Annonceringsreglerne i tilbudsloven er ophævet med udbudsloven - hvad gælder så nu?

Udbudsloven trådte i kraft den 1. januar 2016. Siden lovforslagets første fremsættelse i Folketinget den 19. marts 2015 har fokus i den offentlige debat været rettet mod de nye mere fleksible udbudsformer, pligt til offentliggørelse af det fulde udbudsmateriale, beskrivelse af evalueringsmodeller, ESPD mv. For hvad kommer til at gælde fremadrettet?

Annonceringsreglerne omkring vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter i tilbudslovens afsnit II er imidlertid ophævet med udbudsloven. Det vil fremadrettet give almene boligorganisationer, universiteter og kommunale, regionale og statslige myndigheder m.fl. en række nyttige lempelser som ordregivere, idet lempelserne også tilgodeser tilbudsgivere, som i lighed med ordregivere sparer omkostninger til tilbudsafgivelse. Ofte løber disse omkostninger op i relativt store beløb, set i forhold til kontraktens værdi.

Typiske vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter er rengøring, indkøb af fødevarer, inventar, it-udstyr, konsulentydelser og tekniske rådgiverydelser, eksempelvis arkitekt- og ingeniørydelser.

De tidligere annonceringsregler er i udbudsloven erstattet af en sondring mellem, om en vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakt er *med* eller *uden* klar grænseoverskridende interesse. I praksis betyder det, at retstilstanden for en række kontrakter i høj grad vil have lighedspunkter med retstilstanden inden indførelse af annonceringsreglerne i tilbudslovens afsnit II, §§ 15a-15d tilbage i 2007.

Annonceringsreglerne skulle sikre større konkurrence

Annonceringsreglerne i tilbudslovens afsnit II, §§ 15a - 15d blev i sin tid indføjet i tilbudsloven med lov nr. 572 af 6. juni 2007 med henblik på at skabe større konkurrence ved indkøb af offentlige ydelser. Det betød, at der allerede fra 1. juli 2007 skulle ske annoncering af vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter med en værdi på mellem 500.000 kr. og tærskelværdier på 998.019/1.541.715 kr. (2015) ekskl. moms iht. EU direktivet (2004/18/EF). Annoncering skulle ske forud for indgåelse af kontrakten.

Ved kontrakter med en værdi på under 500.000 kr. ekskl. moms skulle der som udgangspunkt ikke ske annoncering, medmindre kontrakten havde en sådan karakter og relevans for det indre marked, at der skulle gennemføres en annoncering for at imødekomme de EU-retlige krav.

Da bestemmelserne i sin tid blev præsenteret, var det ikke hensigten at indføre detaljerede procedureregler, som der gjaldt for udbudsdirektivet eller tilbudslovens regler for bygge- og anlægskontrakter. Det var hensigten, at ordregiver selv kunne vælge udbudsform, fastsætte frister – blot de var rimelige – fastsætte prækvalifikations- og tildelingskriterier mv., så længe alle tilbudsgivere havde adgang til de samme oplysninger, blev bedømt på baggrund af samme kriterier, og blev orienteret omkring tildeling af opgaven.

Det vigtigste var, at annonceringen blev gennemført i overensstemmelse med god forvaltningsskik, og at der var åbenhed og gennemsigtighed omkring udbyderens valg og beslutninger.

Uanset de manglende procedureregler mente vi, der arbejdede med reglerne, at der var risiko for, at der blev tale om mindre EU-udbud. Det viste sig også at blive tilfældet i en tid med stor efterspørgsel på opgaver.

I begyndelsen skete annonceringer typisk på ordregivers hjemmeside eller alternativt i den lokale dagspresse. Efterhånden som søgemaskiner blev mere effektive, blev interessen for annonceringerne større med store transaktionsomkostninger for både ordregivere og tilbudsgivere til følge. Ordregivere brugte tid, penge og ressourcer til at oplære medarbejdere i at gennemføre annonceringer, mens tilbudsgivere brugte deres tid, penge og ressourcer på at afgive tilbud-ofte forgæves.

