

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Kenneth Skov Jensen

1. 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

Sundhed Danmark har orienteret sig i høringsmateriale udsendt den 4. februar vedrørende udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om Klagenævnet for Udbud.

Sundhed Danmark repræsenterer små og store privathospitaler- og klinikker i Danmark, som udreder og behandler offentligt henviste patienter i kommunalt og regionalt regi. Sundhed Danmarks medlemmer er ofte involveret i offentlige udbud.

Bemærkninger til vejledningen

Sundhed Danmark bakker op om ønsket om at forbedre reglerne i udbudsloven, tilbudsloven og lov om Klagenævnet for Udbud, herunder bl.a. de regler, der bunder i hensyn til øget fleksibilitet, tydelighed i regler og lavere transaktionsomkostninger.

Sundhed Danmark har følgende bemærkninger til vejledningen relateret til specifikke afsnit i høringsmaterialet;

Indskrænkning af adgangen til aktindsigt – Ad lovudkastets nr. 1

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 hensynet til at undgå, at aktindsigt til ordregivere anvendes på en måde, hvorved der er risiko for at fordreje konkurrence, samt ønsket om at opnå en administrativ besparelse.

Sundhed Danmark 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 tungtvejende hensyn, der taler for en sådan indskrænkning.

Sundhed Danmark erklærer sig i øvrigt enig i de af Dansk Erhverv indsendte bemærkninger til lovudkastets nr. 1 og anbefaler på den baggrund, at bestemmelsen i lovudkastets nr. 1 i sin helhed udgår af lovforslaget.

Ændring af mindstekrav til konkurrencepræget dialog – Ad lovudkastets nr. 13

Sundhed Danmark finder det hensigtsmæssigt, at der med lovudkastets justeringer åbnes for, at ordregiver kan ændre grundlæggende elementer, herunder mindstekrav og kriterier for tildeling under dialogen. Det er efter Sundhed Danmarks opfattelse ønskværdigt, at der hermed sker en præcisering af forskellen mellem konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling. Dog ønsker Sundhed Danmark at påpege en bekymring for, at ændringen kan resultere i mindre gennemsigtighed omkring definitionen af grundlæggende elementer. Der bør derfor i lovteksten præciseres, hvad grundlæggende elementer dækker over.

Sundhed Danmark anbefaler, at bestemmelsen i lovudkastets nr. 13 gennemføres dog med opmærksomhed for vores bemærkninger.

Forlænget varighed af udelukkelsesgrunde – Ad lovudkastets nr. 22-23

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.

I lovudkastets bemærkninger fremgår det, 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. Der foreligger imidlertid ingen dokumentation for, at en forlængelse af udelukkelsesperioderne forøger den generalpræventive effekt af udelukkelsesreglerne.

Sundhed Danmark finder derfor disse ændringsbestemmelser uhensigtsmæssige. 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 incitamentsstruktur, som gør det mindre attraktivt for de pågældende virksomheder hurtigst muligt at få elimineret de forhold i virksomheden, som betinger udelukkelsen.

Det er derfor Sundhed Danmarks anbefaling, at bestemmelserne i udkastets nr. 22-23 udgår af lovforslaget.

Oplæringskrav - Ad lovudkastets nr. 29-31

Med bestemmelserne i udkastets 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.

Sundhed Danmark finder lovudkastets bestemmelser om oplæringskrav, der for første gang i dansk ret indfører egentlige indholdsmæssige krav til de kontrakter, der indgås efter udbudslovens regler, uhensigtsmæssige.

Sundhed Danmark erklærer sig i øvrigt enig i de af Dansk Erhverv indsendte bemærkninger til lovudkastets nr. 29-31 og anbefaler på den baggrund, at bestemmelserne i lovudkastets nr. 29-31 udgår af lovforslaget.

Sundhed Danmark beder venligst Styrelsen forholde sig til disse bemærkninger.

Med venlig hilsen



Mette Nord
Branchedirektør, Sundhed Danmark

Notat

16. februar 2022
JUR/NESPI
J.nr. 2022-672

Høringssvar vedr. forslag til ændring af udbudsloven

Generelle bemærkninger

Økonomistyrelsen finder, at udbudsloven generelt har bidraget til større klarhed, forenkling og fleksibilitet inden for det offentlige indkøbsområde. Der er imidlertid tale om et kompliceret og svært tilgængeligt regelsæt, der løbende udvikles i retspraksis, hvorfor en evaluering og efterfølgende opdatering er relevant.

Det fremsatte lovforslag imødekommer vigtige dagsordener og problemstillinger i forbindelse med det offentlige indkøb, herunder bl.a. understøttelse af at det offentlige ikke handler med virksomheder, der ikke overholder lovgivningen.

Økonomistyrelsen varetager Statens Indkøbsprogram, bl.a. ved udbud af fællesoffentlige rammeaftaler. Det er derfor af stor betydning for gennemførelsen af Statens Indkøbsprogram, at udbudslovens regler, herunder reglerne om rammeaftaler, er klare og ikke modvirker det gode købmandsskab. Med afsæt i bl.a. varetagelsen af Statens Indkøbsprogram har Økonomistyrelsen nedenstående bemærkninger til ændringsforslaget.

Indhentelse af vejledende udtalelser fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ifm. pålidelighedsvurderinger

Økonomistyrelsen finder det positivt, at man som ordregiver fremadrettet skal indhente en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i forbindelse med vurdering af økonomiske aktørers pålidelighed, når disse er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde. Det vil forventeligt bidrage til en ensartet vurdering på tværs af ordregivere og lette de administrative byrder for de enkelte ordregivere.

Det bemærkes dog, at det er afgørende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens sagsbehandlingstid holdes på et minimum for at sikre, at ordregivers udbudsforretning ikke forsinkes unødigt. Det gælder særligt i de tilfælde, hvor pålidelighedsvurderingen vil have en mere simpel karakter, herunder fx i tilfælde hvor den økonomiske aktør er omfattet af en udelukkelsesgrund som følge af ubetalt forfalden gæld til det offentlige, hvor pålidelighed eksempelvis kan dokumenteres ved indgåelse af en afdragsordning. I disse tilfælde kan det overvejes, om der skal indhentes en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, eller om ikke ordregiver selv kan foretage vurderingen og orientere Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen herom. Økonomistyrelsen opfordrer til, at der særligt for disse tilfælde findes en pragmatisk model.

Krav i forbindelse med anvendelse af dynamiske indkøbssystemer

Økonomistyrelsen finder det positivt, at man som ordregiver fremover kun på anmodning fra en berørt tilbudsgiver vil være forpligtet til at afgive en begrundelse sammen med tildelingsbeskrivelsen.

Økonomistyrelsen gør dog samtidig opmærksom på, at der – på grund af den begrænsede erfaring med brugen af dem – fortsat generelt er stor usikkerhed angående anvendelsen af dynamiske indkøbssystemer. Det bør derfor prioriteres, at der fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens side vejledes om anvendelsen af dynamiske indkøbssystemer for at skabe større klarhed for ordregiverne, herunder bør det fremhæves, at klagefristen ikke begynder at løbe, før ordregiver har afgivet en begrundelse.

Krav om anvendelse af personer under oplæring

Økonomistyrelsen bemærker, at det forekommer uklart, hvilke øvrige situationer end krav om anvendelse af lærlinge, der vil falde ind under kravet om anvendelse af personer under oplæring.

Kravet introducerer desuden nogle praktiske udfordringer for ordregivere. Hvor det er forholdsvis enkelt at konstatere, om en person er lærling eller ej i henhold til den danske ordning, vil det være forbundet med vanskeligheder at kende udformning og indhold af lærlingeordninger i de øvrige EU-medlemslande; og særligt når de omfattede ordninger er ”personer under oplæring” (altså en endnu bredere kreds). Vanskelighederne opstår fx i forbindelse med udformning af tilstrækkeligt præcise kontraktklausuler, som kan forstås af alle potentielle tilbudsgivere, sikring af at forpligtelserne til anvendelse af personer under oplæring ikke strider mod EU-retten og national lovgivning, kontrol af om tilbudsgivere åbenbart ikke vil kunne opfylde kontraktens forpligtelser samt kontrol af om en leverandør aktuelt ikke kan opfylde kontraktens forpligtelser.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bør således overveje, hvordan disse vanskeligheder håndteres, og hvordan ordregiverne kan understøttes i implementeringen, så kravet ikke bliver uforholdsmæssigt byrdefuldt.

Økonomistyrelsen finder det dog positivt, at der er indført en undtagelse i udbudslovens § 176, stk. 3, nr. 2, hvorefter man som ordregiver ikke er forpligtet til at indføre krav i kontrakten om anvendelse af personer under oplæring, når anvendelsen heraf ikke egner sig til gennemførelse af den konkrete kontrakt.

Økonomistyrelsen har ikke modtaget udkast til bekendtgørelsen der fastsætter, hvilke kontrakter der vil være omfattet af kravet om anvendelsen af kontraktklausuler, der stiller krav til leverandørens anvendelse af personer under oplæring. Økonomistyrelsen kan derfor ikke vurdere anvendelsesområdets hensigtsmæssighed.

Økonomistyrelsen bemærker dog, at det kan være uproportionalt at stille krav til en rammeaftaleleverandør om, at denne skal have lærlinge til at udføre arbejde på en rammeaftale, fordi leverandørens ansættelse af lærlinge så ikke kan følge leveringen på kontrakten. En leverandør har ikke garanti for et bestemt træk på en rammeaftale – særligt ikke, når der er flere leverandører på en aftale. Kravet kan således føre til krav om et bestemt antal lærlinge hos leverandører, som ikke står mål med det reelle køb hos leverandøren.

Økonomistyrelsen opfordrer på den baggrund, og da det lægges til grund, at det særligt er bygge- og anlægsområdet, der er relevant, at det præciseres, at kravet fsva. rammeaftaler kun gælder bygge- og anlægsaftaler over 5 mio. kr.

Udformning af en elektronisk platform til afgivelse af tilbud

Økonomistyrelsen støtter etableringen af et fælles udbudssystem, der bl.a. kan understøtte SMV'ers adgang til offentlige kontrakter og mindske transaktionsomkostningerne.

Økonomistyrelsen bemærker dog, at det er uklart, hvorvidt alle offentlige ordregivere vil være forpligtede til at anvende en fælles platform i alle tilfælde eller om der vil gælde undtagelsestilfælde og i så fald hvilke.

Endelig ønsker Økonomistyrelsen at blive inddraget i arbejdet med udformningen af en elektronisk platform til afgivelse af tilbud med henblik på at kunne sikre relevant samspil til øvrige tværstatslige systemer, som anvendes i forbindelse med indkøb.

Fra: Regitze Prahls <RPR@danskeenergi.dk>
Sendt: 1. marts 2022 16:45
Til: 1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)
Emne: Høringssvar til lovforslag til ændring af udbudsloven mv. - Sag: 22/01269-2

Vedr.: Høring over lovforslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud

Dansk Energi har modtaget ovennævnte lovforslag i høring og skal takke for muligheden for at komme med et høringssvar.

Indledningsvis skal vi kvittere for at evalueringen har vist, at den danske udbudslov i overvejende grad er velfungerende. Vi forstår samtidig, at evalueringen også har vist, at der på visse områder er mulighed for at forbedre reglerne bl.a. med hensyn til at sikre øget fleksibilitet, mere klare regler og lavere transaktionsomkostninger

Med lovforslaget foreslås det derfor, at der indsættes et krav om "personer under oplæring", i praksis et krav om lærlinge, i visse udbudspligtige kontrakter.

Udbudsloven finder ikke anvendelse på elnetselskaber. Uanset dette har man i implementeringsbekendtgørelsen for forsyningsvirksomhedsdirektivet beskrevet at bestemte bestemmelser i udbudsloven finder anvendelse for forsyningsvirksomheder, herunder netselskaberne.

Det fremgår ikke af lovforslaget om det er tanken at denne nye bestemmelse skal finde anvendelse på forsyningsvirksomheder.

Bestemmelsen kan nemlig godt give udfordringer, idet det potentielt risikeres at indsnævre feltet af byder unødvendigt med deraf følgende højere transaktionsomkostninger. Dette gælder både, når koncernen udbyder, hvor også ydelser til netselskaberne indgår, og når netselskaberne selv forestår udbud.

Dansk Energi skal derfor henstille til at denne nye bestemmelse ikke udstrækkes til også at gælde for netselskaber og dermed udover udbudslovens anvendelsesområde, og hører meget gerne om ministeriet er enig heri.

Med venlig hilsen

Regitze Prahls
Teamleder, cand.jur
+45 35 30 04 75



Vodroffsvej 59 | 1900 Frederiksberg C
+45 35 30 04 00 | www.danskeenergi.dk

[Dansk Energis privatlivspolitik](#)



Fagbevægelsens Hovedorganisations svar på høring om lovforslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud

FH's overordnede bemærkninger

Fagbevægelsens Hovedorganisation (FH) takker for muligheden for at afgive høringssvar om lovforslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud (herefter blot 'udbudsloven').

Udbudsloven er en stor prioritet for FH, der repræsenterer 65 medlemsforbund med 1,3 mio. medlemmer. Loven har afgørende betydning for såvel offentligt som privat ansatte lønmodtagere og virksomheder i Danmark, både direkte og indirekte. Loven har fx direkte indvirkning på, hvilke virksomheder der varetager store opgaver for det offentlige, for de vilkår, virksomhedens medarbejdere underlægges, og på rammerne for opgavefordeling og eventuel opgaveflytning. Indirekte påvirkes lønmodtagere og virksomheder som skatteydere, der finansierer de offentlige indkøb af varer og tjenesteydelser og i den sammenhæng kan have en berettiget forventning om ansvarlig anvendelse af offentlige midler. Lønmodtagere og virksomheder påvirkes samtidig indirekte som forbrugere af offentlige ydelser, hvor kvaliteten i høj grad afhænger af valget af tilbudsgiver og dermed af lovens bestemmelser.

Det er således FH's klare overbevisning, at det er misvisende at betegne udbudsloven som en neutral ramme- eller proceslov, der skal sikre smidig konkurrenceudsættelse. Der er tale om et aktivt instrument, som har afgørende betydning for arbejdsmarkedet, og som bør anvendes til at fremme forskellige samfundshensyn, herunder uddannelses-, beskæftigelses-, arbejdsmiljø- og klimaindsatser, ordentlige arbejdsforhold samt fair og lige konkurrenceforhold, der understøtter et ansvarligt erhvervsliv og virksomheder, der arbejder inden for rammerne af den danske model. Alene omfanget af de offentlige indkøb og udbud er så stort – op til 380 mia. kr. årligt – at det må forpligte det offentlige til at bruge dem til at trække markedet og samfundet i den rigtige retning. Princippet om at anvende offentlige indkøb strategisk er da også anerkendt af regeringen i fx "Grønne indkøb for en grøn fremtid - strategi for grønne offentlige indkøb" fra oktober 2020¹. Det bør også afspejles ved en revision af udbudsloven.

FH bemærker i øvrigt, at udbudsloven må forventes fremadrettet at få endnu større betydning for det danske arbejdsmarked. Fx forventes etableringen af energigør at koste 270 mia. kr. frem mod 2033 og skabe arbejdspladser svarende til titusinder af årsværk, herunder for lærlinge². Det er derfor afgørende, at lovændringen, der nu foreslås, rammer rigtigt.

¹ <https://fm.dk/udgivelser/2020/oktober/groenne-indkoeb-for-en-groen-fremtid-strategi-for-groenne-offentlige-ind-koeb/>

² Se fx <https://fho.dk/blog/2020/05/31/teknisk-baggrundsnotat-fhs-helhedsplan-for-groen-omstilling/>

Overordnet mener FH, at lovforslaget tager skridt mod et mere ansvarligt brug af offentlige midler, der understøtter et sundt og ordentligt arbejdsmarked. Det gælder særligt de elementer i lovudkastet, der omhandler hhv. lærlingeklausuler og udelukkelsesgrunde.

Samtidig finder FH dog ikke, at forslaget i tilstrækkelig grad adresserer de alvorlige problemer, som er opstået på det danske arbejdsmarked som en direkte følge af den nuværende udbudslov.

I dag kortsletter udbudsloven fx den danske arbejdsmarkedsmodel ved at favorisere virksomheder med de laveste medarbejderomkostninger i stedet for de mest produktive og innovative virksomheder. Udbudsloven har derfor skabt et parallelt arbejdsmarked med unfair og ulige konkurrencevilkår samt dårlige arbejdsvilkår, medfinansieret af danske skattekroner. I praksis straffer loven de virksomheder, der har orden i eget hus, og efterlever ordentlige standarder.

FH har forsøgt at skabe opmærksomhed om problemerne i Forum for Offentligt-Privat Samarbejde (FOPS) og skal derfor beklage, at de ikke bliver adresseret i det foreliggende lovforslag.

Samlet vurderer FH således:

- At der er behov for at skærpe og præcisere de foreslåede bestemmelser om lærlinge, udelukkelsesgrunde og skattely samt formuleringer om "standardbygninger, - tjenesteydelser eller -varer"
- At forslaget mangler at adressere en lang række problemer, herunder arbejds-, arbejdsmiljø- og sociale klausuler, kontroludbud og vægtning af pris, og at der bør tilføjes yderligere bestemmelser omkring pålidelighed samt kontrol og opfølgning.

Dette uddybes i de følgende afsnit.

Udbudsloven indebærer visse forbedringer

FH kvitterer for de af forslagens ændringer, der forbedrer udbudsloven, herunder en række ændringer, der angår lærlingeklausuler og udelukkelsesgrunde/adressering af skattely.

For så vidt angår lærlinge gælder det, at ordregivere ved gennemførelsen af relevante, offentlige kontrakter forpligtes til at indføre krav i kontrakten om anvendelse af personer under oplæring, herunder lærlinge. FH håber bl.a., at bestemmelsen vil bidrage til en ændret tilgang hos de store virksomheder, der i særlig grad forsømmer at anvende lærlinge, til trods for at de oftere end SMV'er byder på offentlige udbud.

For så vidt angår skattely, indebærer den foreslåede §134a en ny udelukkelsesgrund og -pligt, som betyder, at tilbudsgivere udelukkes, hvis de er på EU's liste over skattelylande 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.

Forslag til justering af materielle bestemmelser

FH finder, at lovudkastet på flere områder bør justeres, og foreslår på den baggrund en række ændringer.

Lærlingeklausuler

For det første finder FH det uklart og særdeles risikabelt at anvende begrebet 'personer under oplæring', der på side 12-13 defineres som "personer, der opererer under kontraktpartens opsyn med henblik på, at personen opnår den nødvendige faglighed til efter endt oplæring at kunne varetage de pågældende opgaver selvstændigt". Formuleringen bør i stedet være 'personer under uddannelser inden for uddannelser, der er godkendt af myndigheder eller arbejdsmarkedets parter, og hvor praktik-, elev- eller lærlingeforhold indgår som del af uddannelsen'. Denne formulering gør det tydeligt, hvilke personer og uddannelser der er tale om. Dette mindsker samtidig risikoen for omgåelse, og gør samtidig bestemmelsen mere gennemsigtig og praktisk.

For det andet finder FH det meget uhensigtsmæssigt, at det ikke specificeres, jf. § 176, stk. 2, i hvilket *omfang*, der skal anvendes personer under oplæring. Det indebærer en risiko for, at bestemmelsen vil blive omgået af leverandøren ved kun at bruge en eller flere lærlinge i ganske få timer eller til ubetydelige opgaver. FH foreslår derfor, at der indsættes ordet "væsentlig", således at det i § 176, stk. 2 lyder: "Ordregivere skal, under overholdelse af betingelserne i stk. 1, indføre krav i kontrakten om [væsentlig] anvendelse af personer [under uddannelser inden for uddannelser godkendt af myndigheder eller arbejdsmarkedets parter på nationalt niveau] ved gennemførelsen af de offentlige kontrakter (...)". En 'væsentlig' anvendelse kunne i praksis svare til det måltal, en virksomhed har fået fra praktikplads-AOB, som bl.a. tager højde for sektorielle forskelle. Endvidere bør det fremgå af loven, at der skal ske opfølgning og kontrol med, at bestemmelsen overholdes. Fx en ny § med ordlyden: "Ordregiver forpligtes til at kontrollere, at det indførte krav overholdes", jf. nedenfor. Kun virksomheder, der lever op til kravet, bør få lov at byde på opgaver, jf. nedenfor om pålidelighed.

For det tredje fastlægger § 176, stk. 3, at pligten til at anvende personer under oplæring ikke finder anvendelse, når de "ikke egner sig til gennemførelse af den konkrete kontrakt". På den tekniske gennemgang den 10. februar 2022 tilkendegav Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at det vil være op til tilbudsgiver at vurdere, hvornår personer "ikke egner sig", og at det fx kan være tilfældet, hvis en konkret opgave ikke kræver kvalificeret arbejdskraft. FH finder dette stærkt bekymrende, da det vil indebære et særdeles uhensigtsmæssigt incitament for ordregiver til at sænke barren for, hvornår der er brug for kvalifikationer, og i højere grad anvende ufaglært arbejdskraft til opgaver, der egentlig kræver faglært arbejdskraft. Dette vil ikke blot være i modstrid med lovforslagets intention om at fremme brugen af lærlinge, men kan også indebære en risiko for arbejdsmiljø, sikkerhed og kvaliteten af det færdige projekt. På den måde svigtes flere samfundshensyn. FH foreslår derfor, at punkt 2 under § 176, stk. 3, slettes. Alternativt må der indføres en kontrol, der sikrer høje standarder.

For det fjerde ser FH med stor bekymring på den foreslåede § 176, stk. 4, der fastlægger, at erhvervsministeren senere skal fastlægge, hvilke kontrakter der er omfattet af stk. 2, det vil sige på hvilke områder, der skal anvendes lærlinge. Dette efterlader stor usikkerhed om lovforslagets rækkevidde ikke blot på kort sigt, men også på længere sigt, hvor skiftende ministres skiftende fastlæggelser af hvilke kontrakter, der er omfattet, kan skabe usikkerhed og stop-go tilstande på de forskellige områder. FH finder det afgørende, at lærlingeklausulerne finder meget bred anvendelse. FH vil derfor foreslå, som minimum, at § 176, stk. 4 omformuleres, således at stk. 2 som udgangspunkt gælder *alle* områder, og erhvervsministeren i stedet kan fastlægge, hvilke områder, der *ikke* skal være omfattet: "Stk. 4. Erhvervsministeren kan ved bekendtgørelse fastlægge, at nogle kontrakter undtages fra stk. 2".

For det femte bemærker FH, at indførelsen af det nye oplæringskrav vil indebære et stigende behov for kontrol og opfølgning fra myndighedernes side, da misligholdelse af klausulen fremover vil være et brud på loven, ikke blot kontrakten, jf. også nedenfor.

Endelig bemærker FH, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ved førnævnte tekniske gennemgang anslog, at den nye bestemmelse ville medføre 400 årsværk for personer med oplæring. FH finder dette skøn bekymrende lavt i forhold til både manglen på lærepladser og den store værdi af og omfang af offentligt udbudte kontrakter. Vi vurderer potentialet til at være langt større, ikke mindst i lyset af kommende projekter i den grønne omstilling³. Netop for at sikre dette, ser vi gerne de skitserede ændringer. FH vil derfor foreslå, at myndighederne – evt. som led i deres kontrol og opfølgning – monitorerer og evaluerer, hvordan det i praksis går med den nye bestemmelse, og hvor mange, der rent faktisk arbejder ”under oplæring”.

Udelukkelsesgrunde & skattely

Det følger af den foreslåede § 134 a, at ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren er etableret i et land, der er optaget på den gældende EU-liste over ikke-samarbejdsvillige 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.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyste i forbindelse med den tekniske gennemgang af lovforslaget den 10. februar 2020, at der aktuelt kun er ni lande på EU's liste over skattelylande, herunder Fiji, Panama, Trinidad & Tobago⁴.

FH tvivler derfor på, at adresseringen af skattelylande er tilstrækkelig, og/eller vil gøre en væsentlig forskel. FH foreslår på den baggrund, at det overvejes at anvende en strammere definition af skattely, evt. ved brug af supplerende opgørelser. FH opfordrer derudover til, at Danmark anlægger en ambitiøs tilgang til opdateringen af EU's liste.

Derudover finder FH, at der bør indføres flere udelukkelsesgrunde end virksomheder fra skattelylande. Således bør bl.a. hvidvask, dom for menneskehandel til tvangsarbejde eller menneskeudnyttelse, åger, ’konkurskarrusel-virksomhed’, CVR-rytteri og virksomhedens historik i det fagretlige system ligeledes føre til obligatorisk udelukkelse. Hvis ikke dette adresseres som del af bestemmelserne om udelukkelsesgrunde, bør det adresseres under bestemmelserne om pålidelighed, jf. nedenfor.

Endelig mener FH, at virksomheder bør udelukkes, hvis ikke de kan dokumentere relevante kompetencer inden for projektets område.

Formuleringer omkring ”standardbygninger, -tjenesteydelser, eller -varer”

Udkastet indeholder side 18 og 36 formuleringer omkring ”udbud af standardbygninger, standardtjenesteydelser eller -varer”, og angiver, at der kan være særlige omstændigheder forbundet med disse kontrakter, således at konkurrencepræget dialog eller udbud med forhandling alligevel kan anvendes. Der er behov for at specificere eller eksemplificere, hvad der menes med ”standardbygninger, -tjenesteydelser, eller -varer”, og hvilke omstændigheder, der kunne være tale om.

Væsentlige mangler

³ Se fx https://www.danskeenergi.dk/sites/danskeenergi.dk/files/media/dokumenter/2020-11/Arbejdskraftanalyse_Beskaeftigelseseffekter-af-investeringerne-i-den-groenne-omstilling.pdf, <https://fho.dk/wp-content/uploads/2020/05/teknisk-baggrundsnotat.-fh-sammen-skaber-skaber-vi-groen-omstilling.pdf>

⁴ Se også <https://www.consilium.europa.eu/da/press/press-releases/2021/02/22/taxation-council-adds-dominica-to-the-eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions-and-removes-barbados/>

FH finder, at lovudkastet undlader at adressere flere væsentlige problemer, og foreslår på den baggrund en række tilføjelser.

Arbejdsklausuler

Arbejdsklausuler forpligter leverandører til at følge de løn- og arbejdsvilkår, der gælder i danske overenskomster. Brugen af arbejdsklausuler i offentlige kontrakter har i Danmark bl.a. baggrund i ILO-konvention nr. 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.

I henhold til ILO-konvention nr. 94 er Danmark forpligtet til at sikre, at statslige myndigheder anvender arbejdsklausuler i offentlige kontrakter om bygge- og anlægsopgaver, tjenesteydelser og fabrikation, der udføres inden for Danmarks grænser uanset beløbsstørrelse og med kædeansvar. For andre ordregivere, herunder kommuner og regioner, er det som udgangspunkt frivilligt at anvende arbejdsklausuler i deres kontrakter.

FH mener, at alle offentlige ordregivere skal have pligt til at anvende arbejdsklausuler i alle offentlige udbud, og at arbejdsklausulerne både skal omfatte hovedleverandører og eventuelle underleverandører.

FH mener desuden, at arbejdsklausuler på baggrund af EU-domstolens retspraksis skal være i overensstemmelse med det reviderede udstationeringsdirektiv. Det betyder bl.a., at klausulerne skal stille krav om, at leverandørerne aflønner på baggrund af et ligebehandlingsprincip med udgangspunkt i den mest repræsentative overenskomst på området. Aflønningen skal altså svare til den løn, som tilsvarende danske virksomheder på arbejdsstedet eller i sektoren betaler efter overenskomsten. Det kan aflæses i den relevante lønstatistik, hvordan tilsvarende danske virksomheder aflønner efter overenskomsten.

FH bemærker, at det fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens evaluering af udbudsloven fra 2021, at en relativt stor og stigende andel af kommuner og regioner anvender arbejdsklausuler i deres udbud. Der er således i praksis ikke noget til hinder for at indarbejde arbejdsklausuler i kommunale og regionale udbud, hvorfor det er uforståeligt, at der med lovudkastet ikke lægges op til én gang for alle at gøre det obligatorisk for kommuner og regioner at anvende arbejdsklausuler og dermed sikre, at alle dele af den offentlige sektor går forrest i kampen for ordentlige løn- og arbejdsforhold.

Arbejdsmiljøklausuler

Det bør direkte fremgå af udbudsloven, at offentlige udbud skal indeholde klausuler om arbejdsmiljø. Arbejdsmiljøklausuler fastlægger krav (betingelser) om arbejdsmiljø ved udbud. Det er krav, som tilbudsgiver (leverandøren/entreprenøren) skal leve op til, når serviceydelsen leveres eller byggeopgaven udføres. Kravene indgår i kontrakten. Kravene kan stamme fra bestemmelser i arbejdsmiljøloven eller kan supplere arbejdsmiljølovens krav.

Udbyders krav bør gælde hele kæden, så de udførende virksomheder, som anvender underentreprenører/-leverandører, har ansvar for forsømmelser i kæden.

Brugen af sociale klausuler

På områder, der udliciteres, hvor en stor del af medarbejderne er beskæftiget på ekstraordinære vilkår, som fx fleksjob, skånejobs og jobtræning, bør der i offentlige udbud være krav om sociale klausuler, så tilbudsgiver forpligter sig til at tage samme sociale hensyn.

Mulighed for at godkende eventuelle underleverandører

Der bør, i forlængelse af ordregiveres mulighed for at godkende hovedleverandøren, kunne stilles krav i udbudsbetingelserne om ret til at godkende eventuelle underleverandører, jf. ovenstående bemærkninger om kædeansvar. En sådan bestemmelse vil bl.a. bidrage til at adresse stigende udfordringer med håndtering af "falske selvstændige".

Vægtning af pris

Når offentlige myndigheder i dag vælger leverandører i forbindelse med et udbud, så kan det konstateres, at prisen er fastsat under forudsætning af, at medarbejderne skal aflønnes med mindsteløn og fuld udnyttelse af overenskomstens fleksibilitet. Dermed sættes den danske arbejdsmarkedsmodel ud af kraft allerede fra projektets start, hvilket har flere afledte konsekvenser.

For det første er det allerede fra projektets start udelukket, at leverandører kan give lønmodtagerne danske løn og arbejdsvilkår, hvis økonomien i projektet skal holde.

For det andet kan det blive et økonomisk problem for leverandørerne, hvis medarbejderne bliver medlemmer af fagforeningen, vælger tillidsrepræsentant og bliver stærke nok til at indgå i kollektive forhandlinger.

Med lovudkastet lægges der ikke op til at ændre på det forhold, at offentlige ordregivere langt overvejende vælger virksomheder, der tilbyder den billigste pris.

FH anerkender, at udbudsloven skal understøtte sund konkurrence, men det er et problem, at ordregiver ikke skal undersøge, om det er muligt at give danske løn og arbejdsvilkår inden for tilbudsprisen.

I praksis betyder det, at tilbudsgivere er tvunget til at afgive tilbud, der tager udgangspunkt i overenskomstens mindsteløn, selv om mindstelønnen ligger langt under sædvanligt dansk niveau, hvilket bl.a. fremgår af DA's lønstatistik.

Dermed kortsluttes den danske arbejdsmarkedsmodel, der forudsætter ligeværdige forhandlinger mellem arbejdsgiver- og arbejdstagerside. Samtidig favoriseres udenlandske virksomheder, der anvender medarbejdere fra lande med lavere lønomkostninger end i Danmark, og som ikke har kendskab til den danske arbejdsmarkedsmodel og arbejdsmiljøforhold.

FH foreslår derfor, at ordregiver ved valg af leverandør skal have pligt til at sikre, at tilbudsprisen giver mulighed for at give sædvanlige danske løn og arbejdsvilkår inden for den danske arbejdsmarkedsmodel, hvilket ordregiver skal sikre i en prækvalifikationsrunde.

Større gennemsigtighed i principper og kriterier til grund for valg af leverandør

Udbudslovens afsnit III giver ordregiverne muligheder for at fravige de almindelige regler for visse kategorier af tjenesteydelser ("light-regimet"). FH er bekymret for, om reglerne begrænser ligebehandling, øger risikoen for valg af leverandører med udgangspunkt i ikke-saglige principper og skaber utilstrækkelig gennemsigtighed for tredjemand (bl.a. de berørte medarbejdere og deres organisationer). Der bør tilføjes bestemmelser, som sikrer større gennemsigtighed i hvilke principper og kriterier, der bliver lagt til grund for ordregivers valg af leverandør,

Indførsel af et "følg/køb grønt eller forklar"-princip

Som nævnt ovenfor er udbudsloven et aktivt instrument, som bl.a. bør anvendes til at fremme klimainsatser. Det kan den gøre ved at skabe efterspørgsel og markedstræk for grønne

løsninger på tværs af sektorer. Konkret bør der således indføres et 'følg/køb grønt eller forklar'-princip i udbudsloven. Princippet skal indføres over en årrække, så private leverandører kan følge med og for at undgå, at den offentlige sektor kommer til at betale en overpris.

Kontrolbud og prissætningsregler

Der bør, som tidligere påpeget af FH, indføres en forpligtigelse til afgivelse af kontrolbud, når en serviceopgave udbydes. Et kontrolbud er en beregning, der skal sætte udbyder i stand til at kontrollere, om den bedste løsning er den, man selv kan levere, eller om et bud udefra vil være den bedste løsning. Hvis kontrolbuddet er det bedste i forhold til udbudsbetingelserne, så betyder det, at udbuddet bliver annulleret, og opgaven forbliver i eget regi.

Et kontrolbud bliver afgivet på samme grundlag som et privat bud. Og et kontrolbud vurderes på samme betingelser som et privat bud. Der skal være gennemsigtighed i beregninger og processer, samt en rimelig prisfastsættelse af det offentliges eget bud, så der sikres reel og fair konkurrence.

En undersøgelse fra Rådet for Offentlig-Privat Samarbejde har vist, at når kommuner afgiver kontrolbud, så viser det sig i 50 pct. af tilfældene, at kontrolbuddet er bedst i forhold til de opstillede kriterier.

Pålidelighed

FH finder, at udkastets bestemmelser omkring dokumentation for en økonomisk aktørs pålidelighed, er utilstrækkelige. Ganske vist er det nyttigt, at der fremover, jf. § 138, stk. 1, skal indhentes dokumentation for en økonomisk aktørs pålidelighed fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, og at Styrelsen således over tid vil opbygge viden om og erfaringer med tilbudsgivere, men der er behov for at præcisere yderligere, hvad der skal ligge til grund for dokumentationen fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, dvs., hvilken information Styrelsen skal indhente og basere sin dokumentation på. FH mener, at det som minimum bør omfatte – men ikke være begrænset til – sager fra arbejdstilsynet, sager om skatteunddragelse, kriminal- og strafretlige sager samt afgørelser fra det fagretlige system.

FH går i øvrigt ud fra, at alle myndigheder, dvs. også kommuner og regioner, vil skulle indhente dokumentation.

Kontrol og opfølgning

FH bemærker, at klausuler hverken er effektive eller tilstrækkelige, hvis de ikke efterleves i praksis. I dag er kontrollen og opfølgningen helt utilstrækkelig. FH noterer sig fx, at det fremgår af 3F's undersøgelse af kommuner og regioners brug af arbejds- og lærlingeklausuler fra 2021⁵, at der er en relativt lav grad af systematisk kontrol med om kommunale arbejdsklausuler overholdes i praksis.

Det er derfor nødvendigt at forpligte ordregiver til at sikre effektiv kontrol og håndhævelse af kontraktuelle forpligtelser, da undersøgelser viser, at kontrollen er meget mangelfuld mange steder.

Ligeledes er det nødvendigt, at myndighederne både anvender og sørger for effektiv kontrol og håndhævelse af arbejdsklausuler. I den sammenhæng finder FH det nyttigt, at den foreslåede ændring af udbudslovens § 5 b lægger op til, at "regionale og kommunale ordregivere kan etablere samarbejder som et led i kontrollen med overholdelsen af kontraktuelle forpligtelser", som også tidligere foreslået af FH. FH finder det logisk, at der nu entydigt gives hjemmel til at

⁵ <https://strapi.ogtal.dk/uploads/73a418b833104ccdad09bd11a4a89465.pdf>

oprette samarbejde. Det sikrer bl.a., at de samarbejder, der allerede er i gang, kan fortsætte, og at der samtidig tilskyndes til, at flere kommuner og regioner samarbejder om øget kontrol.

FH finder imidlertid, at der er behov for yderligere tiltag blandt andet i lyset af de kommende bestemmelser om oplæringskrav m.m. Således vil det jo fremover være et brud på loven, og ikke blot kontrakten, hvis en klausul ikke overholdes. Det påhviler derfor myndighederne, at der oprettes en tilstrækkelig kontrol, så det sikres, at lovens bestemmelser rent faktisk overholdes.

FH finder således, at den styrkede kontrol og håndhævelse vil kræve en styrket myndighedsindsats i statslige enheder, regioner og kommuner. Det er vigtigt, at alle myndigheder sikres tilstrækkelige ressourcer, så indsatsen ikke underprioriteres. Det gælder blandt andet i Politiet, der bør forpligtes til at opprioritere området og gives de nødvendige ressourcer, hvor det er relevant. Erfaringen er desværre, at mange sager, hvor fagforeningerne politianmelder kriminelle forhold - fx at medarbejdere snydes for feriepenge eller bliver tvunget til at tilbagebetale løn - ikke bliver efterforsket.

Det bemærkes i øvrigt, at fagforeninger kan foretage en vis kontrol og håndhævelse, når virksomhederne er overenskomstdækkede. Men det er særdeles vanskeligt for fagforeninger at sikre effektiv kontrol, når der er tale om udenlandske virksomheder, fordi fagforeningerne ofte ikke kan nå at overenskomstdække virksomhederne, føre kontrol, gennemføre retssager og inddrive eventuel bod, før virksomhederne er ude af landet igen. Bl.a. derfor må og skal ansvaret for kontrol i langt overvejende grad ligge hos ordregiver og myndigheder.

FH bemærker afslutningsvist, at der findes en meget lang række eksempler, der illustrerer de nævnte problemer i udbud, og som både har medført alvorlige problemer for de involverede medarbejdere og store økonomiske omkostninger for ordregivere. Det gælder eksempelvis sager på Metroen, letbanerne, Storstrømsbyggeriet og fritvalgsområdet, som alle har været omtalt i medierne.

FH finder, at ambitionen med den ændring af udbudsloven, der nu gennemføres, bl.a. må være at forhindre sådanne sager fremover.



BAT-KARTELLET

København, den 4. marts 2022

Bygge- Anlæg og Trækartellet's høringssvar i forhold til udbudsloven

Idet Bygge- Anlægs- og Trækartellet (BAT) skal takke for muligheden for at afgive et høringssvar til revisionen af den gældende Udbudslov, skal vi først og fremmest konstatere, at udkastet på ingen måde lever op til BAT's forventninger, når det gælder kampen mod social dumping, arbejdskriminalitet og for at opfylde "Samfundskontrakten" og sikre ordentlighed i bygge- og anlægsbranchen.

Vi har igennem flere år påpeget de uhyrligheder der foregår. Udbudsloven skal derfor være en sorteringsmekanisme og et effektivt først livtag med den type virksomheder, som vi ikke ønsker på det danske arbejdsmarked. Sådan er det bare ikke i dag, og sådan bliver det desværre heller ikke, med det forslag der nu foreligger!

Udbudsloven skal efter BAT's opfattelse opstille stærke konkrete krav, kræve dokumentation, kontrollere og sanktionere den adfærd, som vi ikke ønsker. Som minimum burde udbudsloven afspejle den allerede eksisterende bedste praksis i forhold arbejds-, lærlinge- og arbejdsmiljøklausuler og i forhold til kontrol og sanktioner. Hvorfor kodificerer vi som minimum ikke den allerede eksisterende bedste praksis i den reviderede Udbudslov og dermed skabe et grundlag for, at alle offentlige og almene bygherrer opererer på samme måde? (*Bilag: Fra social dumping til arbejdskriminalitet....Bilag: Aktiv brug af arbejdsklausuler*).

Vi har fra BAT gentagne gange påpeget den forråelse, der foregår på vores arbejdsmarked og de direkte kriminelle aktiviteter, der foregår på og omkring offentlige byggerier og anlægsopgaver. BAT har desuden påpeget, hvorfor offentlige bygge- og anlægsopgaver hverken kan holde budgetter, tidsplaner eller blive bygget og opført i en bare nogenlunde ordentlig kvalitet. Stort set intet af dette er med i udkastet til Udbudsloven.

Pris som tildelingsfaktor

Laveste pris er fortsat langt den væsentligste tildelingsfaktor i Udbudsloven. Fra BAT ser vi gerne, at **"pris" ses i et totaløkonomisk perspektiv, og derfor ikke alene i forhold til opførelsesomkostninger, men også i forhold til kvalitet (holdbarhed), drift og vedligehold**. Det er ikke ligegyldigt hvilke materialevalg der foretages, og hvilken byggemetode der vælges. På engelsk har man et begreb, der hedder: "Penny wise but pound foolish". På dansk "sparer man på skillingerne, medens man lader dalerne rulle". Men det er desværre den måde hvorpå "pris" virker som tildelingskriterie af offentlige bygge- og anlægsopgaver

Den måde "prisen" indgår på for nuværende er desuden med til at fjerne den fri konkurrence, fordi konkurrencen ikke er fair. De virksomheder der vil overtræde flest love, regler og aftaler vinder stort set altid opgaverne. Uden at det har nævneværdige konsekvenser!

Fair konkurrence er en grundforudsætning for fri konkurrence. De ordentlige virksomheder, der overholder love, aftaler og regler vinder ikke opgaverne. Måske Konkurrencestyrelsen og ministeriet skulle genbesøge litteraturen i forhold til fair konkurrence som forudsætning for fri konkurrence!

Dem der vinder opgaverne, er dem, der snyder, svindler og begår kriminalitet. Staten, regionerne og kommuner bør kigge indad og lære af de ekstremt mange problematiske byggerier, som man er bygherre for! Man kan passende begynde med Storstrømsbroen, Metrobyggeriet, Bohr-bygningen og alle sygehusbyggerierne for at gøre sig begreb om dårligt arbejdsmiljø, fagretlige sager, ulovligheder, tidsplaner der skrider, dårlig kvalitet, budgetter der ikke holder, efterfølgende ekstra omkostninger til drift og vedligehold med meget mere!

Ville nogen privat bygherre udbyde på samme måde som det offentlige? Det korte svar er: Aldrig nogensinde!

Offentlige bygherrer ligger desværre oftest som de har ret. Men det gør de på grund af en udbudslovgivning, som ikke følger med den tid vi lever i og heller ikke forholder sig til, hvordan forretningsmodellerne er for de virksomheder, der nu byder ind på offentlige bygge- og anlægsopgaver i Danmark. Den tillidsbaserede model vi hylder i Danmark. Den griner de udenlandske entreprenørkoncerner af!

Offentlige bygherrer har ikke de nødvendige redskaber, de nødvendige kompetencer og de nødvendige magtmidler til at sikre, at den byggeproces, som de er ejer af og ansvarlig for, kommer til at forløbe tilfredsstillende! Ikke mindst i prækvalificeringen er det vigtigt at tage højde for, at virksomhederne skal kunne

og ville opfylde klausulkrav, lovgivningen og kollektive aftaler. Udbudsloven bliver som den ser ud i udkastet desværre ikke nogen hjælp hertil! (*Bilag: Krav til arbejds-, lærlinge og arbejdsmiljøklausuler*).

Hvem er det egentlig der bygger og løser opgaven?

Oftest har de entreprenører, der vinder opgaverne ikke selv bygningsarbejdere ansat. De benytter lange kæder af vikarbureauer, bemandingsbureauer, underentreprenører og falske selvstændige.

Bygherren entrerer med virksomheder uden at sikre sig, hvem der egentlig skal løse opgaverne og udføre arbejdet. Heraf opstår faktisk de fleste af de problemer, som vi oplever på de offentlige byggerier.

Ligesom i Tyskland, så foreslår BAT, at der i den danske Udbudslov bliver et **direkte forbud imod at benytte vikarbureauer og bemandingsbureauer indenfor bygge- og anlægsbranchen**. Lignende lovgivning er på vej i Norge, hvor forslaget støttes af den største norske entreprenørvirksomhed, Veidekke!

Hovedreglen i alt udbud skal være, **at der kun er entreprisholdere på byggepladsen**. Arbejdstage skal være ansat direkte hos den entreprenør, der har vundet opgaven og har kontrakt herpå med bygherren.

En supplerende regel skal være, at man **kun må sende en opgave i ét led i en underentreprise**. Dette skal ske efter "følg eller forklar princippet" overfor bygherren.

Man skal ved tildelingen sikre sig, at man som bygherre ved, hvem der skal arbejde på byggeriet. Det har bygherren ingen anelse om i dag! Derfor skal det også være et krav, at den der giver et tilbud, også allerede her redegør for hvilke underentreprenører, i maksimum ét led, der vil forekomme på byggeriet.

Bygherren skal med andre ord i udbuddet betinge sig at få viden om, hvem der skal bygge ude på pladsen. Ikke kun hvem der får kontrakten, men også hvordan og med hvem kontrakten opfyldes!

En entreprenør der ikke kan redegøre for, hvem der skal "bygge huset", vil man da forhåbentlig heller ikke gi' opgaven!!!!

Både BAT's erfaringer fra tusindvis af faglige sager, erfaringerne fra Kontrolheden i Københavns Kommune og Kontrolheden på Fyn, fra Skat og fra Arbejdstilsynet viser, at de største, groveste og vanskeligste sager forekommer, når der er lange underentreprenørkæder og, når der er vikarer og bemandingsvirksomheder på spil.

Uddannelses- og Lærlingeklausuler

Uddannelsesklausuler skal beskrives, så det er klart og forståeligt, hvad der menes i Udbudsloven. **Det er helt utilstrækkeligt at tale om ”oplæring”!** På en god dag er vi alle under oplæring!

Det skal som minimum **fremgå af lovteksten, at klausulerne skal opfyldes ved, at man har elever, praktikanter eller lærlinge, der er under uddannelse på en myndighedsgodkendt uddannelse (Eller godkendt af arbejdsmarkedets mest repræsentative nationale parter). Enten i Danmark eller i et andet EU/EØS-land.**

Uddannelsesindholdet og varighed skal være sammenlignelige i forhold til EUD i Danmark. (Bilag: Lærlingeplaner).

Som lærlingekravet er formuleret i lovforslaget, er vi i BAT stærkt bekymret for om kontrol af lærlingeklausuler overhovedet bliver muligt i fremtiden. Vi foretrækker konkrete formuleringer i forhold til konkrete uddannelser med konkrete kontroller og sanktioner i lovteksten og i den efterfølgende bekendtgørelse.

Skattely

I byggeriet er virksomheder, der opererer fra skattely, det mindste af alle vores problemer. Som beskrevet her og i de vedlagte bilag, så er vores problemer særdeles mere håndgribelige og personnære.

Det er ikke fordi, vi er imod forslaget om Skattely, men i forhold til Bygge- og Anlægsbranchen, så har det meget begrænset betydning.

Kontrol

I BAT hilser vi det velkomment, at **kommuner og regioner nu kan oprette fælles kontrolenheder, eller købe ydelsen hos en allerede etableret kontrolenhed. Dette må også gerne ske i samarbejde med statslige og almene bygherrer.**

Erfaringerne fra Kontrolenheden i Københavns Kommune er velkendte. Det samme er tilfældet med Kontrolenheden på Fyn (Odense). De viser jo med al mulig tydelighed, at der foregår bevidst snyd, svindel og kriminalitet!

Kontrol skal derfor ikke alene være en mulighed for bygherrer. Det skal være et krav! Man kan desuden lære meget af hvordan kontrolenhederne er opbygget i Norge. Her er de specialiseret i at bekæmpe arbejdslivs kriminalitet inden for de forskellige brancher.

BAT står til rådighed for yderligere drøftelser

I BAT forventer vi, at vores høringssvar bliver taget alvorligt. Både af Ministeriet, Konkurrencestyrelsen og af det politiske flertal, som til syvende og sidst skal stemme loven igennem. I byggefagene er vi trods alt dem, der længst, mest systematisk og med de fleste ressourcer har bekæmpet social dumping og arbejdslivskriminalitet. Herunder italesat behovet for, at Udbudsloven og tildelingskriterierne strammes betydeligt, som det fremgår af diverse vedlagte bilag.

Vi står naturligvis til disposition for at bevise de problemstillinger, som vi belyser. Dokumentation er vidnesbyrd og afgørelser i vores fagretlige sager. Det er beretninger fra vores udenlandske medlemmer. Det er afgørelser fra Skat og fra Arbejdstilsynet.

Venlig hilsen

Gunde Odgaard, sekretariatschef i Bygge-, Anlægs- og Trækartellet.

Telefon: 40747475

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Fremsendt på e-mail ok@kfst.dk

Aarhus, 3. marts 2022

Høring vedrørende lovforslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har den 3. februar 2022 sendt lovforslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud i høring.

Kredsløb A/S har følgende bemærkninger til forslaget.

Lovforslag nr. 1 (indsættelse af ny § 5 a.)

Lovforslaget er som udgangspunkt rigtig fornuftigt. Det er dog svært at vurdere, hvilken betydning "undtagelsesdelen" i stk. 2 kommer til at få i praksis, da det ikke fremgår af lovforslaget, hvem (ordregiver, anmoder eller en helt tredje) der skal vurdere, om en anmodning om aktindsigt i andet end det vindende tilbud er nødvendig for at kunne varetage hensynet til effektiv kontrol og hvordan denne vurdering skal foretages (begrundelse/dokumentation).

Af lovforslaget fremgår det direkte, at *offentlighedsloven ikke finder anvendelse på andre tilbud og oplysningerne herom end det vindende tilbud*.

Af lovforslaget fremgår det endvidere, at bestemmelsen i lovforslaget ikke angår aktindsigt efter forvaltningsloven hos Klagenævnet for Udbud. Det betyder eksempelvis, at hvis man er part i en klagesag, så vil aktindsigt til Klagenævnet for Udbud ikke blive berørt af den foreslåede bestemmelse.

Men det fremgår ikke af lovforslaget, hvordan bestemmelsen spiller sammen med aktindsigt efter miljøoplysningsloven? Vil man kunne forestille sig, at anmodninger om aktindsigt i andet end det vindende tilbud fremover bare bliver stillet efter miljøoplysningsloven (ift. de ordregivere/udbud, som er underlagt miljøoplysningsloven), når nu adgangen til aktindsigt begrænses med den nye § 5.a. i udbudsloven?

Lovforslag nr. 16 (indsættelse af ny § 134 a)

I § 134 a, stk. 2 står der "§ 135, stk. 6, finder tilsvarende anvendelse på situationer omfattet af stk. 1". Men der er ikke noget stk. 6 i § 135? (der er kun stk. 1-5).

Kredsløb A/S
Karen Blixens Boulevard 7
8220 Brabrand
CVR: 40844244

kontakt@kredsløb.dk
T +45 77 88 10 10

www.kredsløb.dk

Kontaktperson:
Susanne Thor
SUTH@kredsløb.dk
T +45 41 85 59 61

Lovforslag nr. 21 (indsættelse af nyt punktum i § 138, stk. 1)

Iht. lovforslaget skal der indskrives følgende i udbudsloven: »*Til vurdering af en økonomisk aktørs dokumentation af pålidelighed skal ordregiveren indhente vejledende udtalelse hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.*«.

Hvorfor er det formuleret som et "skal" i stedet for et "kan"? Man kan forestille sig, at i nogle små/ukomplekse/lokale tilfælde/sager kan Ordregiver bedst selv vurdere, mens det kan være en fordel for Ordregiver at indhente en vejledende udtalelse hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ift. større/komplekse/nationale tilfælde/sager?

Afhængig af, hvor hurtig "ekspeditionstiden" bliver hos den nye enhed i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, kan det betyde en markant forlængelse af udbudsprocessen, når Ordregiver skal indhente en vejledende udtalelse hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, inden Ordregiver må træffe afgørelse om hvorvidt den fremsendte dokumentation/self cleaning er tilstrækkelig.

Det fremgår ikke at lovforslaget, hvad konsekvensen er, at hvis Ordregiver ikke indhenter en vejledende udtalelse hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Ligeledes fremgår det ikke om tilbudsgiver kan klage, hvis ikke Ordregiver følger den vejledende udtalelse, som Ordregiver jo ikke er bundet af. I tilfælde af klagemulighed, hvem er så rette instans for klagen?

Lovforslag nr. 22 og 23 (ændring af periode hvor der kan ske udelukkelse)

I de to lovforslag står der følgende:

22. I § 138, stk. 6, ændres »4 år« til: »5 år«.

23. I § 138, stk. 7, ændres »2 år« til: »3 år«.

Det er dog i § 138, stk. 5, at der står "4 år" og i § 138 stk. 6, at der står "2 år". Der findes ikke nogen § 138, stk. 7 i udbudsloven.

Lovforslag nr. 29 (udbudsloven) og nr. 37 (tilbudsloven) (krav om at ordregivere skal indføre krav i kontrakten om anvendelse af personer under oplæring)

Som det er i dag, vil langt størstedelen af alle ordregivere være underlagt krav (f.eks. via KL eller ejer/direktion) om at skulle stille CSR-relaterede krav ifm. sine indkøb/udbud i det omfang, det er muligt og giver mening ift. det konkrete indkøb/udbud ("følg eller forklar").

Det virker ikke helt logisk, at man laver specifikke/detail bestemmelser ift. krav om anvendelse af personer under oplæring uden tilsvarende at lave specifikke detail bestemmelser ift. nogle af de andre områder nævnt i § 176, stk. 1 (økonomiske, innovationsrelaterede, miljømæssige, sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn).

Lovforslag nr. 34 (indsættelse af sætning omkring regler for, hvordan elektroniske udbud skal gennemføres)

I lovforslaget står der følgende:

34. I § 194, stk. 1, indsættes efter »i medfør af denne lov«: », samt regler for hvordan elektroniske udbud skal gennemføres, herunder regler om brug af en bestemt platform til afgivelse af tilbud«.

Hvordan er regler om brug af en bestemt platform til afgivelse af tilbud (monopol?) foreneligt med konkurrencereglerne?

Hvordan skal Ordregiver kunne konkurrenceudsætte sit indkøb af elektronisk udbudssystem, hvis regler foreskriver brug af en bestemt platform til afgivelse af tilbud?

Lovforslag nr. 35 (indsættelse af ny § 13a i lov om klagenævnet for udbud)

I lovforslaget står der følgende:

»§ 13 a. Efter påstand fra klageren pålægger Klagenævnet for Udbud ordre-giver en økonomisk sanktion på 1 pct. af værdien af den udbudte kontrakt eller rammeaftale, dog maksimalt 100.000 kr., for overtrædelser af udbudslovens § 49, stk. 2, ved i udbudsmaterialet ikke at have angivet en baggrund for, at ordregiver ikke har udbudt en samlet kontrakt eller rammeaftale i særskilte delkontrakter.«.

Det er svært at se berettigelsen/formålet med dette lovforslag – herunder forekommer sanktionen anført i lovforslaget ikke proportional set ift. "forseelsen"?

I langt størstedelen af udbud består "opdel eller forklar"-forklaringen 1-3 linjer i udbudsmaterialet. Vil der med bestemmelsen blive indført skrappe krav til hvor meget der skal begrundes for at bestemmelsen er opfyldt?

Det er svært at se, hvordan/hvorfor manglende angivelse af de 1-3 linjer i udbudsmaterialer berettiger en "dummebøde" på 1 pct. af værdien af den udbudte kontrakt eller rammeaftale, dog max. 100.000 kr. (alle udbud med en anslået værdi på 10 mio. DKK eller derover vil kunne blive pålagt en dummebøde på 100.000 DKK).

Med venlig hilsen

Kredsløb A/S

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Høringssvar

Indkøb og Udbud

3. marts 2022

Høringssvar vedr. forslag til ændring af udbudsloven mv.

I Administrations- og Servicestyrelsen vurderer vi, at forslaget til ændring af udbudsloven samlet set vil give god værdi for udbudsprocesserne i Danmark, da det indeholder mange positive tiltag. Derfor er der kun enkelte punkter i lovforslaget, som giver anledning til kommentarer. Disse følger nedenfor.

Lovforslagets punkt 16 om ny udelukkelsesgrund

Den foreslåede udelukkelsesgrund hilses velkommen, da den forekommer særdeles relevant.

Administrations- og Servicestyrelsen vil derfor blot opfordre til, at man i forbindelse med implementering af bestemmelsen sørger for, at der altid er en entydig og opdateret liste tilgængelig – f.eks. på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens hjemmeside – over de lande, som konkret er omfattet af udelukkelsesgrunden.

Dette vil spare både ordregivere og tilbudsgivere tid, når der er behov for at vurdere, om en tilbudsgiver rammes af udelukkelsesgrunden. Særligt ”*øvrige handelsaftaler, der forpligter Danmark til at åbne markedet for offentlige kontrakter for tilbudsgivere etableret i det pågældende land*” er svære at fremsøge udtømmende og dermed sammenholde med EU-listen over ikkesamarbejdsvillige skattejurisdiktioner.

Lovforslagets punkt 21 om vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om pålidelighed

Administrations- og Servicestyrelsen anerkender det hensigtsmæssige i at sikre en vis ensartethed i vurderingerne af pålidelighed.

Imidlertid forudses alvorlige praktiske udfordringer med denne løsning, medmindre den suppleres med en lovbestemt frist for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udtalelse. En sådan frist bør maksimalt være på 7 kalenderdage fra ordregivers fremsendelse, hvis ordningen ikke skal blive en bombe under tidsplanerne for udbud med den konsekvens, at man i disse tilfælde ofte vil komme til at have en længere periode, hvor man ikke kan dække sit behov via en konkurrenceudsat kontrakt og i

nogle tilfælde endda må sætte løsning af væsentlige samfundsopgaver i bero, fordi det ikke giver mening at lave en midlertidig kontrakt.

Alternativt kan man gøre det valgfrit, om ordregiver vil afvente Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udtalelse, inden ordregiver træffer sin egen beslutning. Dette vil under alle omstændigheder være naturligt, når udtalelsen alligevel ikke er bindende for ordregiver. Dermed kan den ordregivende myndighed undgå at skulle udskyde kontraktstart i tilfælde, hvor dette vil have vidtrækkende konsekvenser, mens der stadig vil være mulighed for at afvente udtalelsen i de tilfælde, hvor dette ikke medfører sådanne alvorlige problemer.

Hvis ordningen indføres, opfordrer Administrations- og Servicestyrelsen desuden til, at man offentliggør udtalelserne (evt. i anonym form), så både ordregivere og tilbudsgivere løbende kan danne sig et indtryk af, hvad praksis er på området. Dette vil gøre det nemmere for tilbudsgiverne at vurdere, hvad der skal til, for at de kan gøre sig forhåbninger om at få godtaget deres dokumentation for self-cleaning, ligesom det vil gøre det nemmere for ordregiver at vurdere, om man i en konkret sag er på sikker grund eller i en gråzone, og dermed om man bør afvente udtalelsen i en konkret sag (hvis ovenstående forslag om at gøre det frivilligt at afvente udtalelsen indarbejdes i reglerne).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

AmgroS I/S
Dampfærgevej 22
2100 København Ø
Danmark

T +45 88713000
F +45 88713008

AmgroS@amgroS.dk
www.amgroS.dk

Sendt pr. mail til ok@kfst.dk.

3. marts 2022
LTA – J.nr. 2022-0295

Høringssvar til forslag til ændring af udbudsloven

AmgroS har den 4. februar 2022 modtaget Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens ("KFST") høring af forslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om Klagenævnet for Udbud.

AmgroS har sammen med de fem regioner koordineret et fælles høringssvar, som Danske Regioner har fremsendt på vegne af parterne.

Følgende bemærkninger skal derfor ses som et supplement til høringssvaret afgivet af Danske Regioner. AmgroS' bemærkninger knytter sig i denne sammenhæng isoleret til den foreslåede ændring af udbudslovens § 194, stk. 1, hvor der gives bemyndigelse til, at erhvervsministeren kan fastsætte regler om elektroniske kommunikationsmidler i forbindelse med udbudsloven, samt regler for hvordan elektroniske udbud skal gennemføres.

Etablering af en fælles elektronisk platform til afgivelse af tilbud

Det fremgår af lovforslagets nr. 34, at ændringen af § 194, stk. 1, vil medføre, at der kan udformes nærmere regler om, hvor og hvordan der skal ske afgivelse af tilbud, hvordan data skal udveksles mv. Dette kan eksempelvis ske ved regler om brug af en bestemt elektronisk platform til afgivelse af tilbud.

Det bemærkes indledningsvist, at det ud fra lovforslagets indhold er uklart, hvordan brugen af en bestemt elektronisk platform skal fungere i praksis, samt hvilken betydning det vil få for ordregiver.

AmgroS har i forvejen et velfungerende og specialudviklet elektronisk udbudssystem, der er blevet løbende tilpasset siden lanceringen i 2007. Systemet er tilpasset specifikt til udbud af lægemidler.

Hvis der bliver etableret en anden platform, som bliver obligatorisk at anvende for alle ordregivere, vil det forhøje transaktionsomkostningerne for AmgroS og vores tilbudsgivere. AmgroS foreslår derfor, at udbud af lægemidler bliver undtaget fra brugen af en bestemt elektronisk platform til afgivelse af tilbud, således at AmgroS kan fortsætte med at benytte den nuværende elektroniske platform.

Det bemærkes, at Amgros står for ca. en femtedel af alle udbud (målt på antal delaftaler), der årligt gennemføres i Danmark. Amgros er den eneste ordregiver i Danmark, der laver EU-udbud af lægemidler. Udover udbud af lægemidler, gennemfører Amgros få andre udbud af bl.a. høreapparater og andet medicinsk udstyr. Disse øvrige udbud bliver ikke udbudt via vores egen udbudsplatform til lægemidler, men udbydes via fx EU-Supply. Vores henvendelse og ønsker omhandler derfor alene muligheden for at undtage *udbud af lægemidler til de offentlige sygehuse* fra kravet om anvendelse af en fælles platform.

Amgros' elektroniske platform til afgivelse af tilbud i lægemiddeludbud

Amgros har siden 2007 haft et elektroniske udbudssystem "Amgros I/S' Leverandør- og Udbudsportal" (<https://levportal.amgros.dk/Sider/Default.aspx>). Vi har således udbudt elektronisk i lang tid før, der var et krav om elektroniske udbud. Udbudssystemet er løbende blevet udviklet og forfinet gennem årene, og Amgros har brugt mange ressourcer på udviklingen. Resultatet er, at vi p.t. står med et utroligt godt og driftssikkert system. Udbudssystemet har mange specialfunktioner og er koblet op på andre både interne og et eksternt system, for at sikre en god sammenhæng med lægemiddelmarkedet.

Langt hovedparten af de tilbudsgivere, der anvender Amgros' udbudssystem, er lægemiddelproducenter/-forhandlere, og Amgros' udbud er derfor de eneste udbud, de deltager i. Vores system er derfor kendt af dem og er det eneste system, de stifter bekendtskab med. Der er dog nogle enkelte af leverandørerne, der også producerer/sælger medicinsk udstyr, som derfor også deltager i udbud i regionerne.

Nedenfor er beskrevet nogle udvalgte egenskaber ved Amgros' udbudssystem:

- Det er koblet op på medicinpriser.dk, hvilket betyder, at man som tilbudsgiver blot skal angive et varenummer fra medicintaksten, hvorefter systemet selv trækker alle oplysninger om lægemidlet, fx styrke, pakningsstørrelse, produkt etc.
- Udbudssystemet sikrer mod, at tilbudsgivere uforvarende kommer til at afgive ukonditions-mæssige tilbud, idet systemet giver tilbudsgiveren en fejlmelding og nægter "at gå videre", hvis tilbudsgiver fx ikke overholder udbudsbetingelsernes krav om angivelse af tilbud på varer på alle varelinjer, når der ikke er sammenhæng mellem afgivne priser fx ved krav om samme pris pr. enhed uanset pakningsstørrelse etc.
- For ganske nylig er vores udbudssystem blevet udbygget yderligere. Vi genererer udbudsdokumenter (udbudsbetingelser og rammeaftaler) direkte i systemet (udbudsbekendtgørelsen er længe blevet genereret automatisk), hvilket giver en sammenhængende arbejdsproces internt, og samtidig højner kvaliteten overfor tilbudsgiverne/leverandørerne. Det medvirker desuden til, at vi kan udbyde så stor en mængde lægemiddeludbud med forholdsvis begrænsede ressourcer.

- Udover at være et udbudssystem, er det også udbygget med et modul, som gør, at kommunikation om igangværende aftaler understøttes af systemet og giver tilbudsgiver en brugergrænseflade, hvor de har overblik over deres aftaler inkl. restordrer med os. Løbende ændringer af de fra sygehusene afgivne estimer understøttes også af systemet.
- Afgivelse af ESPD er en integreret del af udbudssystemet.

Vi har ovenfor oplistet nogle udvalgte egenskaber ved Amgros' udbudssystem, men Amgros vil gerne give KFST et endnu bedre indblik i, hvad systemet kan, hvis der er behov herfor. Vedlagt er også Amgros' brugervejledning til udbudssystemet, jf. Bilag 1.

For at opsummere, er der løbende blevet brugt mange ressourcer på at udvikle og udbygge Amgros' udbudssystem. Systemet er specialudviklet til at kunne håndtere de mange lægemiddeludbud, vi kører hvert år, med dertilhørende specialegenskaber. Hvis vi ikke kan anvende vores nuværende udbudssystem, vil der være behov for en tilførsel af ekstra medarbejderressourcer, da vores udbud ikke vil kunne gennemføres med den samme grad af automatisering og effektivitet, som vil få betydelige økonomiske konsekvenser, hvilket bør håndteres i en DUT proces.

