

Som erhvervsorganisation for en lang række virksomheder, der samarbejder med det offentlige, ser Dansk Erhverv positivt på den kommende evaluering af udbudsloven. Med evalueringen er der mulighed for at tilpasse reglerne i udbudsloven, således at gennemførelsen af udbud smidiggøres både for ordregiverne og virksomhederne. Evalueringen er således en god anledning til at foretage et grundigt "servicetjek" af udbudsloven med henblik på at undersøge, hvordan der kan skabes grundlag for bedre udbud i Danmark.

Efter Dansk Erhvervs opfattelse bør det overordnede fokus med evalueringen af udbudsloven være at tage initiativer, der kan øge konkurrenceudsættelsen af offentlige opgaver og minimere transaktionsomkostningerne for såvel virksomheder som ordregivere.

Dansk Erhverv har på denne baggrund identificeret en række fokusområder, hvor der enten er behov for at foretage ændringer af udbudsloven eller nærmere undersøgelser med henblik på at vurdere, om der er grundlag for at tage yderligere initiativer.

Overordnet er der behov for, at tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbud efter udbudsloven smidiggøres, således at ordregiverne kan tilrettelægge udbud mest hensigtsmæssigt for alle parter, og at der i højere grad kan foretages tilpasninger undervejs i udbudsprocessen, jf. **pkt. 1.**

Herudover skal der med evalueringen af udbudsloven sættes fokus på at skabe de bedst mulige forudsætninger for innovative offentlige indkøb. I den forbindelse er det afgørende, at ordregiverne har den videst mulige adgang til at gøre brug af udbudsformer, der fremmer innovative løsninger, jf. **pkt. 2.**

Samtidig er der behov for at styrke gennemsigtigheden på flere punkter, således at det i højere grad bliver muligt at få indsigt i oplysninger hos ordregiveren. Dette gælder navnlig, når ordregiverne annullerer et udbud med henblik på at hjemtage den udbudte opgave, og når ordregiverne gør brug af rammeaftaler, jf. **pkt. 3.**

Der skal endvidere tages en række skridt for at minimere transaktionsomkostningerne – både for ordregiverne og for virksomhederne. Eksempelvis initiativer, der modvirker det høje antal annullationer, forbedrer markedsdialogen (og den efterfølgende udbudsproces), fremmer offentlige indkøb efter den mindst byrdefulde fremgangsmåde, smidiggør kontrollen med ESPD'er og giver virksomhederne den fornødne tid til at udarbejde tilbud, jf. **pkt. 4.**

En række konkrete sager har desuden skabt et behov for at styrke ordregiveres håndhævelse af udbudslovens regler om udelukkelse og "self-cleaning". Det kan f.eks. ske gennem en målrettet vejledningsindsats og central understøttelse af ordregiverens vurdering af, om en virksomhed i tilstrækkeligt omfang har foretaget "self-cleaning", jf. **pkt. 5.**

Endelig er der behov for i højere grad at skabe bedre vilkår for små- og mellemstore virksomheder, således at de i højere grad kan deltage i konkurrencen om offentlige opgaver, jf. **pkt. 6.**

### **Konkrete fokusområder**

Til brug for evaluering af udbudsloven peger Dansk Erhverv på følgende fokusområder:

1. Større smidighed ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbud
2. Bedre forudsætninger for innovative indkøb
3. Øget gennemsigtighed
4. Lavere transaktionsomkostninger
5. Øget ansvarlighed
6. Bedre vilkår for små- og mellemstore virksomheder (SMV'er)

I det følgende redegøres der nærmere for baggrunden og indholdet af de enkelte fokusområder.

### 1. Større smidighed ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbud:

Gennemførelsen af udbud efter udbudsloven skal smidiggøres, således at udbud i højere grad kan tilrettelægges og gennemføres mest hensigtsmæssigt for både ordregivere og virksomheder, og således at et større antal udbud rent faktisk gennemføres (frem for at de annulleres).