Som tiden gik blev reglerne indarbejdet hos både ordregivere og tilbudsgivere, og med virkning fra 1. april 2012 blev annonceringer lagt ind i en fast skabelon med tvungen anvendelse af det centrale annonceringsmedie www.udbud.dk.

Udbudslovens regelsæt pr. 1. januar 2016 – med/uden klar grænseoverskridende interesse?

Annonceringsreglerne i tilbudsloven er ophævet i forbindelse med vedtagelsen af udbudsloven (Lov nr. 1564 af 15. december 2015). Udbudsloven angiver fremtidigt to muligheder i henholdsvis udbudslovens afsnit IV, §§ 191 og 192 og afsnit V, §193, hvorefter der fremadrettet skal sondres mellem offentlige vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter *med* klar grænseoverskridende interesse og offentlige vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter *uden* klar grænseoverskridende interesse.

Denne sondring i udbudslovens afsnit IV og V er imidlertid et rent national krav, som er indført efter anbefaling fra Udbudslovsudvalget og ikke en implementering af bestemmelser i direktiv 2014/24 EU af 26. februar 2014. De to afsnit har til formål at forenkle reglerne og reducere transaktionsomkostningerne for såvel ordregivere som tilbudsgivere, men terminologien med/uden klar grænseoverskridende interesse er hverken særlig dansk eller mundret, og der vil formentlig gå nogen tid, inden vi har vænnet os til de to begreber, og de bliver en del af daglig tale.

De økonomiske grænser for anvendelse af udbudslovens afsnit IV og V

I modsætning til annonceringsreglerne i tilbudsloven er der ingen nedre beløbsgrænse i udbudslovens afsnit IV, jf. § 10 for vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter *med* klar grænseoverskridende interesse, men under udbudslovens tærskelværdi i § 6 på henholdsvis 1.006.628 kr. (2016) ekskl. moms for statslige myndigheder og 1.558.409 kr. (2016) ekskl. moms for regionale/kommunale myndigheder og offentligretlige organer, eksempelvis almene boligorganisationer og universiteter.

For vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter *uden* klar grænseoverskridende interesse gælder udbudslovens afsnit V, jf. § 11 for kontrakter på mellem mindst 500.000 kr. ekskl. moms og udbudslovens tærskelværdi i § 6 på henholdsvis 1.006.628 kr. (2016) ekskl. moms for statslige myndigheder og 1.558.409 kr. (2016) ekskl. moms for øvrige tidligere nævnte organisationer. For denne type kontrakter under 500.000 kr. ekskl. moms er der ingen krav, og det vil sige, at markedet er frit.

For alle kontrakter over de nævnte tærskelværdier angivet i § 6 skal reglerne i udbudslovens afsnit 2 følges – uanset *med* eller *uden* grænseoverskridende interesse. For beregningen af, om kontraktens værdi ligger under eller over tærskelværdierne, skal ordregiver følge principperne i udbudslovens kapitel 5, idet værdien skal baseres på ordregivers kvalificerede skøn. Her er det vigtigt at bemærke, at ordregiver ikke må opdele en kontrakt i delkontrakter, så den samlede kontrakt falder uden for anvendelsesområdet af udbudslovens afsnit 2.

Hvordan sondres der, om en kontrakt er ”med/uden klar grænseoverskridende interesse”?

Når du som ordregiver skal vurdere, om en vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakt er *med* eller *uden* klar grænseoverskridende interesse, skal du sætte dig i tilbudsgivers sted. En kontrakt vil altid have klar grænseoverskridende interesse, hvis ordregiver konkret vurderer, at en virksomhed i en anden af EU's medlemsstater kan have en interesse i at byde på kontrakten. Den grænseoverskridende interesse vedrører således kun, om en virksomhed i en anden EU-medlemsstat kan have interesse i kontrakten, og ikke om en kontrakt kan have interesse for en virksomhed, der allerede driver forretning i Danmark.

