

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

KRONPRINSESSEGADE 28

1306 KØBENHAVN K

TLF. 33 96 97 98

DATO: 07.03.2022

SAGSNR.: 2022-445

Høring af forslag til ændring af udbudsloven, lov om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter (tilbudsloven) og lov om Klagenævnet for Udbud

Ved mail af 3. februar 2022 har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen anmodet om Advokatrådets bemærkninger til ovennævnte forslag (i det følgende kaldet 'Lovforslagsudkastet').

Advokatrådet har følgende bemærkninger:

- **1, nr. 1 vedrørende aktindsigt**

Lovforslagsudkastet indeholder forslag om, at adgangen til aktindsigt begrænses, således at offentlighedsloven alene finder anvendelse for det vindende tilbud, dog således at der gives adgang til aktindsigt, hvis det er nødvendigt "*for at kunne varetage hensynet til effektiv kontrol*".

En begrænsning af tilbudsgiveres adgang til aktindsigt vil efter Advokatrådets opfattelse svække tilbudsgivernes retssikkerhed, og udgør i øvrigt et generelt brud på og ændring af et ganske grundlæggende princip om offentlighed i den danske forvaltning, der ikke ses at være relevant eller nødvendigt i en udbudsretlig kontekst. Allerede derfor stiller Advokatrådet sig kritisk over for forslaget.

Hertil kommer konkret, at aktindsigt er et væsentligt redskab for tilbudsgivere til at kontrollere, at offentlige ordregivere overholder udbudsreglerne - eller i øvrigt sikre økonomisk forsvarlig forvaltning af de offentlige midler. Selvom det vindende tilbud i mange tilfælde er det væsentligste at få indsigt i, spiller de øvrige tilbud dog ofte også en rolle, idet de eksempelvis kan være afgørende for en evalueringsmodels udgangspunkt. I andre sammenhænge vil sådanne tilbud måske også blive brugt som dokumentation for indkøb helt uden for et udbud, f.eks. indkøb på markedsmæssige vilkår efter udbudslovens afsnit V, men uden at der så i udgangspunktet kan opnås aktindsigt heri.

Lovforslagsudkastet lægger dog op til, at alle (eller flere) tilbud skal være omfattet af adgangen til aktindsigt, hvis det er nødvendigt for at kunne varetage hensynet til effektiv kontrol. Udgangspunktet vil dog være, at der kun er adgang til aktindsigt i det vindende tilbud. En forbigået tilbudsgiver vil således skulle argumentere for, hvorfor det er nødvendigt at få aktindsigt i de øvrige tilbud – uden i øvrigt at kende indholdet af sådanne tilbud – og ordregiveren vil have mulighed for at afvise begæringen. Derudover er det uklart og skaber dermed i sig selv en usikkerhed om, hvordan kriteriet, om at der alligevel kan gives aktindsigt, hvis det er nødvendigt for at kunne varetage en effektiv kontrol, skal anvendes i praksis. Den offentlige ordregivers ret til afvisning af en begæring om aktindsigt i de øvrige tilbud kan forhindre en forbigået tilbudsgiver i at kontrollere evalueringsprocessen. Et afslag vil kunne påklages, men både de tidsmæssige rammer for behandlingen af selve aktindsigtsbegæringen og i særdeleshed rammerne for en klage over et afslag, vil i praksis ikke kunne effektueres inden de udbudsretlige klagefrister er udløbet. Derved forhindres tilbudsgiveren de facto i at kontrollere udbudsprocessen og klage over eventuelle fejl. Adgangen til aktindsigt er central for tilbudsgivernes retssikkerhed, og ændringen bør derfor ikke gennemføres.

Såfremt hensigten med bestemmelsen er at 'spare ressourcer' hos offentlige ordregivere i forhold til håndteringen af begæringer om aktindsigt, vil der f.eks. kunne indføres en begrænset adgang til 'undersøgende begæringer' fremsat af f.eks. konsulent- eller mediefirmaer, som anvender aktindsigt som redskab til markedsafdækninger med henblik på salg af informationerne. Alternativt – som et mindre indgribende instrument – kan det overvejes at opkræve et gebyr, hvis aktindsigtsbegæringen må forventes at have et ekstraordinært stort omfang eller volumen.

- **1, nr. 10 vedrørende udbud med forhandling**

Den foreslåede ændring indebærer, at en ordregiver kan overgå til udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse i tilfælde, hvor der kun er afgivet ikkeforskriftsmæssige eller uacceptable tilbud, forudsat at kun de tilbudsgivere, hvis tilbud overholder udbudsprocedurens formelle krav, inviteres med videre. Det medfører efter Advokatrådets opfattelse en uhensigtsmæssig sondring mellem formelle og indholdsmæssige mangler i tilbuddene. En tilbudsgiver, hvis tilbud eksempelvis ikke overholder de opstillede mindstekrav, vil skulle inviteres med videre, hvorimod en tilbudsgiver, hvis tilbud eksempelvis mangler en underskrift, ikke opfylder sprogkrav eller krav til omfang eller lignende, ikke kan inviteres med i forhandlingsudbuddet, med mindre ordregiveren først gennemfører en berigtigelse - forudsat at en sådan kan gennemføres lovligt. Det er ikke hensigtsmæssigt, at formelle mangler behandles strengere, end manglende opfyldelse af eksempelvis mindstekrav. Bestemmelsen vil dermed efter Advokatrådets opfattelse skabe en ikke saglig eller relevant ulighed i konkurrencen. Adgang til i øget omfang at overgå

til udbud med forhandling som alternativ til et helt nyt (gen)udbud forekommer dog i sit indhold fornuftigt.

