

Høringssvar afgivet af IKA - Foreningen af Offentlige Indkøbere i Danmark

Nærværende høringssvar supplerer IKAs udfyldning af det af Kommissionen publicerede spørgeskema som led i Kommissionens evaluering af udbudsdirektiverne.

IKA er en forening af offentlige indkøbere i Danmark. IKA har knap 700 offentlige medlemmer på organisationsniveau og består af såvel statslige, regionale og lokale myndigheder som en række offentligretlige organer

IKAs formål er at øge interessen for indkøbsfunktionen, at højne den indkøbsfaglige standard og at bidrage til effektivisering af arbejdet i denne funktion inden for organisationer i Danmark, der er ordregivere i henhold til EU's udbudsdirektiver. IKA fungerer samtidig som interesseorganisation i Danmark i forhold til det offentlige og offentligretlige indkøbsområde.

De fokuspunkter for en kommende revision af udbudsdirektiverne, som er foreslået og beskrevet nedenfor, udgør en opsamling på de inputs, vi har modtaget fra vores medlemmer i forbindelse med vores opfordring til at bidrage med praktiske erfaringer i forhold anvendelsen af de nuværende udbudsdirektiver.

Fokuspunkterne har til formål at fremhæve en række af de elementer i de nuværende udbudsdirektiver, som giver anledning til praktiske udfordringer for vores medlemmer, og som med fordel kan indgå i Kommissionens overvejelser i forbindelse med evalueringen og det efterfølgende arbejde med revisionen af direktiverne.

1. Udbudsdirektivernes anvendelsesområde

A. Tærskelværdierne

IKA skal opfordre Kommissionen til at overveje mulighederne for at hæve de nuværende tærskelværdier i udbudsdirektiverne i ikke-ubetydelig grad.

Det er erfaringen blandt vores medlemmer, at de betydelige transaktionsomkostninger, der er forbundet med at gennemføre udbud i overensstemmelse med kravene i udbudsdirektiverne, i mange tilfælde ikke opvejes af de besparelser, der opnås via udbuddene.

Dertil kommer, at der kun i meget begrænset omfang er udenlandsk deltagelse i de udbud, der gennemføres i Danmark, og som oftest kun når de udbudte kontrakter har en væsentlig økonomisk værdi.

B. Offentlige tjenesteydelseskontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser

IKA skal opfordre Kommissionen til at overveje mulighederne for at ophæve de nuværende udbudsretlige forpligtelser i udbudsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet, der knytter sig til indgåelse af offentlige tjenesteydelseskontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser.

Det er er erfaringen blandt vores medlemmer, at der uagtet den højere tærskelværdi for de pågældende tjenesteydelseskontrakter stort set aldrig er udenlandske tilbudsgivere, der melder deres interesse for de pågældende kontrakter.

Det forekommer på den baggrund unødvendigt at lade de pågældende tjenesteydelseskontrakter være omfattet af krav om offentliggørelse af udbudsbekendtgørelse, ligesom det forekommer uhensigtsmæssigt, at de offentlige ordregivere i enhver henseende skal stå på mål for iagttagelse af de generelle udbudsretlige principper ved indgåelsen af disse kontrakter. Det skal i den forbindelse også fremhæves, at det i praksis er vanskeligt for de offentlige ordregivere at fastslå, hvilken helt konkret betydning de generelle udbudsretlige principper har i relation til indgåelse af de offentlige tjenesteydelseskontrakter vedrørende sociale og andre specifikke tjenesteydelser.

C. Kontrakter under tærskelværdien

IKA skal opfordre Kommissionen til, at der bliver skabt lovgivningsmæssig klarhed omkring de udbudsretlige forpligtelser, der knytter sig til kontrakter under tærskelværdien. Det er således erfaringen blandt vores medlemmer, at der bliver anvendt unødigt mange ressourcer på at sikre sig mod udbudsretlige indsigelser og klager i relation til de mindre offentlige kontrakter under tærskelværdien.

