

Evaluering af Udbudsloven

Generelle bemærkninger:

IKA takker for muligheden for at deltage i evaluering af udbudsloven. IKA vil samtidig gerne opfordre til, at evalueringen drøftes i Forum for Udbud, som kan vurdere de indkomne bemærkninger og indstille til ministeren, hvilke ændringer der er hensigtsmæssige at foretage.

En række af IKAs bemærkninger vedrører bestemmelser i udbudsdirektivet, som ikke kan ændres uden at ændre direktivet. IKA skal opfordre til, at man fra dansk side arbejder på at få ændret direktivet på de nedenfor anførte områder.

Specifikke bemærkninger til de enkelte bestemmelser:

§ 8 (Delydelsesreglen)

Efter § 8, stk. 2, kan en delkontrakt undtages fra udbudslovens afsnit II eller III, hvis to betingelser er opfyldt:

- 1) Den anslåede værdi af den pågældende delkontrakt er under 596.520 kr. for varer eller tjenesteydelser eller under 7.456.500 kr. for bygge- og anlægsarbejder, og
- 2) den samlede værdi af delkontrakter, der tildes uden anvendelse af afsnit II eller III, ikke overstiger 20 pct. af den samlede værdi af alle de omhandlede delkontrakter. Heri ligger således også forudsætningsvist et krav om, at den resterende del af anskaffelsen (delkontrakterne) udbydes efter loven.

I relation til "20 pct.-reglen" beskrives det i bemærkningerne, at "*[i]det bestemmelsen er relevant på tidspunktet, hvor ordregiveren påtænker at foretage et indkøb, kan delydelsesreglen alene benyttes i det omfang, at det fra projektets begyndelse er planlagt, hvorledes delydelsesreglen skal bruges.*"

Ifølge ordlyden af forarbejderne til delydelsesreglen er det således en betingelse for at anvende undtagelsen, at ordregiver fra projektets/indkøbets start planlægger, hvordan bestemmelsen skal bruges.

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

Klagenævnet for Udbud har i sagen LH-Gulve A/S mod Region Midtjylland af 19. juni 2017 taget stilling til spørgsmålet og konkluderede, at betingelserne for indkøb uden udbud efter § 8, stk. 2, var opfyldt, uanset at regionen ikke havde planlagt, hvordan anvendelsen af bestemmelsen skulle ske. Klagenævnet henviste til, at de pågældende lovbemærkninger ikke har fundet vej til lovteksten, ligesom at betingelsen ikke kan udledes af udbudsdirektivet (2014/24/EU). Herudover bemærkede klagenævnet, at det i lovbemærkningerne til § 8, stk. 2, anføres, at bestemmelsen viderefører gældende ret, og at der samme sted henvises til, at (kun) to betingelser skal opfyldes for at bruge undtagelsen (tærskelværdien og 20 pct.-reglen).

Bemærkningerne har inden klagenævnets kendelse givet anledning til uklarhed i strid med formålet med udbudsloven. IKA skal på denne baggrund opfordre til, at bemærkninger til § 8 om, at det er en betingelse for anvendelse af reglen, at anvendelsen er planlagt fra begyndelsen, udgår i forbindelse med revision af udbudsloven.

§ 10 (Kontrakter med klar grænseoverskridende interesse)

Det er angivet i § 10, at proceduren i afsnit IV (annoncering) gælder for offentlige kontrakter, der ikke er omfattet af afsnit II eller III, hvis kontrakten har klar grænseoverskridende interesse. I modsætning til § 11, som omhandler kontrakter, der ikke har klar grænseoverskridende interesse, er der ikke indsat en beløbsgrænse for, hvornår der skal foretages annonceringer. Resultatet er, at der selv for helt små kontrakter – fx 2000 kr. – skal ske annonceringer, allerede fordi varen ikke købes i Danmark men fx i Malmø.

Bestemmelsen indebærer, at der er uforholdsmæssige store transaktionsomkostninger for såvel ordregiver som tilbudsgiver, såfremt der er tale om små kontrakter. IKA skal derfor – af hensyn til forenkling og lettelse af transaktionsomkostningerne - opfordre til, at der indsættes en beløbsgrænse for, hvornår afsnit IV finder anvendelse – fx 500.000 kr. i lighed med kontrakter, der ikke har klar grænseoverskridende interesse.

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

§ 22 (tjenesteydelser vedr. forskning og udvikling)

Det er IKAs opfattelse, at der hersker uklarhed om anvendelsen af § 22 - navnlig i forbindelse med OPI-kontrakter. IKA vil gerne opfordre til, at der foretages en præcisering, således det er klart, hvornår der er udbudspligt forbundet med OPI. I de tilfælde, hvor OPI vil være omfattet af bestemmelse, vil dette understøtte udbudsformen OPI til gavn for den generelle udvikling og innovation i samfundet.

§§ 25 - 28 (Blandede kontrakter)

Bestemmelserne vedrørende blandede kontrakter henviser flere steder til andre regelsæt. Det er ofte en udfordring for især forsyningsvirksomheder at finde ud af, hvilket regelsæt der skal anvendes. Det er ønskeligt, at udbudsloven fuldt ud regulerer blandede kontrakter og ikke henviser til andre regelsæt, alternativt at der udarbejdes vejledninger til rette valg af regelsæt.

