

Til Erhvervsudvalget

København, 25. maj 2022

L 199 Forslag til lov om ændring af udbudsloven, lov om Klagenævnet for Udbud og lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter.

I forbindelse med den aktuelle behandling af ændringer til bl.a. udbudsloven, vil DiaLab opfordre Erhvervsudvalget til at benytte erfaringer fra de foregående to års eksorbitante indkøb uden udbud, til at indføre præciseringer og tilføjelser til lovens § 80, stk. 5, således at det for det første sikres, at ordregiver er helt klar over betingelserne for anvendelse af bestemmelsen og for det andet, at der indføres en kontrolforanstaltning, der automatisk sikrer undersøgelse af, om betingelserne for anvendelsen af bestemmelsen var opfyldt.

Baggrund

De to forslag udspringer af, at offentlige indkøbere i løbet af 2020 og 2021 har foretaget i hvert fald 675 indkøb for i hvert fald 5,9 mia. kroner¹ ². Der er formentlig tale om, at der er foretaget væsentligt flere indkøb for et væsentligt højere beløb³. Indkøbene er foretaget uden udbud og under henvisning til udbudslovens § 80, stk. 5.

Bestemmelsen lyder således:

En ordregiver kan også anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, som ordregiveren ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling.

Det er en bestemmelse, der kan anvendes i nødsituationer, når følgende fire betingelser er opfyldt⁴:

1. Akut behov: Grundlaget for behovet skal skyldes en akut situation, der nødvendiggør et indkøb, hvorved behovet imødekommes.
2. Fristerne kan ikke overholdes: Det akutte behov skal gøre det umuligt at overholde tidsfristerne for en almindelig udbudsprocedure. Det betyder blandt andet, at det ikke er muligt at få behovet opfyldt ved brug af en hasteprocedure, hvor tidsfristerne er kortere end normalt.
3. Uforudselige begivenheder: Denne betingelse indeholder to led. For det første skal der være tale om en sammenhæng mellem de pågældende begivenheder og det akutte behov, således at det akutte behov opstår som følge af de

¹ <https://politiken.dk/indland/art8710157/SSI-k%C3%B8bte-ind-gennem-22-m%C3%A5neder-uden-et-eneste-udbud>

² <https://politiken.dk/indland/art8563978/Kviktests-for-2-milliarder-skattekroner-er-k%C3%B8bt-uden-udbud>

³

⁴ <https://www.kfst.dk/media/56335/udbudsretlige-udfordringer-covid-19.pdf>

pågældende begivenheder. Dernæst skal begivenhederne være uforudsigelige for ordregiveren. Det vil sige, at begivenhederne ikke må skyldes ordregiverens handlinger, eller på anden måde være mulig at afværge for ordregiveren.

4. Alene i et strengt nødvendigt omfang: Endeligt kan der alene foretages indkøb i et strengt nødvendigt omfang. Dette er et udtryk for proportionalitetsprincippet, hvorefter der alene kan foretages de nødvendige indkøb, men ikke foretages yderligere indkøb, der går ud over, hvad der er nødvendigt for at imødekomme det akutte behov.

Problem

Der føres i dag ikke løbende kontrol med offentlige ordregiveres direkte tildelinger efter udbudslovens § 80, stk. 5. Hvis der opstår tvivl om, hvorvidt reglerne i udbudslovens § 80, stk. 5, er overholdt, vil det således i praksis være op til den enkelte private virksomhed eller organisation at indgive klage til Klagenævnet for Udbud med det væsentlige ressource- og tidsforbrug, der meget ofte vil være forbundet hermed.

Konkret betyder det, i forhold til de coronarelaterede indkøb vi har set de foregående to år, at private virksomheder eller organisationer, skal indgive et ganske omfattende antal klager til Klagenævnet for Udbud. Klagesager, som virksomheder og organisationer skal betale klagegebyr for at få behandlet og skal betale advokattimer for at få hjælp til - selvom ingen af disse sager kan få et udfald som på nogen som måde kan komme de klagende virksomheder eller organisationer til gavn bagudrettet.

Det må derfor, med en vis sandsynlighed, kunne lægges til grund, at der er en betydelig risiko for, at ingen eller ganske få sager vil blive indbragt for nævnet. Dermed bliver det ikke afklaret, om statens midler i form af skattekrone er anvendt lovligt og korrekt, og om der er foretaget de bedst mulige indkøb. Dermed er det reelt risikofrit for offentlige indkøbere at foretage den slags indkøb. De offentlige indkøbere kan derfor savne incitament til at sikre, at betingelserne for at foretage indkøbene lovligt efter lovens § 80, stk. 5 er opfyldt.

Løsning

Om end dette ikke kan løse det bagudrettede problem i forhold til de mange coronarelaterede indkøb – det må løses på anden vis – så er der behov for, at der fremadrettet findes en løsning. Der er grundlæggende behov for, at der foretages to ændringer af lovgivningen.

For det første skal bestemmelsen (§ 80, stk. 5) præciseres, så risikoen for tvivl om, hvornår bestemmelsen kan og må anvendes reduceres.

DiaLab foreslår konkret, at for at indskærpe de meget begrænsede muligheder, der er for at foretage direkte tildeling, skal det direkte i udbudsloven tydeliggøres, at direkte tildeling i allerhøjeste grad har undtagelsens karakter.

Dette kan først og fremmest gøres ved at tilføje centrale fortolkningsbidrag fra det underliggende udbudsdirektiv til formuleringen af udbudslovens § 80, stk. 5. Fx fremgår

det af udbudsdirektivets præambel betragtning nr. 50, at muligheden for at foretage direkte tildeling kun kan *"anvendes under helt ekstraordinære omstændigheder"*.

For det andet skal der indføres en ordning, hvorefter der automatisk foretages en uafhængig undersøgelse, når der er foretages indkøb ved direkte tildeling uden forudgående udbud (dog med visse emne- og beløbsmæssige undtagelser).

En sådan undersøgelse har for det første en præventiv virkning, som medvirker til at sikre, at betingelserne for at anvende undtagelsesbestemmelsen er opfyldt. For det andet sikres det, at der føres en kontrol med, om offentlige indkøbere i stat, region og kommune har overholdt betingelser i bestemmelsen, således at det til stadighed sikres, at der skabes en sund og fair konkurrence med henblik på, at anvende skattekrone bedst muligt – til at købe de bedste produkter til den bedste pris. For det tredje er det med til at sikre – og måske genskabe – tillid til at offentlige indkøb foretages lovligt.

DiaLab står til rådighed for uddybende bemærkninger ved behov.

Med venlig hilsen

Henrik Lundgaard Sedenmark
Sekretariatschef

DiaLab er brancheforeningen for virksomheder, som beskæftiger sig med forhandling og/eller produktion af produkter til laboratorier.

Laboratoriesektoren omfatter hospitalslaboratorier, forskningslaboratorier - både offentlige og private - praktiserende læger samt laboratorier i en række andre sektorer herunder pharma, food, miljø og biotek.

Foreningen er medlem af Dansk Erhverv og arbejder for at styrke medlemmernes kompetencer inden for etik, miljø og CSR og højne branchens standard.