Det bør i den forbindelse også ud fra proportionalitetsmæssige betragtninger og ressourcemæssige hensyn overvejes at fastlægge en bundgrænse for vurderingen af den ”klare grænseoverskridende interesse”, som EU-domstolen i praksis har fastslået er afgørende for, om der består en forpligtelse til at skabe offentlighed omkring kontraktindgåelsen.

2. Udbudsprocedurerne

A. Videre adgang til at gennemføre udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse

IKA skal opfordre Kommissionen til, at der i forbindelse med revisionen af udbudsdirektiverne bliver skabt forøgede muligheder for at anvende udbudsproceduren udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse efter udbudsdirektivet. Det bør i det hele taget overvejes, om adgangen til at anvende udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse skal gøres fri på tilsvarende måde, som det er tilfældet i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

Der hersker med den nuværende regulering i udbudsdirektivet stor usikkerhed omkring, hvornår udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse kan anvendes, og det fører i praksis til, at udbudsproceduren fravælges af offentlige ordregivere i tilfælde, hvor den ellers forventeligt kunne medvirke til bedre tilbud og dermed også bedre aftaler.

Det er i øvrigt erfaringen, at udbud med forhandling resulterer i færre ikke-forskriftsmæssige tilbud og færre annullerede udbud, og dermed optimerer konkurrencesituationen på det relevante marked.

Der ses ikke at være afgørende hensyn, der taler imod en udvidet adgang til at gennemføre udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse i henhold til udbudsdirektivet. Det skal i den forbindelse fremhæves, at erfaringerne fra de øvrige direktiver viser, at ordregiverne er i stand til at

gennemføre forhandlingsprocesserne i overensstemmelse med de generelle udbudsretlige principper, og uden at det giver anledning til flere klagesager.

B. Mulighed for at undlade prækvalifikation ved udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse

I forbindelse med en revision af udbudsdirektiverne bør det også overvejes, om reguleringen af forhandlingsprocedurerne kan justeres, således at det ikke altid er nødvendigt for en offentlig ordregiver at gennemføre en prækvalifikation i forbindelse med et udbud med forhandling med forudgående udbudsbekendtgørelse. I mange tilfælde bliver der anvendt unødige ressourcer og et unødigt tidsforbrug på at gennemføre en prækvalifikation, når der ellers kun er ganske få økonomiske aktører involveret i udbudsprocesserne.

Der kunne eventuelt overvejes en model, hvor de offentlige ordregivere kan undlade at gennemføre en prækvalifikation i tilfælde, hvor det på baggrund af en saglig forhåndsvurdering eller eventuelt på baggrund af tilkendegivelser i forlængelse af en offentliggjort forhåndsmeddelelse vurderes, at der kun vil deltage et begrænset antal økonomiske aktører i udbudsprocessen.

C. Overgang til udbud med forhandling i forlængelse af en "kuldsejlet" udbudsprocedure

Der hersker med den nuværende regulering i udbudsdirektiverne stor usikkerhed omkring de offentlige ordregivers mulighed for at overgå til udbud med forhandling i tilfælde, hvor der modtages ikke-forskriftsmæssige og/eller ikke-egnede tilbud. Der er endvidere stor usikkerhed omkring, hvordan en sådan efterfølgende forhandlingsproces i praksis skal gennemføres, herunder i forhold til sammenhængen med den oprindelige udbudsprocedure.

Kommissionen opfordres til i forbindelse med en revision af udbudsdirektiverne at få tydeliggjort disse regler for overgang til udbud med forhandling, således at denne mulighed kan udnyttes i videre udstrækning, og dermed også kan reducere antallet af annullerede udbud.

3. Simplificering af udbudsprocedurerne

A. Den praktiske udfyldning og håndtering af udbudsbekendtgørelser

I forbindelse med en revision af udbudsdirektiverne bør der fokuseres på at gøre rammerne for udfyldning og håndtering af udbudsbekendtgørelserne mere overskuelige og brugervenlige.

Det er vores erfaring, at der blandt de offentlige ordregivere er store udfordringer med at udfylde udbudsbekendtgørelserne på et ensartet grundlag og i overensstemmelse med kravene i udbudsdirektiverne.