Derudover bemærker IKA, at de specielle bemærkninger til udbudslovens §§ 25 og 26 er direkte modstridende i forhold til, om der er udbudspligt i relation til blandede kontrakter, hvor tjenesteydelsesdelen overstiger tærskelværdien, men hvor den samlede kontraktværdi samt bygge- og anlægsdelen (der udgør kontraktens hovedformål) er under tærskelværdien. IKA opfordrer derfor til at der lægges én klar linje.

§ 41 (Henvisning til tilsvarende standarder)

Bestemmelsen i § 41 angiver, at en henvisning skal efterfølges af udtrykket "eller tilsvarende", når der henvises til en eller flere af følgende standarder m.v. i prioriteret rækkefølge.

Der savnes en præcisering af, hvilken metode ordregiver skal benytte for at sikre dokumentation for, at tilsvarende produkter lever op til de angivne standarder, samt hvor grundig og i hvilken udstrækning ordregiver via sin undersøgelsespligt skal gå til værks.

§ 42 (Tekniske specifikationer)

IKA opfordrer til, at udbudslovens § 42 bringes i overensstemmelse med udbudsdirektivet, således at det klart fremgår, at der kan være særlige tilfælde,

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

hvor kontraktens genstand gør det berettiget, at der henvises til fabrikater, uden at der anføres "eller tilsvarende".

Dette kan eksempelvis være tilfældet, hvis ordregiveren har et berettiget kompatibilitetsbehov.

Det er IKAs vurdering, at dette også kan være tilfældet såfremt der er sikkerhedsmæssige risici forbundet med at erstatte et produkt med et andet - fx reservedele til fly eller respiratorer.

Når til kommer til at referer til et specifikt produkt, efterfulgt af "eller tilsvarende", er det IKAs opfattelse, at ordregiver har en legitim begrundelse for at undlade detaljerede kravspecifikationer på store sortimentsudbud på mange varelinjer, fordi det vil kræve ekstraordinært mange ressourcer fx at beskrive kvaliteten for hver enkelt varelinje. IKA vil derfor opfordre til at det er muligt at henvise til specifikke produkter, efterfulgt af "eller tilsvarende" ved sortimentsudbud på eksempelvis mere end 50 varelinjer.

Når det kommer til IT-området, er det IKAs opfattelse, at § 42 ikke omfatte henvisninger til teknologier. Det er således IKAs vurdering, at en ordlydsfortolkning af § 42 ikke understøtter, at henvisning til teknologier skal være omfattet, når indkøbet ikke angår selve teknologien, men derimod udvikling/programmering i et system baseret på en sådan teknologi.

Det følger af bestemmelsen, at ordregiver i de tekniske specifikationer ikke må "angive et bestemt fabrikat, en bestemt oprindelse eller en bestemt fremstillingsproces, som kendetegner de produkter eller tjenesteydelser, som en bestemt økonomisk aktør leverer". Bestemmelsen har til formål at forhindre begrænsning og fordrejning af konkurrence samt at forhindre, at det bliver uigennemsigtigt, hvilke krav ordregiveren reelt stiller.

Ved indkøb af IT-ydelser giver bestemmelsen imidlertid betydelige vanskeligheder, såfremt bestemmelsen skal forstås således, at den indbefatter henvisninger til teknologier. Ved udbud af IT-ydelser arbejdes ofte med teknologier, som ikke er begrænset til én leverandørs anvendelse, men som snarere er et sæt retningslinjer for løsningen. Det kan også være en anvendelse,

IKA's hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

der bygger ovenpå et eksisterende produkt. Det er således meget udbredt, at man kan programmere i Net frameworket, selvom man ikke er Microsoft, eller at man kan bygge et intranet op, selvom man ikke er Sitecore. Henvisninger til sådanne teknologier udelukker således i sig selv ikke nogen leverandører, men den vil give en fordel til de leverandører, som har kompetencer indenfor de pågældende retningslinjer.

En sådan fordel er ikke en konkurrencebegrænsning, men snarere et udtryk for, at visse leverandører har kernekompetencer det efterspurgte område.

Det bemærkes, at en kravspecifikation, der ikke må indeholde henvisninger til teknologier, i praksis ofte vil være umulig at lave. Det kræver et kendskab til samtlige de funktionaliteter, der ligger bag teknologien, og et sådant kendskab har ordregiver stort set aldrig. Hvis det overhovedet er muligt at opnå et sådant kendskab, så vil det kræve betragtelige eksterne ressourcer og dermed forøge transaktionsomkostningerne og forlænge udbudsprocessen. Endvidere vil det næppe forøge klarheden af udbudsmaterialet, idet henvisning til de funktioner, der ligger bag en teknologi, som regel vil fremstå langt mere uigennemskuelige for tilbudsgiverne end en henvisning til teknologien.

