

## Nyt udbudsdirektiv – væsentlige ændringer efter triolog forhandlingerne

*Af Carina Risvig Hamer, Ph.d., adjunkt, juridisk Institut, Syddansk Universitet*

### 1. Indledning

I december 2011 offentliggjorde EU-Kommissionen tre direktivforslag til ændring af udbudsdirektivet, forsyningsvirksomhedsdirektivet samt et helt nyt direktiv om koncessioner.<sup>1</sup> Det er overordnet Kommissionens mål med udbudsdirektiverne at sikre en mere effektiv udnyttelse af de offentlige midler ved at forenkle udbudsreglerne og gøre reglerne mere fleksible samt give ordregivere bedre mulighed for at anvende offentlige indkøb til støtte for samfundsmæssige mål.<sup>2</sup>

Kommissionens forslag har været behandlet i Rådet og Parlamentet. I Rådet blev forslaget behandlet i rådsarbejdsgruppen om offentlige indkøb, og et forslag til ændringer blev offentliggjort i december 2012.<sup>3</sup> I Parlamentet har udvalget om ”Indre Marked og Forbrugerbeskyttelse” (IMCO) behandlet Kommissionens forslag. Parlamentets ændringsforslag blev offentliggjort primo januar 2013.<sup>4</sup>

I foråret 2013 har Kommissionen, Parlamentet og Rådet haft såkaldte triolog forhandlinger. Disse forhandlinger er ført til en foreløbig politisk enighed i slutningen af juni 2013.<sup>5</sup> Den formelle vedtagelse i Rådet og Parlamentet forventes at finde sted i efteråret 2013, med en implementeringsfrist på 24 måneder efter ikrafttrædelsen af direktivet (dvs. på tyvendedagen efter offentliggørelse af direktivet i EU-tidende, jf. triolog forslaget artikel 95). Denne artikel indeholder en gennemgang af en række væsentlige ændringer af udbudsdirektivet som ændringerne ser ud efter triolog forslaget, og som forventes formelt vedtaget snarest.

I det første halvår af 2012 havde Danmark som bekendt formandsskabet for Rådet. Danmark valgte at prioritere forhandlingen af udbudsdirektivet, og for at fremme forhandlingerne blev direktivet inddelt i 10 tematiske emner. Denne artikel tager udgangspunkt i de 10 emner,<sup>6</sup> som udgør følgende:

#### Emne 1: Fleksible procedurer

<sup>1</sup> Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, KOM(2011) 896 endelig, herefter refereret til som ”Kommissionens forslag”. Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester,

<sup>2</sup> Sådanne samfundsmæssige mål kan være miljøbeskyttelse, bedre ressource- og energieffektivitet, bekæmpelse af klimaændringer, fremme af innovation, beskæftigelse og social integration samt sikring af de bedst mulige betingelser for tilvejebringelse af sociale tjenester af høj kvalitet, se Kommissionens forslag s. 2.

<sup>3</sup> Rådets forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om offentlige indkøb, den 30. november 2012, dokument nr. 16725/1/12, herefter refereret til som ”Rådets forslag”.

<sup>4</sup> Betænkningen blev offentliggjort den 11. januar 2013, og kan findes på Parlamentets hjemmeside via <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0007+0+DOC+XML+V0//DA>, herefter refereret til som ”Parlamentets forslag”.

<sup>5</sup> ”Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement”, dokument nr. 11745/13 fra 12. Juli 2013, herefter refereret til som ”triolog forslaget”. Hvor direktivets artikler i denne artikel er citeret på dansk er det fordi der ikke er sket ændringer ift. Rådets forslag fra 30. november 2012, der foreligger på dansk.

<sup>6</sup> Til hvert af de 10 emner har Kommissionen udarbejdet en form for ”explanatory notes”, der kan være nyttige bidrag til fortolkningen af de ændrede bestemmelser set i forhold til det gældende udbudsdirektiv. Kommissionens ”explanatory notes” kan findes på Rådets hjemmeside, og findes endvidere i en mere systematisk orden på [www.udbudslov.dk](http://www.udbudslov.dk), hvor også Parlamentets betænkninger og øvrige dokumenter af relevans for forhandlingerne af udbudsdirektiverne kan findes.

- Emne 2: Strategisk brug af udbud
- Emne 3: Reducering af dokumentationskrav
- Emne 4: E-Udbud
- Emne 5: SMV'er
- Emne 6: Sammenlægning af behov
- Emne 7: Andre procedure krav
- Emne 8: Sunde procedurer
- Emne 9: Forvaltning (Governance)
- Emne 10: Omfang/generelle bestemmelser

### 1. Emne 1: Fleksible procedurer

Emnet ”fleksible procedurer” omhandler først og fremmest udbudsprocedurerne, herunder betingelserne for, hvornår de enkelte udbudsprocedurer kan anvendes. Udover en udvidet adgang til at anvende procedurerne udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog (for uddybning se afsnit 1.1), indføres der bl.a. en ny procedure kaldet ”innovationspartnerskab”, der gør det muligt for offentlige ordregivere at indgå i tæt samarbejde med en leverandør om nyudvikling og innovation i forbindelse med en anskaffelse. Derudover reduceres minimumstidsfristerne både for offentlig og begrænset udbud<sup>7</sup> – under visse betingelser kan fristen reduceret helt ned til 15 dage.<sup>8</sup> Da der er tale om minimumsfrister, kan medlemsstaterne derfor vælge at indføre længere frister evt. blot for visse typer af anskaffelser som komplicerede bygge- og anlægsopgaver. Triolog forslagens artikel 45 angiver endvidere, at når ordregivere fastlægger tidsfrister skal de tage kompleksiteten af kontrakten i betragtning (proportionalitet), samt at når der stilles krav om besigtigelse skal ordregiveren sikre, at der er tilstrækkelig tid så alle tilbudsgivere kan få mulighed for at indlevere tilbud. Endeligt skal ordregiveren udvide tidsfristerne når tilbudsgivere har anmodet om yderligere informationer, eller hvor ordregiveren har foretaget ændringer i udbudsdokumenterne. Emnet om fleksible procedurer indeholder også en særlig mulighed for medlemsstaterne til at indføre lempeligere krav til den type ordregivere der ikke er statslige (for uddybning se afsnit 1.2).

#### 1.1. Udvidelse af adgangen til forhandling

Kommissionens forslag lagde op til at udvide adgangen til at anvende de to procedurer ”konkurrencepræget dialog” og ”forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse”. I Rådets forslag blev adgangen til at anvende de to procedurer udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog udvidet betydeligt, og den udvidede adgang er bevaret uændret i triolog forslaget. Rådets forslag lagde dog op til, at det var op til den enkelte medlemsstat at indføre øget mulighed for forhandling. Med triolog forslaget er dette ændret således, at medlemsstaterne *skal* indføre mulighed for at ordregivere kan anvende de to forhandlingsprocedurer ved visse former for indkøb.

---

<sup>7</sup> Offentligt udbud er reguleret i artikel 25, hvor tidsfristen for modtagelse af tilbud er sat til minimum 35 dage. Begrænset udbud er reguleret i artikel 26, hvor tidsfristen for anmodning om deltagelse som udgangspunkt er 30 dage regnet fra offentliggørelse af enten en udbudsbekendtgørelse eller en forhåndsmeddelelse. Modtagelse af tilbud kan tidligst ske efter 30 dage fra tidspunktet, hvor tilbudsinvitationen er sendt. Tidsfristerne kan generelt reduceres med 5 dage, hvor ordregiveren giver adgang til at tilbud kan fremsendes elektronisk.

<sup>8</sup> Dette drejer sig fx om tilfælde hvor ordregiveren har offentliggjort en vejledende forhåndsmeddelelse med en række informationer (forudsat forhåndsmeddelelsen har været indsendt til TED mindst 35 dage før og seneste 12 måneder før selve udbuddet). Derudover, er det muligt at reducere tidsfrister til 15 dage (10 dage ved elektronisk offentliggørelse) hvis et af den ordregivende myndighed behørigt godtgjort akut behov gør det umuligt at overholde de frister der er fastsat i direktivet, jf. triolog forslaget artikel 26, stk. 6.

Triolog forslaget artikel 24, stk. 1 c, angiver at de to procedurer udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog kan anvendes når

- ”i) den ordregivende myndigheds behov ikke kan imødekommes uden tilpasning af let tilgængelige løsninger,*
- ii) de omfatter design eller innovative løsninger,*
- iii) hvis kontrakten på grund af særlige omstændigheder med hensyn til dens art, kompleksitet eller de retlige og finansielle forhold eller risici i forbindelse hermed ikke kan tildeles uden forudgående forhandling eller*
- iv) hvis de tekniske specifikationer ikke kan fastlægges tilstrækkeligt præcist af den ordregivende myndighed med henvisning til en standardiseret europæisk teknisk vurdering, fælles teknisk specifikation eller teknisk reference, jf. punkt 2-5 i bilag VIII.”*

Betragtning 15a indeholder fortolkningsbidrag til hvornår den ordregivende myndigheds behov ikke kan imødekommes uden tilpasning af let tilgængelige løsninger, jf. artikel 24, stk. 1c, litra i). Det fremgår heraf at *”Sådanne tilpasnings- eller designkrav er særlig gavnlige i forbindelse med komplekse indkøb såsom avancerede produkter, intellektuelle tjenesteydelser eller større it-projekter (informations og kommunikations teknologiske projekter, red.)”* Det forhold, at betragtningen refererer til *”særlig gavnlige”* indebærer efter min opfattelse ikke, at der skal fortolkes modsætningsvis således, at det kun er i disse situationer, at forhandling kan anvendes. Mindre tilpasninger ordregivere har behov for kan ligeledes berette, at forhandlingsprocedurerne lovligt kan anvendes. Referencen til *”særlig gavnlige”* i præambelen bør derfor mere ses som en præcisering af, hvornår det kan være særlig nyttigt at anvende forhandling. Er der derimod tale om helt standardtjenesteydelser eller varer, hvor der ikke kræves tilpasning til ordregiverens behov, vil det jf. ordlyden af artikel 24, stk. 1, ikke være muligt at anvende procedurerne med forhandling. Dette indikeres ligeledes i betragtning 15a, der angiver at *”I forbindelse med standardtjenesteydelser eller -varer, der kan leveres af mange forskellige aktører på markedet, bør udbud med forhandling og konkurrencepræget dialog ikke anvendes.”*

Forhandling vil naturligvis ikke altid være gavnlige for konkurrencen om opgaven.<sup>9</sup> Endvidere kan forhandling være en bekostelig affære ikke mindst for virksomhederne - og særligt for særligt små og mellemstore virksomheder. Sådanne omkostninger kan være medvirkende til at de vælger ikke at byde på opgaven. Ordregivere bør derfor altid overveje om forhandling er den bedste løsning.

Når ordregivere vælger at anvende udbud med forhandling skal principperne om ligebehandling og gennemsigtighed overholdes. Dette indebærer bl.a., at ordregiverne ikke må give nogle tilbudsgivere oplysninger som andre tilbudsgivere ikke modtager. Derudover indebærer principperne, at selve forhandlingen skal ske på ens vilkår. For at sikre, at ordregiveren ikke fastlægger sine tildelingskriterier så de passer til en bestemt tilbudsgiver undervejs, skal ordregiverne angive disse på forhånd og deres vægtning forblive stabile gennem hele proceduren og ikke være genstand for forhandlinger. Derudover, skal ordregiverne angive de minimumskrav, der karakteriserer udbuddets art, og som ligeledes ikke kan ændres under forhandlingerne jf. artikel 27, stk. 3. Det forhold at der bliver større mulighed for at forhandle indebærer således ikke, at det er

---

<sup>9</sup> Se yderligere om forhandling og konkurrence Graells, Albert Sánchez *”Public Procurement and the EU Competition Rules”* [2011] Hart, p. 340.

alle dele af ordregiverens udbud der er op til forhandling, ordregiveren er fortsat underlagt en række begrænsninger og principper.<sup>10</sup>

### 1.2. Ikke-statslige myndigheder

Når der er tale om ordregivere, der ikke er statslige,<sup>11</sup> kan medlemsstaterne vælge at indføre mulighed for, at disse ordregivere, når en kontrakt tildeles gennem begrænset udbud, i stedet for en udbudsbekendtgørelse kan anvende en forhåndsmeddelelse.<sup>12</sup> Forhåndsmeddelelser kan i dag alene bruges som vejledende med det formål at skabe gennemsigtighed om ordregiveres indkøb så tidligt i forløbet som muligt, og som en måde at reducere tidsfristerne. Endvidere kan ordregivere også vælge at offentliggøre forhåndsmeddelelser som en del af deres køberprofil. Disse muligheder bevares uændret, men med ændringen kan en forhåndsmeddelelse også anvendes som udbudsbekendtgørelse for de ikke-statslige myndigheder.