Det er desuden Amgros' opfattelse, at tilbudsgiverne er meget tilfredse med systemet. Reelt refereres der til det bedste system i nordisk regi.

Amgros opfordrer på denne baggrund til, at erhvervsministeren og KFST overvejer, hvilke brancher brugen af en bestemt elektronisk platform til afgivelse af tilbud vil give merværdi, og undtager de brancher, hvor det ikke vil være tilfældet, som fx udbud af lægemidler.

Med venlig hilsen

Lene Thomsen Andrä
Senior jurist - Ledelsessekretariatet

Vedlagt er Bilag 1: Brugervejledning til Amgros' Leverandør- og Udbudsportal.

Forslag til ændring af udbudsloven

Forslag til § 5a vedrører begrænsning af adgangen til aktindsigt i tilbud i en udbudsproces

Ændringsforslag nr. 1

Det foreslås at muligheden for at søge om aktindsigt som hovedregel begrænses til det vindende tilbud. I bemærkningerne til lovforslaget gives følgende begrundelse for forslaget:

Formålet med ændringen er for det første at undgå, at aktindsigt til ordregivere anvendes på en måde, hvorved der er risiko for at forbrejde konkurrencen. Dog således, at der stadig vil være adgang til aktindsigt, når det sker med henblik på at kontrollere lovligheden af udbudsprocesser. Der kan eksempelvis være en risiko for, at konkurrencen forbrejdes, når aktindsigt sker med det formål at få indblik i andre tilbudsgiveres tilbud og anvende disse oplysninger i fremtidige udbud. Hensigten er således, at reglerne om aktindsigt ikke anvendes til, at virksomheder opnår konkurrencemæssige fordele i forhold til deres konkurrenter på markedet for offentlige kontrakter.

Hos Midttrafik oplever vi en stigende tendens til, at der søges om aktindsigt i samtlige indkomne tilbud – formodentligt udelukkende med det formål at ”snage” i andre tilbudsgiveres tilbud, således at man kan ”få gode ideer” til egen vindings skyld til kommende udbud inden for samme område.

Det foreslås derfor, at forslaget til § 5A også gøres gældende for ordregivende myndigheder, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Der bør således laves en ændring i *Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester* (<https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2015/1624>), således at Udbudsloven § 5a også gælder for forsyningsvirksomheder.

Forslag til ændringer vedr. udelukkelsesgrunde

Udelukkelsesperioder forlænges

Ændringsforslag nr. 22 og 23

Udelukkelsesperioden for de obligatoriske udelukkelsesgrunde foreslås forhøjet til 5 år i stedet for de nuværende 4 år. Tilsvarende foreslås udelukkelsesperioden for de frivillige udelukkelsesgrunde forhøjet til 3 år i stedet for de nuværende 2 år.

Forslaget om længere udelukkelsesgrunde er godt, særligt i lyset af, at Midttrafik ofte anvender lange kontraktperioder, hvor sandsynligheden for at vi faktisk kan komme til at udelukke en tilbudsgiver i et efterfølgende udbud derfor er mindre, hvis udelukkelsesperioden er kort.

Ift. de frivillige udelukkelsesgrunde, ses det gerne, hvis man som ordregiver kunne have mulighed for at vælge en længere udelukkelsesperiode, også set i lyset af om udelukkelsen rent faktisk kan få effekt, hvis der er lang tid til næste udbud grundet lange kontraktperioder.

Frivillig udelukkelsesgrund ophøjes til obligatorisk udelukkelsesgrund

Ændringsforslag nr. 19

Den tidligere frivillige udelukkelsesgrund, jf. Udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 3 foreslås ophøjet til obligatorisk udelukkelsesgrund. Dette forslag medfører, at en ordregiver skal afvise en tilbudsgiver, hvis "ordregiver kan påvise, at ansøger eller tilbudsgiver i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgers eller tilbudsgivers integritet".

Set fra Midttrafiks synsvinkel er dette et kærkomment forslag, særligt set i forhold til vores tidligere sag vedr. Prebens Biler. Hvis forslaget gennemføres, betyder det at udelukkelsen fra udbud skal opretholdes i 5 år i stedet for de nuværende 2 år.

Ændring af proces for self-cleaning i relation til udelukkelse

Ændringsforslag nr. 21

Det følger af nuværende regler, at en tilbudsgiver skal have mulighed for at påvise sin pålidelighed (self-cleaning) inden pågældende udelukkes grundet en af de obligatoriske eller frivillige udelukkelsesgrunde. Den ordregivende myndighed skal vurdere tilbudsgiverens fremsendte dokumentation og herud fra vurdere og beslutte, om tilbudsgiveren har "renset" sig selv for den påtalte udelukkelsesgrund. Er dette tilfældet, kan tilbudsgiveren ikke udelukkes fra det pågældende udbud

Det foreslås, at ordregivere fremover skal anmode Konkurrence og Forbrugerstyrelsen (KFST) om en vejledende udtalelse til vurderingen af tilbudsgiverens pålidelighed – dette indebærer en pligt til at indsende dokumentation til KFST om baggrunden for udelukkelse samt pågældende tilbudsgivers fremsendte dokumentation for pålidelighed. Ordregiver er herefter forpligtet til at afvente en vejledende udtalelse fra KFST, inden ordregiver træffer selvstændig beslutning om udelukkelse eller ej.

Det er estimeret, at de ordregivende myndigheder samlet set kan opnå en besparelse på ca. 8,5 mio. kr. i perioden 2023-2026. Samtidig er det vurderet, at KFST skal etablere en ny afdeling på ca. 6,4 årsværk til at håndtere alle vurderinger for alle ordregivende myndigheder i DK, hvilket medfører statslige merudgifter for ca. 23,8 mio. kr. i perioden 2023-2026.

Forslaget vil uden tvivl medføre en forlængelse af udbudsprocessen, da ordregiver i ethvert udbud er nødsaget til at afsætte tid til den foreslåede proces i tidsplanen. Det betyder at tiden fra tilbudsfrist til tildelingstidspunkt skal forlænges med et endnu ukendt antal dage. Forslaget indeholder ikke information om, hvor lang sagsbehandlingstid der forventes på de vejledende udtalelser fra KFST. Dette er uhensigtsmæssigt i de fleste udbudsprocesser.

Det anbefales, at det ikke bliver obligatorisk at skulle indhente vejledende udtalelse fra KFST, og at det udelukkende bliver en mulighed, som man kan vælge benytte sig af i de særligt komplicerede tilfælde.

Publicure Advokatfirma har offentliggjort en foreløbig vurdering af de foreslåede ændringer til Udbudsloven. Særligt kravet om, at alle ordregivere er forpligtet til at anmode KFST om en vejledende udtalelse om tilbudsgivers pålidelighed ift. en potentiel udelukkelsesgrund bliver kritiseret. Se nærmere her: <http://publicure.dk/da/articles/202202/udkast-til-aendringer-af-udbudsreglerne-strammere-krav-for-tilbudsgivere>

Mulighed for at opsig en kontrakt, hvis leverandøren bliver omfattet af en udelukkelsesgrund i kontraktperioden

Ændringsforslag nr. 32-33

Det følger af Udbudsloven § 185, at ordregiver kan bringe kontrakten til ophør i nærmere specificerede situationer. Med forslaget tilføjes det, at kontrakten kan bringes til ophør, hvis leverandøren i løbet af kontraktens løbetid bliver omfattet af en udelukkelsesgrund og ikke kan påvise sin pålidelighed.

§ 185 svarer i sin nuværende ordlyd til ordlyden i § 16 i *Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester* (<https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2015/1624>), der således gælder for forsyningsvirksomheder.

Hvis lovgiver har til hensigt, at ordregivende myndigheder omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet skal have samme mulighed for at bringe en kontrakt til ophør, hvis leverandøren bliver omfattet af en udelukkelsesgrund i løbet af kontraktperioden, så bør der laves tilsvarende ændring i *Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester* (<https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2015/1624>).

Forpligtelse til at stille krav om anvendelse af "personer under oplæring"

Ændringsforslag nr. 29, 30 og 31

Forslaget indeholder krav om, at ordregiver under visse forudsætninger skal indføre kontraktkrav om anvendelse af personer under oplæring ved gennemførelse af kontrakten. Der skal udstedes en bekendtgørelse, der angiver hvilke kontrakttyper, der vil være omfattet af kravet.

"Personer under oplæring" defineres som: personer, der opererer under kontraktpartens opsyn med henblik på, personen opnår den nødvendige faglighed til efter endt oplæring at kunne varetage de pågældende opgaver selvstændigt. Anvendelse af lærlinge er en måde at opfylde kravet om oplæring på.

Det fremgår ikke tydeligt af lovforslaget, om ændringsforslaget vedr. anvendelse af personer under oplæring også vil gælde for ordregivende myndigheder omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Hvis lovgiver har en intention om, at de specificerede regler om krav om anvendelse af personer under oplæring skal gælde for ordregivende myndigheder omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet, bør dette fremgå af forslaget, og der bør laves en ændring i *Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester* (<https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2015/1624>), således at Udbudsloven § 176, stk. 2-4 også gælder for forsyningsvirksomheder.

Regler for gennemførelse af elektronisk udbud

Ændringsforslag nr. 34

Den foreslåede ændring medfører at der kan udformes nærmere regler om, hvor og hvordan der skal ske afgivelse af tilbud, hvordan data skal udveksles mv. Dette kan eksempelvis ske ved regler om brug af en bestemt elektronisk platform til afgivelse af tilbud (udbudsplatform).

Det fremgår af bemærkningerne til forslaget, at kravet om brug af én bestemt udbudsplatform, der kan medvirke til at der sker færre fejl i tilbudsgivningen, kan påvirke tilbudsgivernes incitament til at deltage i offentlige udbud.

Det fremgår implicit i forslaget, at der med formuleringen om krav om brug af en bestemt udbudsplatform, menes, at der forventeligt skal udvikles et helt nyt elektronisk udbudssystem, der kan leve op til de i forslaget anførte forventninger om minimering af fejl i tilbudsgivningen. Det er i forslaget estimeret, at udviklings- og driftsomkostningerne for en ny elektronisk platform vil beløbe sig til ca. 170 mio. kr. i

perioden 2022 – 2032. Samtidigt er der estimeret en forventet besparelse for alle ordregivende myndigheder på ca. 5,8 mio. kr., når systemet er fuldt implementeret i 2026.

Det er overordnet set en god ide, at de elektroniske udbudssystemer så vidt muligt understøtter udbudsprocesserne og tilbudsgivningen, således at fejl minimeres. Det vil helt klart have en positiv effekt på transaktionsomkostningerne ved at gennemføre udbud.

Det virker dog meget ambitiøst at udvikle ét system, der kan tilgodese samtlige typer af ordregivende myndigheder, leverandører, brancher og forskelligartede indkøb. Der er væsentlig forskel på gennemførelse af udbud på fx kuglepenne, inventar, transportydelser, hospitalsudstyr, opførelse af bygninger mm. Samtidig overstiger omkostningen til drift og udvikling af et nyt system langt de forventede besparelser for de ordregivende myndigheder. Besparelserne er i øvrigt ikke nærmere kvalificeret; hvori består besparelserne? Er det i forhold til minimering af fejl i udbudsprocessen, således at risikoen for at skulle annullere et udbud grundet procesmæssige fejl?

Ændring i Lov om Klagenævnet for udbud

Økonomisk sanktion for manglende angivelse af baggrund for udbud af én samlet kontrakt i stedet for delaftaler

Ændringsforslag nr. 35

Forslaget indebærer at Klagenævnet for udbud kan pålægge en økonomisk sanktion på 1 % af kontraktværdien, dog max. 100.000 kr., hvis ordregiver ikke har angivet en begrundelse for en udbudt kontrakt, ikke er udbud i særskilte delkontrakter (Opdel-eller-forklar-princippet). Det følger af forslaget, at klager skal nedlægge påstand herom.

Formålet er at sikre at ordregiver overholder forpligtelsen i Udbudsloven § 49, og angiver en begrundelse for, at en udbudt kontrakt ikke er opdelt i mindre delkontrakter, hvilket kan være en fordel for små- og mellemstore virksomheder.

Det er uklart om sanktionsmuligheden også gælder overfor ordregivende myndigheder omfattet af Forsyningsvirksomhedsdirektivet. Lov om klagenævnet for udbud finder anvendelse overfor forsyningsvirksomheder, men Udbudsloven § 49, som sanktionsmuligheden retter sig mod, gælder ikke for forsyningsvirksomheder, jf. *Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester* <https://www.retsinformation.dk/eli/lt/2015/1624>).

København den 3. marts 2022 HLB

Høringssvar

Forslag til lov om ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud

Bygherreforeningen takker Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen for muligheden for at afgive hørings-svar i relation til ovennævnte love samt for den forudgående dialog op til høringen.

På overordnet niveau er vi enige i, at der er identificeret et markant behov for at forbedre reglerne bl.a. med hensyn til at sikre øget fleksibilitet, mere klare regler og lavere transaktionsomkostninger. Der er på dette område en række interessante justeringer af reglerne i udkastet. Vi mener dog ikke, at man er gået ambitiøst nok til værks i forhold til at realisere det milliardpotentiale, som ligger for besparelser ved yderligere forenkling af reglerne. Vi henviser i den forbindelse til vedlagte forslag, som vi har haft lejlighed til at præsentere ved foretræde for Folketingets Erhvervsudvalg. Overskrifterne for vores forslag er:

- Mindre justeringer i udbudsmaterialet bør ikke medføre nyt udbud
- Tilbudsloven og udbudsloven bør samtænkes
- Reducer krav til evalueringsmodeller
- Større frihed til at vælge fabrikater
- Platform til håndtering af frivillige udelukkelsesgrunde

Vedlagt findes også notat, som beskriver mulige ulovligheder, der blev gennemført ved ændringer i loven i 2019 vedrørende evalueringsmodeller og tokuvertsystem. Vi finder uforståeligt, at der ikke er foretaget en nærmere vurdering af de forhold, vi rejser i notatet.

Nyskabelserne omkring at styrke "samfundskontrakten" hilser vi velkomne. Det er områder, hvor mange af vores medlemmer i forvejen er aktive på forskellig vis, og vi tror på, at en samlet og ensartet tilgang kan være med til at styrke effekten af indsatserne. Vi mener dog ikke i alle tilfælde, at man er nået helt i mål med forslagene og har derfor konkrete forslag til styrkelse.

Herunder følger konkrete kommentarer til høringsmaterialet.

Anmodninger om aktindsigt (punkt 1)

Vi finder det positivt med justeringen, men savner bedre forklaring på, hvordan reglerne vil fungere i forbindelse med fx annulleret udbud (intet vindende tilbud), rammeaftaler/dynamiske indkøbssystemer (flere vindende tilbud) samt forholdet til miljøoplysningsloven (som er meget omfattende).

Samarbejde om kontrol med overholdelse af kontraktuelle forpligtelser (punkt 2)

Erfaringer fra vores medlemmer viser, at det er afgørende med effektiv kontrol af de krav som stilles, fx i relation til lærlingepladser, løn og arbejdsforhold mv. Vi mener på den baggrund, at formuleringen i § 5b bør udvides, så den også omfatter statslige og almene boligselskabers eventuelle samarbejder om kontrol. I princippet kan man også forestille sig, at nogle private aktører ønsker at tilslutte sig sådanne samarbejder. Endvidere bør det præciseres, at samarbejderne ikke er begrænsede til at omfatte forhold vedr. lærlinge. Vi mener desuden at selskabsdannelser, brancheorganisationer og lign. også bør kunne være omdrejningspunkt for sådanne samarbejder.

Præcisering af delydelsesreglen (punkt 3)

Vi finder det positivt, at der bringes harmoni i reglen med domspraksis, så der jf. § 8 kan tildeles mere frit tidsmæssigt.

Reglerne for blandede kontrakter (punkterne 4-8)

Vi finder som udgangspunkt de foreslåede ændringer konstruktive, dog er teksten vedrørende punkt 8 svært tilgængelig og kan med fordel omformuleres. Vi er i den forbindelse usikre på, om der med de valgte formuleringer indføres en utilsigtet skærpelse af annonceringspligten ved blandede kontrakter.

Overgang til forhandling gøres nemmere (punkterne 10-12)

Som vi har givet til kende tidligere (i TAG) anser vi det for en klar forbedring med justeringerne i §§ 61, 66 og 67, så nyt udbud kan undgås og overgang til forhandling gøres nemmere. Vi finder det særligt vigtigt, at successive faser nu udtrykkeligt er en mulighed.

Afkobling af mindstekrav som grundlæggende element i konkurrencepræget dialog (punkt 13)

Ændringen med præcisering af sondringen mellem udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog er positiv i forhold til en klarere differentiering mellem de to former. Vi mener imidlertid, at det bør klargøres yderligere, hvad der kan ændres under sidstnævnte.

Udelukkelse ved etablering i skattely (punkt 16)

Vi har sympati for forslaget om udelukkelse ved etablering i skattely jf. § 134a. Samtidig har vi dog svært ved at se, at det skulle være et ofte forekommende problem i bygge/anlæg, medmindre der er tale om milliardstore projekter. Det der kan være vanskeligt i at administrere reglen, er forståelsen af begrebet etableret. Hvis det er selve byderen eller konsortiemedlemmerne, som ikke må være etableret, så er det for så vidt ikke så problematisk at gennemskue. Hvis der derimod med etableret forstås alle moder-, datter- og søsterselskaber til den/de bydende, så bliver for alvor vanskeligt at kontrollere. Viden om hvilke lande, der er relevante mangler også afklaring, hvor skal ordregiverne konkret orientere sig i forhold til opdaterede lister med de relevante lande? Bygherreforeningen opfordrer derfor til at systematikken omkring udelukkelse af selskaber med base i skattelylande gentænkes på en måde, der gør det nemmere for ordregivere at håndtere processen omkring udelukkelse af den grund.

Obligatorisk udelukkelse ved tvivl om pålidelighed/integritet (punkt 19)

Vi hilser som udgangspunkt denne skærpelse velkommen, så de 'brodne kar' får vanskeligere ved at begå sig i markedet på bekostning af de seriøse spillere. Teksten i § 136 nr. 4 ligner den nuværende lovs beskrivelse af pålidelighed og alvorlige forsømmelser, hvilket lægger op til en bred anvendelse, som vi kun kan støtte op om. Efter Bygherreforeningens opfattelse vil en række frivillige udelukkelsesgrunde fra udbudslovens § 137 *de facto* blive obligatoriske udelukkelsesgrunde, da de i udgangspunktet vil være situationer, der sår tvivl om tilbudsgivers integritet. Det drejer sig om følgende frivillige udelukkelsesgrunde:

- Tilbudsgiver er under konkurs eller en lignende situation
- Plausible indikationer på tilbudsgivers deltagelse i konkurrenceforvridning
- Tilbudsgivers væsentlige misligholdelse af offentlig kontrakt
- Tilbudsgivers uretmæssige påvirkning af udbudsprocessen eller afgivelse af vildledende oplysninger

Alligevel virker det uklart, hvordan ordregivere skal orientere sig om, hvem der har problemer med integriteten. Som konsekvens heraf stilles ordregivere i en vanskelig situation og forslaget risikerer at få ringe effekt og problemer med hensyn til reel ligebehandling. I den forbindelse bemærkes det, at lovforslaget ikke forholder sig til muligheden for at indføre en loyalitetspligt for tilbudsgiverne til at redegøre for tvivl om deres manglende integritet i forbindelse med ansøgning om prækvalifikation og/eller tilbudsgivning, sådan som EU-Domstolen anser det for muligt jf. C-387/19 RTS (præmis 42). Bygherreforeningen opfordrer derfor til, at der indføres en loyalitetspligt for tilbudsgiverne, idet vi samtidig går ud fra, at der i lovforslaget ikke foreligger en udvidet undersøgelsespligt for ordregivere.

Som det fremgår af vedlagte notat med Bygherreforeningens forslag har vi foreslået en form for register til at sikre gennemsigtighed i markedet vedrørende 'brodne kår'. Forslaget (punkt 19) må naturligt ses i sammenhæng med kontrolsamarbejder (punkt 2) og den statslige kontrolenhed (punkt 21).

Den statslige kontrolenhed (punkt 21)

Vi støtter op om idéen med at få strømlinet vurderingen af self-cleaning gennem etableringen af en statslig kontrolenhed som i § 138. Det virker oplagt at etablere en enhed, der kan arbejde med at sikre større systematik og videndeling. Ligeledes er fristudvidelserne en kærkommen justering, selvom de er mest relevante, hvis tilbudsgiveren nægter self-cleaning. Vi er dog meget bekymrede for, hvor lang sagsbehandlingstiden bliver for den tvungne udtalelse, da den nemt bliver et forsinkende led. Derfor bør der åbnes mulighed for, at den vejledende udtalelse kan indhentes tidligt i processen – fx i forbindelse med prækvalificering – også på initiativ af tilbudsgivere. Bygherreforeningen har desuden en række medlemmer, som ser sig udmærket i stand til at foretage vurderingen selv. Af disse årsager anbefaler vi, at det bliver frivilligt at få en vejledende udtalelse.

Desuden mener vi ikke kun, at enheden skal forholde sig til en virksomheds self-cleaning materiale, men også tage imod indberetninger fra ordregivere vedrørende tilbudsgivere, som har lavet alvorlige forsømmelser. Hvis enheden ikke tager imod indberetninger, er det uklart, hvor ordregiverne skal få deres viden om forsømmelserne fra. Og dermed havner man med ordningen i en situation, hvor ordregivere stilles i en vanskelig situation, man opnår kun en ringe effekt og der kommer problemer med hensyn til reel ligebehandling som nævnt ovenfor. Derfor bør man supplere ideen om den statslige enhed med opgaven at etablere og vedligeholde en form for register til at sikre gennemsigtighed i markedet vedrørende 'brodne kar'. Det stemmer i øvrigt overens med Kommissionens relativt udførlige forslag om samordning af bekæmpelse af ulovlig samordning, jf. Kommissionens meddelelse (2021/C 91/01).

Læringleklausuler (punkt 29)

Vi hilser som udgangspunkt forslaget i § 176 velkomment, da det er et område, som mange bygherrer allerede beskæftiger sig med i form af læringleklausuler, og der kan være fordele ved fælles tilgange til at drive på udviklingen i markedet. Det er dog svært at gennemskue, hvor godt ordningen kommer til at fungere, da der er lagt op til, at ministeren skal fastsætte nærmere regler for hvilke kontrakter, der er omfattet, men vi antager, at i hvert fald bygge-/anlægskontrakter bliver omfattet. Vi stiller gerne vores erfaringer til rådighed for arbejdet med udmøntningen af reglerne, fx ved deltagelse i en arbejdsgruppe på området, så det sikres, at forslaget resulterer i reelle forbedringer.

I Bygherreforeningen har vi en del erfaringer med at hjælpe bygherrer med at komme fra kravstillelse til reelt at lykkes med at skabe læringlepladser på byggerierne. Erfaringerne fra vores udviklingsprojekt, som hedder "Byg med Unge Alliancen" understreger, at det er uhyre vigtigt dels at stille målbare krav og dels at anvende de rigtige begreber i forhold til de kutymer og regler, der er aftalt på et givent fagligt område. I den forbindelse virker begrebet "personer under oplæring" temmelig upræcist, og definitionen af hvad det rummer ("opnå faglighed så man efterfølgende selv kan varetage selvstændigt...") ikke umiddelbart brugbar i branchens samarbejder.

Derfor er der brug for at koble forslaget mere direkte til begreber og afgrænsninger anvendt i branchen, fx fastlagt ved trepartsaftaler og lignende ("lærlinge" anvendt om personer i erhvervsfaglig uddannelse som håndværker contra fx "elever" i nogle andre fag). Det må overvejes, om det fx kun er opgaver, der foregår på selve byggepladsen (i Danmark) eller om opgaver offsite (i udlandet), eller om tilhørende rådgivnings- og servicefunktioner også kan inddrages. Der kan eventuelt være behov for at pointere, at det kan være enten lærlinge i henhold til dansk lovgivning om erhvervsuddannelse eller omfattet af lignende uddannelsesordning i andet EU-land. Vi ser en fordel i, at kontraktuddannelser (arbejdsmarkedskurser) indgår som en del af ordningen. Som illustreret er der behov for afklaring af mange forhold, for at ordningen bliver operationel og gør en reel forskel. Hvis det ikke sker i lov eller bekendtgørelse, udestår et arbejde med vejledning og paradigmer for den enkelte branche.

Ligeledes er der en stor opgave i at blive klar på, hvor høje krav, der kan stilles i den enkelte opgave og hvornår opgaver konkret er uegnede. Det kan også forekomme, at det under projektet viser sig umuligt at opfylde de stillede krav. Inden for bygherrefeltet opereres blandt andet med et dimensioneringsværktøj, men det har som udgangspunkt, at man lægger sig fast på et overordnet ambitionsniveau til andelen af lærlinge på et projekt. Også her kan der være brug for at vejlede med udgangspunkt i de erfaringer, der allerede er indhøstet. Vi er i den forbindelse usikre på, udmøntningen i tilbudsloven med en beløbsgrænse på 5 mio. kr. og kontraktvarsighed på minimum 6 mdr. er rigtigt

ramt. Visse små kontrakter vil utvivlsomt være uegnede til lærlingeklausuler og reglen er derfor med en vis sandsynlighed uden egentlig effekt.

Vedlagt er bilag med kort beskrivelse af nogle af Byg med Unge Alliancens erfaringer.

Udelukkelse efter kontraktsindgåelse (punkt 33)

Vi finder det positivt, at det i § 185 præciseres, at udelukkelse kan ske, hvis udelukkelsesgrunden indtræder efter underskrift og ikke som nu, hvor udelukkelsesgrunden skal være sket før tildeling, men først opdages efter underskrift. Det fastholdes, at tilbudsgiver også i den situation skal kunne self-cleane, men det bør præciseres, om den situation også kræver tvungen vejledende udtalelse efter § 138. Hvis det er meningen, bliver sagsbehandlingstiden ekstra afgørende. Og vores argument (punkt 19) om lade den vejledende udtalelse være frivillig bliver ekstra relevant i lyset af de komplicerede aftale-retlige forhold, som kan følge af en opsigelse af kontraktforholdet.

Elektronisk platform (punkt 34)

Indførelsen af en fælles elektronisk platform har stort potentiale både positivt og negativt. Som vi har givet til kende tidligere (i TAG) mener vi, at der kan være fordele i forhold til ensartning i løsning af de problemer, som har kendetegnet indførelsen af ESPD i Danmark, herunder at sikre automatiske træk på relevante registre hos blandt andre Erhvervsstyrelsen. Hvis man rammer forkert i forhold til den udbuds- og tilbudspraksis, som eksisterer inden for de enkelte brancher, risikerer man omvendt at introducere nye administrative benspænd og forøge transaktionsomkostningerne. Derfor er det vigtigt med en tæt dialog om kravspecifikation, løsninger og implementering (en ny TAG). Vi ser også for os perspektiver med hensyn til overvågning af markedsudvikling, data til brug for analyser af konkurrencen samt indsigt i effekter vedrørende samfundsansvar, integritet osv.

Sanktioner for manglende baggrund for udbud af samlet kontrakt eller rammeaftale (punkt 35)

Vi mener at niveauet for økonomiske sanktioner er overdrevent højt og dermed helt ude af trit med de sanktioner, som normalt kendetegner afgørelser i Klagenævnet for Udbud. Vi mener, at det må præciseres, at det alene er manglende begrundelse, der kan sanktioneres. Det kan ikke være meningen, at argumentationen for den valgte entrepriseform kan medføre bøder. Bygherrens vurdering af den mest egnede entrepriseform er en nøje afvejning af aktuelle markedsforhold og bedst mulig allokering af risici ved gennemførelsen af en byggesag med et betydeligt element af skøn. I øvrigt gennemføres størstedelen af arbejdet på stort set alle byggesager af SMV'er (som underentreprenører), da egenproduktionen hos de større entreprenører normalt er ret begrænset. Det bør desuden præciseres, at der er tale om maksimering af sanktionsniveauet for overtrædelsen (ikke en maksimering af sanktionsniveauet pr. klager). Ellers risikerer man indgivelse af klager fra samtlige tilbudsgivere og deres interesseorganisation, hvilket ikke kan være hensigten.

Adgang til at være til stede ved åbningen af licitationsbuddene – tilbudsloven (punkt 36-38)

Som det fremgår af vedlagte notat med Bygherreforeningens forslag, ønsker vi at afskaffe tilbudsloven som særlov for byggeri/anlæg, idet vi anser den for utidssvarende og unødigt detaljeret. Også her opfordrer vi til, at der nedsættes en arbejdsgruppe eller lignende, der kan frembringe forslag til ændring, således at bygge- og anlægsbranchen ikke som eneste branche indenfor udbudslovens rammer skal operere med flere regelsæt end højest nødvendigt. På trods af det hilser vi det velkomment, at reglerne om fysisk (!) tilstedeværelse ved oplæsning af budsummer som minimum ophæves. Vi mener det er en forældet og bureaukratisk regel, som er skadelig for konkurrencen. Som tidligere nævnt (punkt 29) er vi i tvivl om det meningsfulde i at regulere lærlingeklausuler for de helt små opgaver.

Såfremt ovennævnte giver anledning til spørgsmål eller uddybning, står vi naturligvis til disposition.

København den 15. november 2021/JM/HLB

Stort behov for en ambitiøs revision af udbudsloven nu – det er nødvendigt med en mere effektiv og dynamisk lov

Bygherrerne efterspørger forbedringer af udbudsloven

Bygherreforeningen samler landets professionelle indkøbere af byggeri og anlæg. Både offentlige og private bygherrer. Det er en gruppe aktører, som årligt investerer omkring 100 mia. kr. i byggeri og anlæg. Byggeriet er landets fjerdestørste erhverv med en samlet beskæftigelse på omkring 190.000 personer.

Udbudsloven er en af grundstenene for indkøb i branchen. Ifølge Byggefakta køber det offentlige samt den almene sektor ind for over 50 mia. kr. årligt i bygge- og anlægsopgaver, hvor udbudsloven er i anvendelse.

Den danske udbudslov bruges ved offentlige indkøb af bygge- og anlægsopgaver med en værdi på mere end 41 mio. kr. Den blev vedtaget i Folketinget i 2016 som en implementering af EU's udbudsdirektiv samt en række danske særregler. Folketinget vedtog to yderligere danske særregler som tillæg til udbudsloven i februar 2019.

Udfordringer med bureaukratisk og fordyrende lov

Landets indkøbere af byggeri og anlæg har en fælles opfattelse af, at udbudsloven i praksis fungerer som et overbureaukratisk lovapparat. Loven fordyrer og besværliggør unødigt indkøb af bygge- og anlægsprojekter, og den er ikke befordrende for godt købmandskab.

Der bruges alt for mange kræfter på at dække sig juridisk ind og undgå fejl i udbudsprocesserne. De almene og offentlige indkøbere vurderer i Bygherreforeningens undersøgelse fra 2020, at uhensigtsmæssigheder i udbudsloven i gennemsnit gør byggeriet 5,9 pct. dyrere, end hvad det kunne have været med en bedre fungerende lov. Dermed løber fordyrelsen af indkøbene op i flere milliarder kroner årligt.¹

Oveni kommer den belastning bygherrerne påfører bygge- og anlægsbranchens aktører som fx arkitekter, rådgivende ingeniører og entreprenører i form af afledte transaktionsomkostninger på grund af lovens udformning.

Udbudsloven har blandt andet følgende uhensigtsmæssigheder:

Mange udbud annulleres og må gå om

Selv mindre justeringer i et meget detaljeret udbudsmateriale betyder, at der er risiko for at hele udbudsprocessen må gå om. Annullationer skyldes ofte et behov for at ændre i udbudsmaterialet, efter det er offentliggjort. Selv ved små ændringer bliver udbuddet ofte offentliggjort på ny i en delvist tilpasset form på grund af frykten for klager over udbuddet. Dette er til stor gene for både bygherrer og de rådgivere eller entreprenører, som byder på opgaverne. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at hver fjerde EU-udbud bliver annulleret, og vi ser ingen tegn på, at tallet er lavere i byggeriet.

To udbudssystemer skaber forvirring

Udbudsloven gælder for udbud af bygge- og anlægsprojekter over 41 mio. kr. I Danmark har man dog af historiske årsager også tilbudsloven for mindre bygge- og anlægsopgaver. En forældet lov som bl.a. ikke er opdateret i forhold den digitale tidsalder, hvor tilbud kan afleveres sikkert digitalt. De to love bidrager til unødigt forvirring i branchen.

¹ Bygherrernes erfaringer med udbudsloven (Bygherreforeningen, marts 2020)

Særregler i strid med EU-direktiv

I 2019 blev vedtaget to særregler, som har kompliceret udbudsloven yderligere. Vi mener at særreglerne strider mod gældende EU-lov. Begge tilføjelser mindsker i realiteten ordregivers muligheder for at designe tilbudsprocessen på en måde, så ordregiver kan anvende et samlet sæt af faglige kompetencer til at foretage en helhedsvurdering af tilbuddene. Og dermed strider den mod grundlaget for det EU-direktiv, den egentlig skulle udmønte, hvilket vi argumenterer for i særskilt bilag.²

Det gælder følgende:

- **Offentliggørelse af bedømmelsesmodel**
Ordregiver skal i forbindelse med udbudsprocessen fremlægge sin bedømmelsesmodel på forhånd, således at de bydende parter på forhånd ved, hvordan de forskellige tilbud bliver bedømt.
- **To-konvolutsystemet**
Indkøber skal på store byggeprojekter på over 350 mio. kr. vurdere et byggeprojekts indhold separat fra pris. Målet var formentligt at sikre, at hensynet til prisen ikke kom til at veje for tungt i en samlet bedømmelsesproces overfor indhold og kvalitet (denne regel omfatter kun byggeri og anlæg).

Vanskeligt at indkøbe specifikke komponenter

Vores medlemmer er belastet af regler i udbudsloven om, at man ikke må efterspørge specifikke fabrikater eller mærker til sit byggeri. Det kan fx være installationer som ventilationsanlæg eller en elevator fra en bestemt leverandør, der spiller sammen med de eksisterende systemer. I stedet skal der bruges ekstra tid på detaljeret at beskrive behovet i forsøget på at få det, man har behov for. Det giver ekstra omkostninger i udbudsprocessen samt en risiko for at indkøbe komponenter, der ikke passer sammen med de andre komponenter i en bygning. Det kan blive dyrt på sigt, når en organisation skal drifte og vedligeholde to systemer, som måske slet ikke er kompatible.

Brodne kar kan uhindret byde og vinde opgaver

Byggeriet udfordres ind imellem af virksomheder, der har svært ved at overholde regler, lovgivning og kontrakter. Bl.a. i forhold til at sikre ordentlige overenskomster og arbejdsforhold for fx deres udenlandske medarbejdere. Udbudsloven giver i dag almene og offentlige bygherrer ringe mulighed for at udelukke disse virksomheder fra at afgive tilbud til trods for at nogle af virksomhederne har en længere "track record" af dårlige sager. Bygherrerne bruger i dag mange ressourcer på at afdække leverandørers tidligere misligholdte kontrakter og risikerer ekstra udgifter og dårlig omtale på kontrakter med problematiske leverandører. Der er brug for løsninger, der giver bygherrer overblik over andres erfaringer.³

² Notat udarbejdet ifm. foretræde for Erhvervsudvalget den 18. november 2021

³ Kommissionen skriver i meddelelse (2021/C 91/01) om bekæmpelse af samordning af tilbudsgivning om en central database for udelukkede tilbudsgivere:

Uanset hvilken form et sådant samarbejde antager, opfordrer Kommissionen kraftigt de centrale udbuds- og konkurrencemyndigheder i medlemsstaterne til at gå sammen om at bekæmpe ulovlig samordning i forbindelse med offentlige udbud. Dette vil sætte medlemsstaterne og deres centrale myndigheder i stand til at udforme og gennemføre mere effektive foranstaltninger til støtte for de ordregivende myndigheder, herunder:

- Gøre det obligatorisk for ordregivende myndigheder at oplyse deres centrale udbuds- og konkurrencemyndigheder om tilfælde, hvor de har udelukket en økonomisk aktør på grund af mistanke om ulovlig samordning (se også afsnit 5.8). Dette ville sætte de centrale myndigheder i stand til at spore og overvåge brugen af den udelukkelsesgrund, der er omhandlet i direktiverne, på nationalt plan og foretage den nødvendige opfølgning af sådanne sager (f.eks. når de undersøger sagerne i henhold til konkurrencereglerne eller overvejer at udelukke aktøren fra procedurerne i en periode).

- Oprettelse af en national database over sager, hvor økonomiske aktører blev udelukket på grund af ulovlig samordning, under behørig hensyntagen til national lovgivning samt EU's og de nationale databeskyttelseskrav. En sådan database vil give de ordregivende myndigheder lettilgængelige oplysninger om økonomiske aktører, der tidligere har været involveret i ulovlig samordning, og det vil gøre det lettere at vurdere integritet og pålidelighed. Det vil også hjælpe de centrale nationale myndigheder med at overvåge dels den måde, hvorpå forskellige ordregivende myndigheder håndterer lignende

Forslag til forbedringer af udbudsloven

Vi mener at Folketingets drøftelse af udbudsloven er en kærkommen lejlighed til at rydde ud i de uhensigtsmæssigheder, som loven indeholder. Fokus må være på at fremme godt købmandskab.

Dette ønske skal særligt ses i lyset af, at byggeriet og særligt de almene og offentlige bygherrer står overfor en række samfundsmæssige udfordringer. Bygherrerne skal medvirke til at dække behovet for boliger, institutioner og infrastruktur til borgerne – og samtidig sikre en bæredygtig omstilling af et erhverv, der bl.a. står for en tredjedel af al CO₂-udledning, omkring 30 pct. af alt affald og et stort ressourcetræk på klodens ressourcer i forhold til råstoffer. Desuden står branchen overfor en digital omstilling, som i stigende grad vil påvirke branchens udbuds- og samarbejdsformer.

Ønsker til forbedringer:

Mindre ændringer i udbudsmaterialet bør ikke medføre nyt udbud: Bygherrer bør have mulighed for at justere udbudsmaterialet efter udbud. Ved at åbne for ændringer og præciseringer, der ikke reelt ændrer konkurrencesituationen, kan man undgå mange spildte omkostninger som følge af annullationer

Tilbudsloven og udbudsloven bør samtænkes: Tilbudsloven er utidssvarende og bør udfases, så der ikke er to forskellige regelsæt for byggeprojekter. Dette kan gøres ved at udvide udbudslovens afsnit IV og V til også at omfatte bygge- og anlægsprojekter under tærskelværdien. Ved denne ændring vil bygherrerne opnå større fleksibilitet og overskuelighed, da det blot vil være nogle bærende principper, der træder i kraft for de mindre byggeprojekter frem for endnu et detaljeret regelsæt at forholde sig til.

Reducer krav til evalueringsmodeller: Krav til at udarbejde forskellige evalueringsmodeller til samme udbud bør reduceres. Dette kan gøres ved at indføre et "følg eller forklar-princip" på området, hvor bygherrerne kun, hvis evalueringsmodellen viser sig uegnet, skal lave en ny egnet model. Dette vil kunne spare bygherrerne for omkostninger, der ellers typisk er spildte, fordi de alternative evalueringsmodeller aldrig kommer i spil, ligesom det ikke bidrager til større reel gennemsigtighed for tilbudsgiverne. Følg eller forklar-princippet på dette område, vil efter vores vurdering sikre at reglen ikke er EU-stridig.

Større frihed til at vælge fabrikater:

Bygherrer bør i særlige tilfælde have mulighed for at kunne specificere fabrikater for udvalgte komponenter. Dette kan gøres simpelt ved at indføre direktivets tekst på området i udbudsloven. Potentielt set kan dette spare bygherrerne for omkostninger i forbindelse med udarbejdelse af udbud og i særlig grad i den efterfølgende drift, fordi der kan sikres overensstemmelse mellem fx de systemer, der skal driftes i det pågældende byggeri.

Platform til at håndtere frivillige udelukkelsesgrunde: Der bør indføres en platform for erfaringsudveksling, hvor ordregivere kan etablere kontakt og dele erfaringer om leverandører, som har overtrådt kontraktforpligtelser eller lignende. Dette kan spare bygherrerne for de mange ressourcer, der er forbundet med at skulle afdække potentielle leverandørers eventuelle mislighold af kontrakter. Dermed reduceres risikoen for at indgå kontrakter med problematiske leverandører

Opsamling: Det gode købmandskab skal være rettesnor

Helt overordnet foreslår vi, at politikerne i stigende grad lader godt købmandskab være en rettesnor i den reviderede udbudslov. Det bør være så fleksibelt for indkøberne som muligt inden for direktivet at indkøbe byggeri og anlæg frem for at søge at detailstyre branchen med danske særregler og overimplementering.

sager, og dels den måde, hvorpå beslutninger om at udelukke økonomiske aktører fra tildelingsprocedurer gennemføres i praksis.

Vi har en professionel bygherrestand i Danmark, der er trænet i at foretage kvalitative vurderinger af byggeri. Lad os bruge deres faglighed og gøre deres arbejde ift. at købe fornuftigt ind.

Alternativt gør vi det mere besværligt at bygge, hvilket betyder at vi skal betale ekstra for de grundlæggende investeringer, som har betydning for hele vores fælles samfundsøkonomi – og som spænder ben for at imødekomme de udfordringer, vi som samfund står over for. Herunder bl.a. en essentiel bæredygtig og digital omstilling af bygge- og anlægsbranchen.

Ingen kan være tjent med, at vi grundlæggende køber dyrere ind end nødvendigt for skattekrone, mangler fleksibiliteten til at udvikle branchen eller ender med dårligere løsninger, som vores fremtidige generationer skal leve med.

København den 15. november 2021/mkf/hlb

Udbudslovens udfordringer i forhold til gældende EU-ret

Notat udarbejdet ifm. foretræde for Erhvervsudvalget den 18. november 2021

Følgende er en juridisk introduktion til udbudsloven, og de juridiske udfordringer loven har i forhold til EU-retten.

Udbudsloven blev vedtaget i 2016, mens Lovforslag L 125 om ændringer til udbudsloven blev fremsat 12. december 2018 og vedtaget den 5. marts 2019. Lovforslaget indeholdt tre ændringer til udbudsloven, hvoraf to af ændringerne efter Bygherreforeningens opfattelse formentlig er i strid med EU-retten men under alle omstændigheder uhensigtsmæssige.

Med lovforslaget foreslog Erhvervsministeriet følgende to ændringer i udbudsloven, som vil blive behandlet her.

§ 159 stk. 8 (tvungent to-kuvert system)

Stk. 8. Ved offentligt eller begrænset udbud af offentlige bygge- og anlægskontrakter med en anslået værdi på mere end 350 mio. kr. eksklusive moms, hvor ordregiver anvender tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. § 162, stk. 1, nr. 3, skal ordregiver foretage evalueringen af de kvalitative kriterier uden kendskab til evalueringen af priskriteriet, jf. dog stk. 9. Ved gennemførelse af udbud omfattet af 1. pkt. finder § 7 i lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren ikke anvendelse

§ 160 (tvungen fremlæggelse af samtlige evalueringsmodeller)

Stk. 1. En ordregiver skal i udbudsmaterialet fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen. Specifikke parametre i evalueringsmodellen kan afhænge af de indkomne tilbud, men det skal entydigt fastlægges og beskrives på forhånd, hvordan parametrene fastlægges. Parametrene i evalueringsmodellen kan ikke afhænge af de indkomne tilbud på en måde, der beror på ordregivers valg eller vurdering efter åbningen af tilbuddene

Stk. 2. En evalueringsmetode, der er beskrevet i udbudsmaterialet i overensstemmelse med stk. 1, kan ikke tilsidesættes af klage- og retsinstanser, hvis den er gennemsigtig og overholder ligebehandlingsprincippet.

Tvungent to-kuvert system

Om grundelsen for indførelsen af § 159 stk. 8 fremgår følgende af forarbejderne:

Hvis ordregiver i de tilfælde, hvor tildelingskriteriet er bedste forhold mellem pris og kvalitet, kender prisen i tilbuddet på det tidspunkt, hvor tilbuddets kvalitet skal vurderes, kan der således være risiko for, at dette får en utilsigtet, afsmittende effekt på vurderingen af kvaliteten.

-

Pligten indføres kun for offentligt eller begrænset udbud af større bygge- og anlægskontrakter, da det er Erhvervsministeriets vurdering, at risikoen som forslaget har til formål at fjerne, er størst på denne type kontrakter.

For en god ordens skyld bemærkes det, 1) at en under- eller overvurdering af kvaliteten i forhold til prisen allerede er i strid med udbudsdirektivet, og 2) at der er ikke skyggen af dokumentation for, at ulovlig sammenblanding af pris- og kvalitetskriterier skulle være et særligt problem i bygge- og anlægssektorens store projekter.

Tvungen fremlæggelse af samtlige evalueringsmodeller

Om grundelsen for ændringen af § 160 stk.1 fremgår følgende af lovforslagets forarbejder:

Erhvervsministeriet finder det i denne forbindelse hensigtsmæssigt at indføre et tydeligt krav om, at alle dele af evalueringsmodellen skal fremgå af udbudsmaterialet. Formålet med den foreslåede bestemmelse er at styrke den forudgående gennemsigtighed, herunder tilbudsgiveres mulighed for at optimere tilbud.

Lovforslaget indeholder ingen analyse af følgende indsigelser mod lovforslaget:

- Det øger risikoen for en priskoordinering mellem tilbudsgivere (en såkaldt mestergris)
- Det bliver nemmere at placere sit bud, så evalueringsmodellen er uegnet til en fair bedømmelse, hvilket betyder annullation af udbuddet (hacking af modellen).
- Det animerer til snævert fokus på at vinde konkurrencen frem for at tilbyde den ønskede ydelse til en konkurrencedygtig pris (gamification).
- Det kan tvinge ordregiver til at fremlægge en række af successive evalueringsmodeller for at være sikker på at have en brugbar men fremlagt evalueringsmodel, hvilket giver det modsatte af gennemsigtighed.

Samlet set et ganske kontroversielt forslag som af Danske Regioner, KL, Moderniseringsstyrelsen m.fl. i høringssvar også blev kaldt for uden reelt grundlag, overimplementering og omkostningstungt for alle parter.

Lovforslagets ulovlige indhold

Der er i lovforslagets forarbejder ikke lavet analyser af lovforslagets overensstemmelse med EU-retten. Der er kun standardteksten om, at lovforslaget ikke indeholder EU-retlige aspekter. Det er under alle omstændigheder forkert.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens opfattelse

Gennemgangen af regelændringerne er til gengæld beskrevet i kapitel 11 i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens evalueringsrapport af udbudsloven af maj 2021. Vedrørende lovligheden af lovændringerne har rapporten (s. 183) denne kortfattede bemærkning:

Da udbudsdirektivet ikke er udtryk for totalharmonisering af området for offentlige kontrakter, og da bestemmelsen ikke er i strid med de øvrige bestemmelser i direktivet eller EU-principperne, er en sådan mere vidtgående regel ikke i strid med EU-retten.

Efter arbejdsgruppens arbejde med evalueringsrapporten har Bygherreforeningen foretaget en nærmere vurdering af de to gennemgåede lovændringer i L 125, og er af den opfattelse, at ændringerne i § 159 stk. 8 og § 160 stk. 1 er i strid med EU-retten.

Af TEUF art. 2 stk. 2 fremgår det, at medlemsstaterne udøver deres kompetence i det omfang Unionen ikke har udøvet sin. Det betyder, at medlemsstaterne alene bevarer deres ret til at vedtage alternative regler til et direktiv, hvis direktivet enten er udtryk for en minimumsharmonisering, eller hvis direktivet udelader delemner indenfor direktivets generelle hovedemne.¹

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens forståelse omkring totalharmonisering som det afgørende parameter for afvigelser til direktivet bygger derfor på en forældet opfattelse af EU-rettens principper for implementering af direktiver og særligt udbudsdirektivet.²

Udbudsdirektivet er generelt kendetegnet ved en stor detaljegrad i reguleringen af kompetencetildelinger og udbudsreglernes forskellige pligter og rettigheder indenfor direktivets område. Dette for at sikre udførelsen af EU-lovgivers vilje med hensyn til balancen mellem direktivets mangeartede hensyn og principper i en overvejende ensartet samordning af de nationale udbudsprocedurer. Udbudsdirektivet kan på den baggrund ikke anses for at være et udtryk for minimumsharmonisering, hvorfor udbudsdirektivet alene giver den nationale lovgiver en særlig mulighed for at regulere på udbudsdirektivets

¹ Se EU-Karnovs note til TEUF art. 2 stk. 2

² For en større gennemgang af EU-rettens muligheder for national særregulering se Det nationale rådum ved gennemførelse af EU-regler v/ Jens Blom-Hansen m.fl., Djøf Forlag, 2021.

område, i det omfang direktivet giver specifik hjemmel til det.³ En oversigt over national lovgivers hjemler findes i bilagene til Udbudslovsudvalgets rapport (s. 833ff), der i øvrigt ikke ses at have behandlet emnet nærmere.

Ingen af de oplistede hjemler giver imidlertid den nationale lovgiver mulighed for særligt at regulere ordregivende myndigheders offentliggørelse af evalueringsmodel eller valg af evalueringsproces. Det skyldes, at udbudsdirektivet tildeler den ordregivende myndighed kompetencen til dels at sikre passende gennemsigtighed i udbuddet og dels forestå fastsættelsen af tildelingskriterier til brug for sammenligning af tilbud.⁴

EU-Domstolen har i dommen C-6/15 TNS Dimarso blot genbekræftet den forståelse i dommens præmisser 28-30 med henvisning til det bagvedliggende hensyn, nemlig at et bedømmelsesudvalg skal råde over en vis frihed ved opfyldelsen af dets opgave, og det kan således uden at ændre de i udbudsbetingelserne eller udbudsbekendtgørelsen fastsatte tildelingskriterier strukturere sit arbejde med at undersøge og analysere de afgivne tilbud (jf. dom af 21.7.2011, Evropaïki Dynamiki mod EMSA, C-252/10 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2011:512, præmis 35).

Det betyder ifølge EU-Domstolen, at Den ordregivende myndighed skal kunne tilpasse den bedømmelsesmetode, som den vil anvende med henblik på at vurdere og klassificere tilbuddene, i forhold til den konkrete sags omstændigheder, jf. samme doms præmis 30 (vores understregninger).

Opsummering

Samlet set er det Bygherreforeningens klare opfattelse, at direktivet i dets generelle afbalancering af de bagvedliggende hensyn entydigt har tildelt kompetencen til at vurdere relevansen af offentliggørelse af evalueringsmodeller samt kompetencen til at tilrettelægge selve evalueringsprocessen til den ordregivende myndighed og ikke en national lovgiver. Enhver lovgivning der flytter den kompetence væk fra den ordregivende myndighed, er således i strid med EU-retten. Også af den årsag opfordrer Bygherreforeningen til en revision af udbudsloven med fokus på nyeste retspraksis.

³ Se eksempelvis generaladvokatens forslag til C-178/16 præmis 51

⁴ Se udbudsdirektivets betragtninger 90 og 92

København den 2. marts 2022/mek

Bilag: Bygherrers praksis på området vedr. lærlingeklausuler på større bygge- og anlægsprojekter

Kommentarer til ændring i udbudsloven om lærlingeklausuler (punkt 29) med udgangspunkt i erfaringer fra Byg med Unge Alliancen

Bygherrers krav om lærlinge i udbud

Vi er gennem Bygherreforeningens indsats Byg med Unge Alliancen i løbende i dialog med bygherrer om, hvordan krav om lærlinge på et givent byggeprojekt kan beregnes, og hvad der skal til for at bygherre kan sikre sig, at kravet efterleves. Vi har således et godt indblik i hvilke opgaver og mulige udfordringer der ligger i arbejdet med at opstille og udmønte krav om lærlinge.

Vi ser en stigende tendens til at bygherrer ønsker at påtage sig opgaven med at uddanne faglærte på deres byggesager, men erfarer også at bygherrerne har brug for sparring og rådgivning. I vores sparring og samarbejde med bygherrerne tages afsæt i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om sociale klausuler i udbud fra 2016 samt 'bedste praksis' fra bygherreorganisationer.

Det skal bemærkes at ved lærlinge (i vejledningen benævnt elever) "... forstås en arbejdstager, som leverandøren eller dennes underleverandør indgår/har indgået en uddannelsesaftale om et uddannelsesforløb med". Det er vores erfaring at bygherrer der indskrifter denne definitionen i udbuddet derved forebygger, at der senere i byggeprocessen opstår uklarheder om, hvem der udgør uddannelsesklausulens genstand.

Bygherrers beregning af antal lærlinge-årsværk i udbud

Inden bygherren kan indskrive krav om uddannelsesklausuler i udbud foretages der en vurdering eller beregning af, hvilket antal lærlinge-årsværk der er relevant og rimeligt at indskrive i udbuddet. Fastsættelsen af kravet beror på et kendskab til arbejdets art, til de enkelte entrepriser samt en vurdering af, hvad der kan betragtes som fagligt relevant arbejde for en håndværker under uddannelse. Bygherre eller bygherres rådgiver kan foretage den vurdering enten ved at anvende et dimensioneringsværktøj eller ved dialog og sparring med relevante fagfolk.

Dimensioneringsværktøjet som ligger tilgængeligt på Bygherreforeningens hjemmeside er udviklet i samarbejde mellem Region Hovedstaden og Kuben Management. Vores anbefalinger samt praksis på området er at de beregninger der kommer ved brug af værktøjet altid skal kvalificeres af fagfolk. Dimensioneringsværktøjet giver således et godt første bud på antal lærlinge-årsværk, men tallene skal efterprøves via en gennemgang i forhold til den konkrete byggesag og de involverede virksomheder.

Erfaringen er, at kravet stilles i form af antal lærlinge-årsværk, der eventuelt også angives i antal timer. Erfaringerne peger på, at årsværk er den for alle parter mest hensigtsmæssige måde at angive kravet på. Årsværket er således udtryk for bygherrers konkretisering af hvor mange procent lærlinge, der kan være på det konkrete byggeprojekt ud af det samlede antal udførende håndværkere.

Hvad der er det mest hensigtsmæssige, realistiske og ambitiøse krav at stille, er der ikke noget entydigt svar på. De regionale bygherrer har haft praksis for at stille krav med udgangspunkt i 10 pct. af de udførende håndværkere på byggepladsen, mens der på det almene område og i forbindelse med den grønne boligaftale er sat en målsætning på 14 pct. lærlinge.

På denne baggrund kan bygherre indskrive et specifikt krav om antal lærlinge-årsværk i udbuddet.

Procedurer for plan og opfølgning

Det er af stor betydning af kravet er så præcist og konkret som muligt i udbuddet. Det er vores erfaring at en beskrivelse af procedurer og ansvar for opfølgning af kravet med fordel kan indskrives i

udbuddet, herunder hvilke procedurer og tilbagemeldinger bygherren ønsker for at kunne følge op på hvorvidt entreprenørerne lever op til kravet.

Vores anbefaling til bygherrer er, at der indskrives krav om lærlingeplan i udbuddet, og at entreprenøren er ansvarlig for at arbejde med planen. Lærlingeplanen danner grundlag for den løbende status og opfølgning, som både bygherre og entreprenør har brug for ift. drøftelse af mulige justeringer undervejs i byggeprocessen. Hvis ikke de ovenfor nævnte forhold er krævet i udbuddet kan bygherren få udfordringer med rent faktisk at gennemskue, hvorvidt det stillede krav bliver indfriet.

Bygherreforeningen har i samarbejde med Region Hovedstaden udviklet et styringsredskab til registrering af entreprenørers plan for lærlinge, løbende registrering af antal realiserede lærlinge-årsværk samt en status på indfrielse af krav i relation til plan. Denne samt andre skabeloner, værktøjer, procedurer deles og anvendes af bygherrer og entreprenører, der arbejder med uddannelsesklausuler.

I forhold til udenlandske entreprenører er der en særlig opgave for bygherren ift. at informere om baggrund for uddannelsesklausuler samt at sikre at de udenlandske entreprenører stifter bekendtskab med det danske erhvervsuddannelsessystem samt får de nødvendige informationer, de skal bruge ifm. udmøntningen af kravet om lærlinge på deres respektive entrepriser.

Opfølgning på krav i udbud

En væsentlig udfordring i udmøntningen af kravet om lærlinge er at få etableret en løbende opfølgning på indfrielse af kravet undervejs i byggeprocessen. Hvis ikke bygherren er præcis og konkret i hvordan, hvor ofte og hvem der skal gøre hvad, i forbindelse med ansættelse og registrering af lærlinge på byggesagen er der stor risiko for at arbejdet med uddannelse af faglærte drukner i mængden af andre opgaver undervejs i byggeforløbet.

Der er gode erfaringer med at bygherren i udbuddet gør entreprenører ansvarlige for, hvordan der følges op på det krævede antal årsværk.

Derudover indskrives ofte, som det gør sig gældende med andre krav i udbud, en bod (og i nogle tilfælde bonus), i tilfælde af at entreprenøren ikke lever op til det angivne antal lærlinge-årsværk.

Opsummering

Arbejdet med uddannelsesklausuler på store bygge- og anlægsprojektet er, på linje med eksempelvis arbejdsmiljø, et område der forudsætter en fokuseret indsats med deltagelse af de involverede aktører. Hvis ikke der er et måltal – et konkret krav i udbuddet – har bygherren ingen mulighed for at følge op på den politiske målsætning om øget forpligtelse til at uddanne flere faglærte. Uden et måltal og en systematisk opfølgning får både bygherrer og politikere vanskeligt ved at vurdere om bestræbelserne på at imødekomme det nuværende og fremtidige behov for kompetent og kvalificeret arbejdskraft til byggebranchen virker. Ligeledes er det af afgørende betydning at målgruppen for uddannelsesklausulen er klart defineret, og at det drejer sig om lærlinge der er i gang med en erhvervsuddannelse eller en lignende uddannelsesordning i et andet EU-land.

Fra: EM NH JURA
Sendt: 4. marts 2022 09:26
Til: 1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)
Cc: Søren Boisen Westh (EM-DEP); Jeppe Holt Jensen
Emne: SV: Høring af forslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om Klagenævnet for Udbud

Kære Jesper og Kenneth

Nævnenes Hus skal i forbindelse med nedenstående høring bemærke, at forslaget til ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud mv. vurderes, at kunne medføre flere klager til Klagenævnet for Udbud samt mere komplekse sager, som vil kræve yderligere ressourcer og som følgelig vil gå ud over sagsbehandlingstiden, hvis der ikke tilføres tilstrækkeligt med ressourcer til Nævnenes Hus.

Med venlig hilsen



ANNE LARSEN

Specialkonsulent
Jura

Nævnenes Hus
Erhvervsministeriet
Toldboden 2
DK - 8800 Viborg
www.naevneneshus.dk
anl@naevneneshus.dk
Tlf. 72 40 56 00
Mobil. 72 40 58 23



Nævnenes Hus er ansvarlig for behandling af de personoplysninger, vi modtager fra dig. Du kan læse mere om, hvordan vi behandler dine personoplysninger på vores hjemmeside: <https://naevneneshus.dk/om-os/privatlivspolitik/>. Nævnenes Hus gør opmærksom på, at denne e-mail og eventuelle vedhæftede filer er fortrolige. Hvis du ikke er den tilsigtede modtager, bedes du straks underrette afsenderen ved at besvare denne e-mail og derefter slette e-mailen. Hvis du har modtaget denne e-mail ved en fejl, skal vi gøre klart, at enhver form for kopiering, offentliggørelse eller distribution af denne e-mail og dennes indhold kan være ulovlig.

Fra: Jesper Halvorsen <jh@kfst.dk>

Sendt: 3. februar 2022 16:54

Til: Advokatsamfundet <samfund@advokatsamfundet.dk>; ac@ac.dk; arc@a-r-c.dk; amgros@amgros.dk; ae@ae.dk; info@asfaltindustrien.dk; banedanmark@bane.dk; bat@batkartellet.dk; BM Postkasse <BM@bm.dk>; Bryggeriforeningen (kontakt) <kontakt@bryggeriforeningen.dk>; info@byggesoc.dk; info@bygherreforeningen.dk; Bygningsstyrelsen <bygst@bygst.dk>; mail@dbmf.dk; mail@cccdk.org; co@co-industri.dk; bl@bl.dk; Danmarks Apotekerforening <apotekerforeningen@apotekerforeningen.dk>; eksportraadet@um.dk; Danmarks Fiskeriforening (mail) <mail@dkfisk.dk>; kommunikation@nationalbanken.dk; info@shipowners.dk; mail@danskaffaldsforening.dk;

daf@annoncoer.dk; da@da.dk; info@danskbyggeri.dk; info@danskenergi.dk; Dansk Erhverv (info) <info@danskerhverv.dk>; mail@danskfjernvarme.dk; di@di.dk; info@dieh.dk; dit@dit.dk; info@dlbr.dk; info@skovforeningen.dk; dtr@taxi.dk; Dansk Transport og Logistik (DTL) <dtl@dtl.eu>; Danske Advokater <mail@danskeadvokater.dk>; info@danskeark.dk; db@db-dk.dk; mail@danskemedier.dk; danskehavne <danskehavne@danskehavne.dk>; sekretariatet@malermestre.dk; info@danskeservice.dk; Danske Regioner <regioner@regioner.dk>; fsr@fsr.dk; danva@danva.dk; dsk@dsk.dk; dommerforeningen@gmail.com; Det Økologiske Råd og Selskab <info@ecocouncil.dk>; info@dongenergy.com; info@ecolabel.dk; Energistyrelsens officielle postkasse <ENS@ENS.DK>; Klima-, Energi- og Forsyningsministeriet <kefm@kefm.dk>; info@fairtrade.dk; kundeservice@falck.dk; Finansministeriets postkasse <fm@fm.dk>; mail@finansraadet.dk; Forbrugerrådet <hoeringer@fbr.dk>; ika@ika.dk; fri@frinet.dk; info@danskeforlag.dk; danskeforlag@danskeforlag.dk; fp@forsikringogpension.dk; Forsvarsministeriet <fmn@fmn.dk>; FMI@mil.dk; info@fsc.dk; beso@ftf.dk; horesta@horesta.dk; Håndværksrådet <engberg@hvr.dk>; ida@ida.dk; itb@itb.dk; IT-projektraad@ks.kk.dk; Justitsministeriet <jm@jm.dk>; Ligestillings- og Kirkeministeriet <km@km.dk>; Kommunernes Landsforening <KL@KL.DK>; kfu@erst.dk; kontakt@kooperationen.dk; Kulturministeriet <kum@kum.dk>; info@kreakom.dk; Landbrug & Fødevarer <hoering@lf.dk>; lo@lo.dk; lederne@lederne.dk; ac@ac.dk; sekretariatet@lopi.dk; los@los.dk; Miljø- og Fødevarerministeriets Departement <[mfvm@mfvm.dk](mailto:mfv@mfvm.dk)>; UVM - UVMPOST <uvm@uvm.dk>; Økonomistyrelsen <oes@oes.dk>; oao@oao.dk; info@oilgasdenmark.dk; mail@realkreditforeningen.dk; rkr@rkr.dk; info@rigsrevisionen.dk; rfs@erst.dk; Skatteministeriet <skm@skm.dk>; Social- og Ældreministeriet <sm@sm.dk>; kundeservice@ski.dk; Statsministeriet <stm@stm.dk>; Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse <sum@sum.dk>; teknig@teknig.dk; mba@moviatrafik.dk; Transportministeriet <trm@trm.dk>; UFM FP DEP - UFM Departement <ufm@ufm.dk>; Udenrigsministeriet <um@um.dk>; UIM Hovedpostkasse <uim@uim.dk>; vd@vd.dk; SFOS Styrelsen for Forsyningsikkerhed hovedpostkasse <SFOS@SFOS.DK>
Cc: Kenneth Skov Jensen <ksj@kfst.dk>; Jesper Halvorsen <jh@kfst.dk>

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

Vedlagt fremsendes 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. Materialet lægges også på [høringsportalen](https://høringsportalen.dk).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal bede om eventuelle bemærkninger **senest den 4. marts 2022**.

Bemærkninger bedes sendt til pr. mail til ok@kfst.dk.

Med venlig hilsen

Jesper Halvorsen

Chefkonsulent/Senior Consultant
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen/
Danish Competition and Consumer Authority
Direkte +45 4171 5115
E-mail jh@kfst.dk
Følg os: [LinkedIn](#), [Twitter](#), [Facebook](#)



Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby
Tlf. +45 4171 5000

*Vi arbejder for velfungerende markeder.
Se vores privatlivspolitik på kfst.dk.*

Fra: 1 - ERST Høring <hoering@erst.dk>
Sendt: 4. marts 2022 09:25
Til: 1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)
Emne: Erhvervsstyrelsens høringssvar vedr. Forslag til Lov om ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud(ERST Sagsnr: 2022 - 1984)

Kære modtager i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Erhvervsstyrelsen har modtaget høring vedr. Høringssvar vedrørende Forslag til Lov om ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud (Styrke mulighederne for at udelukke virksomheder, som ikke overholder reglerne, krav om anvendelse af personer under oplæring, oprettelse af en enhed for pålidelighedsvurderinger, øget fleksibilitet for ordregiver i forbindelse med gennemførelsen af udbud)

Høringssvar vedrørende Forslag til Lov om ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud (Styrke mulighederne for at udelukke virksomheder, som ikke overholder reglerne, krav om anvendelse af personer under oplæring, oprettelse af en enhed for pålidelighedsvurderinger, øget fleksibilitet for ordregiver i forbindelse med gennemførelsen af udbud)

Erhvervsstyrelsens Område for Bedre Regulering (OBR) har konstateret, at Konkurrence- og forbrugerstyrelsen har sendt lovforslaget i høring via høringsportalen. OBR minder om, at al erhvervsrettet regulering sendes i høring direkte til OBR via letbyrder@erst.dk.

