

**Danske Arkitektvirksomheder og Foreningen af Rådgivende Ingeniørers
høringsvar vedrørende lovforslag til ændring af udbudsloven, lov om
indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter
og lov om Klagenævnet for Udbud**

Dato: 04-03-2022
Journalnr.: 3/udbudsl.
Ref.: PD/US

Hermed fremsendes Danske Arkitektvirksomheder (DANSKE ARK) og Foreningen af Rådgivende Ingeniører's (FRI) fælles kommentarer til lovforslag om ændring af udbudsloven, tilbudsloven og lov om Klagenævnet for Udbud.

Generelle kommentarer til lovforslaget:

DANSKE ARK og FRI havde på baggrund af regeringens lovprogram fra oktober 2021 forventet, at der ville komme flere positive tiltag til fremme af innovation og hensynet til de små og mellemstore virksomheders adgang til offentlige kontrakter. I lovforslaget synes disse ambitioner desværre stort set at være forsvundet.

Den nuværende udbudslovs § 155, nr. 2, som omhandler kravet om, at referencer for tjenesteydelser maksimalt må være tre år gamle, er fortsat en udfordring. Ikke mindst når referencekravet sammenholdes med den udbredte anvendelse af rammeaftaler, herunder strategiske partnerskaber, indenfor byggeri. Selvom en egentlig ændring af udbudslovens § 155, nr. 2 (og fem år for bygge- og anlægsarbejder i nr. 1) næppe kan gennemføres, fordi grænserne er reguleret i udbudsdirektivet, opfordrer DANSKE ARK og FRI til at overveje om adgangen til at fravige tre års reglen kan uddybes yderligere, således at ordregivere i højere grad kan gennemskue hvornår fravigelse kan ske af hensyn til konkurrencesituationen. En yderligere uddybning af adgangen til at fravige reglen, vil medvirke til at ordregivere i højere grad ville benytte adgangen til gavn for konkurrencen og de mindre virksomheders adgang til offentlige opgaver.

DANSKE ARK og FRI hæfter sig ligeledes ved at "to-kuvert systemet" ikke bliver udvidet til at omfatte alle typer indkøb. Det er gavnligt for gennemførelse af en kvalitativ evaluering, at de kvalitative kriterier vurderes før tilbudsprisen

afsløres, og de hensyn som førte til indførelsen af et "to-kuvert system" på de helt store bygge- og anlægsopgaver gælder i princippet alle typer indkøb.

Erfaringsmæssigt har organisationerne set en tendens til at ordregivere laver omkostningstunge udbud for indkøb under 500.000 kr's grænsen. Derfor anbefaler organisationerne at udvide grænsen for anvendelse af udbudslovens § 193 om indkøb af små rådgiverydelser - og varer, således at de fremadrettet også omfatter indkøb under 500.000kr, dvs alle indkøb op til tærskelværdien og ikke kun fra 500.000 kr. og op til tærskelværdien.

Konkrete kommentarer til lovforslaget:

Nr. 1. § 5 a om offentlighed:

Ændringen giver mening i det omfang konkurrenter søger aktindsigt med det ene formål at kopiere andres løsninger. Men omvendt kan begrænsningen i aktindsigt blive en retssikkerhedsmæssig glidebane, hvis tilbudsgiverne eksempelvis ikke kan få adgang til at se alle tilbud med henblik på at vurdere om en valgt evalueringsmodel er lovlig. Man kan med fordel overveje at ændre bestemmelsen således, at hovedreglen er aktindsigt, og undtagelsen er de situationer hvor aktindsigtsadgangen misbruges til at skaffe en leverandør konkurrencemæssige fordele.

Nr. 12 § 66, stk. 1

FRI og DANSKE ARK tager positivt imod forslaget om, at ændre § 66, stk. 1, således at ordregiver kan nøjes med at vælge nogle af de prækvalificerede til at deltage i forhandlingen.

Nr. 14 § 100, stk. 3

Ligeledes anses det for positivt, at tildelingskriterier for miniudbud ifm. rammeaftaler jf. § 100 skal offentliggøres ved udbudsmaterialet, så de bydende er bekendt med konditionerne.

Nr. 19 § 136, nr. 4

En ordregiver skal udelukke en ansøger eller tilbudsgiver fra deltagelse i en udbudsprocedure, når ordregiveren kan påvise, at ansøgeren eller tilbudsgiveren i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået alvorlige forsømmelser, der sår tvivl om ansøgeren eller tilbudsgiverens integritet.

Det er i lovbemærkningerne angivet, at dette f.eks. kan være ved manglende overholdelse af miljømæssige- eller sociale forpligtelser, herunder regler om adgang for handicappede, samt ved overtrædelser af skatteregler, konkurrenceregler eller regler for intellektuel ejendomsret.