Rådet havde lagt op til, at medlemsstaterne kunne vælge at implementere muligheden for ikke-statslige myndigheder for enkelte kategorier fx alene for visse mindre kommuner. Denne del udgik af triolog forslaget, hvilket indebærer, at medlemsstaterne enten kan indføre lempeligere krav for samtlige ikke-statslige myndigheder eller vælge ikke at indføre lempeligere krav overhovedet.

For de ikke-statslige myndigheder er det desuden muligt i et begrænset udbud at aftale tidsfrister for tilbud mellem de udvalgte virksomheder og ordregiveren jf. triolog forslaget artikel 26, stk. 4. Hvis denne mulighed anvendes skal ordregiveren give alle udvalgte ansøgere samme tid til at udarbejde og indsende tilbud. Hvis der ikke foreligger nogen aftale om fristen for modtagelse af tilbud, skal fristen være mindst 10 dage fra datoen for afsendelsen af opfordringen til at afgive tilbud. Denne mulighed kan medlemsstaterne fortsat vælge at implementere for enkelte kategorier af ikke-statslige ordregivere om end det næppe vil være hensigtsmæssigt med for mange forskellige regler/muligheder for forskellige typer af ordregivere.

## 2. Emne 2: Strategisk brug af offentlige indkøb

Dette emne omhandler strategisk brug af offentlige indkøb. De væsentligste ændringer vedrører indførelse af mulighed for at anvende livscyklusomkostninger, brug af miljø-, sociale og andre mærker, mulighed for at lægge vægt på tilbudsgiveres erfaring ved tildeling af kontrakten samt ophævelse af sondringen mellem A og B-ydelser og indførelse af et "light regime" for sociale og visse andre tjenesteydelser.

### 2.1. Tildelingskriterier

Efter det gældende udbudsdirektiv artikel 53, stk. 1, kan ordregivere tildele en kontrakt til den tilbudsgiver, der har afgivet enten det økonomisk mest fordelagtige tilbud eller den laveste pris.

---

<sup>10</sup> For yderligere om forhandling og Kommissions forslag se Treumer, Steen "Chapter 5. Flexible procedures or ban on negotiations? Will more negotiation limit the access to the procurement market?" i Ølykke, Grith, Hansen, Carina Risvig and Tvarnø, Christina D. "EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation", DJØF 2012.

<sup>11</sup> I triolog forslaget angives, at ikke-statslige myndigheder vedrører "alle ordregivende myndigheder, som ikke er statslige myndigheder. Dette omfatter "regionale myndigheder" og "lokale myndigheder". De regionale myndigheder er opført, men ikke udtømmende, i NUTS 1 og 2, som omhandlet i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1059/2003, EUT L 154 af 21.6.2003, s. 1, mens "lokale myndigheder" omfatter alle myndigheder i de administrative enheder, der falder ind under NUTS 3, samt mindre administrative enheder som omhandlet i forordning (EF) nr. 1059/2003. I den danske udgave af Kommissionens forslag omhandler denne type ordregiver "decentrale" ordregiver. Denne oversættelse vil være misvisende da også statslige myndigheder kan være decentrale.

<sup>12</sup> Forhåndsmeddelelsen skal opfylde en række betingelser se artikel 46, stk. 2 samt Annex IX og Annex VI del A.

Triolog forslaget indebærer en del ændringer, der relaterer sig til tildelingskriterierne. Visse af ændringerne har dog mere karakter af formuleringsændringer end egentlige materielle ændringer.

Først og fremmest skal tildeling af en kontrakt ske ved at anvende tildelingskriteriet ”*det økonomisk mest fordelagtige tilbud*”, jf. triolog forslaget artikel 66, stk.1. Det angives herefter i stk. 2, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud skal identificeres på baggrund af ”*the price or cost, using a cost-effectiveness approach, such as life-cycle costing in accordance with Article 67 and may include the best price-quality ratio*”. Dette indebærer, at selve ”det økonomisk mest fordelagtige tilbud” kan udgøre enten kriteriet laveste pris, kriteriet laveste omkostninger eller et nyt kriterium kaldet ”*best price-quality ratio*” (der måske bedst kan oversættes til det bedste bud set i forhold til prisen og kvaliteten). Om ændringen af terminologien af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, at det økonomisk mest fordelagtige tilbud vil være det overordnede koncept fordi den vindende tilbudsgiver i sidste ende vil skulle udvælges ud fra hvad ”*...the individual contracting authority considers to be the economically best solution among those offered. To avoid confusion with the award criterion that is currently known as the "most economically advantageous tender" in Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC, a different terminology should be used to cover that concept, the "best price-quality ratio"; consequently, it should be interpreted in accordance with the relative jurisprudence under those Directives, except where there is a clearly materially different solution in this Directive*”.<sup>13</sup> Kriteriet ”*best price-quality ratio*” kan derfor også ses som det vi i dag kalder det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Når ”*best price-quality ratio*” anvendes kan der indgå en række underkriterier. Disse underkriterier skal være knyttet til kontraktens genstand, og kan, jf. triolog forslaget artikel 66, stk. 2, der ikke er udtømmende, fx være ”*qualitative, environmental and/or social aspects (...) quality, including technical merit, aesthetic and functional characteristics, accessibility, design for all users, social, environmental and innovative characteristics, trading and its conditions of commercialization*”.

Parlamentet havde foreslået, at det alene skulle være muligt at anvende ”det økonomiske mest fordelagtige tilbud”,<sup>14</sup> men triolog forslaget indeholder altså fortsat mulighed for at anvende kriteriet laveste pris/laveste omkostninger, og alene terminologien omkring det ”økonomisk mest fordelagtige tilbud” er ændret. Ændringerne i terminologien er svært at se som andet end et politisk kompromis og den egentlige merværdi er svært at spotte.

Medlemsstaterne kan fastlægge, at alle kontrakter, eller visse kategorier af kontrakter, alene kan tildeles ved at anvende ”*best price-quality ratio*”. Endeligt er det muligt for ordregivere at have en fast pris og lade tilbudsgiverne konkurrere på kvalitetskriterier alene (omvendt licitation).

Tildelingskriterier skal som nævnt fortsat være knyttet til kontraktens genstand. Af triolog forslagets artikel 66, stk. 3 fremgår, at tildelingskriterier er knyttet til kontraktens genstand hvor ”*they relate to the works, supplies or services to be provided under that contract in any respect and at any stage of their life cycle, including factors involved: (a) in the specific process of production, provision or trading of those works, supplies or services, or (b) in a specific process for another stage of their life cycle, even where such factors do not form part of their material substance*.” I dag vil ordregivere formentlig ikke have stor mulighed for at kunne lægge vægt på et givent produkts produktionsmetode. Referencen i artikel 66, stk. 3, litra a) til at ordregivere kan lægge vægt på den specifikke proces med fremstilling af en given vare indebærer en udvidelse af hvad der skal forstås

<sup>13</sup> Triolog forslagets betragtning 36aa).

<sup>14</sup> Parlamentet havde ligeledes foreslået en række øvrige ting vedr. tildelingskriterier, herunder fx muligheden for at anvende omkostningseffektivitet ved lokale indkøb som tildelingskriterium.

som knyttet til kontraktens genstand. Med ændringen vil der formentlig være flere ting, der kan anses for at være knyttet til kontraktens genstand end i dag. Kommissionen angiver i deres Explanatory note til bestemmelsen, at det forhold, at der kan lægges vægt på produktionsmetode er en af ”*the major innovations of the proposal*”. Produktionsmetoden kan ifølge Kommissionen anses for at være knyttet til kontraktens genstand fx når et produkt er produceret ved en energieffektiv maskine eller uden anvendelse af giftige kemikalier. Det kan også være situationer hvor produktet er produceret af personer med handicap. Derimod vil der ikke være tale om knyttet til kontraktens genstand hvor betingelser og kriterier vedrører produktionsvirksomhed eller en fabrik i almindelighed som fx ligestilling i ledelse, krav om, at en vis procentdel af de ansatte er dårligt stillede personer. Endvidere vil betingelser eller kriterier, der er fjernt forbundet med produktionsprocessen ikke kunne anses for knyttet til kontraktens genstand. Det kan fx være krav om, at en procentdel af den betalte pris for den købte vare er investeret i sociale projekter i regionen som fx at der bygges en skole for arbejderes børn på en kaffeplantage.<sup>15</sup>

Ordregivere bør desuden være opmærksomme på, at hvis man produktionsmetoden for en anskaffelse skal tillægges vægt bør ordregiveren sikre, at der modtages dokumentation for, at virksomheden rent faktisk lever op til den pågældende produktionsmåde. Kravene til ligebehandling og gennemsigtighed af de bydende indebærer, at ordregiveren faktisk er i stand til på grundlag af de oplysninger og beviser, der er fremlagt af de bydende, at vurdere, om deres bud opfylder kriterierne for tildeling.<sup>16</sup>

### 2.1.1 Brug af erfaring som tildelingskriterium

Som noget nyt er der indskrevet i direktivet, at tilbudsgivernes erfaringer kan anvendes ved vurderingen af det bedste tilbud. Bestemmelsen udspringer af, at EU-domstolen har afsagt en række domme, hvor tilbudsgivernes erfaring ikke kunne tages i betragtning ved tildeling af kontrakten.<sup>17</sup> Medlemsstaternes praksis har modsat vist, at tilbudsgiverens medarbejders erfaring kan tages i betragtning ved tildelingen af en kontrakt, således at selve virksomhedens egnethed hører til

---

<sup>15</sup> Kommissionens Explanatory Note om Cluster 2: Strategic use of public procurement dokument nr. 5369/12. Kan også findes på <http://www.udbudslov.dk/#!dansk-formandsskab/cihc>. Se desuden Sag C-368/10, Kommissionen mod Holland, afsagt 10 maj 2012, hvor EU-domstolen fandt at miljø og fairtrade kan anvendes som tildelingskriterier forudsat at de er knyttet til kontraktens genstand, og er ikke diskriminerende. Domstolen anerkender ved sin argumentation i præmisserne 89-92, at mærkerne EKO og M. Havelaar var knyttet til kontraktens genstand (køb af kaffe), EKO fordi dette vedrørte krav til en produktionsmetode der tilgodeser beskyttelsen af miljøet, navnlig fordi den indebærer væsentlige begrænsninger med hensyn til anvendelsen af gødningsstoffer og pesticider og M. Havelaar fordi dette tilsigter at tilgodese små producenter i udviklingslandene ved med disse at opretholde handelsrelationer, som tager hensyn til disse producenters reelle behov og ikke blot til markedskræfterne.

<sup>16</sup> Se i den forbindelse C-448/01, EVN Wienstrom, [2003] Sml. I-14527, pr. 45 ff.

