

## **NYT UDKAST TIL JUSTERING AF UDBUDSLOVEN: LOVEN ER GOD NOK, MEN DER ER ALTID PLADS TIL FORBEDRINGER**

Da Udbudsloven blev vedtaget i 2015, blev det samtidig besluttet, at den skulle evalueres efter en periode. Denne evaluering blev gennemført i dialog med interessenterne på udbudsområdet, og i starten af denne måned sendte Erhvervsministeriet et forslag til justeringer af loven i høring. Der er lagt op til, at forslaget skal kunne træde i kraft 1. juli 2022.

Forslaget lægger op til en række ændringer, men ikke til en gennemgribende revision. Konklusionen er, at loven generelt er velfungerende.

Udkastet med bemærkninger er konklusionen til trods ganske omfattende. Vi har i det følgende refereret hovedpunkterne.

### **BAGGRUND OG HOVEDPUNKTER**

Erhvervsministeriet har den 3. februar 2022 sendt et forslag til ændringer i udbudsloven, tilbudsloven og klagenævnsløven i høring med frist for høringsvar den 4. marts 2022.

Baggrunden for lovforslaget er, at det i forbindelse med udbudslovens behandling i Folketinget i 2015 blev besluttet, at loven skulle evalueres efter at have været i kraft i en periode. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretog derfor i 2019-2020 en faglig evaluering i tæt dialog med interessenterne på udbudsområdet og konkluderede, at udbudsloven generelt er velfungerende, men at der blandt andet kan sikres større fleksibilitet, klarere regler og lavere transaktionsomkostninger.

Sammenfattende fremhæves følgende 4 hovedpunkter i lovforslaget, der gennemgås i det følgende:

1. Styrkede muligheder for at udelukke virksomheder, der ikke overholder gældende ret
2. Krav om anvendelse af personer under oplæring
3. Oprettelse af enhed for pålidelighedsvurderinger
4. Øget fleksibilitet for ordregiver

#### **1. MULIGHED FOR UDELUKKELSE**

Forslaget indeholder en række ændringer, der i samspil skal styrke ordregivers mulighed for at udelukke virksomheder, der ikke overholder gældende ret.

- **Ny obligatorisk udelukkelsesgrund:**

Der foreslås en ny § 134 a, hvorefter ordregivere skal udelukke deltagere der er etableret i et af landene på EU-listen over ikke-samarbejdsvillige skattejurisdiktioner og som samtidigt ikke har tiltrådt WTO's Government Procurement Agreement ("GPA-aftalen") eller andre handelsaftaler, der forpligter Danmark til at åbne markedet for offentlige kontrakter for ansøgere og tilbudsgivere etableret i det pågældende land.

Det angives i lovforslaget: *”Formålet med den foreslåede ændring er at bekæmpe aggressiv skattepraksis og skattesvig. Virksomheder, der er etableret i skattely, skal kunne fravælges i forbindelse med offentlige udbud for at undgå, at skatte kroner ender i skattely.”*

- **Frivillig udelukkelsesgrund gøres obligatorisk:**

Udbudslovens § 137, stk. 1, nr. 3, hvorefter ansøgere og tilbudsgivere, der i forbindelse med udøvelsen af deres erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om deres integritet, kan udelukkes, foreslås hævet til en obligatorisk udelukkelsesgrund (§ 136, stk. 1, nr. 4).

Det følger af lovforslagets almindelige bemærkninger, at formålet med denne ændring er at forpligte ordregivere til at udelukke virksomheder i den pågældende situation, men det afgrænses ikke klart hvad der skal til for, at betingelserne er opfyldt, eller hvordan dette kan dokumenteres. Ordregivere risikerer således at stå i en vanskelig situation, hvor det overlades til ordregivers skøn at vurdere, om der er tale om forhold, der medfører pligt til udelukkelse, men ordregiver samtidigt bærer bevisbyrden for, at udelukkelsen er berettiget og kan dokumenteres.

Det oplyses i forslaget: *”Ansøgerens eller tilbudsgiverens forsømmelser skal sætte berettiget spørgsmålstegn ved ansøgerens eller tilbudsgiverens integritet, hvilket betyder, at det er den pågældende adfærd og ikke virkningen af den alvorlige forsømmelse, der kan begrunde udelukkelse.”*

Som ikke-udtømmende eksempler på alvorlige forsømmelser, der kan så tvivl om deltagerens integritet nævnes: manglende overholdelse af miljømæssige eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handicappede, overtrædelser af skatteregler, konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret, grov brug af illegal arbejdskraft, hvis ordregiver kan påvise, at deltageren har begået handlinger omfattet af en obligatorisk udelukkelsesgrund, men hvor der ikke er faldet endelig dom, og udtalelser eller tilsvarende fra brancheorganisationer m.v. vedrørende forsømmelsernes faglige karakter.