OBR har følgende vurdering af forslagens administrative konsekvenser for erhvervslivet.

Administrative konsekvenser

OBR har følgende bemærkninger om de administrative konsekvenser for erhvervslivet.

OBR minder om, at vurderingen af de administrative konsekvenser skal fremgå af den samlede konsekvensvurdering af lovforslagets erhvervsøkonomiske konsekvenser i forbindelse med fremsættelsen af lovforslaget. Konsekvenserne anføres i afsnittet *Økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet* i de almindelige bemærkninger til lovforslaget.

OBR vurderer, at lovforslaget i sig selv medfører administrative konsekvenser for erhvervslivet. Disse konsekvenser vurderes at være under 4 mio. kr., hvorfor de ikke kvantificeres nærmere.

OBR bemærker, at lovforslaget derudover giver hjemmel til udstedelse af bekendtgørelser, som indebærer administrative konsekvenser for erhvervslivet, jf. lovforslagets:

- § 1 nr. 31. (indsættelse af § 176, som stk. 4), der bemyndiger Erhvervsministeren til at fastsætte regler om, hvilke kontrakter, der er omfattet af krav om anvendelse af personer under oplæring ved gennemførelsen af de offentlige kontrakter. Lovforslagets bemyndigelsesbestemmelse vurderes at medføre administrative konsekvenser, men det er ikke muligt at estimere de administrative konsekvenser på nuværende tidspunkt, da den konkrete udmøntning, herunder afgrænsnings af anvendelsesområde, ikke er fastlagt på nuværende tidspunkt.

Bemyndigelsesbestemmelsen vil blive vurderet og evt. kvantificeret, når denne udmøntes på bekendtgørelsesniveau.

- § 1 nr. 34. (indsættelses i § 194, stk. 1) der yderligere bemyndiger Erhvervsministeren til at fastsætte regler for, hvordan elektroniske udbud skal gennemføres, herunder regler om brug af en bestemt platform til afgivelse af tilbud. Lovforslagets bemyndigelsesbestemmelse vurderes at kunne medføre væsentlige administrative konsekvenser, men det er ikke muligt at estimere de administrative konsekvenser på nuværende tidspunkt, da den konkrete platform til afgivelse af tilbud endnu ikke er etableret. Bemyndigelsesbestemmelsen bliver vurderet og evt. kvantificeret, hvis muligt når denne udmøntes på bekendtgørelsesniveau. Ellers vil konsekvenserne blive opgjort ex post, når reglerne er trådt i kraft, og udbudsplatformen er etableret.

Kontaktperson vedrørende ovenstående bemærkninger:

Sara Marie Høgh
Fuldmægtig
Tlf. direkte +45 35291166
E-post SarLar@erst.dk

Med venlig hilsen

Annette Pia Andersen

ERHVERVSSTYRELSEN
Bedre Regulering

Dahlerups Pakhus
Langelinie Allé 17
2100 København Ø
Telefon: +45 35291000
Direkte: +45 35291653
E-mail: anpian@erst.dk
www.erhvervsstyrelsen.dk

ERHVERVSMINISTERIET

Erhvervsstyrelsen er ansvarlig for behandlingen af de personoplysninger, vi modtager om dig. Læs mere om formål og lovgrundlag for databehandlingen på erhvervsstyrelsen.dk.
Hvis du sender følsomme oplysninger, opfordrer vi til, at du bruger din digitale postkasse på [Virk](#).

Konkurrence og Forbrugerstyrelsen

Sendt via mail til ok@kfst.dk

Islands Brygge 26
Postboks 1990
2300 København S

T +45 33 93 20 00
F +45 33 32 01 74

SMV@SMVdanmark.dk
SMVdanmark.dk

4. marts 2022

Vedr. høring over udkast til revision af udbudsloven m.fl.

SMVdanmark takker for muligheden for at afgive bemærkninger til ovennævnte lovforslag.

Ordre- og tilbudsgivernes fælles forslag til forbedring af udbudsloven

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

Ændringsforslagene er udarbejdet i samarbejde 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.

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.

Trods det forhold, at repræsentanter for ordregivere og tilbudsgivere sammen har givet konkrete ændringsforslag til forbedring af udbudsloven, er de kun i yderst begrænset omfang afspejlet i forslag 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 lovforslaget indeholder positive elementer. Dog vurderer parterne samlet set, at lovforslaget 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.

Herudover skal SMVdanmark fremkomme med følgende selvstændige bemærkninger til det fremsatte forslag:

Ad forslag 1

SMVdanmark kan støtte forslaget om, at der fremover som udgangspunkt kun er aktindsigt i det vindende tilbud. Et tilbud indeholder ofte forretningskritiske oplysninger, som virksomhederne har interesse i, ikke kommer til konkurrenters kendskab. Hvis en virksomhed ikke vinder en licitation, er der ingen grund til, at oplysningerne i tilbuddet skal være offentligt tilgængelige via en aktindsigt, med mindre kontrollenssyn tilsiger dette.

Der er allerede efter de gældende regler mulighed for, at forretningshemmeligheder kan holdes ude af en aktindsigt, men dette er op til myndigheden at vurdere i sidste ende og den tilbudsgivende virksomhed kan derfor ikke være sikker på, at forretningshemmeligheder ikke udleveres til konkurrenter. Dette kan afholde nogle virksomheder fra at deltage i udbud, hvilket kan skade konkurrencen om offentlige opgaver.

Ad forslag 8

Der indsættes et nyt stk. 5 i § 26. Lovteksten er meget svær læselig og desværre giver bemærkningerne til paragraffen ikke meget vejledning i forståelsen. SMVdanmark skal derfor opfordre til, at selve lovteksten omformuleres til et mere forståeligt sprog og/eller at bemærkningerne til det nye stykke 5 udbygges med yderligere forklarende bemærkninger.

Ad forslag 10

SMVdanmark kan støtte ændringen af muligheden for at overgå til udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, således at det fremover bliver muligt at overgå til disse udbudsformer efter et mislykket almindeligt udbud, såfremt overgangen inkluderer alle de tilbudsgivere, der har afgivet forskriftsmæssige tilbud.

Det at en enkelt tilbudsgiver har afgivet et ikke-forskriftsmæssigt tilbud, skal ikke medføre, at man ikke kan gå videre med de øvrige tilbudsgivere, der har afgivet forskriftsmæssige tilbud.

Dette vil medføre færre annullerede udbud og dermed også sparede transaktionsomkostninger for alle parter.

Ad forslag 12

Med dette forslag vil man indføre en mulighed for ordregiveren til at short-liste tilbudsgiverne ved udbud med forhandling og ikke indkalde alle tilbudsgivere til forhandling, men kun nogle af dem – selvom alle måtte have afgivet forskriftsmæssige indledende tilbud.

Såfremt man tillader dette, skal det være et udtrykkeligt krav i loven, at det skal være fuldstændigt klart for alle tilbudsgivere inden afgivelsen af det første tilbud, hvordan udvælgelsen vil ske, dvs. efter hvilke kriterier og hvor mange, der vil blive valgt fra efter det indledende tilbud, såfremt ordregiveren måtte vælge at short-liste.

Det er vigtigt, at der er fuldstændig åbenhed om muligheden og kriterierne for short-listing, så tilbudsgiverne kan tage dette i betragtning, når de afgiver deres indledende tilbud. Såfremt short-listing bliver en mulighed, som ordregiverne diskretionært kan vælge uden åbenhed om processen, kan SMVdanmark ikke støtte forslaget.

Ad forslag 13

SMVdanmark kan tiltræde ændringen, der tydeliggør forskellen mellem udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, idet der i den oprindelige lov ikke er gjort tilstrækkelig forskel på de to udbudsformer og dermed de fordele, som den ene udbudsform har fremfor den anden i forskellige situationer.

Ad forslag 14

SMVdanmark er enig i ændringen, der vil føre til mere klarhed over, efter hvilke kriterier en ordregiver skal tildele en kontrakt i en rammeaftale efter genåbning af konkurrencen.

Ad forslag 16-23 om udelukkelsesgrunde

SMVdanmark er bekymret over, at man vælger at ophøje den måske mest uklare af udelukkelsesgrundene fra frivillig til obligatorisk. Bestemmelsen giver en myndighed ret/pligt til at udelukke en virksomhed, hvis virksomheden har gjort noget, der sår tvivl om virksomhedens integritet. Men det er meget uklart, hvad der skal til for, at man kan sige, at der kan sås tvivl om en virksomheds integritet. Er det en tabt faglig voldgift om manglende eller fejlagtig lønudbetaling, en arbejdsmiljøsag, en overskrift i en avis, eller hvad skal der til?

Kan en virksomhed self cleane sig selv i processen og hvilken rolle spiller den nye centrale enhed i KFST i denne sammenhæng?

Men uanset udfaldet af forslag 19 skal SMVdanmark opfordre til, at der udarbejdes en vejledning til bestemmelsen, idet indholdet og rækkevidden af bestemmelsen også i sin nuværende form som frivillig udelukkelsesgrund er meget uklar. Der er derfor brug for, at der vejledes om indholdet og anvendelsen af bestemmelsen.

For så vidt angår forslag 21 om oprettelse af en central enhed til vurdering af pålidelighed er SMVdanmark positiv overfor dette. Dette vil medvirke til en ensartet praksis og vurdering, ligesom kvaliteten af vurderingerne formentligt vil blive hævet, da mange ordregivere, der hidtil har skullet foretage vurderingen selvstændigt, ikke har haft erfaringen og kompetencerne til at foretage disse. Der har derfor risikeret den mulighed at ensartede situationer er blevet vurderet forskelligt alt efter hvilken ordregiver, der har foretaget vurderingen.

Spørgsmålet er dog, om udtalelsens status som vejledende ikke blot vil medføre en forlænget sagsbehandling, når først KFST skal foretage deres vurdering og herefter den enkelte ordregivende myndighed skal foretage deres egen selvstændige vurdering, om de vil følge KFST's udtalelse. På samme måde opnås ikke den ensretning af vurderingerne, hvis den samme vurdering fra KFST kan falde forskelligt ud, alt efter om den ordregivende myndighed vælger at følge den eller ej. Dette taler for, at KFST's udtalelse skal være bindende.

Uanset hvad vil det kræve, at sagsbehandlingstiden fra KFST's side til udarbejdelse af vurderingen er meget kort, da hele udbudsprocessen sættes i bero i denne periode.

Ad forslag 24

Dette er et ægte SMV-venligt forslag!

Den hidtidige begrænsning i udbudsloven om, at ordregiver højst må stille krav om økonomisk formåen på to gange kontraktværdien, har ikke virket efter hensigten. Realiteten har været, at selvom der kun er stillet krav om økonomisk formåen på 2 gange værdien af kontrakten, har det været en konkurrence om at overopfylde mest muligt på kravet, hvilket har begunstiget de store virksomheder, da de naturligt har en større økonomisk formåen end mindre virksomheder. Også selvom den ekstra økonomiske formåen ikke er relevant i den konkrete situation.

Med dette forslag vil konkurrencen blive mere lige, da økonomisk formåen ud over det dobbelte af kontraktværdien ikke vil blive tillagt værdi i bedømmelsen. Dette vil give SMV'erne bedre mulighed for at konkurrere om offentlige opgaver og dermed sikre et bredere konkurrencefelt.

Ad forslag 27 og 28

SMVdanmark kan tilslutte sig dette forslag, der vil gøre det mere smidigt for ordregiverne at anvende dynamiske indkøbssystemer.

Dynamiske indkøbssystemer har den fordel frem for rammeaftaler, som ofte er alternativet, at der ikke indgås store langvarige aftaler på op til 4 år ad gangen, hvilket lukker markedet. Tværtimod kan der løbende komme nye leverandører på aftaler, som kan byde på de opgaver, som passer dem. Dette er bedre for den generelle konkurrence om offentlige opgaver og til

gavn for SMV'erne, der måske ikke kan løfte en hel rammeaftale, men godt kan byde ind på enkelte kontrakter.

Ad forslag 29-31 – lærlingeklausuler

SMVdanmark er principielt modstander af, at der indsættes politiske krav om anvendelse af lærlingeklausuler i udbudsloven. Udbudsloven er en proceslov, der regulerer, hvordan man skal gøre, når man vælger at udbyde en offentlig opgave, men ikke hvilke krav der skal stilles i det konkrete udbud.

At ville indføre lærlingeklausuler er et legitimt politisk krav, men det hører ikke hjemme i udbudsloven. Dette må ske andetsteds.

Når dette er sagt, kan SMVdanmark tilslutte sig, at der ikke stilles krav om nyoprettelse af elevpladser, men at virksomhederne kan anvende allerede indgåede elevkontrakter til opfyldelse af kravet. I modsat fald ville man straffe de virksomheder, der allerede tager elever. Dette kunne have den modsatte effekt, at virksomhederne kunne være tilbageholdende med at indgå elevaftaler udenfor udbudssituationer, da de så ikke ville kunne leve op til kravene i et udbud, da de allerede har de elever, de kan rumme i deres virksomhed.

Det er også vigtigt, at kravet ikke gælder undtagelsesfrit, men at der er en bagatelgrænse, ligesom der kan være andre situationer, hvor et krav om elever ikke er egnet. Derudover skal kravet stadig overholde de grundlæggende principper om proportionalitet, ligebehandling og gennemsigtighed.

Ad forslag 32 og 33

SMVdanmark er enig i, at det skal være muligt at kunne bringe en kontrakt til ophør, såfremt virksomheden undervejs i kontraktperioden bliver omfattet af en udelukkelsesgrund eller ikke kan dokumentere sin pålidelighed. Det er krænkende for retsfølelsen, hvis en virksomhed, der bliver omfattet af en udelukkelsesgrund, der havde medført, at virksomheden ikke skulle have haft tildelt kontrakten, uhindret kan arbejde videre for ordregiveren.

Ad forslag 34

SMVdanmark har tidligere påpeget uhensigtsmæssigheden ved, at der er mange forskellige udbudsplatforme, der er opbygget på forskellig vis og hvor man ikke kan genbruge data og indtastninger fra tidligere ansøgninger i andre systemer. Dette medfører øgede administrative byrder og dermed transaktionsomkostninger og risiko for fejl fra virksomhedernes side, når de skal afgive tilbud i et system, som de ikke normalt anvender.

Derfor er SMVdanmark umiddelbart positiv overfor, at der skal være en fælles indgang til offentlige udbud.

Det er imidlertid uklart, hvad der præcist er indeholdt i forslaget.

SMVdanmark kan ikke støtte, at der oprettes en udbudsplatform til afløsning for de nuværende private udbudsplatforme. Når der allerede findes private alternativer, er det ikke det offentliges rolle at tage brødet ud af munden på disse.

På byggeområdet har en af de ofte benyttede udbudsplatforme integration med et meget udbredt byggestyrings- og kontrakthåndteringssystem. Det vil sige, at de kan genbruge og videreføre oplysninger fra tilbudsfasen i den efterfølgende kontraktstyring. Oprettelsen af en offentlig udbudsplatform til erstatning for de private vil ikke kunne tilbyde de samme funktioner. Det betyder, at oprettelsen vil være forbundet med administrative byrder for virksomhederne og formentligt også for ordregiverne, der ikke kan genbruge data fra tilbudsfasen direkte i den efterfølgende kontraktstyring. Samme problem vil formentligt være gældende på andre områder end byggeområdet.

Desuden har det offentlige ikke de bedste erfaringer med IT-projekter, der ofte ender med at blive markant dyrere og forsinkede i forhold til beregnet, ligesom brugervenligheden heller ikke altid er i top. Desuden kan der opstå den situation, at de private udbydere vil holde op med at udvikle og vedligeholde deres eksisterende platforme, hvis de ved, at der kommer en offentlig platform, der gør deres produkt overflødigt. Dermed ville ordregivere og tilbudsgivere opleve forringede vilkår frem til et offentligt system måtte blive sat i drift.

SMVdanmark skal derfor anbefale, at man i stedet går videre med fastsættelse af fælles standarder, der sikrer, at de forskellige eksisterende udbudsplatforme kan tale sammen, så tilbudsgiverne kan anvende deres foretrukne udbuds-/tilbudsplatform til at afgive tilbud uanset den af ordregiver valgte platform. Alternativt kan der oprettes en fælles indgang, som ordregiverne skal anvende som udbudsplatform, der kan tale sammen med de eksisterende private platforme, så virksomhederne stadig kan afgive tilbud ved anvendelse af deres foretrukne platform. Dette vil medføre betydelige administrative besparelser for tilbudsgiverne og minimere risikoen for fejl og forglemmelser ved afgivelse af tilbud.

I den forbindelse vil det være nyttigt, hvis den fremtidige løsning, uanset hvilken model der vælges, integreres med de andre offentlige systemer, så virksomheder/ordregivere automatisk kan trække de oplysninger, der allerede findes i andre offentlige systemer.

Ad forslag 35

Under udvalgsarbejdet med at udarbejde udbudsloven tilbage i 2014 argumenterede SMVdanmark for, at der skulle være en konsekvens, hvis man ikke overholdt § 49 om at opdele-ellerforklar. SMVdanmark frygtede, at en konsekvensløs hensigtserklæring ikke ville føre til flere opdelte udbud.

Dette har desværre vist sig at holde stik.

I henhold til tallene fra KFST's evalueringsrapport til udbudsloven manglede der i 2018 en forklaring for ca. 1/3 af alle udbud på, hvorfor udbud ikke blev opdelt. På samme vis har andelen af opdelt udbud ikke ændret sig siden tiden før udbudslovens ikrafttrædelse. I 2015 blev 26,1 % af alle udbud opdelt, mens det tilsvarende tal i 2018 var 25,8 %.

SMVDanmark støtter derfor, at der indføres en konsekvens, hvis lovens regel om at opdele eller forklar ikke overholdes.

Den valgte fremgangsmåde med, at give Klagenævnet for Udbud kompetence til at idømme en ordregiver en bøde på 1 % af kontraktsummen, dog max. Kr. 100.000 efter påstand fra en klager, er imidlertid ikke den rigtige og vil ikke medføre en reel forskel.

For at en overtrædelse af loven skal få konsekvenser for ordregiver, vil det kræve, at en klager skal betale kr. 20.000 i klagegebyr til klagenævnet samt advokatombudsninger til hjælp med at føre sagen. Dette skal opvejes mod, at såfremt klager får medhold, vil klager ingen egen gevinst få ved det. Sanktionen på de op til kr. 100.000 vil tilfalde staten.

Det eneste klager vil stå tilbage med, er en stor regning og et dårligt ry hos ordregiveren, der kan medføre, at virksomheden ikke indbydes til kommende opgaver. Der er således intet incitament for en tilbudsgiver til at indgive en klage mod en ordregiver, der overtræder § 49.

Herudover er sanktionens størrelse især i byggesager så symbolsk, at den ingen virkning vil få. I byggesager til mange millioner kroner rammes loftet på kr. 100.000 hurtigt og vil opleves som en lille dråbe i havet, som ingen forskel vil gøre.

Desuden lægges der i lovforslaget ikke op til, at Klagenævnet for Udbud tillægges nogle kompetencer til at efterprøve forklaringens saglighed. Det vil sige, at en indholdsløs standardformulering uanset hvor forkert og misvisende den måtte være, vil være tilstrækkeligt til at afværge en sanktion.

Derfor er det fremlagte forslag totalt virkningsløst og rent symbolsk.

Hvis et forslag skal have en reel virkning, skal begrundelsens saglighed kunne efterprøves, ligesom en klage ikke skal være forbundet med et klagegebyr på kr. 20.000.

Man kunne evt. forestille sig en ordning, hvor KFST efter en henvendelse fra en tilbudsgiver/klageberettiget organisation kan kræve en saglig forklaring fra ordregiveren. Såfremt forklaringen ikke er tilstrækkelig, kan KFST enten udstede en administrativ sanktion eller indgive en klage til Klagenævnet for Udbud, der kan idømme en sanktion.

Ad § 3 ændring af Tilbudsloven

Lovforslaget lægger op til at slette tilbudsgivernes adgang til at være til stede under åbningen af tilbuddene og erstatte paragraffen med et krav om anvendelse af lærlinge under udførelsen af offentlige udbud.

For så vidt angår bemærkninger til indførelse af lærlingeklausuler henvises til bemærkningerne ovenfor til forslag 29-31.

I relation til sletningen af tilbudsgivernes adgang til at være til stede under åbningen af tilbuddene, kan SMVdanmark på ingen måde støtte dette forslag. En fuldstændig fjernelse vil være et tilbageskridt i forhold til transparens i licitationsprocessen og virksomhedernes retssikkerhed, hvilket SMVdanmark ikke kan støtte.

SMVdanmark er enig i, at den nuværende formulering af bestemmelsen er utidssvarende og med fordel kunne moderniseres, så den afspejler nutidens praktiske virkelighed i forhold til at gennemføre udbud. Det er dog SMVdanmarks oplevelse, at de seneste knapt to års pandemi, hvor fysisk forsamling af flere mennesker ikke har været muligt, har vist, at det er muligt at nyfortolke den gamle paragraf. I modsat fald har en stor del af de gennemførte udbud i henhold til tilbudsloven i denne periode have været ulovlige.

Ud over de mere retspolitiske og retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved forslaget, har forslaget tillige uheldige praktiske konsekvenser for tilbudsgiverne. Virksomhederne har ofte mange tilbud ude på mange forskellige opgaver på samme tid for at sikre sig en løbende tilgang af opgaver, da virksomhederne ikke vinder alle opgaver. Det er derfor vigtigt for virksomhederne hurtigt at vide, om de er i betragtning til en opgave eller ej, så de kan prioritere virksomhedens ressourcer både til nuværende og fremtidige opgaver. Selvom virksomhederne ved den nuværende åbning af tilbuddet ikke kender det endelige resultat af licitationen, da kun budsummerne og eventuelle forbehold offentliggøres, så giver offentliggørelsen virksomhederne en kraftig indikation på, om de er i betragtning til opgaven eller ej. Hvis der er afgivet 5 tilbud og virksomheden er nr. 4 eller 5, er sandsynligheden for at virksomheden får opgaven lille og de kan derfor afskrive muligheden og prioritere ressourcerne andet steds. Denne viden ville de ikke få, hvis man afskaffer retten til umiddelbart at blive gjort bekendt med de afgivne budsummer.

SMVdanmark skal derfor på det kraftigste modsætte sig forslaget om, at tilbudsgivernes ret til at være til stede under åbningen afskaffes. Bestemmelsen bør moderniseres og erstattes med en anden ordlyd, der sikrer åbenhed og gennemsigtighed om de afgivne tilbud.

Øvrige bemærkninger vedr. Tilbudsloven

Der har løbende i forbindelse med drøftelser om revision af udbudsloven og udbud i det hele taget fra nogle bygherreinteressenter været fremsat ønske om helt at afskaffe Tilbudsloven og lade byggekontrakter under tærskelværdien, dvs. opgaver på op til 40 mio. kr., kun være omfattet af udbudslovens regler om indkøb under tærskelværdien.

Markedet for byggerier under tærskelværdierne er meget stort både fsva. den enkelte opgave på op til 40 mio. kr., men også andelen af det samlede marked, da en stor del af de offentlige byggerier og enkeltstående vedligeholdelsesarbejder vedrører byggerier på mindre end 40 mio. kr.

En afskaffelse af tilbudsloven ville medføre, at dette betydelige marked i store træk ville være ureguleret og der ikke ville gælde faste regler ligebehandling, gennemsigtighed mv. for indkøb for meget store beløb. Bygherrerne ville alene være forpligtet til at indkøbe økonomisk forsvarligt. Men i øvrigt ville det være overladt til bygherren, hvordan dette skulle.

Det ville betyde lukkethed om opgaver og medføre risiko for vennetjenester og at kontrakter ville forblive på de samme virksomheders hænder uden, at de ville blive udsat for reel konkurrence med deraf følgende skade for effektiviteten af offentlige indkøb.

SMVdanmark skal derfor på det kraftigste fraråde enhver afskaffelse af Tilbudsloven.

Yderligere bemærkninger

Ud over ovennævnte bemærkninger til selve lovforslaget samt de indledende bemærkninger om den manglende inkludering af UdbudsDanmarks konkrete forslag til forbedring af udbudsloven skal SMVdanmark fremkomme med følgende bemærkninger og forslag til initiativer, der efter SMVdanmarks opfattelse vil fremme SMV'ernes deltagelse i offentlige udbud.

For at forbedre SMV'ernes muligheder for at deltage i udbud kan det være nyttigt at rykke muligheder, der i dag omtales i bemærkningerne frem i lovteksten for at afklare tvivl og gøre ekstra opmærksom på disse muligheder.

Forbedret konkurrencefelt

Dette gør sig gældende for det første forslag om SMV-venlige udbud i UdbudsDanmarks forslag til forbedring af udbudsloven, som SMVdanmark gerne vil fremhæve særskilt, nemlig muligheden for at foretage udvælgelsen af tilbudsgivere, således at det bedste konkurrencefelt opnås.

§ 144, stk. 6 – Solidarisk ctr. Pro rata hæftelse

På samme måde vil SMVdanmark foreslå, at der i § 144, stk. 6 tilføjes muligheden for, at virksomhederne hæfter pro rata. I dag fremgår udelukkende muligheden for, at ordregiveren kan kræve, at parterne hæfter solidarisk for kontraktens gennemførelse.

Problemet for SMV'erne er, at solidarisk hæftelse udgør en meget stor administrativ byrde, idet due diligence i forhold til sine tilbudspartnere bliver meget omfattende, hvis man skal kunne indestå 100 % for deres økonomiske formåen.

Derudover kan krav om solidarisk hæftelse føre til højere priser, da enhver overførsel af økonomisk risiko fra ordregiver til tilbudsgiver vil medføre indregning af et risikotillæg. Det er derfor heller ikke i ordregiverens interesse unødigt at overføre risiko til tilbudsgiveren.

Derfor skal solidarisk hæftelse reserveres til de tilfælde, hvor det rent faktisk er nødvendigt i forhold til kontraktens gennemførelse og ikke anvendes blot for en sikkerheds skyld og fordi man kan.

Af mange medarbejdere hos ordregivere bliver "kan" i dag desuden opfattet som "skal", om ikke andet for at kunne hævde, at man som ordregiver har gjort sit for at sikre sig mod tab. Dette vil blive afbødet, hvis muligheden for pro rata hæftelse tilføjes på lige fod med solidarisk hæftelse. Derudover vil flere ordregivere blive opmærksomme på muligheden og derved overveje, om solidarisk hæftelse også er nødvendigt i det konkrete tilfælde.

Kapitel 8 – Rammeaftaler

Rammeaftaler kan være nyttige redskaber, hvis der skal købes ensartede ydelser over længere perioder. I stedet for at skulle lave nye udbud for det enkelte indkøb hver gang, kan der enten ske tildeling direkte til den vindende tilbudsgiver eller genåbning af konkurrencen i form af miniudbud alt efter rammeaftalens indhold. Men rammeaftaler er også forbundet med uhensigtsmæssigheder.

For det første er mange rammeaftaler ofte af større omfang, hvilket kan gøre det svært for SMV'er at byde på opgaverne.

For det andet har mange rammeaftaler en løbetid på 4 år, hvilket gør, at markedet og konkurrencen om de offentlige opgaver omfattet af rammeaftalen lukkes i hele aftalens løbetid, da der ikke kan komme nye virksomheder ind som leverandører til det offentlige. Dette vil en øget brug af dynamiske indkøbssystemer kunne afbøde, hvilket er omtalt og støttet af SMVdanmark andet steds i dette høringssvar.

For det tredje er der ikke en købsforpligtelse forbundet med indgåelse af en rammeaftale. Med rammeaftalen reserverer det offentlige sig mulighed for at købe ind hos de vindende tilbudsgivere til en på forhånd fastsat pris. På grund af retspraksis er det ikke tilladt for ordregiverne at overskride maksimum på rammeaftalen. Derfor ser vi ofte meget høje udbudte kontraktværdier for at sikre sig, at der er plads i rammeaftalen. Men det er ikke sikkert for tilbudsgiverne, om der overhovedet bliver trukket på aftalen og da slet ikke i det omfang, som indikeret med

rammeaftalens størrelse. Dette har den uheldige konsekvens, at virksomhederne ofte byder ind med en forventning om et træk på aftalen i overensstemmelse med den angivne mængde i udbuddet. Dette giver sig udslag i de afgivne priser, der ofte er afgivet i forventning om mulighed for stordriftsfordele, synergier og mængderabatter. Men hvis disse udebliver på grund af et lavt træk på aftalen, har tilbudsgiverne afgivet priser på forkerte forudsætninger og dermed ikke retvisende priser.

I og med at der ikke er nogen købsforpligtelse, men at tilbudsgiveren på samme tid har forpligtet sig til altid at kunne levere den pågældende ydelse, har et lavt træk på rammeaftalen den konsekvens, at den/de vindende tilbudsgivere altid skal have et beredskab klar til at kunne levere op til det maksimale af kontraktværdien. Det er ikke omkostningsfrit at have ressourcer stående klar, som man alt efter ydelsens karakter, måske ikke kan anvende på andre kontrakter. Det kan som skitseret således have store omkostninger og være forbundet med store tab at vinde en rammeaftale, hvis den ikke udnyttes som forventet på baggrund af udbudsmaterialet.

SMVdanmark foreslår derfor, at ordregiverne skal forpligtes til ud over at oplyse den maksimale kontraktværdi på rammeaftalen også at oplyse det realistiske forventede anslåede træk på rammeaftalen. Alternativt skal ordregiver forpligtes til i udbudsmaterialet at oplyse det faktiske træk på rammeaftalen i den seneste kontraktperiode. I og med at rammeaftaler ofte bliver forberedt og udbudt undervejs i den løbende kontraktperiode, kan tallet være det faktiske træk frem til udbudstidspunktet i den eksisterende kontraktperiode. Dette ville give tilbudsgiverne mulighed for at beregne deres omkostninger mere korrekt og på et mere oplyst grundlag og dermed afgive retvisende tilbud i overensstemmelse med de forventede realiteter på rammeaftalen. Tallene er jo nogle som man må forvente at en påpasselig ordregiver allerede ligger inde med, idet det ellers må være svært for ordregiveren at fastsætte omfanget af rammeaftalen i det hele taget. Det bør derfor ikke være en stor byrde for ordregiverne at offentliggøre tallene i udbudsmaterialet.

Med venlig hilsen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Jeppe Rosenmejer'.

Jeppe Rosenmejer
Chefjurist

Til:
Erhvervsministeriet
Slotsholmsgade 10-12
1216 København K

Høringssvar om forslag til ændring af udbudsloven

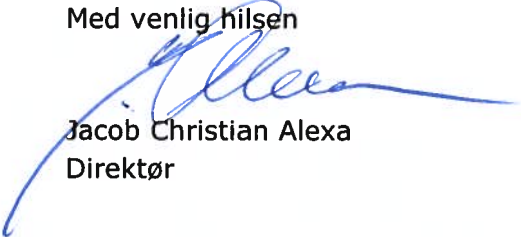
Indledningsvis vil Forsvarsministeriet kvittere for modtagelsen af forslag til lov om ændring af udbudsloven. Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI) og Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse (FES) fremsender separate høringssvar til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

I rammen af Forum for Offentlig Privat Samarbejde samt i afgivne høringssvar har Forsvarsministeriet og FMI fremhævet en række problemstillinger; i særdeleshed knyttet til reglerne om indkøb under tærskelværdierne, som pålægger Forsvarsministeriets styrelser og leverandører betydelige transaktionsomkostninger. Dertil forudses den aktuelle sikkerhedspolitiske situation at kunne afføde yderligere behov for at foretage anskaffelser under tærskelværdierne.

Forsvarsministeriet noterer sig, at det fremsendte lovforslag ikke afspejler de fremførte synspunkter, hvorfor der hermed gøres opmærksom på vigtigheden af, at der ved revision af udbudsloven tages højde for de i høringssvarene anførte forhold.

Lad mig benytte lejligheden til at takke for altid godt og konstruktivt samarbejde – og for muligheden for at bidrage til ændring af udbudsloven.

Med venlig hilsen



Jacob Christian Alexa
Direktør

Dato: 04. marts 2022

Enhed: TFI
Sagsnr.: 2022/000892
Dok.nr.: 352765
Bilag: 0

Forsvarsministeriet
Holmens Kanal 9
1060 København K

Tlf.: +45 7281 0000
Fax: +45 7281 0300
E-mail: fmn@fmn.dk
www.fmn.dk

EAN: 5798000201200
CVR: 25 77 56 35

Sagsbehandleren direkte:
Tlf.: +45 2054 6455
E-mail: ane@1net.fmn.dk

trm@trm.dk
Transportministeriet
Frederiksholm Kanal 27 F
1220 København K

3. marts 2022
Center for Byggeri - Udbud og Kontrakter
Sagsnr: 2022-1012
emnor

Bygningssstyrelsens høringssvar til lovforslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud

Til rette vedkommende,

Nedenfor fremgår Bygningssstyrelsens overordnede bemærkninger til lovforslaget. Bemærkningerne følger lovforslagets nummerering.

§ 1, nr. 1

Efter Bygningssstyrelsens opfattelse varetager de nuværende regler om aktindsigt alle tilbudsgivernes interesser på en hensigtsmæssig måde, da der er mulighed for at få undtaget visse oplysninger fra aktindsigt og dermed begrænse omfanget af konkurrencefordrejning. De foreslåede ændringer vil medføre en skævvridning i forhold til den vindende tilbudsgiver, der som udgangspunkt vil kunne blive underlagt aktindsigt, mens de øvrige tilbudsgiver som udgangspunkt ikke vil blive omfattet af reglerne om aktindsigt.

Den foreslåede ændring vil endvidere ikke efter Bygningssstyrelsens synspunkt medføre en større administrativ besparelse, da styrelsen alligevel ville skulle høre den vindende tilbudsgiver om aktindsigtsanmodningen, forinden der gives aktindsigt i tilbuddet.

Såfremt lovændringen træder i kraft, vil Bygningssstyrelsen skulle foretage en vurdering af motivet for aktindsigtsanmodningen, altså om anmodningen sendes med henblik på at foretage en effektiv kontrol eller med henblik på at fordreje konkurrencen. En sådan vurdering vil for ordregiver være vanskelig at foretage, særligt hvis aktindsigtsanmodningen kommer fra en tilbudsgiver som har været en del af udbudsprocessen, hvorved der kan være en begrundelse for effektiv kontrol men samtidig også risiko for at forvride konkurrencen. Denne foreslåede ændring vil efter Bygningssstyrelsens opfattelse medføre en større administrativ byrde end i forhold til den gældende lovgivning.

Bygningssstyrelsen opfordrer derfor til, at aktindsigtsreglerne fastholdes i deres nuværende form og ordlyd, da formålet med de foreslåede ændringer allerede, efter Bygningssstyrelsens opfattelse, opnås ved den nuværende lovgivning om reglerne om aktindsigt.

§ 1, nr. 12

Med lovforslagets foreslåede ændring af § 66, stk.1 tilføjes der mere fleksibilitet i udbudsproceduren udbud med forhandling ved, at ordregiver kan foretage en udvælgelsen inden



første forhandlingsrunde. Bygningssstyrelsen støtter som udgangspunkt den foreslåede ændring, men det bør overvejes at indsætte krav i bestemmelsen om, at ordregiver på forhånd i udbudsmaterialet skal angive, hvornår på pointskalaen et indledende tilbud vurderes så ukonkurrencedygtigt, at det ikke udvælges til forhandling, for at sikre at bestemmelsen ikke anvendes ugenomsigtigt.

§ 1, nr. 16

Bygningssstyrelsen støtter op om lovforslagets foreslåede indsættelse af § 134 a i udbudsloven med henblik på at bekæmpe aggressiv skattepraksis og skattesvig. Der bør imidlertid klart defineres, hvornår en virksomhed anses som *"etableret i et land optaget på den gældende EU-liste over ikkesamarbejdsvillige skattejurisdiktioner"*. Det bør herunder eksempelvis tydeliggøres om bestemmelsen alene finder anvendelse, når ansøger eller tilbudsgiver er etableret i et land optaget på den gældende EU-liste over ikkesamarbejdsvillige skattejurisdiktioner, eller om bestemmelsen også vil finde anvendelse, hvis den økonomiske aktørs moderselskab måtte være etableret i et land optaget på den gældende EU-liste over ikkesamarbejdsvillige skattejurisdiktioner.

Såfremt bestemmelsen har et bredt anvendelsesområde, hvor både den økonomiske aktørs juridiske forhold skal undersøges, men også et eventuelt moderselskab eller anden virksomhedskonstellation skal undersøges, vil bestemmelsen være administrativ byrdefuld for ordregiver.

Bygningssstyrelsen opfordrer til, at bestemmelsens anvendelsesområde præciseres og tydeliggøres yderligere.

§ 1, nr. 21

Med den foreslåede ændring af udbudslovens § 138, stk. 1, forpligtes ordregiver til at indhente en vejledende udtalelse hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til vurdering af en økonomisk aktørs dokumentation for pålidelighed. En sådan forpligtelse vil som udgangspunkt medføre længere udbudsprocesser, selv i tilfælde hvor der ikke måtte være tvivl om den indsendte dokumentation for pålidelighed, da ordregiver er forpligtet til at indhente en vejledende udtalelse, forinden ordregiver træffer beslutningen om, hvorvidt dokumentationen er tilstrækkelig.

Bygningssstyrelsen støtter ikke op om den foreslåede ændring af udbudslovens § 138, stk. 1 henset til det negative tidsmæssige aspekt det kan få for en igangværende udbudsprocedure herunder, at det vanskeliggør planlægningen af udbudsproceduren for ordregiveren, da der netop er en forpligtelse for ordregiver til at indhente og dermed afvente en udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen forinden udbudsprocessen kan fortsætte.

Bygningssstyrelsen opfordrer derfor til, at bestemmelsen ikke medføre en pligt for ordregiver til at indhente en vejledende udtalelse, men alene en mulighed for at indhente en udtalelse i tvivlstilfælde, da det er og bør være ordregivers eget ansvar, risiko og beslutning om, hvorvidt den indsendte dokumentation af pålidelighed vurderes tilstrækkelig.

Formålet med den foreslåede ændring om at samle den nødvendige viden og erfaring og dermed sikre et kompetencegrundlag for gennemførelsen af vurderinger af dokumentation af pålidelighed vil endvidere kunne opnås uanset, at der ikke måtte være en forpligtelse til at indhente en vejledende udtalelse, men alene en mulighed herfor.



§ 1, nr. 34

Bygningstilsynet støtter ikke op om lovforslagets § 1, nr. 34 om erhvervsministerens muligheder for at fastsætte regler om elektroniske kommunikationsmidler og brug af en bestemt elektronisk platform til afgivelse af tilbud henset til følgende begrundelser:

- a) Bygningstilsynet oplever sjældent i styrelsens udbud, at der forekommer fejl i de afleverede ansøgninger og tilbud som følge af anvendelsen af udbudsportalen, hvorfor det er Bygningstilsynets opfattelse, at ændringen ikke nødvendigvis vil have en yderligere positiv effekt på konkurrencen.
- b) Selvom der oprettes et obligatorisk felt for angivelse af opdeling eller forklar principet i medfør af udbudslovens § 49, stk. 2, kan den begrundelse som ordregiver indskriver i det obligatoriske felt fortsat være mangelfuld, hvorfor risikoen for fejl i forhold til § 49, stk. 2 ikke nødvendigvis fjernes.
- c) De økonomiske aktører der er leverandører af elektroniske udbudsplatforme, henvender sig til forskellige segmenter af ordregivere, da udbudsportalen der anvendes skal være med til at understøtte det bygge- og anlægsarbejde, vare eller tjenesteydelse som der indkøbes. En samlet elektronisk platform vil ikke nødvendigvis i samme omfang kunne understøtte de forskelligartede behov som ordregivere har til udbudsportaler.

Bygningstilsynet bemærker endvidere, at den foreslåede lovændring kan medføre et betydeligt fald i antallet af offentlige udbud om udbudsportaler ved at udbyde en samlet udbudsportal for alle ordregivende myndigheder og ikke selv lade ordregiverne foretage sådanne indkøb, hvilket kan få en negativ effekt på konkurrencen og de mindre leverandører som tilbyder sådanne udbudsportaler.

§ 2, nr. 35

Bygningstilsynet bakker ikke op om en sanktionering af manglende begrundelse for overtrædelse af udbudslovens § 49, stk. 2. Forslaget vil efter Bygningstilsynets opfattelse bidrage til mere bureaukrati, og ikke fremme ønsket om at ordregivere i højere grad overvejer om kontrakter bør opdeles. Ordregiver foretager i forvejen en dybdegående vurdering af hvert enkelt indkøb og opdeler, hvor det giver mening i forhold til at opnå det største konkurrencefelt og de laveste transaktionsomkostninger, da ordregiver netop er interesseret i dette.

§ 3, nr. 37

Bygningstilsynet finder det nuværende indhold af tilbudslovens § 7 utidssvarende henset til, at ordregiver skal anvende elektronisk kommunikationsmidler til modtagelse af tilbud, jf. BEK nr. 1572 om elektronisk kommunikation. Bygningstilsynet tilslutter sig derfor ændringen af det nuværende indhold i tilbudslovens § 7.

Bygningstilsynet har ingen øvrige kommentarer til den foreslåede ændring af § 7 om anvendelse af personer under oplæring ved gennemførelse af offentlige kontrakter.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

[Dato]

2022-1012

Transportministeriet
Frederiksholms Kanal 27 F
1220 København K

Telefon 41 71 27 00
trm@trm.dk
www.trm.dk

Høringssvar – vedr. høring om 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

Transportministeriet kan henholde sig til følgende bemærkninger fra **Banedanmark, DSB, Sund & Bælt og Vejdirektoratet**.

Bemærkninger fra **Banedanmark**:

Lovforslagets § 1, nr. 1 vedr. afskæring af aktindsigt i andre tilbud end det vindende tilbud (Ny § 5a, stk. 1 og 2 i udbudsloven)

Banedanmark skal bemærke, at udkast til § 5a, stk. 1 afgrænser anvendelsesområdet for offentlighedslovens § 30, nr. 2. Denne afgrænsning og begrænsning af bestemmelsen kan efter Banedanmarks opfattelse med fordel indarbejdes i offentlighedsloven snarere end udbudsloven.

Banedanmark skal desuden bemærke, at udkast til § 5a, stk. 2 vil udgøre en undtagelse til udgangspunktet om, at aktindsigtsanmodninger ikke skal begrundes. Hvis stk. 2 skal finde anvendelse, vil det være et krav, at anmodningen begrundes af anmoder. Det er samtidig Banedanmarks vurdering, at bemærkningerne til stk. 2 ikke i tilstrækkeligt omfang definerer grænserne for undtagelsen i stk. 2 med henblik på kontrol/efterprøvelse af evalueringen, og bestemmelsen efterlader derfor et meget frit skøn, til at bestemmelsen reelt får betydning, hvis blot anmoder oplyser, at informationerne skal bruges til at kontrollere evalueringen.

Lovforslagets § 1, nr. 21 vedr. ændring af udbudslovens § 138, stk. 1 - Oprettelse af enhed til vurdering af pålidelighedserklæringer

Forslaget om, at alle ordregivere forpligtes til at indhente en vejledende udtalelse om en økonomisk aktørs dokumentation for pålidelighed fra en ny enhed i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen finder Banedanmark ikke oplagt.



Baggrunden for forslaget er at ensrette vurderingerne af, om en økonomisk aktør, der er omfattet af en obligatorisk udelukkelsesgrund, alligevel vurderes pålidelig, og dermed reducere ordregiverne transaktionsomkostninger.

Banedanmark hæfter sig ved, at den nye enheds vurdering alene er af vejledende karakter, og at det endelige skøn fortsat skal ligge hos ordregiver, der fortsat skal foretage sin egen fyldestgørende vurdering i hvert enkelt tilfælde. Det er derfor efter Banedanmarks vurdering ikke - som anført i bemærkningerne - en enkelt enhed, der foretager pålidelighedsvurderingen. Det er derfor Banedanmarks vurdering, at en sådan ny enhed, der alene skal afgive vejledende svar ikke vil medføre lavere transaktionsomkostninger for Banedanmark eller staten som helhed, som det er anført i bemærkningerne til bestemmelsen.

Det er yderligere Banedanmarks vurdering, at forslaget med dets nuværende ordlyd vil introducere en unødvendig tidsmæssig usikkerhed i forhold til udarbejdelse af tidsplaner, da der i forslaget ikke er fastsat en svarfrist ift. enhedens vejledende svar.

Endeligt bemærkes, at der ikke er fastsat retningslinjer for, i hvilket omfang ordregiver er bundet af den nye enheds vejledende udtalelse, idet der i bemærkningerne anføres, at det fortsat er ordregiver, der skal foretage det endelige skøn.

Banedanmark skal opfordre Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til at justere forslaget, således at ordregiver gives mulighed for efter behov eller i tvivlstilfælde at indhente pålidelighedsvurderinger fra enheden i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Banedanmark skal endvidere opfordre Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til tydeligt at anføre i udkastet til lovforslag, hvorvidt ordregivere er forpligtet til at følge de vejledende udtalelser.

Banedanmark skal yderligere opfordre Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til at fastsætte en svarfrist for afgivelse af den vejledende udtalelse, således at ordregivere kan indlægge tidsaspektet i tidsplanerne.

Banedanmark har ikke bemærkninger til de resterende dele af de fremsendte lovforslag.



Bemærkninger fra **DSB**:

Generelt

Forsyningsvirksomhedsdirektivet¹ er implementeret i dansk ret via bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015 (implementeringsbekendtgørelsen). I implementeringsbekendtgørelsen er det angivet, hvilke af udbudslovens bestemmelser der finder anvendelse for udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Det er derfor DSB's generelle anbefaling, at der for at undgå tvivl om retsgrundlaget tydeligt tages stilling til, om ændringerne har indflydelse på udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Nedenfor er DSB's bemærkninger til udvalgte af lovforslagets bestemmelser.

Pkt. 1 - § 5 a

DSB er enig i bestemmelsens formål som beskrevet i forarbejderne til lovforslaget og vurderer, at bestemmelsen også på udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet vil kunne medføre en administrativ lettelse.

DSB vil anbefale, at der eksplicit tages stilling til, at bestemmelsen også omfatter udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Pkt. 16 - § 134 a

I bekendtgørelse nr. 1624 af 15. december 2015, er det angivet, at udelukkelsesgrundene i udbudslovens §§135-137, finder anvendelse for ordregivende myndigheder. Idet §134 a ikke fremgår af denne opstilling, vil bestemmelsen efter DSB's opfattelse ikke finde anvendelse for udbud efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

DSB vil anbefale, at der eksplicit tages stilling til, at bestemmelsen også omfatter udbud gennemført efter forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Pkt. 19 - § 136, nr. 4

Udelukkelsesgrunden i § 136, stk. 1, nr. 4, er formuleret meget bredt, og kan omfatte mange forskellige situationer. Samtidig er det ordregivers bevisbyrde at dokumentere, at ansøger eller tilbudsgiver rent faktisk har begået en forsømmelse, der er tilstrækkelig væsentlig til,

¹ Direktiv 2014/25 om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF



at forsømmelsen kan bære en udelukkelse fra udbuddet (proportionalitetsprincippet). I praksis er der tale om en meget vanskelig vurdering, hvor det i mange tilfælde ikke vil være muligt at fremskaffe den tilstrækkelige dokumentation.

Ved at ændre udelukkelsesgrunden fra en frivillig udelukkelsesgrund (hvor ordregiver på forhånd har taget stilling til, om udelukkelsesgrunden er relevant i det konkrete udbud) til en obligatorisk udelukkelsesgrund (hvor ordregiver i alle tilfælde er forpligtet til at foretage en undersøgelse og vurdering af, om eventuelle tidligere forsømmelser fra en ansøger eller tilbudsgiver kan dokumenteres og er tilstrækkelig væsentlige), påføres ordregiver potentielt en betydelig administrativ sagsbehandlingsbyrde, der ikke direkte behøver at ændre antallet udelukkelser fra offentlige udbudsprocesser.

DSB anbefaler, at lovgiver tager ovennævnte overvejelser i betragtning, inden der tages endeligt stilling til, hvorvidt ændringen skal gennemføres.

Pkt. 21 - § 138, stk. 1.

Den foreslåede bestemmelse implementerer ikke en artikel i udbudsdirektivet², og fremstår som en overimplementering af udbudsreglerne i Danmark.

Det fremgår af forarbejderne til lovforslaget, at den foreslåede ordning om høring hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i sidste ende vil skabe administrative besparelser. Efter DSB's opfattelse er der risiko for, at høringsprocessen vil betyde en forlængelse af den konkrete udbudsproces og medføre en yderligere administrativ arbejdsbyrde fremfor en administrativ besparelse.

² Direktiv 2014/24 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF



Bemærkninger fra **Sund & Bælt**:

Sund & Bælt har gennemgået vedlagte høring og har følgende bemærkninger til henholdsvis nr. 21 og nr. 35.

"Til nr. 21.

Bestemmelsen indebærer, at man i en situation, hvor en virksomhed er omfattet af en (eller flere) udelukkelsesgrunde, og hvor man som ordregiver har indhentet dokumentation er forpligtet til at anmode Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om en udtalelse. Udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen er alene vejledende.

Da udtalelsen alene er vejledende bør det være frivilligt, om man som ordregiver ønsker at indhente denne, da man som ordregiver fortsat vil være forpligtet til at foretage en vurdering af den indhentede dokumentation.

Da udtalelsen alene er vejledende vil man som ordregiver alligevel skulle forholde sig til den indhentede dokumentation samt den vejledende udtalelse, og der er dermed en risiko for, at der vil være øgede transaktionsomkostninger for ordregiverne ved forslaget. Ydermere vil indhentelsen af den vejledende udtalelse alt andet lige medføre en forøget gennemførelsestid for udbuddene.

Det er endvidere – uanset om det er et krav eller frivilligt at indhente udtalelsen fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – u hensigtsmæssigt, at der ikke er fastsat frister for afgivelsen af udtalelsen. Udbud er i forvejen en tidskrævende proces, og der bør derfor være en klar og kort frist for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til at afgive sin vejledende udtalelse.

Til nr. 35.

Forslaget indebærer, at der indføres en sanktion for den manglende overholdelse af udbudslovens § 49, stk. 2, hvorefter ordregivere skal redegøre for, hvorfor en kontrakt ikke udbydes som delkontrakter.

Efter udbudslovens § 49, stk. 1, er det ordregivers ret at vælge, om en kontrakt udbydes samlet eller i delkontrakter, og der er derfor tale om en sanktion for en ren formel overtrædelse, der ikke har nogen påvirkning på konkurrencen eller markedssituationen i øvrigt. Af bemærkningerne til forslaget fremgår, at det kan være en fordel for små og mellemstore virksomheder, at styrke håndhævelsen af udbudslovens § 49, stk. 2. Den foreslåede ændring vil dog alene indebære, at ordregiver kan blive pålagt en økonomisk sanktion ved manglende begrundelse for ikke at opdele en kontrakt, og



der ses dermed reelt ikke at være nogen fordel for små- og mellemstore virksomheder.

Forslaget vil endvidere indebære en risiko for, at der vil være et stigende antal klagesager ved Klagenævnet for Udbud, som dog jf. ovenfor ikke vil have noget reelt indhold.”

Bemærkninger fra **Vejdirektoratet**:

”Indledningsvist skal det bemærkes, at Vejdirektoratet ser positivt på langt størstedelen af ændringsforslagene, men har bemærkninger, forslag og uddybende spørgsmål til enkelte, som det fremgår nedenfor.

Til ændringsforslagets § 1 nr. 13

Præciseringen i sondringen mellem udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog er positiv, da der er behov for en tydeligere differentiering mellem disse to. Desuden er der behov for at understrege, at rammerne for hvilke elementer, der kan drøftes/justeres/ændres i løbet af den konkurrenceprægede dialog, er videre og mere fleksible end under udbud med forhandling.

Dog fremgår det ikke klart, hvad der menes med ”grundlæggende elementer”. Generelt er der en forståelse af, at mindstekrav og tildelingskriterier også er grundlæggende elementer. Når denne del udgår fra § 70, stk. 2 og § 72, stk. 3, forekommer det derfor uklart, hvad ”grundlæggende elementer” omfatter. Når henvisningen til mindstekrav og tildelingskriterier slettes medfører det øget uklarhed over, hvad der skal forstås som grundlæggende elementer.

Vejdirektoratet har derfor følgende opfordring:

- Kan det præciseres, hvad der menes med ”grundlæggende elementer”, der ikke må indgå i dialogen i konkurrencepræget dialog?
- Kan det præciseres, om ændringen medfører, at mindstekrav og tildelingskriterier ikke (længere) er omfattet af ”grundlæggende elementer” for så vidt angår konkurrencepræget dialog? Det foreslås herunder præciseret, om mindstekrav og underkriterier må udgå eller tilføjes under den konkurrenceprægede dialog, eller om de blot må omformuleres (ændres).

Til ændringsforslagets § 1 nr. 19



Vejdirektoratet har ikke erfaring med brug af denne udelukkelsesgrund, hvilket i høj grad skyldes usikkerhed om, hvilken dokumentation der kan anvendes som bevis for, at en ansøger eller tilbudsgiver ikke er omfattet udelukkelsesgrunden

Vejdirektoratet har følgende opfordring:

- At det klarere defineres hvordan "sår tvivl om" og "integritet" fortolkes objektivt og gennemsigtigt.
- At det klarere beskrives hvilken undersøgelsespligt ordregiver får med denne ændring
- At det klarere beskrives hvilken dokumentation ordregiver kan indhente til brug for dokumentation af, om ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af udelukkelsesgrunden, herunder om dokumentationen eventuelt kan sikres via de lister, der omtales i ændringsforslagets § 1, nr. 25.

Til ændringsforslagets § 1 nr. 21

Vejdirektoratet har kun sjældent oplevet, at det er vanskeligt at tage stilling til den self cleaning, som en leverandør fremsender og oplever, at beskrivelsen i udbudslovens § 138, stk. 3 allerede giver god støtte til ordregiverne. Det forekommer derfor unødvendigt, tids- og omkostningstungt, hvis der fremover bliver krav om, at en særskilt enhed skal inddrages og give en vejledende udtalelse i situationer, hvor der er behov for self cleaning. Dog kunne det være en god støtte, hvis det bliver et tilbud fremfor et krav.

Såfremt inddragelse af denne særlige enhed bliver et krav, foreslår Vejdirektoratet, at der sker følgende præcisering:

- Hvor længe ordregiver har pligt til at afvente, at den særlige enhed kommer med sin vejledende udtalelse
- At der i loven vedtages en (helst relativt kort) frist for enheden til at besvare en henvendelse, hvorefter ordregiver kan forlade sig på sin egen vurdering og gå videre i sin udbudsproces.

Til ændringsforslagets § 1 nr. 25

Dette tiltag virker umiddelbart positivt, og som en simpel måde fremover at indhente dokumentation på. Dog har Vejdirektoratet følgende spørgsmål til den officielle liste:

- Er det obligatorisk at være skrevet på listen? og
- Kan ordregiver lægge til grund, at listen altid er opdateret?



- Hvis ordregiver ikke kan lægge til grund, at listen er opdateret, hvorledes skal ordregiver så agere?
- Vil det være muligt at skelne mellem de obligatoriske frivillighedsgrunde i de forskellige medlemsstater?
- Vil de frivillige udelukkelsesgrunde også skulle fremgå af denne liste, så der også kan indhentes dokumentation for dem i samme liste?

Til ændringsforslagets § 1 nr. 29 – 31

Vejdirektoratet har god erfaring med at stille krav til lærlinge i de udbud, hvor det er relevant, og har i mange år haft det som et fast krav i vores standardkontrakt. Dog opleves det ind imellem, at det ikke er muligt at fremskaffe lærlinge på et konkret projekt. Derfor er der indføjet en bestemmelse i Vejdirektoratets standardkontrakt, at hvis leverandøren kan dokumentere, at det ikke er muligt at skaffe det krævede antal lærlinge, enten via arbejdsformidling eller erhvervsskoler, så kan kravet bortfalde. Ofte aftales det i stedet konkret, at lærlinge i så fald kan erstattes af medarbejdere under andre former for uddannelse eller træning.

Det fremgår ikke tydeligt af ændringsforslaget, hvordan ordregiver skal/kan håndtere den situation, hvor en entreprenør ikke kan skaffe ”person(er) under oplæring” til den pågældende kontrakt. Endvidere fremstår det ikke klart hvilke typer af uddannelse, bestemmelsen omfatter. Derfor ønskes følgende præciseret:

- Hvilke typer uddannelse er omfattet af bestemmelsen?
- Hvor mange personer under uddannelse skal der indgå i projektet (økonomisk størrelse og procent)?
- Hvordan håndteres det i den enkelte kontrakt, hvis der ikke kan fremskaffes relevante personer i oplæring, og hvilke krav stilles der til dokumentation for, at de ikke kan skaffes?
- Vil det være muligt at opfylde kravet ved at tage andre persongrupper ind, fx socialt udsatte eller lignende, hvis det på tilfredsstillende vis kan dokumenteres, at der ikke kan skaffes et tilstrækkeligt antal personer under uddannelse?”

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 København

Høringssvar vedrørende lovforslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud

4. marts 2022
FLD/MKJ
Dok ID: 189890

Dansk Arbejdsgiverforening (DA) har den 3. februar 2022 modtaget høring om udkast til lovforslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for udbud. DA takker for muligheden for at afgive høringssvar.

DA bakker op om regeringens ambitioner om, at flere elever på erhvervsuddannelserne skal have en læreplads. Derfor har DA-fællesskabet indgået en række ambitiøse trepartsaftaler på området, og den gode nyhed er da også, at der i 2021 blev indgået 34.361 praktikpladsaftaler mellem en erhvervsskoleelev og en privat virksomhed.

Virksomhederne har brug for lærlinge, og det bør sikres gennem en aktiv lærlingeindsats og partnerskabsaftaler, dér hvor det giver mening. DA anerkender derfor også, at offentlige kontrakter kan anvendes til at sikre lærepladser, når det sker på hensigtsmæssig vis.

Desværre er der en betydelig *usikkerhed* om effekterne af lovforslagets § 1, nr. 29-31, og § 3, nr. 36-38, hvor der indføres et nyt forslag til krav om personer under oplæring.

DA vurderer således, at der er en risiko for, at lovforslaget reelt vil føre til *færre lærlinge* på offentlige projekter, da lovforslaget vil skabe betydelig usikkerhed og bureaukrati for de praktikere, der skal arbejde med reglerne.

Vester Voldgade 113
1552 København V
Tlf.: 33 38 90 00
CVR 16834017
da@da.dk
da.dk

Det er DA's umiddelbare vurdering, at en bekendtgørelse og en vejledning ikke vil gøre problemstillingen væsentligt mere klar. DA vurderer derfor ikke, at det er den mest effektive måde at regulere uddannelsesindsatsen i udbudsloven.

Såfremt lovforslaget måtte blive gennemført, bør pligten ikke kun kunne løftes med klausuler, men også gennem partnerskabsaftaler. Partnerskaber sikrer bedre forløb for lærlinge og elever, for indkøberne og for virksomhederne, uden at parterne drukner i bureaukrati.

DA mener grundlæggende, at udbudsloven bør være en proceslov, hvor loven regulerer selve udbudsprocessen, men derimod ikke det specifikke indhold i de krav, der stilles i forbindelse med et indkøb eller udbud. De specifikke krav, som ordregiver stiller til konkrete udbud bør ligesom i dag i udgangspunkt afhænge af kontraktens genstand. DA mener i forlængelse heraf, at det bør være op til det enkelte brancheområde at udmønte et evt. oplæringskrav ud fra branchens konkrete forhold. DA har derudover følgende bemærkninger til lovforslaget:

Krav om brug af personer under oplæring

Med forslaget skal ordregivere i henhold til udbudsloven indføre krav i kontrakten om anvendelse af personer under oplæring ved gennemførelsen af de offentlige kontrakter, der er omfattet af bekendtgørelsen udstedt i medfør af stk. 4.

Det fremgår således af forslaget til en ny § 176, stk. 4, at erhvervsministeren fastsætter ved bekendtgørelse, hvilke kontrakter, der er omfattet af kravet om anvendelse af personer under oplæring. DA tager forbehold for indholdet i denne bekendtgørelse. Efter DA's opfattelse bør det fremgå, at udmøntningen skal ske efter høring af arbejdsmarkedets parter.

DA finder, at lovforslaget også skal fastslå, at der ikke udover den foreslåede ny § 176 kan stilles andre og fx mere vidtgående krav om brug af personer under oplæring.

DA finder også, at det bør fremgå af lovforslaget, at der ikke må stilles sådanne krav - og ikke bare som foreslået til ny § 176, stk. 2, at det ikke er et krav, at ordregiver skal anvende klausulerne - hvis det 1) vil medføre en sikkerhedsrisiko, 2) ikke egner sig til gennemførelse af den konkrete kontrakt eller 3) strider imod anden lovgivning.

Der skal tages højde for hvilke brancher, der er egnede til at opfylde mål om oplæringsklausuler. Det er f.eks. ikke alle brancher, der bygger på faglært arbejdskraft og dermed har mulighed for at tage lærlinge - f.eks. vinduespuksere eller dele af IT-branchen. Der er ligeledes brancher, der er omfat-

tet af mange forskellige discipliner, således at muligheden for at beskæftige lærlinge afhænger af den konkrete opgave. F.eks. kan der beskæftiges flere lærlinge med almindelige vvs-installationer end med udførelsen af CTS-anlæg. Det er således centralt, at et lovkrav om klausuler fortsat alene omhandler opgaver knyttet til erhvervsuddannelserne, hvor der er et egentligt praktikforløb samt at kravet tager højde for kontaktens genstand. Se også DA's bemærkninger neden for om definitionen af oplæringskrav.

Ligeledes skal der tages hensyn til, at der er brancher, hvor der *både* er virksomheder baseret på faglært arbejdskraft – som dermed har mulighed for at oplære lærlinge – og andre konkurrerende virksomheder, der er baseret på ufaglært arbejdskraft. Det gælder fx i rengøringsbranchen. Et krav om at tage lærlinge vil dermed på disse områder udelukke en række virksomheder fra at deltage i et udbud, da de ikke har mulighed for at blive godkendt som oplæringsvirksomheder. Dette skævvrider konkurrencen og den lige adgang til udbuddet. Det gælder fx i rengøringsbranchen, hvor nogle virksomheder baseres på faglærte, mens andre baseres på ufaglært arbejdskraft.

Samtidig bør det overvejes, om kravene bør være de samme i brancher, hvor der for eksempel ikke er mangel på lærlinge. Hvis det omvendt ikke er muligt for leverandøren at finde elever, bør leverandøren som i dag være berettiget til at se bort fra klausulen.

Definition af oplæringskrav må ikke føre til konkurrenceforvridning mellem danske og udenlandske virksomheder

"Personer under oplæring" er i lovforslaget bl.a. angivet som:

"Med personer under oplæring menes personer, der opererer under kontraktpartens opsyn med henblik på, at personen opnår den nødvendige faglighed til efter endt oplæring at kunne varetage de pågældende opgaver selvstændigt. Det er imidlertid ikke et krav, at personen færdiggør sin oplæring i løbet af den pågældende offentlige kontrakter... Anvendelse af lærlinge er et eksempel på, hvordan et krav om oplæring kan opfyldes". Der er således efter lovudkastet ikke tale om en fast definition af personer, der er under oplæring. Definitionen vurderes ikke at fastlægge egentlige krav om hvilke personer, der kan omfattes eller anvendes.

Det er på den baggrund DA's vurdering, at lovudkastets krav om brug af personer under oplæring, vil medføre en lang række fortolkningsproblemer til skade for navnlig danske virksomheder.

DA noterer sig og anerkender princippet om, at en kontraktklausul om brug af personer under oplæring ikke må diskriminere arbejdstagere fra andre medlemslande. DA finder dog samtidig, at det krav, som stilles i

lovudkastet, netop ofte i realiteten vil stille danske virksomheder dårligere end i dag, hvor målgruppen i vejledningen er konkret afgrænset til erhvervsuddannelserne, hvilket antages fortsat er den overordnede hensigt med lovgivningskrav i udbudsloven. Hvis sigtet formodes bredere, udestår en lang række afklaringer af status for fx personer i EGU, IGU, AMU-kontraktuddannelser, virksomhedspraktik, EUD8/EUD9 mv.

DA mener, at det skal sikres, at det foreslåede lovkrav over for danske virksomheder ikke kan blive anvendt fra de offentlige ordregivere til at stille krav om bestemte uddannelsesstillinger eller mere vidtgående krav til danske virksomheder og mere lempelige til udenlandske virksomheder.

Som der selv står anført i lovudkastet, må der af EU-retlige grunde ikke sigtes til danske uddannelsesordninger. Dette er DA selvsagt enig i, men skal samtidig påpege, at dette indebærer betydelige udfordringer ift. håndteringen af det foreslåede lovkrav, jf. også ovenfor.