<sup>17</sup> Se Sag C-532/06, Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etairia Meleton kai Epivlepseon and Nikolaos Vlachopoulos mod Dimos Alexandroupolis and Others, [2008] Sml. I-251. Se også Sag C-199/07, Kommissionen mod Grækenland [2009] Sml. I-1669, Sag T-39/08, Evropaiki Dynamiki mod Kommissionen, [2011] 8. december 2011. Senest har Retten dog accepteret, at tilbudsgiveres erfaring i visse tilfælde kan anvendes også ved tildeling, se T-447/10, Evropaiki Dynamiki mod Domstolen, hvor Retten udtalte (pr. 42) at “*In a case where both a framework contract relates to services of a highly technical nature and the precise subject-matter of the services to be provided must be determined progressively as performance of that contract proceeds, the technical skills and professional experience of the members of the team proposed are liable to have an impact upon the quality of the services rendered under the contract.*”

udvælgelsesfasen, men Cv'er for de konkrete medarbejdere, der skal udføre opgaven kan indgå i tilbudsevalueringen.<sup>18</sup>

Således kan tilbudsgivernes erfaring, jf. triolog forslaget artikel 66, stk. 2 anvendes som tildelingskriterium. Det fremgår heraf at dette kan ske hvor ”*organisation, qualification and experience of staff assigned to performing the contract, where the quality of the staff employed can significantly impact the level of performance of the contract.*” De typiske situationer, hvor det ansatte personales kvalifikationer kan påvirke niveauet af kontraktens opfyldelse betydeligt vil være videns tjenesteydelser mv.

Det fremgår desuden af triolog forslagens betragtning 38a, at hvis ordregivere anvender denne mulighed bør ordregiverne ”...*gennem passende aftaleretlige foranstaltninger sikre, at det personale, der er udpeget til at gennemføre kontrakten, effektivt opfylder de angivne kvalitetsstandarder, og at dette personale kun kan erstattes med samtykke fra den ordregivende myndighed, som kontrollerer, at erstatningspersonalet har et tilsvarende kvalitetsniveau.*” Det er altså op til ordregiverne at sikre, hvad der skal ske i de tilfælde, hvor det er nødvendigt at udskifte en medarbejder hos en leverandør. Direktivet stiller dermed ikke konkrete krav til, hvordan en ordregiver skal tackle en sådan situation, hvor fx leverandørens personale får nyt job. Direktivet angiver derimod, at det er op til ordregiveren (forinden indgåelse af kontrakt) at have taget stilling til, hvordan situationen skal løses. Med andre ord vil en sådan situation skulle løses aftaleretligt/kontraktretligt. Et spørgsmål, der ikke er taget stilling til i direktivet er den situation hvor kontrakten ikke regulerer udskiftning af personale. Det kan derfor ikke udelukkes, at udskiftning af personale i visse situationer kan anses for en væsentlig ændring af kontrakten, der dermed udløser en fornyet udbudspligt.

## 2.2. Livscyklusomkostninger

Med ændringen bliver det muligt for ordregivere at inddrage livscyklusomkostninger i deres evaluering af tilbud. Begrebet livscyklusomkostninger omfatter alle omkostninger i løbet af livscyklussen for bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser. Livscyklusomkostninger kan fx være omkostninger i forbindelse med udvikling, fremstilling, anvendelse, vedligeholdelse samt bortskaffelse, men det kan også omfatte omkostninger, der henføres til miljøeksternaliteter såsom forurening, der skyldes ekstraktion af råmaterialer anvendt i produktet, eller er forårsaget af selve varen eller fremstillingen heraf, for så vidt de kan værdisættes og overvåges.<sup>19</sup>

Ordregivere skal i udbudsdokumenterne angive, hvilke data tilbudsgiverne skal indsende og hvilken metode ordregiveren vil anvende til beregningen af livscyklusomkostninger. Metoden skal leve op til en række krav angivet i direktivet, og der skal generelt være tale om en generel fastlagt metode fx på nationalt, regionalt eller lokalt plan, og ikke en metode der alene kan anvendes i det konkrete udbud. EU kan lave livscyklusomkostningsbetragtninger obligatoriske på visse områder, og har allerede i dag fastsat obligatoriske krav i forbindelse med udbud med henblik på at nå specifikke mål på områderne for køretøjer til vejtransport og for kontorudstyr.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Både Klagenævnet og en række udenlandske domstole har i en række sager således accepteret at erfaring kan anvendes som tildelingskriterium. Se fx den særlige udgave af Public Procurement Law Review [2009] nr. 3, s. 103-164, redigeret af Steen Treumer.

<sup>19</sup> Se betragtning 40.

<sup>20</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/33/EF af 23. april 2009 om fremme af renere og mere energieffektive køretøjer til vejtransport, EUT L 120 af 15.5.2009, s. 5 samt Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 106/2008 af 15. januar 2008 om et fællesskabsprogram for energieffektivitetsmærkning af kontorudstyr, EUT L 39 af 13.2.2008, s. 1.

#### 2.4. Mærker

Ordregivere vil ofte have et ønske om at inddrage miljø eller sociale hensyn ved indgåelse af en kontrakt. Udbudsreglerne forhindrer ikke at sådanne sekundære hensyn kan inddrages. Ordregivere kan dog i dag ikke stille det som betingelse, at en vare eller ydelse er mærket med et bestemt miljømærke – eksempelvis miljømærket ”Blomsten”. Det er derimod lovligt for ordregivere at opstille krav om, at en anskaffelse skal leve op til de specifikationer som ligger bag det pågældende miljømærke. Miljøhensyn kan således integreres i et udbud ved at udfærdige de tekniske specifikationer i overensstemmelse med kriterierne for det ønskede miljømærke og anføre at produkter, der er tildelt dette miljømærke, anses for at opfylde de tekniske specifikationer.<sup>21</sup> Anden form for dokumentation end certificering af et miljømærke skal dog altid accepteres.

Ændringen indebærer, at ordregivere fremadrettet får mulighed for at kræve at den ønskede anskaffelse er forsynet med et særligt mærke, jf. triolog forslaget artikel 41. Mærket bruges i den forbindelse som bevis for, at anskaffelsen lever op til de af ordregiveren krævede tekniske specifikationer, tildelingskriterium eller som dokumentation for karakteristika ved udførelsen af kontrakten. Der er dog knyttet visse betingelser til hvornår ordregivere kan referere til mærket uden at angive de bagvedliggende specifikationer. Sådanne krav angår bl.a. at kravene til mærket kun må vedrøre kriterier, som er knyttet til kontraktens genstand, og at disse kriterier desuden er passende til at definere anskaffelsens egenskaber. Det angives samtidig, at ordregivende myndigheder skal acceptere alle tilsvarende mærker, eller bevis for at mærkets krav er opfyldt. Derudover skal mærkets krav være sat af en tredjepart som den økonomiske operator ikke har en afgørende indflydelse over. Hvis et mærke indeholder krav, der ikke er knyttet til kontraktens genstand, kan ordregivere ikke referere til mærket som sådan. Derimod skal ordregiveren definere de tekniske specifikationer med henvisning til de detaljerede specifikationer for dette mærke, eller hvor det er relevant dele heraf. Disse specifikationer skal være knyttet til kontraktens genstand og være egnede til at definere egenskaberne ved genstanden (artikel 41, stk. 2).

#### 2.5. Reserverede kontrakter (artikel 17)

Medlemsstater må som i dag reservere kontrakter til beskyttede værksteder og økonomiske aktører når disse har mindst 30 % ansatte som er handicappede eller lignende. I det gældende direktiv artikel 19 findes samme mulighed med den forskel, at i dag skal **flertallet** af de berørte arbejdstagere være handicappede, som på grund af arten eller omfanget af deres handicap ikke kan udøve erhvervs-mæssig beskæftigelse på normale vilkår. Der er altså tale om større mulighed for at reservere kontrakter til beskyttede værksteder og økonomiske aktører, der beskæftiger handicappede ved at mindske procentsatsen.

#### 2.6. Ophævelse af A-B sondringen – indførelse af nyt ”light regime”

Den traditionelle sondring mellem A- og B-tjenesteydelser ophæves. De ydelser vi i dag kender som B-tjenesteydelser vil med ændringen blive omfattet af samme regler som A-tjenesteydelser. En undtagelse til at følge direktivets fulde procedure regler findes dog for visse tjenesteydelser på det sociale område herunder sundheds- og uddannelsesområdet samt - efter forhandlingerne i Rådet og Parlamentet også hotel- og restaurationsydelser, redningstjenester samt visse juridiske tjenesteydelser. De ovennævnte ydelser underlægges alene en særlig ordning med overordnede krav om ligebehandling og gennemsigtighed, en form for ”light regime”. Modsat vil ydelser som visse

<sup>21</sup> Se også Sag C-368/10, Kommissionen mod Holland, hvor EU-domstolen fandt at hvis et miljømærke (her EKO) fastlægger egenskaber ved produktet kan man henvise til det, hvis også man beskriver de bagvedliggende krav til produktet, jf. udbudsdirektivets artikel 23, stk. 6.



transport ydelser, personaleudvælgelse og – rekruttering samt opsamlingskategorien “andre tjenesteydelser” være fuldt ud omfattet af direktivet. Omkring kategorien ”andre tjenesteydelser” er det værd at bemærke, at en rapport fra Kommissionen (udarbejdet af Rambøll) viste at 38 procent af alle B-ydelseskontrakter indgået mellem 2007 og 2009 var blevet kategoriseret som “andre tjenesteydelser – kategori 27” af ordregiveren. Af disse bekendtgørelser viste et manuel tjek at 25 procent af disse ydelser rent faktisk var A-ydelser, 9 procent var bygge-og anlægsopgaver eller varer og 8 procent var en anden B-ydelse.<sup>22</sup> Med ændringen af udbudsdirektivet vil disse ydelser blive fuldt omfattet af direktivet, hvormed undgås en betydelig mængde fejlkategoriseringer og flere kontrakter vil blive sendt i EU-udbud.

B-tjenesteydelserne er i dag underlagt lempeligere procedurekrav end A-tjenesteydelserne.<sup>23</sup> At B-tjenesteydelserne ikke er underlagt udbudsdirektivet detaljerede procedureregler skyldes, at det har været antaget, at B-tjenesteydelser ikke har den samme grænseoverskridende interesse som A-tjenesteydelser. EU-domstolen har dog i flere sager udtalt at ordregivere ved indgåelsen af visse offentlige kontrakter, som ellers er helt eller delvist undtaget fra udbudsdirektiverne, skal overholde Traktatens principper om ligebehandling og gennemsigtighed forud for tildelingen af kontrakten når kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse. Dette indebærer bl.a. at kontrakten skal have været udsat for ”en passende grad af offentlighed”.<sup>24</sup> Hvorvidt gennemsigtighedsprincippet indebærer, at ordregiver i henhold til EU-retten er forpligtiget til at annoncere sin kontrakt på forhånd, har været omdiskuteret.<sup>25</sup> Fra dansk side har man tilkendegivet i lovbemærkningerne til den seneste ændring af tilbudsloven, at der ikke altid vil være krav om annoncering, men at sikring af konkurrence om opgaven er det væsentligste. Det fremgår heraf at ordregivere for kontrakter der har en grænseoverskridende interesse skal sikre ”...at kontrakten forud for indgåelse har været udsat for en passende grad af offentlighed. I praksis betyder dette, at ordregiveren skal sikre, at der sker konkurrence omkring bilag II B-tjenesteydelser, der har en klar grænseoverskridende interesse. En sådan konkurrence kan sikres ved at skabe gennemsigtighed om kontrakten, f.eks. ved at foretage en annoncering.”<sup>26</sup>

Tærskelværdien i det nye light regime var i Kommissionens forslag sat til 500.000 euro, men er blevet forhøjet til 750.000 euro. For de ydelser, hvis værdi ligger under tærskelværdien vil der fortsat skulle foretages en konkret vurdering af, hvorvidt kontrakten har en klar grænseoverskridende interesse. Det fremgår dog af direktivets betragtninger omkring de forskellige ydelser, at der er en formodning for, at under tærskelværdien vil sådanne ydelser ikke være af interesse for aktører i andre medlemsstater.<sup>27</sup> Omvendt udelukker direktivet dog ikke, at der kan

<sup>22</sup> Se rapporten udarbejdet af Rambøll ‘*Final Report Cross-border Procurement above EU Thresholds*’, s. 61.

<sup>23</sup> Udbudsdirektivet regulerer alene B-tjenesteydelser ved at stille krav til angivelse af de tekniske specifikationer (udbudsdirektivets artikel 23) samt krav til at der skal foretages en efterfølgende offentliggørelse af en bekendtgørelse i TED om, at der er indgået kontrakt (udbudsdirektivets artikel 35, stk. 4).