Mangelfulde udfyldninger af udbudsbekendtgørelser fører i praksis til flere annullerede udbud, ligesom der blandt de økonomiske aktører kan opstå berettiget tvivl om de krav, der stilles ved det enkelte udbud, herunder i relation til egnethedskrav og udelukkelsesgrunde.

B. ESPD og dokumentation

IKA skal opfordre Kommissionen til at fokusere på at få simplificeret ESPD'et, så det bliver lettere for de økonomiske aktører at afgive forskriftsmæssige ansøgninger og tilbud ved de offentlige udbudsprocedurer.

Der bør endvidere fokuseres på at skabe klarhed omkring de offentlige ordregiveres muligheder for at rette op på mangelfuldt udfyldte ESPD'er. Den nuværende regulering i udbudsdirektiverne skaber stor usikkerhed omkring de offentlige ordregiveres adgang til at søge berigtigelse af mangelfuldt udfyldte ESPD'er, og det fører i praksis til mange afviste ansøgninger og tilbud.

Der bør tillige fokuseres på at lempe reglerne for indhentelse af dokumentation for oplysningerne afgivet i ESPD'et. Den nuværende regulering i udbudsdirektiverne fører ofte til en unødigt forlængelse af udbudsprocesserne, når en offentlig ordregiver skal afvente en tilbudsgivers fremsendelse af relevant dokumentation. Særligt ved anvendelse af rammeaftaler med genåbning af konkurrencen, herunder indkøbscentralers rammeaftaler, bør der åbnes op for, at der ikke i forbindelse med hver eneste konkrete tildeling skal indhentes dokumentation. Der kunne eksempelvis overvejes en model, hvor der alene består en forpligtelse til at indhente dokumentation fra de økonomiske aktører på rammeaftalen én gang årligt.

4. Udformning af tekniske specifikationer og mærkekrav

A. Tydeliggørelse af kravene til fastsættelse af tekniske specifikationer

I forbindelse med en revision af udbudsdirektiverne bør der fokuseres på at tydeliggøre og forenkle kravene til de offentlige ordregiveres fastsættelse af tekniske specifikationer.

Der opleves i praksis store udfordringer med at udforme de tekniske specifikationer, så de opfylder de offentlige ordregiveres behov, men samtidig også lever op til kravene i udbudsdirektiverne. EU-domstolens dom af 16. januar 2025 i sag C-424/23 (Dyka Plastics) har yderligere skærpet kravene og vanskeliggjort arbejdet med at udforme udbudsmaterialer, herunder kravspecifikationer. Det skal i den forbindelse bemærkes, at de tekniske specifikationer ofte udformes af relevant fagpersonale, der ikke har et indgående kendskab til de komplekse udbudsretlige regler.

Det bør overvejes i videre udstrækning at give mulighed for henvisning til fabrikater, typer mv., når den offentlige ordregivers behov tilsiger dette, og naturligvis fortsat ledsaget af en forpligtelse til at angive "eller tilsvarende".

B. Mærkekrav

IKA skal opfordre til, at reglerne omkring anvendelse af mærkekrav, herunder krav om miljømærker, simplificeres, således at de offentlige ordregivere får et større incitament til at anvende mærkekrav.

De nuværende regler omkring mærkekrav er vanskelige at håndtere i praksis. Det kan særligt være vanskeligt for de offentlige ordregivere at fastslå, om alle de kriterier, der relaterer sig til et givent mærke, er forbundet med kontraktens genstand.

Ydermere er det vanskeligt og ressourcetungt for de offentlige ordregivere at skulle håndtere tilbud fra tilbudsgivere, der ikke har et specifikt efterspurgt mærke, men har et andet mærke, som hævdes at opfylde tilsvarende krav.

Endvidere giver det anledning til praktiske og ressourcemæssige udfordringer, når der afgives tilbud af virksomheder, der slet ikke har et mærke, men som fremlægger anden dokumentation med hvilken det forsøges godtgjort, at det tilbudte opfylder de relevante mærkekrav.