Et oplæringskrav vil skabe øget bureaukrati og vil kun bidrage med få nye lærlinge

DA mener, at et lovkrav om personer under oplæring risikerer at indfører øget bureaukrati for ordregiverne uden at bidrage til markant flere lærlinge. I evalueringen af udbudsloven fra 2021 fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremgår det, at ca. 70 % af ordregiverne har stillet krav om lærlinge i deres kontrakter i det foregående år. Samtidig indgås der i dag mange steder partnerskabsaftaler i de udbud, hvor det er relevant at have lærlinge. I evalueringen af udbudsloven fra maj 2021 fremgår det, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at det ingen positive effekter har at indføre yderligere krav, men at det vil føre til øgede transaktionsomkostninger. Dette skal ligeledes ses i sammenhæng med, at omkostningerne forbundet med kravet om oplæring vurderes at være 24 mio. kr.

Partnerskaber sikrer bedre forløb for lærlinge og elever, for indkøberne og for virksomhederne, uden at parterne drukner i bureaukrati. Derimod kan en mindre juridisk tilgang føre til aftaler, der kan sikre andre beskæftigelsesforhold såsom opkvalificering, virksomhedspraktikforløb eller lignende. Virksomheder skal kunne bruge bestående læreforhold til opfyldelse af kravet om personer under oplæring

DA støtter op om, at lovudkastet fastslår, at det ikke er et krav, at personen færdiggør sin oplæring i løbet af den pågældende offentlige kontrakter. Dette skal også ses i lyset af, at kontraktperioden ofte vil have kortere varighed end elevernes uddannelsesperiode.

DA mener, at det af lovforslaget ligeledes skal fremgå tydeligt, at dette heller ikke kan stilles som "frivilligt" krav og ligeledes, at der hverken er

krav om eller kan stilles krav om, at der for den pågældende kontrakt ansættes nye elever under oplæring. Der skal således altid kunne anvendes bestående læreforhold for at opfylde kravet.

Behov for skærpede krav til kontrol med kontraktopfyldelsen og konsekvenserne heraf

DA mener, at det er helt afgørende, at der i forbindelse med indførelsen af et krav om anvendelse af personer under oplæring, føres en effektiv kontrol med danske virksomheders opfyldelse af kontraktbestemmelserne. Det samme skal gøre sig gældende for udenlandske entreprenører - også i tilfælde af, at arbejdet udføres i udlandet. Det bør også tydeligt fremgå hvad straffen er, hvis man ikke lever op til kravet om oplæring. Det fremgår ikke på nuværende tidspunkt af forslaget.

Behov for præciseringer af princippet om proportionalitet og kontraktens genstand

DA mener, at lovforslaget skal præciseres i forhold princippet om proportionalitet og kontraktens genstand

I forhold til principper om proportionalitet skal det fastsættes i loven, at klausulerne altid skal vurderes i forhold til, om det er proportionalt at have personer under oplæring ansat på den givne opgave der er i udbud. Det handler blandt andet om, hvorvidt opgaven er relevant i forhold til de arbejdsopgaver som kontrakten indeholder. Antallet, der kræves beskæftiget under kontraktens udførelse, skal ligeledes være proportional med opgavens art og størrelse.

Det skal i relation til princippet om, at klausulerne skal være forbundet med kontraktens genstand, sikres i loven, at klausulerne alene må relatere sig til de opgaver, som er nødvendige for at gennemføre opgaven. De oplæringspladser, der kræves oprettet, skal derfor oprettes i tilknytning til den udbudte opgave, og ikke i tilknytning til andre af virksomhedens opgaver.

Uklarhed om brug af løbende kontrakter og brug af underleverandører

Det er efter lovudkastet ikke klart, om kravet også gælder for brug af underleverandører. Det fremgår ligeledes ikke tydeligt i lovudkastet, om kravet også gælder for rammeaftaler og hvordan kravet implementeres på det felt. DA vurderer, at det i givet fald er komplekst at stille sådanne krav, og at regulering heraf skal overvejes nøje.

Ny hjemmel om samarbejdsaftaler mellem regionale og kommunale ordregivere

I lovudkastets § 1, nr. 2 foreslås, at regionale og kommunale ordregivere kan etablere samarbejder, som et led i kontrollen med overholdelsen af

kontraktuelle forpligtelser. Der er her tale om et forslag, der er generelt og ikke alene vedrører anvendelse af personer under oplæring.

DA forstår, at bestemmelsen skal give regionale og kommunale ordregivere en ny hjemmel til at etablere samarbejder på tværs af regionale og kommunale grænser og på tværs af disse myndighedstyper, som skal følge op på overholdelsen af kontraktuelle forpligtelser, som leverandører har over for kommuner eller regioner i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter. Denne hjemmel til samarbejdsaftale ændrer ikke ansvarsfordelingen, men således alene den faktiske udøvelse af kontrol.

I henhold til lovudkastets specielle bemærkninger er der tale om indførelse af en dansk regel, der ikke følger af direktivet. Der er dog ikke i lovudkastet i fx de almindelige bemærkninger en redegørelse for gældende ret, hvorfor det er vanskeligt at bedømme rækkevidden af denne del af lovudkastet.

Det er DA's principielle opfattelse, at den arbejdsretlige kontrol med overholdelsen og fortolkning af løn- og arbejdsvilkår, herunder de som måtte være aftalt i kollektive overenskomster, skal foretages i henhold de procedurer, som er gældende for det danske arbejdsmarked. DA finder, at uanset i hvilken skikkelse for kontrol som ordregivere anvender, skal kontrollen ske under respekt af og i henhold til den danske model på arbejdsmarkedet.

Bemærkninger til tilbudsloven

DA's ovennævnte bemærkninger er også gældende for den korresponderende bestemmelse i tilbudsloven om krav om brug af personer under oplæring, der fremgår af lovforslagets § 3.

DA mener desuden, at der bør gælde de samme krav for det offentlige som for private leverandører. Hvis der stilles krav til brug af personer under oplæring for udbud til private leverandører, bør kravene også gælde både for opgaver løst *in house* frem for via udlicitering, samt generelt i forhold til øvrige offentlige opgaver.

Med venlig hilsen
DANSK ARBEJDSGIVERFORENING

Maria Cecilie Kjeldsen

Til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Forsvarsministeriet Materiel- og Indkøbsstyrelsens hørings- svar vedrørende forslag til lov om ændring af udbudsloven m.v.

1. Indledning

Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI) takker for modtagelsen af forslag til lov om ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud.

2. Oversigt over relevante temaer

FMI er statens største indkøbsmyndighed med et årligt budget på ca. 9 mia. DKK. Anskaffelserne gennemføres efter udbudsloven og Forsvars- og Sikkerhedsdirektivet.

Det har stor betydning for FMI, at udbudsreglerne er velfungerende i praksis. FMI har derfor i sommeren 2021 sammen med en række andre interessenter på både ordregiver- og tilbudsgiversiden afgivet syv fælles anbefalinger til Erhvervsministeriet vedrørende de regler i udbudsloven, hvor der efter gruppens samstemmende opfattelse var størst behov for ændringer¹.

Et væsentligt parameter for Forsvaret er hastighed og fleksibilitet i gennemførelsen af anskaffelserne. Det er derfor afgørende, at der ikke indføres nye tiltag, der kan forlænge udbudsprocesserne samt øge transaktionsomkostningerne for både ordregivere og tilbudsgivere. Disse hensyn er yderligere aktualiseret – generelt og for Forsvaret i særdeleshed – i den nuværende anspændte sikkerhedspolitiske situation med Ruslands invasion af Ukraine.

FMI fokuserer i sin gennemgang nedenfor primært på forslag til lov om ændring af udbudsloven og forslag til ændring af lov om Klagenævnet for Udbud. Det har dog også været nødvendigt at kommentere på emner, der ikke er en del af ændringsforslagene. Bemærkningerne centrerer sig om de områder, som er forbundet med flest praktiske udfordringer for FMI og dermed giver flest transaktionsomkostninger.

Det drejer sig om følgende:

- Indkøb under tærskelværdierne for EU-udbud
- De øvrige 6 anbefalinger fra gruppen af ordre- og tilbudsgivere
- Krav om anvendelse af personer under oplæring

Dato: 4. marts 2022

Enhed: Legal
Sagsbeh.: SD-L205, SD-L207
Bilag: 2

Forsvarsministeriets Materiel- og
Indkøbsstyrelse
Lautrupbjerg 1-5
2750 Ballerup

Tlf.: +45 7281 4000
Fax: +45 7281 4201
E-mail: fmi@mil.dk
www.fmi.dk

EAN: 5798000201767
CVR: 16 28 71 80

¹ Bilag 1, De 7 fælles anbefalinger.

- Frivillig udelukkelsesgrund gøres obligatorisk
- Vejledende udtalelse hos KFST til vurdering af pålidelighed
- Økonomisk sanktion for manglende begrundelse
- Aktindsigt
- Sammenfatning

3. Indkøb under tærskelværdierne for EU-udbud

FMI kan konstatere, at der ikke i selve ændringsforslaget er lagt op til ændringer af reglerne om indkøb under tærskelværdierne med grænseoverskridende interesse – udbudslovens afsnit IV. FMI har dog uformelt erfaret, at der vil ske visse ændringer i "Bekendtgørelse om anvendelse af elektronisk kommunikation i udbud og om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse". Da bekendtgørelsen endnu ikke er sendt i høring, er det på nuværende tidspunkt vanskeligt at afgive et fuldt dækkende høringssvar.

FMI stiller sig dog undrende over for, at der ikke i udbudsloven vil blive indsat en præcisering af, at ordregivere kan lave interne retningslinjer for, hvornår de vurderer, at en kontrakt ikke vil have klar grænseoverskridende interesse. – navnlig i lyset af, at KFST i Evaluering af udbudsloven fra 2021² anerkendte muligheden for dette.

Arbejdet med evalueringen af udbudsloven har i flere år været fulgt tæt af FMI med henblik på bl.a. at synliggøre de praktiske og ressourcemæssige konsekvenser af reglerne om indkøb under tærskelværdierne for Forsvaret. Grænseoverskridende interesse har også løbende været drøftet i Forum for Offentligt-Privat Samarbejde, hvor Forsvarsministeriet har spillet en aktiv rolle for at få emnet løftet ind i udbudslovsrevisionen.

Både Forsvarsministeriet og FMI har således løbende påpeget over for Erhvervsministeriet (EM) og KFST, at indkøb under tærskelværdierne og håndteringen af klar grænseoverskridende interesse er et særskilt problem for Forsvaret pga. Forsvarets store indkøbsvolumen under tærskelværdierne og særlige operative behov, der i den nuværende krise-og krigssituation forventeligt vil eskalere yderligere.

De ressourcemæssige konsekvenser for FMI er bl.a. afspejlet i høringssvaret til udkast til KFST's evalueringsrapport³, hvor FMI (gengivet nedenfor i koncentreret form) anførte:

- a) At der ikke er nogen større forskel på processen mellem at gennemføre EU-udbud og annonceringer, og at der er uforholdsmæssigt store transaktionsomkostninger for både FMI og tilbudsgiverne, når der er tale om kontrakter med en begrænset økonomisk værdi.

² KFST evaluering af udbudsloven fra 2021, side 80.

³ Bilag 2, FMI's høringssvar.

- b) At både selve vurderingen af, om der foreligger klar grænseoverskridende interesse og annonceringsprocessen giver anledning til unødvendige høje transaktionsomkostninger hos både FMI og tilbudsgiverne.
- c) At det jævnligt sker, at FMI ikke modtager tilbud, når der foretages annonceringer med en begrænset økonomisk værdi. Hertil har det erfaringsmæssigt vist sig, at leverandører, der vælger at afgive tilbud, byder ind med højere priser end ved en markedsafdækning for at dække deres transaktionsomkostninger.

Hertil kommer, at indkøb under tærskelværdierne var en af de fælles anbefalinger (anbefaling nr. 6), som en samlet kreds af ordregiver- og tilbudsgivere stod bag. Der kan derfor også henvises til det forslag til lovtekst, der var indeholdt i anbefalingen, herunder at interne retningslinjer for, hvornår en kontrakt ikke vil have klar grænseoverskridende interesse, naturligvis skal være baseret på objektive og saglige kriterier⁴.

På den baggrund skal FMI endnu en gang opfordre KFST til at imødekomme ønsket om en ændring, uanset evt. kommende ændringer af den førmtalte bekendtgørelse, og lade det afspejle i et forslag til ændring til udbudsloven.

4. De øvrige 6 anbefalinger fra gruppen af ordre- og tilbudsgivere

FMI kan konstatere, at ændringsforslaget til udbudsloven kun i begrænset omfang indeholder bidrag fra de fælles anbefalinger fra gruppen af både ordregivere og tilbudsgivere.

FMI anerkender, at der i ændringsforslaget til udbudsloven er foreslået en udvidet adgang til brug af udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog, som også påpeget af gruppen af ordregivere og tilbudsgivere. Disse ændringer er dog i vidt omfang nødvendige at gennemføre for at leve op til udbudsdirektivet.

Hensigten med gruppens arbejde med anbefalingerne var at bidrage til at reducere transaktionsomkostningerne for både ordregivere og tilbudsgivere. Samtidig var det gruppens vurdering, at ændringerne ville bidrage til klarhed og fleksibilitet i udbudsloven og det offentlige-private samarbejde. Med anbefalingerne og de møder, der efterfølgende blev afholdt, blev det signaleret til EM og KFST, at en bred kreds af interessenter var enige om, at der var et behov for at smidiggøre og tydeliggøre udbudsloven på en række områder. Der var desuden tale om forslag, der efter gruppens opfattelse alle kunne rummes inden for udbudsdirektivets regler og EU-Domstolens praksis.

⁴ Jf. Bilag 1.

FMI er på den baggrund uforstående overfor at KFST ikke i højere grad har inddraget det arbejde, der blev lavet af gruppen⁵, og FMI opfordrer til, at KFST genbesøger det af gruppen fremsendte.

5. Krav om anvendelse af personer under oplæring

Indførelsen af en ny bestemmelse i § 176, stk. 2 vil forpligte ordregiverne til at indføre krav om anvendelse af personer under oplæring i relevante offentlige kontrakter.

Det er FMI's opfattelse, at udbudsloven fortsat bør være en ren proceslov, og at politiske ambitioner om at indføre krav til, hvem der skal udføre en kontrakt, ikke skal være en del af loven. FMI ser hellere, at ønsket om bl.a. flere arbejdspladser udmøntes af den enkelte ordregiver i de konkrete kontrakter, hvor ordregiveren vurderer, at det vil være relevant.

FMI bemærker videre, at det på det nuværende grundlag er vanskeligt at kommentere nærmere på rækkevidden af kravet, da det først vil blive fastlagt i en bekendtgørelse udstedt i medfør af loven, hvilke kontrakter, der er omfattet heraf. Den samme usikkerhed gør sig gældende i forhold til, at bekendtgørelsen også kan fastsætte anvendelsesområdet i forhold til kontraktsum og kontraktens varighed.

FMI finder det umiddelbart bekymrende, at der lægges en forpligtelse af denne karakter på ordregiverne, som det på det foreliggende grundlag er vanskeligt at gennemskue omfanget af. FMI anbefaler på den baggrund, at forslaget udgår.

6. Frivillig udelukkelsesgrund gøres obligatorisk

Den nuværende § 137, stk. 1, nr. 3, hvorefter en ordregiver kan, men ikke skal, afvise en ansøger/ tilbudsgiver, hvis denne i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens/ tilbudsgiverens integritet, bliver med ændringsforslaget gjort obligatorisk.

Ved at gøre denne udelukkelsesgrund obligatorisk pålægges alle ordregivere nu at foretage en vurdering af, hvad der udgør: "alvorlige forsømmelser" og "sår tvivl" om "ansøgerens/ tilbudsgiverens integritet". Vurderinger, der i vidt omfang vil være subjektive og som vil lægge en yderligere byrde på ordregiver at skulle foretage.

Det er FMI's opfattelse, at det fortsat bør være op til den enkelte ordregiver, om denne ønsker at gøre udelukkelsesgrunden gældende i det konkrete udbud. FMI skal derfor opfordre til, at udelukkelsesgrunden fortsat bør være frivillig at anvende.

Såfremt bestemmelsen måtte blive gjort obligatorisk, skal FMI opfordre til, at KFST styrker deres vejledningsindsats, så det sikres, at vurderingerne i vidt omfang bliver så ensartede som muligt blandt ordregiverne.

⁵ Jf. Bilag 1.

7. Vejledende udtalelse hos KFST til vurdering af pålidelighed

Indførelsen af en ny bestemmelse i § 138, stk. 1, hvorefter ordregiveren skal indhente en vejledende udtalelse hos KFST til vurdering af en økonomisk aktørs dokumentation af pålidelighed kan efter FMI's opfattelse medføre en væsentlig forlænget udbudsproces og dermed sænke hastigheden i gennemførelsen af anskaffelserne, jf. også bemærkningerne om Forsvarets særlige behov under pkt. 2 i høringsvaret.

FMI vurderer, at forslaget til bestemmelse vil medføre en risiko for, at udbudsprocesserne forsinkes. Bestemmelsen indeholder således ikke tidsfrister for KFST's udarbejdelse af en vejledende udtalelse, hvilket gør det svært for ordregiverne at planlægge tilstrækkelig tid til anskaffelsesprocessen. Dertil kommer, at det fremgår af lovbemærkningerne, at KFST's vejledende udtalelser kan inddrages i ordregiverens egen vurdering af, om dokumentationen er tilstrækkelig. Denne "dobbelte" vurdering vil være unødigt ressourcetung og kan risikere at medføre to forskellige vurderinger, hvis ordregiverne eller KFST ender med at vurdere dokumentationsgrundlaget forskelligt.

Det skal endvidere bemærkes, at det i ændringsforslagets punkt om "Økonomiske konsekvenser for det offentlige" anføres, at der vil være besparelser for bl.a. statslige myndigheder ved at pålidelighedsvurderingen centraliseres hos KFST. FMI anser det for usandsynligt, at der skulle være knyttet besparelser til denne ordning, som den er tænkt udmøntet af KFST.

FMI vil anbefale, at forslaget udgår, eller at der som minimum skrives en frist ind for KFST til at afgive den vejledende udtalelse.

8. Økonomisk sanktion for manglende begrundelse

Indførelsen af en ny bestemmelse i klagenævnslovens §13a, stk.1, giver Klagenævnet mulighed for efter påstand at pålægge en økonomisk sanktion på 1 % af kontraktværdien – dog maksimalt 100.000 kr. for ikke at have angivet en begrundelse for, at ordregiver ikke har udbudt en samlet kontrakt eller rammeaftale i særskilte delkontrakter. Forslaget skal efter KFST's opfattelse styrke smv'ers adgang til offentlige kontrakter.

FMI læser forslaget sådan, at der ikke stilles krav til begrundelsens indhold. Der er således ikke i forslaget anvisninger på, hvordan klagenævnet skal forholde sig, hvis der gives en standardbegrundelse eller en forkert begrundelse. Det afgørende er derfor, at ordregivere blot angiver en begrundelse.

FMI anbefaler derfor, at forslaget som minimum bør ledsages af en vejledningsindsats fra KFST både over for ordregivere og tilbudsgivere. FMI opfordrer således til, at KFST i højere grad gør leverandører opmærksom på muligheden for evt. at indgå i konsortier eller blive underleverandør til en tilbudsgiver i de kontrakter og rammeaftaler, hvor ordregiver har vurderet, at det ikke er muligt at opdele kontrakten.

9. Aktindsigt

Det er FMI's overordnede opfattelse, at ændringen i relation til aktindsigt vurderes at være formålstjenstlig i forhold til en overordnet administrativ besparelse i visse sager. Det gælder navnlig de sager, hvor flere tilbudsgivere anmoder om aktindsigt i alle de andre tilbudsgiveres tilbud, eller hvor vinderen anmoder om aktindsigt i tilbuddene afgivet af de tilbudsgivere, som har anmodet om aktindsigt i det vindende tilbud.

Den overordnede administrative besparelse ses primært hos ordregiver, men også for de tilbudsgivere, hvorfra der fx anmodes om udtalelser til brug for en vurdering i henhold til offentlighedslovens § 30, nr. 2.

Af forarbejderne til forslaget om indsættelse af § 5 a, stk. 1, fremgår, at formålet med ændringen bl.a. er at undgå, at aktindsigt til ordregivere anvendes på en måde, hvorved der er risiko for at fordreje konkurrencen.

Det bør imidlertid overvejes, hvorvidt den foreslåede bestemmelse i stk. 1, risikerer at ville medføre andre problematikker i forhold til principperne om ligebehandling m.m. ved fx udbud, der annulleres og senere genudbydes.

KFST kan endvidere overveje at uddybe forarbejderne i forhold til formuleringen i § 5 a, stk. 2, "anmodning om aktindsigt, der er nødvendige for at kunne varetage hensynet til effektiv kontrol". Der er således behov for fx en uddybning af, hvordan denne vurdering foretages, og hvilke omstændigheder ordregiver kan/bør lægge vægt på.

Herudover kan det med fordel præciseres, hvorvidt man ved forslaget af undtagelsen dermed ønsker at indføre et begrundelseskrav – for så vidt angår andre anmodninger end dem, der omhandler vinderens tilbud – som dermed fraviger udgangspunktet i offentlighedslovens § 7, hvor der ikke er krav om begrundelse, eller hvordan man ved forslaget påtænker, at dette bør afklares ved håndtering af de enkelte sager.

10. Sammenfatning

Det er FMI's opfattelse, at ambitionsniveauet med ændringerne til udbudsloven er begrænset. I lyset af det omfattende arbejde, der er gået forud, havde det være ønskeligt, at KFST i højere grad havde inddraget interessenternes synspunkter vedrørende de udfordringer, der er i udbudsloven, og som betyder, at såvel ordregivere som tilbudsgivere må afholde unødvendige transaktionsomkostninger.

FMI er naturligvis klar til inden fremsættelsen af lovforslaget for Folketinget at drøfte ovenstående bemærkninger gerne i regi af gruppen af ordregivere og tilbudsgivere.



Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

ok@kfst.dk

Sag: 22/01269-2

4. marts 2022

Ref.: UH

Høring vedrørende lovforslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud

Asfaltindustrien takker for modtagelsen af høringsmaterialet og har nedenstående bemærkninger:

Til nr. 1 og 37:

Det er ikke klart, om den foreslåede bestemmelse til udbudslovens § 5a sammenholdt med, at den eksisterende bestemmelse i tilbudslovens § 7 foreslås udeladt, reelt vil betyde, at udgangspunktet ændres således, at de bydende fremover skal anmode om og redegøre for, hvorfor der ønskes oplysninger om de tilbudte priser (ud over den vindende tilbudsgivers pris) i henhold til den foreslåede bestemmelse i udbudslovens § 5a, stk. 2. I så fald bemærkes det, at udelukkelse fra at få oplyst alle de bydendes tilbudssummer, eventuelle forbehold og øvrig evaluering, entydigt mindsker transparensen i forbindelse med tilbudsgivning. Det vil således ensidigt være op til bygherre at kontrollere de indkomne tilbud og vil formentligt medføre et væsentligt arbejde med aktindsigt og potentielt øget antal klager i forbindelse med udbud.

Vi er i den forbindelse opmærksomme på følgende bemærkning, men rækkevidden heraf er ikke klar:

"Den foreslåede bestemmelse ændrer ikke på øvrige pligter i udbudsloven, hvorefter ordregivere er forpligtede til at udlevere oplysninger, eksempelvis som et led i begrundelser for valget af tilbudsgiver. [...]"

Herudover bemærkes det, at tidspunktet for tilkendegivelse af vindende tilbudsgiver kan være afgørende for tilbudsgivers mulighed for at byde på andre opgaver, og dermed kan konkurrencen på andre tilbud begrænses, hvis licitationsresultater ikke offentliggøres umiddelbart efter licitationen. Ligeledes vil det være problematisk for de bydende at sikre tilstrækkelige ressourcer og planlægge opstart forud for den endelige tildeling. Hvis den nuværende licitationsform findes utidssvarende og ressourcekrævende, har online licitationer vist sig effektive ligesom offentliggørelse kan håndteres via udbudsportaler.



Øvrige:

Det fremgår af nr. 29 og 38, at der foreslås krav om, at ordregiver pålægges at indeholde konkrete kontraktuelle forhold om personer under oplæring, dvs. indholdsmæssige krav til kontrakten.

Det bør overvejes, at der på samme måde indeholdes en bestemmelse, hvorefter "følg eller forklar" princippet for AB18 (eller ABT18/ABR18) reguleres, da der ofte ses betydelige ændringer til AB18, der i hovedreglen forskyder risici til ordregivernes fordel, dvs. på bekostning af tilbudsgiverne uden at der konkret redegøres herfor. Det bør derfor overvejes at indføre en bestemmelse om, at AB18 (eller ABT18/ABR18) skal anvendes ved bygge- og anlægsarbejder medmindre ordregiver konkret i udbudsmaterialet redegør for hvorfor ændringen på sagligt grundlag skal indeholdes.

Asfaltindustrien står naturligvis til rådighed for en uddybning af dette høringssvar.

Med venlig hilsen

Uno Helk

Høringssvar om forslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud

Hermed Dansk IT's bemærkninger til ændringsforslaget.

Generelt ønsker Dansk IT at udtrykke støtte til en tydeliggørelse af reguleringen særligt i udbudsloven. Klare rammer er en forudsætning for effektivisering og optimering af ordregivers og tilbudsgiveres processer, der i sidste ende har til formål at sikre at den offentlige sektor får mest mulig værdi ud af de offentlige investeringer.

Dansk IT havde dog gerne set at den gennemførte evaluering af udbudsloven havde ført til ændringer, der mere fokuseret kan understøtte en optimering og forenkling af de offentlige udbudsprocesser, herunder i form af bredere rammer og beføjelser til ordregivere, der kan understøtte en udbudspraksis hvor ordregivers fokus i højere grad kan centreres om opfyldelse af de forretningsmæssige mål frem for håndtering af processuelle forhold relateret til gennemførelse af udbudsprocessen.

En væsentlig ulempe for mange ordregivere er, at der til udbud er knyttet høje transaktionsomkostninger, der ikke står mål med udbuddets genstand og størrelse. Samtidig vanskeliggør procestiden for gennemførelse af udbud en rettidig dækning af ordregivers forretningsbehov, der danner baggrunden for udbuddet.

Dansk IT har følgende konkrete bemærkninger:

Regulering af muligheden for at opnå aktindsigt

Dansk IT støtter dette forslag og erklærer sig enige i de i lovforslaget anførte hensyn, herunder mulighed for at opnå administrative besparelser og begrænsning af mulighederne for opnå konkurrencemæssige fordele i forhold til konkurrenter på markedet for offentlige kontrakter.

Herudover kan en begrænsning af adgangen til aktindsigt være med til at dæmpe aktindsigter, der har et chikanøst præg og som samtidig er med til at understøtte en bekymrende risikoaversion hos ordregivere i udbudsprocesserne.

Efter forslaget vil der fortsat være adgang til aktindsigt, når det sker med henblik på at kontrollere lovligheden af udbudsprocesser. Dansk IT efterlyser en yderligere tydeliggørelse af rammerne for denne undtagelse idet uklarhed vil være medvirkende til at underminere det overordnede formål med ændringen.

Udvidelse af adgangen til udbud med forhandling

Dansk IT støtter mulighederne for øget adgang til at overgå til udbud med forhandling og en generel udvidelse af adgangen til at benytte udbudsformen.

It-markedet er i løbende bevægelse og ordregiveres anskaffelser forventes i stigende omfang at blive baseret på standardplatforme hvor de specifikke forretningsmæssige behov opfyldes på baggrund af konfigurationer frem for specialudvikling. Det er væsentligt at sådanne anskaffelser kan ske under anvendelse af de fleksible udbudsformer og at de særlige omstændigheder knyttet til anskaffelsen således anerkendes. Selv om den tekniske kompleksitet i anskaffelsen isoleret set kan være nedsat, repræsenterer den ofte en høj grad af forretningsmæssig kompleksitet, hvor dialog mellem tilbudsgiver og ordregiver under udbuddet er en forudsætning for at udbuddet fører til et tilfredsstillende resultat, der korrekt understøtter ordregivers forretningsmæssige behov.

Udvidelse af de obligatoriske udelukkelsesgrunde

Dansk IT ønsker at bemærke at den nye obligatoriske udelukkelsesgrund *”ansøgeren eller tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet”* trods eksemplificering i lovforslaget fortsat er vanskelig at afgrænse. Der bør søges en tydeligere afgrænsning af hensyn til både ordregivere og ansøgere/tilbudsgivere.

Vejledende udtalelse hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vedr. dokumentation af pålidelighed

Vurdering af pålidelighed kan være en kompleks opgave, der indeholder en høj grad af procesrisiko hos ordregivere. En uklar retstilstand skaber samtidig usikkerhed hos ansøgere/tilbudsgivere.

Det er derfor positivt, at der etableres en støtte til disse vurderinger ved oprettelse af en særlig enhed for pålidelighedsvurderinger hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, der samtidig kan fremme en ensartet praksis på området.

Dansk IT vil dog ikke undlade at bemærke, at baggrunden for etablering af enheden er, at de eksisterende regler medfører et stort ressourceforbrug og vurderingsmæssige usikkerheder hos ordregivere. En lovgivningsmæssig indsats, der i højere grad understøtter forenkling af vurderinger hos ordregivere og som samtidig muliggør tilstrækkelig retssikkerhed, vil være ønskelig. Dette vil ligeledes være en lettelse for tilbudsgivere, der potentielt er omfattet af en udelukkelsesgrund.

Dansk IT vil foreslå, at anvendelse af enheden for pålidelighedsvurderinger gøres frivillig for ordregivere således at den i mindst muligt omfang får karakter af endnu et administrativt processkridt, som ordregivere skal tage hensyn til. Det er desuden væsentligt, at enheden for pålidelighedsvurderinger ikke medfører forsinkelser i udbudsprocessen. Dansk IT vil derfor foreslå, at enhedens arbejde underlægges en kort frist.

Ny elektronisk platform

Der skabes med lovforslaget hjemmel til at udforme regler, der resulterer i brug af en bestemt elektronisk platform til afgivelse af tilbud.

Dansk IT støtter en forenkling af udbudsprocesserne, herunder at leverandørernes incitament til at deltage i offentlige udbud forøges. Det er dog væsentligt at sådanne initiativer, der evt. måtte omfatte etablering af en central løsning, ikke unødigt ødelægger et velfungerende marked med en indbygget dynamik og konkurrence.

Dansk IT vil gerne udtrykke et ønske om, at der fortsat er fokus på justering af udbudsloven med henblik på optimering af udbudsprocesserne. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen opfordres i denne sammenhæng til at gennemføre en fornyet faglig evaluering af udbudsloven efter en relevant periode.

Med venlig hilsen

Ejvind Jørgensen – formand for Udvalget for IT i den offentlige sektor

Yderligere information:

Dansk IT – Vermundsgade 38A, st. tv. - 2100 København Ø

Hinnerk Frech, politisk konsulent. Tlf: 53 39 15 15 - Email: **hdf**@dit.dk - web: www.dit.dk



Til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Høringssvar vedrørende forslag til lov om ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud

Udenrigsministeriet vil indledningsvist takke for muligheden for at afgive hørings-svar.

Til lovforslaget har Udenrigsministeriet følgende bemærkninger:

Lovforslagets § 1, nr. 29 og 30

Formålet med forslaget er at understøtte, at flere virksomheder anvender lærlinge i forbindelse med opgaveudførelsen. Det skal ske ved at forpligte ordregivere til at indføre krav om anvendelse af personer under oplæring i relevante offentlige kontrakter.

Udenrigsministeriet bemærker, at kravet sikres ved en kontraktklausul, hvor ordregiver skal beskrive den pågældende uddannelsesordning og hermed den omfattede persongruppe på en sådan måde, at omfanget af uddannelsesordningen og de krav, der ligger heri, kan læses og forstås selvstændigt uden kendskab til den pågældende danske uddannelsesordning.

Med henblik på at fremme anvendelsen af kontraktvilkår om brug af lærlinge, foreslår Udenrigsministeriet, at der i tillæg til lovændringen udarbejdes standardiserede kontraktklausuler, der kan anvendes på tværs af ordregivere. Det er Udenrigsministeriets vurdering, at sådanne standardiserede klausuler vil fremme anvendelsen af klausulerne samt sikre kvalitet og ensartethed på tvær af offentlige kontrakter. Standardiserede klausuler vil således konkret understøtte formålet med forslaget.

Endvidere indgår Udenrigsministeriet et betydeligt antal kontrakter, der skal udføres i udlandet. Da ordningen er rettet mod lærlinge i Danmark, bør kontrakter, der udføres i udlandet tydeligt undtages for ordningen.

Med venlig hilsen
Niels Boel Abrahamsen
Kontorchef
Økonomikontoret

Enhed:

økonomikontoret

Sagsbehandler:

Peter Thomsen

Jeppé Barlach Isaksen

Dato:

03-03-2022

Sagsnummer:

2022 - 6548

Bilag:

-

Fra: Jens Kasper Rasmussen <jkr@fida.dk>
Sendt: 4. marts 2022 13:22
Til: 1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)
Cc: Kjeld Gosvig-Jensen
Emne: SV: Høring af forslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om Klagenævnet for Udbud

Til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Finans Danmark takker for muligheden for at komme med bemærkninger til de foreslåede ændringer af udbudsloven, som vi overordnet finder er motiveret af anerkendelsesværdige formål. Nedenfor følger vores konkrete bemærkninger til lovforslaget.

Lovforslagets § 1, nr. 19 – obligatorisk udelukkelsesgrund

Med forslaget i § 1, nr. 19, gøres den frivillige udelukkelsesgrund i udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, til en obligatorisk udelukkelsesgrund ved gennemførelse af udbud. Vi forstår hensynet bag ændringen. Sammenholdt med bestemmelsens brede formulering – både ift. anvendelsesområde og beskrivelse af "passende midler" til at påvise alvorlige forsømmelser - ser vi dog en risiko for, at håndteringen af bestemmelsen kan give anledning til en ikke proportional anvendelse af udelukkelsesgrunden i praksis, hvilket kan have alvorlige konsekvenser for den potentielle tilbudsgiver. Som bestemmelsen er formuleret, vurderer vi umiddelbart den bedre egnet til fortsat at indgå som en frivillig udelukkelsesgrund i § 137. Alternativt bør man overveje, hvordan det sikres, at bestemmelsen bliver anvendt proportionalt i praksis.

Lovforslagets § 1, nr. 29 - krav om anvendelse af personer under oplæring

Det fremgår af lovforslagets § 1, nr. 29, at ordregivere ved gennemførelsen af relevante offentlige kontrakter, der er nærmere defineret i en bekendtgørelse, skal indføre krav i kontrakten om anvendelse af personer under oplæring ved gennemførelsen af de relevante offentlige kontrakter. Vi forstår hensynet bag bestemmelsen og skal blot her bemærke, at det er vigtigt, at bekendtgørelsen udformes således, at der tages hensyn til karakteren af den offentlige kontrakt, og om anvendelsen af personer under oplæring egner sig til gennemførelsen af den konkrete kontrakt, hvilket også fremhæves i lovforslagets § 1, nr. 30.

Venlig hilsen

Jens Kasper Rasmussen

Chefkonsulent
Direkte nr: +45 3016 1070
jkr@fida.dk

Fra: Jesper Halvorsen <jh@kfst.dk>

Sendt: 3. februar 2022 16:54

Til: Advoksamfundet <samfund@advokatsamfundet.dk>; ac@ac.dk; arc@a-r-c.dk; amgros@amgros.dk; ae@ae.dk; info@asfaltindustrien.dk; banedanmark@bane.dk; bat@batkartellet.dk; BM Postkasse <BM@bm.dk>; Bryggeriforeningen (kontakt) <kontakt@bryggeriforeningen.dk>; info@byggesoc.dk; info@bygherreforeningen.dk; Bygningsstyrelsen <bygst@bygst.dk>; mail@dbmf.dk; mail@cccdk.org; co@co-industri.dk; bl@bl.dk; Danmarks Apotekerforening <apotekerforeningen@apotekerforeningen.dk>; eksportraad@um.dk; Danmarks Fiskeriforening (mail) <mail@dkfisk.dk>; kommunikation@nationalbanken.dk; info@shipowners.dk; mail@danskaffaldsforening.dk; daf@annoncoer.dk; da@da.dk; info@danskbyggeri.dk; info@danskenergi.dk; Dansk Erhverv (info) <info@danskerhverv.dk>; mail@danskfjernvarme.dk; di@di.dk; info@dieh.dk; dit@dit.dk; info@dlbr.dk;

info@skovforeningen.dk; dtr@taxi.dk; Dansk Transport og Logistik (DTL) <dtl@dtl.eu>; Danske Advokater <mail@danskeadvokater.dk>; info@danskeark.dk; db@db-dk.dk; mail@danskemedier.dk; danskehavne <danskehavne@danskehavne.dk>; sekretariatet@malermestre.dk; info@danskesservice.dk; Danske Regioner <regioner@regioner.dk>; fsr@fsr.dk; danva@danva.dk; dsk@dsk.dk; dommerforeningen@gmail.com; Det Økologiske Råd og Selskab <info@ecocouncil.dk>; info@dongenergy.com; info@ecolabel.dk; Energistyrelsens officielle postkasse <ENS@ENS.DK>; Klima-, Energi- og Forsyningsministeriet <kefm@kefm.dk>; info@fairtrade.dk; kundeservice@falck.dk; Finansministeriets postkasse <fm@fm.dk>; mail@finansraadet.dk; Forbrugerrådet <hoeringer@fbr.dk>; ika@ika.dk; fri@frinet.dk; info@danskeforlag.dk; danskeforlag@danskeforlag.dk; fp@forsikringogpension.dk; Forsvarsministeriet <fmn@fmn.dk>; FMI@mil.dk; info@fsc.dk; beso@ftf.dk; horesta@horesta.dk; Håndværksrådet <engberg@hvr.dk>; ida@ida.dk; itb@itb.dk; IT-projektraad@ks.kk.dk; Justitsministeriet <jm@jm.dk>; Ligestillings- og Kirkeministeriet <km@km.dk>; Kommunernes Landsforening <KL@KL.DK>; klufu@erst.dk; kontakt@kooperationen.dk; Kulturministeriet <kum@kum.dk>; info@kreakom.dk; Landbrug & Fødevarer <hoering@lf.dk>; lo@lo.dk; lederne@lederne.dk; ac@ac.dk; sekretariatet@lopi.dk; los@los.dk; Miljø- og Fødevarerministeriets Departement <mfvm@mfvm.dk>; UVM - UVMPOST <uvm@uvm.dk>; Økonomistyrelsen <oes@oes.dk>; oao@oao.dk; info@oilgasdenmark.dk; mail@realkreditforeningen.dk; rkr@rkr.dk; info@rigsrevisionen.dk; rfs@erst.dk; Skatteministeriet <skm@skm.dk>; Social- og Ældreministeriet <sm@sm.dk>; kundeservice@ski.dk; Statsministeriet <stm@stm.dk>; Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse <sum@sum.dk>; teknik@teknik.dk; mba@moviatrafik.dk; Transportministeriet <trm@trm.dk>; UFM FP DEP - UFM Departement <ufm@ufm.dk>; Udenrigsministeriet <um@um.dk>; UIM Hovedpostkasse <uim@uim.dk>; vd@vd.dk; SFOS Styrelsen for Forsyningssikkerhed hovedpostkasse <SFOS@SFOS.DK>
Cc: Kenneth Skov Jensen <ksj@kfst.dk>; Jesper Halvorsen <jh@kfst.dk>

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

Vedlagt fremsendes 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. Materialet lægges også på [høringsportalen](#).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal bede om eventuelle bemærkninger **senest den 4. marts 2022**.

Bemærkninger bedes sendt til pr. mail til ok@kfst.dk.

Med venlig hilsen

Jesper Halvorsen

Chefkonsulent/Senior Consultant
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen/
Danish Competition and Consumer Authority
Direkte +45 4171 5115
E-mail jh@kfst.dk
Følg os: [LinkedIn](#), [Twitter](#), [Facebook](#)



*Vi arbejder for velfungerende markeder.
Se vores privatlivspolitik på [kfst.dk](#).*

IKAs høringssvar af forslag til ændring af udbudsloven

IKA takker for muligheden for at afgive høringssvar til forslag til lov om ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for udbud. Indledningsvis vil IKA gerne adressere fælles forslag til forbedring af udbudsloven.

Ordre- og tilbudsgivernes fælles forslag til forbedring af udbudsloven

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

Ændringsforslagene er udarbejdet i samarbejde 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.

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.

Trods det forhold, at repræsentanter for ordregivere og tilbudsgivere sammen har givet konkrete ændringsforslag til forbedring af udbudsloven, er de kun i yderst begrænset omfang afspejlet i forslag 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 lovforslaget indeholder positive elementer. Dog vurderer parterne samlet set, at lovforslaget 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.

I forhold til de enkelte forslag har IKA flg. kommentarer:

1. §5 a

Det fremgår af bemærkninger til lovforslaget, at formålet med §5 a blandt andet er at opnå administrative besparelser. Bestemmelsen fremstår dog illusorisk, da der er en

IKAs høringssvar af forslag til ændring af udbudsloven

formodning for, at bestemmelsens stk. 2 vil blive påberåbt i vidt omfang. Dermed bliver formålet om administrative besparelser udvandet.

De offentlige ordregivere i Danmark oplever en stigning i anmodninger om aktindsigt fra virksomheder, hvis virksomhed er baseret på salg af data, der stammer fra aktindsigter. Besvarelsene af disse typer af aktindsigter er forbundet med store administrative omkostninger, hvorfor et hjemmelskrav om retlig interesse i forbindelse med anmodning om aktindsigt, vil kunne medføre betydelige administrative besparelser. Det antages, at aktindsigter oftest anmodes med det formål at få indsigt i priserne. Det følge af fast praksis fra Klagenævnet for Udbud, at delpriser som hovedregel kan undtages fra aktindsigt. En klar lovhjemmel til, at alle priser altid kan undtages fra aktindsigt, vil formentligt også kunne reducere de administrative omkostninger ved behandling af aktindsigter.

Et andet formål med bestemmelsen er at undgå fordrejning af konkurrencen. I de tilfælde, hvor en ordregiver må aflyse et udbud, vil der kunne opstå en utilsigtet fordrejning af konkurrencen, hvis de forbigående tilbudsgivere har fået aktindsigt i det vindende tilbud. De forbigående har således en konkurrencemæssig fordel i forhold til vindende tilbud i forbindelse med genudbuddet. En vindende tilbudsgiver vil sjældent kunne påberåbe sig lovforslagets stk. 2 inden en aflysning, og den vindende tilbudsgiver vil formentligt ikke kunne påberåbe sig stk. 2 efter en aflysning. Ordregiverne kan derfor ende i en situation, hvor de kan være forpligtet til at udligne konkurrencefordelen.

2. §5 b

Bestemmelsen bør udvides, så det tydeliggøres, at SKI på vegne af regioner, kommuner og stat kan kontrollere overholdelse af kontraktuelle forpligtigelser, herunder de umiddelbare sigtepunkter for bestemmelsen: arbejdsklausuler og sociale klausuler. Det lægges til grund, at bestemmelsen giver hjemmel til at indkøbsfællesskaber kan løse opgaven med overholdelse af kontraktuelle forpligtigelser medlemskommunerne.

3. §8, stk. 2.

IKA hilser præciseringen velkommen, der implementerer nuværende praksis fra KLFU.

8. §26, stk. 5

Det nye stk. 5 er en skærpelse. Såfremt en bygge- og anlægskontrakt indeholder bagatelagtige indkøb af henholdsvis varer og/eller tjenesteydelser, som objektivt kan adskilles og som vurderes at have grænseoverskridende interesse, vil indkøbet skulle annonceres. Denne pligt vil være yderst tung for ordregiver at løfte, idet der ikke blot vil skulle afsættes ressourcer til at foretage annoncering, men ordregiver også vil være

IKA's høringssvar af forslag til ændring af udbudsloven

forpligtet til at foretage vurdering af grænseoverskridende interesse for samtlige indkøb af varer og tjenesteydelser, som indkøbes sammen med en bygge- og anlægsopgave. Det vurderes således, at §26, stk. 5, 2. pkt. indebærer en skærpelse i forhold til den nuværende §26, stk. 3, og ikke blot en præcisering.

9. §61, stk. 1, nr. 1, litra c), og §67, stk. 1, nr. 1, litra c)

IKA hilser en udvidelse af adgangen til at anvende konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling velkommen. Det bør dog præciseres, om det kontraktuelle setup om simple køb kan udgøre særlige omstændigheder, der giver mulighed for anvendelse af de fleksible udbudsformer, når de simple varekøb foretages via træk på rammeaftale med flere tusinde varelinjer. Det viser sig meget ofte i praksis, at det er vanskeligt at modtage konditions-mæssige tilbud pga. utilsigtede fejl fra en eller flere tilbudsgivere. Det medfører typisk annulation og genudbud med unødvendig forøgede transaktionsomkostninger for ordregiver og tilbudsgivere.

12. §66, stk. 1

IKA finder det positivt, at der nu gives mulighed for at udelukke inden indledende dialog. Det bør dog præciseres, efter hvilke kriterier shortlisting kan ske, og om evt. begrænsning i adgangen hertil, så der ikke kan shortlistes til "den eneste ene." Det bør også præciseres om shortlisting kan påklages, og i givet fald efter hvilke frister.

13. §70, stk. 2 og §72 stk. 3

IKA hilser forslaget velkomment, idet forslaget kan øge fleksibilitet i anvendelsen af de to udbudsformer.

14. §100, stk. 3

IKA bemærker, at bestemmelsen afspejler, hvad ordregiver i praksis gør.

16. §134 a

Indledningsvist bemærker IKA, at den nye bestemmelse bør indsættes som §135 a, således at bestemmelsen er en del af de obligatoriske udelukkelsesgrunde. Det er uklart, hvordan "etableret i" skal fortolkes. Er et salgskontor i det pågældende land eksempelvis tilstrækkelig til udelukkelse? Derudover kan bestemmelsen give helt lavpraktiske udfordringer. KFST bør stille en vejledning til rådighed samt en positiv liste. Endelig er det uklart, om adgangen til selfcleaning også gælder denne nye obligatoriske udelukkelsesgrund.

19. §136, stk. 1

IKA bemærker, at indførelsen af en ny obligatorisk udelukkelsesgrund, indskrænker ordregivers fleksibilitet, og kan øge ordregivers administrative omkostning. Det kan således ikke udelukkelse, at der i visse markeder vil være en lyst til angiveri mellem virksomheder, hvilket ordregivere vil skulle behandle og undersøge i hvert enkelt tilfælde.

21. § 138, stk. 1

IKA foreslå, at KFST stiller en "bank" til rådighed med vejledende udtalelser, som ordregiver – ved skønnet behov herfor – kan benytte til vurdering af økonomisk aktørs pålidelighed. Eksisterende dokumentation for pålidelighed opdateres med den krævede frekvens. Hvis en pålidelighedsvurdering ikke allerede er tilgængelig i "banken" foretager KFST en førstegangsvurdering med tilhørende vejledende udtalelse, som lægges i "banken"

28. § 171, stk. 5

Aktivering af klagefrist skal ikke betinges af fremsendelse af en anmodet begrundelse, idet bestemmelsen i givet fald ikke vil blive anvendt i praksis, og dermed være uden betydning. §7 i lov om klagenævn for udbud bør tilrettes, således den også favner de tilfælde med tildeling i dynamisk indkøbssystem uden anmodet begrundelse.

29. § 176, stk. 2

Det er fortsat IKA holdning, at beskæftigelseshensynet ikke skal reguleres i en proceslov som udbudsloven. Med den nuværende ordlyd af bestemmelsen står det uklart, hvordan ordregiver konkret skal overholde betingelsen om lovlighed uden et væsentligt forbrug af administrative ressource. For at minimere dette ressourceforbrug, bør der være en omfattende vejledning i, hvordan sammenhængen er til sektorlovgivningen, bl.a. Lov om erhvervsuddannelser og hvordan bestemmelsen hænger sammen med kommunalfuldmagtsreglerne.

33. § 185, stk. 1

Det bør præciseres om vurdering af pålidelighed i medfør af §138, stk. 1, også finder anvendelse på denne bestemmelse.

34. §194, stk. 1

IKAs høringssvar af forslag til ændring af udbudsloven

Hvis Erhvervsministeren bestemmer, at alle offentlige ordregivere, skal anvende en bestemt platform, vil dette kunne medføre betydelige omkostninger for de ordregivere, der ikke allerede anvender den platform, som de pålægges at bruge. Derudover adskiller de forskellige platforme sig ved, at de er specialiseret i f.eks. indkøb af bygge- og anlæg eller lægemidler.

Det må formodes, at den platform, som de offentlige ordregivere forpligtes til at anvende en bestemt platform, skal udbydes. En konkurrenceudsættelse af en platform til alle ordregivere i Danmark virker konkurrencebegrænsende og vil forstærke de monopollignende tilstande, der er på netop dette marked.

35. §13 a

IKA finder det uklart, hvad formålet med den foreslåede bestemmelse er. Kontrakten fortsætter uanset idømmelse af en sanktion, og en evt. klage vil derfor alene tjene et chikanøst formål.

Det er IKAs vurdering, at en bøde af denne størrelsesorden, ikke er proportionel med overtrædelsens karakter. Det er således IKAs holdning, at ingen overtræder loven med vilje. Af hensyn til udbudskonsulenter under oplæring forslår IKA, at der indføres en trappemodel, hvor den første forglemmelse/forseelse takseres blidt, f.eks. med et fast beløb og at bøden stiger i takt med gentagelse af overtrædelsen.

37. §7, stk. 2.

Der henvises til bemærkninger til bemærkning 29 vedr. §176, stk. 2

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

Att. Chefkonsulent Jesper Halvorsen

Mail: ok@kfst.dk

Vesterbrogade 32
1620 København V

Telefon 33 43 70 00
mail@danskeadvokater.dk
www.danskeadvokater.dk

Den 4. marts 2022

Vedr. høring af forslag om ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om Klagenævnet for Udbud

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ved email af 3. februar 2022 sendt udkast til lovforslag om ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud ("**Lovforslagsudkastet**") i høring hos blandt andre Danske Advokater.

Danske Advokater takker for muligheden for at komme med bemærkninger. Dette høringssvar er udarbejdet i samarbejde med Danske Advokaters fagudvalg for konkurrenceret.

§ 1, nr. 1 vedrørende aktindsigt

Lovforslagsudkastet indeholder forslag om, at adgangen til aktindsigt begrænses således, at offentlighedsloven alene finder anvendelse for det vindende tilbud, dog således, at der gives adgang til aktindsigt, hvis det er nødvendigt "*for at kunne varetage hensynet til effektiv kontrol*".

En begrænsning af tilbudsgiveres adgang til aktindsigt vil efter vores opfattelse svække tilbudsgivernes retssikkerhed og udgør i øvrigt et generelt brud på og ændring af et ganske grundlæggende princip om offentlighed i den danske forvaltning, der ikke ses at være relevant eller nødvendigt i en udbudsretlig kontekst. Allerede derfor kan vi ikke tiltræde forslaget.

Hertil kommer konkret, at aktindsigt er et væsentligt redskab for tilbudsgivere til at kontrollere, at offentlige ordregivere overholder udbudsreglerne – eller i øvrigt sikrer økonomisk forsvarlig forvaltning af de offentlige midler. Selvom det vindende tilbud i mange tilfælde er det væsentligste at få indsigt i, spiller de øvrige tilbud dog ofte også en rolle, idet de eksempelvis kan være afgørende for en evalueringsmodels udgangspunkt. I andre sammenhænge vil sådanne tilbud måske også blive brugt som dokumentation for indkøb helt uden for et udbud, f.eks. indkøb på markedsmæssige

vilkår efter udbudslovens afsnit V, men uden at der så i udgangspunktet kan opnås aktindsigt heri.

Lovforslagsudkastet lægger op til, at alle (eller flere) tilbud skal være omfattet af adgangen til aktindsigt, hvis det er nødvendigt for at kunne varetage hensynet til effektiv kontrol. Udgangspunktet vil dog være, at der kun er adgang til aktindsigt i det vindende tilbud. En forbigået tilbudsgiver vil således skulle argumentere for, hvorfor det er nødvendigt at få aktindsigt i de øvrige tilbud – uden i øvrigt at kende indholdet af sådanne tilbud – og ordregiveren vil have mulighed for at afvise begæringen. Derudover er det uklart og skaber dermed i sig selv en retsusikkerhed, hvordan kriteriet om, at der alligevel kan gives aktindsigt, hvis det er nødvendigt for at kunne varetage en effektiv kontrol, skal anvendes i praksis. Den offentlige ordregivers ret til afvisning af en begæring om aktindsigt i de øvrige tilbud kan forhindre en forbigået tilbudsgiver i at kontrollere evalueringsprocessen. Et afslag vil kunne påklages, men både de tidmæssige rammer for behandlingen af selve aktindsigtsbegæringen og i særdeleshed rammerne for en klage over et afslag vil i praksis ikke kunne effektueres inden de udbudsretlige klagefrister er udløbet. Derved forhindres tilbudsgiveren de facto i at kontrollere udbudsprocessen og klage over eventuelle fejl. Adgangen til aktindsigt er central for tilbudsgivernes retssikkerhed, og ændringen bør derfor ikke gennemføres.

Såfremt hensigten med bestemmelsen er at 'spare ressourcer' hos offentlige ordregivere i forhold til håndteringen af begæringer om aktindsigt, vil der f.eks. kunne indføres en begrænset adgang til 'undersøgende begæringer' fremsat af f.eks. konsulent- eller mediefirmaer, som anvender aktindsigt som redskab til markedsafdækninger med henblik på salg af informationerne, eller, som et mindre indgribende forhold, at der kan opkræves et vist gebyr, hvis aktindsigtsbegæringen må forventes at have et ekstraordinært stort omfang eller volumen.

§ 1, nr. 10 vedrørende udbud med forhandling

Den foreslåede ændring indebærer, at en ordregiver kan overgå til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i tilfælde, hvor der kun er afgivet ikke-forskriftsmæssige eller uacceptable tilbud, forudsat at kun de tilbudsgivere, hvis tilbud overholder udbudsprocedurens formelle krav, inviteres med videre. Det medfører efter vores opfattelse en uhensigtsmæssig sontring mellem formelle og indholdsmæssige mangler i tilbuddene. En tilbudsgiver, hvis tilbud eksempelvis ikke overholder de opstillede mindstekrav vil skulle inviteres med videre, hvorimod en tilbudsgiver, hvis tilbud eksempelvis mangler en underskrift, ikke opfylder sprogkrav eller krav til omfang eller lignende, ikke kan inviteres med i forhandlingsudbuddet, med mindre ordregiveren først gennemfører en berigtigelse – forudsat at en sådan kan gennemføres lovligt. Det er ikke hensigtsmæssigt, at formelle mangler behandles strengere end manglende opfyldelse af eksempelvis mindstekrav. Bestemmelsen vil dermed skabe en usaglig eller irrelevant ulighed i konkurrencen og kan derfor ikke tiltrædes i sit nuværende indhold. Adgang til i øget omfang at overgå til udbud med forhandling som alternativ til et helt nyt (gen)udbud forekommer dog i sit indhold fornuftigt.

§ 1, nr. 13 vedrørende mindstekrav og kriterier for tildeling

Danske Advokater er som udgangspunkt positivt stemte i forhold til den øgede fleksibilitet, der skabes ved at give adgang til ændring af mindstekrav under konkurrencepræget dialog. Vi opfordrer dog til, at ændringen gennemføres generelt,

således at mindstekrav ikke pr. definition kategoriseres som grundlæggende elementer, men at der i stedet med en justering af ordlyden af lovens § 2 – under alle udbudsformerne – skal foretages en konkret vurdering af, om det enkelte mindstekrav udgør et grundlæggende element og dermed kan ændres. Der bør i forarbejderne indsættes illustrative eksempler på momenterne i denne vurdering, herunder på mindstekrav, som ikke udgør grundlæggende elementer.

Den foreslåede ændring giver også adgang til at ændre kriterier for tildeling. Dette anser Danske Advokater i udgangspunktet også for positivt, men vi vurderer dog, at kriterier for tildeling oftere vil have afgørende betydning for, hvilken tilbudsgiver, der tildeles kontrakten, hvorfor kriterier for tildeling i mange tilfælde vil være grundlæggende elementer. Det er efter Danske Advokaters opfattelse nødvendigt at uddybe, i hvilke tilfælde kriterier for tildeling udgør henholdsvis ikke udgør grundlæggende elementer. Vi opfordrer til, at også denne ændring gennemføres generelt, således at det ikke kun er i konkurrencepræget dialog, at der er adgang til at ændre kriterier for tildeling.

Betingelserne for at anvende konkurrencepræget dialog er de samme som for udbud med forhandling. Det er efter Danske Advokaters opfattelse ikke hensigtsmæssigt, hvis det er adgangen til at ændre mindstekrav og/eller kriterier for tildeling, der får ordregivere til at vælge konkurrencepræget dialog frem for udbud med forhandling. Adgangen til at foretage ændringer bør derfor efter Danske Advokaters opfattelse være den samme i disse udbudsformer.

§ 1, nr. 21 vedrørende pålidelighedsvurdering

Den foreslåede ændring indfører en pligt for ordregivere til at indhente en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om en tilbudsgivers pålidelighed, hvis tilbudsgiveren er omfattet af en udelukkelsesgrund. Danske Advokater billiger som udgangspunkt, at den komplekse pålidelighedsvurdering udføres af ét organ, som opnår kompetencer og erfaring inden for området. Det er dog afgørende, at der gennemføres en behørig høringsproces forud for afsigelse af den vejledende udtalelse, da denne som sådan ikke kan påklages.

Lovforslagsudkastet giver ingen oplysninger om en eventuel prøvelse af ordregiverens beslutning. Ordregiverens beslutning må dog kunne prøves ved Klagenævnet for Udbud, og det anbefales, at dette indskrives direkte i enten udbudsloven eller lov om Klagenævnet for Udbud eller i det mindste i forarbejderne. Det må imidlertid forventes, at Klagenævnet for Udbud – i overensstemmelse med Klagenævnets praksis – vil være tilbageholdende med at tilsidesætte ordregiverens skøn, særligt når dette hviler på en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Den vejledende udtalelse kan få ganske alvorlige konsekvenser for en virksomhed, og det er derfor afgørende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har det fornødne grundlag, herunder input fra den pågældende virksomhed.

Hertil kommer det tidsmæssige aspekt. Lovforslagsudkastet indeholder ikke oplysninger om sagsbehandlingstiderne for en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Forholdet vil ligge uden for ordregiverens kontrol og kan forlænge udbudsprocessen. Danske Advokater opfordrer til, at der indføres en (kort) sagsbehandlingsfrist – eksempelvis syv dage fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har modtaget de nødvendige oplysninger.

§ 1, nr. 22 og 23 vedrørende forlængede udelukkelsesperioder

Formålet med ændringen er ifølge lovforslagsudkastet at øge den generalpræventive effekt af udelukkelsesreglerne og øge udelukkede tilbudsgiveres incitament for at iværksætte tiltag, der kan dokumentere tilbudsgiverens pålidelighed. Det er efter Danske Advokaters opfattelse mindre sandsynligt, at den foreslåede ændring faktisk vil have den effekt.

De overtrædelser, der sanktioneres med udelukkelse, er ganske alvorlige overtrædelser af lovgivningen, og langt de fleste virksomheder tager afstand fra sådanne handlinger, uanset om det indebærer udelukkelse fra offentlige kontrakter. De henholdsvis to og fire års udelukkelse, der gælder i dag, er en alvorlig konsekvens, og endnu et års udelukkelse vil efter vores opfattelse ikke være udslagsgivende for virksomheder, der uanset konsekvenserne for deres generelle omdømme og fire års udelukkelse fra offentlige kontrakter alligevel gør sig skyldig i de pågældende lovovertrædelser.

På markeder med få aktører kan en forlænget udelukkelsesperiode derimod have negative konsekvenser for konkurrencen, idet forlængelsen kan betyde mindre konkurrence om offentlige kontrakter, fordi enkelte virksomheder er udelukket.

§ 2, nr. 35 om sanktion ved overtrædelse af "opdel eller forklar-princippet"

Der indføres med Lovforslagsudkastet en sanktion på 100.000 kr. for ikke at have angivet en baggrund for, at ordregiver ikke har udbudt en samlet kontrakt eller rammeaftale i særskilte delkontrakter. Det forekommer retssikkerhedsmæssigt betænkeligt at udvælge en enkelt formel overtrædelse, som sanktioneres, mens andre formelle overtrædelser ikke har samme konsekvens.

Danske Advokater takker igen for muligheden for at afgive høringssvar, og vi står altid gerne til rådighed for uddybende spørgsmål eller dialog.

Med venlig hilsen

Nikoline Sneholt
Juridisk konsulent
nsn@danskeadvokater.dk

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

4. marts 2022

Danske Services høringssvar vedrørende forslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om Klagenævnet for Udbud

Danske Service har den 3. februar 2022 modtaget høring vedrørende forslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om Klagenævnet for Udbud.

Danske Service bakker op om det bagvedliggende formål med ændringsforslagene nemlig at forbedre reglerne for at styrke samarbejdet mellem det offentlige og det private og minimere transaktionsomkostninger.

Generelle bemærkninger

Danske Service ønsker at fremme det offentlig-private samarbejde med så begrænsede transaktionsomkostninger som muligt. Som repræsentant for særligt små- og mellemstore servicevirksomheder i rengøringsbranchen har Danske Service fokus på at sikre, at rammerne for offentlig-privat samarbejde ikke begrænser deres adgang til det offentlige marked.

Principielt mener Danske Service, at udbudsloven er og forsat bør være en proceslov. Derfor mener Danske Service ikke, at de ændringsforslag der har til formål at regulere indholdsmæssige forhold bør implementeres.

Danske Service mener grundlæggende, at der skal arbejdes for at styrke gennemsigtigheden, øge fleksibiliteten, forbedre vilkårene for små- og mellemstore virksomheder samt at reducere af transaktionsomkostninger.

Nedenfor præsenteres Danske Services specifikke bemærkninger til ændringsforslagene.



Specifikke bemærkninger

Ad lovudkastets nr. 1 – indskrænkning af adgangen til aktindsigt

Danske Service ønsker styrket gennemsigtighed. Det er Danske Services opfattelse, at implementeringen af ændringsforslaget vil svække gennemsigtigheden. Danske Service finder ikke, at de i lovudkastet anførte grunde til lovændringen, med tilstrækkelig vægt, kan begrunde udkastets ændringsforslag. Danske Service mener derfor, at dette **ændringsforslag bør udgå**.

Ad lovudkastets nr. 9-11 – præcisering af adgangen til at anvende fleksible udbudsformer

Danske Service bakker op om ønsket om at øge fleksibiliteten og styrke adgangen til anvendelsen af de fleksible udbudsformer. Det er Danske Services vurdering, at dette vil øge fleksibiliteten og rummer potentiale til at reducere transaktionsomkostninger. Danske Service **støtter** implementeringen af ændringsforslagene.

Ad lovudkastets nr. 12 – shortlisting

Danske Service bakker op om, at der indføres øget fleksibilitet for ordregivere i forbindelse med gennemførelsen af udbud med forhandling. Ved at give ordregiver adgang til at udvælge på baggrund af de indledende tilbud sikres det, at forhandlingen koncentrerer sig om de (mest) relevante tilbudsgivere (shortlisting). Det vil være med til at reducere transaktionsomkostninger. Danske Service **støtter** implementeringen af forslaget.

Ad lovudkastets nr. 22-23 – forlænget varighed af udelukkelsesgrunde

Det fremgår, at formålet med de foreslåede ændringer er at øge den generalpræventive effekt af udelukkelsesreglerne såvel som at sikre, at de udelukkede tilbudsgivere, i en længere periode, tvinges til at overveje, om allerede iværksatte foranstaltninger til dokumentation af pålidelighed er tilstrækkelige. Der findes ikke dokumentation for, at en forlængelse af udelukkelsesperioderne forøger den generalpræventive effekt af udelukkelsesreglerne.

Danske Service bakker op om Dansk Erhvervs holdning, om at der risikerer at være en kontraproduktiv konsekvens af den foreslåede ændring. Danske Service opfordrer til, at **ændringsforslaget udgår**, og at der i stedet bør skabes incitament 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.

Ad lovudkastets nr. 24 – omsætningskrav

Danske Service oplever, at der er kommet et stigende fokus på virksomheders økonomiske formåen, når der fastsættes egnethedskrav. Det er ikke i sig selv problematisk. Det problematiske opstår, når kravene ikke er proportionelle med udbuddet. Kravene skal stå mål med udbuddets størrelse. Krav til fx virksomheders økonomiske soliditet og finansielle styrke skal være afstemt i forhold til opgavens størrelse. Er de ikke afstemt, undergraves den fair og lige konkurrence, og små- og mellemstore virksomheders mulighed for at byde på opgaverne begrænses. Danske Service ser den foreslåede ændring som en vej til at sikre, at flere opgaver opdeles, hvilket vil styrke SMV'ers adgang til udbud. Danske Service **bakker op om ændringen** som vil sikre, at virksomheder ikke bliver målt på en omsætning, der ikke står mål med kontraktens værdi.

Ad lovudkastets nr. 29-31 – oplæringskrav

Oplæringskravet i lovudkastets nr. 29-31 vil betyde en indholdsmæssig regulering af samarbejdet. Det kan Danske Service principielt **ikke bakke op** om.

Med bestemmelserne i udkastets 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.

Principielt mener Danske Service ikke, at der skal implementeres et oplæringskravet. Dette bunder i, at Danske Service mener, at udbudsloven er og bør fortsætte med at være en proceslov.