<sup>24</sup> Se fx Sag C-324/98, Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG, [2000], Sml. I-10745, Sag C-231/03, Consorzio Aziende Metano mod Comune di Cingia de' Botti, [2005] Sml. I-7287, Sag C-458/03, Parking Brixen GmbH mod Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG, [2005], Sml. I-8585, Sag C-260/04, Kommissionen mod Italien [2007], Sml. I-7083.

<sup>25</sup> En sådan diskussion vil ikke blive foretaget her, for uddybning se Hansen, Carina Risvig ”*Contracts not covered, or not fully covered, by the Public Sector Directive*”, DJØF 2012, kapitel 7.

<sup>26</sup> Se Lovforslag L 28 ”*Forslag til Lov om ændring af lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om kommuners udførelse af opgaver for andre offentlige myndigheder og kommuners og regioners deltagelse i selskaber*”, Folketingstidende A, 2012-13.

<sup>27</sup> Se fx betragtning 11, om personlige tjenesteydelser ”*with values below this threshold will typically not be of interest to providers from other Member States, unless there are concrete indications to the contrary, such as Union financing for transborder projects.*” Om hotel og restaurationsydelser betragtning 11 a fremgår at disse ydelser er ”*typically*

være tale om en grænseoverskridende interesse og derfor vil der fortsat skulle foretages en individuel vurdering af den konkrete kontrakt. Dette vil i øvrigt også være tilfældet for øvrige kontrakter, hvis værdi ligger under tærskelværdien.

Light regimet indebærer en offentliggørelse af enten en form for ”light udbudsbekendtgørelse” eller en ”light forhåndsmeddelelse”. Begge typer bekendtgørelser indeholder få krav om oplysninger om kontraktens genstand og hvordan potentielle tilbudsgivere kan komme i betragtning til kontrakten. Det er hensigten, at en ”light forhåndsmeddelelse” kan gælde i en årrække, og anvendes i den henseende som en måde at gøre tilbudsgivere opmærksom på potentielle kontrakter. Ordregivere kan desuden vælge at pulje bekendtgørelser om indgåelse af kontrakt kvartalsvis i stedet for at offentliggøre en bekendtgørelse for hver enkelt kontrakt.

Medlemsstaterne er forpligtiget til at indføre regler, der sikrer gennemsigtighed og ligebehandling, men derudover står det medlemsstaterne frit for at fastlægge de nærmere regler dog således at reglerne sikrer, at ordregivere, jf. triolog forslaget artikel 76, stk. 2. ”...*may take into account the need to ensure quality, continuity, accessibility, affordability, availability and comprehensiveness of the services, the specific needs of different categories of users, including disadvantaged and vulnerable groups, the involvement and empowerment of users and innovation.*” Tilbudslovens regler om annonceringspligt antages at leve op til dette krav, og det vil derfor være fornuftigt om light regimet blev indført ved en tilpasning af tilbudsloven.

### 2.7. Reserverede kontrakter for visse tjenesteydelser

Artikel 76a giver mulighed for, at medlemsstater kan reservere bestemte typer af kontrakter bl.a. på uddannelse og sundhedsområdet til en række særlige organisationer, der er baseret på ansattes ejerskab eller aktiv deltagelse.<sup>28</sup> Profit skal geninvesteres i organisationen, og kontraktens længde må højst være 3 år. En organisation kan ikke få tildelt en kontrakt fra ordregiveren, hvis denne har haft en kontrakt de seneste 3 år. Der er tale om en form for afknopning (på engelsk kaldet *mutuals*) som ikke er særlig udbredt i Danmark. UK har i dag flere af sådanne ”*mutuals*”.<sup>29</sup> Som årsag til indførelsen af muligheden angiver direktivet, at dette skyldes ønsket om at sikre kontinuerlighed af offentlige ydelser.<sup>30</sup>

---

*offered only by operators located in the specific place of delivery of these services and have therefore also a limited cross-border dimension.*” Om visse juridiske tjenesteydelser er formodningen, jf. direktivets betragtning 11 b, at sådanne ydelser “...*exclusively concern issues of purely national law and are therefore typically offered only by operators located in the Member State concerned and have consequently also a limited cross-border dimension.*” Af betragtning 11 c er fremhævet at en række andre tjenesteydelser såsom rednings-, brandsluknings- og fængselstjenester normalt kun indebærer en vis grænseoverskridende interesse fra det øjeblik, hvor de når en tilstrækkelig kritisk masse i kraft af deres relativt høje værdi.

<sup>28</sup> Der er tale om følgende tjenesteydelser: Administrative tjenester på uddannelsesområdet, sundhedsområdet, boligområdet. Anvisning af hushjælpspersonale, plejepersonale, hospitalspersonale. Førskoleundervisning, videregående uddannelse, e-læringstjenester, voksenundervisning på universitetsniveau, Personaleuddannelse, Uddannelsesfaciliteter, eneundervisning. En række ydelser inden for social og sundhedsvæsenet (85000000-9 til 85323000-9), herunder også ambulancetjenester. Biblioteker, arkiver, museer og anden kulturel virksomhed, tjenesteydelser vedr. sport, tjenester, som ydes af sociale organisationer og foreninger og tjenester ydet af ungdomsorganisationer. Betragtning 11 c a, angiver at bestemmelsen (76a) ”...*is not intended to cover any of the exclusions otherwise provided for by this Directive. Such procurement procedures shall be subject to the rules on publicity applicable to services in the light regime.*”

<sup>29</sup> Se <http://mutuals.cabinetoffice.gov.uk>.

<sup>30</sup> Se betragtning 11 c a), der angiver ”*In order to ensure continuity of public services this Directive should allow that participation in procurement procedures for certain services in the fields of health, social and cultural services could be reserved for organisations based on employee ownership or active participation in the governance and for existing organisations such as cooperatives to participate in delivering these services to end users.(...).*”

### 3. Emne 3: Reducering af dokumentationskrav

Dette emne indeholder bl.a. krav om obligatorisk modtagelse af egenerklæringer i en ny standardiseret form, mulighed for at bede tilbudsgivere/ansøgere om at supplere, præcisere eller fuldføre tilbud/ansøgninger, samt mulighed for at udelukke økonomiske operatører pga. tidligere mangelfuld udførelse af kontrakt.

#### 3.1. Anmodning om supplerende oplysninger

Det danske formadsskab indsatte en bestemmelse om supplerende oplysninger. Artikel 54, stk.4 indebærer således at ordregiveren kan anmode om supplerende oplysninger, herunder dokumenter fra en tilbudsgiver eller ansøger. Bestemmelsen har følgende ordlyd ”*Where information or documentation to be submitted by economic operators is or appears to be incomplete or erroneous or where specific documents are missing, contracting authorities may, (...) request the economic operators concerned to submit, supplement, clarify or complete the relevant information or documentation (...)*”. Bestemmelsen ligner implementeringsbekendtgørelsens § 12,<sup>31</sup> men går videre på den måde, at det også er muligt at fremsende oplysninger, herunder dokumenter, som tilbudsgiveren helt havde undladt at vedlægge sin ansøgning eller tilbud.

#### 3.2. Udelukkelsesgrunde

Listen over obligatoriske udelukkelsesgrunde er blevet udvidet i artikel 55. Nyt er bl.a. at man skal udelukke virksomheder, der har fået dom for terroraktiviteter samt børnearbejde. Derudover, er der indført krav om, at virksomheder der ikke har betalt skatter m.v. skal udelukkes, hvis ordregiveren er bekendt hermed. Dette er pt. alene en valgmulighed for ordregivere.

Artikel 55, stk. 3, indeholder de valgfrie udelukkelsesgrunde som fx insolvens og kartelvirksomhed. Som valgfri udelukkelsesgrunde kan ordregivere ligeledes (eller medlemsstater kan kræve, at ordregivere skal) fx udelukke økonomiske aktører hvor ordregiveren kan vise, at den økonomiske aktør har overtrådt forpligtigelser, der er refereret til i artikel 15(2). Referencen til artikel 15, stk. 2 indebærer at virksomheder skal overholde ”*applicable obligations in the fields of environmental, social and labour law established by Union law, national law, collective agreements or by the international environmental, social and labour law provisions listed in Annex XI.*” Annex XI indeholder en udtømmende liste over en række international konventioner af social og miljømæssig karakter, herunder visse ILO konventioner. Det er i den forbindelse værd at bemærke at ILO 94 ikke er nævnt i dette Annex. Artikel 15, stk. 2 referer dog også til at en leverandør kan udelukkes hvis denne ikke lever op til nationale arbejdsretlige regler, herunder overenskomster.

Ordregivere kan derudover udelukke økonomiske aktører hvor ordregiveren kan vise at den økonomiske aktør jf. artikel 55, stk. 3, litra (c) ”*hvis den ordregivende myndighed med ethvert middel kan vise, at den økonomiske aktør i forbindelse med udøvelsen af erhvervet har begået en*

---

<sup>31</sup> Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, bekendtgørelse nr. 712 af 15. juni 2011. Af § 12 fremgår at ”*Ordregivere, som har modtaget ansøgninger eller tilbud, som ikke opfylder de formelle krav, der følger af udbudsmaterialet, kan afvise ansøgningerne eller tilbuddene, eller kan under overholdelse af ligebehandlingsprincippet og forhandlingsforbuddet vælge at 1) se bort fra fejlen eller manglen, såfremt ordregiver i forvejen er i besiddelse af de krævede supplerende oplysninger eller dokumentationer, 2) selv indhente de krævede supplerende oplysninger eller dokumentationer, såfremt disse er offentligt tilgængelige, eller 3) anmode de pågældende ansøgere eller tilbudsgivere om inden en fastsat frist at berigtige fejlen eller manglen, jf. dog stk. 3.*” Bestemmelsens stk. 2 indeholder en række eksempler på, hvornår stk. 1 finder anvendelse.

*alvorlig fejl.*” Bestemmelsen findes også i det gældende udbudsdirektiv artikel 45, stk. 2, litra d. Højesteret har for nyligt afsagt en dom om rækkevidden af bestemmelsen. I sagen I/S Vestforbrændingen mod DSV Transport fra 4. juni 2013 var spørgsmålet om ordregiveren var berettiget til at udelukke DSV Transport med henvisning til artikel 45, stk. 2, litra d). DSV havde tidligere ophævet en kontrakt med ordregiveren, hvilket af voldgiftsretten var blevet fastslået var uberettiget. Højesteret fandt (ligesom Klagenævnet for Udbud og Østre Landsret), at ophævelsen af kontrakten ikke udgjorde en alvorlig fejl. Højsteret lagde vægt på, at der forelå en reel tvist om forståelsen af kontrakten, og at DSV fortsatte med at udføre sine transportopgaver efter ophævelsen af kontrakten. Højesteret referede i sagen til EU-domstolen dom *Forposta SA*,<sup>32</sup> hvor Domstolen havde fastslået, at udbudsdirektivets artikel 45, stk. 2, litra d, omfatter enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende virksomheds faglige troværdighed, og at en virksomheds manglende overholdelse af sine kontraktmæssige forpligtelser i princippet kan betragtes som en fejl i forbindelse med udøvelse af erhverv. Begrebet ”alvorlig fejl” henviser i almindelighed til en adfærd hos virksomheden, som må karakteriseres som misligholdelseshensigt eller uagtsomhed af en vis alvor. Afgørelsen af, om der foreligger en alvorlig fejl, beror på en konkret og individuel vurdering. Som eksempler på, hvad der kan karakteriseres som alvorlige fejl fremgår det bl.a. af betragtning 14 e, at hvis ordregiveren i en tidligere kontrakt fx har stillet krav om, at en leverandør skulle leve op til overenskomster (som er i overensstemmelse med EU retten) og leverandører misligholder disse kan udgøre en alvorlig fejl.<sup>33</sup> Også overtrædelse af konkurrenceregler eller immaterialretlige regler kan karakteriseres som alvorlige fejl, jf. betragtning 43 a.

