

16. maj 2022

Oplæg fra gruppen af centrale ordre- og tilbudsgiverorganisationer

Hermed en oversigt over, hvordan de fælles forslag fra DI, DI Byggeri, Dansk Erhverv, SMVDanmark, KL, IKA – Foreningen af offentlige indkøbere, SKI og Forsvarets Materiel- og Indkøbsstyrelse forventes håndteret.

Nedenstående skema gennemgår de fælles forslag. Det bemærkes, at lovforslaget siden den offentlige høring er opdateret på to – for klyngen – væsentlige punkter, jf. pkt. 2.1 og 6.1 i skemaet. Dette vurderes at imødekomme organisationerne, hvor 7 ud af 11 forslag nu er indarbejdet.

Forslag	Forslagets indhold	Status efter høring
<i>1. Styrket adgang for SMV'er</i>		
<i>1.1 Bedste konkurrencefelt.</i>	Organisationerne foreslår, at det skrives ind i udbudslovens § 145, at ordregiver ifm. udvælgelsen af ansøgere har mulighed for at anvende kriteriet bedste konkurrencefelt.	Forslaget kan ikke imødekommes, da forslaget hviler på antagelsen om, at det er muligt at reservere pladser i et udbud til små- og mellemstore virksomheder, hvilket vurderes at stride imod det EU-retlige ligebehandlingsprincip.
<i>1.2 Referencers alder.</i>	Organisationerne foreslår, at adgangen til at efterspørge ældre referencer end hhv. tre og fem år bør fremgå mere klart af udbudslovens § 155. Det skal fremgå, at ordregivere kan tillade ældre referencer, når der er tale om varer eller tjenesteydelser, der kun sjældent udbydes som følge af fx lang kontraktvarighed.	Forslaget er ikke imødekommet, da det konkrete forslag vurderes at medføre risiko for indskrænkelse i ordregivers anvendelse af bestemmelsen. Det fremgår således allerede af udbudslovens § 155, at referencer kan være ældre, hvis "det er nødvendigt for at sikre tilstrækkelig konkurrence". Hvis det konkret tilføjes til bestemmelsen, at det også kan indebære tilfælde, hvor "der sjældent gennemføres udbud", vil denne vurdering skulle gælde for markedet som helhed og ikke kun den enkelte ordregiver. Dels kan det være en vanskelig vurdering for ordregiver, dels kan der være en risiko for, at nogle ordregivere vil opfatte det som yderligere et krav til at kunne forlænge, så effekten reelt bliver det modsatte. Lovforslaget indeholder dog flere andre forslag til bestemmelser, som kan styrke adgangen for SMV'er, herunder lovforslagets § 1, nr. 27 om omsætning som udvælgelseskriterium og nr. 38 om implementeringen af et nationalt udbudssystem.
<i>1.3 Nemmere brug af dynamiske indkøbssystemer.</i>	Organisationerne foreslår, at udbudslovens begrundelseskrav i § 171, lempes for dynamiske indkøbssystemer således, at forbigående tilbudsgivere aktivt skal anmode om en begrundelse.	Forslaget er imødekommet ved lovforslagets § 1, nr. 30-31. ¹

¹ For alle henvisninger til lovforslaget henvises til versionen af lovforslaget efter høringen.