Ad lovudkastets nr. 35 – bøde for ikke at opdele eller forklare

Danske Service **bakker op** om, at der med bestemmelsen indføres en økonomisk sanktion, der skærper ordregivers incitament til at overholde reglen i udbudslovens § 49, stk. 2 ("opdel eller forklar"). Det er Danske Services overbevisning, at denne ændring vil have stor positiv betydning for SMV'ernes adgang til at byde på kontrakter, som er udbudt efter udbudsloven.

Ad lovudkastets nr. 36-38 – oplæringskrav i tilbudsloven

Danske Service mener, med henvisning til bemærkningerne til ændringsforslag nr. 29-31, **ikke at disse ændringer implementeres**.

Med venlig hilsen



Malene Jæpelt
Sekretariatsleder

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Center for Offentlig Konkurrence
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

Dansk Industri
Confederation of Danish Industry

Høringssvar vedrørende lovforslag til ændring af udbudsloven

DI fremsender hermed sit høringssvar til lovforslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har sendt i høring den 3. februar 2022.

DI's vurdering af lovforslaget

DI kan ikke støtte op om lovforslaget i sin nuværende form, idet lovforslaget ikke afspejler de ønsker til ændringer, som en bred kreds af ordregivere og tilbudsgivere har fremlagt. Det er væsentligt, at ændringer af udbudsloven styrker fleksibilitet, innovation og kvalitet i det offentlig-private samarbejde samt sikrer SMV-venlige tiltag.

DI er positivt indstillet over for de forslag, der kan åbne op for en styrket brug af de fleksible udbudsformer og mulighed for at foretage ændringer i konkurrencepræget dialog samt en central selfcleaning enhed for pålidelighedsvurderinger. Forslag, som DI har båret frem gennem evalueringen af loven, og som har potentiale til at sænke transaktionsomkostningerne.

Brud på formålet med dansk udbudslov

Lovforslaget introducerer et nyt krav til personer under oplæring, hvilket ændrer udbudsloven fra at være en proceslov. DI bakkede op om nyskabelsen med en dansk udbudslov i 2016 med den klare forståelse blandt parterne, at loven *ikke skulle afspejle politiske hensyn og ønsker til regulering*. Fundamentet for, at DI og en række øvrige organisationer bakkede op om at implementere Udbudsdirektivet i en ny dansk lov, var at skabe et overskueligt regelsæt, der ville føre til større klarhed, forenkling og fleksibilitet med lavest mulige transaktionsomkostninger og sikre effektiv konkurrence om opgaverne.

Udbudslovsudvalgets rapport fra december 2014 understreger, at "Udbudsdirektivet omhandler alene processuelle regler. Der er således tale om et regelsæt for, *hvordan* det offentlige skal købe ind og *ikke hvad*, der skal købes ind"¹. Det aktuelle lovforslag bryder med det afsæt i og med, at der nu for første gang introduceres et politisk indholdskrav med ønsket om regulering af personer under oplæring. Dette vurderer DI som en ærgerlig ændring og et vigtigt brud med den fælles forståelse af formålet med en dansk udbudslov.

Øget udelukkelse udfordrer retssikkerheden

Lovforslaget indebærer, at udelukkelse på baggrund af ordregivers tvivl om tilbudsgivers integritet gøres obligatorisk. Dette medfører en markant *skærpelse* og efterlader et enormt fortolkningsrum for ordregivers vurdering, hvilket vil lede til uklar praksis, og indebære en væsentlig risiko for virksomheders retssikkerhed. DI kan derfor *ikke* støtte denne ændring. Udelukkelsesgrunden bør forblive *frivillig* at anvende for de enkelte ordregivere.

¹ Rapport fra udvalg om dansk udbudslovgivning. Dec. 2014.



Fleksibilitet i udbudsloven

DI's grundlag for ændringsforslag til udbudslovsevalueringen er baseret på muligheder for at skabe mere fleksibilitet i offentligt-privat samarbejde. Det ærgrer DI, at lovforslaget i så begrænset omfang indebærer mulighed for justeringer og ændringer i udbud. Det begrænser innovationen og mulighederne for at lytte til og tilpasse udvikling hos virksomhederne. DI understreger behovet for *udvidet fleksibilitet til at foretage ændringer* i udbudsmaterialet samt igangværende kontrakter. Dette formår lovforslaget ikke at løfte, og der henvises derfor til afsnit 8.4 og 13.1, som præsenterer muligheder for at styrke adgangen til ændringer i udbudsloven.

Tilblivelse af lovforslaget

DI anerkender det store arbejde, der blev lagt i evalueringsprocessen fra 2019 og frem til evalueringsrapporten blev offentliggjort i maj 2021 af både Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og alle markedets aktører. Derfra finder DI processen for tilblivelsen af lovforslaget *utilfredsstillende*. Det har været et klart ønske fra alle interessenter, at der skulle nedsættes et lovforberedende udvalg, som kunne drøfte konkrete ændringsforslag i fællesskab. Det kom der ikke.

Derfor har DI og otte andre organisationer afgivet fælles ændringsforslag på tværs af ordregivere og tilbudsgivere til Erhvervsministeriet og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Disse forslag er senest også understreget i regeringens Digitaliseringspartnerskab.

DI kan konstatere, at en række af de fælles forslag ikke er en del af lovforslaget. Endvidere undrer det DI, at lovforslaget indeholder ændringer såsom afskaffelsen af tilbudslovens § 7, som ikke har været en del af evalueringen og genstand for analyse. En afskaffelse, som skaber en ringere gennemsigtighed, dårligere konkurrence og bryder med over 130 års tradition, må anses som et fejlskud.

Dette er ikke i tråd med traditionen for fælles dialog på tværs af offentlige og private interesser, der har skabt grundlaget for en udbudslov med stor samlet opbakning.

Tekniske bemærkninger

DI bemærker, at lovforslagets *økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet udestår*. DI bemærker i den forbindelse, at det forventes, at de økonomiske og administrative konsekvenser for erhvervslivet ikke forventes lempet. Dette finder DI problematisk.

Derudover påpeges det, at følgende bekendtgørelser fra Erhvervsministeriet angående krav og om oplæring samt indkøb under tærskelværdien, ikke er offentliggjort inden fristen for høringssvaret. Høringssvaret tager derfor forbehold for dette.

DI vil i høringssvaret henvise til den tekniske gennemgang af lovforslaget den 10. februar 2022 i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, hvor det er væsentligt at inddrage bemærkninger herfra.

Endeligt er det uklart for DI, hvordan lovforslaget forventes at påvirke udbud omfattet af bekendtgørelse nr. 1624/2015 (forsyningsvirksomheder) og nr. 1625/2015 (koncessioner).

Konkrete bemærkninger til lovforslaget

DI vil med det nærværende høringssvar påpege problematikker ved konkrete punkter i lovforslaget og bidrage med mulige løsningsforslag. Derudover fremhæver høringssvaret en række konkrete DI forslag til udbudsloven, som ikke er reflekteret i lovforslaget.

De mest væsentlige bemærkninger omfatter følgende områder:

1. Krav om oplæring
 - a. DI støtter op om en aktiv lærlinge- og elevpolitik, men mener ikke, at det er den mest effektive måde at regulere forholdet i udbudsloven.
2. Licitation
 - a. DI kan ikke støtte op om ophævelse af tilbudslovens § 7 om tilstedeværelse ved offentliggørelse af tilbud.
3. Udelukkelse af virksomheder
 - a. DI kan ikke støtte denne ændring og mener, at udelukkelsesgrunden bør forblive frivillig at anvende for de enkelte ordregivere.
4. Pålidelighedsvurderinger
 - a. DI er grundlæggende positiv i forhold til dette forslag, men vurderer det problematisk, at der lægges op til, at vurderingen ikke er bindende.
5. Ny elektronisk udbudsplatform
 - a. DI bakker op om at det skal være lettere og mindre byrdefuldt at udbyde og byde på offentlige opgaver. Det er dog afgørende, at der tages afsæt i de markedsbaserede løsninger, som allerede findes i dag.
6. Begrænsning i aktindsigt
 - a. DI kan ikke støtte denne begrænsning af adgang til aktindsigt. DI ser et stort behov for en styrket vejledningsindsats.
7. EU's liste over ikkesamarbejdsvillige skattejurisdiktioner
 - a. DI støtter op om forslaget, men vurderer, at det kræver præcisering.
8. Adgang til fleksibilitet i udbud
 - a. Det er positivt, at der lægges op til større fleksibilitet i udbud. Dog havde DI ønsket en større adgang til at foretage ændringer i udbudsmaterialet.
9. Omsætning som udvælgelseskriterium
 - a. DI bakker op om forslaget men vurderer, at der er en mere effektiv måde at udvælge SMV'er til at afgive tilbud.
10. Håndhævelse af opdel eller forklar princippet
 - a. DI vurderer, at forslaget vil have en begrænset effekt i praksis, og at der er andre og mere effektive veje til at styrke SMV'ers rammer i udbud.
11. Ophør af kontrakter
 - a. DI bakker op om øget klarhed, men påpeger behovet for afklaring jf. de aftaleretlige konsekvenser.
12. Shortlisting i udbud med forhandling
 - a. DI kvitterer for en øget fleksibilitet. Der må dog forventes en begrænset anvendelse af den nye bestemmelse.
13. Yderligere DI forslag til bedre offentlig-privat samspil
 - a. Udvidet adgang til ændringer i eksisterende kontrakter.
 - b. Udbredelse af to-kuvert systemet.
 - c. Bedre understøttelser af muligheder for konsortier.

1. Krav om oplæring

DI anerkender og er enig i behovet for at sikre fremtidens faglærte arbejdskraft gennem flere lærlinge. Det er en vigtig dagsorden for DI og for DI's medlemsvirksomheder.

DI's medlemmer uddanner årligt i omegnen af 19.000 lærlinge og elever. Det sikrer, at viden og faglighed bæres videre til de næste generationer af dygtige faglærte. Det er godt for erhvervslivet, samfundet og den enkelte lærling. Det kan virksomhederne være stolte af.

DI støtter op om en aktiv lærlinge- og elevpolitik. Derfor er DI gennem DA-fællesskabet også en del af de ambitiøse treparts-aftaler på området. DI mener også, at offentlige kontrakter kan anvendes til at sikre lærepladser, når det sker på hensigtsmæssig vis.

Desværre er der en betydelig *usikkerhed* om effekterne af lovforslagets § 1, nr. 29-31, og § 3, nr. 36-38, hvor der indføres et nyt forslag til krav om personer under oplæring.

DI vurderer således, at der er en risiko for, at lovforslaget reelt vil føre til *færre lærlinge* på offentlige projekter, da lovforslaget vil skabe betydelig usikkerhed og bureaukrati for de praktikere, der skal arbejde med reglerne.

Det er DI's umiddelbare vurdering, at en bekendtgørelse og en vejledning ikke vil gøre problemstillingen væsentligt mere klar.

DI vurderer derfor ikke, at det er den mest effektive måde at regulere uddannelsesindsatsen i udbudsloven.

Såfremt lovforslaget måtte blive gennemført, bør pligten ikke kun kunne løftes med klausuler, men også gennem partnerskabsaftaler. Partnerskaber sikrer bedre forløb for lærlinge og elever, for indkøberne og for virksomhederne, uden at parterne drukner i bureaukrati.

DI henviser i øvrigt til Dansk Arbejdsgiverforenings høringssvar.

1.1. Retlige begrænsninger ift. lærlinge

Udbudslovens § 176 giver i dag mulighed for at stille krav om blandt andet sociale eller beskæftigelsesrelaterede hensyn. Det var også muligt inden udbudsloven. Derfor er "*følg-eller-forklar-princippet*" udbudsjuridisk uproblematisk.

"*Følg-eller-forklar-princippet*" gælder dog ikke for offentligretlige organer, medmindre de er underlagt finanslovsaftalen eller aftalerne om kommunerne og regionernes økonomi. Forsyningsselskaberne og den almene sektor har i høj grad anvendt princippet og klausulerne, selvom de ikke direkte har været underlagt disse.

Når lovforslaget ikke specifikt anvender betegnelsen lærlinge, må det forstås således, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har vurderet, at en generel lovbestemmelse knyttet til lærlinge ikke vil være i overensstemmelse med de EU-retlige principper om ikke-forskelsbehandling, ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet, jf. udbudslovens § 2.

Den EU-retlige problemstilling må dog anses for at være overholdt i de fleste paradigmer for lærlingeklausuler – eks. i boks 4.1, 4.2, og 4.3 i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning fra 2018. Derfor komplicerer lovforslaget den hverdag, ordregivere og tilbudsgivere oplever i dag.

1.2. *Konkrete vurderinger er vanskelige – særligt for mindre ordregivere*

Det fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens evalueringsrapport fra maj 2021, at ca. 70 pct. af ordregivere har stillet krav om lærlinge i deres kontrakter i det foregående år.

Regeringens ønske om at pålægge ordregivere yderligere pligter gør det mere vanskeligt at være ordregiver. En rolle, som mange ordregivere i dag har vanskeligt ved at løfte. Flere regler øger risikoen for fejl med høje transaktionsomkostninger til følge.

Som det også fremgår af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om sociale klausuler i udbud fra 2018, er der en lang række sindrige juridiske formuleringer i klausulerne. Ikke sjældent fylder en lærlingeklausul i dag 1,5-2 sider med en masse undtagelser. Komplexiteten i klausulerne virker enorme for den gængse indkøber og tilbudsgiver.

Foruden udregningen af, hvor mange lærlinge der skal stilles krav om, så skaber klausulernes formuleringer, undtagelser og rækkevidde ofte grobund for diskussioner og uenigheder. Det være sig inden for eksempelvis asfalt- eller no-dig-arbejder, hvor der ikke er en erhvervsskoleuddannelse, og hvor kravet ikke anses for at være egnet. Denne type diskussioner koster tid og penge for ordregiver og tilbudsgiver. Og den fører ikke til flere lærlinge.

Et lovkrav vil drukne indkøberne og tilbudsgivere i bureaukrati, efterlade spørgsmål om manglende kontrol, uensartet praksis og juridiske tvister om fortolkning af den konkrete klausul, hvilket ikke fører til flere faglærte eller en større social indsats.

1.3. *Partnerskabsaftaler*

DI genkender billedet, når det af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens rapport om evaluering af udbudsloven fremgår, at Styrelsen vurderer, at det vil føre til øgede transaktionsomkostninger at stille yderligere krav til lærlinge.

På byggeriets område har mere end 40 kommuner dog også valgt at indgå partnerskabsaftaler med DI Byggeri fremfor lærlingeklausuler².

Partnerskaber sikrer bedre forløb for lærlinge og elever, for indkøberne og for virksomhederne, uden at parterne drukner i bureaukrati. Essensen af partnerskabsaftalerne er, at der gennem samarbejde mellem ordregiveren, leverandøren og erhvervsskolerne sikres, at der bliver skabt lærlingeforløb med mening.

Derimod kan en mindre juridisk tilgang føre til aftaler, der kan sikre andre beskæftigelsesforhold såsom opkvalificering, virksomhedspraktikforløb eller lignende.

² Se mere her [Partnerskabsaftaler - Dansk Byggeri - en del af Dansk Industri - DI Byggeri](#)

Til inspiration viser Værdibygs guide *"Den rummelige byggeplads – en guide til en social beskæftigelsesindsat"*, som publiceres i uge 14, hvordan man gennem samarbejde har løftet et større socialt ansvar end ved klausuler.

2. Licitation

Det fremgår af lovforslagets § 3, nr. 36-38, at tilbudslovens § 7 om licitation slettes og erstattes af oplæringskravet.

DI kan *ikke* støtte op om, at tilbudslovens § 7 slettes. Tilbudslovens § 7 indebærer en ret til, at de bydende kan være til stede ved åbningen af tilbuddene og til at blive bekendt med budsummer og eventuelle forbehold.

Tilbudslovens § 7 sikrer en øget gennemsigtighed, bidrager til at skærpe konkurrencen og er en medvirkende årsag til de få klagesager på tilbudslovens område. Bestemmelsen bygger på over 130 års tradition i den danske bygge- og anlægsbranche, og en sådan bestemmelse kan naturligvis ikke blot slettes som *"utidssvarende"* uden, at bestemmelsen har været evalueret eller analyseret. Derudover forholder lovforslaget sig ikke til de bydendes ret til at blive bekendt med budsummerne.

Små- og mellemstore virksomheder (SMV'er) giver ofte tilbud på opgaver efter tilbudsloven. Det er særligt vigtigt for SMV'er at opnå en hurtig afklaring på, hvorvidt de skal udføre en opgave eller ej. Disse virksomheder er kendetegnet ved, at de har få ansatte, og at de med kort tids varsel skal servicere eks. kommunerne. Såfremt disse virksomheder ikke omgående får besked om, hvorvidt de kan forvente at vinde opgaven, vil de være bundet unødigt længe af deres tilbud. Når SMV'ers ressourcer bindes over længere tid, bliver det vanskeligere at drive virksomhed, og der er risiko for, at der ikke er planlagt arbejde til medarbejderne. Bestemmelsen understøtter derfor en sund konkurrence og sikrer, at virksomhederne har den agilitet, som ofte er nødvendig i løsningen af særligt kommunale opgaver.

Det fremgår af lovforslaget, at *"Kravet om tilstedeværelse er fortolket således, at det skal ske i form af fysisk fremmøde."* DI er *uenige* i, at der skulle være et krav om fysisk fremmøde. Tilstedeværelsen kan ligeledes være elektronisk, hvilket er bakket op i den juridiske litteratur samt af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens egen vejledning til tilbudsloven (2005).

Såfremt problemet med tilbudslovens § 7 måtte være et fysisk fremmøde, foreslår DI, at tilbudslovens § 7 i stedet opdateres, således at det klart fremgår, at tilstedeværelsen både kan være fysisk eller digital.

DI's forslag til opdatering af tilbudslovens § 7 lyder således:

"§ 7. Ved en licitation åbnes tilbuddene på licitationsstedet på et forud fastsat tidspunkt. Afholdes licitationen fysisk, er de bydende berettiget til at være til stede ved åbningen af tilbuddene og til at blive bekendt med budsummer og eventuelle forbehold. Afholdes licitationen elektronisk skal udbyderen gøre de bydende bekendt med budsummer og eventuelle forbehold straks efter licitationens afholdelse".

Læs nærmere i Bilag 1 for en uddybning af DI's holdning samt forslag til en evt. opdatering af bestemmelsen, som kan medvirke til at sikre, at der eksplicit er adgang til at foretage elektroniske licitationer.

3. Udelukkelse af virksomheder

Lovforslaget indebærer, at den gældende frivillige udelukkelsesgrund i udbudsloven angående ordregivers tvivl om tilbudsgivers *integritet* (§ 137, stk. 1, nr. 3) gøres obligatorisk.

Der er tale om en meget væsentlig ændring og en *markant skærpelse* i forhold til nuværende regulering, der rejser en række retssikkerhedsmæssige betænkeligheder. DI kan derfor *ikke* støtte denne ændring. Udelukkelsesgrunden bør derfor forblive *frivillig* at anvende for de enkelte ordregivere.

Forslaget efterlader et enormt fortolkningsrum for ordregivers vurdering af, hvornår en leverandør kan udelukkes på baggrund af tvivl om deres integritet. Dette vil lede til uklar praksis, som vil medføre en stor risiko for virksomheders retssikkerhed. At gøre en så vag bestemmelse obligatorisk, vil med stor sandsynlighed skabe usikkerhed og lede til flere udelukkelsessituationer, end der er gældende i dag. Forslaget vil derfor have betydelige negative økonomiske konsekvenser for både det offentlige og private.

3.1. Retssikkerhedsmæssige problemstillinger

I forbindelse med den danske implementering af udelukkelsesgrundene i udbudsdirektivets artikel 57 anbefalede udbudslovsudvalget, at de enkelte ordregivere på forhånd skal vurdere og anføre, hvilke specifikke frivillige udelukkelsesgrunde, der medfører udelukkelse i forhold til det specifikke udbud.

Med lovforslaget ønsker lovgiver at fjerne ordregivernes adgang til at vælge om den pågældende udelukkelsesbestemmelse giver mening eller ej at anvende i det konkrete udbud. Regeringen sætter hermed et stort spørgsmålstejn ved ordregivers kompetencer til selv konkret at vurdere relevansen af udelukkelsesgrunden. Hermed fjernes en væsentlig del af fleksibiliteten, der var af en af grundstenene i den danske implementering af udbudsdirektivet i udbudsloven.

I direktivets betragtning 101 understreges det, at ordregivere, når de anvender de frivillige udelukkelsesbestemmelser, skal der lægges særlig vægt på proportionalitetsprincippet, og mindre uregelmæssigheder bør kun under ekstraordinære omstændigheder føre til udelukkelse af en økonomisk aktør. De retssikkerhedsmæssige garantier i udbudsdirektivet betragtning 101 er særligt vigtige, hvis en medlemsstat påtænker at gøre en frivillig udelukkelsesgrund obligatorisk. DI stiller sig tvivlende overfor, om lovforslaget på dette punkt er i overensstemmelse med direktivet.

Den frivillige udelukkelsesgrund i udbudsloven § 137, stk. 1, nr. 3 er meget bred i sin ordlyd, hvilket rejser retssikkerhedsmæssige spørgsmål i forhold til bestemmelsens rækkevidde. Disse betænkeligheder forstærkes yderligere, såfremt udelukkelsesgrunden gøres obligatorisk. Den begrænsede praksis på området sammenholdt med den meget sporadiske vejledning i udkastet til lovbemærkninger bidrager ikke til at skabe nogen retlig forudsigelighed for virksomhederne. Dette er stærkt bekymrende i lyset af de meget voldsomme økonomiske konsekvenser, det kan få for virksomhederne at blive udelukket fra udbudsprocessen.

Samtidig kan det frygtes, at indførelsen af bestemmelsen vil kunne medføre et stigende antal sager, hvor virksomheder bliver forsøgt udelukket på baggrund af *usaglige* politiske grunde. Det bør derfor tydeligt fremhæves, at den ordregivende myndighed fortsat vil være økonomisk ansvarlig for konsekvenserne af sine eventuelle fejlagtige afgørelser, når beslutningen ikke er truffet på baggrund af en endelig og bindende afgørelse.

3.2. *Usikkerhed om udelukkelsesperioden*

En vigtig retssikkerhedsmæssig forskel på de obligatoriske og de frivillige udelukkelsesgrunde i udbudsdirektivet er, at de obligatoriske udelukkelsesgrunde kræver, at den økonomiske aktør skal være dømt for et af de angiven forhold med en endelige dom. De frivillige udelukkelsesgrunde forudsætter ikke, at der foreligger en endelig dom. Denne markante forskel på de to former for udelukkelsesgrunde afspejler sig også i længden af perioden for udelukkelse, hvor direktivet har sat maksimale udelukkelsesperioder på fem henholdsvis tre år, netop fordi der ved de frivillige udelukkelsesgrunde ikke er et krav om, at der skal foreligge en endelig dom.

Forslaget om at øge udelukkelsesperioden fra fire til fem år for de obligatoriske udelukkelsesgrunde samt fra to til tre år for de frivillige udelukkelsesgrunde harmonerer ikke med Udbudslovsudvalgets vurderinger. I Udbudslovsudvalgets rapport fra 2014 fremgik:

”Artikel 57, stk. 7, vurderes mest hensigtsmæssigt implementeret således, at udelukkelsesperioden for de obligatoriske udelukkelsesgrunde i henhold til stk. 1 er fire år. Det fremgår af artikel 57, stk. 1, at de obligatoriske udelukkelsesgrunde også finder anvendelse, når en person, der er medlem af den økonomiske aktørs ledelse, er dømt ved endelig dom for disse forhold. De frivillige udelukkelsesgrunde i artikel 57, stk. 4 er et udtryk for mindre alvorlige forsømmelser end de forsømmelser, der er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, hvorfor det vurderes mest hensigtsmæssigt, at udelukkelsesperioden højst er to år fra datoen for den relevante hændelse, hvilket sikrer, at udelukkelsesperioden ikke bliver unødigt byrdefuld for økonomiske aktører.”

Det er endvidere uklart af lovforslaget, hvorvidt udelukkelsesperioden for den foreslåede nye obligatoriske udelukkelsesgrund vil baseres på udbudslovens § 138, stk. 5 eller stk. 6. Efter DI's vurdering vil det være i strid med udbudsdirektivets artikel 57, stk. 7, hvis udelukkelsesperioden for en hidtidig frivillig udelukkelsesgrund (omfattet af artikel 57, stk. 4) behandles på baggrund af den udelukkelsesperiode, der gælder for de obligatoriske udelukkelsesgrunde (omfattet af artikel 57, stk. 1). Udelukkelsesperioden kan derfor maksimalt være tre år.

4. **Pålidelighedsvurderinger**

Lovforslaget introducerer etableringen af en central selfcleaning enhed, der får til opgave at vurdere virksomhedernes pålidelighed i forbindelse med gennemførelsen af udbud. DI er *positiv* over for forslaget, og har tidligere foreslået denne løsning igennem evalueringsprocessen, da det vil være med til at sikre en *ensartet praksis* i forhold til den retssikkerhedsmæssige gråzone, som virksomhederne befinder sig i i dag.

DI mener dog, at vurderingen fra enheden bør være *bindende*. Ifølge lovforslaget skal ordregiver være forpligtet til at indhente en vejledende udtalelse fra denne centrale selfcleaning enhed, og bevarer dermed muligheden for at foretaget sit eget skøn af vurderingen af en virksomheds dokumentation for pålidelighed.

4.1. *Understøtter generelt retssikkerheden*

DI lægger stor vægt på åben og lige konkurrence. Det er samtidig vigtigt, at virksomhedernes retssikkerhed står på et solidt grundlag. DI er derfor grundlæggende *positiv* i forhold til dette forslag, idet det vil betyde en mere *ensartet og effektiv vurdering* af virksomhedernes selfcleaning tiltag, og dermed understøtter virksomhedernes retssikkerhed. Det er vigtigt, at vurderingen sker korrekt og hurtigt af hensyn til udbudsprocessen, og at det er på en måde, der sikrer, at den økonomiske aktør effektivt kan udøve den ret, den pågældende er blevet indrømmet i henhold til direktivets artikel 57, stk. 6, første afsnit.

4.2. *Vurderingen bør dog være bindende*

DI finder dog, at det er problematisk, at der lægges op til, at vurderingen ikke er bindende. En *bindende vurdering* er mest effektiv for ordregivere og tilbudsgivere i forhold til både tid, økonomi og ressourcer. DI skal samtidig gøre opmærksom på, at den såkaldte "ATEA arbejdsgruppe" ligeledes anbefalede, at den enkelte ordregivende myndighed skal være forpligtet til at lægge enhedens vurdering til grund, således at de enkelte ordregivere helt fritages for denne opgave³.

Dog kan DI anerkende, at der i visse helt særlige situationer (eks. hensyn til væsentlige samfundsinteresser) kan være behov for, at ordregiver bevarer adgangen til at kunne udøve sit eget skøn over virksomheds dokumentation af pålidelighed. Brugen af en sådan undtagelse skal derfor kræve en særlig dokumentation fra den enkelte ordregivers side.

4.3. *De praktiske rammer skal tydeliggøres*

DI finder det endvidere afgørende, at de praktiske rammer omkring processen bliver tydeliggjort, herunder bl.a. krav til dokumentation, kommunikationskanal, enhedens uafhængighed, behandling af fortrolige oplysninger, sagsbehandlingstid mv. DI kvitterer *positivt* for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens tilkendegivelse, ved den tekniske gennemgang, angående en forventet sagsbehandlingstid på 10-14 arbejdsdage. Det skal også afklares, hvorvidt sagsbehandlingen og vurderingen kan være på engelsk. Yderligere bør det afklares, om andre europæiske myndigheder også kan eller skal lægge en konkret pålidelighedsvurdering fra den danske centrale enhed til grund, såfremt en udenlandsk myndighed står over for at foretage en pålidelighedsvurdering af en selvsamme virksomhed.

Derudover bør der af hensyn til retssikkerheden være en rekursadgang, dvs. en mulighed for at anke selfcleaning enhedens pålidelighedsvurdering. DI foreslår, at enhedens vurderinger skal kunne indbringes for Klagenævnet for Udbud.

5. Ny elektronisk udbudsplatform

Lovforslaget indebærer et forslag om en ny elektronisk udbudsplatform. Dette forslag har ikke tidligere været drøftet i evalueringsprocessen og fremgår heller ikke af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens evalueringsrapport fra maj 2021. Det er derfor vanskeligt at vurdere forslaget og dets medfølgende muligheder og konsekvenser tilstrækkeligt.

DI kvitterer positivt for, at det skal være *lettere og mere enkelt* at byde på offentlige opgaver, end tilfældet er i dag. Det er dog meget væsentligt, at en udvikling af den digitale

³ Jf. arbejdsgruppen rapport fra september 2021 til Folketinget - ERU Alm.del - Bilag 428: Arbejdsgruppens afrapportering for eventuelle regelændringer på baggrund af Atea-sagen (ft.dk).

udbudsinfrastruktur baseres på fri og åben konkurrence med afsæt i markedets eksisterende løsninger.

Det er i dag et krav, at udbudsprocesser agerer via digitale udbudssystemer. DI har i tidligere høringssvar påpeget behovet for at revidere det digitale set-up bag ESPD'et. DI og øvrige erhvervsorganisationer har tidligere efterspurgt, at ESPD'et giver mulighed for datagenbrug gennem en udvikling af den digitale infrastruktur, sådan at ESPD'et reelt leverer de gevinster, som tilbudsgiversiden blev sat i udsigt i forbindelse med vedtagelse af udbudsdirektivet og sidenhen udbudsloven. Dertil har DI også tidligere bemærket, at der fortsat skal holdes fast i princippet om fri og direkte adgang til udbudsmaterialer i en udbudsproces.

5.1. *DI's vurdering af forslag om ny udbudsplatform*

DI bakker op om behovet for *klare standarder* for afgivelse af ordre og tilbud digitalt, som kan gøre det lettere og mindre byrdefuldt at udbyde og byde på offentlige opgaver. En sammenhængende og standardiseret digital udbudsinfrastruktur kan gøre det nemt, overskueligt og med færrest mulige omkostninger for ordregiver og tilbudsgiver at handle med hinanden.

Det er fortsat uklart, hvordan forslaget forventes realiseret. DI understreger, at det er helt *afgørende*, at der tages afsæt i de relevante systemer og løsninger, som allerede er i anvendelse i dag på markedet blandt ordregivere og tilbudsgivere, da det vurderes omkostningsmæssigt *ineffektivt* at udvikle digital infrastruktur, der allerede eksisterer i markedet (i Danmark eller udlandet).

I forlængelse heraf har DI yderligere svært ved at se, hvordan insourcing er en hensigtsmæssig løsning for brugerne i den offentlige og private sektor. DI henviser i øvrigt til Digitaliseringspartnerskabets anbefaling 33 angående flere partnerskaber om fremtidens centrale it-løsninger, som bør tages i overvejelse her. Konkurrence kan være med til at sikre løbende, nye elementer og digitale services til brug for smidigere udbudsprocesser, der følger udviklingen og vil være til stærkest gavn for brugerne.

DI efterspørger grundlæggende en uddybning af de overvejelser og forarbejder, som er lagt til grund for beslutning om etablering af et nyt udbudssystem herunder businesscase og budget.

DI foreslår, at man med afsæt i de eksisterende udbudsplatforme og -løsninger på markedet udarbejder krav til en standard, som udbydere af udbudsplatforme skal opfylde ved videreudvikling af deres eksisterende systemer, der sikrer sammenhæng, datagenbrug og transparens for brugerne. DI vil meget gerne i yderligere offentlig-privat dialog herom, herunder med inddragelse af de eksisterende markedsaktører.

DI skal understrege, at forslaget om digitalt udbudssystem ikke følger op på Digitaliseringspartnerskabets anbefaling *om effektive og fleksible offentlige udbud, der skal åbne dørene for flere danske virksomheder*.

5.2. Øvrig kobling og synergi

En infrastruktur for standardiseret digital ordre- og tilbudsgivning kan med fordel sammentænkes med bl.a. serviceattesten, dvs. at der sker en automatisk og for virksomhederne vederlagsfri indhentning af disse oplysninger. Synergien i en digital kobling af systemer bør således medføre besparelser for virksomhederne.

5.3. Lempelse af dokumentationskrav

DI understreger yderligere muligheden for at sammentænke lempelsen af dokumentationskrav i udbudsprocessen med en sammenhængende digital infrastruktur for ordre- og tilbudsgivning.

Det bemærkes, at aflevering af dokumentation for oplysningerne i ESPD'et er en ressourcekrævende opgave for tilbudsgiver, som 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.

Det fremgår i dag af udbudslovens § 151, stk. 2, at ordregiveren på ethvert tidspunkt i udbudsproceduren kan 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. Det opleves *ikke* som værende praksis i dag. 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.

DI har i samarbejde med otte andre organisationer udarbejdet et alternativt forslag til udbudslovens § 151, stk. 2, 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.

6. Begrænsning i aktindsigt

Lovforslaget indebærer, at der fremover kun skal kunne gives aktindsigt i det vindende tilbud. DI kan *ikke* støtte den markante og unødvendige begrænsning af adgang til aktindsigt. DI vurderer, at ændringen vil føre til flere udbud, hvor der søges om aktindsigt i vinderens tilbud.

Det er efter DI's opfattelse ikke reglerne om aktindsigt, der udgør problemet, men mere myndighedernes håndtering af aktindsigtsanmodninger. DI ser derfor et *stort behov for en vejledning* omkring reglerne for aktindsigt i forbindelse med udbud, der retter sig mod både ordregiver- og tilbudsgiversiden snarere end yderligere begrænsninger i gennemsigtigheden for at lette myndighedernes arbejde.

Det fremgår af lovbemærkningerne, at formålet med at begrænse aktindsigten er at undgå, at aktindsigt kan anvendes til at fordreje konkurrencen, herunder når aktindsigt sker med det formål at få indblik i andre tilbudsgiveres tilbud og anvende disse oplysninger i fremtidige udbud. Yderligere er formålet at opnå en administrativ besparelse. Det fremgår endvidere, at oplysninger fra evalueringsnotater, underretningsbreve og andre dokumenter ligeledes undtages fra aktindsigten.

6.1. Går imod offentlighedsprincippet

På trods af der i lovudkastets § 5a, stk. 2 lægges op til, at der stadigvæk vil være adgang til aktindsigt i andre tilbud end det vindende tilbud, når dette kan begrundes ud fra hensyn til effektiv kontrol, så er der grundlæggende tale om en markant reduktion af aktindsigten.

Offentlighedsloven har til formål at sikre åbenhed hos myndigheder mv., og skal bl.a. understøtte offentlighedens kontrol med og tilliden til den offentlige forvaltning. Offentlighedsprincippet er lovens grundsynspunkt.

6.2. Tager ikke højde offentlighedslovens § 30, nr. 2

DI finder det påfaldende, at lovforslaget hverken omtaler eller tager højde for den eksisterende undtagelsesbestemmelse i offentlighedslovens § 30, nr. 2. Efter denne bestemmelse omfatter retten til aktindsigt ikke oplysninger om tekniske indretninger eller fremgangsmåder om drifts- eller forretningsforhold el.lign., for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den virksomhed, oplysningerne angår.

Oplysninger kan dermed undtages efter offentlighedslovens § 30, nr. 2, hvis aktindsigt efter et konkret skøn må antages at indebære en nærliggende risiko for, at der - typisk af konkurrencemæssige grunde - påføres virksomheden skade, navnlig et økonomisk tab af nogen betydning.

Konkurrencefølsomme oplysninger skal således allerede i dag undtages fra aktindsigten, da der er en nærliggende risiko for, at udlevering af disse oplysninger til en konkurrent vil kunne påføre virksomheden et økonomisk tab af nogen betydning og få indvirkning på konkurrencesituationen i forhold til fremtidige udbud.

Der vil i forhold til oplysninger, der er omfattet af § 30, nr. 2, gælde en klar formodning om, at udlevering af oplysningerne vil indebære en nærliggende risiko for, at virksomheden eller den person, oplysningerne angår, vil lide skade af betydning.

Myndighederne bør dog altid indhente en udtalelse fra den, oplysningerne angår, for at få belyst risikoen for at en udlevering af oplysninger om forretningsforhold mv. vil medføre den nævnte risiko for økonomisk skade.

6.3. Stort behov for en vejledning om aktindsigt i udbud

Det er efter DI's opfattelse ikke reglerne om aktindsigten, der udgør problemet, men mere myndighedernes håndtering af aktindsigtsanmodninger. DI er bekendt med flere tilfælde, hvor myndighederne ikke har indhentet en udtalelse fra den, oplysningerne angår, for at få belyst risikoen for, at en udlevering af oplysninger om forretningsforhold mv. vil medføre den nævnte risiko for økonomisk skade. Dette er meget bekymrende for de berørte virksomheder.

DI ser derfor et stort behov for *en vejledning omkring reglerne for aktindsigt* i forbindelse med udbud, der retter sig mod både ordregiver- og tilbudsgiversiden, snarere end yderligere begrænsninger i gennemsigtigheden for at lette myndighedernes arbejde. En vejledning suppleret med en målrettet informationsindsats må forventes, at kunne nedbringe antallet af aktindsigtsanmodninger og dermed lette myndighedernes arbejde.

Behovet for en vejledning om aktindsigt blev også fremhævet i udbudslovsudvalgets rapport fra 2014, hvor denne fremgår af listen over den efterfølgende prioriterede vejledningsindsats.

En kommende vejledning skal efter DI's opfattelse også inddrage aktindsigt i henhold til miljøoplysningsloven samt forholdet til konkurrenceloven, idet myndighederne vil kunne overtræde konkurrencelovens forbud mod ulovlig informationsudveksling, såfremt myndighederne videregiver konkurrencefølsomme oplysninger om en virksomhed til dennes konkurrent.

6.4. Øvrige overvejelser

I dag er det alment kendt, at tabende tilbudsgivere holder sig tilbage fra at anmode om aktindsigt, idet der er en risiko for at blive ramt af en "kontra-ansøgning" om aktindsigt i deres eget tilbud.

Det kan endvidere overvejes, hvorvidt bestemmelsen kan læses som en legitimation af, at de tabende tilbudsgivere kan søge aktindsigt i den vindendes tilbud. DI forventer, at der samlet vil være færre udbud, hvor der søges aktindsigt i alle tilbud, men at det samtidig kan føre til flere udbud, hvor der vil blive søgt aktindsigt i vinderens tilbud.

Derudover fremgår det ikke af lovforslaget, hvorvidt rammeaftaler er omfattet af bestemmelsen, og om virksomhederne på rammeaftalen anses som "*vinderen*". Det fremgår heller ikke, hvordan bestemmelsen forholder sig til anmodninger om aktindsigt i udbud, som bliver annulleret.

Sidst men ikke mindst skal DI gøre opmærksom på, at det virker paradoksalt i forhold til kontrollen med og tilliden til den offentlige forvaltning, at Statens og Kommunernes Indkøbsservice A/S (SKI) - som et 100 pct. ejet offentligt selskab - er undtaget reglerne om aktindsigt i Offentlighedsloven.

7. EU's liste over ikkesamarbejdsvillige skattejurisdiktioner

Det fremgår af lovforslagets § 1, nr. 16, at ordregiver skal udelukke virksomheder, der er etableret i et land, som er optaget på den gældende EU-liste over ikke-samarbejdsvillige skattejurisdiktioner, og ikke har tiltrådt WTO's Government Procurement Agreement eller øvrige handelsaftaler, der forpligter Danmark til at åbne markedet for offentlige kontrakter.

DI støtter op om forslaget, men vurderer, at det skal tydeliggøres, hvad der omfattes af at begrebet "etableret".

7.1. *Behov for præcisering*

Til den tekniske gennemgang den 10. februar 2022, afklarede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at begrebet ”etableret” skal forstås snævert, som 1) den virksomhed, som afgiver tilbud eller søger om prækvalifikation eller 2) den virksomhed, der støtter den ansøgende virksomhed med sin tekniske eller økonomiske formåen på.

Med en snæver fortolkning af begrebet, må det forstås sådan, at bestemmelsen *ikke* er gældende for en koncern med et (datter-)selskab etableret i et af de omhandlede lande, hvis aktiviteten er *forretningsmæssigt begrundet*.

Eksempelvis kan en virksomhed have et datterselskab i Panama, som er på EU’s sortliste, med almindelig forretningsmæssig lokal aktivitet vedrørende skibsdrift i Panamakanalen. En sådan aktivitet bør naturligvis ikke betyde, at andre koncernforbundne-selskaber afskræres fra udbud i Danmark.

DI opfordrer til, at det *præciseres*, at koncernforbundne selskaber etableret i et af de omhandlede lande af forretningsmæssige grunde, ikke skal føre til udelukkelse af koncernforbundne selskaber fra udbud.

Derudover er det uklart om forslaget tillige vil finde anvendelse i forhold til underleverandører. Dette blev ikke afklaret ved den tekniske gennemgang og kræver derfor en yderligere præcisering.

8. Adgang til fleksibilitet i udbud

DI *kvitterer positivt* for lovforslagets tre ændringer, som vil bidrage til øget fleksibilitet i udbud. Øget fleksibilitet i udbudsloven har været et af DI’s kerneområder i revisionen, da det bidrager til mere innovation og kvalitet i udbudsprocessen og de offentlige kontrakter, samt reducerer antallet af annullerede udbud.

Udbudslovens råderum for at foretage justeringer i et allerede offentliggjort udbudsmateriale fremstår i dag praktisk vanskeligt, og der er en tendens til at ordregivere ønsker at holde sig meget langt fra de juridiske grænser. Det resulterer i unødigt mange annullationer og dermed høje transaktionsomkostninger.

I dag annulleres ca. hvert fjerde udbud. Det svarer til over *10 annullerede udbud om ugen*. Tallet har været konstant gennem en længere årrække. I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens rapport om annullationer i offentlige udbudsprocesser fremgår det, at mange annullerede udbud genudbydes med en ny udbudsbekendtgørelse kort tid efter annullationen⁴. Selvom det af Styrelsen vurderes positivt, at der sker et hurtigt genudbud, er det åbenlyst, at selv sådanne dispositioner medfører store transaktionsomkostninger for såvel ordregiver som tilbudsgiver.

DI må dog også erkende, at det havde klædt lovforslaget at indføre en egentlig ændringsbestemmelse for ændringer i udbudsmaterialet efter udsendelse. En sådan bestemmelse ses i Sverige. Bestemmelsen ville skabe større sikkerhed i vurderingerne hos ordregiverne, således at en række annullationer kunne undgås. Det vil spare samfundet mange ressourcer. Forslaget er uddybet i pkt. 8.4.

⁴ Annullationer af danske EU-udbud. Jan. 2019.

Fælles for de tre positive ændringer i lovforslaget samt forslaget om én samlet ændringsbestemmelse er at sikre, at det samlede helhedsindtryk af denne revision af udbudsloven medvirker til en *større sikkerhed* i anvende fleksibiliteten i udbud. Dette vil have en stor betydning for udbudsadfærd. Det er begrænset, hvor meget juridisk der flyttes med de fire ændringer, men det er DI's samlede opfattelse, at de fire ændringer kan medvirke til færre annullationer og medvirke til mindre "frivillig" brug af "mindstekrav". På den måde kan der undgås flere "Rollator"-sager⁵.

8.1. *Udvidet adgang til brug af de fleksible udbudsformer*

DI kvitterer positivt for lovforslagets § 1, nr. 9 vedrørende klarhed om brugen af de fleksible udbudsformer; udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog. Dette har været et gennemgående ønske fra DI og er også præsenteret i de fælles anbefalinger, som DI og otte andre organisationer har fremlagt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Erhvervsministeriet. Det indgår yderligere som del af anbefaling fra regeringens Digitaliseringspartnerskab, der skal fremme innovation, fleksibilitet og stærkere digitale markeder med flere leverandører.

Ændringen vil bidrage til mere *klarhed* om mulighederne for at bruge de fleksible udbudsformer, da der i dag eksisterer forskellige juridiske synspunkter på, hvornår de fleksible udbudsformer kan anvendes. Udbudslovens §§ 61 og 67 tolkes overvejende som, at selve produktet eller ydelsen i sig selv skal være komplekst. 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.

Muligheden for at tilpasse tilbud på baggrund af kontraktens særlige omstændigheder såsom komplekse kontraktvilkår vil bidrage til større *fleksibilitet* og forhåbentlig skabe mere innovation i udbud.

8.2. *Adgang til at overgå til fleksible udbudsformer*

Det fremgår af lovforslagets §1, nr. 10, at en ordregiver kan overgå fra et forudgående offentligt eller begrænset udbud til udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, når proceduren omfatter alle de tilbudsgivere, og kun dem, der har afgivet tilbud i overensstemmelse med udbudsprocedurens formelle krav, og opfylder kravene i § 159, stk. 2, 2. pkt., nr. 1-3.

Det fremgår af lovbemærkningerne, at formålet med ændringen er at *øge fleksibiliteten for ordregivere* i forbindelse med mislykkede udbud, således at ordregivere i flere tilfælde vil kunne overgå til udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog, end tilfældet er i dag.

DI anerkender, at forslaget kan bidrage til færre annullerede udbud. DI bemærker dog også, at det i praksis kan savne mening at overgå til udbud med forhandling, hvis der er krav/mindstekrav i udbudsmaterialet, som ikke kan indfries.

⁵ Rollator-sagen henviser til 12. januar 2018. Mobilex A/S mod Aalborg Kommune (udbudslovens afsnit II, opsættende virkning).

Det forekommer derfor, at dette forslag har nærmere karakter af lovtekniske justeringer, og det står tvivl om, hvorledes det reelt set vil føre til flere fleksible udbudsprocesser. Såfremt der reelt var en større ændringsadgang, ville bestemmelsen få en langt større effekt.

8.3. Adgang til at foretage ændringer i konkurrencepræget dialog

DI er meget positive over for ændringen i lovforslagets § 1, nr. 13, hvor det generelle forbud mod ændringer af mindstekrav og kriterier for tildeling, ophæves i konkurrencepræget dialog jf. § 70, stk. 2, og § 72, stk. 3.

Dette forslag har DI og de øvrige otte organisationer bag de fælles ændringsforslag forelagt Styrelsen og Ministeriet. Det fremgår også af anbefalingerne i regeringens Digitaliseringspartnerskab. Det er organisationernes vurdering, at den gældende formuleringen i udbudsloven har medvirket til en for restriktiv praksis, da det har været et udtryk for en overimplementering af direktivet.

DI vurderer, at dette forslag har et stort potentiale for, at flere ordregivere vil vælge konkurrencepræget dialog fremfor udbud med forhandling. Et sådan valg vil ændre fokus mod udbudsmaterialet og selve indkøbets genstand. Det vil medvirke til at fremme innovation.

Samtidig kan forslaget medvirke til at reducere antallet af annullerede udbud.

8.4. Én samlet ændringsbestemmelse for alle udbudsprocedurer

En stor del af de mange annullerede udbud skyldes, at der opstår et behov for ændringer i udbudsmaterialet efter offentliggørelse, men inden tilbudsfristen. Ofte vælger ordregiver at annullere udbud, som måske ville have krævet et nyt udbud. Der kan hos en del ordregivere være en meget tilbageholdende adfærd med at foretage ændringer i udbudsmaterialet. Det fører til unødige transaktionsomkostninger og spildte samfundsressourcer.

Derfor er der et behov for at *tydeliggøre ændringsadgangen*. En tydeliggørelse vil medvirke til at skabe en øget klarhed. DI 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.

DI har i samarbejde med de otte andre organisationer, udarbejdet et forslag til en ny bestemmelse;

Stk. 1. Ordregiver kan foretage ændringer i udbudsmaterialet efter offentliggørelse i 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.

DI anerkender, at bestemmelsen i stk. 2 kan henviser til udbudsloven § 24, nr. 37 fremfor § 178, stk. 2.

9. Omsætning som udvælgelseskriterium

Lovforslagets § 1, nr. 24, gør det obligatorisk, at ordregiver ikke må lægge vægt på mere end det dobbelte af kontraktens anslåede værdi, medmindre undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 142, stk. 2 anvendes. DI kvitterer positivt for hensynet til at styrke adgangen for SMV'er i udbudsprocesser. DI vurderer, at det er tvivlsomt hvilken effekt, forslaget vil have i praksis.

Forslaget forventes at presse ordregivere til at lægge øget vægt kvalitative udvælgelseskriterier såsom teknisk og faglig formåen jf. § 140.

Såfremt undtagelsesbestemmelsen i udbudslovens § 142, stk. 2 skal anvendes før end der kan lægges vægt på mere end to gange opgavens størrelse, vil det skabe situationer, som modvirker SMV'ers adgang til udbud. Det kan derfor overvejes, hvorvidt grænsen skal sættes op, eller om en undtagelsesbestemmelse ikke skal bindes op på § 142, stk. 2.

DI vurderer, at forslaget vil have en begrænset effekt for SMV'er og forventer, at det fælles forslag om brugen af "bedste konkurrencefelt" vil have en større effekt.

9.1. Bedste konkurrencefelt

Det er ifølge udbudslovsudvalgets rapport og lovbemærkningerne til § 145 muligt at foretage udvælgelsen af tilbudsgiver baseret på kriteriet "bedste konkurrencefelt". Det kan konkret medvirke til en øget adgang for iværksættere og SMV'er i udvælgelse af ansøgere. Dette 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.

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.

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

For at tydeliggøre denne mulighed bør dette skrives ind i lovens § 145, som et nyt stk. 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.

DI har i samarbejde med otte andre organisationer, udarbejdet et forslag til en alternativ bestemmelse:

§ 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.

10. Håndhævelse af opdel eller forklar princippet

Det følger af lovforslagets § 2 nr. 35, at ordregiver kan blive pålagt en økonomisk sanktion for manglende forklaring på, hvorfor en offentlig kontrakt *ikke opdeles* (§ 49, stk. 2).

DI vurderer, at forslaget kun på papiret lyder til at styrke SMV'ers adgang til udbud, men at det reelt vil have en *begrænset effekt i praksis*. Der er andre og mere effektive veje til at styrke SMV'ers rammer i udbud, som uddybes i afsnit 9.3.

10.1. Håndhævelse af udbudslovens § 49, stk. 2

DI påskønner ønsket om at få flere SMV'er til at give tilbud på offentlige kontrakter. Det er vigtigt, at der sikres overholdelse af udbudslovens § 49, stk. 2, så manglende opdeling forklares.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyste på mødet med den tekniske gennemgang, at 80 pct. af offentlige udbud efterlever udbudslovens § 49, stk. 2, ifølge Styrelsens nyeste tal. Eftersom der årligt foretages omkring 3.000 udbud underlagt udbudsloven, er der fortsat ca. 600 udbud om året, hvor kontrakten enten *ikke opdeles*, eller hvor der *ikke følger en forklaring*.

Det er utvivlsomt, at der er et behov for at styrke håndhævelsen af udbudslovens § 49, stk. 2.

DI *tvivler* dog på, at lovforslaget vil have en *mærkbar effekt* på efterlevelsen af udbudslovens § 49, stk. 2, og at bestemmelsen reelt vil understøtte SMV'ers adgang til offentlige udbud.

DI vurderer dog, at det vil være en klar fordel, hvis der – som det fremgår af bemærkningerne – bliver udarbejdet et obligatorisk felt i forbindelse med gennemførelse af elektronisk udbud i den nye udbudsplatform, således at udbud ikke kan offentliggøres med manglende udfyldelse af det pågældende felt. DI forventer dog, at denne forklaring ofte vil være en paradigmatext, som reelt set ikke beskriver den bagvedliggende vurdering.

10.2. Begrænset effekt

Det følger af den nye bestemmelse i klagenævnslovens § 13 a, stk. 1, Klagenævnet for Udbud pålægger ordregiver økonomisk sanktion på 1 pct. af værdien af den udbudte kontrakt eller rammeaftale, dog maksimalt 100.000 kr. Sanktionen bliver dog først relevant, hvis klageren har nedlagt påstand om manglende efterlevelse af udbudslovens § 49, stk. 2.

Det er DI's vurdering, at forbigåede tilbudsgiver næppe vil bruge advokatombudsninger på en selvstændig klagesag med henblik på, at ordregiver skal pålægges en økonomisk sanktion.

En klagesag udelukkende på baggrund af manglende efterlevelse af udbudslovens § 49, stk. 2 vil hurtigt blive opfattet som en chikaneklage, der ikke medvirker til et styrket offentligt-privat samarbejde.

Klagen kunne også startes af de klageberettigede organisationer, men det er tvivlsomt, hvorvidt organisationerne vil starte klagesager i de tilfælde, hvor egne medlemmer har vundet det pågældende udbud.

DI forventer i stedet, at en påstand om manglende efterlevelse udbudslovens § 49, stk. 2 vil blive nedlagt i sager, hvor tilbudsgivere i forvejen klager, og hvor klager ønsker, at klagegebyret tilbagebetales.

Endelig bemærkes det, at beløbsgrænsen på maksimalt 100.000 kr. kun udgør 0,25 pct. af det laveste beløb for bygge- og anlægsudbud, hvor tærskelværdien er ca. 40 mio. kr. I alle udbud over 10 mio. kr., vil den maksimale sanktion idømmes. Det kan overvejes, hvorvidt det er mere hensigtsmæssigt, at den økonomiske sanktion altid skal udgøre 100.000 kr., idet en sanktion på eks. 20-30.000 kr. reelt set har en ringe pønalt effekt.

DI forventer derfor, at bestemmelsens anvendelse vil være begrænset.

10.3. Andre og mere effektive veje til SMV'ers adgang til offentlige udbud

DI vurderer, at der er andre og mere effektive veje til at sikre og understøtte SMV'ers adgang til offentlige udbud.

Det kunne være øget adgang til at anvende ældre referencer og regulering af mindre indkøb under 500.000 kr.

10.3.1. Øget adgang til at anvende ældre referencer

DI vurderer, at referencers alder på tre år for vare- og tjenesteydelseskontrakter og fem år for bygge- og anlægskontrakter i dag anvendes ufleksibelt og med risiko for udelukkelse af SMV'er.

Undtagelsen til reglen 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 tre eller fem år tidligere. Det vurderes dog ikke, at denne undtagelse ikke er 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 fire år, hvor der ofte kun vælges én leverandør, kan det være vanskeligt med referencer på tre år.

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

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.

DI har i samarbejde med otte andre organisationer, udarbejdet et forslag til en alternativ bestemmelse:

§ 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.

10.3.2. Regulering af mindre indkøb under 500.000 kr.

I dag gælder udbudslovens afsnit for offentlige indkøb under tærskelværdierne uden klar grænseoverskridende interesse (jf. § 193) *ikke* for indkøb under 500.000 kr. Det er derfor op til ordregiver selv at fastsætte retningslinjer for disse indkøb, så de forvaltningsretlige principper overholdes.

Det er DI's oplevelse, at ordregivere ofte *ikke følger intentionen* i § 193 om en forenklet tilbudsindhentning, når de køber mindre opgaver under 500.000 kr. Det betyder, at en offentlig indkøber for eksempel kan gennemføre en markedsafdækning og indhente ét tilbud eller indhente to eller tre tilbud. *Udfordringen* er, at der ofte indhentes fire eller fem tilbud på opgaver under 500.000 kr. Derudover indhentes disse mindre opgaver ofte med krav om en meget *bebyrdende opgavebeskrivelse* eller med krav om en løsningsbeskrivelse, hvor selve opgaven forudsættes løst i tilbuddet.

Denne praksis er kilde til *unødvendige* transaktionsomkostninger.

DI foreslår, at udbudslovens § 193 gælder for alle indkøb under EU's tærskelværdier. Alternativt kan det indskærpes, at der ikke må indhentes mere end tre tilbud, og at minimum et af disse tilbud skal være fra en SMV.

Dermed skal ordregiver forklare, baggrunden for indhentning af flere end tre tilbud, (jf. følg- eller-forklar princip). Denne løsning er i fuld overensstemmelse med intentionen med rammerne for indkøb under EU's tærskelværdier. Samtidig er det en enkel løsning for offentlige indkøbere, da de allerede kender denne regel. Yderligere er dette en løsning, der både reducerer transaktionsomkostningerne for offentlige indkøbere og for private tilbudsgivere.

DI tager forbehold for bekendtgørelsen om mindre indkøb herunder bestemmelser gældende grænseoverskridende interesse, jf. udbudslovens § 192, stk. 2.

11. Ophør af kontrakter

DI noterer sig lovforslagets ønske i § 1, nr. 33 om at skabe klarhed om ordregivernes mulighed for at bringe en offentlig kontrakt til ophør, når leverandøren bliver omfattet af en udelukkelsesgrund i løbet af kontraktens eller rammeaftalens løbetid.

DI anerkender, at *klarhed* om ordregivernes mulighed for at bringe en offentlig kontrakt til ophør er positivt. Det bemærkes dog, at bestemmelsen ikke er nødvendig for at sikre ordregivere en mulighed, der allerede eksisterer i dag.

DI gør samtidig opmærksom på, at en bestemmelse i udbudsloven ikke i sig selv regulerer, *hvordan* ophøret sker, og *hvilke aftaleretlige konsekvenser* ophøret skal have. For at styrke det offentlige og private samarbejde bør der udarbejdes en vejledning om "*exit-klausuler*".

11.1. Ophørets kontraktretlige konsekvenser skal tydeligt fremgå

For at undgå forskelligartet praksis mener DI, at der er behov for en omfattende vejledning og ensartet praksis omkring "*exit-klausuler*".

I bemærkningerne til lovforslagets nr. 32 anvendes ordet *opsigelse*. Det fremgår videre, at bestemmelsen ingen betydning har for parternes eventuelle erstatningsansvar som følge af kontraktens ophør i medfør af denne bestemmelse, og at spørgsmål om erstatning afgøres efter dansk rets almindelige regler herom. Dansk ret opererer med begreberne opsigelse og ophævelse.

I praksis anvender danske ordregivere primært *ophævelse* i "*exit-klausuler*" uanset om årsagen skyldes ordregiver eller leverandørens misligholdelse.

Eks. pålægges leverandøren typisk den økonomiske risiko for ophør af kontrakter som følge af en "uden virkning"-kendelse fra Klagenævnet for Udbud, jf. udbudslovens § 185, stk. 1, nr. 1, selvom denne type afgørelse skyldes ordregivers egne fejl og overtrædelser af udbudsloven. Leverandøren straffes altså, selvom leverandøren blot har levet op til kontrakten.

En sådan praksis er en fravigelse af udgangspunktet i dansk rets almindelige erstatningsregler. Det er ikke en holdbar praksis.

Den nye bestemmelse forventes ikke at skabe større klarhed om de aftaleretlige konsekvenser. Særligt ikke, hvis der er tale om den nye obligatoriske udelukkelsesgrund om tilbudsgivers integritet (§ 137, stk. 1, nr. 3).

Der er derfor behov for en afbalanceret vejledning omkring det offentliges brug af "*exit-klausuler*".

For at styrke det offentlige og private samarbejde bør Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udarbejde en "*exit-klausul*"-vejledning i samarbejde med Forum for Offentlig-Privat Samarbejde (FOPS).

12. Short-listing i udbud med forhandling

Det fremgår af lovforslagets § 1, nr. 12, at der nu skabes rum for, at ordregivere kan foretage en udvælgelse – populært kaldet ”short listing” – inden forhandlingerne går i gang, hvor der i dag skal forhandles med alle tilbudsgivere.

Formålet med ændringen er at skabe øget fleksibilitet for ordregivere, og det forventes at medføre, at transaktionsomkostningerne kan mindskes.

DI kvitterer for, at der lægges op til en øget fleksibilitet. DI bemærker, at der må forventes en meget *begrænset anvendelse* af den nye bestemmelse.

Det skyldes, at;

- 1) der skal foretages en fuld evaluering af alle tilbud, før der kan short-listes, jf. også Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning om anvendelse af udbudsreglerne side 66, og
- 2) der til udbud med forhandling kun må udvælges 3-5 ansøgere, og at der ofte er færre end tre der søger prækvalifikation, og
- 3) der ved short-listing er en betragtelig risiko for klager ved at short-liste tilbudsgivere inden forhandlingen, eftersom der efter et forhandlingsmøde altid vil skulle gives et nyt tilbud.

DI vurderer, at det generelt kunne være hensigtsmæssigt med et webinar eller en vejledning om, hvordan der kan ske short-listing samtidig med, at der sikres tilstrækkelig konkurrence.

13. Yderligere DI forslag til at styrke offentlig-privat samspil

Som nævnt i indledningen ærgrer det DI, at der ikke er fremlagt et mere balanceret lovforslag. En styrket samfundskontrakt bør bakes op af initiativer, som sikrer en balance mellem det offentlige og det private. Derfor er det også væsentligt, at tilbudsgiverne oplever en større gennemsigtighed i udbudsprocesserne og den efterfølgende kontraktfase. Her spiller særligt tre forhold en vigtig rolle;

- 1) Udvidet adgang til ændringer i eksisterende kontrakter,
- 2) Udbredelse af to-kuvert systemet, og
- 3) Bedre understøttelser af muligheder for konsortier.

13.1. Udvidet adgang til ændringer i eksisterende kontrakter

DI vurderer, at der er et væsentligt behov for at *styrke brugen af ændringsklausuler* i udbud, så der skabes mere tryghed hos ordregiver til at anvende dem. Der er behov for øget klarhed, da der er skabt en overforsigtighed i dag, der leder til statiske kontrakter. Dette er problematisk, da verden ikke står stille, og offentlige kontrakter derfor er nødt til at tilpasses løbende.

I Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens evalueringsrapport fra maj 2021 fremgår det, at høringen peger på, at der er behov for at skabe yderligere klarhed om, hvornår reglerne om ændringer af kontrakter finder anvendelse. DI er enige i denne vurdering og undrer sig over, at dette ikke er afspejlet i lovforslaget.

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 krav til nye behov i takt med samfundsudviklingen.

For at skabe større fleksibilitet og sikre *innovation* og mere *bæredygtige indkøb*, bør adgangen til at foretage ændringer efter kontraktindgåelse søges udvidet.

DI og otte andre organisationer har udarbejdet et forslag til en alternativ bestemmelse, der bør være en tilføjelse til udbudslovens § 179, som lyder:

§ 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.

Derudover vurderer DI, at det er nødvendigt med en vejledning med konkrete eksempler på formuleringer af klare, præcise og entydige klausuler, således de opfylder kravene i § 179, stk. 1. Det vil medvirke til, at 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.

13.2. Udbredelse af to-kuvert systemet

Som tidligere nævnt i høringssvaret, så bør en styrket samfundskontrakt sikre en styrkelse af både ordregivere og tilbudsgivere. Eftersom det er begrænset med tiltag, der styrker tilbudsgivernes retstilling, så bør det overvejes, hvordan der kan sikres en styrket gennemsigtig i udbudsprocesserne.

I forbindelse med den seneste lovændring af udbudsloven i L2019-11-30 nr. 1251 indførtes et obligatorisk to-kuvert system for bygge- og anlægsopgaver i offentligt og begrænsede udbud, hvor den anslåede enterprisesum af den pågældende kontrakt overstiger 350 mio. kr. Bestemmelsen omfatter således ikke de fleksible udbudsformer.

Formålet med bestemmelsen var at fjerne risikoen for, at kendskab til de tilbudte priser kan have en afsmittende effekt på ordregiverens evaluering af tilbuddene efter de kvalitative kriterier og derved, at tilbuddets kvalitet enten overvurderes eller undervurderes. Bestemmelsen styrker således gennemsigtigheden og medvirker til at øge tilliden mellem ordregiver og tilbudsgiver.

Dog er det yderst sjældent, at bestemmelsen er obligatorisk at anvende. Det skyldes den meget høje kontraktværdi af den enkelte kontrakt, og at disse kontrakter oftest udbydes som fleksible udbud.

Dog er der flere ordregivere, som har en fast praksis med frivilligt at anvende to-kuvert-systemet – både på bygge- og anlægsudbud og ved tjenesteydelser samt ifm. fleksible udbud. Erfaringerne her er yderst positive – både for ordregiver og for tilbudsgivere.

Tilbudsgivere oplever, at 1) evalueringerne er mere fyldestgørende, 2) der er en større spredning i kvalitetskaraktererne, 3) det bliver mere klart, hvor styrker og svagheder er i eget tilbud og 4) der er mindre lyst til at starte klagesager. Disse erfaringer tyder på, at der evalueringerne bliver mere grundige, når der er indlagt ”benspænd” for ordregiverne. Ordregiverne oplever på den anden side, at 1) der er større tillid til deres evalueringer, 2) det kan være nemmere at redegøre for karakterforskelle, 3) at der er færre klagesager.

DI foreslår en udbredelse af to-kuvert-systemet, således at flere udbud bliver omfattet af pligten. Bestemmelsen er en ændring af udbudslovens § 159, stk. 8.

§ 159, stk. 8. Ved udbud af tjenesteydelser eller bygge- og anlægsopgaver med en anslået værdi på mere end 4 gange tærskelværdien eksklusiv moms, hvor ordregiver anvender tildelingskriteriet bedste forhold mellem pris og kvalitet, jf. § 162, stk. 1, nr. 3, skal ordregiver foretage evalueringen af de kvalitative kriterier uden kendskab til evalueringen af priskriteriet, jf. dog stk. 9

Formålet med at sætte grænsen til fire gange tærskelværdien er, at pligten vil omfatte bygge- og anlægsudbud over ca. 120 mio. kr. samt tjenesteydelser på hhv. ca. 4,17 mio. kr. for statslige myndigheder og ca. 6,4 mio. kr. for kommunale/regionale og offentligtretlige organer. Disse tærskler vil udelukke de mindste udbud for pligten, men samtidig inkludere væsentlig flere udbud end i dag.