På en række punkter er reglerne i udbudsloven unødvendigt rigide, hvilket gør gennemførelsen af udbud unødvendigt ufleksibel og tung. Samtidig viser Konkurrence- og Forbrugerbrugerstyrelsens analyse "Annullationer af danske EU-udbud" af januar 2019, at alt for mange udbud annulleres, til trods for at det i mange tilfælde var muligt at undgå annullationerne.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at der skabes større smidighed ved tilrettelæggelsen og gennemførelsen af udbud efter udbudslovens regler, således at offentlige indkøb kan gennemføres mest hensigtsmæssigt fra et samfundsøkonomisk perspektiv.

Behovet for større smidighed kommer f.eks. til udtryk i forbindelse med ordregivers adgang til at foretage tilpasninger undervejs i udbudsprocessen. Ofte kan der i et udbud opstå behov for at tilpasse udbudsgrundlaget mv. undervejs. Som reglerne er i dag, hersker der på flere punkter en vis usikkerhed om, i hvilket nærmere omfang ordregiver kan foretage nødvendige tilpasninger. Det skyldes navnlig, at det er uklart, hvornår der i udbudslovens forstand er tale om såkaldte "grundlæggende elementer". Klarere rammer for ordregivernes adgang til at foretage ændringer undervejs i udbudsprocessen vil føre til, at der annulleres færre udbud. Samlet set betyder det færre transaktionsomkostninger for både ordregiver og tilbudsgiverne sammenholdt med den situation, hvor et udbud annulleres, hvorefter der foretages genudbud med visse (mindre) ændringer.

Herudover skal der endvidere sættes fokus på ordregivernes praktiske tilrettelæggelse af udbud, hvor tilrettelæggelsen fører til, at gennemførelsen af udbuddet bliver unødvendigt tung eller ufleksibel. Det gælder særligt de situationer, hvor ordregiver stiller mange og meget specifikke mindstekrav til den ønskede samarbejdspartner, vare eller ydelse. Det forhindrer virksomhederne i at byde ind med innovative løsninger og begrænser mulighederne for efterfølgende af foretage tilpasninger undervejs i udbudsprocessen. **Dansk Erhverv anbefaler** endvidere, at ordregiverne skal fremlægge en samlet konkret begrundelse for de mindstekrav, som ordregiveren vælger at stille i det pågældende udbud. Det skal sikre, at ordregiverne ikke stiller irrelevante eller uforholdsmæssige mindstekrav, således at der kun i nødvendigt omfang stilles mindstekrav til den ønskede samarbejdspartner og den konkrete anskaffelse. Hvis der stilles særligt byrdefulde mindstekrav, skal ordregiveren (herunder samtlige ordregivere på offentlige kontrakter udbud af indkøbscentraler) samtidig have pligt til at følge op på, at den vindende tilbudsgiver lever op til disse krav i den efterfølgende kontraktperiode.

Også efter gennemførelsen af en udbudsforretning kan der opstå behov for at ændre den udbudte kontrakt, hvorved udbudslovens §§ 178-184 finder anvendelse. Disse regler bygger hovedsageligt på retspraksis fra EU-Domstolen, hvorfor der er behov for at sikre, at reglerne fortsat er i overensstemmelse med retspraksis på området. Hvis der er i medfør af nyere retspraksis gives en videre adgang til at foretage ændringer af udbudte kontrakter, skal reglerne i udbudsloven tilpasses den seneste praksis.

## 2. Bedre forudsætninger for innovative indkøb:

Med den nuværende udbudslov blev der skabt bedre muligheder for at foretage offentlige indkøb efter udbudsprocedurerne ”udbud med forhandling”, ”konkurrencepræget dialog” og ”innovationspartnerskaber”. Disse udbudsformer skal bl.a. fremme innovative indkøb gennem mere dialog og samarbejde med henblik på at finde de bedste og mest effektive løsninger.