Det må forventes, at ordregivere ud fra et forsigtighedsprincip i høj grad vil støtte sig til disse eksempler ved vurderingen af om der er pligt til udelukkelse indtil spørgsmålet er nærmere afklaret i praksis.

- **Længere udelukkelsesperioder:**

Udelukkelsesperioden for ansøgere og tilbudsgivere, der er omfattet af de obligatoriske udelukkelsesgrunde, jf. § 138, stk. 6, foreslås hævet fra 4 til 5 år, og udelukkelsesperioden for de frivillige udelukkelsesgrunde, jf. § 138, stk. 7, foreslås hævet fra 2 til 3 år.

Formålet med ændringen er at øge den præventive effekt af udelukkelsesreglerne og tvinge udelukkede tilbudsgivere til at overveje om deres allerede iværksatte self-cleaning procedurer er tilstrækkelige.

- **Adgang til at hæve kontrakter, hvis leverandøren omfattes af en udelukkelsesgrund:**

Udbudslovens § 185, stk. 1, foreslås udvidet så ordregiver har ret, men ikke pligt til, at op hæve kontrakten hvis leverandøren i løbet af aftalens omfattes af en udelukkelsesgrund og ikke kan dokumentere sin pålidelighed efter self-cleaning proceduren i udbudslovens § 138.

Dette er en væsentlig udvidelse i forhold til de nuværende regler, der kun angår situationer, hvor leverandøren var omfattet af en udelukkelsesgrund på tidspunktet for kontrakttildelingen, jf. udbudslovens § 185, stk. 1, nr. 2.

Kontrakten kan kun hæve på baggrund af de frivillige udelukkelsesgrunde, hvis ordregiver har valgt, at disse finder anvendelse. Det er fortsat et krav, at ordregiver skal meddele leverandøren, at denne er omfattet af en udelukkelsesgrund og give leverandøren mulighed for self-cleaning.

## 2. KRAV OM ANVENDELSE AF PERSONER UNDER OPLÆRING

Det fremgår af lovforslaget, at regeringen ønsker at understøtte uddannelse af fremtidens arbejdskraft ved at skabe flere lærepladser og understøtte, at der i højere grad anvendes lærlinge ved udførelsen af offentlige kontrakter.

- **Hovedregel: Krav om brug af personer under oplæring i visse kontrakter**

Der foreslås på denne baggrund et nyt stk. 2 til udbudslovens § 176, hvorefter ordregivere ved visse kontrakter skal stille krav om, at der anvendes personer under oplæring i forbindelse med opgavens udførelse. De generelle udbudsretlige principper om bl.a. ligebehandling og gennemsigtighed skal dog fortsat opfyldes. Dette medfører, at kravet skal beskrives på en måde, der er let for tilbudsgiverne at forstå, og at kravet ikke må udformes på en måde hvor det vil være vanskeligere for udenlandske leverandører at opfylde end for danske. Der kan derfor ikke stilles krav om danske elever eller elever fra danske uddannelser.

Det præciseres i lovforslagets almindelige bemærkninger, pkt. 2.2.3: *"Med personer under oplæring menes personer, der opererer under kontraktpartens opsyn med henblik på, at personen opnår den nødvendige faglighed til efter endt oplæring at kunne varetage de pågældende opgaver selvstændigt. Det er imidlertid ikke et krav, at personen færdiggør sin oplæring i løbet af den pågældende offentlige kontrakt."*

Erhvervsministeren vil i en særskilt bekendtgørelse definere, hvilke kontrakter kravet gælder for. Der tilføres dog en tilsvarende bestemmelse i tilbudsloven, hvoraf det fremgår, at kravet gælder for licitationen efter tilbudsloven, når følgende kumulative betingelser er opfyldt:

- 1) Der er tale om en offentlig bygge- og anlægskontrakt, som udføres i Danmark,
- 2) Kontrakten har en varighed på mindst 6 måneder fra underskrift til levering
- 3) Kontrakten har en værdi på mindst 5 mio. kr.

Det bemærkes, at denne nye bestemmelse erstatter tilbudslovens nuværende § 7 om tilbudsgivernes ret til at overvære tilbudsåbningen, da kravet om fysisk tilstedeværelse anses for "utidssvarende" særligt efter afholdelse af licitationer i Covid-19 perioden. Tilbudsgivere vil dermed fremadrettet ikke have ret til at være til stede ved åbningen af tilbuddene eller blive bekendt med budsummer og eventuelle forbehold.

