



NOTAT

23. september 2019

Høringsnotat vedrørende fremsættelse af forslag til ændring af udbudsloven på baggrund af åbningsskrivelse fra Europa-Kommissionen (OKT. 1)

1. Indledning

Europa-Kommissionen sendte den 25. januar 2019 en åbningsskrivelse til den danske regering om mangelfuld gennemførelse i national ret af visse bestemmelser i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (i det følgende benævnt ”direktivet”).

Fristen for gennemførelsen af direktivet i dansk ret var den 18. april 2016. Udbudsloven, der gennemfører direktivet, blev vedtaget den 19. november 2015 med ikrafttrædelse den 1. januar 2016.

Direktivet består af 138 præambelbetragtninger, 94 artikler og 15 bilag og der er således tale om et omfattende regelsæt.

Kommissionen har sendt åbningsskrivelser om behov for justeringer i gennemførelsen af direktivet til i alt 15 lande i EU.

Lovforslagets indhold

I åbningsskrivelsen til Danmark er der oplistet 49 forhold, som Kommissionen vurderer, ikke er gennemført korrekt i dansk ret. Der er foretaget en gennemgang af disse 49 forhold med henblik på at træffe de nødvendige foranstaltninger for, at direktivet gennemføres korrekt i dansk ret.

Som det fremgår af Danmarks svar til Europa-Kommissionen af den 1. maj 2019, er det vurderingen, at hovedparten af de i åbningsskrivelsen opregnede forhold i realiteten allerede er korrekt gennemført i dansk ret.

For de resterende 13 forhold er der derimod behov for præciseringer af den danske udbudslov.

Seks af disse vedrører forhold, hvor dele af udbudsdirektivet er gennemført i lovbemærkningerne til udbudsloven i stedet for i selve lovteksten. Disse dele er i nærværende lovforslag flyttet op i lovteksten.

Herudover er der fire forhold, hvor ordlyden i den danske udbudslov ikke stemmer helt overens med ordlyden af udbudsdirektivet. Disse forskelle i ordlyd var ved tilblivelsen af den nuværende udbudslov begrundet i udbudslovsudvalgets ønske om at skabe større klarhed for danske ordregivere og tilbudsgivere. Det har ikke været hensigten fra udbudslovsudvalgets side at afvige fra den retstilling, der følger af direktivet. Følgende dele af

det vedlagte lovforslag bringer udbudslovens ordlyd i fuld overensstemmelse med ordlyden i direktivet:

7. Lovforslagets nr. 5, der indebærer, at ikke-statslige ordregivere, såsom kommuner og regioner, kan fastsætte kortere tilbudsfrister end lovens normale minimumsfrister efter aftale med alle de virksomheder, som opfordres til at afgive tilbud.
8. Lovforslagets nr. 12-15, der indebærer, at virksomheder, der har indgået en bindende aftale om tilbagebetaling af skyldige skatter eller afgifter ikke kan udelukkes fra deltagelsen i konkurrencer om offentlige kontrakter.
9. Lovforslagets nr. 19, der indebærer, at kriterierne for tildeling af en offentlig kontrakt skal sikre mulighed for en effektiv kontrol af tilbudsgivernes oplysninger.
10. Lovforslagets nr. 20, der giver adgang til at foretage ændringer af eksisterende offentlige kontrakter, når en ændring af leverandøren ikke kan lade sig gøre af økonomiske eller tekniske årsager.

Endelig er der i tre tilfælde tale om bestemmelser, som pt. ikke er korrekt implementeret i den danske udbudslov. Disse ændringer vurderes at have begrænset betydning, idet der ikke er kendskab til tilfælde, hvor de bestemmelser, der justeres i lovforslaget, har medført udbud, der ikke er korrekt gennemført. Desuden skal ændringerne ses i sammenhæng med pligten til EU-konform fortolkning, der indebærer, at nationale domstole er forpligtede til anvende nationale retsregler i overensstemmelse med EU-retten, dvs. udbudsdirektivet i dette tilfælde.