I praksis viser det sig imidlertid, at de fleksible udbudsformer bliver anvendt alt for sjældent. De seneste tal fra Udbudsvagten A/S viser, at brugen af de fleksible udbudsformer kun udgør 8,2 % af den samlede mængde udbud i 2018. Det kan således konstateres, at ordregiverne generelt er meget tilbageholdende med at anvende de fleksible udbudsformer.

Som reglerne er i dag, jf. udbudslovens §§ 61-72, er der en vis juridisk usikkerhed om, hvornår betingelserne for at anvende de fleksible udbudsformer, jf. udbudslovens §§ 61, stk. 1, og 67, stk. 1, er opfyldt, hvilket kan føre til, at ordregiver undlader at udbyde et indkøb i en af de fleksible udbudsformer. Herudover er ordregivers forhandlingsrum heller ikke entydigt. Det skyldes navnlig, at der ikke må forhandles om ”grundlæggende elementer”, hvilket i praksis kan være vanskeligt at vurdere.

Det er afgørende, at ordregiverne sikres så vide rammer som muligt for at gennemføre fleksible udbud for at fremme innovative offentlige indkøb. **Dansk Erhverv anbefaler**, at betingelserne for, hvornår de fleksible udbudsformer kan anvendes, gøres klarere. Det samme gælder rammerne for ordregiverens forhandlingsrum, jf. **pkt. 1** ovenfor.

Herudover giver en række virksomheder, der har erfaring med deltagelse i de fleksible udbudsformer, udtryk for, at der ofte under forhandlingsforløbene forhandles om selve udmøntningen eller den nærmere gennemførelse af det eventuelt kommende samarbejde. Denne praksis gør anvendelsen af de fleksible udbudsformer unødigt tung og modvirker virksomhedernes incitament til at deltage heri. **Dansk Erhverv anbefaler**, at ordregiverens tilrettelæggelse og gennemførelse af fleksible udbud styrkes ved hjælp af øgede vejledningstiltag fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, således at det sikres, at ordregiverne gennemfører fleksible udbud så smidigt som muligt.

## 3. Øget gennemsigtighed:

Som et af udbudslovens bærende principper er gennemsigtighedsprincippet en afgørende forudsætning for, at udbudslovens øvrige grundlæggende principper om ligebehandling og ikke-diskrimination kan slå igennem. På flere punkter er der imidlertid behov for at øge gennemsigtigheden. Det gælder navnlig på følgende områder:

### 3.1. Øget gennemsigtig ved annullation af udbud med efterfølgende hjemtagning af den udbudte opgave:

Offentlige ordregivere har i dag en meget vid adgang til at annullere udbud. Det kræves alene, at annullationen sker i overensstemmelse med udbudslovens ligebehandlingsprincip, og at annullationen ikke forfølger usaglige formål. Der findes dog ingen udtrykkelige regler om ordregiverens adgang til at annullere udbud, idet disse regler bygger på rets- og klagenævnpraksis.

Efter Dansk Erhvervs opfattelse er der behov for at øge gennemsigtigheden omkring annullationen af udbud. Det gælder navnlig i de tilfælde, hvor ordregiveren beslutter at annullere et udbud for efterfølgende at hjemtage opgaven, herunder særligt når begrundelsen for annullationen er, at ordregiveren selv kan løse opgaven bedre eller billigere.

Dansk Erhverv har i en række tilfælde konstateret, at der ikke er hold i ordregiverens påstande om, at en given opgave enten kan løses bedre eller billigere på offentlige hænder. Ofte viser det sig, at de beregninger, som ordregiveren har foretaget, og som dermed udgør grundlaget for annullationen, ikke er retvisende for ordregiverens reelle udgifter forbundet med varetagelsen af opgaven, idet der f.eks. ikke er taget højde for alle relevante omkostninger.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at virksomhedernes retstilling på området styrkes. Det skal ske ved, at der i lovgivningen fastsættes klare og udtrykkelige regler for, hvornår ordregiverne kan annullere et udbud. Herved kan adgangen til at annullere udbud præciseres nærmere. På denne måde bliver det lettere for både ordregiverne og virksomhederne at fastslå, hvornår ordregiver i praksis kan annullere et udbud.