Artikel 55, stk. 1, litra (e) indeholder en ny frivillig udelukkelsesgrund nemlig ”*where the economic operator has shown significant or persistent deficiencies in the performance of a substantive requirement under a prior public contract, a prior contract with a contracting entity or a prior concession contract which led to early termination of that prior contract, damages or other comparable sanctions;*” Denne udelukkelsesgrund kræver, at en tidligere kontrakt har ført til en ophævelse af kontrakten, erstatning eller sammenlignelige sanktioner. Det er altså ikke tilstrækkeligt, at ordregiveren blot har dårlige erfaringer med tilbudsgiveren. Det er meget muligt, at ordregiveren i ovennævnte højesteretssag ville have været berettiget til at udelukke DSV med henvisning til denne bestemmelse. Det er desuden væsentligt at bemærke, at det ikke alene er ordregiverens tidligere kontrakt, men også andre ordregiveres kontrakter, der kan føre til anvendelse af bestemmelsen. Kommissionen havde ellers oprindeligt foreslået, at det alene skulle være ordregiverens egne dårlige erfaringer, der kunne føre til udelukkelse.

### 3.3. Self-cleaning

Artikel 55 om self-cleaning er en ny bestemmelse, der er inspireret af retspraksis og lovgivning fra Tyskland og Østrig. Selfcleaning indebærer at en virksomhed har mulighed for at rette op på sine overtrædelser af den lovgivning, der ellers skal føre til at virksomheden var blevet udelukket. Det er op til ordregiveren at beslutte om de ting virksomheden har gjort for at rette op, er tilstrækkelige. Medlemsstaterne skal fastlægge maksimum periode for udelukkelse hvor self-cleaning ikke har fundet sted. Denne periode må for visse overtrædelser max være 5 år for andre 3 år. Medlemsstaterne kan fastsætte retningslinjer mv. for, hvad der er tilstrækkeligt til self-cleaning.

<sup>32</sup> Sag C-465/11, Forposta SA, afsagt den 13. december 2012 (endnu ikke i Sml.).

<sup>33</sup> Betragtning 14 e, angiver ”*The relevant obligations could be mirrored in contract clauses. It should also be possible to include clauses ensuring compliance with collective agreements in compliance with Union law in public contracts. Non-compliance with the relevant obligations may be considered to be grave misconduct on the part of the economic operator concerned, liable to exclusion of that economic operator from the procedure for the award of a public contract.*”

### 3.4. Udvalgelseskriterier (artikel 56)

Det fremgår af artikel 56, at det er valgfrit for ordregivere, om denne ønsker at anvende udvælgelseskriterier, men hvis udvælgelseskriterier anvendes, er det alene de kriterier der er listet i artikel 56, stk. 2-4, der må anvendes. Alle krav, som ordregiveren stiller, skal være proportionale i forhold til kontraktens genstand.

Økonomiske aktører har som i dag mulighed for at basere sig på andre virksomheder. Artikel 62 svarer i store dele til de nuværende bestemmelser i artikel 47, stk. 2-3 og 48 stk. 3-4. Som noget nyt kan ordregiveren dog kræve, at hvor en virksomhed baserer sig på en anden virksomheds økonomiske formåen, vil virksomhederne hæfte solidarisk. Direktivforslaget indeholder ingen krav til udformningen af en sådan støtteerklæring, men angiver alene, at hvor den økonomiske aktør ønsker at basere sig på virksomheden skal denne *”prove to the contracting authority that it will have at its disposal the resources necessary, for example, by producing a commitment by those entities to that effect.”* Derudover er det muligt for ordregiveren at kræve i kontrakter om bygge- og anlæg eller tjenesteydelseskontrakter, at særlige ”kritiske opgaver” udføres af virksomheden selv.

### 3.5. Standard egen-erklæring (European Single Procurement Document)

Triolog forslaget artikel 57 stiller krav om obligatorisk accept af en form for standard tro- og love erklæring kaldet ”European Single Procurement document”. Dermed er det alene den vindende tilbudsgiver der skal fremsende dokumentation. En standardformular til erklæringen vil blive udarbejdet af Kommissionen (når elektronisk kommunikation bliver obligatorisk, vil erklæringen skulle udarbejdes elektronisk).

The European Single Procurement Document består af en ajourført tro- og love erklæring som indledende dokumentation, der erstatter certifikater udstedt af offentlige myndigheder eller tredjeparter, der bekræfter at den økonomiske aktør ikke befinder sig i en af udelukkelsesgrundene i artikel 55, at den økonomiske aktør lever op til udvælgelseskriterierne i artikel 56, og hvor ordregiveren ønsker at begrænse antallet af ansøgere, jf. artikel 64, skal leverandøren angive at denne lever op til kriterier ordregiveren har stillet for udvælgelsen. Hvor den økonomiske operator vil støtte sig på andre enheder, skal ”the European Single Procurement Document” også indeholde de ovennævnte informationer for disse enheder.

Ansøgere og tilbudsgivere kan genbruge ”the European Single Procurement Document” forudsat, at de erklærer at de fortsat lever op til forholdene i erklæringen. Da ordregivere stiller forskellige krav i deres udbudsforretninger er det formentlig mest relevant at genbruge ”the European Single Procurement Document” for de obligatoriske udelukkelsesgrundene.

## 4. Emne 4: E-udbud

Dette emne indeholder obligatorisk elektronisk indsendelse af bekendtgørelser til TED, obligatorisk elektronisk tilgængelighed af udbudsmaterialet, obligatorisk anvendelse af elektronisk kommunikation til og med tilbudsafgivelse inden for 2 ½ år efter implementeringsfristen jf. artikel 92, stk. 2.

Medlemsstaterne skal således sikre, at alt kommunikation og udveksling af informationer sker elektronisk. Dette navnlig modtagelse af tilbud elektronisk. Midlerne til elektronisk kommunikation skal som udgangspunkt være ikke-diskriminerende og generelt tilgængelig, jf. artikel 19, stk. 1. Der

eksisterer en række undtagelser til kravet om e-kommunikation fx tilfælde hvor der stilles krav til tilbudsgiverne om at levere en fysisk model, eller hvor særligt kontor udstyr er nødvendigt for at ordregiveren kan modtage filer eksempelvis hvor det er nødvendigt at anvende en særlig stor printer for at kunne printe arkitekttegninger. I Annex IV, findes kravene til tekniske krav for modtagelse. Mundtlig kommunikation må alene anvendes for ikke væsentlige dele af proceduren.

#### 4.1. Elektroniske auktioner

Ordregivere har som i dag mulighed for at anvende elektroniske auktioner ved afgivelse af tilbud. I dag er det frit for medlemsstaterne om de vil indføre muligheden, og Danmark har fx valgt ikke at indføre muligheden ved bygge- og anlægskontrakter, jf. implementeringsbekendtgørelsen § 4, stk. 2. Elektroniske auktioner kan også anvendes ved mini-udbud og dynamiske indkøbssystemer. Forskellige måder at bruge en e-auktion på er beskrevet i artikel 33.

#### 4.2. Elektroniske kataloger

Som noget nyt indeholder direktivet en bestemmelse om elektroniske kataloger i artikel 34. En definition på e-kataloger findes i betragtning 19 b, der angiver at et e-katalog er et format for præsentation og organisering af informationer på en måde, der er ens for alle tilbudsgivere og som er underlagt elektronisk behandling. I princippet vil et Excel ark udgøre et e-katalog. Der stilles ikke krav til udformningen og ordregivere kan således stille krav om indlevering af data/oplysninger i en bestemt format. Der findes pt. ingen EU-standarder, men præambel 19 b angiver at sådanne standarder ellers ville *”improve the level of interoperability, enhance efficiency and would also - and perhaps above all - reduce the effort required of economic operators.”* Medlemsstaterne kan fastsætte at e-kataloger er obligatorisk for bestemte udbud.

En særlig mulighed for e-kataloger findes ved rammeaftaler med genåbningen af konkurrencen. Her kan ordregivere kræve, at tilbudsgivere enten: 1) inviterer tilbudsgiverne til at fremsende deres kataloger igen tilpasset ordregiverens krav (fx bestemte varer) eller 2) giver tilbudsgiverne besked om at ordregiveren har til hensigt at indsamle data fra kataloget i overensstemmelse med behovet, Tilbudsgiverne skal have en periode til at komme med indsigelser, og inden endelig tildeling skal tilbudsgiverne have det indsamlede materiale til godkendelse.

### Emne 5: SMVer

Dette emne omhandler tiltag for SMV'er, og har til hensigt at forbedre SMV'ers adgang til offentlige kontrakter.

#### 5.1. Opdeling af kontrakt i mindre dele (artikel 44)

I Rådets forslag skulle en ordregiver når denne ønskede at indgå en kontrakt om varer eller tjenesteydelser over 500.000 euro (eller for bygge og anlægs opgaver over dennes tærskelværdi) angive en begrundelse for, hvorfor der ikke er sket en opdeling af kontrakten. En såkaldt ”følg eller forklar” tilgang, som allerede eksisterer i flere medlemsstater fx Frankrig og Tyskland. Beløbskravet er udgået af triolog forslaget, hvilket indebærer at ordregivere altid skal forklare, hvorfor kontrakten ikke er blevet opdelt i mindre dele. Bestemmelsen tvinger ordregivere til at overveje mulighederne for at opdele deres kontrakter i mindre dele. Det antages at en opdeling af kontrakten i mindre dele vil gavne små og mellemstore virksomheder.<sup>34</sup> Bestemmelsen bør dog primært ses som et signal til ordregivere om, at man bør overveje, om det vil give mening at

<sup>34</sup> Se fx rapport udarbejdet for Parlamentet *”Potential impact on SMEs of certain EP amendments to two proposed Public Procurement Directives”*, se særligt side 20-22.

opdele kontrakterne. Ordregiveren kan ikke stilles til regnskab for manglende forklaring. Dette kan ses ved, at forklaringen kan komme efterfølgende i den individuelle rapport som ordregivere er forpligtiget til at udarbejde efter artikel 85. Medlemsstaterne kan dog gøre det obligatorisk for ordregivere at opdele kontrakten, jf. artikel 44, stk. 4.

Derudover indeholder artikel 44, stk. 2 mulighed for at ordregivere kan stille krav om, at en leverandør kun kan få enkelte delaftaler tildelt, og dermed begrænse antallet af delaftaler til den enkelte leverandør.

### *5.2. Underleverandører (artikel 71)*

Bestemmelsen i artikel 71 indeholder krav om, at ordregiveren skal have mulighed for at få oplyst, hvorvidt en hovedleverandør påtænker at få en underleverandør til at udføre dele af opgaven uden at dette har indflydelse på ansvaret for hovedleverandøren.

Kommissionen havde foreslået, at Medlemsstaterne kan stilles krav om, at hvor en underleverandør kræver det, kan denne kræve at ordregiveren betaler underleverandørerne direkte. Betalingsmetode m.v. skal angives i udbudsdokumenterne. Denne bestemmelse blev udeladt i Rådets forslag, men ikke i Parlamentets, og blev derfor genindført i artikel 71, stk. 3 efter triolog forhandlingerne.

### *5.3. Loft for omsætningskrav*

Forslagets artikel 56, stk. 3 indeholder krav om, at ordregivere maksimal må kræve at tilbudsgivernes omsætning er 2 gange større end den anslåede kontraktværdi. En undtagelse findes i særlige tilfælde som fx hvor der er en særlig risiko forbundet ved udførelsen af opgaven). Der er tale om et beskedent mindstekrav til omsætning, og det antages, at hvis ordregivere fx afholder et begrænset udbud og ønsker at begrænse antallet af deltagere, vil ordregiveren fortsat kunne vælge at udvælge antallet på baggrund af omsætning, hvilket på mange måder vil gøre mindstekravet om omsætning illusorisk.

Ved rammeaftaler med flere leverandører med genåbning af kontrakter og kontrakter baseret på dynamisk indkøbssystemer gælder det samme krav om omsætningen dog således at værdien skal vurderes på baggrund af den maksimale enkelte kontrakt.

## **6. Emne 6: Sammenlægning af behov**

Dette emne indeholder af nye tiltag bl.a. klarlæggelse af ansvarsfordelingen for overholdelsen af udbudsreglerne mellem indkøbsorganisationer og ordregivende myndigheder samt en strømlining af proceduren for dynamiske indkøbssystemer.

