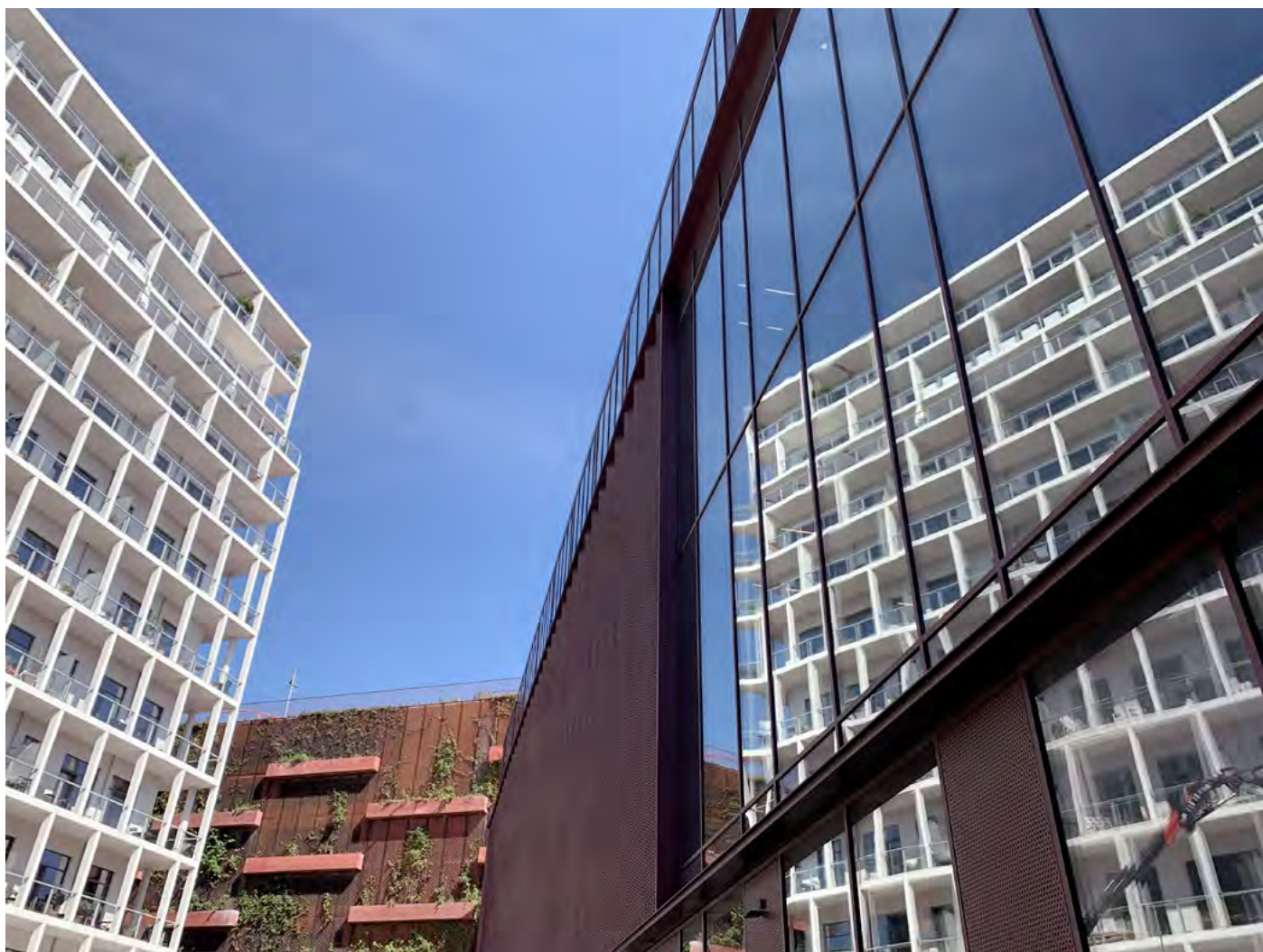


KONKURRENCE- OG FORBRUGERSTYRELSENS EVALUERING AF UDBUDSLOVEN – EN STATUS PÅ IMPLEMENTERINGEN AF UDBUDSDIREKTIVET

Udbudsloven har samlet set bidraget til at skabe mere klarhed over udbudsreglerne. Alligevel er der på flere konkrete områder grundlag og muligheder for at styrke loven i form af præciserende regler eller øgede vejledningsindsatser.