Samtidig skal annullationen af et udbud være båret af saglige hensyn (og ikke blot et krav om at annullationen ikke være usaglig). Det indebærer, at bevisbyrden for sagligheden bag annullationen af udbuddet skal placeres hos ordregiveren, således at det – f.eks. i en klagesag for Klagenævnet for Udbud – påhviler ordregiveren at dokumentere, at annullationen af udbuddet hviler på et sagligt grundlag. Herved placeres bevisbyrden hos den part, der er nærmest til at dokumentere sagligheden bag annullationen. En sådan retsstilling stemmer bedre overens med princippet om saglighed i forvaltningen, hvor der heller ikke blot stilles krav om, at en forvaltningsretlig afgørelse mv. ikke må være usaglig. Til gengæld kan der opstilles en rimelig præklusiv klagefrist for virksomhedernes indgivelse af klage over ordregiverens annullation af et udbud.

Herudover er der behov for nærmere kendskab til omfanget af hjemtagninger af offentlige opgaver. Derfor skal det kortlægges, hvor mange hjemtagninger, der årligt finder sted.

### *3.2. Skærpet regulering af rammeaftaler:*

På baggrund af en række henvendelser fra medlemsvirksomhederne har Dansk Erhverv foretaget en stikprøvekontrol af kommunernes evne til at estimere omsætningen på rammeaftaler, jf. **bilag 1**.

Stikprøven viste, at de adspurgte kommuner kun i meget begrænset omfang har evnet at skønne omsætningen på rammeaftalerne tilstrækkeligt præcist. Stikprøven viste yderligere, at de adspurgte kommuner reelt ikke har overblik over, hvad den faktiske omsætning har været på kommunens rammeaftaler, og at det faktiske forbrug på en rammeaftale typisk ikke monitoreres under aftalens løbetid. Det indebærer, at der typisk heller ikke tages højde for det faktiske forbrug på en rammeaftale, når kommunen ved genudbud af en tilsvarende rammeaftale skal skønne omsætningen på den nye rammeaftale.

Der er behov for at sikre, at ordregiverne i langt højere grad formår at estimere omsætningen på rammeaftalerne mere præcist, og at gennemsigtigheden omkring ordregivernes brug af rammeaftaler styrkes.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at ordregiveren ved udbud af rammeaftaler skal anføre den procentvise afvigelse, som de tilbudsgivende virksomheder kan forvente i forhold til omsætningen på den konkrete rammeaftale. Efter Dansk Erhvervs opfattelse vil en margin på +/- 15 % som udgangspunkt være en acceptabel afvigelse.

For at imødekomme denne målsætningen skal ordregiveren ved tilrettelæggelse af udbud af rammeaftaler:

- foretage et konkret og specifikt estimat af sit forventede forbrug af den pågældende vare eller ydelse,
- tage udgangspunkt i den faktiske omsætning på tidligere tilsvarende rammeaftaler,
- undersøge forbruget af den pågældende vare eller ydelse hos andre ordregivere af tilsvarende størrelse eller sammensætning mv.

Under rammeaftalernes løbetid skal der stilles krav om, at ordregiverne har overblik over forbruget på rammeaftalen. Der skal i den forbindelse navnlig stilles krav om, at ordregiver:

- løbende har overblik over omsætningen på rammeaftalen,
- tager passende forholdsregler, hvis omsætning på en rammeaftale afviger væsentligt fra ordregivers estimat,

Ved udløb af rammeaftaler skal ordregiverne inden for rammerne af offentlighedsloven forpligtes til at offentliggøre den samlede omsætning på rammeaftaler.

Herudover skal ordregiveren sikre, at der på rammeaftaler, hvor leverandørerne på aftalen pålægges faste og varige omkostninger som f.eks. omkostninger til fast beredskab mv., er en tilsvarende omsætning, der dækker omkostningerne forbundet hermed.