Med udgangspunkt i ovenstående, skal IKA opfordre til, at der sker en præcisering af, at § 42 ikke finder anvendelse på henvisning til teknologier, som er tilgængelige for alle leverandører.

§ 45 (Sortimentsudbud)

Bestemmelsens stk. 2 angiver: *"En ordregiver kan i forbindelse med gennemførelsen af udbud hvor ordregiveren henviser til specifikke produktkategorier, gennemføre tilbudsevalueringen, jf. § 169, på grundlag af et repræsentativt udsnit af sammenlignelige produkter i tilbudsgiverens tilbudte sortiment."*

Som bestemmelsen er formuleret, er det uklart, hvad begreberne "repræsentativt" og "sammenlignelige" dækker over. IKA opfordrer til at det gøres klart, hvornår noget er repræsentativt (fx ved angivelse af et procentvist interval). Dette vil gøre bestemmelsen mere gennemsigtig og mindske risikoen for fejl med risiko for efterfølgende annullation.

§ 53 (Sideordnede tilbud)

Det er IKAs vurdering at bestemmelserne i § 53 er uklare i forhold til, hvilke pligter der påhviler ordregiver i forhold til valget mellem flere sideordnede bud.

Bemærkningerne er ikke tilstrækkelig klare, og det er især uklart, hvilke pligter ordregiver har i forhold til offentliggørelse af evalueringsmodel, der skal kunne rumme sideordnede bud. Resultatet er en generel tilbageholdende med at anvende sideordnede bud, hvilket kan resultere i dårlige og/eller mindre innovative løsninger.

§ 60 (Frister)

Bestemmelsen i stk. 5 angiver, at ikke statslige ordregivere i særlige tilfælde kan fastsætte, at fristen for modtagelsen af tilbud er mindre end 30 dage, dog mindst 10 dage fra dagen efter afsendelsen af opfordringen til at afgive et tilbud.

IKA opfordrer til, at man fra dansk side arbejder for, at bestemmelsen udvides til også at opfatte statslige ordregiver. Det synes ulogisk, at en mindre statslig ordregiver skal behandles mere restriktivt end en stor ikke statslig ordregiver.

§ 61 (Udbud med forhandling)

Indledningsvist bemærker IKA, at der generelt er behov for at få præciseret, hvilke betingelser, der skal være opfyldt for at kunne gennemføre udbud med forhandling. De uklare betingelser gør, at der er tilbageholdenhed i forhold til at anvende udbudsformen, hvilket kan føre til, at markedet ikke får lejlighed til at tilbyde nye innovative løsninger, som kunne opfylde ordregivers behov bedre og smartere end eksisterende løsninger.

Bestemmelsen i § 61 angiver, hvornår udbudsproceduren udbud med forhandling kan anvendes. Det fremgår af stk. 2, at proceduren kan anvendes, når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun afgives ikke forskriftsmæssige eller uacceptable tilbud.

For at skabe større fleksibilitet bør man fra dansk side arbejde for, at proceduren endvidere kan anvendes, såfremt der kun modtages ét forskriftsmæssigt eller acceptabelt tilbud. Dette skal for det første ses i lyset af, at der i dette tilfælde ikke vil ske forskelsbehandling, idet der kun er modtaget ét tilbud. For det andet

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

skal forslaget ses i lyset af, at når der kun modtages ét tilbud, har der sjældent været konkurrence om anskaffelsen, hvorfor tilbuddet heller ikke nødvendigvis er optimeret i forhold til ordregivers behov. Når det ikke er muligt at forhandle om det eneste modtagne tilbud, er det eneste alternativ at gennemføre annulation, hvilket medfører øgede transaktionsomkostninger til skade for såvel ordregiver som tilbudsgiver.

Derudover opfordrer IKA til en præcisering af, hvornår et udbud er afleveret for sent (stk. 2, litra 2), idet bestemmelsen angiver, at et udbud, der er afleveret for sent, anses for et ikke forskriftsmæssigt tilbud. Omdrejningspunktet er dermed, hvorvidt en tilbud, der er afleveret for sent, skal medtages, hvis et udbud overgår til forhandling. Dette bør præciseres. Det bemærkes, at det er IKAs vurdering, at det vil stride mod ligebehandlingsprincippet, såfremt et for sent afleveret bud skal medtages i en forhandlingsrunde.

Ligeledes bør det præciseres, om et tilbud, der er afleveret fysisk i stedet for elektronisk, kan anses for ikke er modtaget, eller om det er ikke forskriftsmæssigt, ligesom det skal præciseres om et sådant tilbud skal indgå i forhandlingerne, såfremt der overgås til udbud med forhandling.

Derudover efterlyser IKA en præcisering af at store sortimentsudbud vil være omfattet af udbudsformen udbud med forhandling. Store sortimentsudbud er af en sådan kompleksitet, at tilbudsgiverne ofte ikke er konditions-mæssige pga. fejl i udfyldelsen af tilbudslisterne. En række ordregiver anvender udbudsformen, mens andre er tilbageholdende, hvilket medfører en række annullationer, som kunne have været undgået.