13.3. Bedre understøttelse af muligheder for konsortier

Virksomhederne oplever fortsat udfordringer i den konkurrenceretlige tilgang til konsortiesamarbejder. En udfordring er, at virksomhederne agerer i en forretningsmæssig kontekst, hvor enhver disposition skal kunne forsvares økonomisk og strategisk, mens konkurrencemyndighederne vurderer virksomhedernes ageren ud fra en mere teoretisk vinkel. En anden udfordring er, at virksomhederne tidsmæssigt skal foretage deres konkurrenceretlige vurdering af et konsortiesamarbejde før dette indgås og inden tilbudsfristen

udløber (ex-ante), hvorimod konkurrencemyndigheder vil foretage vurderingen af samarbejdet efterfølgende (ex-post) uden samme tids- og informationsmæssige begrænsninger.

DI finder derfor, at konkurrencemyndigheders nuværende restriktive tilgang bør ændres, så den bedre understøtter muligheder for konsortier.

Virksomheder, der deltager i et udbud, konkurrerer om at afgive det bedste tilbud til ordregiveren for at vinde opgaven. For nogle virksomheder kan det være nødvendigt at gå sammen med andre virksomheder i et konsortium for at kunne leve op til kravene i udbudsmaterialet eller på baggrund af forretningsmæssige eller strategiske overvejelser – herunder af hensyn til omkostningsbesparelser, højere kvalitet, risikospredning, innovation, fælles udviklede løsninger, fælles udnyttelse af know-how mv.

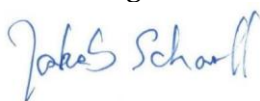
For særligt SMV'erne kan konsortiedannelse være nøglen til at vinde attraktive kontrakter. Men også mange større virksomheder har behov for kunne indgå i konsortier, særligt fordi udbuddene bliver større og større og ofte vil store udenlandske virksomheder også deltage i konkurrencen. Et konsortium giver både mulighed for ordretilgang og værdifuld praktisk erfaring for de enkelte konsortiedeltagerne. Dermed bidrager konsortier til, at der også fremover er effektiv konkurrence på markedet og understøtter samtidig den politiske målsætning om at fremme adgangen for SMV'er i offentlige udbud.

Både små og store virksomheder oplever imidlertid, at det er et område, der er meget vanskeligt at navigere sikkert i. På den ene side understøtter udbudsreglerne og -praksis muligheden for at afgive fælles bud. På den anden side står konkurrencereglerne, hvor tilgangen til konsortier er væsentlig mere restriktiv. Dette skaber desværre en høj grad af uklarhed, usikkerhed og risiko for virksomhederne.

Konsekvensen er, at mange virksomheder ikke tør indgå i konsortiesamarbejder, hvilket medfører en mindre effektiv konkurrence om opgaverne. Usikkerheden ved konkurrencereglerne kan også skræmme ordregiverne, så disse begrænser virksomhedernes muligheder for at afgive fælles bud i de konkrete udbud. Dette kan samlet set lede til mindre konkurrence, hæmme innovation i forhold til at løse de konkrete udbudte opgaver. Dette er hverken i virksomhedernes, ordregivernes eller samfundets interesse.

DI står naturligvis til rådighed for en uddybning af ovenstående, og ser frem til den kommende politiske behandling af udbudsloven.

Med venlig hilsen



Jakob Scharff
Branchedirektør

BILAG 1: Licitation

Indledningsvis undrer DI sig over, at regeringen har fundet det nødvendigt at foreslå en ændring af tilbudslovens § 7, uden at bestemmelsen har været en del af evalueringen eller har været genstand for en selvstændig analyse.

Det fremgik senest af Erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål 62 alm. del stillet af udvalget den 16. november 2021, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyser, at; *"Det har tidligere været overvejet, om tilbudsloven bør gennemgå et eftersyn. Dette kan evt. genovervejes, når revisionen af udbudsloven er gennemført."* Tilbudsloven har således ikke været genstand for evaluering eller selvstændig analyse.

Tilbudslovens § 7 indebærer en ret til, at de bydende kan være til stede ved åbningen af tilbuddene og til at blive bekendt med budsummer og eventuelle forbehold. Denne bestemmelse har sin rod i AB-systemet - fra den første AB fra 1890 og frem til AB51 § 2, stk. 4. Ifm. revisionen til AB72 udgik bestemmelsen, da reglen blev optaget i lov nr. 216 af 8. juni 1966 om licitation mv. (licitationsloven).

1.1. Opgør med 130 års tradition for gennemsigtighed

Lovforslaget lægger op til, at en over 130 årig tradition i den danske bygge- og anlægsbranche slettes, uden at bestemmelsen har været evalueret eller analyseret. Det finder DI stærkt beklæmrende.

Baggrunden for lovforslaget er, at indholdet af Tilbudslovens § 7 er *"utidssvarende"*.

DI bemærker dog, at der løbende er sket en tilpasning af bestemmelsen, således at bestemmelsen ikke skulle risikere at blive *"utidssvarende"*. Den tidligere licitationslovs § 3, stk. 1 var sålydende (lov nr. 216/1966):

"§ 3. Ved enhver licitation indgives buddene i lukket kuvert, der åbnes på licitationsstedet på et forud fastsat tidspunkt. De bydende er berettiget til at være til stede ved åbningen af buddene og til at blive bekendt med budsummerne og eventuelle forbehold".

I september 2001 blev licitationsloven fra 1996 afløst af tilbudsloven. Den nye lov skulle, som det fremgår af de almindelige bemærkninger til lovforslag nr. 140/2001, *"udstikke de fremtidige rammer for indhentning af tilbud på bygge- og anlægsområdet"*.

I Tilbudsloven blev i § 4, stk. 4 (nu stk. 5) blev indsat en i forhold til licitation ny bestemmelse om elektroniske tilbud. Bestemmelsen er sålydende:

"Stk. 4. Tilbud ved en licitation skal være skriftlige. Tilbud kan afgives elektronisk, medmindre udbyderen på forhånd har udelukket dette. Udbyderen kan bestemme, at tilbud skal afgives i elektronisk form".

Af lovforslag nr. 140/2001 fremgår følgende vedrørende § 4, stk. 4:

"Til § 4
[...]

Som noget nyt foreslås det endvidere, at udbyderen kan bestemme, at bud skal afgives i elektronisk form. Det er en forudsætning, at også elektroniske licitationsbud kan holdes »lukkede« indtil det tidspunkt, der er fastsat for åbningen af budene, jf. forslagets § 7”.

I Tilbudslovens § 7 blev indsat en bestemmelse, der svarer til den dagældende licitationslovs § 3, stk. 1, men dog således at det - i lyset af den nye bestemmelse i § 4, stk. 4 - ikke længere er et krav, at tilbud skal indgives i en ”lukket kuvert”.

Formålet med ændringen i bestemmelsen var at gøre Tilbudsloven teknologi-neutral.

Det fremgår af yderligere af bemærkninger til Tilbudsloven, at:

”Almindelige bemærkninger

[...]

Selv om gennemsigtighed generelt giver tilbudsgivere mulighed for at positionere sig ved fremtidige udbud, er der dog ved offentlige byggekontrakter et ønske om at give offentligheden bedst muligt indblik i forretningstransaktionerne og sikre, at der ikke varetages uvedkommende hensyn. Det foreslås derfor, at de gældende regler i licitationsloven videreføres, således at tilbudsgiverne er berettiget til at være tilstede ved åbningen af budene og til at blive bekendt med budsummer og eventuelle forbehold.

Til § 7

Efter bestemmelsen har de bydende adgang til at være tilstede ved åbningen af budene. Bestemmelsen svarer til licitationslovens § 3, stk. 1. Det er blevet anført imod den gældende regel, der også gælder for private bygherrer, at reglerne om åbenhed vedrørende indkomne licitationsbud dels har gjort det muligt for tilbudsgivere at kontrollere overholdelsen af en (ulovlig) tilbudskoordinering, dels gør det muligt for tilbudsgivere at positionere sig ved fremtidige tilbud, uden at behøve at gå »for langt ned« i pris. Forslaget skal imidlertid ses på baggrund af, at det styrker gennemsigtigheden ved offentlige kontrakter at opretholde en sådan bestemmelse i forhold til offentlige bygherrer”.

Når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anser som værende utidssvarende, så må alene forstås på en sådan måde, at styrkelse af gennemsigtigheden i udbud af offentlige kontrakter er utidssvarende. Det er naturligvis et synspunkt, som DI finder uforståeligt og bekymrende.

Et sådant argument er i direkte modstrid med hensynene bag både Tilbudsloven og Udbudsloven - ikke mindst set i lyset af, at Tilbudsloven fra 2001 netop fjernede den hidtidige barriere for brug af elektronisk udbud og tilbud, som ellers fulgte af den tidligere licitationslov fra 1966.

1.2. Kravet om fysisk tilstedeværelse

Det fremgår af lovforslaget, at ”*Kravet om tilstedeværelse er fortolket således, at det skal ske i form af fysisk fremmøde.*”.

DI er uenige i, at der skulle være et krav om fysisk fremmøde. Tilstedeværelsen kan ligeledes være elektronisk, hvilket er bakket op i den juridiske litteratur, jf. Hørlyck, Tilbudsloven med kommentarer, side 135. Det fremgår heraf, at Tilbudslovens § 7 også omfatter elektroniske licitationer.

Samme synspunkt synes også at kunne udledes af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledning til tilbudsloven (2005) fremgår følgende (understreget her):

"Kapitel 11 Brug af elektronisk udbud og tilbud

Med tilbudsloven er den hidtidige barriere for brug af elektronisk udbud og tilbud, som var en følge af licitationsloven, fjernet. Når udbyderen ønsker det, kan hele udbudsproceduren eller dele heraf forløbe ved elektronisk kommunikation. Tilbudsloven har derimod ikke givet anvisninger på hvilke krav eller procedurer, udbyderen og tilbudsgiverne bør overholde i forbindelse med brug af elektronisk kommunikation. Dette skyldes, at det ved lovens tilblivelse skønnedes mest hensigtsmæssigt at holde loven "teknologineutral"

Eksempel på et gennemført elektronisk udbud

[...]

Entreprenørerne afleverede deres tilbud ved at uploade deres udfyldte tilbudslister til udbudsplatformen. Autenticiteten blev bekræftet med digital signatur og modtagelsen af tilbuddet kvitteret elektronisk. Udbudsplatformen var åben for modtagelse af tilbud i perioden 1.-15. marts 2005.

Ved licitationen 15. marts kl. 14 blev tilbuddene åbnet og offentliggjort. Det skete ved at de indkomne tilbud på udbudsplatformen samtidig blev gjort tilgængelige for udbyder og de bydende".

På den tekniske gennemgang oplyste Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at Styrelsen nu – ud fra en streng ordlydsfortolkning – vurderer, at kravet om tilstedeværelse skal være fysisk. Det kan undre, når man læser Styrelsens tidligere vejledninger på området.

I praksis afholdes licitationer både ved fysisk fremmøde, rent elektronisk eller i en kombination af begge dele. De fleste elektroniske udbudssystemer understøtter en elektronisk tilstedeværelse ved åbning.

DI bemærker i den forbindelse, at der i klagenævns sagen af 15. marts 2021, Brd. Thybo A/S mod Horsens Kommune blev nedlagt påstand om, at ordregiver havde handlet i strid med tilbudsloven § 7 ved ikke at have gjort de bydende bekendt med eventuelle forbehold. I sagen gjorde Horsens Kommune gældende, at kommunen ikke havde tilsidesat tilbudslovens § 7. Sagen belyser en gængs fremgangsmåde for elektroniske licitationer.

"Licitationen blev gennemført digitalt via iBinder, hvor samtlige bydende skulle uploade deres tilbud inden for tilbudsfristen. Efter tilbudsfristens udløb genererede Horsens Kommune igennem systemet et resultat over indkomne tilbud, som blev sendt til de bydende

De udsendte oplysninger levede op til forpligtelsen i Tilbudslovens § 7, idet der både blev oplyst om entreprisesummen og tilstedeværelsen af forbehold. ”

Klagenævnet tog dog klagers påstand 1 til følge, hvorfor påstand 3 ikke blev behandlet af Klagenævnet. Sagen viser dog behovet for, at tilbudsgiverne bliver ”*bekendt med budsummer og eventuelle forbehold*” for at kunne sikre en effektiv kontrol med tildelingsbeslutningen.

1.3. Retten til at blive bekendt med budsummer og eventuelle forbehold

Derudover undrer det DI, at bemærkningerne kun forholder sig til ”*tilstedeværelse*” og ikke til, at Tilbudslovens § 7 også giver tilbudsgiverne ret til med det samme at blive gjort ”*bekendt med budsummer og eventuelle forbehold*”.

Tilbudsloven gælder for indkøb op til ca. 40 mio. kr. Bygge- og anlægsopgaver er allerede derfor specielle. Private virksomheder giver altså tilbud på endog meget store opgaver uden at nyde godt af den beskyttelse, der er i Udbudsloven.

Særligt SMV’er giver tilbud på udbud efter Tilbudsloven. Ordregiver indhenter ofte tilbud med korte frister og med hurtig efterfølgende opstart. I kommunerne anvendes ofte mindre lokale håndværkere. Disse virksomheder er kendetegnet ved, at de har få ansatte, og at de med kort tids varsel skal servicere kommunerne. Såfremt disse virksomheder ikke omgående får besked om, hvorvidt de kan forvente at vinde opgaven, så vil virksomhederne være bundet unødigt længe af deres tilbud. Når SMV’ers ressourcer bindes over længere tid, så bliver det vanskeligere at drive virksomhed, og der er risiko for, at der ikke er planlagt arbejde til medarbejderne.

Det er derfor vigtigt for disse virksomheder, at de opnår en meget hurtig afklaring. Det understøtter en sund konkurrence og sikrer, at virksomhederne har den agilitet som ofte er nødvendig i løsningen af særligt kommunale opgaver.

Et eksempel på dette var de løsninger som kommuner og håndværkere fandt i foråret 2020 under første COVID-19 nedlukning, hvor der blev lavet renoveringsarbejder på lukkede skoler, institutioner og andre kommunale bygninger. En sådan agilitet er i alles interesse.

1.4. Uklarheder i Tilbudsloven, når man fjerner en del af loven

Tilbudsloven indeholder meget få formkrav til udbudsforretningen. Der er blandt andet ikke et offentliggørelseskrav i Tilbudsloven på samme måde som i Udbudsloven. Det betyder, at en lang række beslutninger er mørklagte, hvilket klagenævns sagen 30. marts 2020, Dansk Byggeri mod Tårnby Kommune er et godt eksempel på.

Hvis de bydende ikke bliver bekendte med budsummer og forbehold, så kan der ikke føres en effektiv kontrol med ordregivers tildelingsbeslutninger, hvilket i sig selv er retssikkerhedsmæssigt problematisk.

Såfremt Tilbudslovens § 7 afskaffes, vil der opstå tvivl om, hvorvidt ordregiver blot kan forhandle med lavestbydende uden at oplyse det til de øvrige bydende, jf. Tilbudslovens § 10.

Det er uklart, hvorvidt der med sletningen af Tilbudslovens § 7 skal ske en underretning efter tilbudslovens § 14 før end der kan forhandles med lavestbydende.

Som praksis er i dag, så bliver alle bydende bekendt med budsummerne, hvorefter ordregiver kan iværksætte forhandlinger med lavest bydende inden tildeling efter tilbudslovens § 14.

1.5. Vurdering af konsekvenser

1.5.1. Forventet lav andel af frivillig anvendelse

Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår det, at der *”Med ændringen vil der ikke længere være nærmere regler i loven for, hvordan åbningen af tilbud skal foregå”*. Med andre ord synes Styrelsens argumentation, at det fortsat vil være muligt for ordregivere afholde licitationer.

Det er dog utvivlsomt, at der er en stor tilbageholdenhed fra ordregivere, når det kommer til at give tilbudsgivere større gennemsigtighed end hvad der fremgår af loven. Dette ses blandt andet i anvendelsen af to-kuvert-systemet som kun sjældent anvendes frivilligt. DI er overbevist om, at kun en meget lille andel af ordregiver vil benytte sig af at afholde fysiske, elektroniske eller blandede licitationer.

1.5.2. Ringere konkurrence

På tilbudslovens område anvendes tildelingskriteriet ”laveste pris” oftest. Med tilstedeværelsen på licitationen ved tilbudsgiverne hurtigt, hvorvidt de skal udføre opgaven eller forventes at blive frigjort. Ofte er fristerne meget korte, og opstarten af opgaven sker ofte umiddelbart efter licitationen.

Såfremt tilbudsgiverne ikke omgående bliver bekendt med licitationsresultatet, vil tilbudsgiverne ikke kunne allokere deres ressourcer anderledes. I den forbindelse vil tilbudsgiverne som minimum have en vedståelsesfrist på 40 arbejdsdage jf. tilbudslovens § 3, stk. 2, hvilket betyder at tilbudsgiverne reelt har låst deres ressourcer indtil der sker tildeling. Såfremt tilbudsgiverne ikke omgående ved, hvorvidt det kan blive bundet af deres tilbud, vil det føre til en ringere konkurrence på et ellers stærkt konkurrencepræget marked.

Den ringere konkurrence vil føre til dyrere tilbud for det offentlige – stik i mod formålet med tilbudsloven.

1.5.3. Flere klagesager

På tilbudslovens område har der de seneste 5 år blot været 4 klager til Klagenævnet for Udbud i gennemsnit årligt. Ud fra et konservativt skøn afholdes der over 2.500 licitationer efter tilbudsloven. Der er altså en meget lille klagelyst på disse opgaver. DI vurderer, at den manglende gennemsigtigt som sletningen af tilbudslovens § 7 medfører, vil føre til en markant stigning i antallet af klagesager. Dette er spild af samfundets ressourcer.

1.6. *Forslag til opdatering af Tilbudslovens § 7*

Såfremt problemet med Tilbudslovens § 7 måtte være et fysisk fremmøde, så foreslår DI, at Tilbudslovens § 7 i stedet opdateres, således at det klart fremgår, at tilstedeværelsen både kan være fysisk eller digital.

Forslaget samt forslaget bemærkninger lyder således:

Afholdelse af licitation

”§ 7. Ved en licitation åbnes tilbuddene på licitationsstedet på et forud fastsat tidspunkt. Afholdes licitationen fysisk, er de bydende er berettiget til at være til stede ved åbningen af tilbuddene og til at blive bekendt med budsummer og eventuelle forbehold. Afholdes licitationen elektronisk skal udbyderen gøre de bydende bekendt med budsummer og eventuelle forbehold straks efter licitationens afholdelse”.

Bemærkninger:

Den nugældende § 7 finder også anvendelse ved elektroniske licitationer, det vil sige licitationer, der afholdes uden de bydendes fysisk fremmøde, hvilket kan give nogle tekniske udfordringer. Set i lyset af, at flere og flere licitationer afholdes elektronisk, forslås det, at § 7, herunder bestemmelsens overskridt, ændres og præciseres.

§ 7, 1. pkt. er uændret.

§ 7, 2. pkt., er uændret men dog således at det er præciseret, at bestemmelsen alene finder anvendelse, når licitationen afholdes fysisk, på det at udbyderen oplyste licitationssted.

§ 7, 3. pkt. er nyt. Bestemmelsen retter sig mod elektroniske licitationer, og giver udbyderen pligt til at de bydende bekendt med budsummer og eventuelle forbehold straks efter den elektroniske licitations afholdelse. ”Straks efter” skal forstås som samme dag som licitationens afholdelse.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
ok@kfst.dk

Danske Arkitektvirksomheder
Vesterbrogade 1E, 2. sal
1620 København V

Tlf. 32 83 05 00
info@danskeark.dk
www.danskeark.dk
&

Foreningen af Rådgivende
Ingeniører
Vesterbrogade 1E, 3. sal
1620 København V

Tlf. 35 25 37 37
fri@frinet.dk
www.frinet.dk

**Danske Arkitektvirksomheder og Foreningen af Rådgivende Ingeniørers
høringssvar vedrørende lovforslag til ændring af udbudsloven, lov om
indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter
og lov om Klagenævnet for Udbud**

Dato: 04-03-2022
Journalnr.: 3/udbudsl.
Ref.: PD/US

Hermed fremsendes Danske Arkitektvirksomheder (DANSKE ARK) og Foreningen af Rådgivende Ingeniører's (FRI) fælles kommentarer til lovforslag om ændring af udbudsloven, tilbudsloven og lov om Klagenævnet for Udbud.

Generelle kommentarer til lovforslaget:

DANSKE ARK og FRI havde på baggrund af regeringens lovprogram fra oktober 2021 forventet, at der ville komme flere positive tiltag til fremme af innovation og hensynet til de små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige kontrakter. I lovforslaget synes disse ambitioner desværre stort set at være forsvundet.

Den nuværende udbudslovs § 155, nr. 2, som omhandler kravet om, at referencer for tjenesteydelser maksimalt må være tre år gamle, er fortsat en udfordring. Ikke mindst når referencekravet sammenholdes med den udbredte anvendelse af rammeaftaler, herunder strategiske partnerskaber, indenfor byggeri. Selvom en egentlig ændring af udbudslovens § 155, nr. 2 (og fem år for bygge- og anlægsarbejder i nr. 1) næppe kan gennemføres, fordi grænserne er reguleret i udbudsdirektivet, opfordrer DANSKE ARK og FRI til at overveje om adgangen til at fravige tre års reglen kan uddybes yderligere, således at ordregivere i højere grad kan gennemskue hvornår fravigelse kan ske af hensyn til konkurrencesituationen. En yderligere uddybning af adgangen til at fravige reglen, vil medvirke til at ordregivere i højere grad ville benytte adgangen til gavn for konkurrencen og de mindre virksomheders adgang til offentlige opgaver.

DANSKE ARK og FRI hæfter sig ligeledes ved at "to-kuvert systemet" ikke bliver udvidet til at omfatte alle typer indkøb. Det er gavnligt for gennemførelse af en kvalitativ evaluering, at de kvalitative kriterier vurderes før tilbudsprisen

afsløres, og de hensyn som førte til indførelsen af et "to-kuvert system" på de helt store bygge- og anlægsopgaver gælder i princippet alle typer indkøb.

Erfaringsmæssigt har organisationerne set en tendens til at ordregivere laver omkostningstunge udbud for indkøb under 500.000 kr's grænsen. Derfor anbefaler organisationerne at udvide grænsen for anvendelse af udbudslovens § 193 om indkøb af små rådgiverydelser - og varer, således at de fremadrettet også omfatter indkøb under 500.000kr, dvs alle indkøb op til tærskelværdien og ikke kun fra 500.000 kr. og op til tærskelværdien.

Konkrete kommentarer til lovforslaget:

Nr. 1. § 5 a om offentlighed:

Ændringen giver mening i det omfang konkurrenter søger aktindsigt med det ene formål at kopiere andres løsninger. Men omvendt kan begrænsningen i aktindsigt blive en retssikkerhedsmæssig glidebane, hvis tilbudsgiverne eksempelvis ikke kan få adgang til at se alle tilbud med henblik på at vurdere om en valgt evalueringsmodel er lovlig. Man kan med fordel overveje at ændre bestemmelsen således, at hovedreglen er aktindsigt, og undtagelsen er de situationer hvor aktindsigtsadgangen misbruges til at skaffe en leverandør konkurrencemæssige fordele.

Nr. 12 § 66, stk. 1

FRI og DANSKE ARK tager positivt imod forslaget om, at ændre § 66, stk. 1, således at ordregiver kan nøjes med at vælge nogle af de prækvalificerede til at deltage i forhandlingen.

Nr. 14 § 100, stk. 3

Ligeledes anses det for positivt, at tildelingskriterier for miniudbud ifm. rammeaftaler jf. § 100 skal offentliggøres ved udbudsmaterialet, så de bydende er bekendt med konditionerne.

Nr. 19 § 136, nr. 4

En ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, når ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgeren eller tilbudsgiverens integritet.

Det er i lovbemærkningerne angivet, at dette f.eks. kan være ved manglende overholdelse af miljømæssige- eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handicappede, samt ved overtrædelser af skatteregler, konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret.

På trods af ovennævnte lovbemærkninger er udtrykket "integritet" fortsat meget diffust. Vil en projekterende rådgiver, der ved en forglemmelse har fejlprojekteret i strid med bygningsreglementet og derved overset en handicapforanstaltning, have sået tvivl om sin integritet? Er det tilfældet, forekommer reglen at være for vidtgående, idet den type fejl i

erstatningsmæssig sammenhæng ikke vurderes at være grov uagtsom og i øvrigt er forsikringsdækket.

Det er ikke klart i lovforslaget, om enhver overtrædelse af disse regler skal medføre udelukkelse, eller om det kun er visse grovere overtrædelser. Ordregiver er nok tiltænkt et vist skøn ved vurderingen af, hvornår en ansøger eller tilbudsgiver skal udelukkes. Det rejser spørgsmålet om bestemmelsen giver den tilstrækkelige retssikkerhed?

Det anbefales, at bestemmelsen med henblik på at sikre proportionalitet skal være betinget af en strafferetlig sanktion, før den obligatoriske udelukkelse træder i kraft. I modsat fald risikeres en for tilfældig behandling, der kan være ude af proportion i forhold til handlingen.

Nr. 21 § 138, stk. 1

Vejledende udtalelse for pålidelighed (self-cleaning) skal fremover indhentes hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, inden ordregiver træffer beslutning om, hvorvidt ansøger eller tilbudsgiver skal udelukkes.

DANSKE ARK og FRI er bekymrede for om ordningen vil skabe flaskehals, idet udbudsforretninger ofte opererer med korte frister. Hvis sagsbehandlingen ikke gennemføres hurtigt, kan det få alvorlige konsekvenser for de tilbudsgivere, hvis pålidelighed skal påvises.

Organisationerne opfordrer til at der sikres en hurtig sagsbehandling og evt. en slags "fast track" ordning.

Nr. 22 og 23 §§ 138, stk. 6 og 138, stk. 7

Forlængelse af den maksimale udelukkelsesperiode.

Den maksimale udelukkelsesperiode for obligatoriske udelukkelsesgrunde foreslås forlænget fra fire år til fem år, og fra to år til tre år, hvis ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af en af de obligatoriske eller frivillige udelukkelsesgrunde.

Formålet er ifølge lovbemærkningerne at øge den præventive effekt af udelukkelsesreglerne samt "tvinge" udelukkede ansøgere og tilbudsgivere til at overveje, om iværksatte foranstaltninger til dokumentation for pålidelighed er tilstrækkelige.

Udbudslovsudvalget valgte i sin tid en lavere periode end direktivet under henvisning til at strafferegistret har to års forældelse og at fire år er rigeligt til at kunne ødelægge forretningsgrundlaget for en virksomhed, der baserer sig på handel med det offentlige.

Baseret på de - få - sager der har været, forekommer den offentlige ydmygelse, erstatning og straf i sig selv at have haft rigelig præventiv virkning. Umiddelbart forekommer det derfor ikke nødvendigt at ændre de nuværende bestemmelser.

Nr. 24, § 145, stk. 2

Tilføjjelsen er sympatisk og på papiret godt for SMV'ere. Spørgsmålet er dog om denne regel er tilstrækkelig til at fremme SMV'eres adgang til offentlige indkøb.

Ad bemærkningerne på 55, som omtaler sammenhængen til § 142, stk. 2 (2 led om undtagelsen):

Formuleringen: *"..Sådanne tilfælde kan omfatte øgede risici forbundet med kontraktens gennemførelse eller den kendsgerning, at kontraktens rettidige og korrekte gennemførelse er kritisk, eksempelvis fordi den udgør en nødvendig forudsætning for andre kontraktors gennemførelse.."* er ikke befordrende for adgangen til offentlige byggeprojekter for eksempelvis små og mellemstore arkitekt- og ingeniørvirksomheder, som netop leverer planlægning og projektering af efterfølgende bygge- og anlægskontrakter.

Med ovennævnte formulering vil en ordregiver inden for indkøb af arkitekt- og ingeniørrådgivning altid kunne omfatte et indkøb under undtagelsesbestemmelsen i nuværende § 142, stk. 2, 2. pkt., 2 led. Det betyder, at de små og mellemstore arkitekt- og ingeniørvirksomheder fortsat begrænses i deres adgang til offentlige opgaver.

Efter DANSKE ARK og FRI's opfattelse er der intet belæg for lovbemærkningernes underliggende antagelse om at små og mellemstore virksomheder ikke kan levere rettidigt eller korrekt på offentlige kontrakter. Og med bemærkningen på side 55 bliver det gjort legitimt at henvise til undtagelse til omsætningsreglen ved indkøb af arkitekt- og ingeniørrådgivning. Formuleringen er således ikke SMV-venlig, og bør genovervejes i det videre forløb.

Det bør i øvrigt overvejes om manglende begrundelse for undtagelser til omsætningsreglen skal sanktioneres på samme måde som manglende begrundelse af følg eller forklar-princippet ved opdeling af indkøb i lodder efter § 49, stk. 2.

Nr. 29-31 § 176, stk. 2 – 4

Krav om anvendelse af personer under oplæring:

DANSKE ARK og FRI skal indledningsvis beklage, at udbudsloven går fra at være en proceslov til også at indeholde materielle bestemmelser om konkrete forhold. Indførelse af et krav om anvendelse af personer under oplæring er et eksempel på en regulering af forhold, som ikke hører hjemme i en proceslov.

Lovforslaget omtaler anvendelse af lærlinge som et eksempel på hvordan et krav om oplæring kan opfyldes. DANSKE ARK og FRI savner svar på hvilke andre eksempler der tænkes på?

DANSKE ARK og FRI henleder opmærksomheden på, at der findes en langt række brancher hvor personer under oplæring ikke indgår. Det drejer sig typisk

om brancher, der ansætter personer med længerevarende uddannelser, eksempelvis arkitekt- og ingeniørbranchen mv. selvom der naturligvis indgår en uformel oplæring af eksempelvis nyuddannede kandidater etc.

Når Erhvervsministeren udfylder den nye regel i en bekendtgørelse, er det derfor vigtigt, at reglerne udformes på en måde, der sikrer at virksomheder/brancher, som ikke opererer med personer under oplæring, ikke kommer i klemme som følge af udbudskrav, der reelt er umulige at opfylde. Det henstilles, at der indføres en positivliste over de brancher, hvor der arbejdes med personer under oplæring.

Det anslås i lovforslaget, at indførelsen af krav om oplæring vil medføre omkostninger for Stat, regioner og kommuner på ca. 24 mio. kr. Korrektheden af dette tal kan ikke vurderes, men opmærksomheden henledes dog på, at kravet kan medføre dyrere tilbud, fordi udgiften til lærlinge vil blive lagt oven i tilbudssummen.

En ny fælles udbudsplatform

Danske Arkitektvirksomheder og FRI sætter pris på initiativer, der kan gøre det lettere og mere enkelt at byde på offentlige opgaver, end tilfældet er i dag. Men man bør ikke starte forfra med at udvikle systemer, når der allerede findes udbydere på det fri marked.

Det vil være fornuftigt at revidere det digitale set-up bag ESPD'et, så gebyropkrævning for brugerne ensrettes og ikke mindst med henblik på, at ESPD'et fremadrettet sikrer fri og direkte adgang til udbudsmaterialer og giver mulighed for datagenbrug, så man kan opnå den tiltænkte besparelse på transaktionsomkostninger.

Men det forekommer uhensigtsmæssigt og ikke mindst uøkonomisk at opfinde et nyt system, når der eksisterer relevante systemer. I stedet for at in source udbudsplatformen anbefales det at udbyde udbudsportalen m.m. på en eller flere rammeaftaler, hvor styrelsen klart foreskriver ensartet struktur/opsætning med henblik på dataudveksling og gebyrpolitik, således at systemerne kan ændres undervejs for at optimere systemet.

Nr. 35 § 13 a. I Lov om Klagenævnet for Udbud:

Ændringen forekommer umiddelbart sympatisk for SMV'erne, idet ordregiver kan pålægges en økonomisk sanktion, hvis de ikke overholder udbudslovens § 49, stk. 2 om at begrunde hvorfor man har fravalgt opdeling af indkøb i lodder (følg eller forklar).

Truslen om en sanktion må imidlertid vurderes at være rent teoretisk. I en situation hvor en ordregiver har undladt at give en forklaring på hvorfor en konkret opgave ikke er blevet opdelt i lodder efter § 49, stk. 2, vil ingen forbigående tilbudsgivere, som eventuelt måtte have retlig interesse, have incitament til at anlægge en klagesag. Hvorfor skal et lille rådgivningsfirma bruge 20.000 kr. i gebyr til Klagenævnet samt omkostninger til advokat for at anlægge en klagesag, når eneste sanktion er en økonomisk sanktion, som går

i Statskassen? Beskyttelsen er således rent teoretisk og kommer ikke til at gavne SMV'erne. SMV'erne har ganske enkelt ikke noget reelt incitament for at klage over manglende begrundelse.

Med venlig hilsen

Preben Dahl
Chefjurist, Danske Ark

Ulla Sassarsson
Vicedirektør, FRI

København, den 4. marts 2022

Høringssvar – Forslag til Lov om ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud

BL – Danmarks Almene Boliger har den 3. februar 2022 modtaget høring over lovforslag om ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud.

BL takker herfor og har følgende bemærkninger til høringen:

Udbud med forhandling (§ 1, nr. 9-12) og konkurrencepræget dialog (§ 1, nr. 13)

Det er positivt, at der nu kommer en præcisering af, hvad der også kan indgå i vurderingen af, om betingelserne for udbud med forhandling er opfyldt. Tilsvarende er det positivt, at der jf. § 1, nr. 12 ikke nødvendigvis skal forhandles med alle tilbudsgivere, hvis det indledende tilbud ikke accepteres.

Det fremgår ikke om og i så fald, hvilke krav der stilles til ordregiver i forbindelse med frasortering inden forhandling. Dette må tolkes som, at fravælgelse kan ske uden yderligere argumentation.

Det fremgår af bemærkningerne, at udbud af standardbygninger, -tjenesteydelser eller -varer generelt ikke giver ordregivere adgang til at anvende udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog.

Da udbudsformen forekommer hyppigt anvendt i forbindelse med byggeri, ville det være ønskværdigt, hvis bemærkningerne nærmere beskriver, hvad der f.eks. forstås ved "standardbygning", som udelukker udbudsformen.

Byggeri er som udgangspunkt ikke en hyldevare, men en konkret sammensat opgave både hvad angår projektmaterialet og den udførelsesmæssige del. Det forekommer uhensigtsmæssigt, hvis ordregivere skal gennem omfattende klagesager for at bevise, at deres byggerier ikke er "standardbyggerier".

Bl.a. bør bestemmelsen ikke kunne fortolkes til ugunst for den almene sektor, som er omfattet af økonomiske rammebælb, som lægger en vis form for begrænsning omkring kvalitetsniveauer, samt det forhold, at det falder inden for den almene sektors opgave, gentagne gange at tilvejebringe boliger. Dette må ikke gøre byggeopgaven til et "standardbyggeri".

BL bemærker, at det kun er muligt at ændre i mindstekrav ved konkurrencepræget dialog, mens dette ikke er muligt ved udbud med forhandling.

Betingelserne for at anvende konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling er de samme.

Behovet for og adgangen til at kunne ændre i mindstekrav bør derfor være den samme, hvad enten der anvendes udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog.

Udelukkelse af tilbudsgivere (§ 1, nr. 19)

BL bakker op om intentionen bag forslaget § 1, nr. 19 om udelukkelse af tilbudsgivere, men ønsker at påpege, at det i praksis kan være vanskeligt for ordregiver at vurdere/påvise, om ansøgeren eller tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet.

Det fremgår af bemærkningerne, at alvorlige forsømmelser, der kan skabe tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet, eksempelvis kan være: manglende overholdelse af miljømæssige eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handicappede, samt overtrædelser af skatteregler, konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret.

I modsætning til hvad der fremgår af direktivet, er udelukkelsesgrunden i § 1, nr. 19 gjort obligatorisk i udbudsloven. Det fremgår imidlertid ikke, om ordregiver vil være forpligtet til selvstændigt at tage initiativ til at undersøge om tilbudsgiverne potentielt kunne være omfattet af § 1, nr. 19. Dette ville i så fald kunne medføre en betydelig administrativ byrde for ordregiver samt forsinkelser i udbudsprocessen.

Vejledende udtalelse fra Konkurrencemyndighederne (§ 1, nr. 21)

BL finder det positivt, at der skabes en central enhed, jf. § 1, nr. 21, der kan vurdere, om der er baggrund for at udelukke en ansøger/tilbudsgiver eller om ansøger/tilbudsgiver er pålidelig.

Det kan dog undre, at der består en pligt for ordregivere til at bede den centrale enhed om en udtalelse, som ordregiveren efterfølgende selv kan beslutte om man vil følge eller ej.

BL er desuden bekymret for, at forslaget medfører "flaskehalsproblematik" og dermed påfører ordregiver omkostninger og giver uforudsigelige tidplanforløb for udbudsprocesser, som i forvejen er "tidsmæssige tunge".

BL foreslår, at bestemmelsen formuleres som en pligt for styrelsen til at bistå ved ordregivers eventuelle henvendelse og blot en mulighed for ordregiver til at benytte.

Socialklausuler (§ 1, nr. 29-30 og § 3, nr. 37-38)

Der indføres en pligt for ordregivere til at indføre krav i kontrakten om anvendelse af elever omfattet af en uddannelses- og praktikaftale ved gennemførsel af offentlige kontrakter.

Bestemmelsens ordlyd giver anledning til tvivl om, hvorvidt de almene boligorganisationer er omfattet af bestemmelsen, eller om de qua forudsætningen om "offentlige kontrakter" er undtaget. Dette ønskes præciseret.

Hvis de almene boligorganisationer er omfattet, bemærkes, at det i overensstemmelse med styrelsens vejledningsmateriale, bør fremhæves i forarbejderne, at hvis kontrakten alene indebærer arbejdsopgaver, som ikke er relevante for uddannelses- og praktikaftaler, vil det som udgangspunkt ikke være proportionalt at stille krav om ansættelse af elever til at udføre opgaven.

F.eks. kan en entrepriseopgave indeholde et uforholdsmæssigt stort indkøb af byggemateriale og dermed ikke faglært arbejde. Ligeledes bør det fremgå klart, hvorledes ordregiver/bygherre skal stille sig, såfremt en del af arbejdet ikke udføres på pladsen i Danmark men f.eks. hos en

producent, som kan være hjemmehørende enten i Danmark eller i udlandet. Dette har i praksis hidtil givet anledning til en del tvivl. Ordregivers mulighed for at kunne øve kontrol nationalt eller i udlandet bør ligeledes indgå i overvejelser om reglens anvendelse.

Økonomisk sanktion for ikke at opdele kontrakter (§ 2, nr. 35)

Bestemmelsens ordlyd *"Efter påstand fra klageren pålægger Klagenævnet for Udbud..."* indikerer en pligt for Klagenævnet til at pålægge en økonomisk sanktion på 1 pct. af værdien af den udbudte kontrakt, dog maksimalt 100.000 kr.

I fald bestemmelsen i praksis kan få den konsekvens, at Klagenævnet for Udbud ikke alene foretager en formel prøvelse af, om begrundelse er givet, men også en materiel prøvelse af, om begrundelsen kan godkendes, kan dette være særdeles uhensigtsmæssigt og økonomisk byrdefuldt, ikke mindst i forbindelse med indkøb af for bygge- og anlægsopgaver. Det ønskes præciseret i bemærkninger, at Klagenævnet alene skal påse om begrundelse foreligger, men ikke om den er acceptabel.

Byggeri projekteres og udbydes typisk i enten fag-, hoved- eller storentreprise. Bygherrens valg af entrepriseform afhænger af flere elementer, som legitimt har til formål at sikre et byggeri uden fordyrende budgetoverskridelser og for mange fejl og mangler, hvilket igennem årtier også har haft stor politisk bevågenhed. Nye samarbejdsformer med f.eks. færre kontraktparter har været ét af "værktøjerne" til forebyggelse af disse problemstillinger.

Det vil være nærmest uansvarligt at skulle udbyde et stort byggeri i fagentreprise, som dels kræver stor koordineringsindsats og dels risiko for uklare grænseflader mellem de forskellige fag, forsinkelsesproblematikker og i sidste ende fordyrende og forsinkende byggerier.

Det er uklart med forslaget, hvilken begrundelse og dermed bevisbyrde, ordregiver skal løfte for netop i byggeriet at tilrettelægge enterpriseformen, og dermed antallet af kontraktparter, uden at kunne rammes af en økonomisk sanktion.

Det forekommer besynderligt, hvis ordregiver skulle fremføre argumenter for, at større byggerier kan udbydes i hovedentrepriser. Det er også værd at bemærke, at små og mellemstore virksomheder ofte leverer arbejde til hovedentreprenøren som underentreprenør, hvorfor problematikken og sanktionsbestemmelsen virker ude af proportioner.

Oplæsnings af tilbudssummer (§ 3, nr. 37)

BL bakker op om, at tilbudslovens nuværende § 7 vedrørende oplæsning af budsummer og eventuelle forbehold ophæves.

BL stiller sig gerne til rådighed for en nærmere uddybning af ovenstående.

BL har herudover ikke yderligere bemærkninger til høringen.

Med venlig hilsen



Bent Madsen
Adm. direktør

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

Kontor/afdeling
Center for vedvarende
energi

Dato
04-03-2022

J nr. 2022-6888

/clnb

Høringssvar til forslag til lov om ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov og klagenævnet for udbud

Energistyrelsen (ENS) har følgende bemærkninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens (KFST) fremsendte lovforslag.

Generelt

ENS udbyder bl.a. koncessionskontrakter som, efter en konkret vurdering, udbydes enten i medfør af udbudsloven¹ eller koncessionsdirektivet.² Koncessionsdirektivet er implementeret i dansk ret ved en bekendtgørelse.³ Det fremgår af bekendtgørelsen, hvilke af udbudslovens bestemmelser, som finder anvendelse for udbud efter koncessionsdirektivet.

ENS anbefaler generelt, at der tydeligt tages stilling til, om ændringerne har indflydelse på udbud efter koncessionsdirektivet, for at undgå tvivl om retstilstanden.

Nedenfor er ENS' bemærkninger til udvalgte af lovforslagets bestemmelser.

Ad pkt. 1 om forslag til § 5 a

ENS er enig i bestemmelsens formål, som beskrevet i forarbejderne til lovforslaget. Ydermere vurderes bestemmelsen at kunne lette arbejdsbyrden for ordregiver. Det fremgår dog ikke, om bestemmelsen også gælder for koncessionsdirektivet. Det antages dog umiddelbart, at bestemmelsen analogt også vil finde anvendelse for udbud efter koncessionsdirektivet, grundet foreneligheden mellem udbudsdirektivets art. 21 og koncessionsdirektivets art. 28.

ENS anbefaler, at der tages eksplicit stilling til, om bestemmelsen også skal omfatte udbud efter koncessionsdirektivet.

Ad pkt. 16 om forslag til § 134 a

Det fremgår af implementeringsbekendtgørelsen til koncessionsdirektivets § 3, stk. 1, nr. 1, at udelukkelsesgrundene i udbudsloven §§135-137 finder anvendelse for ordregivende myndigheder. Idet §134 a ikke fremgår af bekendtgørelsen, vil

¹ Lov nr. 1564 af 15/12/2015.

² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU.

³ BEK. nr. 1625 af 15/12/2015.

Energistyrelsen

Carsten Niebuhrs Gade 43
1577 København V

Niels Bohrs Vej 8
6700 Esbjerg

T: +45 3392 6700
E: ens@ens.dk

www.ens.dk



bestemmelsen, efter ENS' opfattelse, ikke finde anvendelse for udbud efter koncessionsdirektivet.

ENS anbefaler, at der eksplicit tages stilling til, om bestemmelsen også omfatter udbud gennemført efter koncessionsdirektivet.

Ad pkt. 19 om forslag til § 136, stk. 1, nr. 4

Ordregiver skal, med de nuværende regler, tage konkret stilling til, om den frivillige udelukkelsesgrund er relevant for det konkrete udbud. Ordregiver vil, med lovforslaget, i alle tilfælde være forpligtet til at foretage en undersøgelse og vurdering af, om eventuelle tidligere forsømmelser fra en ansøger eller tilbudsgiver kan dokumenteres og er tilstrækkelig væsentlige.

Ved at ændre udelukkelsesgrunden fra en frivillig udelukkelsesgrund til en obligatorisk udelukkelsesgrund, påføres ordregiver potentiel betydelig administrativ sagsbehandlingsbyrde, der ikke direkte behøver at ændre antallet udelukkelser fra offentlige udbudsprocesser.

Udelukkelsesgrunden i § 136, stk. 1, nr. 4, er formuleret meget bredt, og kan omfatte mange forskellige situationer. Samtidig er det ordregivers bevisbyrde at dokumentere, at ansøger eller tilbudsgiver rent faktisk har begået en forsømmelse, der er tilstrækkelig væsentlig til, at forsømmelsen kan bære en udelukkelse fra udbuddet. I praksis er der tale om en meget vanskelig vurdering, hvor det i mange tilfælde ikke vil være muligt at fremskaffe den tilstrækkelig dokumentation.

ENS anbefaler, at lovforslagets ændring af udelukkelsesgrunden vedr. ansøger eller tilbudsgivers forsømmelser begået i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv ikke gennemføres, og derved forbliver som frivillig udelukkelsesgrund.

Ad pkt. 21 om forslag til § 138, stk. 1.

Det fremgår af forarbejderne til lovforslaget, at den foreslåede ordning om høring hos KFST, i sidste ende vil skabe administrative besparelser. ENS er uenig i, at en obligatorisk høring i KFST vil medføre administrative besparelser, særligt når KFSTs vurdering vil være valgfri for ordregiver at antage, og ordregiver derved fortsat skal sætte sig ind i dokumentationen og foretage egen vurdering. ENS forventer dertil, at høringsprocessen vil betyde en betydelig forlængelse af udbudsprocesser i al almindelighed, og potentielt øge de administrative omkostninger.

ENS anbefaler, at den foreslåede ændring af udbudsloven § 138, stk. 1, ikke gennemføres som en obligatorisk ordning, men i stedet en valgfri ordning, som fortsat vurderes at være inde for rammerne af bemærkningerne til lovforslaget, om anbefalingerne fra arbejdsgruppen om eventuelle regelændringer på baggrund af Atea-sagen.

Dato 04.03.2022
Initialer FRJ

Til KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSEN, ERHVERVSMINISTERIET

Vedr.: Høring over lovforslag til ændring af udbudsloven, m.fl.

Selvom Uddannelsesforbundet ikke fremgår direkte af høringslisten, fremsendes hermed nedenstående bemærkninger til lovforslaget.

Vi bakker op om høringssvar afgivet af FH.

Vi vil supplerende fremføre, at der i udbudsloven også er behov for at adressere de problemstillinger, der kommer ved udbud af kommunale driftsopgaver, hvor der udliciteres for ganske store summer.

Uddannelsesforbundet er af den opfattelse, at udliciteringen ikke skal medføre en forringelse af de ansattes løn- og ansættelsesvilkår. Konkurrenceudsættelsen er en måde op opnå fleksibilitet og effektivisering i den udstrækning de private aktører konkurrerer på kvalitet, men konkurrencen skal ikke medføre en konkurrence på økonomi, som udtrykkes i løn- og ansættelsesvilkår i privat regi, som samlet set er ringere end vilkårene i den offentlige sektor for det samme arbejde.

Arbejdsklausuler bør være et krav ikke kun ved statslige men også ved kommunale udbud. Mange kommuner benytter allerede arbejdsklausuler, men vores erfaring er, at tilsyn og kontrol med overholdelse af klausulerne vanskeliggøres af, at der ikke er landsdækkende overenskomster på det private område for alle typer af arbejde, herunder undervisning. Vi er hidtil blevet afvist i vores synspunkt om, at en offentlig overenskomst for tilsvarende arbejde kan bruges som en referenceoverenskomst ift. vurderingen af løn- og ansættelsesvilkår. Vi er af den opfattelse, at landsdækkende overenskomster på det offentlige område burde kunne anvendes som referenceoverenskomster ved håndhævelse af arbejdsklausuler.

En anden problemstilling vi oplever ved konkurrenceudsættelse og særligt ved genudbud af kommunale opgaver relaterer sig til virksomhedsoverdragelsesloven. I dag er det sådan, at vælger en kommune ikke at indskrive virksomhedsoverdragelsesloven i udbudsmaterialet, så er det op til medarbejderne/fagforeningen efterfølgende at få fastslået, om der er tale om en virksomhedsoverdragelse eller ej. Det skaber usikkerhed hos både medarbejdere og tilbudsgivere. Der er derfor klare fordele for udbydere, borgerne og de berørte medarbejdere, hvis det klart fremgår af udbudsloven, at virksomhedsoverdragelsesloven finder anvendelse ved både førstegangsudbud og genudbud.



Krav om anvendelse af virksomhedsoverdragelsesloven i udbudsmaterialet vil betyde en sikkerhed for medarbejderne; de vil kunne fortsætte deres ansættelsesforhold, herunder bevare deres opsigelsesvarsel samt øvrige individuelle og kollektive arbejdsvilkår. Uden virksomhedsoverdragelseslovens anvendelse stilles medarbejderne urimeligt. Medarbejderne vil ofte blive opsagt, da opgaven kan forsvinde for den nuværende leverandør. Ved et eventuelt job (efter ansøgning) hos ny leverandør, vil medarbejderne miste ansættelsesanciennitet mv.

Anvendelse af virksomhedsoverdragelsesloven giver udbyder en sikkerhed for kontinuitet i form af færrest mulige personalemæssige ændringer, fastholdelse af et veluddannet personale, der har et godt kendskab til borgerne og en sikkerhed for, at alle medarbejdere overdrages til ny leverandør og ved opstart af ny kontraktperiode, kan fortsætte deres arbejde til gavn for borgerne.

For borgerne vil det samtidigt betyde, at der - også ved et leverandørskifte - vil være stor genkendelighed i udbyders tilbud, fordi borgerne fortsat vil kende medarbejderne og dermed kan fortsætte deres forløb med nogle, der kender dem.

Den offentlige sektor betaler for store transaktionsomkostninger, hver gang en ny leverandør skal opbygge en ny organisation med nye medarbejdere, der skal tilegne sig ny viden om borgerne mv., før der kan leveres et kvalitativt produkt til borgerne.

På baggrund af ovenstående er det væsentligt, at krav om brug af virksomhedsoverdragelsesloven ved udbud indarbejdes utvetydigt i udbudsloven.

Hanne Pontoppidan
Formand for Uddannelsesforbundet



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

KL's høringssvar til ændring af udbudsloven

Dato: 4. marts 2022

KL har d. 3. februar 2022 modtaget Erhvervsministeriets høring vedr. forslag til Lov om ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud. Der tages i høringssvaret forbehold for, at det ikke er nået at blive politisk godkendt.

Weidekampsgade 10
Postboks 3370
2300 København S

www.kl.dk
Side 1 af 5

Generelle bemærkninger

KL vil indledningsvist kvittere for den omfangsrige og inddragende evalueringssproces, og forsøg på at balancere ønskerne fra både tilbudsgiver- og ordregiversiden, der har ledt frem til lovforslaget.

KL anerkender, at EU's udbudsdirektiv lægger nogle begrænsninger for arbejdet, som gør, at offentlige indkøb er en ressourcekrævende proces. Derfor er det helt afgørende at udnytte de muligheder, der er indenfor direktivet, for at sikre øget fleksibilitet, klarhed og reduktion af transaktionsomkostninger.

KL har sammen med repræsentanter fra alle betydende ordre- og tilbudsgivere – herunder DI, DI Byggeri, SMVDanmark, IKA, Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI), Danske Regioner, SKI, Dansk Erhverv (parterne) – stået sammen om en række konkrete ændringsforslag, jf. vedhæftede bilag 1 "Fælles forslag til ændringer af Udbudsloven" dateret oktober 2021.

Ændringsforslagene er udarbejdet i samarbejde 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.

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.

Trods det forhold, at repræsentanter for ordregivere og tilbudsgivere sammen har givet konkrete ændringsforslag til forbedring af udbudsloven, er de kun i begrænset omfang afspejlet i forslag til ændring af udbudsloven fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Parterne anerkender, at lovforslaget indeholder positive elementer, blandt andet indenfor øget fleksibilitet, herunder bl.a. ift. adgang til fleksible udbudsprocedurer. Dog vurderer KL sammen med parterne samlet set, at lovforslaget 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 høringsudkastet bør justeres i videst muligt omfang med henblik på at imødekomme parternes fælles forslag inden fremsættelsen i Folketinget.

Behov for øget fokus på muligheden for at ændre udbudsmateriale

Særligt er der et stort ønske fra kommunerne om, at der arbejdes videre med få styrket og fremhævet fleksibiliteten omkring ordregivers adgang til at ændre i udbudsmaterialet efter offentliggørelse. Dette er en stor kilde til annullationer, som medfører transaktionsomkostninger for både ordre- såvel som tilbudsgiver. KL understreger derfor, at der er behov for en større tydelighed frem omkring muligheden for at ændre i udbudsmaterialet efter bekendtgørelsen, som også anført i forslag nr. 2 i parternes fælles forslag. KL vil meget gerne fortsætte dialogen omkring dette.

Behov for øget klarhed ved indkøb under tærskelværdierne

Det er positivt, at det på mødet med den tekniske gennemgang af lovforslaget af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen blev nævnt, at der er tiltag på vej ift. at skabe øget klarhed omkring indkøb under tærskelværdierne. Dette er, som adresseret i de fælles forslag til ændring af udbudsloven, et usikkert område for ordregivere og derfor forbundet med transaktionsomkostninger.

Derudover har KL positivt noteret sig, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil drøfte muligheder for at ændre kontrakter i driftsfasen i EU-regi.

Bekymrende tendens til bureaukratisering

Med lovforslaget indføres en forpligtelse til at knytte personer under oplæring til offentlige kontrakter. Det er et tema, som står meget højt på kommunernes dagsorden, hvor der generelt er stor interesse i at bruge offentlige indkøb som løftestang for uddannelse og lærepladser, hvor det giver mening.

Men med det nye oplæringskrav åbnes der nu op for en række scenarier, som potentielt kan øge omkostningerne uden at give den ønskede effekt. Der kan fx være kontrakter, hvor det kan være svært for tilbudsgivere at imødekomme forpligtelsen om personer under oplæring, og bestemmelsen kan medføre klager over manglende løft af forpligtelsen og dermed øge bureaukratiet.

KL's principielle holdning er generelt, at man skal være yderst varsom med at udvide et i forvejen komplekst lovsæt. Udbudsloven er en proceslov, der skal sikre ligebehandling af leverandører og gennemsigtighed i offentlige udbud. Loven bør begrænses til dette at fremme dette formål og ikke til at fremme ordregivers opmærksomhed på alle mulige andre dagsordner. Som sagt er opmærksomheden der i forvejen, og ændringen fra en "kan-" til en "skal-bestemmelse" har i bedste fald ingen effekt og medfører i værste fald en bureaukratisering, fordi der vil være uklarhed om rækkevidden af forpligtelsen.

Dato: 4. marts 2022

Weidekampsgade 10
Postboks 3370
2300 København S

www.kl.dk
Side 2 af 5

Konkrete bemærkninger

I det følgende giver KL bemærkninger til de ændringsforslag, som har særlig interesse for kommunerne som ordregivere.

Ad 2) Tværoffentlige samarbejder

Med §5b styrkes muligheden for at lave tværkommunale kontrolsamarbejder. I praksis mener KL dog, at den foreslåede adgang til tværkommunale samarbejder er for smal, da der ofte i praksis vil være behov for, at de større kommuner kan hjælpe mindre kommuner med at følge op på fx arbejdsklausuler. Der er derfor behov for en specifik lovhjemmel, der understøtter dette.

Derudover er der et stort ønske om, at offentligt ejede selskaber også medtages i bestemmelsen, ligesom SKI også bør omfattes og have mulighed for at kunne lave samarbejder om kontrol. Forslaget er også væsentligt i lyset af den foreslåede nye forpligtelse til i offentlige kontrakter at tilknytte personer under oplæring.

Ad 8) Blandede kontrakter og grænseoverskridende interesse

Med §26s præcisering af blendede kontrakter efterspørger KL en vejledning til, hvornår en kontrakt har grænseoverskridende interesse. Hvis blot fem procent af en kontrakt formodes at have grænseoverskridende interesse, bør man så virkelig behandle den fulde kontrakt som af grænseoverskridende interesse? KL gør opmærksom på, at det medfører ekstra transaktionsomkostninger og opfordrer til, at det bør være hele eller i hvert fald store dele af kontrakten, der skal have en konkret grænseoverskridende interesse, før den bør behandles som med grænseoverskridende interesse.

Ad 9-11) Adgang til de fleksible udbudsformer

Den øgede klarhed og adgang til at overgå til de fleksible udbudsformer vil KL gerne kvittere for. Det er meget positivt og vil reducere transaktionsomkostninger. Det kan dog læses som, at der i de foreslåede lovbemærkninger sker et u hensigtsmæssigt skred, hvor udgangspunktet for vurdering af adgangen til udbudsformen ikke længere er ordregivers, men tilbudsgivers behov. I så fald flugter denne udlægning ikke med ordlyden i hovedbestemmelsen og bør derfor tilpasses.

Ad 13) Sondring mellem konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling

Ændringsforslaget, der handler om at skabe øget klarhed omkring muligheden for at ændre i mindstekrav ved konkurrencepræget dialog, men ikke i udbud med forhandling, mener KL skal lempes yderligere, så det fremgår, at alle krav, der ikke er grundlæggende elementer, kan ændres, jf. tema to i de syv fælles forslag til ændring af udbudsloven om bedre mulighed for at ændre i udbudsmaterialet.

Ad 16-20) Fokus på ansvarlige tilbudsgivere

At den tidligere frivillige udelukkelsesgrund ved tvivl om tilbudsgivers integritet gøres obligatorisk, er et tiltag, der sætter fokus på værdien af ansvarlige tilbudsgivere, hvilket er positivt og en dagsorden, der allerede har stor fokus i kommunerne. KL vurderer dog, at bestemmelsen er så uklar ift., hvad der er omfattet og tilstrækkeligt til at så tvivl om en tilbudsgivers integritet, at bestemmelsen i bedste fald ingen effekt reelt vil have, da den er svær at håndtere i praksis - og i værste fald medfører øget bureaukrati.

Dato: 4. marts 2022

Weidekampsgade 10
Postboks 3370
2300 København S

www.kl.dk
Side 3 af 5

Dato: 4. marts 2022

Weidekampsgade 10
Postboks 3370
2300 København S

www.kl.dk
Side 4 af 5

Man kunne potentielt forestille sig, at bestemmelsen kunne medføre flere klager fra konkurrenter med henblik på at få konkurrenter udelukket fra et udbud, og det kan give mere usikre rammer at agere indenfor. Forslaget vil endvidere næppe have mere end symbolsk karakter i praksis, så længe kommunerne ikke har adgang til oplysninger om, hvilke virksomheder der er omfattet af denne udelukkelsesgrund. KL påpeger, at der er et stort vejledningsbehov for, hvordan bestemmelsen nærmere skal håndteres, da der er mange gråzoner.

Ad 21) Enhed for pålidelighedsvurderinger

KL vil gerne kvittere for, at der med lovforslaget oprettes en enhed for pålidelighedsvurderinger til at understøtte ordregiver i, hvornår en virksomhed er self-cleanet. KL havde dog gerne set, at man som ordregiver kunne støtte ret på udtalelsen, så den var bindende. Det er positivt, at styrelsen vurderer, at en udtalelse kan foreligge indenfor to uger. Der vil dog samtidig være tilfælde, hvor udelukkelsen handler om gæld til det offentlige, som hurtigt kan håndteres, og det bør derfor overvejes, om netop den udelukkelsesgrund kan håndteres endnu mere smidigt. Gæld kunne enten helt tages udenom enheden, eller der kunne være et fast track til denne kategori, så det ikke unødigt forsinker udbudsprocessen.

Ad 24) Loft for omsætningskrav for tilbudsgiver

Det er fornuftigt, at ordregiver ikke må lægge vægt på omsætning på over det dobbelte af kontraktens anslåede værdi, men det kan være svært i praksis at fastsætte. Fx på fritvalgsområdet, hvor man ikke kender brugen af det frie valg, og der er erfaringer med konkurser eller ved rammeaftaler med flere leverandører, hvor man ikke kender kontraktens omsætning for leverandøren.

Ad 27-28) Lempelse af begrundelseskrav ved dynamiske indkøb

KL finder det positivt, at lovforslaget lempet kravet til begrundede afslagskrivelser under dynamiske indkøbssystemer, da ændringen reducerer de administrative byrder ved brugen af dynamiske indkøbssystemer og derfor må forventes at styrke anvendelsen af indkøbsmetoden. Der bør dog samtidig laves en konsekvensrettelse i lovforslaget i forhold til klagefrist, så der sættes en grænse for, hvor længe der kan klages.

Ad 29-31) Indførelse af pligt om personer under oplæring

Lovforslagets nye betingelse om at indføre pligt til personer under oplæring med det formål at styrke samfundskontrakten og skabe flere lærepladser giver anledning til mange spørgsmål for kommunale ordregivere.

Det er en dagsorden, som kommunerne generelt er enige i. Man kan med fordel bruge offentlige indkøb til at understøtte lærepladser og uddannelse. Derfor adresseres lærlingeklausuler allerede i høj grad ude i kommunerne, hvor det findes relevant, primært ved bygge- og anlægskontrakter.

I forpligtelsen lægges der indenfor tilbudsloven op til, at det er omsætning og varighed, der afgør, hvorvidt der skal knyttes personer under oplæring til en kontrakt. Det er dog også væsentligt at tage højde for antal fagrettede timer på en kontrakt.

Det er endnu ikke fastlagt hvilke kontrakter, der vil blive omfattet. KL minder om, at kommunerne har mange mindre kontrakter med fagrettede ydelser, som fx rottebekæmpelse, kontrol af servicealarmer og elevatorer, og at man med bestemmelsen kan komme ud på nogle nye områder, det gælder også revision, juridisk rådgivning mv. Dertil kommer uvished om, hvordan bestemmelsen håndteres ift. leverandører af tjenesteydelser på rammeaftaler. Det er også uklart, hvad der præcist menes med personer under oplæring. Det er afgørende, at bestemmelsen tilpasses, så det kan fungere i praksis og tager hensyn til SMV'er.

Generelt har KL en bekymring for, at forpligtelsen er forbundet med så mange specifikke hensyn, at det gør det svært at gøre reglerne så specifikke, at det ikke blot bliver til et uhensigtsmæssigt og bureaukratisk benspænd - eller at det ikke ændrer noget, dvs. ikke bidrager til flere personer under oplæring.

På flere områder arbejder kommunerne med beskæftigelsesklausuler, så der til kontrakten tilknyttes fx fleksjobbere eller langtidsledige personer. Det er vigtigt, at det nye krav til personer under oplæring kan kombineres med beskæftigelsesklausuler, der det er svært at forestille sig kontrakter med begge dele på en gang.

Der vil generelt være et stort behov for vejledning og klare regler for den nye forpligtelse.

Den nye forpligtelse medfører samtidig opfølgning, og det betoner vigtigheden af, at der er gode og fleksible muligheder for kunne samarbejde om kontrol, jf. argumenterne ved ad 2 om styrket adgang til kommunale samarbejde om kontrol.

Ad 35) Bøde ved manglende opdeling eller forklaring

Forslaget om at pålægge ordregiver en bøde for at glemme at forklare, hvis kontrakten ikke er opdelt er fuldstændig skævt ift. at styrke dagsordenen om at gøre offentlige udbud mere SMV-venlige ved at opdele kontrakten. Frem for at rette dagsordenen mod ledelsen og den politiske linje for udbuddene, vil forslaget ramme den enkelte ordregiver og formentligt i de mindre kommuner, hvor der ikke er det nyeste IT-system til rådighed, der fx gør opmærksom på tomme felter.

Dertil kommer, at beløbets størrelse er fuldstændig uproportionalt med forglemmelsen, da beslutningen om opdeling træffes på et andet og langt tidligere tidspunkt end ved udfyldelse af udbudsbekendtgørelsen. KL skal derfor kraftigt anmode om, at dette forslag fjernes eller ændres.

Der er i øvrigt behov for viden om, hvad der er en tilstrækkelig forklaring.

Økonomiske konsekvenser

KL ser frem til at modtage den økonomiske høring for lovforslaget. Det nye krav om oplæring vil – som også anerkendt i lovforslagets bemærkninger - medføre merudgifter for kommunerne ift. opfølgning på kontraktkravet.

Dato: 4. marts 2022

Weidekampsgade 10
Postboks 3370
2300 København S

www.kl.dk
Side 5 af 5

Til: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelses høringssvar vedrørende forslag til lov om ændring af udbudsloven m.v.

1. Indledning

Forsvarsministeriets Ejendomsstyrelse (Ejendomsstyrelsen) takker for modtagelsen af 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.

Ejendomsstyrelsen har haft lejlighed til at gennemse Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelses (FMI) udkast til høringssvar inden afgivelsen af nærværende høringssvar, og Ejendomsstyrelsen kan tilslutte sig FMI's bemærkninger. Ejendomsstyrelsens høringssvar skal således forstås i tilslutning til FMI's.

Da Ejendomsstyrelsen er en af statens største bygherrer, har Ejendomsstyrelsen en særlig interesse i, at udbudsreglerne på bygge- og anlægsområdet er klare og velfungerende. Ejendomsstyrelsen har fokuseret sine bemærkninger omkring uklarheder i de eksisterende regler, samt at der ikke indføres nye tiltag, der kan skabe uklarheder om og forlænge udbudsprocesserne samt øge transaktionsomkostningerne for både ordregivere og tilbudsgivere, på navnlig bygge- og anlægsområdet.