Følgende dele af det vedlagte lovforslag sikrer korrekt implementering af disse tre forhold:

11. Lovforslagets nr. 4, 6, 8 og 9, der regulerer indholdet af ordregivers opfordringer til ansøgerne om at afgive tilbud.
12. Lovforslagets nr. 16, der indebærer, at virksomheder, der ved endelig dom er udelukket fra deltagelsen i konkurrencer om offentlige kontrakter, ikke har mulighed for at dokumentere sin pålidelighed.
13. Lovforslagets nr. 10, der indeholder forbud imod at begrænse adgangen til projektkonkurrencer til en medlemsstats område eller en del heraf. Det indebærer, at ordregiver ikke må bestemme, at alene økonomiske aktører fra en bestemt medlemsstat eller fra en bestemt del af en medlemsstat må deltage i konkurrencen.

Samlet medfører lovforslaget ikke væsentlige juridiske ændringer af udbudsretten.

Lovforslaget er sendt i høring den 10. juli 2019 til i alt 106 organisationer, foreninger m.v. med høringsfrist den 21. august 2019.

Der er modtaget høringssvar fra 30 organisationer, foreninger m.v. Heraf har 19 haft bemærkninger til lovforslaget.

Høringen viser, at høringsparterne generelt støtter lovforslaget. 9 høringsparter tilkendegiver i deres høringssvar således enten, at de støtter forslaget eller at de ikke har nogen indvendinger imod forslaget. De 10 resterende høringsparter har påpeget enkelte skrivefejl i lovforslaget samt indsendt forslag til præciseringer af teksten, primært i bemærkningerne til lovforslagets enkelte bestemmelser.

På baggrund af høringen gennemføres følgende ændringer og præciseringer i lovforslaget, jf. gennemgangen nedenfor:

- En slåfejl rettes i lovforslagets afsnit 2.1, hvor der i det lovforslag, der er sendt i høring henvises til § 69, stk. 2, i stedet for § 68, stk. 2.
- En formuleringsfejl rettes i lovforslagets afsnit 2.1 og bemærkningerne til lovforslagets nr. 16, hvor der i det lovforslag, der er sendt i høring henvises til ordregiveren i stedet for til ansøgeren eller tilbudsgiveren
- Afsnit 2.3 i lovforslaget rettes således, at lovforslagets enkelte numre stemmer overens med beskrivelsen af den foreslåede ordning.
- Erhvervsministeriets vurdering af principperne om agil erhvervsrettet regulering indsættes i lovforslagets afsnit 4 vedrørende de økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet m.v.
- Det præciseres i bemærkningerne til lovforslagets nr. 5, at der ikke stilles krav til, hvordan en aftale om kortere tidsfrist skal gennemføres, men at det kræves, at alle udvalgte ansøgere giver accept til en kortere frist.
- Det præciseres i bemærkningerne til lovforslagets nr. 10, at ordregivere skal acceptere ansøgninger om deltagelse i en projektkonkurrence uanset ansøgernes retlige form, og ansøgere kan derfor ikke udelukkes med den begrundelse, at der stilles krav om, at de skal være enten en fysisk eller en juridisk person.
- Henvisningen til straffelovens § 79, stk. 1, fjernes i bemærkningerne til lovforslagets nr. 16, 17 og 18, da det med henvisningen ikke har været hensigten af afgrænse anvendelsesområdet for den foreslåede bestemmelse.

2. Generelle bemærkninger

DI, Danske Regioner, Dansk Erhverv, Danske Service, Dansk Byggeri, KL, ITD og Foreningen af Rådgivende Ingeniører støtter de lovtekniske justeringer, som lovforslaget indeholder. DI og Foreningen af Rådgivende Ingeniører bemærker dog, at det er u hensigtsmæssigt, at udbudsloven revideres med korte mellemrum, da lovændringer giver anledning til omstillingsomkostninger. DI og Foreningen af Rådgivende Ingeniører foreslår derfor, at forslagene i lovforslaget afventer evalueringen af udbudsloven, som blev igangsat i december 2018. Dansk Erhverv ser til gengæld meget positivt på, at forslagene i lovforslaget sker uden for rammerne af den igangværende evaluering af udbudsloven.

Fagbevægelsens Hovedorganisation er positivt indstillet over for skærpede udelukkelsesmuligheder.