- **Undtagelser**

Pligten efter udbudslovens § 176, stk. 2, og tilbudslovens § 7 finder ikke anvendelse hvis anvendelsen af personer under oplæringen ville medføre:

- 1) En sikkerhedsrisiko (for personen selv, andre personer, eller generelt)
- 2) Ikke egner sig til gennemførelse af kontrakten, eller
- 3) Strider imod anden lovgivning, f.eks. arbejdsmarkedslovgivning

### 3. VEJLEDENDE UDTALELSE OM PÅLIDELIGHED

Forslaget tilpasser udbudslovens § 138, stk. 1, så ordregivere vil skulle indhente og afvente en vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen før ordregiveren kan tage stilling til en virksomheds forsøg på self-cleaning.

Baggrunden for dette forslag er dels at spare tid, økonomi og ressourcer for både ordregivere og tilbudsgivere og samtidigt sikre større retssikkerhed ved, at pålidelighedsvurderingen foretages af personer med "den fornødne viden, erfaring og ressourceadgang."

Det angives i lovforslaget: "*Formålet med den foreslåede ændring er at samle den nødvendige viden og erfaring og dermed sikre et bedre kompetencegrundlag for gennemførelsen af vurderinger af dokumentation af pålidelighed. Det er således hensigten, at der gennem Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens udarbejdelse af vejledende udtalelser på længere sigt oparbejdes viden og erfaring om dokumentation af pålidelighed.*"

Det oplyses yderligere, at indførelsen af proceduren forventes at medføre ensretning af praksis for pålidelighedsvurderinger og administrative besparelser ved, at ordregiverne i høj grad forventes at lægge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vejledende udtalelse til grund, hvilket synes sandsynligt ud fra et forsigtighedsprincip. Afhængigt af den forventede sagsbehandlingstid indebærer forslaget dog risiko for, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen bliver flaskehals og væsentligt forlænger self-

cleaning proceduren, hvilket særligt vil være uhensigtsmæssigt i en situation hvor udelukkelsesgrunden indtræder i kontraktens løbetid, jf. ændringsforslaget til udbudslovens § 185, stk. 1.

#### 4. ØGET FLEKSIBILITET FOR ORDREGIVER

Evalueringen af udbudsloven har vist at adgangen til de fleksible udbudsprocedurer på en række punkter er mere begrænset end tilsigtet. Der foreslås derfor en række ændringer, der dels skal skabe større klarhed om hvornår procedurerne kan anvendes og dels åbner op for, at ordregivere i større omfang end før vil kunne gøre brug af procedurerne.

- **Adgang til fleksible udbudsprocedurer efter mislykkede udbud:**

Ordregivere vil efter forslaget kunne overgå til udbud med forhandling eller konkurrencepræget dialog uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse efter et mislykket offentligt eller begrænset udbud, jf. hhv. udbudslovens § 61, stk. 4, og § 67, stk. 4, hvis den ny procedure kun omfatter de tilbudsgivere som under det mislykkede udbud:

- (1) afgav tilbud i overensstemmelse med udbudsprocedurens formelle krav,
- (2) opfyldte mindstekravene til egnethed, og
- (3) ikke var omfattet af udelukkelsesgrundene.

Ændringen udvider adgangen til at gå direkte til forhandling efter en mislykket procedure, uden at skulle offentliggøre et nyt udbud, da det under de gældende regler er et krav, at samtlige tilbudsgivere under det mislykkede udbud opfyldte betingelserne.

Ændringen medfører, at ordregiver vil kunne gå direkte til forhandling uanset om der har været deltagere under det mislykkede udbud, der ikke opfylder betingelserne, så længe det kun er de deltagere, der opfyldte betingelserne, der deltager i det efterfølgende udbud.

- **Bredere adgang til fleksible procedurer:**

Forslaget indebærer, at *"hensynet til muligheden for tilpasning af tilbuddene til kontraktens særlige omstændigheder kan være et element i ordregivers vurdering af om kontrakten ikke kan tildeles uden forudgående forhandling"*, jf. udbudslovens § 61, stk. 1, nr. 1, litra c), og § 67, stk. 1, nr. 1, litra c).

Som eksempler nævnes udbud af særligt brede sortimenter, eller udbud med særligt komplekse kontraktvilkår om ansvar og risici, der medfører, at et udbud uden forhandling ikke med sandsynlighed vil føre til et tilfredsstillende resultat.

- **Adgang til at ændre mindstekrav og tildelingskriterier ved konkurrencepræget dialog:**

Udbudslovens § 70, stk. 2, og § 72, stk. 3, foreslås ændret, så der ved konkurrencepræget dialog kan forhandles om alle aspekter af udbuddet, herunder mindstekrav og tildelingskriterier, så længe der ikke foretages ændringer i grundlæggende elementer.