Som nævnt beror det på ordregivers konkrete vurdering, om der er tale om en kontrakt *med* eller *uden* grænseoverskridende interesse. Ifølge bemærkningerne til lovforslaget skal der ved vurderingen lægges vægt på kontraktens genstand, kontraktens anslåede værdi og varighed samt forholdene i den pågældende branche, herunder markedets størrelse, struktur og handelspraksis samt det geografiske sted – eksempelvis at kontrakten skal udføres tæt ved den tyske eller svenske grænse. En kontrakt om rengøring i Horsens vil eksempelvis have mindre grænseoverskridende interesse end en kontrakt om rengøring i København, som muligvis kan have interesse for et svensk firma.

Hvis der for gennemførelse af kontrakten forudsættes, at den vindende tilbudsgiver har viden om særlige danske regler, der regulerer udførelsen af specifikke tjenesteydelser, kan det pege i retning af, at kontrakten ikke har en klar grænseoverskridende interesse.

Det vil for eksempel være gældende inden for byggeri, hvor der forudsættes kendskab til bygningsreglement, sikkerhed og sundhed, energiberegninger, energisparetilskud mv. Hvis en almen boligorganisation i eksempelvis Aalborg skal have foretaget en tagudskiftning, og honoraret til den tekniske rådgiver ventes at udgøre 1,1 mio. kr. ekskl. moms, vil en sådan kontrakt om tekniske rådgiverydelser ikke være med klar grænseoverskridende interessere. Det samme vil utvivlsomt være gældende i Københavnsområdet.

Sondringen mellem, om en vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakt er *med* eller *uden* klar grænseoverskridende interesse bevirker, at retstilstanden for en række kontrakter i høj grad vil have lighedspunkter med retstilstanden inden indførelse af annonceringsreglerne i tilbudslovens afsnit II, §§ 15a-15d tilbage i 2007.

Vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter *med* klar grænseoverskridende interesse

Hvis ordregiver vurderer, at der er tale om en vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakt *med* klar grænseoverskridende interesse, skal ordregiver, jf. udbudslovens § 191, jf. § 10, annoncere kontrakten.

Det er hensigten, at reglerne for indgåelse af kontrakter under EU's tærskelværdier med klar grænseoverskridende interesse, jf. § 191 stk. 1 i videst muligt omfang skal svare til reglerne for indgåelse af kontrakter om indgåelse af kontrakter om sociale og andre specifikke tjenesteydelser, som nævnt i § 186. Annonceringen skal ifølge Bekendtgørelse nr. 1643 af 15. december 2015 om annoncering af offentlige indkøb under tærskelværdierne med klar grænseoverskridende interesse ifølge § 1 stk. 1 ske på www.udbud.dk, idet den der tilgængelige skabelon skal anvendes, jf. stk. 3, ligesom alle obligatoriske felter skal udfyldes, jf. bekendtgørelsens stk. 4.

Det fremgår af lovens § 192 stk. 2 og videre af bekendtgørelsens stk. 2, at ordregiver skal sikre sig en passende grad af offentlighed, eventuelt ved at udsende en forhåndsmeddelelse til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver. Desuden skal ordregiver i sin annoncering som minimum angive nedenstående oplysninger:

- En kort beskrivelse af de vigtigste oplysninger så potentielle tilbudsgivere på baggrund af oplysningerne med rimelighed kan afgøre, om tilbudsgiver vil tilkendegive sin interesse i kontrakten. Interessen kan vedrøre en prækvalifikation for evt. senere tilbudsafgivelse eller en egentlig tilbudsafgivelse alt afhængigt af, hvordan ordregiver har organiseret kravene for tilbudsafgivelsen.

Der foreligger ikke krav om, at ordregiver udarbejder et egentligt udbudsmateriale. Men med den praksis, der har udviklet sig i forhold til tilbudslovens annonceringsregler, vil det være naturligt at udarbejde et traditionelt udbudsmateriale med beskrivelser og eksempelvis tegninger, om end i mindre omfang end ved et egentligt udbud.

- Det følger af udbudslovens § 192, at ordregiver skal fastlægge en procedure for tildeling, hvilket skal ske i overensstemmelse med lovens § 2, idet principperne for ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet skal følges. Derfor skal ordregiver i annonceringen angive tildelingskriterier, eventuelle krav til egnethed og udvælgelse (prækvalifikation).