### *6.1. Rammeaftaler*

En række uklarheder omkring anvendelsen af rammeaftaler er med direktivet blevet klargjort. En af de væsentlige klarlæggelser er muligheden for at anvende direkte tildeling og miniudbud i samme rammeaftale. Anvendelsen forudsætter, at valget mellem de to typer af procedurer sker ud fra ”objektive kriterier”, jf. forslaget artikel 31. Sådanne objektive kriterier for valg mellem de to tildelingsprocedurer kan fx være: antal, værdi, karakteristika ved produkt, herunder behovet for en højere service eller større sikkerhed, jf. betragtning 21 a.

En anden klarlæggelse, der er blevet foretaget i forslaget er, at en rammeaftale ikke kan optage nye aktører, herunder at ordregiverne på aftalen skal være klarlagt fra start. Parlamentet ønskede at åbne

mulighed for nye ordregivere på en indkøbscentrals rammeaftaler, men dette blev ikke en del af triolog forslag. Udbudsbekendtgørelsen behøver dog fortsat ikke at navngive samtlige ordregivere, der kan anvende rammeaftalen. I stedet vil en reference til en liste af typer af ordregivere på et begrænset geografisk område være muligt.

Det er endvidere klargjort, at en kontrakt baseret på en rammeaftale skal indgås i rammeaftalens løbetid, men at leveringer m.v. kan finde sted for en længere periode end rammeaftalens løbetid. Længden af den individuelle kontrakt afhænger af forskellige faktorer så som, at *”the time needed for their performance; where maintenance of equipment with an expected useful life of more than four years is included or where extensive training of staff to perform the contract is needed.”*, jf. betragtning 21 aa). Parlamentet havde foreslået, at rammeaftaler kunne indgås for en periode på 5 år, men dette blev ikke en del af det endelige triolog forslag. Det er dog blevet præciseret i betragtning 21 aa), at der vil være særlige tilfælde, hvor rammeaftaler kan være længere end de i direktivet angivet 4 år og at sådanne tilfælde, der begrundes en længere kontrakt *“may arise for instance where economic operators need to dispose of equipment for which the amortisation period is longer than four years and which must be available at any time over the entire duration of the framework agreement.”* Er det således nødvendigt, at en økonomisk operatør investerer og foretager afskrivninger, vil det kunne berette en længere aftale periode.

Triolog forslaget betragtning 24 angiver at *”The contracting authorities for whom a framework agreement is concluded should be able to use it for individual or repetitive purchases”*. Dette indebærer, at en rammeaftale kan anvendes både for et enkelt køb og for gentagende køb. Det forhold, at en ordregiver kan anvende en rammeaftale til gentagende indkøb muliggør at der kan laves en form for rammeaftale under hovedrammeaftalen. Et eksempel vil være en aftale om levering af kontorartikler, hvor leverandøren forpligtiger sig til at fylde lageret op når dette er tomt, og selv holder øje med, hvornår det er tomt. En sådan form for aftale vil særligt være relevant ved rammeaftaler indgået af en indkøbscentral, da ordregiveren jo ellers blot kan lave en rammeaftale med en leverandør til sådanne ydelser.

For indgåelse af konkrete kontrakter på en rammeaftale, kan ordregivere vælge at pulje bekendtgørelserne kvartalsvis i stedet for at offentliggøre en bekendtgørelse for hver enkelt kontrakt, jf. artikel 48, stk. 2.

### 6.2. Dynamisk indkøbssystemer

Et dynamisk indkøbssystem er som bekendt et system, der kan anvendes for almindelige indkøb, der er generelt tilgængelige på markedet, hvor alt kommunikation foregår elektronisk i systemet. Muligheden for at anvende indkøbssystemer eksisterer allerede i dag, men anvendes særdeles begrænset. Dette skyldes muligvis, at oprettelsen af et sådan system er kompliceret. Forslaget gør oprettelsen af et dynamisk system enklere ved at ordregivere ikke længere skal modtage indikative tilbud. I stedet fungerer systemet ved, at tilbudsgivere alene skal anmode om at blive optaget i systemet baseret på deres kvalifikationer. Herefter vil ordregiveren kunne oprette sine indkøb i systemet som de tilbudsgivere, der er optaget i systemet herefter vil kunne afgive tilbud på. Processen er dermed forenklet og skaber bedre muligheder for at konkurrenceelementet bevares ved at forbedre muligheden for nye økonomiske aktører til at blive optaget i systemet på et hvilket som helst tidspunkt.

Ordregivere, fx en indkøbsorganisation, kan kræve betaling hos andre ordregivere for at bruge systemet, men ikke hos tilbudsgiverne for at komme på systemet. Varigheden af et dynamisk



indkøbssystem er ubegrænset, og der skal alene offentliggøres en udbudsbekendtgørelse én gang. Foretager ordregiveren ændringer skal der dog ske fornyet offentliggørelse.

Ordregivere kan vælge at pulje bekendtgørelserne om indgåelse af kontrakt kvartalsvis i stedet for at offentliggøre en bekendtgørelse for hver enkelt kontrakt, jf. artikel 48, stk. 3.

### 6.3. Indkøbscentraler

Artikel 1, stk. 18, angiver at en indkøbscentral er ”en ordregivende myndighed, der foretager centraliserede indkøb og eventuelt accessoriske indkøbsaktiviteter.” Hvad nærmere skal forstås ved centraliserede indkøbs aktiviteter, fremgår af artikel 1, stk. 16, der angiver at sådanne er aktiviteter, der udføres på permanent basis, enten ved a) indkøb eller andre former for anskaffelse af varer og/eller tjenesteydelser til brug for ordregivende myndigheder eller b) tildeling af offentlige kontrakter eller indgåelse af rammeaftaler om bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser til brug for ordregivende myndigheder.

Forslaget præciserer således, at en indkøbscentral også kan foretage accessoriske indkøbsaktiviteter, som fx at yde støtte til indkøbsaktiviteter, herunder teknisk infrastruktur, der gør det muligt for de ordregivende myndigheder at tildele offentlige kontrakter (fx e-værktøjer), rådgivning om udførelsen eller udformningen af offentlige udbudsprocedurer eller udarbejdelse og forvaltning af udbudsprocedurer på den pågældende ordregivende myndigheds vegne og for dennes regning.<sup>35</sup>

#### 6.3.1. Ansvarsfordeling mellem indkøbscentraler og ordregivere

Ansvarsfordelingen mellem en indkøbscentral og en ordregiver, der anvender indkøbscentralens aftaler er klarlagt i triolog forslaget artikel 35. Heraf fremgår bl.a. at en ordregiver anses for at overholde direktivet når denne anvender en indkøbscentralens rammeaftaler. Når en ordregiver indgår en kontrakt på baggrund af en rammeaftale m.v. udarbejdet af en indkøbscentral, er ordregiveren dog selv ansvarlig for de dele af processen som udføres af ordregiveren selv. Dette indebærer bl.a., at ordregiveren har ansvaret for:

- 1) Tildeling af en kontrakt på baggrund af et dynamisk indkøbssystem
- 2) Afholdelse af et miniudbud,
- 3) Beslutning om tildelingen af en kontrakt på baggrund af en rammeaftale.

Dette indebærer, at en ordregiver ikke vil være *ansvarlig* for eventuelle fejl som en indkøbscentral måtte have foretaget da indkøbscentralen indgik aftalen. Bestemmelsen ændrer dog ikke på de håndhævelsessanktioner, der findes i kontroldirektiverne<sup>36</sup> og håndhævelsesloven.<sup>37</sup> Har indkøbscentralen således indgået rammeaftalen i standstill-perioden er det fortsat muligt at erklære rammeaftalen for uden virkning, jf. håndhævelseslovens § 16 (og evt. efter § 17 hvis de øvrige betingelser herfor er opfyldt). Derudover er det naturligvis en mulighed at indkøbscentralens tildelingsbeslutning annulleres og dermed kan ordregiveren ikke anvende kontrakten uden at risikere at kontrakten er uden virkning. Triolog forslaget artikel 35 svarer til det forslag til ændring

<sup>35</sup> Artikel 1, stk. 17.

<sup>36</sup> Direktiv nr. 89/665/EØF af 21. december 1989 og direktiv nr. 92/13/EØF af 25. februar 1992, som senest ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (EU Tidende nr. L 335 af 20. december 2007, s. 31).

<sup>37</sup> Lov nr. 492 af 12. maj 2010, lov ændring af lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v, som senest ændret ved lov nr. 511 af 27. maj 2013.

af implementeringsbekendtgørelsen der blev sendt i høring i november 2011, men som ikke ses at have resulteret i en ændring af bekendtgørelsen.

Som noget særligt centralt er udbudsdirektivets artikel 11 blevet slettet. Artikel 11 indebærer at en ordregivende myndighed alene anses for at have overholdt bestemmelserne i udbudsdirektivet, forudsat at indkøbscentralen har overholdt udbudsdirektivet. En udlægning af denne bestemmelse er, at hvis en indkøbsorganisation ikke har overholdt udbudsreglerne, vil en ordregiver heller ikke kunne anses for at have løftet sin udbudsforpligtigelse. Der vil dermed være en risiko for, at en kontrakt under disse omstændigheder kan erklæres for uden virkning. Klagenævnet har i flere sager indikeret, at kontrakter, der indgås på baggrund af en indkøbscentrals rammeaftaler, kan anses for at være omfattet af § 17, stk. 1, nr. 1, hvis indkøbscentralen ikke har overholdt udbudsreglerne.<sup>38</sup> Håndhævelseslovens § 17, stk. 5 begrænser endvidere rækkevidden af sanktionen uden virkning. Formålet med at indføre en sådan bestemmelse var at præcisere retsvirkningerne af at anvende indkøbscentralers rammeaftaler. Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget, at forslaget sikrer, at en indkøbscentrals brugere kan anvende indkøbscentralens rammeaftaler uden at risikere, at de kontrakter, der indgås på grundlag af rammeaftalerne, senere erklæres for uden virkning på baggrund af fejl begået af en indkøbscentral.

## **7. Emne 7: Andre procedure krav**

Overordnet indeholder dette emne en række formelle procedurekrav som krav til offentliggørelse af bekendtgørelser, herunder kravet om at offentliggørelse som i dag skal ske på EU plan for national plan (dvs. offentliggørelse kan fx ikke ske på udbud.dk før fremsendelse til TED), alternative bud og projektkonkurrencer. Der er ikke blevet ændret væsentligt i disse bestemmelser. Som en mindre detalje kan nævnes at det fx bliver muligt for ordregivere at undlade at offentliggøre en individuel rapport, hvis ordregiverens bekendtgørelse om indgåelse af kontrakt indeholder tilstrækkelige oplysninger. Derudover er det blevet præciseret i artikel 49, at ordregivere kan vælge at offentliggøre udbud i TED, der ikke er omfattet af udbudsdirektivet. Endeligt er det præciseret i artikel 43 at alternative bud kan anvendes også når tildelingskriteriet er laveste pris, og at ordregivere skal sikre, at de tildelingskriterier man ønsker at anvende også kan anvendes på det alternative bud.

## **8. Emne 8: Sunde procedure**

Overordnet indeholder dette emne en række bestemmelser, der sikrer at udbudsforretninger udføres på en passende måde, herunder at ordregiveren ikke er inhabil, og at unormalt lave tilbud kan afvises. Som de væsentligste ændringer i dette emne er der indført mulighed for at ordregivere kan foretage ændringer i sin kontrakt samt en særlig bestemmelse, der vedrører et krav om, at medlemsstaterne skal indføre krav om, at ordregiverne har kompetence til ophævelse af kontrakten i visse situationer.

### *8.1. Inhabilitet*

Artikel 21 vedrører inhabilitet. I Kommissionens forslag var der oplistet en lang række af situationer, hvor en ordregiver vil kunne være inhabil. Dette er blevet ændret således, at det nu alene er et krav, at medlemsstaterne sikrer at ordregivere foretager sig passende tiltag for at undgå habilitetsproblemer og at medlemsstaterne sikrer, at dette som minimum vedrører situationer hvor

<sup>38</sup> Se fx Klagenævnets kendelse af 5. december 2011, Konica Minolta.