**Dansk Erhverv anbefaler** endvidere, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen undersøger ordregivernes evne til at estimere omsætningen på rammeaftaler. Undersøgelsen skal munde ud i konkrete anbefalinger til initiativer, der kan igangsættes for at styrke ordregivernes evne til mere præcist at estimere omsætningen på rammeaftaler.

#### 4. Lavere transaktionsomkostninger:

Når offentlige opgaver eller indkøb sendes i udbud, anstrenger virksomhederne sig for at afgive deres bedst mulige tilbud. Det koster mange ressourcer – de såkaldte transaktionsomkostninger. Desværre oplever en række af virksomheder, at nogle udbud er forbundet med enormt høje transaktionsomkostninger.

I det følgende peges der på en række initiativer, der kan minimere transaktionsomkostninger for både ordregivere og virksomheder:

#### 4.1. Færre annullationer af udbud:

Af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens analyse "Annullationer af danske EU-udbud" af januar 2019 fremgår det bl.a., at fejl i udbudsmaterialet eller under udbudsprocessen er den væsentligste årsag til annullation af udbud. Af analysen fremgår det endvidere, at det i overvejende grad er ordregivernes vurdering, at udbuddet kunne have været håndteret eller tilrettelagt anderledes, således at annullationen af udbuddet kunne være undgået.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at der iværksættes initiativer, der kan nedbringe antallet af annullationer markant samtidig med, at der, jf. pkt. 1 ovenfor, sikres ordregiverne mere smidighed i forbindelse med gennemførelsen af udbud.

#### 4.2. Øget brug af markedsdialog:

Med den nugældende udbudslov blev der med udbudslovens § 39 givet udtrykkelig hjemmel for ordregiverne til at gennemføre markedsdialog i forbindelse med tilrettelæggelse af udbud.

På baggrund af en lang række henvendelser fra Dansk Erhvervs medlemsvirksomheder på tværs af mange forskellige brancher kan det konstateres, at der fortsat er et væsentligt behov for at øge ordregivernes anvendelse af markedsdialog. Det er Dansk Erhvervs erfaring, at en række af de problemstillinger, der kan føre til annullationen af et udbud, opstår, fordi ordregiver ikke (i tilstrækkelig grad) har inddraget markedet i tilrettelæggelsen af udbuddet, herunder fastlæggelsen af kravene til den ønskede ydelse.

Helt konkret oplever Dansk Erhverv, at der hos flere ordregivere fortsat udvises en vis tilbageholdenhed med at gå i dialog med markedet i forbindelse med tilrettelæggelsen af udbud. Det sker til trods for, at markedsdialog er et godt værktøj til f.eks. at præcisere kravene til den ønskede vare eller ydelse, fastslå egnethedskrav til den ønskede samarbejdspartner og til at tilrettelægge udbudsprocessen mest hensigtsmæssigt.

Samtidig er der behov for i højere grad at målrette ordregivernes brug af markedsdialog, således at det i højere grad står klart for virksomhederne, hvilke dele af udbudsmaterialet eller -processen ordregiveren ønsker markedets input til.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at der iværksættes initiativer, der kan øge ordregivernes brug af markedsdialog. Det kan f.eks. være udarbejdelse af en række "standardkoncepter" for, hvordan markedsdialog kan gennemføres. På denne måde får ordregiverne konkret vejledning til, hvordan markedet i højere grad kan inddrages under tilrettelæggelsen af udbud.

#### 4.3. Dokumentation af virksomhedernes oplysninger i ESPD'et:

På tværs af EU-medlemslande er der betydelige forskelle på, hvor indgående der følges op på virksomhedernes ESPD'er. Det siger sig selv, at ordregiverne skal have adgang til at sikre sig, at alle formaliteter er på plads, inden en virksomhed bliver tildelt en offentlig opgave.