2. Udvidet adgang til at tilpasse udbudsmaterialet i udbudsprocessen (efter offentliggørelse)		
2.1 Tydeliggørelse af ændringsadgang.	Organisationerne foreslår, at der indføres en ny bestemmelse i udbudsloven, som synliggør ordregivers adgang til at foretage ændringer i et offentliggjort udbudsmateriale.	Forslaget er efter høringen imødekommet ved det justerede lovforslags § 1, nr. 16-17.
3. Udvidet adgang til brug af fleksible udbudsformer		
3.1 Tydeliggørelse af adgangen til hvornår de fleksible udbudsformer kan anvendes.	Organisationerne foreslår, at det præciseres i udbudsloven, at kommercielle omstændigheder omkring selve gennemførelsen af kontrakter eller udbud også kan give ordregivere adgang til at anvende udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog.	Forslaget er imødekommet ved lovforslagets § 1, nr. 9-13.
4. Forenkling af sortimentsudbud		
4.1 Øget klarhed om, hvad der udgør et "repræsentativt udsnit af sammenlignelige varer".	Organisationerne foreslår, at der indføres en formodningsregel, der skaber klarhed for, hvad der som udgangspunkt opfylder kravet om repræsentativitet i et "repræsentativt udsnit".	Forslaget er ikke imødekommet, da en sådan generel formodningsregel ikke kan gennemføres i overensstemmelse med EU-direktivet. Det vil altid være en konkret vurdering, hvornår evalueringen af en mindre del af et sortiment er "repræsentativt". Det udbudsretlige krav er, at evalueringen skal identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Det krav er i princippet absolut, men det danske Klagenævn for Udbud har i en række konkrete kendelser accepteret, at der kan evalueres på et repræsentativt udsnit. EU-domstolen har endnu ikke forholdt sig til spørgsmålet.
5. Indkøb under tærskelværdierne for varer- og tjenesteydelser		
5.1 Interne retningslinjer.	Organisationerne foreslår, at det fremgår direkte af udbudsloven, at en ordregiver kan udarbejde interne retningslinjer for, hvornår ordregiver vurderer, at en kontrakt ikke har klar grænseoverskridende interesse.	Forslaget er ikke en del af lovforslaget, da der er tale om ændringer på bekendtgørelsesniveau. Det er hensigten at imødekomme ønsket ved at fjerne pligten til at annoncere indkøb med klar grænseoverskridende interesse på udbud.dk, som har en anslået kontraktværdi på under 100.000 kr. Det fremgik således af regeringens udspil <i>Danmark kan mere I</i> , at man vil fjerne annonceringspligten for visse mindre udbud.
5.2 Brug af vejledende forhåndsmeddelelser.	Organisationerne foreslår, at der åbnes op for, at ordregivere ved indkøb under tærskelværdierne kan gøre brug af vejledende forhåndsmeddelelser til at afløfte annonceringspligten. Dette som alternativ til at skulle annoncere på udbud.dk.	
6. Udvidet adgang til at ændre kontrakter i driftsfasen		
6.1 Udvidelse af adgangen til at foretage kontraktændringer.	Organisationerne foreslår, at adgangen til at foretage ændringer i kontrakten udvides. En mulighed beskrives som indførelse af en ny § 179, stk. 2, som supplement til den eksisterende § 179, der indeholder de principper, som i dag fremgår af lovbe-	Forslaget er efter høringen imødekommet ved det justerede lovforslags § 1, nr. 35.

	mærkningerne og af udbudsdirektivets præambelbetragtning nr. 111.	
<i>7. Lettere dokumentationskrav</i>		
<i>7.1 Nabotjek.</i>	Organisationerne foreslår, at der udføres et nabotjek med henblik på for at afdække landenes praksis for brug af dokumentation, herunder særligt deres brug af tro og love-erklæringer som alternativ til opfyldelse af omfattende dokumentationskrav.	<p>Forslaget imødekommes. Det er dog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering, at der ikke i Danmark kan anvendes tro og love-erklæringer som dokumentation for, at virksomheder ikke er omfattet af udelukkelsesgrundene i udbudsloven ikke er i overensstemmelse med udbudsdirektivet. Tro- og love-erklæringer kan i henhold til direktivet kun tillades, hvis medlemsstaten ikke udsteder straffeattest eller andre relevante officielle dokumenter eller certifikater.</p> <p>I Danmark udgør den private straffeattest eksempelvis et af de relevante former for dokumentation, som der stilles krav om i udbudsreglerne. Da der således udstedes et sådan dokument, er betingelserne for anvendelse af tro- og love-erklæringer som udgangspunkt ikke opfyldt for de dokumentationskrav, som omfattes af straffeattesten.</p> <p>Det er således muligt at foretage et nabotjek, men da det efter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering er klart, hvad direktivet kræver for at kunne anvende tro- og loveerklæringer, vil et nabotjek formentlig blot identificere landenes forskellige muligheder for at udstede relevante dokumenter eller certifikater.</p>
<i>7.2 Begrænsning af adgang til at kræve dokumentation for virksomhedernes oplysninger i ESPD'et.</i>	Organisationerne foreslår, at det bør tilføjes i udbudsloven, at indhentning af tidlig dokumentation (dvs. før ordregivers beslutning om hvem ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten) alene kan ske på baggrund af en konkret vurdering. Dette for at indhegne adgangen til tidlig indhentning af dokumentation for oplysningerne i ESPD'et.	Forslaget kan ikke imødekommes, da det efter udbudsdirektivet ikke er muligt at begrænse adgangen til at kræve dokumentation. Ordregiver kan når som helst i udbudsprocessen kræve dokumentation, hvis det vurderes nødvendigt. Der er således allerede nu tale om en konkret vurdering.

Derudover indgår en række øvrige forslag i lovforslaget, som er et resultat af interessenternes input til evalueringen af udbudsloven. Der kvitteres også positivt for disse i mange af høringssvarene.