Endelig opfordrer IKA til, at bestemmelsen i § 61, stk. 4 bliver bragt i overensstemmelse med udbudsdirektivet, så ordregiver ikke er afskåret fra at benytte denne mulighed i en situation, hvor en enkelt eller enkelte tilbudsgivere er uegnede eller ikke opfylder et formelt krav.

§ 63 (offentliggørelse af udbudsmateriale i forbindelse med udbud med forhandling)

Det følger af § 63, stk. 3, at det samlede udbudsmateriale skal offentliggøres ved offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen. Derimod fremgår det ikke klart, at

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

ændringer i udbudsmaterialet ikke skal offentliggøres, når ændringer sker som led i forhandlinger ved udbudsformen udbud med forhandling. Det er en naturlig følge af denne udbudsform, at der ofte vil ske ændringer i udbudsmaterialet, og det er derfor hensigtsmæssigt med større klarhed.

IKA skal derfor opfordre til, at det præciseres og klart fremgår, at ordregiver ikke har pligt til at offentliggøre ændringer ved anvendelsen af udbud med forhandling, men derimod fortsat har pligt til samtidig underretning af tilbudsgivere.

§ 66 (Udbud med forhandling - forhandling om mindstekrav)

Det er IKAs vurdering, at man fra dansk side har lavet en uhensigtsmæssig skærpelse af udbudsdirektivet ved at bestemme, at det ikke er tilladt at forhandle om mindstekrav i udbud med forhandling. Netop i udbud med forhandling er der behov for fleksibilitet, fordi ordregivers behov eller markedet løsning ikke er defineret klart fra starten. Den manglende fleksibilitet er til ulempe for såvel tilbudsgiver og ordregiver, og en lempelse af den danske særregel vil kunne forhindre annullationer og sænke transaktionsomkostningerne.

Derudover er det IKAs vurdering, at der er behov for at få klarlagt, om ordregiver har mulighed for at nedbringe antallet af tilbudsgivere (shortliste) allerede på baggrund af de indledende tilbud. Det er således uklart om dette er tilfældet eller om samtlige tilbudsgivere skal inviteres til at deltage i den første runde af forhandlinger.

§ 67 (Konkurrencepræget dialog)

Bestemmelsen i § 67 angiver, hvornår udbudsproceduren udbud med forhandling konkurrencepræget dialog kan anvendes. Det fremgår af stk. 2, at proceduren kan anvendes, når der i forbindelse med et offentligt eller begrænset udbud kun afgives ikke forskriftsmæssige eller uacceptable tilbud.

For at skabe større fleksibilitet bør der fra dansk side arbejdes for, at proceduren endvidere bør kunne anvendes, såfremt der kun modtages ét forskriftsmæssigt eller acceptabelt tilbud. Dette skal for det første ses i lyset af, at der i dette tilfælde ikke vil ske forskelsbehandling, idet der kun er modtaget ét tilbud. For

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

det andet skal forslaget ses i lyset af, at når der kun modtages ét tilbud sjældent har været konkurrence om anskaffelsen, hvorfor tilbuddet heller ikke nødvendigvis er optimeret i forhold til ordregivers behov. Når det ikke er muligt at anvende konkurrencepræget dialog om det eneste modtagne tilbud, er eneste alternativ at foretage annullation. Dette medfører unødige transaktionsomkostninger for såvel ordregiver som tilbudsgiver.

§ 80 (Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse)

Bestemmelsen giver mulighed for, at ordregiver under visse betingelser kan anvende udbuds med forhandling uden forudgående offentliggørelse i forbindelse med et offentligt udbud eller et begrænset udbud. IKA opfordrer til, at der arbejdes for, at bestemmelsen i direktivet udvides, således at det også i forbindelse med konkurrencepræget dialog og innovationspartnerskaber er muligt - under samme betingelser - at anvende udbudsformen. Alternativet er annullation til skade for både ordregiver og tilbudsgiver.

§ 137 (De frivillige udelukkelsesgrunde)

De frivillige udelukkelsesgrunde er flere steder formuleret uklart, og der mangler en tydeliggørelse af bestemmelserne og rækkevidden heraf. Dette gør sig navnlig gældende for bestemmelserne i § 137, stk. 1, 3) om forsømmelse, der sår tvivl om ansøgerens integritet og 4) om plausible indikationer til at konkludere aftaler om konkurrencefordrejning.

Navnlig bør der tages stilling til, hvor meget der skal til for at udelukke virksomheder i forbindelse med ulovlig skatteunddragelse. Er en mistanke tilstrækkelig eller skal der forlægge en endelig dom?

Endelig opfordres til, at serviceattesten udvides til at omfatte emner, som vil vedrøre ansøgerens forsømmelser, der kan så tvivl om ansøgerens integritet eksempelvis ulovlig skatteunddragelse.

§ 138 (Selfcleaning)

Bestemmelsen i § 138 angiver, at en ordregiver ikke kan udelukke en ansøger eller en tilbudsgiver, der har fremlagt tilstrækkelig dokumentation for, at ansøgeren eller tilbudsgiveren er pålidelig, selv om den pågældende er omfattet af en eller flere udelukkelsesgrundene i §§ 135-137.