Danske virksomheder anvender imidlertid mange ressourcer på at dokumentere de oplysninger, der fremgår af ESPD'et. Hvis en virksomhed sideløbende deltager i flere udbud, kan virksomheden komme ud for at skulle dokumentere sine oplysninger ad flere omgange over for hver enkelt ordregiver. I de mange tilfælde, hvor oplysningerne i ESPD'et efterfølgende verificeres af virksomheden, er de ressourcer, der er anvendt på efterfølgende at dokumentere oplysningerne i ESPD'et, kun af meget begrænset værdi for både ordregiveren og den pågældende virksomhed.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at det som udgangspunkt kun skal være den vindende tilbudsgiver, der skal dokumentere oplysningerne i sit ESPD. Ordregiverne skal dermed kun i særlige tilfælde – f.eks. hvor ordregiver har en konkret mistanke til, at en tilbudsgivende virksomhed er ramt af en udelukkelsesgrund – have mulighed for at kræve dokumentation af oplysningerne i ESPD'et på et tidligere tidspunkt. Som reglerne er i dag, har ordregiverne i en række tilfælde mulighed for at kræve, at ansøgeren eller tilbudsgiveren fremlægger dokumentation, når dette er nødvendigt for, at proceduren gennemføres korrekt, jf. udbudslovens § 151, stk. 2.

**Dansk Erhverv anbefaler** endvidere, at det undersøges, om der i andre EU-medlemslande findes alternative fremgangsmåder, der sikrer et tilstrækkeligt kontrolniveau med lavere transaktionsomkostninger for såvel ordregivere som virksomheder.

#### 4.4. Ordregivers valg af en mere byrdefuld fremgangsmåde end nødvendigt:

Offentlige indkøb skal inden for rammerne af udbudsloven foretages med så få transaktionsomkostninger som muligt.

En række af Dansk Erhvervs medlemsvirksomheder oplever imidlertid, at offentlige udbud f.eks. fremmes efter reglerne i udbudslovens afsnit II, til trods for at udbuddet kunne have været foretaget efter reglerne i et mindre byrdefuldt afsnit i udbudsloven, jf. lovens afsnit IV eller V.

Hvis et udbud kan fremmes efter et af de mindre indgribende afsnit i udbudsloven (afsnit III, IV eller V), skal udbuddet ikke fremmes efter reglerne i udbudslovens afsnit II. Hvis dette finder sted, pålægges virksomhederne såvel som ordregiverne unødvendige transaktionsomkostninger. En sådan praksis kan derfor føre til forøgede omkostninger for ordregiverne, og – i værste fald – at flere tilbudsgivere helt afholder sig fra at afgive tilbud på den udbudte opgave.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at der tages skridt til at sikre, at offentlige indkøb i højere grad udbydes efter den mindst indgribende fremgangsmåde, der er tilgængelig for det pågældende indkøb. Som led heri skal ordregiverne bl.a. forpligtes til at foretage offentlige indkøb efter reglerne i udbudslovens afsnit V, hvis der er grundlag herfor.

#### 4.5. For korte tilbudsfrister:

En række af Dansk Erhvervs medlemsvirksomheder og brancheforeninger oplever i stigende grad, at der ved tilrettelæggelsen af særligt mere komplicerede udbud ikke fastsættes tilbudsfrister mv., der giver virksomhederne den fornødne tid til at udarbejde tilbud.

Herudover igangsættes der fortsat for mange udbud med frist i (til og med uge 32) eller umiddelbart efter sommerferien (uge 33). Dansk Erhverv undersøger årligt antallet af udbud, hvor tilbudsfristen mv. fastsættes i eller umiddelbart efter sommerferien. Den seneste undersøgelse viser, at der i 2018 blev igangsat 123 udbud med en sådan tilbudsfrist.

Konsekvensen heraf kan være, at ordregiverne modtager tilbud af dårligere kvalitet fra virksomheder, eller at virksomhederne i det hele taget afholder sig fra at afgive tilbud. Dertil kommer, at de virksomheder, der til trods for den korte tilbudsfrist alligevel vælger at indgive tilbud, presses ud i forøgede transaktionsomkostninger.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at det sikres, at ordregiverne i højere grad tager højde for at sikre virksomhederne den fornødne tid til at udarbejde tilbud. Særligt i forhold til at undgå, at ordregiverne unødigt igangsætter udbud med tilbudsfrist mv. i eller umiddelbart efter sommerferien.