- Ordregivers kontaktoplysninger og adresse for modtagelse af ansøgninger (prækvalifikation) eller tilbud samt tidsfrister. Hvilken frist, der er passende, afhænger af en konkret vurdering, da der bør tages højde for den dokumentation virksomhederne skal fremsende, kontraktens kompleksitet og den tid, der er nødvendig for at udarbejde tilbud. Erfaringsmæssigt ligger fristerne typisk på omkring 10 dage til 14 dage.

Hvis potentielle tilbudsgivere stiller spørgsmål til ordregivers materiale – enten som led i en prækvalifikation eller en egentlig tilbudsafgivelse – skal ordregiver besvare disse spørgsmål. Det bør ske i anonymiseret form og samtidig til alle interesserede. Tillige vil det være nærliggende at skele til fristerne i § 134 med de fornødne lempelser.

Endelig følger det af lovens § 192 stk. 3, at ordregiver skriftligt og samtidig skal underrette alle tilbudsgivere, der har afgivet tilbud om, hvilken beslutning ordregiveren har truffet med hensyn til tildelingen, herunder i givet fald begrundelsen for at annullere proceduren. En begrundelse for at forkaste et tilbud skal kun gives efter anmodning fra tilbudsgiveren. Det gælder tilsvarende, hvis en ansøger som led i en prækvalifikation er blevet afvist. Ordregivers begrundelse skal indeholde de elementer, der fremgår af lovens § 171 stk. 2 i forhold til ansøgninger om prækvalifikation og § 171 stk. 4, nr. 1 og 2 i øvrigt.

Overordnet stemmer de nugældende regler i udbudslovens afsnit IV, §§ 191-192 således meget vel overens med tilbudslovens hidtidige regler om annoncering, der efterhånden er indarbejdet hos de forskellige ordregivere. Der er imidlertid vigtige detaljer, som man skal være opmærksom på. Det samme gør sig gældende for kontrakter *uden* klar grænseoverskridende interesse.

Vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter *uden* klar grænseoverskridende interesse

Hvis ordregiver vurderer, at en kontrakt er *uden* klar grænseoverskridende interesse, skal udbudslovens afsnit V følges, dvs. § 193.

Her gælder det, at principperne i § 2 for ligebehandling, gennemsigtighed og proportionalitet ikke finder anvendelse, mens almindelige forvaltningsretlige principper, jf. stk. 5, skal følges, dvs. saglig forvaltning, forbud mod varetagelse af private hensyn, et ligebehandlingsprincip, krav om forsvarlig økonomisk forvaltning og et proportionalitetsprincip. Disse krav forekommer måske at være strengere end kravene i § 2, men i virkeligheden er kravene reelt ikke eksisterende, da der er begrænsede klagemuligheder.

Det følger af § 193 indledningsvis, at indgåelse af vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakter *uden* klar grænseoverskridende interesse skal ske på markedsmæssige vilkår, hvilket eksempelvis kan ske, ved at ordregiveren foretager sig følgende:

- Gennemfører en markedsafdækning og på baggrund af denne indhenter ét tilbud. Markedsafdækningen kan være baseret på benchmarkingundersøgelser, mundtlige kontakter med virksomheder eller erfaringer fra tidligere indkøb af varer eller ydelser. De fleste større aktører kender oftest priser på varer og ydelser gennem erfaringer og tidligere samarbejder. Ordregiver bør dog under alle omstændigheder sikre sig, at der udarbejdes et brev eller et notat i forbindelse med tilbudsafgivelsen med angivelse af omfanget af forventede ydelser, tid, pris og kvalitet, så der allerede i den indledende fase opnås klarhed om kontraktens omfang og vilkår.

- Markedsafdækningen fører til indhentelse af to eller flere tilbud. Det vil kunne være underhåndsbud eller blot uformelt indhentede tilbud. Det er tilladt at forhandle om pris og øvrige vilkår for kontrakten. Det fremgår af stk. 3, at en ordregiver, der indhenter mere end tre tilbud over for tilbudsgiverne i forbindelse med tilbudsindhentningen, kort skal begrunde antallet og oplyse, hvor mange tilbud der højest vil blive indhentet. Udgangspunktet for disse kontrakter er derfor, at der nok skal skabes konkurrence, men på den anden side skal færrest mulige tilbudsgivere ulejliges for at holde transaktionsomkostningerne nede.