Det drejer sig om følgende emner:

- Konsolidering af udbudsloven og tilbudsloven
- Grænseoverskridende interesse for kontrakter omfattet af tilbudsloven
- Præcisering af delydelsesreglen
- Blandede kontrakter bestående ydelser omfattet af udbudslovens afsnit IV eller V og tilbudsloven
- Økonomisk sanktion for manglende begrundelse

Ejendomsstyrelsen stiller sig selvfølgelig til rådighed for nærmere drøftelse og uddybning af de nedenfor anførte bemærkninger.

2. Konsolidering af udbudsloven og tilbudsloven

Ejendomsstyrelsen finder det hensigtsmæssigt, at udbudsloven og tilbudsloven sammenskrives, således den almindelige udbudsproce-

Dato: 4. marts 2022

Enhed: FES-JIA
Sagsbeh.: FES-CHJIA
Sagsnr.: 2021/005633
Dok.nr.: 459501
Bilag: Ingen

Forsvarsministeriets
Ejendomsstyrelse
Arsenalvej 55
9800 Hjørring

Tlf.: +45 7281 3000
Fax: +45 7281 3005
E-mail: fes@mil.dk
www.forsvaret.dk/fes

EAN: 5798000201286
CVR: 16 28 71 80

Sagsbehandleren direkte:
Tlf.: +45 7281 3178
E-mail: fes-chjia@mil.dk

durelovgivning konsolideres i udbudsloven. Det foreslås således, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen overvejer, hvorvidt tilbudslovens regler kan indskrives i et nyt afsnit i udbudslovens på linje med afsnit IV og V.

Ved en sammenskrivning af tilbudsloven i udbudsloven, bør der tages hensyn til, at tilbudsloven også er gældende for bygge- og anlægskontrakter, som er under tærskelværdien for udbud efter forsvars- og sikkerhedsdirektivet.

3. Grænseoverskridende interesse for kontrakter omfattet af tilbudsloven

Af lovforslagets bemærkninger til de enkelte bestemmelser fremgår til indførelsen af en ny § 7 i tilbudsloven, at "Såfremt bygge- og anlægskontrakter har en klar grænseoverskridende interesse, kan der ikke fastsættes en kontraktklausul, hvor det vil være vanskeligere for leverandører fra andre medlemslande at overholde kravet end for danske". Med bemærkningen synes der at lægges op til, at bygge- og anlægskontrakter, som er omfattet af tilbudsloven, kan have klar grænseoverskridende interesse, hvilket på baggrund af den meget højere tærskelværdi for EU-udbud af bygge- og anlægsydelse og EU-domstolens dom af 6. oktober 2016, C-318/15, synes meget lidt sandsynligt.

Det citerede afsnit i lovbemærkningerne bør således udgå. Alternativt bør det præciseres i lovbemærkningerne, at bygge- og anlægskontrakter efter gældende praksis alene i helt særlige tilfælde kan have grænseoverskridende interesse.

4. Præcisering af delydelsesreglen

Ejendomsstyrelsen finder det hensigtsmæssigt, at det præciseres i lovteksten til den nye § 8, stk. 2, hvorvidt delydelsesreglen indebærer, at ordregiver kan tildele særskilte delkontrakter uden (overhovedet) at anvende procedurerne i udbudsloven, eller om delydelsesreglen alene indebærer, at kontrakterne kan tildeles uden anvendelse af procedurerne i udbudslovens afsnit II og III, men at procedurerne i afsnit IV og V således potentielt skal følges. Det synes således uklart ud fra lovbemærkningerne til den nyaffattede § 8, stk. 2, idet lovbemærkningernes angiver begge muligheder. Ejendomsstyrelsen opfordrer til, at lovbemærkningerne som minimum forsynes med klarhed.

Ejendomsstyrelsen finder det desuden hensigtsmæssigt, at lovforslaget adresserer de øvrige uklarheder i delydelsesreglens anvendelsesområde. Det bør således præciseres, hvorvidt delydelsesreglen kan anvendes i relation til rammeaftaler, hvor ordregiver ikke ved indgåelse af rammeaftalen har forpligtet sig til et bestemt træk, men hvor ordregiveren dog har et realiseret træk på rammeaftalen. Endvidere

findes det hensigtsmæssigt, at det præciseres, hvorvidt delydelsesreglen kan anvendes på tværs af kontrakttyper, og i så fald hvilken tærskelværdi der vil være gældende for delydelseskontrakten. Det bør således præciseres om delydelsesreglen eksempelvis kan anvendes til indkøb af byggematerialer (vareindkøbskontrakt), når de øvrige delkontrakter er bygge- og anlægskontrakter, samt hvilken tærskelværdi, der er gældende for sådanne vareindkøbsdelkontrakter.

5. Lovforslagets § 1, nr. 8 indeholder uklarheder i relation til anvendelse af tilbudsloven

Indførelsen af en ny bestemmelse i § 26, stk. 5, 2. pkt., indeholder nærmere regulering af en kontrakt, der både og udelukkende indeholder ydelser omfattet af udbudslovens afsnit IV eller V og ydelser omfattet af tilbudsloven.

For så vidt angår udbudsprocessen for blandede kontrakter, der indeholder ydelser omfattet af udbudslovens afsnit IV og tilbudsloven, er det efter lovforslaget uklart, hvilket anvendelsesområde tilbudsloven er tiltænkt reelt at have for sådanne kontrakter. Kontrakter omfattet af lovforslagets § 26, stk. 5, 2. pkt. vil således efter lovforslaget skulle indgå efter udbudslovens afsnit IV og vil samtidig efter udbudslovens § 25, stk. 1 være omfattet af tilbudsloven.

Bestemmelsen i den nye § 26, stk. 5, 2. pkt., efterlader derfor ordregiveren i en usikker position i relation til fastlæggelse af den korrekte procedure for kontrakter omfattet af bestemmelsen. Det bemærkes hertil, at lovbemærkningerne til lovforslagets § 1, nr. 8, ikke indeholder fortolkningsbidrag til den efter Ejendomsstyrelsens opfattelse uklare nye § 26, stk. 5, 2. pkt.

Der opfordres således til, at bestemmelsens ordlyd præciseres, og/eller at lovbemærkningerne til lovforslagets § 1, nr. 8, forsynes med fyldestgørende fortolkningsbidrag i relation til § 26, stk. 5, 2. pkt. Navnlig finder Ejendomsstyrelsen behov for, at det præciseres, hvad der nærmere bør forstås ved "kontrakten objektivt kan adskilles".

6. Økonomisk sanktion for manglende begrundelse

Med indførelsen af en ny bestemmelse i lov om Klagenævnet for Udbud, der sanktionerer manglende begrundelse for, at en ordregiver ikke har udbudt en samlet kontrakt eller rammeaftale i særskilte delkontrakter, finder Ejendomsstyrelsen det hensigtsmæssigt, at udbudslovens § 49, stk. 2, præciseres, så det fremgår af lovteksten, at der i overensstemmelse med Klagenævnet for Udbuds praksis i kendelse af den 25. maj. 2018, Danske Slagtermestre mod Høj-Tastrup Kommune, alene kræves en begrundelse, hvis kontrakten efter sit indhold og omfang fremstår som mulig at opdele.

Med venlig hilsen

Søren Lysholt Hansen
Afdelingschef
Jura- og indkøbsafdelingen

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 høringssvar i forbindelse med evalueringen af udbudsloven, jf. vedhæftede bilag 2 "Høringssvar vedrørende evaluering af udbudsloven" af 20. februar 2019.

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

I nærværende høringssvar finder Dansk Erhverv særligt anledning til på ny at fremhæve budskabet fra høringssvaret 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 langt fra udtryk for den reelle omsætning. Uanset om omsætningen er sat for lavt eller for højt, er dette uhensigtsmæssigt. 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 klagenævnsspraksis 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.

Klagenævnsspraksis 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 klagenævnsspraksis.

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 klagenævnsspraksis 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 tildeling, 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 ordning, 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 incitamentsstruktur, 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 advokatomkostninger, 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 reglernes 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.



Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

Sendt pr. e-mail til: ok@kfst.dk

Høringssvar

På vegne af Udbudsrådgivning og Kontraktstyring, Koncern IT, Økonomiforvaltningen, Københavns Kommune skal jeg hermed fremkomme med nedenstående bemærkninger til forslaget til ny § 5a i udbudsloven.

Som vi forstår formålet med den foreslåede bestemmelse, er det bl.a. at reducere ordregivers ressourceforbrug forbundet med behandling af aktindsigtsanmodninger i andre tilbud end vindende tilbud.

Københavns Kommune modtager hvert år et stort antal anmodninger om aktindsigt, herunder en række anmodninger om aktindsigt i oplysninger i ikke-vindende tilbud. Der er typisk tale om, at det er de samme interessenter der systematisk anmoder om aktindsigt i alle gennemførte udbud, idet der typisk anmodes om at få oplyst identiteten på de ikke-vindende tilbudsgivere.

Det er umiddelbart vores forståelse, at sådanne aktindsigtsanmodninger som udgangspunkt vil være omfattet af den foreslåede bestemmelse, idet virksomhedsnavne, CVR-numre m.v. på de ikke-vindende tilbudsgivere er oplysninger som fremgår af de pågældende tilbud, jf. formuleringen "[...] oplysningerne herom" i den foreslåede § 5a, stk. 1.

Det fremstår imidlertid uklart om samme oplysninger, såfremt de måtte optræde i ansøgninger, også vil være undtaget fra aktindsigtsreglerne i offentlighedsloven. Vi ser derfor gerne, at det i lovbemærkningerne (og evt. i lovteksten) bliver tydeliggjort, hvorvidt ansøgninger og oplysninger om virksomhedsnavne m.v. på ansøgere forudsættes omfattet af den foreslåede § 5a, stk. 1.

Vi vil også henlede opmærksomheden på, at den foreslåede bestemmelse kan læses således, at der indføres en tidsmæssig begrænsning for aktindsigt i udbudssager, jf. formuleringen "[...] end det vindende

4. marts 2022

Sagsnummer
2022-0076454

Dokumentnummer
2022-0076454-2

Koncern IT
Udbudsrådgivning og
Kontraktstyring
Borups Allé 177
2400 København NV

EAN-nummer
5798009809056

tilbud", som indikerer, at der først kan meddeles aktindsigt, *når* der foreligger et vindende tilbud, dvs. når kontrakten er tildelt. Dette kan med fordel præciseres i lovbemærkningerne.

Med venlig hilsen



Peter M. Wilhjelm
Udbudsjurist

Høring over lovforslag til ændring af udbudsloven mv. – Sag: 22/01269-2

Oxfam IBIS bekæmper skattely fordi de øger uligheden herhjemme og globalt. Skattely underminerer velfærden ved at tilbyde lave skattesatser og ved at hjælpe virksomheder med at undgå at betale en fair skat i de lande, de opererer i. Det skaber en unfair konkurrence mellem selskaber, der har en aggressiv skatteplanlægning, og de allerfleste selskaber, der betaler deres skat efter lovens ånd, særligt de små- og mellemstore selskaber. Vi mener ikke, at de virksomheder, som benytter sig af skattely for at reducere deres skattebetaling, bør drage fordel af vores fælles skatte kroner. Det offentlige, der er finansieret af skattebetalinger, har et særligt ansvar for at sikre, at pengene bliver brugt ansvarligt.

Derfor har Oxfam IBIS siden 2017 opfordret kommuner og sidenhen regioner til at tilslutte sig et charter mod skattely (se bilag 1). Charteret er en hensigtserklæring om at fremme ansvarlig skatteadfærd gennem indkøbs- og investeringspolitikken. 19 kommuner, som tilsammen er hjemsted for mere end 40 procent af danskerne, samt 2 regioner har hidtil tilsluttet sig charteret (se bilag 2).

Desværre viser en ny analyse fra Oxfam IBIS, at en række store kommunale kontrakter stadig går til selskaber med forbindelse til skattely. I vores gennemgang af de 400 største kommunale leverandører har vi således fundet forbindelser til nogle af verdens værste skattely blandt 52 selskaber, der tilsammen har haft kontrakter med kommunerne for over 6,6 milliarder kroner i perioden 2017-19 (se bilag 3). Tilstedeværelse i skattely er ikke ensbetydende med at virksomheder fifler med skatten, men det giver omvendt muligheder for det og udfordrer samfundskontrakten.

De kommuner og regioner, der har tilsluttet sig charteret for at blive skattelyfri, har i visse tilfælde taget konkrete skridt for at fremme ansvarlig skat. Men mange har også anlagt en meget forsigtig tilgang med henvisning til, at det hidtil har været uklart, hvilke skattekrav de lovligt måtte stille deres leverandører. Derfor hilser Oxfam IBIS det velkomment, at regeringen med det forslåede skattelykrav søger at skabe en større grad af juridisk klarhed, og samtidig understreger, at det er legitimt og ønskeligt, at det offentliges udbud bruges til at fremme ansvarlig skat. Vi er dog bekymrede for, om skattelykravet i sin nuværende form vil leve op til sit erklærede formål om at undgå at skatte kroner ender i skattely. På den baggrund har Oxfam IBIS tre anbefalinger til at styrke lovforslaget:

- 1. Udvid og styrk skattelykravet i § 134 a:** Skattelykravet bør udvides så det for det første gælder overfor flere lande end de der er på EU's sortliste, og bør for det andet udvides, så det gælder for hele koncernen bag det bydende selskab.
- 2. Indfør krav om åbenhed over reelle ejere blandt leverandører:** Danmark bør følge en række andre lande (Polen, Italien, Tjekkiet, Slovakiet m.fl.), som har indført krav om åbenhed om reelle ejere blandt leverandører for at sikre imod anvendelse af visse skattely, samt mindske risikoen for skatteunddragelse, hvidvask og korruption.
- 3. Indfør krav om åbenhed der skal sikre leverandørernes integritet ift. skat:** Multinationale selskaber der er åbne om deres skatteforhold er generelt mindre aggressive i deres skatteadfærd, og er med til at opbygge tillid og samfundskontrakten. Udbudsloven bør indeholde tiltag til at fremme åbenhed og en systematisk tilgang til ansvarlig skat, ligesom eksempelvis den Australske udbudslov.

I det følgende uddybes disse tre anbefalinger.

1. Udvid og styrk skattelykravet (§ 134 a)

I lovudkastet er formålet med det foreslåede skattelykrav i § 134 a (fremover 'skattelykravet') formuleret som:

"Virksomheder, der er etableret i skattely, skal kunne fravælges i forbindelse med offentlige udbud for at undgå, at skattekrone ender i skattely".

Skattelykravet i lovforslaget indeholder et påbud om, at det offentlige skal udelukke virksomheder fra udbudsprocessen, hvis virksomhederne er "etableret i et land, der er optaget på den gældende EU-liste over ikkesamarbejdsvillige skattejurisdiktioner" (fremover 'EU's sortliste').

I Oxfam IBIS støtter vi varmt intention om at udelukke virksomheder med forbindelse til skattely. Vi mener dog ikke, at udformningen af skattelykravet i lovforslaget vil få den tilsigtede virkning.

For det første fordi EU's sortliste ikke en anvendelig skattelyliste. Listen indeholder ikke et eneste af de 15 skattely, som Oxfam IBIS i 2016 udpegede som verdens værste.¹ Der er heller ingen af de 20 værste skattely, som organisationen Tax Justice Network har identificeret.² Med andre ord er kampen mod skattely dømt til at fejle, hvis EU-listen bruges som rettesnor.

Udfordringen med EU's liste er både at listens kriterier åbenlyst er for slappe, men også at den på forhånd fritager alle EU's medlemslande.³ 85% af de over 8 mia. kroner, som det estimeres at Danmark årligt taber i selskabsskat til skattely, sker til EU-lande der fungerer som skattely (primært Irland, Holland og Luxembourg). Det betyder også, at et skattelykrav baseret på EU's sortliste ikke vil kunne forhindre at skattekrone ender i skattely, selv hvis listens kriterier ift. tredjelande blev strammet.

For det andet vil skattelykravet kun gælde for budgivere etableret i et sortlistet land, hvorimod det af Erhvervsministeriets faktaark dateret 10. september 2021⁴ fremgår, at man sideløbende vil arbejde for at ændre EU's udbudsdirektiv, så også bud fra selskaber, hvis direkte ejer er hjemmehørende i et land på EU's sortliste, kan afvises, samt undersøge muligheden for, om også et indirekte ejerskab fra et sortlistet land kan medføre eksklusion fra offentlige kontrakter. Gælder skattelykravet i § 134 a kun for virksomheder der er etableret i et sortlistet land vil det formentlig aldrig finde anvendelse, da det vil være højst usædvanligt i offentlige udbudsrunder at modtage bud fra virksomheder, som ikke er etableret i Danmark. Selv hvis den direkte ejer medtages vil det få meget begrænset virkning, ligesom det har været tilfældet med det svage skattelykrav i Corona-hjælpepakkerne, som Oxfam IBIS allerede dokumenterede i 2020.⁵

For at synliggøre virkningen af de forskellige former af skattelykrav, som regeringen hhv. forslår i lovudkastet, samt man vil arbejde hen imod igennem EU ifølge det omtalte faktaark fra Erhvervsministeriet har vi undersøgt, hvilken betydning de forskellige modeller ville få ift. de 400 største leverandører til kommunerne i perioden 2017-19. Information om leverandørerne stammer fra Udbudsvagten, og virksomhedernes skattelytilstedeværelse er kortlagt vha. virksomhedsdatabasen Orbis (se yderligere i bilag 3).

¹ <https://www.oxfam.org/en/research/tax-battles-dangerous-global-race-bottom-corporate-tax>

² <https://cthi.taxjustice.net/en/>

³ https://oxfamibis.dk/off_the_hook/

⁴ <https://em.dk/media/14257/faktaark-styrket-samfundskontrakt-gennem-offentlige-udbud-inkl-oversigt-over-initiativer.pdf>

⁵ <https://nyheder.tv2.dk/samfund/2020-05-21-regeringen-vil-bekaempe-skattely-men-reglerne-omfatter-kun-19-virksomheder-i>

Analysen viser, at ingen af leverandørerne er etableret i et af EU-listens sortlistede lande, samt at der heller ikke er nogle af de undersøgte leverandører, der omfattes, selv hvis skattelykravet udvides til også at omfatte den direkte ejer (se felt 1 i figur 1 nedenfor). Det indikerer desværre, at det forslåede skattelykrav, samt den model man ifølge Erhvervsministeriets faktaark vil arbejde for i EU, ikke vil få nogen betydning. Hvis skattelykravet udvides til også at gælde for virksomheder med indirekte ejerskab fra et sortlistet land finder vi, at 10 virksomheder vil være omfattet (se felt 2 i figur 1 nedenfor). Det betyder ikke, at der ikke er et omfattende problem med forbindelser til skattely blandt de undersøgte virksomheder. Hvis vi modsat EU's sortliste anvender Oxfam's liste over verdens 15 værste skattely kan vi se, at hele 52 virksomheder ville være omfattet (felt 4 i figur 1 nedenfor).

Figur 1: Effekten af forskellige skattelykrav blandt de 400 største kommunale leverandører

(1) Virksomheder, der er direkte ejet fra et skattely på EU's sortliste: 0 virksomheder	(2) Virksomheder, hvor den direkte eller indirekte ejer er etableret i skattely på EU's sortliste: 10 virksomheder
(3) Virksomheder, der er direkte ejet fra et skattely på Oxfams liste over verdens 15 værste skattely: 0 virksomheder	(4) Virksomheder, hvor den direkte eller indirekte ejer er etableret i skattely på Oxfams liste over verdens 15 værste skattely: 52 virksomheder

På baggrund af denne analyse anbefaler vi at lovforslagets skattelykrav styrkes ved at:

- **Udvide anvendelsesområdet videre end landene på EU's sortliste**, således at reelle skattely omfattes. EU Kommissionen har tidligere påpeget ift. Corona-hjælpepakker og statsstøtte, at EU's medlemsstater godt må anvende egne lister i tillæg til EU's sortliste. Danmark kunne eksempelvis ligesom Holland anvende et kriterie, hvor lande med en selskabsskat på under 9% sortlistet. Det vil ikke være perfekt, men vil ramme langt mere præcist end EU's forføjede sortliste.
- **Udvide anvendelsesområdet videre end de selskaber, der er etableret i skattely**, således at både direkte og indirekte ejere dækkes. Det fremgår klart af undersøgelsens resultater gengivet i figur 1, at kun et skattelykrav der gælder for direkte og indirekte ejere vil få nogen betydning, uanset om EU's sortliste eller en reel skattelyliste anvendes.
- **Øge indsatsen for at styrke EU's sortliste**, således at reelle skattely inkluderes på listen. Netop i år er der mulighed for at styrke listens kriterier, da EU Rådet skal drøfte en mulig reform af listen. Oxfam IBIS har i den forbindelse udviklet 13 anbefalinger til

at styrke listen, herunder at der indføres krav om at sortliste lande med lav eller ingen selskabsskat, samt lande der ikke registrerer selskabers reelle ejere.⁶

Selv med disse forbedringer mener vi ikke, at et skattelykrav vil kunne håndtere udfordringerne med leverandører der laver aggressiv skatteplanlægning. Derfor forslår vi i det følgende yderligere tiltag til inklusion i udbudsloven, som kan fremme ansvarlig skat og opbygge samfundskontrakten.

2. Indfør krav om åbenhed over reelle ejere blandt leverandører

Danmark har indført krav om registrering og offentliggørelse af reelle ejere, men en række lande har endnu ikke endnu lignende krav. Samtidig har de danske regler en række undtagelser. Vi mener at det er afgørende at der er åbenhed om de faktiske, reelle ejere bag de offentlige leverandører. Skjult ejerskab kan misbruges til skatteunddragelse, hvidvask og korruption. Derfor har en række lande også indført krav om åbenhed om de reelle ejere bag mulige leverandører i deres udbudsregler. Det gælder eksempelvis Polen⁷, bystyret i Milano⁸, Tjekkiet⁹ og Slovakiet¹⁰. Lignende krav drøftes også netop nu i Storbritannien.

Danmark bør følge disse lande for at sikre imod anvendelse af visse skattely, der har lukkethed omkring de reelle ejere, samt mindske risikoen for skatteunddragelse, hvidvask og korruption. Konkret forslår vi, at følgende krav tilføjes i lovudkastet til budgivende virksomheder:

- **Fuld åbenhed om de reelle ejere på alle budgivende selskaber**, som omfatter samtlige reelle ejere. Det danske ejerregister indeholder i dag kun registrering af den reelle ejer ved et ejerskab på 25% eller mere. Vi forslår at denne ejer/kontrolandel fjernes for mulige leverandører til det offentlige grundet det ekstra behov for åbenhed når det gælder anvendelsen af offentlige skattekrone.

3. Indfør krav om åbenhed der skal sikre leverandørernes integritet ift. skat

Den mest effektive måde at fremme multinationale selskabers ansvarlige skattepraksis er gennem en åbenhed. Studier har vist, at multinationale selskaber bliver mindre aggressive i deres skatteplanlægning når de er åbne omkring deres skatteforhold. Samtidig er åbenhed en forudsætning for, at kommuner, regioner, journalister og offentligheden kan holde selskaber ansvarlige for deres skatteadfærd.

⁶

https://oxfamibis.dk/sites/default/files/media/input_on_the_review_of_the_mandate_of_the_cocg_oxfam_oct20.pdf

⁷ <https://www.taylorwessing.com/en/insights-and-events/insights/2021/02/failure-to-identify-the-beneficial-owner-may-cause-exclusion-from-a-public-procurement-proceeding>

⁸

<https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>

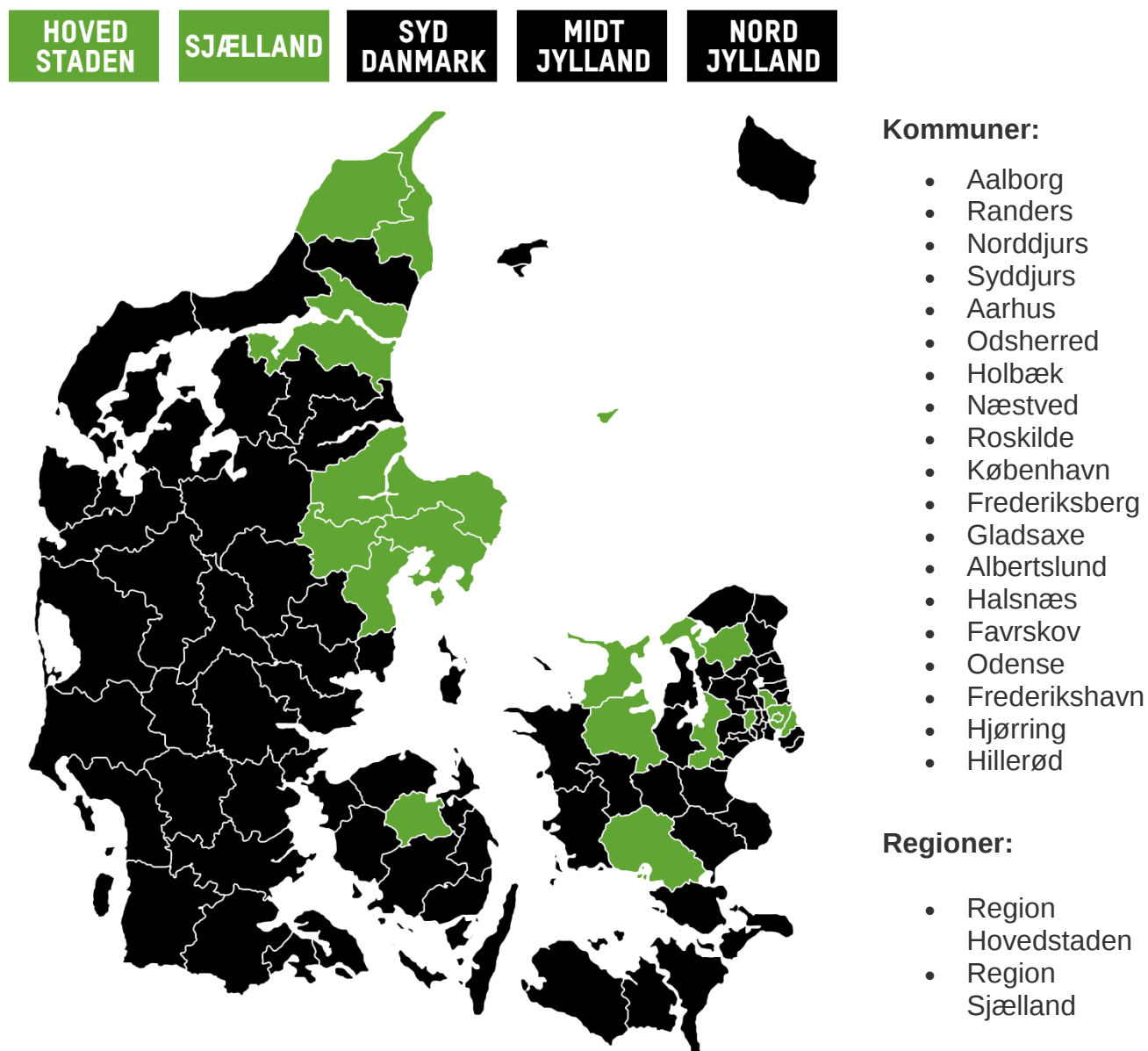
⁹ <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/mandatory-register-of-ultimate-beneficial-owners-in-the-czech-republic.pdf>

¹⁰ https://transparency.sk/wp-content/uploads/2017/06/Register-of-beneficial-ownership_study2017.pdf

Derfor anbefaler vi at der i forbindelse med lovudkastet undersøges, hvilke krav om åbenhed der kan stilles til budgivende virksomheder. Disse krav kan enten stilles i forbindelse med udelukkelse af budgivere (§ 136 og 137) eller subsidiært i forbindelse med tildelingskriterier (§ 162). Forslag til relevante krav kunne være:

- **Oplysninger om firmaet koncernmæssigt er forbundet med selskaber i kendte skattely.** Dette kan i bekræftende fald af udbyder følges op med anmodning om en kort redegørelse for den koncernmæssige forbindelse samt om firmaet har forbindelse med disse selskaber, direkte eller indirekte via andre selskaber i koncernen, som indebærer lån mellem selskaberne, betaling for anvendelse af patentrettigheder, betaling for intern udveksling af produkter eller ydelser eller andre mekanismer, som kan anvendes til at flytte overskud væk fra det danske firma.
- **Offentlig land for land rapportering.** EU's nye direktiv til offentlig land for land rapportering gennemføres de kommende år. Det bør overvejes, om udbudsloven kan gøre det til et krav at offentliggøre en sådan offentlig land for land rapportering for budgivere, som falder under omsætningsgrænsen på 750 millioner Euro, således at flere budgivere dækkes. Derudover at samtlige datterselskaber dækkes af kravet om offentliggørelse, hvormed begrænsningerne i EU's direktiv fjernes, da det kun vil skabe åbenhed for datterselskaber i EU-lande og sortlistede lande.

Bilag 2: Kommuner og regioner, der har tilsluttet sig charteret for at blive skattelyfri



Forbindelser til skattely i kommunernes udbud

En Oxfam IBIS analyse af kommunernes kontrakter med private leverandører

Hvad viser undersøgelsen?

Oxfam IBIS har gennemgået kommunernes kontrakter med private leverandører for perioden 2017-19 for en samlet værdi af 64 milliarder kroner og kan nu dokumentere at:

- 6,6 milliarder kroner er gået til virksomheder der har forbindelse til et eller flere af verdens 15 værste skattely.
- 69 ud af 98 kommuner har kontrakter med virksomheder med forbindelse til skattely.
- I gennemsnit har hver kommune indgået kontrakter med virksomheder med tråde til skattely på 96,2 millioner kroner.
- Kommunernes forsyningsselskaber har derudover indgået kontrakter med virksomheder med forbindelse til verdens 15 værste skattely for 2,08 milliarder kroner.

Tilstedeværelse i skattely er ikke ensbetydende med at virksomheder fifler med skatten, men det giver omvendt muligheder for det. I Oxfam IBIS opfatter vi det som særligt problematisk, hvis vores skattekrone støtter virksomheder, som bruger skattely.

Vores analyse viser at omfanget af forbindelser til skattely generelt er størst i de store bykommuner, men at der i vidt omfang handles med virksomheder med skattelyforbindelser på tværs af hele landet. Vores analyse viser eksempelvis at:

- **Slagelse Kommune** har indgået kontrakter for mere end 244 millioner kroner med virksomheder med forbindelse til skattely. Virksomhederne, som Slagelse Kommune samarbejder med, har blandt andet tråde til Caymanøerne, Cypern, Hong Kong, Irland, Luxembourg, Holland, Singapore og Schweiz.
- **Køge Kommune** har indgået kontrakter for mere end 52 millioner kroner med virksomheder med forbindelse til skattely. Der er blandt andet forbindelser til Caymanøerne, Hong Kong, Irland, Luxembourg, Holland, Singapore og Schweiz.
- **Vejle Kommune** har indgået kontrakter for mere end 180 millioner kroner med virksomheder med tråde til skattely, herunder Bermuda, de Britiske Jomfruøer, Caymanøerne, Hong Kong, Irland, Luxembourg, Mauritius, Holland, Singapore og Schweiz.
- **Kolding Kommune** har indgået kontrakter for mere end 54 millioner kroner med virksomheder med forbindelse til skattely. Virksomhederne har blandt andet forbindelser til Caymanøerne, Hong Kong, Irland, Luxembourg, Holland, Singapore og Schweiz.
- **Esbjerg Kommune** har indgået kontrakter for over 92 millioner kroner med virksomheder med forbindelse til skattely. Det drejer sig blandt andet om forbindelser til Bahamas, Barbados, Curaçao, Hong Kong, Irland, Jersey, Luxembourg, Holland, Singapore og Schweiz.

Hvad kan kommuner og regioner gøre for at stoppe skattely?

Oxfam IBIS har opfordrer kommuner og regioner til at arbejde for at blive skattelyfrie. Første skridt er at underskrive Oxfam IBIS' [skattely charter](#), hvilket [19 kommuner og 2 regioner](#) har gjort.

Alle de fem fremhævede kommuner ovenfor – Slagelse, Køge, Vejle, Kolding og Esbjerg – er blandt de kommuner, som endnu ikke har underskrevet dette charter.

De kommuner og regioner, som har underskrevet charteret kan vedtage indkøbs- og investeringspolitikker, som lægger særligt vægt på ansvarlig skat. Kommuner og regioner kan blandt andet opfordre virksomheder til mere åbenhed om deres skatteforhold. Oxfam IBIS har udviklet [en guide](#), der beskriver fem skridt som kommuner og regioner kan tage for at blive skattelyfrie. Yderligere fremgår af vores hjemmeside [her](#).

Hvordan har vi lavet undersøgelsen?

Vi har anvendt data fra [Udbudsvagten](#) for at kortlægge kommuners indkøb. Udbudsvagten er en privat drevet portal der opsamler og strukturerer informationer om kommuner og regioners udbud.

Fra Udbudsvagten har vi informationer om kommunale kontrakter indgået i perioden 2017-2019 for en samlet værdi af 75,3 milliarder kroner. Vi har opdelt kommunale kontrakter i to kategorier: Kontrakter der er indgået direkte af kommunerne, og kontrakter, som kommunale forsyningsselskaber mv. har indgået. Det er kun kontrakter, som kommunerne selv har indgået med virksomheder der har forbindelse med skattely der er talt med i oversigten for hver enkelt kommunes handel med skattely-virksomheder, mens de kommunale forsyningsselskaber mv. holdes adskilt da flere af dem leverer til en række kommuner. Hvor flere virksomheder har vundet en kommunal kontrakt sammen, er det antaget at kontraktbeløbet kan fordeles ligeligt imellem dem for at estimere, hvor stort et kontraktbeløb hver enkelte virksomhed her modtaget.

For at gøre analysen af forbindelser til skattely overskuelig har vi valgt at fokusere på de 400 største kontrakter i perioden. De 400 virksomheder, som har vundet de største kontrakter, har modtaget 64,03 milliarder kroner, eller ca.85% af de samlede kontraktbeløb for perioden. De 400 virksomheder repræsenterer dermed langt størstedelen af de penge, som kommunerne har handlet for i perioden.

Ved hjælp af virksomhedsdatabasen [Orbis](#) har vi kortlagt, hvilke lande koncernerne bag de 400 leverandører er til stede i. Orbis er en privatejet virksomhedsdatabase, der drives af Bureau van Dijk.

For at afgøre, om der er tråde til skattely i de virksomheder, som kommunerne har indgået kontrakter med, har vi undersøgt om de koncerner, de er en del af, har en tilstedeværelse i et eller flere af de 15 lande, som [Oxfam har udpeget](#) som verdens værste skattely for selskaber. De 15 skattelylande er:

1. Bermuda
2. Caymanøerne
3. Holland
4. Schweiz
5. Singapore
6. Irland
7. Luxembourg
8. Curaçao
9. Hong Kong
10. Cypern
11. Bahamas
12. Jersey
13. Barbados
14. Mauritius

15. De Britiske Jomfruer

Hvad viser undersøgelsen ikke?

Undersøgelsen kortlægger kun forbindelser til skattely og siger ikke noget om omfanget af skattesnyd eller lignende blandt kommunernes private leverandører. En tilstedeværelse i skattely er ikke ensbetydende med at der fifles med skatten, men det er omvendt et faresignal, fordi det åbner op for muligheden for, at der gennem aggressiv skatteplanlægning kan opnås en lavere skat.

Derudover er undersøgelsen ikke komplet dækkende for skattelyforbindelser i kommunernes kontrakter.

For det første er det ikke alle kommunale kontrakter, der meldes ind til Udbudsvagten, og der er særligt nogle få kommuner, for hvem der er meget lidt information om kontrakter. Vi har anvendt Udbudsportalen til at kortlægge kommunernes kontrakter fordi det er den mest omfattende offentligt tilgængelige database over kommunernes kontrakter, men det betyder også, at der formentlig er en række kommunale kontrakter, som vores analyse overser.

For det andet har vi som beskrevet kun set på skattelyforbindelser blandt de 400 virksomheder, som har vundet de største kontrakter med kommunerne. De 400 virksomheder står for 85 procent af det samlede beløb, som Udbudsportalen har informationer for, men dækker kun en mindre andel af det samlede antal virksomheder, som kommunerne har indgået kontrakter med. Vi har valgt denne indsnævring da det er tidskrævende at kortlægge virksomhedernes geografiske struktur. En fuldstændig gennemgang af alle leverandører ville formentlig vise, at flere kommuner har indgået kontrakter med virksomheder med forbindelser til skattely.

For det tredje har vi kun set på forbindelser til de 15 værste skattelylande. Der er en række yderligere lande, som også er vigtige skattely, men som ikke er inkluderet. Det drejer sig blandt andet om Guernsey, de Forenede Arabiske Emirater og Panama. Ved kun at fokusere på de allerværste skattely undervurderer vi dermed forbindelserne til alle skattely.

Samlet set betyder de tre ovenstående forhold, at vores analyse formentlig undervurderer det reelle omfang af skattelyforbindelser blandt kommunernes leverandører.

Til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

sendt til pr. mail til ok@kfst.dk

4. marts
2022

Høringssvar: Forslag til lov om ændring af udbudsloven

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST) har torsdag den 3. februar 2022 anmodet Staten og Kommunernes Indkøbsservice (SKI) om bemærkninger til udkast til lovforslag om ændring af udbudsloven, herunder også tilbudsloven og lov om Klagenævnet for Udbud.

SKI takker for muligheden for at kommentere på høringsudkastet. SKI noterer sig, at høringsbrevet understreger, at forslaget har til formål dels at sikre øget fleksibilitet, klarere regler og lavere transaktionsomkostninger, og dels at adressere nogle generelle forhold af samfundsmæssig karakter.

Generelle bemærkninger

Samlet set vurderer SKI, at høringsudkastet indeholder positive initiativer, bl.a. ændring af reglerne for dynamiske indkøbssystemer.

Dog vurderer SKI, at høringsudkastet 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.

Det er SKI's klare vurdering, at der kan hentes betragtelige gevinster for såvel ordregiverne som tilbudsgivere, hvis lovgiver sætter sig for at undgå overimplementering og søger maksimal fleksibilitet inden for det bagvedliggende udbudsdirektiv. Det er SKI's vurdering, at der flere steder i udbudsloven er plads til at sikre danske ordregivere og tilbudsgivere større fleksibilitet og klarhed, som grundlag for et stærkt offentlig-privat samspil i Danmark.

DI, Dansk Erhverv, SMV Danmark, DI Dansk Byggeri, Forsvaret, IKA, Danske Regioner, KL og SKI har sammen på tværs af ordregivere og tilbudsgivere fremsat syv fælles anbefalinger, som skal mindske transaktionsomkostningerne og øge fleksibiliteten, understøtte SMV'ere og innovation. Høringsudkastet imødekommer kun i begrænset omfang de fælles anbefalinger.

SKI finder, at det på fem punkter er afgørende, at høringsudkastet justeres før fremsættelse:

1. Manglende klarhed om adgang til at ændre udbudsmaterialer
2. Positiv ændring omkring dynamiske indkøbssystemer, men manglende konsekvensrettelse af klageadgang
3. Manglende klarhed omkring udelukkelse af tilbudsgiverne, når der er sået tvivl om deres integritet
4. Manglende klarhed om adgang til at ændre kontrakter i drift
5. Manglende rettelse af uoverensstemmelse mellem lov om Klagenævnet for Udbud § 17, stk. 5 og udbudslovens § 185, stk. 2

Nedenfor uddybes de fem punkter. Derefter adresseres, at høringsudkastet ikke imødekommer de syv fælles anbefalinger fra parterne på udbudsområdet. Anbefalinger, som også regeringens Digitaliseringspartnerskab aktivt og eksplicit støtter op om. Endelig følger SKI's specifikke bemærkninger til de enkelte bestemmelser i høringsudkastet.

SKI's fem prioriterede punkter

Ad. 1) Manglende klarhed om adgang til at ændre udbudsmaterialer: Grundlæggende ser SKI, at der er behov for, dels at skabe klarhed om den nuværende adgang til at foretage ændringer af offentliggjorte udbudsmaterialer, dels arbejde for en udvidet adgang til at ændre udbudsmaterialer på EU-niveau. Derfor savner SKI, at forslaget til ændring af udbudsloven tilvejebringer den fornødne klarhed omkring ordregivers adgang til at ændre i offentliggjorte udbudsmaterialer undervejs i udbudsprocessen. Kernen i problemet er, at ordregivere opfatter adgangen til at foretage ændringer som upræcis, hvorfor de er tilbageholdende med at foretage nødvendige og relevante ændringer. SKI vurderer, at den aktuelle uklarhed i regelsættet i dag er den suverænt væsentligste årsag til annullerede udbudsprocesser, transaktionsomkostninger, tabt mulighed for tilpasning til virksomhedernes input og dermed tabt innovationshøjde i det offentlig-private samarbejde i Danmark.

KFST angiver i en analyse fra 2019, at mere end hver femte danske udbudsproces annulleres. Den hyppigste årsag til annullerede udbud er, at ordregivere opdager fejl, som de har behov for at rette. Endvidere får de også hyppigt behov for at foretage ændringer, bl.a. pga. markedets input. Det fører til, at ordregivere efter annulation genstarter udbudsprocessen med samme udbudsmateriale, som dog er tilpasset eller fejlrettet. Det er ressourcetungt og giver forsinkelser, hver gang en ordregiver skal annullere et udbud for at foretage rettelser i udbudsmaterialet og derpå genstarte hele udbudsprocessen.

SKI finder det særligt ærgerligt, at høringsudkastet ikke forholder sig til behovet for mere klarhed om adgangen til at ændre i offentliggjorte udbudsmaterialer set i lyset af SKI selv og siden i samarbejde med en bred interessentkreds (DI, Dansk Erhverv, SMV Danmark, DI Dansk Byggeri, Forsvaret, IKA, Danske Regioner, KL og SKI) har peget på behovet og udarbejdet konkrete forslag til ændring. Anbefalinger, som også regeringens Digitaliseringspartnerskab aktivt og eksplicit støtter op om.

Parterne er blevet mødt af argumentet om, at den foreslåede klarhed ikke kan bibringes i udbudsloven, fordi det ikke vil være konformt med det bagvedliggende udbudsdirektiv. Det er imidlertid SKI's vurdering, at den foreslåede klarhed i udbudsloven kan sikres indenfor rammen af udbudsdirektivet. SKI's uddybende bemærkninger nedenfor præsenterer konkrete forslag til bestemmelse samt anbefaling om aktiv brug af lovbemærkningerne.

En øget klarhed om ændringsadgangen på den korte bane via udbudsloven tilfredsstiller dog ikke det grundlæggende behov for øget fleksibilitet, som ordregivere oplever fsva. ændring af offentliggjorte udbudsmaterialer. Derfor vurderer SKI, at der fortsat er behov for, at KFST og Erhvervsministeriet i den fremadrettede dialog om udbudsdirektivet på EU-niveau udfordrer EU-Kommissionen og reguleringen fra 2014 med henblik på at skabe et udvidet rum for ændringsadgangen.

SKI's uddybende bemærkninger, konkrete forslag til bestemmelse samt anbefaling om aktiv brug af lovbemærkningerne fremgår bagerst i dette høringssvar.

Ad. 2 Positiv ændring omkring dynamiske indkøbssystemer, men manglende

konsekvensrettelse af klageadgang: Konkret finder SKI det meget positivt, at lovforslaget i den foreliggende udformning imødekommer ønsket om at lempe kravet til begrundede afslagsskrivelser under dynamiske indkøbssystemer. Ændringen mindsker de administrative byrder ved brugen af dynamiske indkøbssystemer og må derfor forventes af fremme anvendelsen af indkøbsmetoden til gavn for både det offentlige og private marked, herunder SMV'ers adgang til at afgive tilbud på offentlige kontrakter. Ændringsforslaget indgår i de fælles anbefalinger fra interessentkredsen (DI, Dansk Erhverv, SMV Danmark, DI Dansk Byggeri, Forsvaret, IKA, Danske Regioner, KL og SKI), og er således imødekommet med høringsudkastet. Anbefalinger, som også regeringens Digitaliseringspartnerskab aktivt og eksplicit støtter op om.

SKI finder det imidlertid uhensigtsmæssigt, at der ikke sker en konsekvensrettelse i lovforslaget i forhold til klagefristen, som i princippet derfor kan løbe uendeligt, hvilket kan begrænse brugen af dynamiske indkøbssystemer. SKI's uddybende bemærkninger hertil fremgår af behandlingen af lovforslagets § 1, nr. 27 og nr. 28.

Ad. 3 Manglende klarhed omkring udelukkelse af tilbudsgiverne, når der er sået tvivl om

deres integritet: SKI noterer sig forslaget om, at tvivl om virksomheders integritet skal overgå til at være en obligatorisk udelukkelsesgrund. SKI finder, at der mangler retningsgivende lovbemærkninger og betydelig vejning, som skal støtte ordregivere generelt i at håndtere dette korrekt – herunder med den fornødne hensyntagen til virksomheders retssikkerhed.

SKI's uddybende bemærkninger beskriver risici, som SKI ser ved den foreslåede løsning.

Ad. 4 Manglende klarhed om adgang til ændring af kontrakter i drift: Mange offentlige kontrakter varer i flere år, typisk fire. Undervejs i kontraktfasen kan opstå behov for at ændre i samarbejdet mellem ordregiver og leverandør, fordi ordregivers behov justeres og leverandørens teknologi udvikler sig.

SKI har sammen med en række parter på udbudsområdet interessentkreds (DI, Dansk Erhverv, SMV Danmark, DI Dansk Byggeri, Forsvaret, IKA, Danske Regioner, KL og SKI) foreslået, at der indarbejdes en egentlig bestemmelse, som tydeliggør adgangen til at ændre kontrakter i drift og, som løfter de nuværende lovbemærkninger op til egentlig lovtekst. Det skaber et klarere handlerum for ordregivere i deres samarbejde med private leverandører og understøtter, at der kan ske sortimentsopdateringer og produktudviklingen i takt med den generelle udvikling på markedet.

Disse anbefalinger er imidlertid ikke imødekommet med høringsudkastet. Anbefalinger, som også regeringens Digitaliseringspartnerskab aktivt og eksplicit støtter op om. Forslaget er ikke imødekommet i høringsudkastet.

SKI's uddybende bemærkninger nedenfor uddyber forslag.

Ad. 5 Manglende rettelse af uoverensstemmelse mellem lov om Klagenævnet for Udbud §

17, stk. 5 og udbudslovens § 185, stk. 2: KFST har tidligere oplyst, at lov om Klagenævnet for Udbud ikke var del af evalueringen af udbudsloven. Derfor finder SKI det overraskende, at klagenævnsloven alligevel åbnes – særligt set i lyset af, at erhvervsministeren i sit udspil fra

september 2021 varsler, at der skal ske et samlet servicetjek af det nuværende klagesystem for at sikre effektiv håndhævelse af udbudsreglerne.

Når klagenævnsloven alligevel åbnes med dette ændringsforslag, så finder SKI det relevant at påpege, at der er en indbyrdes uoverensstemmelse mellem lov om Klagenævnet for Udbuds § 17, stk. 5 og udbudslovens § 185, stk. 2, således ordregiveres brug af "egne" rammeaftaler sidestilles med ordregiveres brug af indkøbscentralers rammeaftaler. Uoverensstemmelsen har stor praktisk relevans, ikke kun for SKI, men også SKI's kunder og de leverandører, som har foretaget væsentlige investeringer i de kontrakter, der indgås med SKI. På dette punkt foreligger der et stort potentiale for reduktion af transaktionsomkostningerne for det offentlig-private samarbejde i form af klarhed og effektivisering, som lovforslaget ikke imødekommer. Konkret anbefaler SKI, at der skabes klarhed omkring sammenhængen mellem udbudslovens § 185, stk. 2, og klagenævnslovens § 17, stk. 5 i forhold til anvendelsen af indkøbscentralers rammeaftaler.

Ordre- og tilbudsgivernes syv fælles forslag til forbedring af udbudsloven

Repræsentanter for alle betydende ordre- og tilbudsgivere – herunder KL, DI, DI Byggeri, SMVDanmark, IKA, Forsvarsministeriets Materiel- og Indkøbsstyrelse (FMI), Danske Regioner, SKI, Dansk Erhverv (parterne) – står sammen om en række konkrete ændringsforslag, som har været rundsendt til Erhvervsministeriet, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og præsenteret for Folketingets erhvervsudvalg.

Ændringsforslagene er udarbejdet i samarbejde 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.

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.

Trods det forhold, at repræsentanter for ordregivere og tilbudsgivere sammen har givet konkrete ændringsforslag til forbedring af udbudsloven, er de kun i begrænset omfang afspejlet i forslag til ændring af udbudsloven fra KFST.

Parterne anerkender, at lovforslaget indeholder positive elementer. Dog vurderer parterne samlet set, at lovforslaget 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 folketetinget.

Afslutningsvist skal SKI minde om, at regeringens Digitaliseringspartnerskaber aktivt og eksplicit støtter op om de syv fælles anbefalinger. I det lys finder SKI det beklageligt, at høringsudkastet ikke i større grad imødekommer forslagene.

Specifikke bemærkninger til de enkelte forslag i høringsudkastet

Bemærkninger til § 1, nr. 2

Af lovforslaget fremgår, at *"Regionale og kommunale ordregivere kan etablere samarbejder, som led i kontrollen med overholdelsen af kontraktuelle forpligtigelser"*. Afgrænsningen til regionale og kommunale ordregivere synes unødigt indskrænkende herunder særligt, da § 15, som den forslåede § 5 b henviser til, ikke indeholder samme begrænsning og alene henviser til kontrakter mellem *ordregivere*.

Med formuleringen af § 5 b i den foreliggende form vil hjemlen således ikke omfatte ordregivere, der ikke udgør regionale eller kommunale ordregivere og udelukker således eksempelvis offentligretlige organer. I Sverige har SKI's svenske pendant SKL Kommentus nedsat en særskilt afdeling Hållbarhetskollen, der forestår opfølgning og kontrol på tværs af leverandører, som de tilmeldte svenske kommuner, regioner og regionale virksomheder indgår kontrakter med. Kontrollen sker således via stikprøvekontroller af de kontraktuelle forpligtigelser, der er etableret mellem den tilmeldte kommune eller region og deres leverandører og udgør således et servicetilbud, der rækker ud over SKL's opfølgning og kontrol på egne rammeaftaler og systemer.

Henset til det bagvedliggende formål om en mere effektiv kontraktopfølgning i form af mere fokuseret viden og ressourceforbrug herunder administrative besparelser foreslås det derfor, at anvendelsesområdet for lovforslagets § 5 b udvides, og at *Regionale og kommunale ordregivere* derfor erstattes med *Ordregivere*.

Bemærkninger til § 1, nr. 9

Evalueringen af udbudslovens har vist, at det med den nuværende formulering af § 61, stk. 1 og § 67, stk. 1 er uklart, hvilke udbud der konkret er omfattet af adgangen til de fleksible udbudsformer.

KFST angiver i *Evaluering af udbudsloven fra maj 2021*, at *"Adgang til fleksible procedurer kan ofte være nødvendig for at sikre et godt samarbejde mellem det offentlige og de private leverandører om at udvikle nye offentlige løsninger og dermed fremme innovationen i den offentlige sektor. God dialog om komplekse anskaffelser kan også reducere risikoen for senere annullationer af offentlige udbud*. En øget anvendelse af de fleksible udbudsprocedurer vurderes således at kunne fremme innovation i den offentlige sektor og bidrage til reduktion af transaktionsomkostningerne i offentlige udbudsforretninger, da risikoen for annullationer mindskes markant ved tilvalg og adgang til proceduren. SKI er dermed positive overfor, at lovforslaget adresserer forholdet, således der kan skabes klarhed om hjemlen. Dette er afgørende for brugen af de fleksible udbudsformer, når det gælder de aftaleområder som SKI og resten af indkøbsdanmark udbyder indenfor.

Af lovforslaget fremgår, at udbud af standardbygninger, -tjenesteydelser eller -varer ikke generelt giver ordregivere adgang til at anvende udbud med forhandling (eller konkurrencepræget dialog), men at der kan være særlige omstændigheder forbundet med sådanne kontrakter, der begrunder, at konkurrencepræget dialog eller udbud med forhandling alligevel kan anvendes. Lovforslaget indeholder således følgende tilføjelse af hensyn, der kan begrunde, at en kontrakt er omfattet af § 61, stk. 1, nr. 1, litra c) (udbud med forhandling) og § 67, stk. 1, nr. 1, litra c) (konkurrencepræget dialog): *herunder et behov for tilpasning af tilbuddene til kontraktens særlige omstændigheder*.

Indledningsvist mener SKI det for vidtgående at konstatere, at udbud af standardbygninger, -tjenesteydelser eller -varer ikke generelt giver ordregivere adgang til udbud med forhandling. Af

den eksisterende § 61, stk. 1, litra a) fremgår (SKI's fremhævelse), at ordregiver kan anvende udbud med forhandling, når ordregiverens behov ikke kan imødekommes uden tilpasning af allerede tilgængelige løsninger. Det er efter SKI's opfattelser således ikke karakteren af den udbudte genstand eller ydelse, der er afgørende for, om ordregiver har adgang til udbud med forhandling. Det afgørende er vurderingen af ordregiverens behov og ikke terminologien omkring den udbudte genstand eller ydelse, der bør knyttes til adgangen. Begrænsningen fremgår efter SKI's opfattelse heller ikke af udbudsloven eller dennes bemærkninger, som den er formuleret i dag, hvor definitionen af allerede tilgængelige løsninger i § 24, litra 2) udgør den anvendte term. Det endelige lovforslag bør således ikke opstille sådanne uhensigtsmæssige antagelser, der skaber uklarhed og kan begrænse adgangen til udbud med forhandling. Ofte kan det være oplagt at forhandle om kontraktgenstande, der har en standardiseret karakter, som følge af en kompleksitet, der kan knyttes til ordregivers behov for markedskonforme kontraktvilkår, tilpasnings- eller konfigurationsmuligheder eller forståelse for kontraktens costdrivere.

I forlængelse af ovenstående bør tilpasningen af adgangen til forhandling efter § 61, stk. 1, litra c) således heller ikke afgøres på grundlag tilbudsgiverens behov for tilpasning, som særligt på nye udbudsområder kan være særdeles vanskelige for ordregivere at forudse, men derimod tage udgangspunkt i ordregivers indkøbsbehov, herunder behov for tilpasninger. På tidspunktet for offentliggørelse står forhandlingsrummet langt mere klart for ordregiver, end tilbudsgiverens behov for tilpasning.

I anbefalingerne fra parterne på udbudsområdet forslås to modeller for tilpasning. De lyder:

- 1) at der indføres et nyt stk. 2 i § 61 og § 67, som tydeliggør adgangen til at benytte de 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

Eller

- 2) at der indføres et litra e i § 61, stk. 1, nr. 1 og i § 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.

Endeligt ser SKI en mulighed for alternativt at erstatte den af KFST forslåede formulering og tilpasning af § 61, stk. 1, litra c) med følgende:

kontrakten kan på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse med udbudsprocessen gennemførelse ikke tildeles uden forudgående forhandling

Bemærkninger til § 1, nr. 16

Af bemærkningerne til den foreslåede bestemmelse i § 134 a fremgår, at formålet med den nye bestemmelse er at bekæmpe aggressiv skattepraksis og skattesvig. Virksomheder, der er etableret i skattely, skal kunne fravælges i forbindelse med offentlige udbud for at undgå, at skattekroner ender i skattely.

SKI ser positivt på den måde, hvorpå den foreslåede lovbestemmelse er formuleret herunder særligt i relation til det fastsatte etableringskrav. Mekanismen omkring optagelse på EU's liste over ikke samarbejdsvillige skattejurisdiktioner gør det objektivt konstaterbart for ordregivere at fastslå, hvorvidt en ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af den foreslåede bestemmelse. På denne måde er bestemmelsen i dens nuværende udformning både praktisk implementer- og kontrollerbar. Dog kan formuleringen omkring bekæmpelse af *aggressiv skattepraksis* i bemærkningerne til forslaget medvirke til uklarhed, da offentlige ordregivere i udgangspunktet ikke har hjemmel til at vurdere forskellen på lovlig og effektiv skatteoptimering og skattesvig. Derfor foreslås det, at bemærkningerne til det endelige lovforslag afspejler, at de forpligtigelser – og de forpligtigelser alene -, der pålægges ordregiver i medfør af den nye § 134 a, udgør dem, der er objektivt konstaterbare og kan udledes direkte af § 134 a, således der ikke skabes uklarhed omkring udelukkelsesgrundens udstrækning og rækkevidde.

Bemærkninger til § 1, nr. 19

Med indsættelsen af en ny § 136, stk. 1, nr. 4 ophæves den eksisterende udelukkelsesgrund om virksomheders integritet som frivillig og gøres obligatorisk. Da udbudslovsudvalget i sin tid drøftede implementeringen af (det nye) udbudsdirektiv var det med afsæt i, at det skulle være umiddelbart konstaterbart både for ordre- og tilbudsgiver at fastslå, om en ansøger eller tilbudsgiver var omfattet af en obligatorisk udelukkelsesgrund. Derfor blev de udelukkelsesgrunde, som blev indført som obligatoriske med udbudsloven i udgangspunktet dem, der ikke tillagde ordregiver noget vidt skøn eller lagde op til en materiel vurdering. Dette også med sigte på at undgå vilkårlighed, understøtte gennemsigtighed, ligebehandling og transparens i det offentliges ageren herunder i konkrete de udbudsforretninger.

Den nye bestemmelse forpligter fremadrettet ordregiver til at udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, der i forbindelse med sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet. KFST angiver selv i bemærkningerne til den foreslåede § 136, stk. 1, nr. 4, at den er formuleret bredt, således den kan rumme en række forskellige situationer, som kan karakteriseres, eller som ordregiver vurderer, som forsømmelser. I forlængelse heraf angiver lovforslagets bemærkninger, at "*forsømmelserne ikke alene omfatter alvorlige forsømmelser, der er direkte tilknyttet kvaliteten af opgaveudførelsen*" (SKI's fremhævelse).

Tidligere har de obligatoriske udelukkelsesgrunde primært opereret efter princippet om in dubio pro reo (dvs. enhver berettiget tvivl skal komme den tiltalte til gode), som ikke er hjemlet ved lov, men som utvivlsomt er gældende i dansk ret, herunder særligt inden for strafferetsplejen. Med indførslen af § 136, stk. 1, nr. 4 gøres der op med dette princip, da tvivlen netop ikke kommer ansøger eller tilbudsgiver til gode. Fremadrettet vil tvivlen efter bestemmelsen være tilstrækkelig og afgørende for udelukkelse, da der ikke stilles krav om endelig dom eller bødeforlæg, som det er tilfældet i § 135, og da ordregiver fremadrettet alene skal påvise alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøger eller tilbudsgiver integritet.

Der er risiko for, at der opstår tilfælde, hvor ordregivere vurderer ens forhold forskelligt. Dette kan medføre usikkerhed og manglende transparens i det offentlige ageren, en række klagesager og medfølgende annullationer. Endvidere vil ordregivere fremadrettet skulle anvende ressourcer og tid på vurdering af integritetsspørgsmål, herunder KFST's vejledende udtalelse i medfør af den foreslåede ændring af § 138, stk. 1. Samtidig vil virksomheder også skulle bruge ressourcer på at dokumentere sin pålidelighed og opnå såkaldt self cleaning, da flere virksomheder fremadrettet har udsigt til udelukkelse.

Samlet er det SKI's bekymring, at indførelsen af integritet som obligatorisk udelukkelsesgrund i den foreslåede form, vil forårsage en række nye, betydelige transaktionsomkostninger herunder skabe en u hensigtsmæssig udbudsadfærd i markedet, hvor tilbudsgivere vil videreformidle information til ordregivere, som kan så tvivl om konkurrenters integritet. Endvidere ses risiko for klagesager og retssager om spørgsmålet.

Hvis bestemmelsen indføres i udbudsloven, er det SKI's klare anbefaling, at der udarbejdes retningsgivende lovbemærkninger og betydelig vejledning, der kan tilsikre, at bestemmelsen får den fornødne klarhed og ikke anvendes til vilkårlige udelukkelser. Hertil bør det fremgå klart, at lovforslaget ikke ændrer på rækkevidden og omfanget af den undersøgelsespligt, som ordregiver er underlagt.

Bemærkninger til § 1, nr. 21

Indførslen af et centralt pålidelighedsorgan er indledningsvist omtalt i bemærkningerne til § 1, nr. 19. Konkret foreslås KFST udpeget som organ med bemyndigelse til at udstede vejledende udtalelser. SKI finder det i udgangspunktet positivt, at der indføres et vejledende organ til centralisering af pålidelighedsvurderingen.

SKI ser dog med bekymring på den foreslåede ordning, da den vejledende udtalelse skal indhentes på et afgørende tidspunkt i udbudsprocessen, hvor ordregiver er klar til at foretage tildeling. Ventetiden såvel som udtalelsens indhold og konklusioner har derfor afgørende betydning for tildelingen. KFST's sagsbehandlingstid vil således udgøre reel "spildtid" herunder tid, hvor ordregivere med uvished må afvente svar på, om de konklusioner, som ordregiver har foretaget under evaluering, kan ligges til grund for tildeling, eller om nye forhold for evalueringen og tildeling skal tages i betragtning.

Særligt problematisk synes konstruktionen i miniudbudssituationer, som lovforslaget ikke adresserer. I miniudbudssituationer er det samme leverandør og samme dokumentation, som ville skulle fremsendes, behandles og vurderes igen og igen. Her synes den reelle merværdi af en sådan centraliseret udtalelse at være yderst sparsom. Denne bekymring understøttes af, at der er lagt op til, at det skal være obligatorisk at indhente udtalelsen, og at ordregiver i henhold til lovforslagets bemærkninger er forpligtiget til at afvente den vejledende udtalelse.

SKI anbefaler, at der skabes mulighed for, at KFST's vejledende udtalelse om pålidelighed kan indhentes tidligt i udbudsprocessen af tilbudsgivere, således KFST's sagsbehandling ikke generelt forlænger tidsplanen for udbud, og således at der kan ske en form for genanvendelse af pålidelighedsvurderingen i relation til miniudbud.

SKI foreslår endvidere, at det gøres frivilligt at indhente KFST's vejledende udtalelse om pålidelighed eller at kravet om indhentning af vejledende udtalelse knyttes til nogle specifikke udelukkelsesgrunde. Dette for at supportere og ensrette de pålidelighedsvurderinger, som

forekommer særligt komplekse og ressourcekrævende for ordregivende myndigheder selv at forestå på egen hånd. På den måde kan ordregivere i de situationer, hvor pålidelighedsvurderingen omhandler simple sager, eksempelvis konkurs (§ 137, stk. 1, nr. 2), gæld til det offentlige (§ 136, stk. 3 og § 137, stk. 1, nr. 7), selv forestå pålidelighedsvurderingen. I disse situationer er det på baggrund af officielle dokumenter umiddelbart konstaterbart, om ansøger eller tilbudsgiver har fremlagt tilstrækkelig dokumentation i henhold til § 138. Alternativt kunne den foreslåede forpligtigelse i lovforslaget målrettes de udelukkelsesgrunde, hvor erfaringerne viser, at vurdering af dokumentation forekommer særligt kompleks og ressourcekrævende. KFST kunne således i disse særligt komplekse og kontroversielle sager inddrages til udtalelser af vejledende karakter.

Endeligt anbefaler SKI, at der overvejes indført en bestemmelse, der tillader ordregivere at gå videre med udbudsprocessen og gennemføre tildelingen, såfremt KFST ikke har fremsendt vejledende udtalelser inden for en given tid. Alternativt kunne der udformes en undtagelsesbestemmelse til kravet om indhentning af vejledende udtalelse fra KFST, som ordregivere kan ty til i de særlige situationer, hvor der er saglige grund hertil.

Bemærkninger til § 1, nr. 27 og nr. 28

Forslaget imødekommer SKI's forslag om dynamiske indkøbssystemer, og SKI finder forslaget meget positivt. Særligt da ordregiver ikke kan begrænse antallet af ansøgere i et dynamisk indkøbssystem, jf. udbudslovens § 104, stk. 3, kan der opstå situationer med et særdeles bredt (i princippet ubegrænset) antal tilbudsgivere. Efter den nuværende regulering har alle tilbudsgivere krav på begrundelser i forbindelse med afslag ved ethvert køb i et dynamisk indkøbssystem. Disse situationer adresseres med lovforslaget, hvorfor forbeholdene overfor det uvisse ressourceforbrug i relation til afslagsskrivelser reduceres i det væsentligste. Det må samlet forventes at øge brugen og udbredelsen af indkøbsformen.

SKI's erfaring er, at brugen af dynamiske indkøbssystemer åbner op for særligt små og mellemstore virksomheder i det offentlige indkøb. SKI vurderer at lovforslaget med denne ændring kan understøtte SMV'er, som leverandører til den offentlige sektor, og samtidig fremme fokus på kvalitet i tildelingen af offentlige kontrakter.