Sådan lyder Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens overordnede konklusion på evalueringen af udbudsloven.



Med afsæt i den offentlige høring, der blev igangsat i slutningen af 2018 og afsluttet i starten af 2019, behandler evalueringen følgende temaer:

- små og mellemstore virksomheders deltagelse i udbud
- ændringer i udbudsmateriale og indgåede kontrakter
- fleksible udbudsprocedurer
- ESPD og dokumentation
- rammeaftaler, sortimentsudbud og dynamiske indkøbssystemer
- udelukkelse og self-cleaning
- indkøb under tærskelværdier
- samfundsansvar ved offentlige udbud

HVILKE UDFORDRINGER REJSES I EVALUERINGEN?

Baseret på de indkomne høringssvar gennemgår Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen inden for hvert af de ovenstående temaer en række centrale problemstillinger og ønsker om forbedringer, der blandt andet omfatter følgende:

- **små og mellemstore virksomheders** udfordringer i relation til "opdel eller forklar"-princippet, mindstekravene til egnethed og kravene til dokumentation
- uklarhed om, hvornår det er muligt at foretage **ændringer i såvel udbudsmateriale som kontrakter** samt ønsker om udvidet adgang til at foretage ændringer
- uklarhed inden for de **fleksible udbudsprocedurer** om adgangen til at anvende de fleksible udbudsprocedurer samt ønsker om udvidet adgang til at foretage ændringer i mindstekrav i forbindelse med et forhandlingsforløb, om hurtigere adgang til at overgå til udbud med forhandling ved et forudgående mislykket udbud og om mulighed for at reducere antallet af forhandlingsparter tidligere i forhandlingsprocessen
- udfordringer med **ESPD'et**, der af både tilbudsgivere og ordregivere opleves som uforholdsmæssigt omkostningstungt at anvende
- uklarhed om adgangen til at indgå **længerevarende rammeaftaler** samt ønsker om større fleksibilitet i sortimentsudbud i forhold til evaluering af et repræsentativt udsnit af et sortiment og i forhold til opdatering af et sortiment
- ønsker om udvidelse og tydeliggørelse af **udelukkelsesgrundene**, om udvidelse af udelukkelsesperioden og om klarhed om beregning af den 2-årige udelukkelsesperiode for de frivillige udelukkelsesgrunde, ønsker om placering af vurderingen af self-cleaning hos en central myndighed frem for hos ordregiver samt om større klarhed om udelukkelsesgrundenes anvendelse i kontraktperioden

- manglende udnyttelse af fleksibilitet i forhold til **indkøb under tærskelværdierne** og indførelse af en bagatelgrænse for, hvornår der ved indkøb under tærskelværdierne skal laves en vurdering af klar grænseoverskridende interesse
- ønsker om øget inddragelse af **samfundshensyn**, om krav til anvendelse af arbejds- og arbejdsmiljøklausuler og om mulighed for inddragelse af skattemæssige forhold

HVAD ER STYRELSENS VURDERING AF DE REJSTE UDFORDRINGER?

Evalueringen indeholder for de enkelte problemstillinger Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af problemstillingen og mulige løsningsforslag med udgangspunkt i følgende pejlemærker:

- øget klarhed om, hvad reglerne indebærer
- fleksibilitet
- lavere transaktionsomkostninger
- fremme af innovative indkøb
- betydning for SMV'ers incitament og mulighed for at deltage i offentlige udbud
- betydning for konkurrencen blandt leverandørerne til den offentlige sektor

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer eksempelvis, at:

