

Udbudsloven efter ét år

Et kritisk syn på udvalgte bestemmelser i loven

Dansk Forening for Udbudsret, 19. januar 2017

Jesper Fabricius
Advokat, partner

Overordnede overvejelser

- ▶ Et overordnet perspektiv på det første år med udbudsloven:
 - Mange udbud efter de gamle regler i slutningen af 2015; relativt få udbud efter de nye regler i første halvdel af 2016
 - Begrænset praksis at vurdere loven på
- ▶ Nogle foreløbige overordnede vurderinger:
 - Loven er overordnet set brugbar og relativt forståelig
 - Lovbemærkningerne er af varierende kvalitet og afspejler en del særinteresser og ”politiske” kompromiser
 - De fleksible procedurer i udbud efter afsnit II har ikke for alvor vundet bredt indpas
 - ESPD og regimet for udelukkelse og egnethed er ikke nogen lettelse
 - Anskaffelser efter udbudslovens afsnit V er kommet godt i gang
 - Udbudslovens § 160 (forudgående gennemsigtighed) fungerer fornuftigt

Ordregivers kontrol af tilbud (I)

Et kritisk lys på udvalgte bestemmelser i udbudsloven

- ▶ Udbudslovens § 159, stk. 2: *”En ordregiver kan alene tildele kontrakten, hvis ordregiveren har verificeret, at tilbuddet opfylder de krav, der er fastsat i udbudsbekendtgørelsen og i det øvrige udbudsmateriale.”* (Smh. Dir. 2014/24/EU, art. 56)
- ▶ Udbudslovens § 159, stk. 3: *”Ordregiveren skal i tvivlstilfælde foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i ansøgningen eller tilbuddet”* (Direktivets art. ?)
- ▶ Udbudslovens § 159 (og direktivets art. 56) angår både ansøgninger og tilbud, herunder tilbuddets indhold (ikke kun udvælgelse/egnethed i snæver forstand), jf. lovforarbejderne og henvisningen i art. 56 til art. 45 om alternative tilbud.

Ordregivers kontrol af tilbud (II)

Et kritisk lys på udvalgte bestemmelser i udbudsloven

► Udbudslovens § 164:

”En ordregiver skal fastsætte kriterier for tildeling, der er gennemsigtige, og kriterierne må ikke give ordregiveren ubetinget valgfrihed mellem tilbuddene. Kriterierne skal sikre mulighed for effektiv konkurrence om kontrakten.

Stk. 2. Ordregiveren skal i tvivlstilfælde foretage en effektiv kontrol af oplysningerne og dokumentationen i tilbuddet.”

► Dir. 2014/24/EU art. 67, stk. 4:

”Tildelingskriterier medfører ikke, at den ordregivende myndighed gives ubegrænset valgfrihed. De skal sikre muligheden for effektiv konkurrence og skal være ledsaget af specifikationer, der giver mulighed for en effektiv kontrol af tilbudsgivernes oplysninger, med henblik på at vurdere, i hvilket omfang tilbuddene opfylder tildelingskriterierne. I tvivlstilfælde skal de ordregivende myndigheder foretage en effektiv kontrol af nøjagtigheden af de oplysninger og den dokumentation, som er forelagt af tilbudsgiverne.”

Ordregivers kontrol af tilbud (III)

Et kritisk lys på udvalgte bestemmelser i udbudsloven

- ▶ Klagenævnets (tidligere) praksis medfører, at der kun under helt særlige omstændigheder er pligt for ordregiver til kontrol af tilbud
- ▶ Øget tendens til at tilrettelægge udbud, så der ikke gennemføres kontrol
- ▶ Reel risiko for fordrejning af konkurrencen til fordel for tilbudsgivere, som "tør" skrive under på, at de overholder krav, som de ikke overholder
- ▶ Ordregiver kan i visse tilfælde have en interesse i at sætte kikkerten for det blinde øje, f.eks. hvor indkøberen er i et dilemma mellem at overholde visse politisk fastsatte "bløde" krav og hårde økonomiske krav, eller hvis et mindstekrav viser sig at være overraskende dyrt eller uheldigt formuleret.
- ▶ Udbudslovens § 164 kan med fordel tilpasses til art. 67, og Klagenævnet bør i hvert fald ikke stille særligt høje krav til, hvornår der foreligger "tvivlstilfælde", som giver pligt til effektiv kontrol.

Forbud mod mundtlig kommunikation i § 5, stk. 3

Et kritisk lys på udvalgte bestemmelser i udbudsloven

- ▶ Udbudslovens § 5, stk. 3:

”Kommunikation om grundlæggende elementer må ikke være mundtlig. Kommunikation vedrørende ikkegrundlæggende elementer kan foretages mundtligt, såfremt ordregiveren foretager en tilstrækkelig dokumentation af kommunikationen.”