- Annoncere på ordregiverens hjemmeside eller i overensstemmelse med reglerne i § 191 stk. 2, dvs. annoncere på udbud.dk med hvad deraf følger omkring udbudsmateriale, frister mv.

Hvis annonceringen sker på hjemmesiden, vil annonceringen kunne udformes uden bestemte krav eller formularer.

De oplistede muligheder er ikke udtømmende, da ordregiver selv må organisere sit indkøb, dog med respekt af stk. 5.

Det følger af lovens § 193 stk. 3, at hvis ordregiver modtager mere en ét tilbud, skal ordregiver samtidig underrette alle tilbudsgivere om, hvilken beslutning ordregiveren har truffet med hensyn til tildelingen. Efter anmodning skal ordregiver også underrette om begrundelsen for beslutningen.

Endelig skal ordregiver, jf. stk. 4, i fornødent omfang kunne dokumentere, at købet er foregået på markedsmæssige vilkår. Det vil kunne opfyldes ved, at ordregiver udarbejder et notat med en begrundelse for, hvordan tildelingen er sket på markedsmæssige vilkår. Notatet lægges på sagen til brug for evt. senere dokumentation.

Der går formentlig nogen tid, førend ordregivere får øjnene op for denne lempelse, der med udbudsloven er gennemført, men bestemmelsen vil utvivlsomt bydes velkommen i en lang række kommuner, regioner og almene boligorganisationer i forhold til de mindre kontrakter, i overensstemmelse med, hvad der var gældende praksis inden indførelse af annonceringsreglerne i tilbudslovens afsnit II, §§ 15a-15d.

Forskellig klageadgang for kontrakter med/uden klar grænseoverskridende interesse

Det følger af Udbudslovens § 195, at enhver som har en retlig interesse heri eller i øvrigt er tillagt klageadgang efter lov om Klagenævnet for Udbud, kan indbringe spørgsmål (klager) om overtrædelse af bestemmelser i loven eller regler udstedt i medfør heraf for Klagenævnet for Udbud. Det fremgår imidlertid videre af stk. 2, at tildeling af kontrakter omfattet af § 11 ikke kan indbringes for Klagenævnet for Udbud.

Det følger af § 11, at afsnit V gælder for offentlige vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakt, som ikke er omfattet af afsnit II-IV, og som har en værdi på mindst 500.000 kr. ekskl. moms. Eller sagt med andre ord kan spørgsmål om eller klager over overtrædelse af loven i forhold til vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakter *med* klar grænseoverskridende interesse indbringes for Klagenævnet for Udbud. Det samme gør sig ikke gældende for spørgsmål om (klager) over overtrædelse af loven i forhold til vareindkøbs- eller tjenesteydelseskontrakter *uden* klar grænseoverskridende interesse, da disse klager ikke kan indbringes for Klagenævnet for Udbud.

Hvis en tilbudsgiver ønsker at klage i sidstnævnte situation, skal han for Klagenævnet for Udbud nedlægge påstand om, at kontrakten retteligt er en kontrakt *med* klar grænseoverskridende interesse. Desuden vil der være en administrativ klagemulighed til eksempelvis statsforvaltningen eller indbringelse for de ordinære domstole, hvilket dog næppe står mål med sagens økonomiske værdi og resultat af klagen.

Vil du vide mere?

Konklusionen er, at reglerne i udbudslovens afsnit IV og V bliver en praktisk anvendelig og tilgængelig erstatning for tilbudslovens annonceringsregler. Forventeligt vil kun et begrænset antal kontrakter skulle annonceres efter udbudslovens afsnit IV. Dermed er vi i vidt omfang tilbage til retstilstanden, der var gældende inden indførelse af annonceringsreglerne i tilbudsloven tilbage i 2007.

Læs mere om, hvordan vi kan rågive dig om udbudret