Kommentar

Regeringen ønsker med lovforslaget at sikre korrekt gennemførelse af udbudsdirektivet. En hurtig eksekvering på EU's åbningsskrivelse vil fjerne risikoen for at Europa-Kommissionen tager yderligere skridt i sagen. Da indholdet af lovforslaget primært vedrører lovtekniske forhold uden væsentlige juridiske ændringer af udbudsretten, vil lovændringen desuden ikke give anledning til omstillingsomkostninger.

3. Bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 4, 6, 8 og 9

Danske Arkitektvirksomheder og FRI opfordrer til i lovforslagets nr. 4, 6, 8 og 9 at erstatte ordlyden ”direkte elektronisk adgang til udbudsdokumenterne” med ”fri, direkte og fuld elektronisk adgang til udbudsdokumenterne”. Opfordringen skyldes, at visse udbydere af elektroniske udbudssystemer angiveligt opkræver betaling, når mere end en enkelt medarbejder skal have adgang til udbudsmaterialet.

Kommentar

Formuleringen i lovforslaget er en tekstnær indførelse af direktivteksten. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er opmærksom på den nævnte praksis hos visse udbydere af elektroniske udbudsplatforme og har offentliggjort en vejledende udtalelse, hvor styrelsen har understreget, at det er i strid med udbudsreglerne at opkræve betaling for ansøgere og tilbudsgiveres adgang til at benytte en elektronisk udbudsplatform i forbindelse med en udbudsprocedure.

Det fremgår også tydeligt af bemærkningerne til udbudslovens § 132 om adgangen til udbudsmaterialet, at ordregiver skal give vederlagsfri adgang til det fulde udbudsmateriale fra datoen for offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen i den Europæiske Unions Tidende.

Der er således ikke tale om uklarhed i lovgivningen. Der kan klages over overtrædelse af udbudsloven til Klagenævnet for Udbud, hvis man har retlig interesse i det pågældende udbud.

4. Bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 5

DI finder forslaget til ændring positivt.

Forsvarsministeriet bemærker, at det vil være hensigtsmæssigt at præcisere i lovbemærkningerne, hvordan en indbyrdes aftale mellem en ikke-statslig ordregiver og udvalgte ansøgere om fastsættelsen af en kortere tidsfrist skal gennemføres, herunder om en tidsfrist kan fastsættes kortere, hvis en enkelt udvalgt ansøger modsætter sig dette.

Kommentar

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er enig i, at det vil være hensigtsmæssigt at præcisere, om der er krav til gennemførelsen af en sådan aftale og om det kræver accept fra samtlige udvalgte ansøgere for at fastsætte en kortere frist i medfør af den foreslåede bestemmelse.

5. Bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 10

FRI anfører, at forbuddet i bestemmelsen virker meget fremmed i dansk kontekst og at den bør forklares nærmere i bemærkningerne.

Kommentar

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er enig i, at det vil være hensigtsmæssigt at præcisere forbuddet nærmere i bemærkningerne.

6. Bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 12 og 15

Dansk Erhverv ser med tilfredshed på lovforslagets nr. 12 og 15, idet ændringen styrker virksomhedernes retssikkerhed ved, at ordregiver ikke fremadrettet vil have mulighed for at udelukke virksomheder, der har indgået en afviklingsordning vedrørende gæld til det offentlige.

Kommentar

Ingen kommentar.

7. Bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 16-18

Dansk Erhverv tilslutter sig Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af, at lovforslagets § 1, nr. 16-18 vil få meget begrænset praktisk betydning.

DI bemærker, at henvisningen i bemærkningerne til nr. 16 til straffelovens § 79, stk. 1, skaber uklarhed, da denne bestemmelse relaterer sig til fysiske personer og ikke virksomheder. DI opfordrer til, at det præciseres at forslaget til ændring alene vedrører sanktioner efter straffelovens § 79.

DI bemærker også, at det bør overvejes, om § 1, nr. 17 også eksplicit skal referere til § 135, stk. 2.

FRI ser et problem i, at § 1, nr. 16 reelt kun kan ramme fysiske personer.