I forhold til at undgå udbud af offentlige kontrakter med tilbudsfrist i eller umiddelbart efter sommerferien skal anvendelsesområdet for udbudslovens § 93, stk. 4, udvides, således at der tilføjes en yderligere obligatorisk årsag for offentlige ordregivere til at forlænge tilbudsfristen i et udbud. Den nye bestemmelse kan affattes som følger: *"Hvis ordregiveren har placeret en væsentlig del af tilbudsfristen i perioden fra og med 1. juli til og med 15. august."*

#### 5. Øget ansvarlighed:

En række konkrete sager har gjort udbudslovens regler om udelukkelse og navnlig "self-cleaning" aktuelle.

Som reglerne er i dag, står den enkelte ordregiver meget alene, når det skal vurderes, om en virksomhed skal udelukkes, eller om virksomheden (i tilstrækkelig grad) har foretaget "self-cleaning", jf. udbudslovens § 138. Det indebærer en risiko for, at en virksomhed udelukkes af en ordregiver, mens en anden ordregiver finder, at den pågældende virksomheds tilbud kan tages i betragtning. En sådan vilkårlighed er hverken acceptabel eller rimelig.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at der iværksættes initiativer, der styrker den enkelte ordregivers håndtering af denne opgave. Konkret anbefaler Dansk Erhverv en målrettet vejledningsindsats navnlig i forhold til anvendelsen af de frivillige udelukkelsesgrunde, jf. udbudslovens § 137, samt at den enkelte ordregivers vurdering af, om en virksomhed i tilstrækkelig grad har foretaget "self-cleaning" understøttes fra centraladministrationen. Det sikrer ensartet anvendelse af udbudslovens regler på dette område.

#### 6. Bedre vilkår for små- og mellemstore virksomheder (SMV'er):

Med den nugældende udbudslov blev der taget skridt til at skabe bedre vilkår for små og mellemstore virksomheder, således at de i højere grad kan deltage i konkurrencen om offentlige opgaver, herunder bl.a. ved indførelsen af opdel - eller forklar-princippet, jf. udbudslovens § 49.

De eksisterende tiltag har dog vist sig utilstrækkelige, idet en række SMV'er fortsat oplever, at udbud tilrettelægges på en sådan måde, at disse virksomheder reelt holdes uden for konkurrencen,

uden at der er saglige grunde til det. Ofte sker denne "udelukkelse" ved fastsættelse af unødvendige eller uforholdsmæssige krav til virksomhedernes egnethed eller selve den ønskede vare eller ydelse.

**Dansk Erhverv anbefaler**, at der tages initiativer, der skal sikre, at ordregiverne ved tilrettelæggelsen af udbud i højere grad har fokus på ikke at stille unødvendige eller uforholdsmæssige krav, der afskærer SMV'er fra at deltage i udbud. Det kan f.eks. ske gennem øget brug af markedsdialog, jf. **pkt. 4.2** ovenfor.

Også ved offentlige indkøb under tærskelværdierne, hvor der ikke er klar grænseoverskridende interesse, er der behov for at sikre SMV'er bedre vilkår. En række SMV'er oplever, at der i forbindelse med tilbudsindhentning efter udbudslovens afsnit V alene indhentes fra "velkendte og store" virksomheder på det pågældende marked.

**Dansk Erhverv anbefaler** endvidere, at der tages initiativer, der sikrer, at SMV'er i højere grad inddrages i ordregiverens markedsprøvning mv. Det kan f.eks. ske ved, at der som udgangspunkt stilles krav om, at markedsprøvningen skal involvere et bredt udsnit af de virksomheder, der måtte være på det pågældende marked.

Med venlig hilsen



**Mørtén Jung**  
Markedschef