På trods af ovennævnte lovbemærkninger er udtrykket "integritet" fortsat meget diffust. Vil en projekterende rådgiver, der ved en forglemmelse har fejlprojekteret i strid med bygningsreglementet og derved overset en handicapforanstaltning, have sået tvivl om sin integritet? Er det tilfældet, forekommer reglen at være for vidtgående, idet den type fejl i

erstatningsmæssig sammenhæng ikke vurderes at være grov uagtsom og i øvrigt er forsikringsdækket.

Det er ikke klart i lovforslaget, om enhver overtrædelse af disse regler skal medføre udelukkelse, eller om det kun er visse grovere overtrædelser. Ordregiver er nok tiltænkt et vist skøn ved vurderingen af, hvornår en ansøger eller tilbudsgiver skal udelukkes. Det rejser spørgsmålet om bestemmelsen giver den tilstrækkelige retssikkerhed?

Det anbefales, at bestemmelsen med henblik på at sikre proportionalitet skal være betinget af en strafferetlig sanktion, før den obligatoriske udelukkelse træder i kraft. I modsat fald risikeres en for tilfældig behandling, der kan være ude af proportion i forhold til handlingen.

Nr. 21 § 138, stk. 1

Vejledende udtalelse for pålidelighed (self-cleaning) skal fremover indhentes hos Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, inden ordregiver træffer beslutning om, hvorvidt ansøger eller tilbudsgiver skal udelukkes.

DANSKE ARK og FRI er bekymrede for om ordningen vil skabe flaskehals, idet udbudsforretninger ofte opererer med korte frister. Hvis sagsbehandlingen ikke gennemføres hurtigt, kan det få alvorlige konsekvenser for de tilbudsgivere, hvis pålidelighed skal påvises.

Organisationerne opfordrer til at der sikres en hurtig sagsbehandling og evt. en slags "fast track" ordning.

Nr. 22 og 23 §§ 138, stk. 6 og 138, stk. 7

Forlængelse af den maksimale udelukkelsesperiode.

Den maksimale udelukkelsesperiode for obligatoriske udelukkelsesgrunde foreslås forlænget fra fire år til fem år, og fra to år til tre år, hvis ansøger eller tilbudsgiver er omfattet af en af de obligatoriske eller frivillige udelukkelsesgrunde.

Formålet er ifølge lovbemærkningerne at øge den præventive effekt af udelukkelsesreglerne samt "tvinge" udelukkede ansøgere og tilbudsgivere til at overveje, om iværksatte foranstaltninger til dokumentation for pålidelighed er tilstrækkelige.

Udbudslovsudvalget valgte i sin tid en lavere periode end direktivet under henvisning til at strafferegistret har to års forældelse og at fire år er rigeligt til at kunne ødelægge forretningsgrundlaget for en virksomhed, der baserer sig på handel med det offentlige.

Baseret på de - få - sager der har været, forekommer den offentlige ydmygelse, erstatning og straf i sig selv at have haft rigelig præventiv virkning. Umiddelbart forekommer det derfor ikke nødvendigt at ændre de nuværende bestemmelser.

Nr. 24, § 145, stk. 2

Tilføjjelsen er sympatisk og på papiret godt for SMV'ere. Spørgsmålet er dog om denne regel er tilstrækkelig til at fremme SMV'eres adgang til offentlige indkøb.

Ad bemærkningerne på 55, som omtaler sammenhængen til § 142, stk. 2 (2 led om undtagelsen):

Formuleringen: *"..Sådanne tilfælde kan omfatte øgede risici forbundet med kontraktens gennemførelse eller den kendsgerning, at kontraktens rettidige og korrekte gennemførelse er kritisk, eksempelvis fordi den udgør en nødvendig forudsætning for andre kontrakters gennemførelse.."* er ikke befordrende for adgangen til offentlige byggeprojekter for eksempelvis små og mellemstore arkitekt- og ingeniørvirksomheder, som netop leverer planlægning og projektering af efterfølgende bygge- og anlægskontrakter.

Med ovennævnte formulering vil en ordregiver inden for indkøb af arkitekt- og ingeniørrådgivning altid kunne omfatte et indkøb under undtagelsesbestemmelsen i nuværende § 142, stk. 2, 2. pkt., 2 led. Det betyder, at de små og mellemstore arkitekt- og ingeniørvirksomheder fortsat begrænses i deres adgang til offentlige opgaver.

Efter DANSKE ARK og FRI's opfattelse er der intet belæg for lovbemærkningernes underliggende antagelse om at små og mellemstore virksomheder ikke kan levere rettidigt eller korrekt på offentlige kontrakter. Og med bemærkningen på side 55 bliver det gjort legitimt at henvise til undtagelse til omsætningsreglen ved indkøb af arkitekt- og ingeniørrådgivning. Formuleringen er således ikke SMV-venlig, og bør genovervejes i det videre forløb.

