



NOTAT

20. april 2021
afa-KFST/angaan-EM

Opsummering af resultaterne af den faglige evaluering af udbudsloven

Det blev i forbindelse med udbudslovens vedtagelse i 2015 besluttet, at loven skulle evalueres, når reglerne havde haft effekt i en vis periode. Det overordnede formål med evalueringen har været at afdække, om udbudsloven har den tilsigtede virkning, og om der er erfaringer, der giver anledning til, at der skal foretages ændringer af loven.

Som led i evalueringen af udbudsloven gennemførte Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i starten af 2019 en offentlig høring, hvor alle interessenter fik mulighed for at afgive høringssvar med overvejelser, kommentarer og forbedringsforslag m.v. til den nuværende udbudslov.

Resultatet af høringen viste blandt andet, at der i almindelighed er tilfredshed med udbudslovens implementering af udbudsdirektivet. Høringen viste dog også, at udbudsloven kan forbedres på nogle områder, og evalueringsrapporten tager således udgangspunkt i de udbudsfaglige problemstillinger, der blev rejst i forbindelse med høringen, samt de problemstillinger, der efterfølgende er fremkommet på møder med relevante interessenter.

I forbindelse med evalueringen af udbudsloven har der været nedsat en teknisk arbejdsgruppe, hvor temaerne og de specifikke problemstillinger, som høringen har rejst, har været drøftet. Arbejdsgruppen har bestået af medlemmer af Forum for Offentligt-Privat Samarbejde, eller andre repræsentanter udpeget af medlemmer af Forum for Offentligt-Privat Samarbejde, samt enkelte andre aktører med særlig viden inden for udbudsområdet. Evalueringsrapporten har ligeledes været sendt i høring i den tekniske arbejdsgruppe i februar/marts 2020.

Pejlemærker for evalueringen

Evalueringsrapporten vedrører de juridiske rammer for offentlige indkøb, som de fremgår af udbudsloven og udbudsdirektivet. Endvidere vurderes de enkelte problemstillinger og forslag ud fra seks pejlemærker. Tre af disse pejlemærker svarer til formålet med udformningen af den gældende udbudslov, nemlig:

- *Øget klarhed om, hvad reglerne indebærer*
- *Fleksibilitet*
- *Lavere transaktionsomkostninger for både ordre- og tilbudsgivere*

Dertil vurderes problemstillingerne ud fra yderligere tre pejlemærker:

- *Fremme af innovative indkøb*

- *Betydning for små og mellemstore virksomheders incitament og mulighed for at deltage i offentlige udbud samt*
- *Betydningen for konkurrencen blandt leverandørerne til den offentlige sektor*

Temaer for evalueringen

Som led i evalueringen af udbudsloven har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen på baggrund af de indkomne høringsvar identificeret otte centrale temaer. Disse temaer har været udgangspunkt for evalueringen og har dermed også dannet strukturen for evalueringsrapporten. Inden for hvert af disse temaer er der identificeret en række problemstillinger og forslag.

Foruden de otte temaer indeholder rapporten et kapitel, som giver status på udbud i Danmark. Heraf fremgår det, at op imod 80 procent af ordregiverne er helt eller overvejende enige i, at udbudsloven understøtter muligheden for effektiv konkurrence, og godt 90 procent tilkendegiver, at udbudsloven understøtter ligebehandling af virksomhederne. Det fremgår også, at mange udbud annulleres i Danmark, bl.a. pga. fejl og behov for at foretage ændringer i udbudsmaterialet. Til gengæld er antallet af klager over udbud relativt begrænset sammenlignet med andre nordiske lande.

Endelig fremgår det, at transaktionsomkostningerne ved at gennemføre og deltage i udbud er moderate for hovedparten af de offentlige indkøb, men at de formentlig kan nedbringes yderligere, især for mindre indkøb og særligt inden for visse brancher.

Derudover er der i rapporten identificeret en række mindre eller enkeltstående problemstillinger, som ikke rummes i de otte temaer. Disse problemstillinger behandles i et selvstændigt kapitel i rapporten.

Endvidere behandler rapporten også de seneste ændringer af udbudsloven i 2019, som omhandler en pligt til at fastlægge og beskrive indholdet af alle dele af evalueringsmodellen i udbudsmaterialet samt en pligt til for visse meget store udbud at foretage evalueringen af de indkomne tilbuds kvalitet uden forudgående kendskab til tilbuddenes pris.