Det ærgrer dog SKI, at lovforslaget ikke imødekommer SKI's forslag til præciseringer af klagefrister i Lov om Klagenævnet for Udbud. Konkret har SKI foreslået en præcisering af § 7 i Lov om Klagenævnet for Udbud ved indførelse af et nyt litra 3), således det nuværende litra 3) ændres til litra 4), og den nuværende litra 4) ændres til litra 5):

3) 30 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har imødekommet en anmodning fra den berørte tilbudsgiver om en begrundelse for sin beslutning om tildeling af en kontrakt under et dynamisk indkøbssystem. Er en sådan anmodning ikke fremsat senest 15 kalenderdage regnet fra dagen efter den dag, hvor ordregiveren har underrettet den berørte tilbudsgiver om, at en kontrakt baseret på et dynamisk indkøbssystem er indgået, regnes fristen for indgivelse af klage på 30 kalenderdage fra udløbet af fristen for at anmode om en begrundelse, jf. udbudslovens § 171, stk. 3

Hertil skal bemærkes, at det ikke er antallet af dage, der er afgørende for SKI, men alene det faktum, at klagefristen uden anmodning om begrundelse indrammes, og ikke gøres uendelig.

Der bør i overensstemmelse med kontroldirektivernes overordnede krav om effektiv adgang til at klage over ordregiveres beslutninger i en udbudsproces, kunne gennemføres foranstaltninger, der ikke pålægger ordregiver risiko for uendelig klageadgang. En uendelig klageadgang, hvor

klagefristen ikke igangsættes, kan i princippet resultere i situationer, hvor klager indkommer flere år efter, at kontrakterne er indgået og måske også allerede effektueret.

Markedet skal have adgang til at klage over offentlige udbudsforretninger, og udformningen af klagesystemet skal i sagens natur også være effektiv, rimelig og i overensstemmelse med kontroldirektiverne. Dog virker det ikke effektivt, at offentlige aktører og leverandører til det offentlige i lang - eller uendelig - tid efter, at en kontrakt er indgået og effektueret, kan blive mødt med en klage.

Bemærkninger til § 1, nr. 29

SKI bifalder formålet om, at offentlige kontrakter skal understøtte uddannelse af fremtidens arbejdskraft. Det er dog væsentlig, at kravet rettes mod de offentlige kontrakter som på bedste vis reelt kan bidrage til realisering af oplæring herunder eksempelvis elev-, lærlinge- eller praktikpladser. Derfor ser SKI frem til at få den bekendtgørelse i høring, som Erhvervsministeren fastsætter i henhold til den forslåede lovbestemmelse i § 176, stk. 4.

Bemærkninger til § 1, nr. 34

SKI noterer sig initiativet om indførelse af én elektronisk platform til afgivelse af tilbud og anerkender målsætningen om at lette implementeringen af elektroniske skabeloner (e-forms) herunder standardisering.

SKI skal minde om, at offentlige myndigheder i dag benytter forskellige elektroniske platforme, som på forskellig vis understøtter de offentlige myndigheders forskellige behov. Der er desuden tale om et eksisterende marked med flere private aktører, der har udviklet og stadig udvikler forskellige elektroniske platforme til at gennemføre udbud.

Det er derfor væsentligt, at en eventuel udformning af en sådan national platform og fastsættelsen af forpligtigelsens omfang drøftes med aktørerne i markedet, ligesom det vil være afgørende, at en eventuel national platform kan rumme de offentlige myndigheders meget forskellige behov. I modsat fald risikerer den elektroniske platform at lede til dyrere og dårligere indkøb.

SKI bemærker, at de private leverandører af udbudssystemer vil være bekymrede for, at de mister deres forretning, hvis der etableres en elektronisk platform til afgivelse af tilbud, som alle ordregivende myndigheder er forpligtede til at benytte. De private leverandører anvender i dag anseelige ressourcer i at udvikle apps, tildelingsværktøjer eller platforme, eksempelvis ved træk på dynamiske indkøbssystemer, med formålet om at simplificere og at gøre det nemt for ordregivere at foretage konkrete indkøb, spare transaktionsomkostninger og øge gennemsigtigheden i forbindelse med tilbudsafgivelse og evaluering. Allerede i dag foreligger der innovative løsninger, der er udviklet med samme formål, som ligger bag den forslåede bestemmelse i § 194, stk. 1, hvorfor det er afgørende at disse ressourcer og denne innovation ikke går tabt til last for både ordregivere og marked.

SKI har også selv investeret betydelige ressourcer i udviklingen af egne digitale løsninger til gennemførelse af miniudbud, dynamiske indkøbssystemer mm. SKI har derudover et indgående kendskab til de offentlige myndigheders forskelligartede behov. Derfor er det SKI's forhåbning, at

SKI bliver inviteret til at deltage aktivt i drøftelserne om den eventuelle etablering af en national elektronisk platform.

Bemærkninger til manglende klarhed om adgang til at ændre udbudsmaterialer

Sammen med gruppen af repræsentanter fra et enigt ordre- og tilbudsgiverfelt (DI, Dansk Erhverv, SMV Danmark, DI Dansk Byggeri, Forsvaret, IKA, Danske Regioner og KL) har SKI gentagne gange understreget behovet for øget klarhed om adgangen til at ændre i offentliggjorte udbudsmaterialer med henblik på at reducere unødige transaktionsomkostninger for både markedet og det offentlige. Anbefalinger, som også regeringens Digitaliseringspartnerskab aktivt og eksplicit støtter op om.

Punktet er et helt centralt forhold i revisionen af udbudsloven jf. også punkt 1. Det er derfor afgørende, at den kommende udbudslov i højere grad end det nuværende lovforslag adresserer dette behov. Konkret har parterne foreslået, at der indføres én klar bestemmelse, der regulerer ordregivers adgang til ændringer i udbudsmateriale efter offentliggørelse, med følgende ordlyd:

[§ 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.

SKI har allerede i den helt tidlige dialog med KFST fremsendt et forslag til ændringsbestemmelse, der som alternativ kan skabe den nødvendige klarhed. Det vil medvirke til at reducere ordregivers tilbageholdende med at imødekomme ellers hensigtsmæssigt input fra markedet i udbudsfasen eller tilbøjelighed til at annullere udbudsprocesser:

§134 A. Ændringer, der ikke har karakter af grundlæggende elementer, kan frit foretages af ordregiver under iagttagelse af § 93, stk. 4.

Stk. 2. En ændring i offentliggjort udbudsmateriale anses for at være en ændring af grundlæggende elementer, når ændringen har påvirket potentielle ansøgers eller tilbudsgivers deltagelse i den omhandlede udbudsprocedure, eller fordrejet konkurrencen mellem ansøgere eller tilbudsgivere, jf. § 24, nr. 37.

Med ovenstående forslag til ændringsbestemmelser suppleret af retningsgivende lovbemærkninger, er det SKI's klare forhåbning, at det endelige lovforslag afspejler den helt centrale identificerede problemstilling om uklarhed om ændringsadgangen.

Udover en tydeliggørelse i selve regelsættet af ændringsadgangen, så anbefaler SKI, at de tilknyttede lovbemærkninger bruges aktivt til at tilkendegive hensynet om, at ændringer kan foretages for at imødekomme markedets input eller andre ændringsbehov, som samlet kan forbedre udbudsmaterialet og reducere antallet af annullerede udbud.

Afslutningsvist skal SKI opfordre til, som supplement til ovenstående, at udbudsdirektivets rammer for adgang til at ændre i offentliggjorte udbudsmaterialer søges påvirket og udvidet af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Erhvervsministeriet, når der er drøftelser med EU-Kommissionen om udbudsdirektivet.

Bemærkninger til manglende klarhed om adgang til at ændre i indgåede kontrakter

SKI konstaterer, at høringsudkastet ikke lægger op til ændring af bestemmelser, som regulerer ordregivers adgang til at ændre i kontrakter undervejs i driftsfasen. Behov for at ændre i en kontrakt i driftsfasen opstår, 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.

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. Forslaget er også indeholdt i de syv anbefalinger, som parterne på området (DI, Dansk Erhverv, SMV Danmark, DI Dansk Byggeri, Forsvaret, IKA, Danske Regioner, KL og SKI) har præsenteret. Anbefalinger, som også regeringens Digitaliseringspartnerskab aktivt og eksplicit støtter op om.

Parterne har foreslåede to mulige modeller for en ny, præciserende bestemmelse. Det første forslag indebærer indførsel af de generelle principper som beskrevet i lovbemærkningerne og er:

§ 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 kontrakts 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.

Det andet forslag består af 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.

SKI står naturligvis til rådighed for yderligere dialog og uddybning af ovenstående.

Med venlig hilsen

Staten og Kommunernes Indkøbsservice (SKI)

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 København

Sendt pr. mail til: ok@kfst.dk

Paul Bergsøes Vej 6
2600 Glostrup

Billedskærervej 17
5230 Odense M

Telefon 4343 6000
teknig@teknig.dk
www.teknig.dk

Mobil:
Email: eau@teknig.dk

Dato: 4. marts 2022

Side 1/4

Høringssvar vedrørende lovforslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud

TEKNIQ Arbejdsgiverne har den 3. februar fået ovenstående udkast i høring og har følgende bemærkninger.

Ordregivers valg af udbudsformer

Det er TEKNIQ Arbejdsgivernes oplevelse, at udbuddene på særligt de store offentlige byggeprojekter ikke altid er hensigtsmæssig sammensat. Offentlige bygherrer overraskes derudover ofte over, at projekter kan kræve uplanlagte tilrettelser, der kan være omstændige, grundet den måde, som udbuddet er sammensat på.

I den generelle tilrettelæggelse af offentlige udbud indenfor byggeriet anbefaler TEKNIQ Arbejdsgiverne, at man i højre grad inddrager de tekniske entreprenører langt tidligere i processen med rådgivere m.fl., ligesom at det foreslås, at der i højere grad anvendes mulighederne for dialog, forhandling, funktionskrav samt indgåelse af innovationspartnerskaber for at dække bygherres behov bedst muligt.

Brug for mere gennemarbejdede udbud

TEKNIQ Arbejdsgiverne vurderer fortsat, at der er et meget stort antal udbud, der annulleres. Der er behov for at reducere antallet af annullationer meget betydeligt for at nedbringe tilbudsgivernes transaktionsomkostninger. Det er positivt, at der foreslås en række ændringer, som giver mulighed for, at ordregiver kan rette forhold, som ellers kunne give anledning til annulleringer. Men der er fortsat brug for en stor indsats for, at egne fejl og ønsker om sene ændringer reduceres, så udbudsmaterialer er mere gennemarbejdede inden udbud.

TEKNIQ Arbejdsgiverne opfordrer til, at ordregiver i kapitel 6 i højere grad forpligtes til forudgående dialog med både rådgivere og udførende erhverv.

Af specifikke bemærkninger til udkastet har TEKNIQ Arbejdsgiverne følgende bemærkninger.

Ændring skaber uklarhed om vilkår for bud, ændring nr. 10

TEKNIQ Arbejdsgiverne opfordrer til, at ændring 10 udgår, da den stiller ordregiverne i en uklar position inden afgivelse af bud. I stedet opfordrer TEKNIQ Arbejdsgiverne til, at ordregiver fra start i højere grad bruger udbud med forhandling, som der allerede er gode muligheder for.

Udelukkelse, ændring nr. 19 og 20

Den frivillige udelukkelsesgrund: *"ansøgeren eller tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet"* gøres til en obligatorisk udelukkelsesgrund, og der foreslås en udelukkelsesperiode på 5 år.

Efter TEKNIQ Arbejdsgivernes opfattelse giver direktivets artikel 57 stk. 4 mulighed for, at myndighederne kræver, at de ordregivende myndigheder udelukkes i det foreslåede tilfælde. Direktivet gør dog op med de maksimale udelukkelsesperioder også i sådanne tilfælde, og TEKNIQ Arbejdsgiverne finder det tvivlsomt, om der er hjemmel i direktivet til at forlænge udelukkelsesgrunden ved at gøre denne obligatorisk.

Brug af personer under oplæring, ændringer 29, 30, 31 og 37

TEKNIQ Arbejdsgiverne henviser i relation til ændringerne 29, 30, 31 og 37 til høringssvar fra Dansk Arbejdsgiverforening.

Bedre adgang for SMV'er, ændring nr. 34 og 35

TEKNIQ Arbejdsgiverne støtter regeringens ambitioner om at åbne det offentlige udbudsmarked for særligt SMV'er. Derfor støtter TEKNIQ Arbejdsgiverne regeringens forsøg på at øge opmærksomheden omkring muligheden for at opdele kontrakter. TEKNIQ Arbejdsgiverne vurderer imidlertid ikke, at indførelsen af en økonomisk sanktion i sig selv vil føre til, at kontrakter opdeles i videre omfang end i dag.

Da pålæg af en økonomisk sanktion overfor ordregiver kræver, at der indgives klage til Klagenævnet for udbud, står virksomheden i den situation at skulle bruge økonomiske midler på at klage over en potentiel kunde. Disse to forhold giver TEKNIQ Arbejdsgiverne anledning til at vurdere, at bestemmelsen ikke i nævneværdigt omfang vil blive anvendt.

De tekniske installationer udgør et væsentligt element i byggerier og er ofte helt afgørende for bygningens funktion og drift og dermed et væsentligt bidrag til opnåelsen af den grøn omstilling og bæredygtige løsninger. Vores erfaring er, at der er brug for en direkte dialog mellem ordregiver og installatør for at kunne finde de bedste løsninger, og derfor er det også af den grund ærgerligt, at der ikke er langt

Paul Bergsøes Vej 6
2600 Glostrup

Billedskærervej 17
5230 Odense M

Telefon 4343 6000
teknig@teknig.dk
www.teknig.dk

Mobil:
Email: eau@teknig.dk

Dato: 4. marts 2022

Side 2/4

stærkere incitamenter til at opdele kontrakter, herunder kontrakter på meget store beløb med deraf følgende få potentielle tilbudsgivere.

Pris er fortsat dominerende faktor

TEKNIQ Arbejdsgiverne finder, at prisen fortsat opleves som et meget afgørende kriterium uanset den oplyste vægtning mellem pris og andre kriterier. TEKNIQ Arbejdsgiverne foreslår derfor at ændre udbudslovens § 159 stk. 8, således at "med en anslået værdi på mere end 350 mio. kr. eksklusive moms" udgår.

Åbenhed omkring bud, budsummer og forbehold

TEKNIQ Arbejdsgiverne er uforstående overfor den foreslåede ændring af Tilbudslovens § 7 stk. 2 for så vidt angår ændringen af, at de bydende ikke længere er berettiget til at være til stede ved åbningen af budene og til at blive bekendt med budsummer og eventuelle forbehold. TEKNIQ Arbejdsgiverne anerkender, at licitationer i stort omfang afholdes elektronisk og at den fysiske tilstedeværelse dermed ikke er så praktisk længere. Men det betyder ikke, at retten til at blive bekendt med budsummer og eventuelle forbehold dermed også skal udgå. Den enkelte tilbudsgiver har store omkostninger til at beregne tilbud for at deltage i licitationer. Derfor har tilbudsgiver også et helt naturligt ønske om at få oplyst resultatet og placering i konkurrencen i form af budsummer. Denne interesse er ikke tilgodeset ved blot at få oplyst vindere og ved at være henvist til eventuelt at søge aktindsigt. I dag sendes disse oplysninger helt rutinemæssigt af ordregiverne, og forpligtelsen hertil ønsker TEKNIQ Arbejdsgiverne opretholdt.

TEKNIQ Arbejdsgiverne foreslår derfor, at tilbudslovens § 7 2. pkt. ændres til: "De bydende er berettiget til at blive bekendt med budsummer og eventuelle forbehold straks efter licitationen." Dette skal som i dag omfatte licitationer omfattet af tilbudsloven, udbudsloven og forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Digital platform for håndtering af udbud

TEKNIQ Arbejdsgiverne noterer sig, at regeringen med udkastet ønsker at fremme særligt SMV'ers adgang til offentlige udbud. Denne ambition deler TEKNIQ Arbejdsgiverne. Det er dog ikke givet, at indførelsen af en digital platform letter virksomhedernes administrative byrder – endsige gør udbud lettere tilgængeligt for SMV'er. Den digitale platforms succes til at åbne markedet for SMV'er afhænger af den konkrete implementering. TEKNIQ Arbejdsgiverne stiller sig i den sammenhæng til rådighed for en dialog om den praktiske implementering.

Klimaaftryk udestår

TEKNIQ Arbejdsgiverne noterer sig yderligere, at ændringerne i udbudsloven ikke berører udbuddenes totale klimaaftryk. TEKNIQ Arbejdsgiverne opfordrer her til, at der overvejes, hvordan reguleringen af offentlige udbud kan bidrage til den grønne omstilling. Det er således TEKNIQ Arbejdsgivernes opfordring, at offentlige

Paul Bergsøes Vej 6
2600 Glostrup

Billedskærervej 17
5230 Odense M

Telefon 4343 6000
teknig@teknig.dk
www.teknig.dk

Mobil:
Email: eau@teknig.dk

Dato: 4. marts 2022

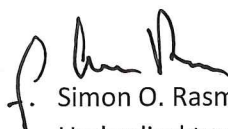
Side 3/4

TEKNIQ ARBEJDSGIVERNE

ordregivere forpligtes til at prioritere produkter og processer, der over en livscyklus belaster klimaet mindst muligt.

TEKNIQ Arbejdsgiverne står naturligvis til rådighed for en uddybning af vores høringssvar.

Med venlig hilsen


f. Simon O. Rasmussen
Underdirektør

Paul Bergsøes Vej 6
2600 Glostrup

Billedskærervej 17
5230 Odense M

Telefon 4343 6000
teknig@teknig.dk
www.teknig.dk

Mobil:
Email: eau@teknig.dk

Dato: 4. marts 2022

Side 4/4

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby

KRONPRINSESSEGADE 28
1306 KØBENHAVN K
TLF. 33 96 97 98

ok@kfst.dk

DATO: 7. marts 2022
SAGSNR.: 2022 - 445
ID NR.: 802852

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

Ved mail af 3. februar 2022 har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anmodet om Advokatrådets bemærkninger til ovennævnte forslag (i det følgende kaldet 'Lovforslagsudkastet').

Advokatrådet har følgende bemærkninger:

§ 1, nr. 1 vedrørende aktindsigt

Lovforslagsudkastet indeholder forslag om, at adgangen til aktindsigt begrænses, således at offentlighedsloven alene finder anvendelse for det vindende tilbud, dog således at der gives adgang til aktindsigt, hvis det er nødvendigt "*for at kunne varetage hensynet til effektiv kontrol*".

En begrænsning af tilbudsgiveres adgang til aktindsigt vil efter Advokatrådets opfattelse svække tilbudsgivernes retssikkerhed, og udgør i øvrigt et generelt brud på og ændring af et ganske grundlæggende princip om offentlighed i den danske forvaltning, der ikke ses at være relevant eller nødvendigt i en udbudsretlig kontekst. Allerede derfor stiller Advokatrådet sig kritisk over for forslaget.

Hertil kommer konkret, at aktindsigt er et væsentligt redskab for tilbudsgivere til at kontrollere, at offentlige ordregivere overholder udbudsreglerne - eller i øvrigt sikre økonomisk forsvarlig forvaltning af de offentlige midler. Selvom det vindende tilbud i mange tilfælde er det væsentligste at få indsigt i, spiller de øvrige tilbud dog ofte også en rolle, idet de eksempelvis kan være afgørende for en evalueringsmodels udgangspunkt. I andre sammenhænge vil sådanne tilbud måske også blive brugt som dokumentation for indkøb helt uden for et udbud, f.eks. indkøb på markeds-mæssige vilkår efter udbudslovens afsnit V, men uden at der så i udgangspunktet kan opnås aktindsigt heri.

Lovforslagsudkastet lægger dog op til, at alle (eller flere) tilbud skal være omfattet af adgangen til aktindsigt, hvis det er nødvendigt for at kunne varetage hensynet til effektiv kontrol. Udgangspunktet vil dog være, at der kun er adgang til aktindsigt i det vindende tilbud. En forbigået tilbudsgiver vil således skulle argumentere for, hvorfor det er nødvendigt at få aktindsigt i de øvrige tilbud – uden i øvrigt at kende indholdet af sådanne tilbud – og ordregiveren vil have mulighed for at afvise begæringen. Derudover er det uklart og skaber dermed i sig selv en usikkerhed om, hvordan kriteriet, om at der alligevel kan gives aktindsigt, hvis det er nødvendigt for at kunne varetage en effektiv kontrol, skal anvendes i praksis. Den offentlige ordregivers ret til afvisning af en begæring om aktindsigt i de øvrige tilbud kan forhindre en forbigået tilbudsgiver i at kontrollere evalueringsprocessen. Et afslag vil kunne påklages, men både de tidsmæssige rammer for behandlingen af selve aktindsigtsbegæringen og i særdeleshed rammerne for en klage over et afslag, vil i praksis ikke kunne effektueres inden de udbudsretlige klagefrister er udløbet. Derved forhindres tilbudsgiveren de facto i at kontrollere udbudsprocessen og klage over eventuelle fejl. Adgangen til aktindsigt er central for tilbudsgivernes retssikkerhed, og ændringen bør derfor ikke gennemføres.

Såfremt hensigten med bestemmelsen er at 'spare ressourcer' hos offentlige ordregivere i forhold til håndteringen af begæringer om aktindsigt, vil der f.eks. kunne indføres en begrænset adgang til 'undersøgende begæringer' fremsat af f.eks. konsulent- eller mediefirmaer, som anvender aktindsigt som redskab til markedsafdækninger med henblik på salg af informationerne. Alternativt – som et mindre indgribende instrument – kan det overvejes at opkræve et gebyr, hvis aktindsigtsbegæringen må forventes at have et ekstraordinært stort omfang eller volumen.

§ 1, nr. 10 vedrørende udbud med forhandling

Den foreslåede ændring indebærer, at en ordregiver kan overgå til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i tilfælde, hvor der kun er afgivet ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud, forudsat at kun de tilbudsgivere, hvis tilbud overholder udbudsprocedurens formelle krav, inviteres med videre. Det medfører efter Advokatrådets opfattelse en uhensigtsmæssig sontring mellem formelle og indholdsmæssige mangler i tilbuddene. En tilbudsgiver, hvis tilbud eksempelvis ikke overholder de opstillede mindstekrav, vil skulle inviteres med videre, hvorimod en tilbudsgiver, hvis tilbud eksempelvis mangler en underskrift, ikke opfylder sprogkrav eller krav til omfang eller lignende, ikke kan inviteres med i forhandlingsudbuddet, med mindre ordregiveren først gennemfører en berigtigelse - forudsat at en sådan kan gennemføres lovligt. Det er ikke hensigtsmæssigt, at formelle mangler behandles strengere, end manglende opfyldelse af eksempelvis mindstekrav. Bestemmelsen vil dermed efter Advokatrådets opfattelse skabe en ikke saglig eller relevant ulighed i konkurrencen. Adgang til i øget omfang at overgå til udbud med forhandling som alternativ til et helt nyt (gen)udbud forekommer dog i sit indhold fornuftigt.

§ 1, nr. 13 vedrørende mindstekrav og kriterier for tildeling

Advokatrådet er som udgangspunkt positivt stemt i forhold til den øgede fleksibilitet, der skabes ved at give adgang til ændring af mindstekrav under konkurrencepræget dialog. Rådet opfordrer dog til, at ændringen gennemføres generelt, således at mindstekrav ikke pr. definition kategoriseres som grundlæggende elementer, men at der i stedet med en justering af ordlyden af lovens § 2 - under alle udbudsformerne - skal foretages en konkret vurdering af, om det enkelte mindstekrav udgør et grundlæggende element og dermed kan ændres. Der bør i forarbejderne indsættes illustrative eksempler på momenterne i denne vurdering, herunder på mindstekrav, som ikke udgør grundlæggende elementer.

Den foreslåede ændring giver også adgang til at ændre kriterier for tildeling. Dette anser Advokatrådet i udgangspunktet også for positivt, idet det dog vurderes, at kriterier for tildeling oftere vil have afgørende betydning for, hvilken tilbudsgiver, der tildeles kontrakten, hvorfor kriterier for tildeling i mange tilfælde vil være grundlæggende elementer. Det er efter Advokatrådets opfattelse nødvendigt at uddybe, i hvilke tilfælde kriterier for tildeling udgør eller ikke udgør grundlæggende elementer. Rådet opfordrer til, at også denne ændring gennemføres generelt, således at det ikke kun er i konkurrencepræget dialog, at der er adgang til at ændre kriterier for tildeling.

Betingelserne for at anvende konkurrencepræget dialog er de samme som for udbud med forhandling. Det er efter Advokatrådets opfattelse ikke hensigtsmæssigt, hvis adgangen til at ændre mindstekrav og/eller kriterier for tildeling får ordregivere til at vælge konkurrencepræget dialog frem for udbud med forhandling.

§ 1, nr. 21 vedrørende pålidelighedsvurdering

Den foreslåede ændring indfører en pligt for ordregivere til at indhente en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om en tilbudsgivers pålidelighed, hvis tilbudsgiveren er omfattet af en udelukkelsesgrund. Advokatrådet billiger som udgangspunkt, at den komplekse pålidelighedsvurdering udføres af ét organ, som opnår kompetencer og erfaring inden for området. Det er dog afgørende, at der gennemføres en behørig høringsproces forud for afsigelse af den vejledende udtalelse, da denne som sådan ikke kan påklages.

Lovforslagsudkastet giver ingen oplysninger om en eventuel prøvelse af ordregiverens beslutning. Ordregiverens beslutning må dog kunne prøves ved Klagenævnet for Udbud, og det anbefales, at dette indskrives direkte i enten udbudsloven, i lov om Klagenævnet for Udbud eller i det mindste i forarbejderne. Det må imidlertid forventes, at Klagenævnet for Udbud – i overensstemmelse med Klagenævnets praksis – vil være tilbageholdende med at tilsidesætte ordregiverens skøn, særligt når dette hviler på en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Den vejledende udtalelse kan få ganske alvorlige konsekvenser for en virksomhed, og det er derfor afgørende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har det fornødne grundlag, herunder input fra den pågældende virksomhed.

Hertil kommer det tidsmæssige aspekt. Lovforslagsudkastet indeholder ikke oplysninger om sagsbehandlingstiderne for en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Forholdet vil ligge uden for ordregiverens kontrol og kan forlænge udbudsprocessen. Advokatrådet opfordrer til, at der indføres en (kort) sagsbehandlingsfrist – eksempelvis syv dage – fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har modtaget de nødvendige oplysninger.

§ 2, nr. 35 om sanktion ved overtrædelse af "opdel eller forklar-princippet"

Der indføres med lovforslagsudkastet en sanktion på 100.000 kr. for ikke at have angivet en baggrund for, at ordregiver ikke har udbudt en samlet kontrakt eller rammeaftale i særskilte delkontrakter. Det forekommer efter Advokatrådets opfattelse retssikkerhedsmæssigt betænkeligt at udvælge en enkelt formel overtrædelse, som sanktioneres, mens andre formelle overtrædelser ikke har samme konsekvens.

Med venlig hilsen



Andrew Hjuler Crichton
Generalsekretær

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen
Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby
Att. Kontorchef Kenneth Skov Jensen
Sendt pr. mail til ok@kfst.dk

7. marts 2022
18/04353

Vedr.: Høring vedrørende udkast til lovforslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud

KLAGENÆVNET FOR UDBUD

Toldboden 2
8800 Viborg

Tlf. 72 40 56 00
CVR-nr. 37795526
EAN nr. 5798000026070
klfu@naevneneshus.dk
www.naevneneshus.dk

1. Indledning.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ved brev af 3. februar 2022 anmodet blandt andre Klagenævnet for Udbud om eventuelle bemærkninger til ændringsforslaget til udbudsloven, tilbudsloven og lov om Klagenævnet for Udbud.

Det fremgår af lovudkastet, at formålet med de foreslåede ændringer er at følge op på de initiativer, som regeringen lancerede i forbindelse med Danmark Kan Mere I, og at forslaget adresserer de udfordringer, der er identificeret i evalueringen af udbudsloven samt en række øvrige udfordringer på udbudsområdet af generel samfundsmæssig karakter.

Det fremgår således, at baggrunden for de foreslåede ændringer navnlig er udslag af generelle (udbuds)politiske og samfundsmæssige afvejninger.

Klagenævnet for Udbud ønsker ikke at fremkomme med bemærkninger hertil.

Med hensyn til den mere tekniske udformning af de ønskede ændringer skal klagenævnet generelt opfordre til, at hensigten og rækkevidden af de foreslåede ændringer så vidt muligt præciseres i lovteksten og de dertilhørende bemærkninger. Det skyldes i første række navnlig hensynet til at støtte såvel ordregivere som tilbudsgivere i deres retsanvendelse, således at tvister herom så vidt muligt kan undgås, i anden række nævnets retsanvendelse i forbindelse med konkrete klagesager.

I det følgende anføres således nogle mere tekniske bemærkninger til lovudkastet.

2. Begrænsning af offentlighedslovens anvendelsesområde.

I lovudkastets § 1, nr. 1, foreslås indsat en ny bestemmelse i udbudsloven (§ 5 a). Efter denne bestemmelse vil offentlighedslovens anvendelsesom-

råde fremover blive begrænset, således at loven som udgangspunkt ikke skal finde anvendelse for andre tilbud end ”det vindende tilbud”, jf. stk. 1. Som en modifikation hertil anføres i stk. 2, at dette dog skal gælde anmodninger om aktindsigt, der ”er nødvendige for at kunne varetage hensynet til effektiv kontrol”.

Klagenævnet skal i den forbindelse indledningsvis bemærkes, at det ofte forekommer, at mere end ét tilbud bliver tildelt en kontrakt, og at det derfor bør præciseres, at der fortsat vil være adgang til aktindsigt i ”det eller de” vindende tilbud.

Nævnet skal endvidere opfordre til, at der i bemærkningerne i det endelige lovforslag tages stilling til, om det er hensigten, at en række sædvanligt forekommende situationer som udgangspunkt skal anses for omfattet af bestemmelsen i § 5 a, stk. 2. Det drejer sig navnlig om anmodninger om aktindsigt fra ansøgere, som må antages at have en sådan retlig interesse i det konkrete udbud, at de vil kunne klage over dette til Klagenævnet for Udbud, dvs. aktindsigtsanmodninger indgivet af aktuelle eller potentielle tilbudsgivere til det pågældende udbud. Det bemærkes i den forbindelse, at det i nævnets klagesager ofte forekommer, at en klager, hvis tilbud f.eks. er vurderet som det 3. bedste, efter indhentet aktindsigt klager ikke bare over ordregiverens vurdering af det vindende tilbud, men også over vurderingen af det tilbud, der blev vurderet næstbedst, ligesom der findes andre eksempler på, at aktindsigtsoplysninger om andre tilbud end det (eller de) vindende har haft betydning for udformningen af klagen – og sagens resultat. Såfremt aktuelle eller potentielle tilbudsgivere som udgangspunkt afskæres fra at kunne anmode om aktindsigt, vil dette således kunne få væsentlig betydning for de pågældende virksomheders adgang til at få afprøvet, om udbuddet er gennemført i overensstemmelse med de udbudsretlige regler.

Som udkastet til § 5 a, stk. 1, er udformet, er det hele offentlighedsloven, der fremover ikke vil være anvendelig på andre tilbud end det (eller de) vindende tilbud. Dette forhold gør, at heller ikke reglerne i lovens § 37, der i dag danner grundlag for, at klager over afslag på aktindsigt i udbudssager kan indgives til Klagenævnet for Udbud, som udgangspunkt vil finde anvendelse fremover. For at undgå tvister om, hvorvidt klagenævnet fremover skal være kompetent til at behandle klager over sådanne afslag, herunder afslag begrundet i, at den ordregivende myndighed ikke finder, at anmodningen er nødvendig for at kunne varetage hensynet til en effektiv kontrol, skal klagenævnet opfordre til, at dette spørgsmål udtrykkeligt reguleres i det endelige lovforslag.

3. Økonomisk sanktion for overtrædelser af udbudslovens § 49, stk. 2.

I lovudkastets § 2 foreslås indsat en ny bestemmelse i klagenævnsloven (§ 13 a), hvorefter Klagenævnet for Udbud efter påstand fra klageren skal pålægge en ordregiver en økonomisk sanktion for overtrædelser af udbudslovens § 49, stk. 2, ved ”i udbudsmaterialet ikke at have angivet en baggrund for, at ordregiver ikke har udbudt en samlet kontrakt eller rammeaftale i særskilte delkontrakter”. Det fremgår af den foreslåede bestemmelse, at den økonomiske sanktion skal fastsættes til 1 % af værdien af den udbudte kontrakt, dog maksimalt 100.000 kr.

Klagenævnet for Udbud skal i den forbindelse for det første opfordre til, at det i det endelige lovforslag præciseres, på hvilket grundlag den økonomiske sanktion skal beregnes, herunder om dette skal ske på grundlag af kontraktens faktiske værdi (såfremt denne er kendt på tidspunktet), eller på grundlag af den anslåede værdi eller en eventuelt oplyst maksimal værdi. Endelig bør det om muligt beskrives, hvordan værdien skal opgøres, såfremt der i udbudsmaterialet ikke er anført nærmere oplysninger herom.

Klagenævnet skal for det andet opfordre til, at bestemmelsen ændres, således at nævnets kompetence til at fastsætte en økonomisk sanktion alene kommer til at gælde i forhold til ordregivere, der er en del af den offentlige forvaltning, således at sanktioner i forhold til privatretligt organiserede ordregivere i stedet pålægges en bøde i strafferetsplejens former. Klagenævnet skal i den forbindelse henvise til den tilsvarende ordning i forhold til økonomiske sanktioner hhv. bøder fastsat efter klagenævnslovens §§ 19 hhv. 20 – samt til de menneskeretlige og retssikkerhedsmæssige hensyn, der ligger bag denne opdeling.

4. Afsluttende bemærkninger

Det bemærkes, at klagenævnet ikke ved dette høringssvar har tilkendegivet, hvorledes nævnet vil stille sig til reglerne i udkastet, såfremt disse måtte komme til at indgå i en klagesag ved nævnet.

Såfremt Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen måtte ønske det, bidrager Klagenævnet for Udbud gerne med en uddybning af nævnets høringssvar.

Med venlig hilsen



Nikolai Aarø Hansen

Formand for Klagenævnet for Udbud, landsdommer

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Sendt per e-mail til ok@kfst.dk

DANSKE
REGIONER



04-03-2022

EMN-2021-01299

1524383

Kenneth H. Sørensen

Høringssvar – Forslag til Lov om ændring af udbudsloven

Danske Regioner har modtaget høring over Forslag til Lov om ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter og lov om Klagenævnet for Udbud. Danske Regioner har koordineret høringssvaret med de fem regioner og Amgros. Høringssvaret sendes med forbehold for godkendelse i Danske Regioners bestyrelse den 23. marts 2022.

Danske Regioner vil indledningsvist gerne kvittere for det omfattende arbejde med evalueringen af udbudsloven. Evalueringen viste, at der på visse områder er mulighed for at forbedre reglerne bl.a. med hensyn til at sikre øget fleksibilitet, mere klare regler og lavere transaktionsomkostninger for både ordre- og tilbudsgivere. Overordnet vurderer Danske Regioner, at udbudslovgivningen fortsat er særdeles kompleks, og at der derfor er rum for endnu mere fleksibilitet og forenkling til gavn for både ordregiver- og tilbudsgiversiden.

Danske Regioner finder det positivt, at der med lovforslaget samlet set lægges op til øget fleksibilitet. Vi finder det også positivt, at der er øget fokus på værdien af ansvarlige tilbudsgivere.

Danske Regioner har sammen med repræsentanter fra alle betydende ordre- og tilbudsgiverorganisationer (DI, DI-byggeri, Dansk Erhverv, SMVdanmark, KL, IKA, SKI og Forsvarets Materiel- og Indkøbsstyrelse) udarbejdet fælles forslag til ændringer af udbudsloven. Vi vil opfordre Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til at kigge på de syv anbefalinger igen med henblik på øget imødekommelse heraf.

Særligt er det med henblik på at reducere transaktionsomkostningerne afgørende, at der arbejdes videre med få styrket og fremhævet fleksibiliteten omkring ordregivers adgang til at ændre i udbudsmaterialet efter offentliggørelse. Dette er i dag den største kilde til annullationer. Det bør tydeliggøres, at ordregiver kan ændre i krav, så længe der ikke ændres i grundlæggende elementer.

DANSKE REGIONER
DAMPFÆRGEVEJ 22
2100 KØBENHAVN Ø
+45 35 29 81 00
REGIONER@REGIONER.DK
REGIONER.DK

Danske Regioner har endvidere overordnede bemærkninger til følgende fire hovedområder samt en række tekstnære forslag til præciseringer af lovforslaget (se tillige vedhæftede bilag):

- Udelukkelse og self-cleaning
- Oplæringskrav
- Fleksible procedurer
- Bygge- og anlægsområdet

Udelukkelse og self-cleaning

Det er positivt, at ordregiverne får bedre muligheder for at udelukke virksomheder fra deltagelse, herunder klar hjemmel til at bringe kontrakter til ophør, når leverandøren i kontraktens løbetid bliver omfattet af en eller flere udelukkelsesgrunde.

Danske Regioner kan konstatere, at udelukkelsesperioderne øges med et år. Det bør i relation hertil være et opmærksomhedspunkt, at de forlængede udelukkelsesperioder ikke fører til skærpede krav til, hvornår en virksomhed kan udelukkes.

I forhold til den nye obligatoriske udelukkelsesgrund vedrørende virksomheder, der er etableret i skattely, savnes en nærmere uddybning af, hvordan forskellige selskabskonstruktioner er tænkt ind i lovgivningen. Regionerne ønsker, at det skal være let at kontrollere, om ansøger/tilbudsgiver er omfattet af bestemmelsen, gerne udelukkende ved at forholde sig til oplysningerne om den pågældende virksomhed i ESPD'et. Der savnes i den forbindelse en nærmere definition af, hvad det betyder, at virksomheden "er etableret" i et af de omhandlede lande.

I forhold til alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om tilbudsgivernes integritet, anbefales det, at den nuværende § 137, stk. 1, nr. 3 forbliver en frivillig udelukkelsesgrund, da der er et betydeligt skønsmæssigt element i vurderingen. De regionale erfaringer er endvidere, at de omfattede situationer ikke egner sig som obligatorisk udelukkelsesgrund. Herudover kan markedet under særlige omstændigheder være i en situation, hvor en obligatorisk anvendelse af reglen, reelt kan føre til en uønsket konkurrencebegrænsning. Derfor bør det fortsat overlades til de enkelte ordregivere, hvorvidt udelukkelsesgrunden skal anvendes i konkrete udbud.

Danske Regioner bakker op om etableringen af en enhed for pålidelighedsvurderinger, og vil foreslå, at det bliver frivilligt for ordregiverne at indhente vejledende udtalelser hos enheden. Dette begrundes med, at ordregiver relativt enkelt kan foretage vurderingen, hvis der er tale om mere

simple forhold. Her vil et krav om forelæggelse for enheden medføre unødige forsinkelser i udbudsprocessen. Alternativt bør det sikres, at styrelsen i sådanne tilfælde kan tilbyde "fast track-løsninger", der kan sikre hurtig behandling af simple forhold.

Supplerende vil Danske Regioner anbefale, at enheden tillige kan bistå ordregiverne med at efterprøve udenlandske certifikaters indhold, jf. ny § 152, stk. 4, samt øvrig dokumentation fra udenlandske tilbudsgivere, herunder dokumentation angivet i eCertis.

Oplæringskrav

Overordnet mener Danske Regioner, at oplæringskrav kun skal tilknyttes bygge- og anlægsarbejder samt visse tjenesteydelser. Det er vigtigt, at kravet er proportionalt med kontraktens genstand. Det foreslås i relation hertil, at både kontraktens varighed og omfang indgår som elementer. Endelig er det vigtigt i forhold til tjenesteydelser, at der er tale om en aftale med driftselementer. Det giver ikke mening at knytte oplæringskrav til varekøbskontrakter samt tjenesteydelseskontrakter uden driftselementer.

Konkret foreslår Danske Regioner, at kravet kan gøres gældende for bygge- og anlægskontrakter, hvor kontrakten udføres i Danmark og har en varighed på minimum 6 måneder og en kontraktværdi på mindst 5 mio. kr. ekskl. moms og/eller en lønsum på 4 mio. kr. Samt tjenesteydelseskontrakter, hvor kontrakten udføres i Danmark og har et driftselement (fx rengøring eller kantinedrift), en varighed på minimum 6 måneder og en kontraktværdi på mindst 5 mio. kr. ekskl. moms og/eller en lønsum på 4. mio. kr. Dette svarer til den eksisterende vejledning om sociale klausuler i udbud.

Der er også brug for en nærmere afgrænsning af, hvad indholdet af oplæringen kan være. Eksempelvis kan det ikke fungere med krav om eksempelvis faglig oplæring på et vist niveau, hvis kontraktens genstand kan løses uden faglige medarbejdere.

Fleksible procedurer

Lovforslaget indeholder en række positive forslag, der retter op på, at den danske udbudslov i dag er mere restriktiv end udbudsdirektivet.

Det gælder særligt mulighederne for at overgå til fleksible procedurer med de relevante tilbudsgivere. Samt det forhold, at adgangen til at benytte de fleksible procedurer udvides. Dog er der i forhold til ændringerne i § 61, stk. 1, nr. 1, litra c og § 67, stk. 1, nr. 1, litra c behov for i bemærkningerne at få præciseret, hvori udvidelsen af mulighederne reelt består, med angivelse af minimum to

praktiske eksempler. Endvidere bør bemærkningerne forholde sig til, i hvilket omfang udvidelsen kan berøre sortimentsudbud.

Det er også positivt, at mindstekrav og kriterier for tildeling kan indgå i udbudsformen "konkurrencepræget dialog" og ændres i dialogprocessen.

Bygge- og anlægsområdet

Der lægges med lovforslaget op til at den nugældende § 7 i tilbudsloven ophæves. Danske Regioner er enig i, at der ikke er behov for fysisk fremmøde til licitationsmøder. Den gældende regel om, at de bydende har ret til at blive bekendt med budsummer og eventuelle forbehold bør dog opretholdes. Fremgangsmåden er fast indarbejdet på byggeriets område og er praktisk fx i forhold til de bydendes hurtige kendskab til deres chance for at opnå kontrakt.

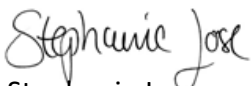
Den nye § 25, stk. 5 i udbudsloven vurderes at skærpe ordregivers annonceringspligt ved blandede kontrakter. Der er ikke behov for denne ændring, som alene vil bidrage til at øge transaktionsomkostningerne for ordregiverne. Bestemmelsen medfører endvidere, at tilbudslovens anvendelsesområde indsnævres unødigt.

Økonomiske konsekvenser

Danske Regioner ser frem til, at lovforslaget kommer i DUT-høring da særligt kravet om oplæring, herunder kontraktopfølgningen, vil medføre merudgifter for regionerne.

Der er vedlagt konkrete og tekstnære bemærkninger (med direkte reference til nummeringen i lovforslaget) samt supplerende forslag.

Venlig hilsen


Stephanie Løse
Formand


Ulla Astman
Næstformand



NOTAT

21-02-2022

EMN-2021-01299

1527361

Kenneth H. Sørensen

Udbudslov – bilag til høringssvar (konkrete forslag).

Nr. 1 Ændrede regler vedrørende anmodning om aktindsigt.

Forslag: Tilføjelse til stk. 2. "og hvor anmoderen skønnes at have retlig interesse i anmodningen"

Begrundelse: Skal sikre hensigten med ændringen ved, at anmodninger om aktindsigt ikke blot begrundes med henvisning til stk. 2. Danske Regioner frygter at begrænsningen i mulighederne for aktindsigt udvandes ved at aktindsigtsanmodninger som standard henviser til stk. 2 som begrundelse for at få udvidet mulighederne for aktindsigt i fx alle tilbud.

Nr. 8. Blandede kontrakter – øget annonceringspligt.

Forslag: At den nuværende § 26, stk. 3 fastholdes.

Begrundelse: Den foreslåede § 26, stk. 5, 2. pkt. indebærer en skærpelse i forhold til den nuværende § 26, stk. 3, og ikke blot en præcisering. Denne pligt vil være yderst tung for ordregiver at løfte, idet der ikke blot vil skulle afsættes ressourcer til at foretage annoncering, men ordregiver også vil være forpligtet til at foretage vurdering af grænseoverskridende interesse for samtlige indkøb af varer og tjenesteydelser, som indkøbes sammen med en bygge- og anlægsopgave. Hermed indsnævres tilbudslovens anvendelsesområde.

Nr. 9. Mulighed for brug af fleksible procedurer grundet kontraktens særlige omstændigheder.

Forslag: At der gives minimum to praktiske eksempler på de særlige omstændigheder i lovbemærkningerne, samt at bemærkningerne forholder sig til, hvornår bestemmelsen kan medføre en udvidelse af mulighederne for anvendelse af de fleksible procedurer ved komplekse sortimentsudbud.

Begrundelse: Der er behov for klare eksempler i lovbemærkningerne for at fremme brugen.

Nr. 19 alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet gøres til obligatorisk udelukkelsesgrund

Forslag: At dette fastholdes som en frivillig udelukkelsesgrund.

Begrundelse: Bestemmelsen er præget af betydelige skønsmæssige elementer og egner sig derfor ikke til at være en obligatorisk udelukkelsesgrund. Endvidere kan udelukkelsesgrunden som obligatorisk udelukkelsesgrund medføre uønskede begrænsninger i konkurrencefeltet i konkrete situationer.

Nr. 34. Fælles elektronisk platform til afgivelse af tilbud gøres obligatorisk for ordregiverne.

Forslag: At brugen ikke gøres obligatorisk for ordregiverne. Det skal fortsat være muligt at bruge en elektronisk platform efter eget valg.

Begrundelse: Hvis ordregiver har et godt elektronisk system, så skal brugen heraf kunne fortsætte. Et godt eksempel er Amgros, der har en fuldt integreret elektronisk platform til lægemiddeludbud. Regionerne benytter i dag EU-supply, RIB (Byggeweb) og iBinder, som er velfungerende systemer med tilhørende support-funktioner. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal være opmærksom på, at supportfunktionerne benyttes dagligt af regionerne. Tilbudsgiverne henvises også til supportfunktionen, hvis de oplever problemer ved eksempelvis afgivelse af tilbud.

Det bemærkes, at Amgros også afgiver et selvstændigt høringssvar i lyset af Amgros' specifikke udfordringer med en obligatorisk fælles platform til afgivelse af tilbud.

Supplerende forslag fra Danske Regioner

A) Annonceringspligten på udbud.dk og simple indkøb hos udenlandske leverandører

Forslag: Gøre det mere klart for ordregiverne, hvornår de ikke behøver at annoncere på udbud.dk, herunder behov for vejledning i forhold til simple indkøb hos udenlandske leverandører.

Begrundelse: Ordregiverne annoncerer i unødvendigt omfang på udbud.dk i dag. Transaktionsomkostningerne kan reduceres ved andre og mere simple løsninger.

B) ESPD'et i forhold til udenlandske tilbudsgivere.

Forslag: Ordregiver kan anmode enheden for pålidelighedsvurderinger om at vurdere dokumentation fra udenlandske tilbudsgivere, herunder certifikater og dokumentation angivet i eCertis.

Begrundelse: Forslaget vil mindske ordregivernes transaktionsomkostninger. De samlede ressourcer til vurderingen vil anvendes mere effektivt.

C) Rammeaftaler med flere leverandører (Tilbudsloven)

Forslag: På nuværende tidspunkt er det udelukkende muligt at indgå rammeaftaler med én entreprenør iht. Tilbudslovens § 13, stk. 2, 2. pkt. Denne begrænsning ønskes fjernet.

Begrundelse: Rammeaftaler iht. Tilbudsloven kan have samme form som rammeaftaler indgået iht. udbudsloven, herunder med hensyn til indgåelse af aftale med flere entreprenører mv.

Fra: Suzan Özden
Sendt: 7. marts 2022 14:39
Til: 1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)
Cc: Grith Strøbæk; Direktionssekretariatet Styrelsen for Forsyningssikkerhed; Julie Sveistrup
Emne: SV: Haster: Høring af forslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om Klagenævnet for Udbud

Til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Justitsministeriets Beredskabskontor har ingen bemærkninger til det fremsendte udkast til forslag om ændring af udbudsloven mv. Styrelsen for Forsyningssikkerhed har i forbindelse med høringen generelt bemærket, at forsyningssikkerhed på længere sigt kan indarbejdes som et hensyn i loven.

Fristoverskridelsen beklages.

Med venlig hilsen

Suzan Özden
Fuldmægtig



JUSTITS MINISTERIET

Beredskabskontoret

Slotsholmsgade 10

1216 København K

Tlf. direkte: +45 61 13 71 50

Tlf.: 7226 8400

www.justitsministeriet.dk

jm@jm.dk

Fra: Jesper Halvorsen <jh@kfst.dk>

Sendt: 3. februar 2022 16:54

Til: Advokatsamfundet <samfund@advokatsamfundet.dk>; ac@ac.dk; arc@a-r-c.dk; amgros@amgros.dk; ae@ae.dk; info@asfaltindustrien.dk; banedanmark@bane.dk; bat@batkartellet.dk; BM Postkasse <BM@bm.dk>; Bryggeriforeningen (kontakt) <kontakt@bryggeriforeningen.dk>; info@byggesoc.dk; info@bygherreforeningen.dk; Bygningsstyrelsen <bygst@bygst.dk>; mail@dbmf.dk; mail@cccdk.org; co@co-industri.dk; bl@bl.dk; Danmarks Apotekerforening <apotekerforeningen@apotekerforeningen.dk>; eksportraad@um.dk; Danmarks Fiskeriforening (mail) <mail@dkfisk.dk>; kommunikation@nationalbanken.dk; info@shipowners.dk; mail@danskaffaldsforening.dk; daf@annoncoer.dk; da@da.dk; info@danskbyggeri.dk; info@danskenergi.dk; Dansk Erhverv (info) <info@danskerhverv.dk>; mail@danskfjernvarme.dk; di@di.dk; info@dieh.dk; dit@dit.dk; info@dlbr.dk; info@skovforeningen.dk; dtr@taxi.dk; Dansk Transport og Logistik (DTL) <dtl@dtl.eu>; Danske Advokater <mail@danskeadvokater.dk>; info@danskeark.dk; db@db-dk.dk; mail@danskemedier.dk; danskehavne <danskehavne@danskehavne.dk>; sekretariatet@malmestere.dk; info@danskesevice.dk; Danske Regioner <regioner@regioner.dk>; fsr@fsr.dk; danva@danva.dk; dsk@dsk.dk; dommerforeningen@gmail.com; Det Økologiske Råd og Selskab <info@ecocouncil.dk>; info@dongenergy.com; info@ecolabel.dk; Energistyrelsens officielle postkasse <ENS@ENS.DK>; Klima-, Energi- og Forsyningsministeriet <kefm@kefm.dk>; info@fairtrade.dk; kundeservice@falck.dk;

Finansministeriets postkasse <fm@fm.dk>; mail@finansraadet.dk; Forbrugerrådet <hoeringer@fbr.dk>; ika@ika.dk; fri@frinet.dk; info@danskeforlag.dk; danskeforlag@danskeforlag.dk; fp@forsikringogpension.dk; Forsvarsministeriet <fmn@fmn.dk>; FMI@mil.dk; info@fsc.dk; beso@ftf.dk; horesta@horesta.dk; Håndværksrådet <engberg@hvr.dk>; ida@ida.dk; itb@itb.dk; IT-projektraad@ks.kk.dk; Justitsministeriet <jm@jm.dk>; Ligestillings- og Kirkeministeriet <km@km.dk>; Kommunernes Landsforening <KL@KL.DK>; kfu@erst.dk; kontakt@kooperationen.dk; Kulturministeriet <kum@kum.dk>; info@kreakom.dk; Landbrug & Fødevarer <hoering@lf.dk>; lo@lo.dk; lederne@lederne.dk; ac@ac.dk; sekretariatet@lopi.dk; los@los.dk; Miljø- og Fødevareministeriets Departement <mfvm@mfvm.dk>; UVM - UVMPOST <uvm@uvm.dk>; Økonomistyrelsen <oes@oes.dk>; oao@oao.dk; info@oilgasdenmark.dk; mail@realkreditforeningen.dk; rkr@rkr.dk; info@rigsrevisionen.dk; rfs@erst.dk; Skatteministeriet <skm@skm.dk>; Social- og Ældreministeriet <sm@sm.dk>; kundeservice@ski.dk; Statsministeriet <stm@stm.dk>; Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse <sum@sum.dk>; teknig@teknig.dk; mba@moviatrafik.dk; Transportministeriet <trm@trm.dk>; UFM FP DEP - UFM Departement <ufm@ufm.dk>; Udenrigsministeriet <um@um.dk>; UIM Hovedpostkasse <uim@uim.dk>; vd@vd.dk; SFOS Styrelsen for Forsyningsikkerhed hovedpostkasse <SFOS@SFOS.DK>
Cc: Kenneth Skov Jensen <ksj@kfst.dk>; Jesper Halvorsen <jh@kfst.dk>

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

Vedlagt fremsendes 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. Materialet lægges også på [høringsportalen](https://høringsportalen.dk).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal bede om eventuelle bemærkninger **senest den 4. marts 2022**.

Bemærkninger bedes sendt til pr. mail til ok@kfst.dk.

Med venlig hilsen

Jesper Halvorsen

Chefkonsulent/Senior Consultant
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen/
Danish Competition and Consumer Authority
Direkte +45 4171 5115
E-mail jh@kfst.dk

Følg os: [LinkedIn](#), [Twitter](#), [Facebook](#)



Carl Jacobsens Vej 35
2500 Valby
Tlf. +45 4171 5000

Vi arbejder for velfungerende markeder.

Se vores privatlivspolitik på kfst.dk.



Høringssvar

Til Konkurrence og Forbrugerstyrelsen

Send pr. e-mail til ok@kfst.dk

Bemærkninger til dele af lovforslag om ændring af udbudsloven

Idet vi i Københavns Kommune har en mangeårig praksis med at løfte et samfundsansvar som offentlig indkøber, afgiver vi hermed et hørings-svar til revision af gældende udbudslov.

Som udgangspunkt forventer vi, at udbudsloven skal afspejle allerede eksisterende bedste praksis i forhold aktiv anvendelse af arbejdes-, uddannelses- og beskæftigelsesklausuler, herunder krav om fair løn og arbejdsvilkår samt beskæftigelse af elever og lærlinge fulgt op af effektive kontrolmekanismer og proportionale sanktioner.

Vi er på den baggrund uforstående overfor, at udkastet til lov om udbud ikke opsamler allerede eksisterende bedste praksis, og dermed skaber grundlag for en effektiv indsats hos alle offentlige og almene bygherrer samt ved offentlige indkøb af tjenesteydelser. (Bilag 1. KK- årsrapport 2020)

Udnyttelse af uddannelsespotentialiet i offentlige kontrakter¹

I Københavns Kommune har vi siden 2011 anvendt uddannelsesklausuler med krav om beskæftigelse af elever og lærlinge på erhvervsuddannelser på især kommunens bygge- og anlægsprojekter. De seneste 3 år har vi på den måde sikret lærlingepladser til ca. 300 lærlingeårsværk på kommunens projekter. Mange andre offentlige bygherrer har en lignende praksis.

I overensstemmelse med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens eksisterende vejledning, herunder "følg eller forklar princippet", tilpasses indsatsen løbende. I 2021 har vi med succes haft særlig fokus på hovedentreprenørernes, og herunder udenlandske styringsentreprenørers, arbejde med uddannelsesplanlægning og rekruttering af lærlinge ved opstart af store opgaver/projekter i Danmark. (Bilag 2. Uddybende beskrivelse af KK's anvendelse af uddannelsesklausuler i 2021)

04-03-2022

Sagsnummer i F2
2022 - 3590

Dokumentnummer i F2
1030249

Sagsnummer eDoc
2022-0077640

Sagsbehandler
David Salomonsen

¹ Punkt 2.2. i lovforslaget

Det fremgår af påtænkte ændring af udbudsloven, at ordregivere fremover skal stille krav om "personer under oplæring" – uden at kravet er nærmere defineret.

Vi er bekymrede for, at dette vil føre til en udvanding af forpligtelsen, hvor de nuværende krav om beskæftigelse af lærlinge og elever omfattet af en erhvervsuddannelse på alle offentlige bygge- og anlægsprojekter reduceres til krav om sidemandsoplæring uden specifikke kompetence/uddannelsesmål. En sådan sidemandsoplæring er ikke mulig at måle eller veje, og det vil derfor ikke være muligt at føre tilsyn med, om forpligtelsen overholdes, ligesom forpligtelsen ikke systematisk medvirker til at sikre uddannelse af faglærte til fremtidens arbejdsmarked.

Københavns Kommunes uddannelsesklausul definerer lærlinge og elever som arbejdstagere, som leverandøren indgår eller har indgået en uddannelsesaftale med i henhold til lov om erhvervsuddannelser, eller som er omfattet af en lignende ordning i et andet EU-land. Klausulerne indeholder endvidere dokumentationskrav, kontrol og håndhævelsesmekanismer samt specifikke krav til antallet af praktikantårsværk for lærlinge og elever, der skal beskæftiges i aftaleperioden. I praksis har den anvendte definition ikke giver anledning til udfordringer – heller ikke i forhold til entreprenører fra andre EU-lande.

Endelig bemærkes, at den foreslåede ordning begrænser sig til Bygge- og anlægsområdet, mens det eksisterende følg- eller forklar princip også omfatter tjenesteydelseskontrakter. Københavns Kommunes anvender også uddannelsesklausuler på blandt andet IT-kontrakter – en branche hvor der også er stor efterspørgsel på lærepladser.

Tværkommunalt samarbejde om fx kontrol af arbejdsklausuler²

Det fremgår af forslaget, at der på visse betingelser etables mulighed for tværkommunalt samarbejde om eksempelvis kontrol af arbejdsklausuler. Københavns Kommune er positive over for, at der skabes øgede muligheder for samarbejde.

Københavns Kommune foreslår dog, at det præciseres i lovbemærkningerne, at den nye hjemmel skal opfattes som en supplerende hjemmel til den eksisterende lov om kommuners og regioners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder (lov 548), som på – visse andre betingelser – giver mulighed for at etablere tilsvarende samarbejder.

² § 1, punkt 2 i lovforslaget

Fra: Suzan Pødenphant
Sendt: 9. marts 2022 09:30
Til: 1 - KFST Center for offentlig konkurrence (KFST)
Cc: Jesper Halvorsen; Nathalie Vestergaard Bull; Jeppe Hedevang Mikkelsen; John Torben Larsen; Tinemarie Husted; Helle Kristensen; Silvia Fernandez
Emne: SV: Høring af forslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om Klagenævnet for Udbud

Til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Som vi læser lovforslaget, er det nye i forhold til "personer under oplæring", at der fremover skal stilles krav i kontrakten om anvendelse af elever omfattet af en uddannelses- eller praktikaftale ved gennemførelse af de offentlige kontrakter. Der foreslås herudover fastsat bestemmelser i lovgivningen, hvor udbuddet undtages fra pligten.

Der stilles ikke med forslaget ændrede krav til uddannelsernes indhold og tilrettelæggelse samt til formidling af lærlinge og elever, og BUVM har derfor ingen bemærkninger til udkast til lovforslag.

Jeg skal beklage den sene besvarelse.

Med venlig hilsen
Suzan Pødenphant
Chefkonsulent



**BØRNE- OG
UNDERVISNINGSMINISTERIET**

Departementet
Afdelingen for Ungdoms- og Voksenuddannelser
Frederiksholms Kanal 21
1220 København K
Tlf. nr.: 32 92 50 00

Direkte tlf.: +45 21 68 82 35
E-mail: Suzan.Poedenphant@uvm.dk

Fra: Suzan Pødenphant
Sendt: 4. marts 2022 15:32
Til: 'ok@kfst.dk' <ok@kfst.dk>
Cc: 'jh@kfst.dk' <jh@kfst.dk>; Nathalie Vestergaard Bull <Nathalie.Vestergaard.Bull@uvm.dk>; Helle Kristensen <Helle.Kristensen@stukuvm.dk>; Kasper Elsgaard <Kasper.Elsgaard@uvm.dk>
Emne: SV: Høring af forslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om Klagenævnet for Udbud

Til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Vi har modtaget jeres høring, men bliver lidt forsinket ifht. bemærkninger.

Mvh

Suzan Pødenphant

Med venlig hilsen
Suzan Pødenphant
Chefkonsulent



**BØRNE- OG
UNDERVISNINGSMINISTERIET**

Departementet
Afdelingen for Ungdoms- og Voksenuddannelser
Frederiksholms Kanal 21
1220 København K
Tlf. nr.: 32 92 50 00

Direkte tlf.: +45 21 68 82 35
E-mail: Suzan.Poedenphant@uvm.dk

Fra: Jesper Halvorsen <jh@kfst.dk>

Sendt: 3. februar 2022 16:54

Til: Advokatsamfundet <samfund@advokatsamfundet.dk>; ac@ac.dk; arc@a-r-c.dk; amgros@amgros.dk; ae@ae.dk; info@asfaltindustrien.dk; banedanmark@bane.dk; bat@batkartellet.dk; BM Postkasse <BM@bm.dk>; Bryggeriforeningen (kontakt) <kontakt@bryggeriforeningen.dk>; info@byggesoc.dk; info@bygherreforeningen.dk; Bygningsstyrelsen <bygst@bygst.dk>; mail@dbmf.dk; mail@cccdk.org; co@co-industri.dk; bl@bl.dk; Danmarks Apotekerforening <apotekerforeningen@apotekerforeningen.dk>; eksportraadet@um.dk; Danmarks Fiskeriforening (mail) <mail@dkfisk.dk>; kommunikation@nationalbanken.dk; info@shipowners.dk; mail@danskaffaldsforening.dk; daf@annoncoer.dk; da@da.dk; info@danskbyggeri.dk; info@danskenergi.dk; Dansk Erhverv (info) <info@danskerhverv.dk>; mail@danskfjernvarme.dk; di@di.dk; info@dieh.dk; dit@dit.dk; info@dlbr.dk; info@skovforeningen.dk; dtr@taxi.dk; Dansk Transport og Logistik (DTL) <dtl@dtl.eu>; Danske Advokater <mail@danskeadvokater.dk>; info@danskeark.dk; db@db-dk.dk; mail@danskemedier.dk; danskehavne <danskehavne@danskehavne.dk>; sekretariatet@malermestre.dk; info@danskeservice.dk; Danske Regioner <regioner@regioner.dk>; fsr@fsr.dk; danva@danva.dk; dsk@dsk.dk; dommerforeningen@gmail.com; Det Økologiske Råd og Selskab <info@ecocouncil.dk>; info@dongenergy.com; info@ecolabel.dk; Energistyrelsens officielle postkasse <ENS@ENS.DK>; Klima-, Energi- og Forsyningsministeriet <kefm@kefm.dk>; info@fairtrade.dk; kundeservice@falck.dk; Finansministeriets postkasse <fm@fm.dk>; mail@finansraadet.dk; Forbrugerrådet <hoeringer@fbr.dk>; ika@ika.dk; fri@frinet.dk; info@danskeforlag.dk; danskeforlag@danskeforlag.dk; fp@forsikringogpension.dk; Forsvarsministeriet <fmn@fmn.dk>; FMI@mil.dk; info@fsc.dk; beso@ftf.dk;

horesta@horesta.dk; Håndværksrådet <engberg@hvr.dk>; ida@ida.dk; itb@itb.dk; IT-projektraad@ks.kk.dk; Justitsministeriet <jm@jm.dk>; Ligestillings- og Kirkeministeriet <km@km.dk>; Kommunernes Landsforening <KL@KL.DK>; kfu@erst.dk; kontakt@kooperationen.dk; Kulturministeriet <kum@kum.dk>; info@kreakom.dk; Landbrug & Fødevarer <hoering@lf.dk>; lo@lo.dk; lederne@lederne.dk; ac@ac.dk; sekretariatet@lopi.dk; los@los.dk; Miljø- og Fødevareministeriets Departement <mfvm@mfvm.dk>; UVM - UVMIPPOST <uvm@uvm.dk>; Økonomistyrelsen <oes@oes.dk>; oao@oao.dk; info@oilgasdenmark.dk; mail@realkreditforeningen.dk; rkr@rkr.dk; info@rigsrevisionen.dk; rfs@erst.dk; Skatteministeriet <skm@skm.dk>; Social- og Ældreministeriet <sm@sm.dk>; kundeservice@ski.dk; Statsministeriet <stm@stm.dk>; Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse <sum@sum.dk>; teknig@teknig.dk; mba@moviatrafik.dk; Transportministeriet <trm@trm.dk>; UFM FP DEP - UFM Departement <ufm@ufm.dk>; Udenrigsministeriet <um@um.dk>; UIM Hovedpostkasse <uim@uim.dk>; vd@vd.dk; SFOS Styrelsen for Forsyningssikkerhed hovedpostkasse <SFOS@SFOS.DK>
Cc: Kenneth Skov Jensen <ksj@kfst.dk>; Jesper Halvorsen <jh@kfst.dk>

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

Vedlagt fremsendes 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. Materialet lægges også på [høringsportalen](https://høringsportalen.dk).

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal bede om eventuelle bemærkninger **senest den 4. marts 2022**.

Bemærkninger bedes sendt til pr. mail til ok@kfst.dk.

Med venlig hilsen

Jesper Halvorsen

Chefkonsulent/Senior Consultant
Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen/
Danish Competition and Consumer Authority
Direkte +45 4171 5115
E-mail jh@kfst.dk

Følg os: [LinkedIn](#), [Twitter](#), [Facebook](#)



*Vi arbejder for velfungerende markeder.
Se vores privatlivspolitik på kfst.dk.*