Det bør i øvrigt overvejes om manglende begrundelse for undtagelser til omsætningsreglen skal sanktioneres på samme måde som manglende begrundelse af følg eller forklar-princippet ved opdeling af indkøb i lodder efter § 49, stk. 2.

Nr. 29-31 § 176, stk. 2 – 4

Krav om anvendelse af personer under oplæring:

DANSKE ARK og FRI skal indledningsvis beklage, at udbudsloven går fra at være en proceslov til også at indeholde materielle bestemmelser om konkrete forhold. Indførelse af et krav om anvendelse af personer under oplæring er et eksempel på en regulering af forhold, som ikke hører hjemme i en proceslov.

Lovforslaget omtaler anvendelse af lærlinge som et eksempel på hvordan et krav om oplæring kan opfyldes. DANSKE ARK og FRI savner svar på hvilke andre eksempler der tænkes på?

DANSKE ARK og FRI henleder opmærksomheden på, at der findes en langt række brancher hvor personer under oplæring ikke indgår. Det drejer sig typisk

om brancher, der ansætter personer med længerevarende uddannelser, eksempelvis arkitekt- og ingeniørbranchen mv. selvom der naturligvis indgår en uformel oplæring af eksempelvis nyuddannede kandidater etc.

Når Erhvervsministeren udfylder den nye regel i en bekendtgørelse, er det derfor vigtigt, at reglerne udformes på en måde, der sikrer at virksomheder/brancher, som ikke opererer med personer under oplæring, ikke kommer i klemme som følge af udbudskrav, der reelt er umulige at opfylde. Det henstilles, at der indføres en positivliste over de brancher, hvor der arbejdes med personer under oplæring.

Det anslås i lovforslaget, at indførelsen af krav om oplæring vil medføre omkostninger for Stat, regioner og kommuner på ca. 24 mio. kr. Korrektheden af dette tal kan ikke vurderes, men opmærksomheden henledes dog på, at kravet kan medføre dyrere tilbud, fordi udgiften til lærlinge vil blive lagt oven i tilbudssummen.

En ny fælles udbudsplatform

Danske Arkitektvirksomheder og FRI sætter pris på initiativer, der kan gøre det lettere og mere enkelt at byde på offentlige opgaver, end tilfældet er i dag. Men man bør ikke starte forfra med at udvikle systemer, når der allerede findes udbydere på det fri marked.

Det vil være fornuftigt at revidere det digitale set-up bag ESPD'et, så gebyropkrævning for brugerne ensrettes og ikke mindst med henblik på, at ESPD'et fremadrettet sikrer fri og direkte adgang til udbudsmaterialer og giver mulighed for datagenbrug, så man kan opnå den tiltænkte besparelse på transaktionsomkostninger.

Men det forekommer uhensigtsmæssigt og ikke mindst uøkonomisk at opfinde et nyt system, når der eksisterer relevante systemer. I stedet for at in source udbudsplatformen anbefales det at udbyde udbudsportalen m.m. på en eller flere rammeaftaler, hvor styrelsen klart foreskriver ensartet struktur/opsætning med henblik på dataudveksling og gebyrpolitik, således at systemerne kan ændres undervejs for at optimere systemet.

Nr. 35 § 13 a. I Lov om Klagenævnet for Udbud:

Ændringen forekommer umiddelbart sympatisk for SMV'erne, idet ordregiver kan pålægges en økonomisk sanktion, hvis de ikke overholder udbudslovens § 49, stk. 2 om at begrunde hvorfor man har fravalgt opdeling af indkøb i lodder (følg eller forklar).

Truslen om en sanktion må imidlertid vurderes at være rent teoretisk. I en situation hvor en ordregiver har undladt at give en forklaring på hvorfor en konkret opgave ikke er blevet opdelt i lodder efter § 49, stk. 2, vil ingen forbigående tilbudsgivere, som eventuelt måtte have retlig interesse, have incitament til at anlægge en klagesag. Hvorfor skal et lille rådgivningsfirma bruge 20.000 kr. i gebyr til Klagenævnet samt omkostninger til advokat for at anlægge en klagesag, når eneste sanktion er en økonomisk sanktion, som går

i Statskassen? Beskyttelsen er således rent teoretisk og kommer ikke til at gavne SMV'erne. SMV'erne har ganske enkelt ikke noget reelt incitament for at klage over manglende begrundelse.

Med venlig hilsen

Preben Dahl
Chefjurist, Danske Ark

Ulla Sassarsson
Vicedirektør, FRI