IKA's hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

Bestemmelsen indebærer, at det er den enkelte ordregiver, der til enhver tid skal foretage en vurdering af, hvorvidt tilbudsgiverens dokumentation er tilstrækkelig til at godtgøre, at tilbudsgiver er pålidelig. Derimod gives der ingen adgang til, at fx en indkøbscentral eller et indkøbsfællesskab på vegne af sine medlemmer kan foretage denne vurdering. Dette indebærer for det første, at der skal anvendes omfattende ressourcer på at samme vurdering, som skal foretages af en lang række ordregivere. For det andet medfører fremgangsmåden en risiko for ugenomsigtighed og forskelsbehandling, idet en tilbudsgiver risikerer, at de mange vurderinger giver forskelligt udfald.

IKA foreslår, at bestemmelsen om selfcleaning udvides, således at indkøbscentraler og indkøbsfællesskaber gives adgang til at foretage vurdering af tilbudsgiver dokumentation på vegne af medlemmerne. Derudover opfordres til, at en uafhængig instans – fx Kammeradvokaten, kan gives hjemmel til at foretage en sådan vurdering på vegne af samtlige ordregivere i Danmark. Dette vil sikre en klar forenkling og større klarhed – helt i overensstemmelse med udbudslovens formål. Resultatet vil være færre transaktionsomkostninger for ordregivere og ikke mindst for den pågældende leverandør, der risikerer at skulle fremsende den nødvendige dokumentation, om og om igen. Samtidig skabes der tryghed hos leverandører, der ikke risikerer forskelsbehandling ordregiverne imellem.

De obligatoriske - såvel som de frivillige udelukkelsesgrunde - stammer fra udbudsdirektivet. IKA vil gerne opfordre til, at der fra dansk side arbejdes for en skærpelse af reglerne, således at det ikke er muligt at selfclean sig ud af alvorlig økonomisk kriminalitet (bestikkelse, svig, terror eller hvidvaskning), men der indføres en karenstid (på fx 2 år), hvor det er obligatorisk at udelukke den pågældende virksomhed. Herefter kan virksomheden selvclean sig til at være pålidelig, således at virksomheden ikke udelukkes i 4 år.

Endelig vil IKA gerne opfordre til, at bestemmelsen i § 138, stk. 6 præciseres således, at det klart fremgår, fra hvornår perioden for udelukkelses skal beregnes i det tilfælde, hvor der er hændelser eller adfærd omfattet af de frivillige udelukkelsesgrunde, der strækker sig over tid. Som bestemmelsen er nu, er det uklart, hvornår perioden på to år skal beregnes.

§ 140 (mindstekrav i udvælgelseskriterier)

Det fremgår af bestemmelsen, at udvælgelseskriterier skal være knyttet til et mindstekrav. Det er IKAs vurdering, at der er tale om en overimplementering af direktivet, og at reglen er uhensigtsmæssig. Såfremt ordregiver ikke stiller mindstekrav, risikerer ordregiver at skulle antage en tilbudsgiver, der ikke kan løfte opgaven. Såfremt ordregiveren stiller mindstekrav, men kommer til at sætte overliggeren for højt, risikerer ordregiveren at udelukke en konkurrencedygtig virksomhed, som sagtens kan løfte opgaven. IKA anbefaler derfor, at kravet udgår, og de igen gives mulighed for at kunne gennemføre en egentlig egnethedsvurdering, i stedet for blot at opstille nogle mindstekrav, som tilbudsgiveren skal efterleve.

§ 151 (Indhentning af ESPD)

Følgende fremgår af § 151, stk. 1:

"Før ordregiverens beslutning om tildeling af kontrakten skal en ordregiver kræve, at den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, fremlægger dokumentation i henhold til § 152 for de oplysninger, der er afgivet i det fælles europæiske udbudsdokument i henhold til § 148, jf. dog stk. 3 og 5. [...]"

Bestemmelsen betyder i praksis, at dokumentation for det i ESPD-dokumentet angivne oplysninger skal indhentes, inden stand still perioden iværksættes.

Det er uhensigtsmæssigt, at stand still perioden skal afvente tilbudsgivers fremsendelse af dokumentation, da udbudsprocessen forlænges unødigt. IKA opfordrer til, at bestemmelsen ændres til, at indhentning af dokumentation skal ske inden kontrakten *underskrives*. Dette vil betyde, at den tid, der medgår til indhentning af dokumentation, kan anvendes til at gennemføre stand still perioden. Såfremt den pågældende tilbudsgiver ikke kan fremsende den efterspurgte dokumentation, skal der foretages en ny tildelingsbeslutning, og en ny stand still periode skal iværksættes.

§ 151, stk. 3, angiver, at der ikke skal indhentes dokumentation for tildeling på rammeaftaler med én leverandør eller når der sker direkte tildeling på en rammeaftale med flere leverandører.