”staff members of the contracting authority or of a procurement service provider acting on behalf of the contracting authority who are involved in the conduct of the procurement procedure or may influence the outcome of that procedure have, directly or indirectly, a financial, economic or other personal interest which might be perceived to compromise their impartiality and independence in the context of the procurement procedure.” Det er min vurdering, at forvaltningsloven § 3 samt de uskrevne regler om inhabilitet lever op til disse krav.<sup>39</sup>

### 8.2. Forudgående markedsundersøgelser

Triolog forslaget artikel 39 og 39 a omhandler ordregivers adgang til dialog før indledning af en udbudsprocedure, samt forpligtelsen til at udelukke virksomheder, der har ydet ordregiver rådgivning med henblik på udarbejdelse af udbudsbetingelserne, når konkurrencen som følge heraf er fordrejet mellem tilbudsgiverne (rådgiverinhabilitet). En tilsvarende bestemmelse findes ikke i det nuværende direktiv. Ordregivers adgang til dialog er derimod reguleret i 8. betragtning til udbudsdirektivets præambel, mens forpligtelsen til at udelukke rådgivende virksomheder fra udbudsproceduren følger af ligebehandlingsprincippet. Regulering er nu ført fra betragningerne til direktivet. Artiklen er undervejs blevet opdelt i to – så artikel 39 indeholder ordregiverens egne markedsundersøgelser mens artikel 39 a omhandler den mere ”klassiske” inhabilitetsdel om forudgående involvering af virksomheder m.v.

### 8.3. Unormalt lave tilbud (artikel 69)

Kommissionen foreslog, at direktivet skulle indeholde en definition for, hvornår et tilbud som minimum ville kunne betragtes som unormalt lavt. Denne definition er udeladt af triolog forslaget, og det er som i dag muligt for ordregivere at anmode om en uddybende forklaring fra tilbudsgiveren om, hvorfor tilbuddet er så lavt. Ordregivere må alene udelukke tilbudsgiveren, hvis det unormalt lave bud skyldes en af årsagerne listet i artikel 69, stk. 2 fx statsstøtte eller at tilbudsgiveren ikke overholder lovgivningen listet i annex XI (social og miljø lovgivning).<sup>40</sup>

### 8.4. Ændringer af kontrakten

Foretager en ordregiver væsentlige ændringer i kontrakten indebærer dette, at kontrakten skulle have været udbudt på ny.<sup>41</sup> Til forskel fra det gældende udbudsdirektiv, indeholder forslaget regler om adgangen til at foretage ændringer i kontrakter i deres løbetid. Regler herom er fastlagt gennem praksis fra EU-domstolen,<sup>42</sup> og forslaget er derfor på visse punkter en kodificering af gældende ret.

<sup>39</sup> Ikke alle ordregivere er dog omfattet af forvaltningsloven, men alene disse der kan betragtes som en ”del af den offentlige forvaltning”. Hvad der i henhold til offentlighedsloven og forvaltningsloven skal betragtes som en del af den offentlige forvaltning bedømmes ud fra et formelt kriterium af, om organet organisatorisk er en del af den offentlige forvaltning. Hvis en ordregiver ikke er omfattet af forvaltningsloven (fx offentlige virksomheder som SKI) vil ordregiveren, jf. artikel 21 i det nye direktiv være forpligtiget til at undgå inhabilitetssituationer.

<sup>40</sup> Se yderligere om unormalt lave tilbud Ølykke, Grith ”Abnormally low Tenders – with an emphasis on public tenderers” [2010] DJØF.

<sup>41</sup> For uddybning af, hvad der skal forstås ved væsentlige ændringer se Poulsen, Sune Troels ”The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law” PPLR. 2012, nr. 5, 167-187, Treumer, Steen ”Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011” PPLR. 2012, nr. 5, 153-166, Hartlev, Kristian & Wahl Liljenbøl, Morten ”Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender” PPLR 2013, nr. 2, 51-73.

<sup>42</sup> Se C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH mod Austria, APA-OTS Originaltext-Service GmbH and APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, [2008] Sml. I-4401, Sag C-91/08, Wall AG mod La ville de Francfort-sur-le-Main and Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, [2010] Sml. I-2815. Også Klagenævnet har haft mulighed for at udtale sig om væsentlige ændringer i kontrakten, se fx Klagenævnets kendelse af 3. november 2011, Finn Frogne A/S med Rigspolitiet, SINE-sekretariatet.

Forslaget er dog ikke alene en kodificering af retspraksis, men går på visse punkter videre end de krav, der fremgår af EU-domstolens praksis, fx ved at indføre en regel om, at ændringer ved varer og tjenesteydelseskontrakter under 10 pct., når ændringens værdi kan udtrykkes i pengeværdi, ikke udgør en væsentlig ændring forudsat ændringen ikke ændrer den overordnede karakter af kontrakten eller rammeaftalen. For bygge og anlægskontrakter, er der skabt endnu større fleksibilitet ved at den indgåede kontrakt kan ændres med 15 %. I Kommissionens forslag var det alene muligt at ændre 5 %. Ændringen skaber mulighed for, at ikke alle detaljer i en kontrakt skal være fastlagt fra start, men at mindre justeringer kan ske på et senere tidspunkt. Det antages, at det også er muligt at tilføje produkter i kontrakt eller rammeaftale forudsat produktet kan udtrykkes i en økonomisk værdi og har tilknytning til kontrakten. Dette kunne fx være opgradering til et nyere produkt af teknologiske årsager.

Der er tale om en væsentlig ændring jf. artikel 72, stk. 4 ”...where it renders the contract or the framework agreement materially different in character from the one initially concluded”. Det præciseres endvidere, at der vil være tale om en væsentlig ændring hvis:

- Ændringen introducerer nye betingelser, hvor, havde de været en del af det oprindelige udbud, ville have givet mulighed for at andre kandidater, end de udvalgte, eller for accept af et andet tilbud eller øvrige kandidater ville have været interesseret i kontrakten,
- Ændringen ændrer den økonomiske balance i kontrakten til fordel for virksomheden (ikke ting man allerede har taget højde for i kontrakten),
- Ændringen udvider anvendelsen af kontrakten eller rammeaftalen væsentligt
- Der sker en udskiftning af leverandøren i visse tilfælde.

Direktivet åbner dog mulighed for at udskifte en leverandør uden at en sådan udskiftning skal betragtes som en væsentlig ændring af kontrakten.<sup>43</sup> Der kan være en lang række årsager til, at der er behov for at udskifte en leverandør, og der vil derfor ikke altid være tale om en væsentlig ændring i kontrakten. En udskiftning af leverandør kan fx komme på tale når leverandøren går konkurs, fusioner og lignende.

En konkret vurdering af en ændring vil ligeledes kunne føre til at denne ikke er væsentlig når behovet for ændringen skyldes omstændigheder ordregiveren ikke kunne forudse, ændringen ikke ændrer kontrakten overordnede natur samt at en forøgelse i pris må ikke være mere end 50% af den oprindelige værdi.

Direktivet regulerer fortsat ikke ændringer, der foretages før kontrakten er indgået, men efter ordregiveren har foretaget sin tildeling af kontrakten.

#### 8.5. Opsigelse af kontrakten

Triolog forslaget artikel 73 indeholder et krav til medlemsstaterne om, at de skal sikre, at ordregivere har mulighed for at opsiges<sup>44</sup> en kontrakt i visse situationer.

<sup>43</sup> EU-domstolen har i Sag C-91/08, Wall AG mod La ville de Francfort-sur-le-Main og Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, [2010], Sml.- I-2815 pr. 39 udtalt at ”Udskiftning af en underleverandør, selv når muligheden herfor er fastsat i kontrakten, kan i særlige tilfælde udgøre en sådan ændring af et af de grundlæggende elementer i koncessionskontrakten, når anvendelsen af én underleverandør i stedet for en anden – under hensyntagen til de særlige kendetegn ved den pågældende ydelse – har været et afgørende element for indgåelsen af kontrakten...”

<sup>44</sup> Det er værd at bemærke her, at den engelske udgave anvender ordet ”terminate”, der nærmere omhandler ophævelse end opsigelse.

Konsekvenser for overtrædelser af udbudsreglerne hører under kontroldirektiverne. Baggrunden for artikel 73 skyldes primært sagen C-503/04, *Kommissionen mod Tyskland*, hvor EU-domstolen udtalte, at Tyskland havde pligt til at bringe en kontrakt til ophør som denne havde indgået uden afholdelse ad udbud. I sagen udtalte EU-domstolen, at Tyskland have tilsidesat sine forpligtigelser i henhold til art. 258 TEUF, ved ikke at træffe de fornødne foranstaltninger til opfyldelse af en tidligere afsagt dom i de forenede sager C-20/01 og 28/01, *Kommissionen mod Tyskland*. I disse to sager havde to tyske ordregivere indgået kontrakter med en løbetid på 30 år i strid med udbudsreglerne. Dommen har givet anledning til overvejelser om, hvorvidt der i visse tilfælde foreligger en pligt til at ophæve en indgået kontrakt.<sup>45</sup>

Artikel 73 går et skridt videre end at kræve ophævelsespligt for tilsidesættelse af sine forpligtigelser i henhold til art. 258 TEUF, og indebærer, at der findes en ophævelsespligt for ordregivere i andre tilfælde end der var tilfældet i *Kommissionen mod Tyskland*. Medlemsstaterne skal således sikre, at der indføres nationale regler, der sikre at ordregivende myndigheder kan opsigte en kontrakt under dens løbetid, hvis det viser sig, at ordregiveren havde foretaget en væsentlig ændring af kontrakten, hvis den økonomiske aktør, på tidspunktet for tildeling af kontrakten befandt sig i en udelukkelsesgrund.

## 9. Emne 9: Forvaltning (Governance)

Overordnet indeholder dette emne en række forpligtigelser til opgaver som medlemsstaterne skal udføre.

### 9.1. Krav til medlemsstaterne

Artikel 83 indeholder mulighed for at Kommissionen hvert 3. år kan anmode medlemsstaterne om en rapport om nationale strategier. Derudover har medlemsstaterne pligt til at fremsende en rapport om bl.a. de hyppigste fejl begået af ordregivende myndigheder. Klagenævnet er for nyligt blevet pålagt at offentliggøre væsentligste kendelser og vil derfor være et godt bidrag til at leve op til denne forpligtigelse efter artikel 83. Medlemsstaterne skal derudover yde vejledning om udbudsreglerne.

Medlemsstaternes forpligtigelse til at fremsende en række statistiske oplysninger om kontrakter, er blevet reduceret væsentligt. Det er tanken, at TED allerede indeholder de fleste oplysninger og medlemsstaterne skal derfor alene supplere TED oplysninger, hvor disse er mangelfulde. Derudover er der indført forpligtelse til at indberette at indberette et estimat af antal og værdi af kontrakter under tærskelværdierne (kan estimeres på baggrund af national lovgivning).

### 9.2. Individuelle rapporter

Artikel 85 indeholder grundlæggende samme krav som i den nuværende artikel 43, men med tilføjelsen af, at ordregiveren skal angive oplysninger om opdagede interessekonflikter samt tiltag til modarbejdelse heraf. Derudover skal ordregivere ikke udarbejde en rapport hvor der er tale om

---

<sup>45</sup> Af litteratur kan der bl.a. henvises til Treumer, Steen, "Towards and Obligation to Terminate Contracts Concluded in Breach of EC Public Procurement" PPLR [2007] side 371-87. Broberg, Morten, "Kontrakter kan ophæves ved brud på EU's udbudsregler", Advokaten [2008]. Offersen, René m.fl. i U 2008B.372 "Ugyldighed og annullation af kontrakter indgået i strid med udbudsreglerne", hvori bl.a. anføres: "Det eneste, der med sikkerhed kan udledes af EF-Domstolens som i sag C-503/04, er, at der eksisterer en annullationspligt, hvor der er tale om ulovlig direkte tildeling af en langvarig, vedvarende kontrakt, og EF-Domstolen forudgående har statueret traktatbrud."

indgåelse af kontrakt på baggrund af en rammeaftale. Ordregivende myndigheder skal opbevare kopi af kontrakter større end ca. 7, 5 mio. for varer og tjenesteydelser og ca. 75 mio. for bygge/anlæg.