En række mærker er efterhånden så standardiserede og tilgængelige, at det bør overvejes, om det skal kunne være muligt at stille krav om tilstedeværelsen af netop disse mærker, hvis den offentlige ordregiver ønsker det.

5. Miljøhensyn i udbud

A. Mulighed for at stille krav til og lægge vægt på tilbudsgivernes generelle miljøtiltag

I forbindelse med en revision af udbudsdirektiverne bør der være stort fokus på de offentlige ordregivers muligheder for at medvirke til at fremme den grønne omstilling i overensstemmelse med de politikker, der i øvrigt føres fra EU's side.

Under de nuværende udbudsdirektiver skal de krav og de tildelingskriterier, som de offentlige ordregivere fastlægger i et udbudsmateriale, være forbundet med kontraktens genstand. For at anerkende at nogle hensyn har en større vægt og en betydning, der rækker ud over det konkrete indkøb, bør der indføres mulighed for, at de offentlige ordregivere kan opstille eksempelvis grønne og bæredygtige mindstekrav, ligesom der bør gives mulighed for at evaluere og tildele på grønne og bæredygtige egenskaber, uanset om disse har en forbindelse til det konkrete indkøb.

Der bør således åbnes op for, at tilbudsgivernes generelle bæredygtighedsprofil i højere grad kan indgå i grundlaget for tildelingen af de offentlige kontrakter. Tilsvarende kunne andre relevante politiske hensyn favnes af en sådan mulighed.

B. Miljøhensyn, der direkte eller indirekte vil kunne favorisere tilbudsgivere fra ordregivers hjemland

Det er erfaringen, at de offentlige ordregivers ønske om at kunne varetage miljøhensyn i de offentlige udbudsprocesser ofte bliver bremset af frygten for, at sådanne miljøhensyn vil kunne resultere i en overtrædelse af diskriminationsforbuddet og ligebehandlingsprincippet. Det kan eksempelvis være tilfældet, når der i forbindelse med kontrakter indgår et transportelement, og hvor det ud fra ønsket om at varetage miljøhensyn (eksempelvis minimere CO₂-udledning) kan være naturligt for de offentlige ordregivere at fokusere på, at der er mindst mulig transport forbundet med leveringen af den udbudte ydelse eller vare.

Vi skal opfordre Kommissionen til at have særligt fokus på, at der ved revisionen af udbudsdirektiverne skabes klare og praktisk håndterbare muligheder for, at de offentlige ordregivere kan varetage miljøhensyn i forbindelse med de offentlige udbudsprocesser.

6. Rammeaftaler

A. Mulighed for længerevarende rammeaftaler efter udbudsdirektivet

IKA skal opfordre Kommissionen til at overveje muligheden for, at offentlige ordregivere, der udbyder efter udbudsdirektivet, får mulighed for at indgå længerevarende rammeaftaler. Den nuværende regulering, der som hovedregel begrænser varigheden af rammeaftaler til 4 år, fremstår unødigt restriktiv, herunder også når der henses til reguleringen i forsyningsvirksomhedsdirektivet og forsvars- og sikkerhedsdirektivet, hvor det er muligt at udbyde rammeaftaler med en længere varighed.

Det skal fremhæves, at der i Danmark bliver udbudt et meget stort antal rammeaftaler, og at der er et stort behov for at kunne lade mange af disse aftaler løbe i længere tid, uden at der skal løftes en tung bevisbyrde for, at der foreligger ekstraordinære omstændigheder. Det skal i den forbindelse også fremhæves, at en hel del af de offentlige rammeaftaler, der udbydes i Danmark, har mange lighedspunkter med offentlige kontrakter, hvor der som bekendt ikke er en eksplicit begrænsning i forhold til løbetiden,

Det skal yderligere fremhæves, at længerevarende rammeaftaler ofte vil kunne begrundes i miljøhensyn, herunder i tilfælde hvor der i sammenhæng med de tjenesteydelser eller varer, der anskaffes på rammeaftale, er behov for at anskaffe eksempelvis transportmidler eller maskiner, der har en længere levetid end rammeaftalens fire år.