- ▶ Bestemmelsen er en fejlagtig implementering af Dir. 2014/24/EU art. 22, stk. 2, der taler om, at der kan kommunikeres mundtligt *”i forbindelse med andre kommunikationer end dem, der vedrører de væsentlige elementer i en udbudsprocedure”*

- ▶ Direktivets *”væsentlige elementer”* går på udbudsprocedurens elementer (ansøgninger, tilbud m.v.) og har intet med *”grundlæggende elementer”* i udbudslovens forstand at gøre. § 5, stk. 3, er urimeligt snæver - og er i øvrigt fejlplaceret så den (formentlig) dækker udbud efter afsnit II, III, IV og V.....

Indhentelse af dokumentation efter § 151

Et kritisk lys på udvalgte bestemmelser i udbudsloven

- ▶ Udbudslovens § 151, stk. 1:

” Før ordregiverens beslutning om tildeling af kontrakten skal en ordregiver kræve, at den tilbudsgiver, som ordregiveren har til hensigt at tildele kontrakten til, fremlægger dokumentation i henhold til § 152 for de oplysninger, der er afgivet i det fælles europæiske udbudsdokument i henhold til § 148, jf. dog stk. 3 og 5. Ordregiveren skal fastsætte en passende tidsfrist for tilbudsgiveren til at fremlægge dokumentationen.”

- ▶ I modstrid med § 171, stk. 1, om samtidig underretning? Forsinkende på udbudsproceduren...
- ▶ Implementerer Dir. 2014/24/EU art. 59, stk. 4, *”før tildelingen af kontrakten....”*.
- ▶ Fortolkes vist i bl.a. Finland, Tyskland og UK som *”inden kontraktindgåelse”*

Fejlfortolkning af Fristberegningsforordningen (I)

Et kritisk lys på udvalgte bestemmelser i udbudsloven

- ▶ Lovbemærkningerne indeholder flere steder en fejlfortolkning af Fristberegningsforordningen, f.eks. i relation til § 134, stk. 1 (*“Ordregiver skal senest 6 dage før udløbet af fristen for afgivelse af ansøgning eller tilbud meddele eventuelle supplerende oplysninger....”*)
- ▶ Forarbejderne anfører, at hvis tilbudsfristen udløber med udgangen af den 10. januar, skal supplerende oplysninger være meddelt senest den 4. januar kl. 23.59. Dette er korrekt.
- ▶ Forarbejderne anfører også, at hvis tilbudsfristen er den 10. januar kl. 12.00, vil de supplerende oplysninger skulle være meddelt senest den 4. januar kl. 10.59. Dette er forkert.

Fejlfortolkning af Fristberegningsforordningen (II)

Et kritisk lys på udvalgte bestemmelser i udbudsloven

- ▶ Forarbejderne henviser til Fristberegningsforordningens ("FBF") art. 3, stk. 2, litra a), som angår en tidsfrist fastsat i timer. Det afgørende er imidlertid ikke, om ordregiver har fastsat tilbudsfristen "i timer". Det afgørende er, om den frist, der skal beregnes, er fastsat i dage, hvilket er tilfældet i § 134. Derfor skal FBF's regler om frister, der udtrykkes i dage, bruges.
- ▶ Fristen beregnes herefter fra tilbudsfristen, dvs. fra det tidspunkt "*hvor en begivenhed indtræffer eller en handling foretages*", jf. FBF art. 3, stk. 1, sidste pkt. Selve dagen for tilbudsfristen medregnes ikke, og det gælder, uanset hvornår på dagen, fristen er fastsat. Herefter er det FBF art. 3, stk. 2, litra b), om tidsfrister udtrykt i dage, som gælder, hvorefter fristen "*udløber med udgangen af den sidste time på fristens sidste dag*". Fristens sidste dag er dag 6 regnet fra dagen før dagen for tilbudsfristen. Fristen udløber således med udgangen af den sidste time på denne dag, dvs. kl. 23.59 den 4. januar. Dette fremgår også af EU-Kommissionens tidligere »Vejledning om EU-reglerne om offentlige indkøb af tjenesteydelser« (1997), s. 41.

Noget der mangler?

Et kritisk lys på udvalgte bestemmelser i udbudsloven

- ▶ Kravet om en skriftlig evalueringsrapport, som er udviklet i Klagenævnets praksis, er ikke skrevet ind i udbudsloven.
- ▶ Den skriftlige evalueringsrapport er en anden rapport end den rapport, som skal udarbejdes efter § 174 (førstnævnte skal foreligge senest på tidspunktet for tildelingsbeslutningen, mens den sidstnævnte skal udarbejdes efter udbuddets afslutning)
- ▶ Der er ikke tilsigtet nogen ændring af Klagenævnets praksis, men det kunne have været nærliggende at indskrive en udtrykkelig bestemmelse, bl.a. for at undgå tvivl om formatet og for at sikre klarhed og tydelighed i regelgrundlaget.



Spørgsmål?

Kontakt

Jesper Fabricius

Advokat, partner

Telefon Tlf. +45 30 786 786

jesper.fabricius@accura.dk



ACCURA Advokatpartnerselskab

Tuborg Boulevard 1 • 2900 Hellerup • CVR-nr. 3303 9018

Telefon +45 3945 2800 • Fax +45 3945 2801 • accura.dk