De centrale temaer i evalueringen

1. Små og mellemstore virksomheders deltagelse i offentlige udbud

Af rapporten fremgår det, at SMV'ers deltagelse i de offentlige udbud er en forudsætning for en god konkurrence om opgaverne og gode vækstvilkår for virksomhederne. Derfor indeholder den danske udbudslov en række muligheder for at sikre, at SMV'er har gode betingelser for at deltage i offentlige udbud, som blandt andet giver mulighed for at reservere pladser til SMV'er i konkurrencen om offentlige opgaver, og som stiller krav om at opdele kontrakter i mindre delkontrakter eller forklare, hvorfor det ikke er sket.

I rapporten behandles en række problemstillinger og forslag, som skal forbedre SMV'ers adgang til offentlige udbud yderligere. Det omhandler blandt andet en skærpelse af kravene til opdeling af kontrakter og at fjerne uhensigtsmæssige krav til ansøgers eller tilbudsgivers egnethed og til den dokumentation, som virksomhederne skal levere, der opleves som en barriere for små virksomheder deltagelse i den offentlige konkurrence om opgaverne.

Det fremgår af rapporten, at fordelene ved eventuelle justeringer af loven skal afvejes over for blandt andet øgede transaktionsomkostninger for ordregiverne. En analyse foretaget af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som led i evalueringen viser samtidig, at danske SMV'er i dag er forholdsvis godt repræsenteret i de offentlige udbud. Samlet set tegner evalueringen et forholdsvis positivt billede af den danske SMV-deltagelse i offentlige udbud.

2. Muligheder for at foretage ændringer

I rapporten peges på problemstillinger og forslag, som har til formål at mindske uklarheden om, hvornår der må foretages ændringer i udbudsmaterialet og i den indgående kontrakt, og give øget adgang til at foretage ændringer i både udbudsmaterialet og i kontrakten.

Det fremgår af rapporten, at udbudsreglerne begrænser adgangen til at foretage ændringer i materialet eller kontrakten for at sikre gennemsigtighed og ligebehandling. Det er således ikke lovligt at foretage såkaldte grundlæggende ændringer i et udbud eller i kontrakten. Andre og mindre ændringer kan godt foretages.

Den centrale udfordring er, at det kan være forbundet med usikkerhed at foretage de konkrete vurderinger af, om en ændring har grundlæggende karakter og derfor ikke er tilladelig uden et nyt udbud. Som det fremgår af rapporten, er denne vurdering en konkret vurdering fra udbud til udbud. Det konkluderes dog, at der kan fokuseres på en øget vejledningsindsats på området.

Evalueringen viser samlet set, at de danske ordregivere i vidt omfang benytter adgangen til at foretage ændringer i udbudsmaterialet, og at reglerne i Danmark harmonerer med den praksis, der er anlagt ved EU-domstolen.

3. De fleksible udbudsprocedurer

Adgangen til at anvende de fleksible udbudsprocedurer blev udvidet væsentligt ved seneste direktivændring. Det har både ordregivere og tilbudsgivere taget vel imod, og procedurerne bruges samlet set i højere grad end tidligere.

Af rapporten peges på en række specifikke problemstillinger i forbindelse med de fleksible udbudsprocedurer, som primært går ud på at øge muligheden for at benytte eller lette brugen af de fleksible procedurer.

Evalueringen viser, at de danske regler i vidt omfang udnytter den fleksibilitet, der følger af EU-retten, men flere af de indkomne forslag vil formentlig kunne gennemføres i udbudsloven og kan øge fleksibiliteten ved de fleksible procedurer yderligere. Det gælder fx muligheden for at tillade frasortering af tydeligt ikke-konkurrencedygtige tilbudsgivere, inden der indledes forhandlinger eller ved at lette muligheden for at overgå til udbud med forhandling ved et forudgående mislykket offentligt eller begrænset udbud. Endvidere er det også vurderingen, at forbuddet mod at ændre i mindstekrav ved anvendelse af den fleksible procedure *konkurrencepræget dialog* kan fjernes.

4. ESPD og dokumentation

I rapporten er der til dette tema fokus på to specifikke problemstillinger, som omhandler indhentelse af dokumentation og ESPD, og vurderingen af, hvorvidt dokumentationen er retvisende.

Som det fremgår af rapporten, er ESPD oprindeligt tænkt som en standardiseret og enkel metode for ansøgere og tilbudsgivere til at afgive de oplysninger, som ordregiver kræver. Det har ikke fungeret efter hensigten og har givet anledning til omkostninger hos både ordregivere og tilbudsgivere. Formålet med ESPD og den efterfølgende dokumentation af indholdet er imidlertid med til at sikre, at der ikke tildeles offentlige opgaver til tilbudsgivere, der fx har begået alvorlige lovovertrædelser, eller som er økonomisk eller teknisk uegnede til at løse opgaven.