- **1, nr. 13 vedrørende mindstekrav og kriterier for tildeling**

Advokatrådet er som udgangspunkt positivt stemt i forhold til den øgede fleksibilitet, der skabes ved at give adgang til ændring af mindstekrav under konkurrencepræget dialog. Rådet opfordrer dog til, at ændringen gennemføres generelt, således at mindstekrav ikke pr. definition kategoriseres som grundlæggende elementer, men at der i stedet med en justering af ordlyden af lovens § 2 - under alle udbudsformerne - skal foretages en konkret vurdering af, om det enkelte mindstekrav udgør et grundlæggende element og dermed kan ændres. Der bør i forarbejderne indsættes illustrative eksempler på momenterne i denne vurdering, herunder på mindstekrav, som ikke udgør grundlæggende elementer.

Den foreslåede ændring giver også adgang til at ændre kriterier for tildeling. Dette anser Advokatrådet i udgangspunktet også for positivt, idet det dog vurderes, at kriterier for tildeling oftere vil have afgørende betydning for, hvilken tilbudsgiver, der tildeles kontrakten, hvorfor kriterier for tildeling i mange tilfælde vil være grundlæggende elementer. Det er efter Advokatrådets opfattelse nødvendigt at uddybe, i hvilke tilfælde kriterier for tildeling udgør eller ikke udgør grundlæggende elementer. Rådet opfordrer til, at også denne ændring gennemføres generelt, således at det ikke kun er i konkurrencepræget dialog, at der er adgang til at ændre kriterier for tildeling.

Betingelserne for at anvende konkurrencepræget dialog er de samme som for udbud med forhandling. Det er efter Advokatrådets opfattelse ikke hensigtsmæssigt, hvis adgangen til at ændre mindstekrav og/eller kriterier for tildeling får ordregivere til at vælge konkurrencepræget dialog frem for udbud med forhandling.

- **1, nr. 21 vedrørende pålidelighedsvurdering**

Den foreslåede ændring indfører en pligt for ordregivere til at indhente en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om en tilbudsgivers pålidelighed, hvis tilbudsgiveren er omfattet af en udelukkelsesgrund. Advokatrådet billiger som udgangspunkt, at den komplekse pålidelighedsvurdering udføres af et organ, som opnår kompetencer og erfaring inden for området. Det er dog afgørende, at der gennemføres en behørig høringsproces forud for afsigelse af den vejledende udtalelse, da denne som sådan ikke kan påklages.

Lovforslagsudkastet giver ingen oplysninger om en eventuel prøvelse af ordregiverens beslutning. Ordregiverens beslutning må dog kunne prøves ved Klagenævnet for Udbud, og det anbefales, at dette indskrives direkte i enten

udbudsloven, i lov om Klagenævnet for Udbud eller i det mindste i forarbejderne. Det må imidlertid forventes, at Klagenævnet for Udbud – i overensstemmelse med Klagenævnets praksis – vil være tilbageholdende med at tilsidesætte ordregiverens skøn, særligt når dette hviler på en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Den vejledende udtalelse kan få ganske alvorlige konsekvenser for en virksomhed, og det er derfor afgørende, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har det fornødne grundlag, herunder input fra den pågældende virksomhed.

Hertil kommer det tidsmæssige aspekt. Lovforslagsudkastet indeholder ikke oplysninger om sagsbehandlingstiderne for en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Forholdet vil ligge uden for ordregiverens kontrol og kan forlænge udbudsprocessen. Advokatrådet opfordrer til, at der indføres en (kort) sagsbehandlingsfrist – eksempelvis syv dage – fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har modtaget de nødvendige oplysninger.

- **2, nr. 35 om sanktion ved overtrædelse af "opdel eller forklar-princippet"**

Der indføres med lovforslagsudkastet en sanktion på 100.000 kr. for ikke at have angivet en baggrund for, at ordregiver ikke har udbudt en samlet kontrakt eller rammeaftale i særskilte delkontrakter. Det forekommer efter Advokatrådets opfattelse retssikkerhedsmæssigt betænkeligt at udvælge en enkelt formel overtrædelse, som sanktioneres, mens andre formelle overtrædelser ikke har samme konsekvens.

Med venlig hilsen

Andrew Hjuler Crichton
Generalsekretær