Kommentar

Formålet med § 1, nr. 16-18 er udelukkende at sikre korrekt gennemførelse af udbudsdirektivet. Det indebærer indførelsen af en bestemmelse, der sikrer, at en økonomisk aktør, som ved en endelig dom er blevet udelukket fra deltagelse i udbudsprocedurer eller koncessionstildelingsprocedurer, ikke er berettiget til at gøre brug af den mulighed, der fastsættes i udbudslovens § 138, stk. 1-3, under den udelukkelsesperiode, der følger af dommen i de medlemsstater, hvor dommen har virkning. Henvisningen til straffelovens § 79, stk. 1 er kun indført som et eksempel på et tilfælde, hvorefter en sådan udelukkelse fra deltagelsen i konkurrencen om offentlige kontrakter kunne ske. Det har ikke været hensigten med forslaget, at det kun skulle ramme fysiske personer, og ikke virksomheder.

Udbudslovens § 135, stk. 2, udgør en præcisering af, hvornår en ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af § 135, stk. 1. Det vurderes derfor at være uden betydning at tilføje en henvisning til § 135, stk. 2, i lovforslagets § 1, nr. 17.

8. Bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 19

ITD er ikke enige i vurderingen af, at den foreslåede ændring ikke forventes at have nogen betydning i forhold til gældende ret. ITD vurderer, at ændringen vil medføre en højere grad af gennemsigtighed og objektivitet i udbudsprocessen, hvilket sikrer en effektiv konkurrence om kontrakten samt en bedre kontrol af ordregivers oplysninger, hvilket er af afgørende betydning for ITD.

KL forstår ændringsforslaget som en klar tilkendegivelse af, at der med den foreslåede ændring ikke sker en ændring af gældende ret.

Slots- og Kulturstyrelsen og Forsvarsministeriet bemærker, at bestemmelsen giver anledning til tvivl om, hvad der menes med specifikationer. Slots- og Kulturstyrelsen og Forsvarsministeriet anbefaler derfor, at kravet om specifikationer præciseres i lovbemærkningerne.

IKA opfordrer til, at det specifikt kommer til at fremgå – fx af lovbemærkningerne – at forslaget til ændring ikke er en skærpelse af ordregivers undersøgelsespligt. Derudover vil IKA opfordre til, at det i lovbemærkningerne præciseres, hvad der forstås med mulighed for effektiv kontrol.

Danske Regioner tolker lovforslagets nr. 19, som en klar tilkendegivelse af, at lovgiver med ændringen ikke har til hensigt at ændre gældende ret.

DI og FRI finder præciseringen i forslaget positiv.

Kommentar

Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at den foreslåede ændring ikke medfører nogen ændring af gældende ret. Formålet med bestemmelsen er at bringe fuld overensstemmelse mellem selve ordlyden i direktivet og ordlyden i udbudsloven. Det fremgår allerede tydeligt af bemærkningerne til udbudslovens § 164, at ordregiveren skal fastsætte kriterier for tildeling, som giver ordregiveren mulighed for en effektiv kontrol af tilbudsgivernes oplysninger, med henblik på at vurdere, i hvilket omfang tilbuddene opfylder kriterierne for tildeling. Det fremgår ligeledes allerede af udbudslovens § 164, stk. 2, at ordregiveren kun i tvivlstilfælde er forpligtet til at foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet.

9. Bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 20

DI og Dansk Affaldsforening finder, at lovforslaget indebærer en indskrænkning af fleksibiliteten for ordregivere til at foretage ændringer af en kontrakt med en eksisterende leverandør, hvilket findes beklageligt. Dansk Affaldsforening opfordrer til at præcisere bemærkningerne til bestemmelsen.

Danske Regioner tolker lovforslagets nr. 20, som en klar tilkendegivelse af, at lovgiver med ændringen ikke har til hensigt at ændre gældende ret.

FRI støtter præciseringen således, at omgåelse af udbudspligten for så vidt muligt undgås.

Kommentar

Formålet med § 1, nr. 20 er udelukkende at sikre korrekt gennemførelse af udbudsdirektivet. Formålet med bestemmelsen er at bringe fuld overensstemmelse mellem selve ordlyden i direktivet og ordlyden i udbudsloven. Det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at ændringen i ordlyd hverken medfører en indskrænkelse eller udvidelse af gældende ret.