Såfremt der ikke findes grundlag for generelt at udvide den maksimale løbetid af rammeaftaler efter udbudsdirektivet, bør der i stedet foretages en lempelse af de betingelser, der skal være opfyldt for, at en offentlig ordregiver i konkrete tilfælde kan lade en rammeaftale have en løbetid på mere end 4 år.

B. Klarhed omkring krav til maksimalværdi eller maksimalanskaffelsesmængde

IKA skal opfordre til, at der i forbindelse med en revision af udbudsdirektiverne foretages en kodificering af den praksis fra EU-domstolen, der angår de offentlige ordregivers forpligtelse til at fastsætte en maksimalværdi eller maksimalanskaffelsesmængde i forhold til en rammeaftale. Det forekommer således uhensigtsmæssigt, at en så væsentlig udbudsretlig forpligtelse ikke er reguleret klart i udbudsdirektiverne.

Der bør i forbindelse med en sådan regulering tages hensyn til, at der ofte foreligger omstændigheder, der kan gøre det vanskeligt for de offentlige ordregivere at fastlægge maksimalværdien på et sikkert grundlag forud for udbuddets gennemførelse.

Der bør således sikres mulighed for, at den offentlige ordregiver kan justere maksimalværdien, herunder som følge af at der ved udbuddet afgives tilbudspriser, der overstiger de priser, som den offentlige ordregiver forventede.

7. Ændringer undervejs i udbudsprocessen og efter indgået kontrakt

A. Ændringer af udbudsmaterialet undervejs i udbudsprocessen

IKA skal opfordre til, at der i forbindelse med en revision af udbudsdirektiverne bliver sat særligt fokus på de offentlige ordregivers muligheder for at kunne foretage ændringer i udbudsmaterialet efter udbuddets offentliggørelse.

Det er vores erfaring, at et stort antal udbud annulleres som følge af, at der efter udbuddets offentliggørelse opstår behov for at foretage ændringer af udbudsmaterialet. Der hersker i praksis stor usikkerhed omkring hvor væsentlige ændringer, der kan foretages efter offentliggørelsen af udbuddet, og derfor ender det ofte med, at udbuddet annulleres, således at risikoen for klager afskæres.

De annullerede udbud resulterer i sagens natur i højere transaktionsomkostninger for såvel ordregiver som tilbudsgivere og er medvirkende til, at besparelseeffekterne af de gennemførte udbud reduceres.

Vi skal opfordre Kommissionen til at overveje særlige tiltag, der kan give de offentlige ordregivere mulighed for at foretage ændringer af udbudsmaterialet, uden at det er forbundet med en klagerisiko. Det kunne eksempelvis være en mulighed for at offentliggøre de relevante ændringer på en særlig måde og med en påkrævet forlængelse af tilbudsfristen, så der på den måde opnås sikkerhed for, at ændringerne ikke har påvirket konkurrencesituationen ved udbuddet og ikke har haft betydning for tilbudsgiverfeltet.

B. Ændringer af indgået kontrakt eller rammeaftale

På tilsvarende måde, som der er behov for at styrke fleksibiliteten i relation til ændringer af udbudsmaterialet undervejs i udbudsprocessen, oplever vi også, at der er behov for at udvide mulighederne for, at de offentlige ordregivere kan foretage ændringer i allerede indgåede kontrakter og rammeaftaler.

Krigen i Ukraine og energikrisen samt de afledte effekter heraf har vist, at behov, priser og markedsforhold kan ændre sig drastisk inden for ganske kort tid, hvilket skaber et naturligt og sagligt behov for at kunne ændre eller udvide allerede indgåede offentlige kontrakter og rammeaftaler.

Vi skal på den baggrund opfordre til, at der i forbindelse med en revision af udbudsdirektiverne etableres udvidede muligheder for at ændre i allerede indgåede kontrakter og rammeaftaler, ligesom der bør fokuseres på at tydeliggøre ændringsreglerne, herunder i relation til de betingelser, der skal være opfyldt for, at der lovligt kan foretages en ændring.

Aarhus den 7. marts 2025