Evalueringen har vist, at der stadig er udfordringer med selve ESPD'et, fx manglende mulighed for datagenbrug m.v. De største udfordringer ses imidlertid i forhold til indhentelse og verifikation af dokumentation for ESPD'ets indhold. Evalueringen viser, at der er et begrænset juridisk rum for ændringer på dette område, men samtidig et betydeligt potentiale for at nedbringe transaktionsomkostningerne i udbud, fx gennem tekniske løsninger og datagenbrug.

5. Rammeaftaler, sortimentsudbud og dynamiske indkøbssystemer

Som det fremgår af rapporten handler flere af de specifikke problemstillinger og forslag om at effektivisere brugen af rammeaftaler og dynamiske indkøbssystemer samt at skabe større juridisk sikkerhed ved brugen heraf. Det er fx foreslået at indføre bedre mulighed for at opdatere eller udskifte elementer i sortimentsudbud, så udgåede varer kan erstattes, og nye produkter kan introduceres. Det er også foreslået at smidiggøre brugen af dynamiske indkøbssystemer. Sidstnævnte giver EU-direktivet mulighed for, men derudover er de juridiske muligheder for at imødekomme forslagene inden for de nuværende EU-retlige rammer begrænsede. Der er fx ikke fundet juridisk grundlag for at behandle store, ofte komplekse udbud som sortimentsudbud retligt anderledes end andre udbud.

Samlet set tyder den udbredte anvendelse af rammeaftaler dog på, at det er et attraktivt alternativ til almindelige udbud for mange ydelser.

6. Udelukkelse og self-cleaning

Rapporten behandler med dette tema de dele af udbudsloven, som har til formål at sikre, at der ikke tildeles offentlige kontrakter til tilbudsgivere, der i lovens forstand er upålidelige. Inden udelukkelse fra et udbud skal en tilbudsgiver dog gives mulighed for at dokumentere sin pålidelighed (self-cleaning), fx ved at foretage organisatoriske ændringer. Det er i dag den enkelte ordregiver, der vurderer, om tilbudsgiveren igen er pålidelig og dermed kan deltage i udbuddet.

I rapporten behandles en række problemstillinger og forslag, som bl.a. vedrører længden på udelukkelsesperioderne, self-cleaning og anvendelsesområdet for udelukkelsesgrundene i kontraktperioden. Direktivet fastsætter hvilke udelukkelsesgrunde, som skal/kan anvendes og maksimalperioder for udelukkelse, men der er relativt stor fleksibilitet i forhold til, hvordan EU-medlemslandene vælger at organisere og regulere processerne om udelukkelse og self-cleaning. Der er fx frihed til at beslutte, om det skal være den enkelte ordregiver eller en central myndighed, som foretager vurderingen af, om en virksomhed igen anses for at være pålidelig.

7. Indkøb under tærskelværdierne for EU-udbud

I rapporten behandles særligt en specifik problemstilling til dette tema, som omhandler vurderingen af, om en kontrakt har klar grænseoverskridende interesse. Det fremgår, at denne vurdering er omkostningstung for ordregivere at foretage, og i den forbindelse har der derfor været ønske om at indføre en bagatelgrænse, således at vurderingen ikke skal foretages for indkøb under et vist beløb.

Som det fremgår af rapporten, er det klart vurderingen med afsæt i EU-Domstolens praksis, at der ikke kan indføres en sådan generel bagatelgrænse. Derimod er der givetvis mulighed for at fastsætte fx lokale retningslinjer for vurderingen, ligesom de administrative omkostninger ved annoncering muligvis kan nedbringes for små indkøb.

8. Samfundsansvar i offentlige udbud

I rapporten belyses en række problemstillinger, som vedrører samfundshensyn. Det omfatter bl.a. anvendelsen af krav til arbejdsmiljø, miljømærker, arbejdsklausuler, lærlingeklausuler, skatteklausuler og lignende hensyn i udbud. Som det fremgår af rapporten, er sådanne klausuler i dag lovlige at benytte i udbud, såfremt de er knyttet til det konkrete indkøb. Der skal således hver gang foretages en konkret vurdering af, om et krav er knyttet til den pågældende kontrakts genstand.

Det betyder, at der fx kan stilles krav om, at en konkret opgave skal udføres på en særlig klimavenlig måde, eller at de medarbejdere, som udfører opgaven på dansk grund, skal omfattes af en særlig beskyttelse osv.

Omvendt kan der ikke stilles krav til virksomheders generelle politik (som ikke vedrører kontraktens genstand), så længe virksomheden efterlever reglerne og i øvrigt ikke er omfattet af de nævnte udelukkelsesgrunde.