10. Bemærkninger til lovforslagets § 1, nr. 21

DI finder det positivt, at lovforslaget tydeliggør, hvilke CPV-reference-numre, som bestemmelsen alene finder anvendelse på.

Kommentar

Ingen kommentarer

11. Oversigt over hørte organisationer og myndigheder m.v.

Akademikernes centralorganisation, Amagerforbrænding, AMGROS, Arbejderbevægelsens Erhvervsråd, Asfaltindustrien, Banedanmark, BAT-kartellet, Beskæftigelsesministeriet, Bryggeriforeningen, Byggesocietetet, Bygherreforeningen, Bygningsstyrelsen, Børne og Socialministeriet, Børsmæglerforeningen, Clean clothes campaign, CO-industri, Danmarks Fiskeriforening, Danmarks Almene Boliger, Danmarks Apotekerforening, Danmarks Eksportråd, Danmarks Nationalbank, Danmarks Rederiforening, Dansk Affaldsforening, Dansk Annoncørforening, Dansk Arbejdsgiverforening, Dansk Byggeri, Dansk Energi, Dansk Erhverv, Dansk Fjernvarme, Dansk Industri, Dansk Initiativ for Etisk Handel, Dansk IT, Dansk Landbrugsrådgivning, Dansk Skovforening, Dansk Taxi Råd, Dansk Transport og Logistik, Danske Advokater, Danske Arkitektvirksomheder, Danske Busvognmænd, Danske Dagblades Forening, Danske Havne, Danske Malermestre, Danske Regioner, Danske Revisorer, Danske Service, DANVA, De Samvirkende Købmænd, Den Danske Dommerforening, Det Økologiske Råd, Dong-Energy, Ecolabel, Energi-, Forsynings- og Klimaministeriet, Energistyrelsen, Fair Trade, Falck, Finansministeriet, Finansrådet, Forbrugerrådet, Tænk, Foreningen af offentlige indkøbere, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, Forlæggerforeningen, Forsikring og Pension, Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse, Forsvarsministeriet, FSC, FTF, FødevarerDanmark, Horresta, Ingeniørforeningen, IT Projektrådet, IT-Branchen, Justitsministeriet, Kirkeministeriet, KL, Klagenævnet for udbud, Kooperationen, Kreativitet og kommunikation, Kulturministeriet, Landbrug og Fødevarer, Landsorganisationen i Danmark, Lederne, Liberale Erhvervs Råd, Lokale, Pengeinstitutter, LOS De private sociale tilbud, Miljø- og Fødevarerministeriet, Moderniseringsstyrelsen, Offentligt Ansattes Organisationer, Olie Gas Danmark, Realkreditforeningen, Realkreditrådet, Rigsrevisionen, Rådet for samfundsansvar, Skatteministeriet, SMV Danmark, Social- og indenrigsministeriet, Statens og Kommunernes Indkøbsservice, Statsministeriet, Sundheds- og Ældreministeriet, TEKNIQ, Trafikselskaberne i Danmark, Transport- og Bygningsministeriet, Uddannelses- og Forskningsministeriet, Udenrigsministeriet, Udlændinge- og Integrationsministeriet, Vejdirektoratet.

12. Følgende organisationer, foreninger m.v. har haft bemærkninger til lovforslaget (19)

Danske Arkitektvirksomheder, Danske Regioner, Dansk Erhverv, ITD, KL, Slots- og Kulturstyrelsen, IKA, Forsvarsministeriet, DI, Foreningen af Rådgivende Ingeniører, Dansk Affaldsforening, Dansk Byggeri, AdvokatSamfundet, Danske Service, Fagbevægelsens Hovedorganisation, Dansk Arbejdsgiverforening, Erhvervsstyrelsen, Miljø- og Fødevarerministeriet og Transport- og Boligministeriet.

13. Følgende organisationer, foreninger m.v. har afgivet hørings-svar uden bemærkninger (12)

Rigsrevisionen, Uddannelses- og Forskningsministeriet, TEKNIQ, LOS, Udlændinge- og Integrationsministeriet, Skatteministeriet, SMVdanmark, Finans Danmark, Moderniseringsstyrelsen, Bygningsstyrelsen, SKI og Klagenævnet for Udbud.