## 10. Emne 10: Omfang

Overordnet indeholder dette emne følgende elementer: definitioner, tærskelværdier, in-house samt en række undtagelser til, hvornår direktivet finder anvendelse.

### 10.1. Tærskelværdier

Det eneste sted tærskelværdi er blevet ændret undervejs i forhandlingerne er for tærskelværdien i ”light regimet”, der er blevet hævet til 750.000 euro mod Kommissionens oprindelige forslag på 500.000. Beregningen af tærskelværdierne i artikel 5 er i det store hele det samme som i dag. Ligesom artikel 6 der vedrører ændringen af tærskelværdierne er uændret. Artikel 94 indeholder en forpligtigelse for Kommissionen til at evaluere tærskelværdiernes effekt på det indre marked og rapportere til Rådet og Parlamentet senest 3 år efter implementeringsfristen.

### 10.2. Undtagelser til direktivet

Direktivet indeholder som i dag en række undtagelser. En del af disse undtagelser er i det store hele forblevet uændret.<sup>46</sup> Af nye tiltag kan bl.a. nævnes en undtagelse for visse juridiske tjenesteydelser, politiske valgkampagner (når disse tildeles af et politisk parti i forbindelse med valgkampagner), finansielle tjenesteydelser herunder lån.

En ny undtagelse (der blev indført under triolog forhandlingerne) omhandler undtagelsen af civilforsvar, civilbeskyttelse, og fare forebyggelsestjenester fra direktivets anvendelsesområde, når disse ydelser leveres af non-profit organisationer. Bestemmelsen i artikel 12(ga) lyder ” *civil defence, civil protection, and danger prevention services that are provided by non-profit organisations or associations, and which fall under the following CPV codes.*”<sup>47</sup> Af betragtning 13ca) fremgår at sådanne ydelser, når de varetages af non-profit organisationer ikke bør være omfattet af direktivet “*since the particular nature of these organisations would be difficult to preserve in case the service providers would have to be chosen in accordance with the procedures set out in this Directive.*” Det angives dog også, at undtagelsen ikke skal udstrækkes til mere end hvad der er særligt nødvendigt, og derfor angiver direktivet, at patientbefordring ikke er undtaget. Sådanne ydelser er omfattet af light regimet.

En anden undtagelse vedrører juridiske tjenesteydelser. Her er det særligt relevant at bemærke, at visse juridiske tjenesteydelser, er blevet helt undtaget direktivet, mens andre for fremtiden vil skulle overholde kravene i light regimet. Undtagelsen skyldes, jf. betragtning 13 at ”*Et vist antal juridiske tjenester ydes af tjenesteydere, der er udpeget af en ret eller en domstol i en medlemsstat, vedrører advokaters repræsentation af klienter i retssager, skal leveres af notarer eller er forbundet med udøvelse af officiel myndighed. Sådanne juridiske tjenester leveres sædvanligvis af organer eller enkeltpersoner, der er udpeget eller udvalgt på en måde, der ikke kan underlægges udbudsregler,*

<sup>46</sup> Artikel 7 omhandler forsyningssektoren. Artikel 8 særlige undtagelser for området for elektronisk kommunikation (denne bestemmelse er blevet udvidet til at omfatte ikke alene telenet, men alle former for kommunikations netværk). Artikel 10 omhandler internationale regler. Artikel 13 omhandler forskning og er blevet ændret så den ligner den bestemmelse, der findes i forsvarsdirektivet, derudover er en række CPV koder blevet tilføjet.

<sup>47</sup> Det vil sige visse ”emergency services”, dog ikke patient transport.

*sådan som det for eksempel kan være tilfældet med udnævnelse af kammeradvokater i visse medlemsstater.”*

Undtagelsen indebærer, at hvor der er behov for advokatbistand til førelse af retssager vil ordregiveren kunne undlade at afholde et udbud. Hvor rådgivning derimod er den juridiske tjenesteydelses hovedydelse, vil sådanne ydelser i stedet være omfattet af light regimet.

### 10.3. In-house

Det er overordnet hensigten med indførelsen af en bestemmelse om in-house at implementere EU-domstolens praksis på området. Det kan til tider være svært at vurdere, om der rent faktisk er tale om en in-house aftale på grund af EU-domstolens ganske komplicerede praksis på området. For at der er tale om en (klassisk) in-house aftale, skal to betingelser være opfyldt. For det første skal ordregiveren underkaste den selvstændige juridiske enhed en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene (kontrolkriteriet) og for det andet er det et krav, at den selvstændige juridiske enhed skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de ordregivende myndigheder, den kontrolleres af (virksomhedskriteriet).<sup>48</sup>

Kontrolkriteriet, som det ser ud i triolog forslaget, medfører både at en ordregiver kan have enkelt kontrol over en virksomhed og flere ordregivere kan have fælles kontrol. I begge tilfælde skal Virksomhedskriteriet (aktivitetskrav) være på mere end 80 %.<sup>49</sup> Som udgangspunkt indebærer privat deltagelse, at der ikke kan være tale om in-house. Parlamentet har dog foreslået, at privat deltagelse skulle være muligt (som en form for silence partner), og artikel 11, stk. 1, litra c, indeholder nu følgende formulering *”there is no direct private capital participation in the controlled legal person with the exception of non-controlling and non-blocking forms of private capital participation required by applicable national legislative provisions, in conformity with the Treaties, which do not exert a decisive influence on the controlled legal person.”* Muligheden for privat kapital ses dermed at gå videre end EU-domstolens praksis om in-house, hvor Domstolen flere gange har anset privat kapital som udelukkelse af, at der kan være tale om in-house (da kontrolkriteriet ikke vil være opfyldt).<sup>50</sup>

Artikel 11, stk. 2 indebærer at der også kan tildeles kontrakter fra den kontrollerede enhed til den kontrollerende ordregiver (fra datter til moder).

I Domstolens seneste praksis er der desuden åbnet op for en ny form for in-house, hvor kontroldirektivet ikke er opfyldt, men som giver mulighed for at der kan indgås (horisontalt) samarbejder mellem ordregivere (uden afholdelse af udbud når opgaven der skal udføres vedrører

---

<sup>48</sup> Kriterierne blev første gang slået fast i EU-domstolens sag C-107/98, Teckal Srl v Comune di Viano and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, [1999], Sml. I-8121, pr. 50. For yderligere om in-house, se eksempelvis Comba, Mario & Treumer, Steen (Eds.) *“The In-house Providing in European Law”* DJØF, 2010.

<sup>49</sup> Der har været en del diskussion i forhandlingerne i Rådet og Parlamentet om dette procentkrav. Kommissionen havde i sit forslag foreslået 90 pct. Procentkravet skal desuden beregnes på baggrund af *”the average total turnover, or an appropriate alternative activity based measure such as costs incurred by the relevant legal person with respect to services, supplies and works for the three years preceding the contract award shall be taken into consideration,”* jf. stk. 6.

<sup>50</sup> Se fx Sag C-231/03, Consorzio Aziende Metano mod Comune di Cingia de' Botti, [2005] Sml. I-07287, Sag C-410/04, ANAV, [2004] Sml. I-3303.

en form for public service opgave).<sup>51</sup> Også denne praksis er der i direktivet søgt at tage højde for. Det fremgår således af artikel 11, stk. 4 at en kontrakt, der er indgået mellem to eller flere ordregivende myndigheder ikke er omfattet af direktivet når “(a) *the contract establishes or implements a cooperation between the participating contracting authorities with the aim of ensuring that public services they have to perform are provided with a view to achieving objectives they have in common; (b) the implementation of that cooperation is governed solely by considerations relating to the public interest; (c) the participating contracting authorities perform on the open market less than 20% of the activities concerned by the cooperation.*”

## 11. Implementering af udbudsdirektivet – ny udbudslov

Det fremgår allerede af aftalen for kommunernes økonomi for 2013, at regeringen ”... som opfølgning på EU’s nye udbudsdirektiver fremlægger en dansk udbudslov, der skal sikre større klarhed og fleksibilitet for virksomheder og ordregivere, herunder i forhold til nye udbudsformer, der styrker innovation og tager hensyn til livscyklusomkostninger. Regeringen vil nedsætte en arbejdsgruppe til det lovforberedende arbejde med deltagelse af bl.a. KL og eksterne eksperter med praktisk erfaring i arbejdet med udbud.”

Det har således længe været tanken, at der skal nedsætte et udbudslovsudvalg. Den 26. juni 2013 offentliggjorde regeringen et kommissorium for udbudslovsudvalget. Af kommissoriet fremgår bl.a. hvilke ministerier, foreninger m.v. der er indstillingsberettiget til udvalget, hvad udvalget skal foretage sig m.v. samt at udvalget skal afrapportere medio 2014 med henblik på, at der kan fremsættes et lovforslag i Folketingssamlingen 2014-2015. Udvalgets medlemmer blev udpeget ultimo august 2013.

Regeringen ønsker med nedsættelsen af et udvalg om dansk udbudslovgivning at ”der udarbejdes forslag til et samlet og overskueligt regelsæt, der implementerer det nye udbudsdirektiv i dansk ret.” Det fremgår desuden af kommissoriet, at ”udbudsdirektivet implementeres i en form og med et indhold, der gør udbudsprocessen så overskuelig som muligt, og at udvalget i forbindelse med implementeringen skal søge at imødegå evt. tvivl, som bestemmelserne i deres EU-retlige udformning kan give anledning til.”

Udbudsdirektivet indeholder en række valgmuligheder. Disse valgmuligheder er dog blevet reduceret væsentligt med triolog forslaget. Udvalget skal fremlægge anbefalinger til om, og i givet fald hvordan, disse valgmulighedsbestemmelser skal implementeres. Udvalget skal i deres arbejde inddrage erfaring, eksperter samt andre landes erfaring med implementeringen. Da England ønsker at implementere direktivet hurtigt, er det muligt, at udvalget vil kunne nå at kigge på, hvordan direktivet bliver gennemført i England. Det er dog tvivlsomt, om der vil være andre lande, der vil foretage en hurtigt implementering.

Udvalget har konkret følgende opgaver:

1. Udkast til forslag til ny dansk udbudslov. Loven skal indeholde forslag til central regler for området, herunder:

- Lovens formål

<sup>51</sup> Sag C-480/06, Kommissionen mod Tyskland, [2009] Sml. I-4747. Se fx ”Commission staff working paper concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities” (‘public-public cooperation’), SEC(2011) 1169 final.



- Lovens anvendelsesområde, herunder ordregivere, som er omfattet, og tærskelværdier
- Generelle principper (ligebehandling mv.)
- Procedurer for udbud

2. Udkast til forslag til udbudsbekendtgørelse. Bekendtgørelsen skal indeholde let læselige udbudsregler, der implementerer udbudsdirektivets mere detaljerede og specifikke regler i dansk ret.

3. Evt. udkast til forslag til hensigtsmæssige konsekvensændringer af tilbudslov og håndhævelseslov

4. Prioriteret liste med forslag til vejledningsindsats

Det er min vurdering en meget ambitiøs tidsplan. Udvalget vil skulle udarbejde et udkast til både et udbudslovsforslag, en bekendtgørelse og meget sandsynligt også udarbejde et forslag til ændring af tilbudsloven, som konsekvens af indførelse af light regime for visse særlige ydelser (Artikel 72-74) samt håndhævelsesloven (implementering af artikel 73 om opsigelse/ophævelse af kontrakter). Danmark har ikke tidligere haft en udbudslov og det må forventes, at der er en del ting, der skal tages stilling til. Som nævnt ovenfor er der fortsat mange valgmuligheder medlemsstaterne skal foretage, og det er i den forbindelse svært at forestille sig at et udvalg vil være fuldt ud enig på alle punkter, da interesserne for hhv. virksomheder og ordregivere ikke i alle henseende er identiske.