Formålet med denne ændring er at tydeliggøre forskellen på konkurrencepræget dialog og udbud med forhandling og øge fleksibiliteten ved konkurrencepræget dialog.

## 5. ANDRE MINDRE ÆNDRINGER

Lovforslaget indeholder en række øvrige forslag til præciseringer og ændringer, hvoraf følgende kan fremhæves:

- **Begrænsning af adgangen til aktindsigt:**

Ved en ny § 5 a fastslås det, at der kun kan gives aktindsigt i det vindende tilbud, medmindre andet er nødvendigt for at kunne føre effektiv kontrol.

Formålet er primært at undgå, at adgangen til aktindsigt kan føre til konkurrenceforvridning, eksempelvis når der søges om aktindsigt med henblik på at få indblik i andre tilbudsgiveres tilbud og anvende disse oplysninger i fremtidige udbud, og sekundært at begrænse det administrative arbejde forbundet med aktindsigtsanmodninger.

- **Præciseringer i forhold til blandede kontrakter:**

Forslaget indeholder en række præciseringer til udbudslovens §§ 25-26, der skal skabe større klarhed om hvilke regelsæt, der finder anvendelse på blandede kontrakter, og sikre, at der sker størst mulig konkurrenceudsættelse.

- **Præciseringer i forhold til kvantitativ udvælgelse:**

Forslaget ændrer i udbudslovens § 145, stk. 2, så ordregiver ikke må lægge vægt på den del af en ansøgers omsætning pr. år, der er højere end den dobbelte værdi af kontrakten ved udvælgelse på baggrund af omsætning, medmindre ordregiver har anvendt undtagelsen i udbudslovens § 142, stk. 2, hvor særlige risici forbundet med opgaven berettiger højere mindstekrav til omsætning.

Formålet med ændringen er dels at skabe sammenhæng mellem udbudslovens regler om mindstekrav og udvælgelseskrav baseret på omsætning og dels at sikre, at virksomheder kun bliver målt på en omsætning, der ikke står mål med kontraktens værdi, i særlige situationer.

- **Ny mulig platform til afgivelse af tilbud:**

Det foreslås tilføjet til udbudslovens § 194, stk. 1, at Erhvervsministeren kan fastsætte regler for hvordan elektroniske udbud skal gennemføres, eksempelvis om brug af en bestemt elektronisk platform til afgivelse af tilbud, der vil kunne medvirke til at sikre, at der sker færre fejl i tilbud.

Forslaget præciserer ikke om der hermed menes udviklingen af en helt ny platform eller anvendelse af en af de eksisterende, men det oplyses under lovforslagets afsnit om

Økonomiske konsekvenser og implementeringskonsekvenser for det offentlige, at der forventes at være udviklings- og driftsomkostninger for ca. 170 mio. kr. til dette i perioden 2022-2032.

- **Økonomisk sanktion for overtrædelse af udbudslovens § 49, stk. 2:**

Det følger af udbudslovens ”del eller forklar” princip i § 49, stk. 2, at ordregivere enten skal opdele en kontrakt eller rammeaftale i særskilte delkontrakter – eller begrunde hvorfor de ikke har gjort dette. Hverken udbudsloven eller klagenævnsløven indeholder dog en sanktion for manglende overholdelse af dette.

Der foreslås en ny § 13 a i klagenævnsløven, der vil give Klagenævnet for Udbud adgang til efter påstand at pålægge en økonomisk sanktion på 1 % af den udbudte kontrakts værdi, dog max. 100.000 kr., hvis ordregiveren ikke har angivet en begrundelse for, hvorfor kontrakten ikke er opdelt i delkontrakter.

### IKRAFTTRÆDEN

Den foreslåede ikrafttrædelsesdato er 1. juli 2022. Dette medfører, at udbud, hvor udbudsbekendtgørelsen er blevet offentliggjort inden denne dato, skal gennemføres efter de hidtil gældende regler.

Forslagets bestemmelse omkring pligt til at indhente vejledende udtalelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i forbindelse med self-cleaning træder først i kraft 1. januar 2023, og disse regler finder derfor kun anvendelse for udbud, hvor udbudsbekendtgørelsen er offentliggjort på denne dato eller senere.

Høringsforslaget kan læses her:

<https://www.ft.dk/samling/20211/almdel/ERU/bilag/176/2523196.pdf>

For konkret rådgivning eller spørgsmål kontakt:



Henning Biil  
Advokat (H)

[heb@ntadvokater.dk](mailto:heb@ntadvokater.dk)

M +45 28 89 38 89



Amanda Elizabeth Rischel  
Juridisk konsulent

[aer@ntadvokater.dk](mailto:aer@ntadvokater.dk)

M +45 60 61 14 32