- der ikke er mulighed for inden for rammerne af udbudsdirektivet at ændre i de retningslinjer for **ændringer af udbudsmateriale**, som fremgår af bemærkningerne til loven, i en retning, som medfører, at der kan foretages ændringer af grundlæggende elementer i udbudsmaterialet, og at det ikke vil være muligt at indføre præciserende regler i form af "safe harbours", da der i alle tilfælde skal foretages en konkret vurdering af, hvornår en ændring vil være tilladelig
- at det i forhold til **ændringer af kontrakter** ikke vil være muligt at fastsætte nationale regler, der indfører flere "safe harbours" end de, der følger af udbudsdirektivet
- øget klarhed om, hvornår **ændringer af udbudsmateriale og kontrakter** er tilladelige derfor formentlig bedst skabes ved en øget vejledningsindsats
- det i forhold til muligheden for at **ændre mindstekrav under et forhandlings- og dialogforløb i de fleksible udbudsprocedurer** inden for rammerne af udbudsdirektivet vil være muligt at fjerne udbudslovens forbud mod ændringer af mindstekrav under et dialogforløb i en konkurrencepræget dialog i modsætning til i et udbud med forhandling og i en projektkonkurrence, og at der generelt i forhold til de fleksible procedurer bør iværksættes en vejledningsindsats med fokus på, hvornår ændringer kan foretages undervejs i en fleksibel udbudsprocedure

- det bør overvejes at **udvide adgangen til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse** i overensstemmelse med den udvidede adgang i udbudsdirektivet til ved et foregående mislykket udbud at overgå til proceduren med de tilbudsgivere, der i det foregående udbud afgav et konditionsmæssigt tilbud og opfyldte egnethedskravene og ikke var omfattet af udelukkelsesgrunde
- det inden for udbudsdirektivets rammer er muligt i udbud med forhandling at tillade en fase, hvor **tilbudsgivere sorteres fra på baggrund af de første indledende tilbud** og ikke først efter første forhandlingsrunde
- der bør indføres en mere **effektiv og ensartet udbuds- og dokumentationsproces** med fokus på blandt andet **større ensartethed i ESPD'et**
- adgangen til at **indhente dokumentation på et tidligere tidspunkt** i en procedure formentlig hverken kan udvides eller begrænses
- muligheden for at indgå **længerevarende rammeaftaler** af hensyn til risikoen for reelt at begrænse muligheden ikke bør præciseres i udbudsloven i form af "safe harbours", hvor det fastslås, i hvilke situationer rammeaftaler kan indgås for en længere periode end fire år
- det i relation til **sortimentsudbud** ikke vil være muligt i udbudsloven at fastsætte en "safe harbour" for, hvilket repræsentativt udsnit der altid vil være tilladeligt i medfør af de udbudsretlige principper, da det altid vil afhænge af en konkret vurdering, hvad der vil udgøre et repræsentativt udsnit eller sammenlignelige varer
- udbudsdirektivet giver mulighed for, at **vurderingen af self-cleaning kan overdrages til en central myndighed**, hvilket kan være positivt i forhold til at mindske ordregiveres transaktionsomkostninger og skabe større klarhed, men negativt for fleksibiliteten
- der formentlig er rum inden for udbudsdirektivets artikel 73 til at indføre en regel i udbudslovens § 185, stk. 1, om, at en kontrakt kan bringes til ophør, hvis **en leverandør omfattes af en udelukkelsesgrund i kontraktens løbetid**, hvilket kan skabe større klarhed for såvel ordregivere som tilbudsgivere, men også risikere at føre til højere transaktionsomkostninger
- der ikke bør indsættes en præciserende regel i udbudsloven om, hvornår en kontrakt ikke vil have en **klar grænseoverskridende interesse** ("safe harbour"), men at det kan præciseres i loven, at ordregivere kan lave interne retningslinjer for vurderingen af klar grænseoverskridende interesse

- udbudsdirektivet forhindrer, at der kan stilles krav om anvendelse af specifikke **arbejds- og arbejdsmiljøklausuler** i alle offentlige kontrakter, men at der i relation til arbejdsklausuler eventuelt kan indføres et "følg eller forklar"-princip eller et krav om anvendelse i relevante udbud, så længe klausulens tilknytning til kontrakten og overensstemmelse med EU-retten vurderes konkret

Om og i givet fald i hvilket omfang evalueringen vil føre til ændringer af udbudsloven og / eller iværksættelse af vejledende indsatser er nu op til Erhvervsministeriet, som er ansvarlig for den politiske opfølgning på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens faglige evaluering.

Hvis du er interesseret i at læse nærmere om evalueringen, kan evalueringsrapporten findes her: <https://www.kfst.dk/analyser/kfst/publikationer/dansk/2021/20210507-evaluering-udbudsloven/>

7. juni 2021 / Rigmor Kragbjerg Borring