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

Det er i praksis et problem, at der skal indhentes denne dokumentation ved genåbningen af konkurrencen, idet miniudbud i kommunerne ofte foretages i små decentrale enheder (fx en skole) og kan vedrøre ganske små kontrakter. Det er således administrativt tungt og uhensigtsmæssigt, at fx en skole skal indhente denne dokumentation, såfremt de indkøber et nyt klatrestativ på en rammeaftale med flere leverandører. De virksomheder, der er på rammeaftalen, har allerede forelagt dokumentationen ved indgåelsen af rammeaftalen, og det virker uhensigtsmæssigt, at det tilsyneladende er behov for et ekstra tjek ved genåbning af konkurrencen, mens det ikke er nødvendigt, når kontrakter tildeles direkte. Især på rammeaftaler, hvor der både kan ske direkte tildeling og genåbning af konkurrencen forekommer bestemmelsen besynderlig. IKA vil derfor opfordre til, at tildeling på rammeaftaler håndteres på samme måde, således at der heller ikke skal indhentes dokumentation ved genåbning af konkurrencen.

§ 154 (Krav om dokumentation)

Bestemmelsen angiver, at en ordregiver kan kræve, at en ansøger eller tilbudsgiver dokumenterer sin økonomiske og finansielle formåen. Af stk. 2 fremgår, at en ansøger eller tilbudsgiver kan godtgøre sin formåen ved ethvert andet dokument, som ordregiver vurderer passende, hvis ansøgeren eller tilbudsgiveren af en gyldig grund ikke er i stand til at fremlægge de dokumenter, som ordregiver forlanger.

Det er IKAs vurdering, at der er behov for en præcisering i forhold til nystartede virksomheder, der netop ikke kan fremlægge den ønskede dokumentation. Det bør således fremgå specifikt af bestemmelsen, at ordregiver kan undlade at håndhæve mindstekrav i relation til økonomisk og teknisk kapacitet i forhold til nystartede virksomheder.

Det aktuelle forslag om nyt § 159, stk. 8 (to kuvert system)

Det bemærkes indledningsvist, at der ikke er fremført begrundelse for behovet for en ny bestemmelse, der indskrænker ordregivers metodefrihed i forbindelse med evaluering af tilbud. Formålet med bestemmelsen er at fjerne risikoen for, at kendskabet til pris utilsigtet påvirker vurderingen af kvaliteten af de indkomne bud. Det er IKAs vurdering, at lovgiver dermed drager ordregivers

IKA's hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

professionalisme i tvivl, uden der i øvrigt er belæg for, at der er tale om et reelt problem. Det forekommer således IKA ejendommeligt, at i Danmark, som er kendt for at have en meget lav grad af korruption, skulle være et større behov for den slags regulering end i det øvrige EU.

Bestemmelsen indskrænker ordregivers metodefrihed, og pålægges dermed en ekstra forpligtelse i forhold til hvad der i øvrigt følger af EU-reglerne. Såfremt man fra dansk side finder en sådan indskrænkning nødvendig, opfordrer IKA til, at man fra dansk side arbejder for at dette bliver en del af EU's regelsæt, frem for at gå dansk enegang.

IKA bemærker, at de økonomiske og administrative konsekvenser ikke kan siges at være bagatelagtige. Tværtimod kan den nye bestemmelse medføre en omfattende evalueringsproces, som med de gældende regler kunne have været foretaget med et langt mindre ressourceforbrug. Tages der fx udgangspunkt i udbud af et stort byggeprojekt, vil ordregiver blive tvunget til at lave en omfattende kvalitetsevaluering på alle de indkomne tilbud, uanset om der modtages tilbud, der er så dyre, at det vil være matematisk umuligt for dem, at vinde udbuddet. Ligeledes vil der skulle foretages omfattende kvalitetsevalueringer på tilbud, som ville kunne blive afvist som unormalt lave. Samlet set, vil forslaget kunne medføre betydelige administrative omkostninger for ordregivere.

Det bemærkes at der ligeledes kan være væsentlige merudgifter for tilbudsgiver. Uanset at der er afgivet et tilbud, hvor det vil være en matematisk umulighed at vinde udbuddet, vil tilbudsgiver skulle afgive tid til tilbudspræsentation, besigtigelse eller lign.

IKA opfordrer til, at bestemmelsen udgår af udbudsloven.

Det aktuelle forslag om nyt § 160, stk. 1 (offentliggørelse af evalueringsmodeller)

Der er tale om en skærpelse af ordregiverens forpligtelser, når det gælder offentliggørelse af evalueringsmodellen. Bestemmelsen går videre end, hvad der følger af EU-reglerne og pålægger dermed danske ordregivere en yderligere

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

forpligtelse i forhold til andre EU-ordregivere. Det ses ikke at være begrundet, hvorfor en sådan entydig skærpelse over for danske ordregivere er nødvendig eller hensigtsmæssig. Såfremt lovgiver ønsker større gennemsigtighed i evalueringsmodellen, opfordrer IKA til, at der fra dansk side arbejdes for, at dette bliver en del af EU's regelsæt frem for at gå dansk enegang og pålægge danske ordregivere byrder, som ingen andre europæiske ordregivere har.

Det fremgår af forslagets bemærkninger, at formålet med lovforslaget er at styrke den forudgående gennemsigtighed og understøtte hensynet til ligebehandlingen. IKA bemærker, at den forudgående gennemsigtighed alene styrkes, såfremt de forskellige tilbudsgivere har indgående kendskab til hinandens tilbud, hvilket ikke kan være lovgivers hensigt. Hermed fremstår den øgede gennemsigtighed som illusorisk.

Det bemærkes, at der ikke ses at være taget stilling til de økonomiske og administrative konsekvenser for det offentlige.

Det fremgår, at specifikke parametre i evalueringsmodellen kan afhænge af de indkomne tilbud, men at det entydigt skal fastlægges og beskrives på forhånd, hvordan parametrene fastlægges. Lovbemærkningerne angiver, som eksempel på en evalueringsmodel, at den laveste pris vil modtage de maksimale point, mens priser, der er 50 pct. højere, vil modtage 0 point, og at der laves en lineær interpolation mellem disse to punkter. Det er IKAs erfaring, at sådan prismodel ikke i alle tilfælde vil være velegnet til at identificere det bedste bud. Tager man eksempelvis et udbud af en tjenesteydelse, hvor der modtages ét tilbud med meget lavt tidsforbrug men hvor det tilbudte arbejde er meget overfladisk, og de øvrige tilbud er 51-60 pct. dyrere, vil evalueringsmodellen ikke være velegnet. Med andre ord kan der være tilfælde af stærke udsving i pris og kvalitet, som det ikke er muligt at forudsige på forhånd. Dette vil uvægerligt føre til flere annullationer.

Det er IKAs vurdering, at ændringen af bestemmelsen om offentliggørelse af evalueringsmodel skaber en væsentlig øget risiko for annullering af udbud. Dette medfører øgede omkostninger for både ordregiver og tilbudsgivere, og fører i sidste ende til et samfundsmæssigt tab. Dette hænger også sammen med, at der efter udbudslovens ikrafttrædelse primo 2016 nu er en klar praksis for

IKA's hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

offentliggørelse, og der ikke længere er usikkerhed om, hvad der accepteres og ikke accepteres. Ved den foreslåede ændring sås der ny tvivl om, hvorvidt en offentliggjort evalueringsmodel vil blive tilsidesat af klagemyndigheden, såfremt et enten meget lavt tilbud eller et meget højt tilbud ikke kan rummes inden for den offentliggjorte evalueringsmodel. I et sådant tilfælde er det muligt, at Klagenævnet ikke finder den offentliggjorte evalueringsmodel egnet, hvorefter Klagenævnet kan tilsidesætte modellen med den begrundelse, at evalueringsmodellen – trods sin offentliggørelse – strider mod ligebehandlingsprincippet. IKA er derfor af den opfattelse at bestemmelsen bør udgå.

Afslutningsvist bemærkes, at forslaget ikke harmonerer med, hvad udbudslovsudvalget efter lange forhandlinger kunne opnå enighed om i forbindelse med det lovforberedende arbejde forud for fremsættelse af lovforslaget om udbudsloven. Lovforslaget synes at fokusere entydigt på, at gøre op med Klagenævnets praksis, som har lagt sig entydigt op ad de gældende EU-regler.

IKA opfordrer til, at bestemmelsen drøftes i Forum for Udbud på lige fod med den øvrige evaluering af udbudsloven.

§ 164 (Kontrol af oplysninger til tilbuddet)

Det er i § 164, stk. 2 angivet, at ordregiveren i tvivlstilfælde skal foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet.

Bestemmelsen angiver således, at ordregiveren i en eller anden udstrækning har undersøgelsespligt, men det fremstår som uklart – i strid med lovens formål – hvornår der er tale om en tvivlssituation. Ligeledes er det uklart, hvornår der er tale om "effektiv kontrol". Spørgsmålene er ikke uddybet i bemærkninger, og i forbindelse med en revision af udbudsloven opfordrer IKA til, at det klart fremgår, hvornår ordregivers undersøgelsespligt indtræder.

§ 176 (Udelukkelsesgrund som ophævelsesgrund)

Bestemmelsen fastslår, at ordregiver kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens gennemførelse, forudsat at disse er "forbundet med kontraktens genstand".

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

På baggrund heraf har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i sin vejledning om "Skattemæssige forhold i offentlige udbud" konstateret, at ordregiver ikke lovligt kan fastsætte kontraktvilkår om, at det udgør væsentlig misligholdelse, såfremt leverandøren i kontraktperioden bliver omfattet af en udelukkelsesgrund (som også har været gældende i det udbud, der ligger til grund for kontraktforholdet).

Det er IKAs opfattelse, at styrelsens vurdering bygger på en for restriktiv forståelse af, hvad der må forstås ved udtrykket "forbundet med kontraktens genstand". Forhold, der har haft afgørende betydning for, om leverandøren overhovedet kunne få kontrakten, må per definition have en forbindelse til kontraktens genstand. Desuden er det ikke givet, at bestemmelser om misligholdelse og ophævelse overhovedet kan betragtes som "særlige betingelser for gennemførelsen af en kontrakt", da der ikke er tale om vilkår for udførelsen, men om vilkår for terminering.

Det er IKAs opfattelse, at det er særdeles uhensigtsmæssigt, hvis det ikke er lovligt at ophæve en kontrakt med en leverandør på grund af et forhold, som man – hvis forholdet var opstået eller konstateret tidligere – kunne have udelukket leverandøren på baggrund af.

IKA vil således opfordre til, at det indføres i udbudsloven, at det er i overensstemmelse med reglerne at ophæve en kontrakt, såfremt en virksomhed udviser en adfærd, som er omfattet af udelukkelsesgrundene, i kontraktens løbetid.

§§ 178-184 (Udbudslovens regler om ændringer)

Terminologien i udbudslovens regler om ændringer skaber i praksis en del forvirringen, fordi der i nogle tilfælde henvises til både kontrakter og rammeaftaler, mens der i andre tilfælde kun henvises til kontrakter. IKA vil derfor gerne opfordre til, at bestemmelserne bringes i overensstemmelse med udbudsdirektivets regulering.

§ 180 (Ændringer i kontrakter)

Udbudslovens §180 angiver at ændringer i en kontrakt eller i en rammeaftale ikke er ændringer af grundlæggende elementer, når værdien af ændringen er lavere

IKAs hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

end tærskelværdien og lavere end 10 pct. af værdien af den oprindelige kontrakt for varer og tjenesteydelser og 15 pct. af værdien for bygge og anlægskontrakter.

Bestemmelsen giver ingen retningslinjer i forhold til, hvordan værdien skal beregnes, når der er tale om rammeaftaler. IKA vurderer, at det ville være hensigtsmæssigt, at beregning af den procentvise værdi, foretages, således at ændringer inden for det første år opgøres som 25 pct. af den skønnede kontraktværdi for en 4-årig rammeaftale. De efterfølgende år baserer opgørelsen sig på det faktiske træk på rammeaftalen. IKA vil opfordre til dette indarbejdes i bestemmelsen.

Derudover bemærker IKA, at grænsen på de 10 pct. er lav. IKA vil derfor opfordre til, at man fra dansk side arbejder på at hæve grænsen, når udbudsdirektivet skal revideres.

Øvrige bemærkninger:

Forbedrede muligheder for at justere i udbudsmaterialet efter bekendtgørelse

Det er IKAs vurdering, at der er et behov for at forbedre adgangen til at lave ændringer i udbudsmaterialet efter offentliggørelse af udbudsbekendtgørelsen. Adgangen er blevet væsentlig indsnævret med udbudsloven, og er medvirkende årsag til de mange annullationer. En forbedret adgang til ændringer vil sænke transaktionsomkostninger for såvel ordregiver som tilbudsgiver.

Det er IKAs opfattelse, at der hersker stor uklarhed om, hvornår et mindstekrav kan ændres - særligt ved offentligt udbud. Ved øvrige udbudstyper drejer usikkerheden sig ofte om, hvorvidt de tekniske specifikationer kan ændres. Det er generelt uklart, hvornår der er tale om et mindstekrav, og hvornår der er tale om et grundlæggende element.

Det er IKAs vurdering, at der behov for klare regler om muligheden for at ændre i udbudsmaterialet undervejs i udbudsprocessen. Det er uhensigtsmæssigt, at dette spørgsmål kun er beskrevet i forarbejderne. Klare regler vil have stor betydning i forhold til transaktionsomkostningerne og bestræbelserne på at minimere antallet af annullationer.

IKA's hørings svar til bemærkninger til Udbudsloven

Usikkerhed om dokumentation for ESPD-oplysninger

Der er ikke klarlagt i udbudsloven, om den dokumentation, der skal fremlægges for ESPD-oplysninger hos den vindende tilbudsgiver, alene vedrører oplysningerne i ESPD'et eller om der også skal tages højde for nye oplysninger. Dette kan fx være et aktuelt spørgsmål, såfremt der fra tilbudsgivers side er afgivet et nye årsregnskab, efter fremlæggelse af ESPD. IKA vil gerne opfordre til, at denne uklarhed adresseres i udbudsloven.

Koncessionskontrakter og udbudslovens afsnit II

IKA bemærker, at det ikke fremgår af udbudsloven, at udbudsloven afsnit II ikke finder anvendelse i forhold til koncessionskontrakter, der værdimæssigt, ligger under tærskelværdien i koncessionsdirektivet. IKA opfordrer til, at det fremgår specifikt af udbudsloven, at loven ikke finder anvendelse på sådanne koncessionskontrakter.

Sammenlægning af tilbudsloven og udbudsloven

Det foreslås at tilbudsloven bliver lagt ind under udbudsloven, således at der eksisterer ét samlet regelsæt for både over og undertærskelværdien, når det gælder varer, tjenesteydelser samt bygge- og anlægsopgaver.

Ensretning af terminologi i de forskellige formularer

IKA vil gerne opfordre til, at terminologien i de forskellige formularer ensrettes. Som det er nu, hedder det økonomisk og finansiel "kapacitet" i formularen til udbudsbekendtgørelsen, mens det hedder "formåen" i ESPD'en.